

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS PENALES DE CÓRDOBA  
INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES

# CUADERNOS DE DERECHO PENAL

JUNIO 2020

6

DISERTACIÓN MAGISTRAL

Prof. Dr. Bernd Schünemann

[Miembro Correspondiente del I.C.P.]

ACTUALIDAD DEL DERECHO PENAL

Imputación objetiva / Unificación de penas /

Asociación ilícita fiscal / Conciliación /

Principios de oportunidad / Delitos informáticos /

Delitos contra la integridad sexual /



ISSN 2469-2085

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y  
CIENCIAS SOCIALES DE CORDOBA

INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES

# CUADERNOS DE DERECHO PENAL

Número 6

DISERTACION MAGISTRAL  
PROF. DR. BERND SCHÜNEMANN  
[MIEMBRO CORRESPONDIENTE DEL I.C.P.]

—  
INVESTIGACIONES SOBRE TEMAS ACTUALES  
DEL DERECHO PENAL

CÓRDOBA  
REPÚBLICA ARGENTINA  
JUNIO 2020



**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

**Autoridades**

(Período 2019-2022)

ARMANDO S. ANDRUET (h)  
*Presidente*

MARCELA ASPELL  
*Vicepresidenta*

JUAN MANUEL APARICIO  
*Secretaria*

GABRIEL B. VENTURA  
*Tesorero*

JUAN CARLOS PALMERO  
*Director de Publicaciones*

EFRAÍN H. RICHARD  
*Revisor de cuentas*

CHRISTIAN G. SOMMER  
*Secretario Técnico*

Dirección: Gral. Artigas 74- C.P. X5000KVB – Córdoba  
República Argentina  
Tel/Fax (0351) 4214929  
E-mail: [secretaria@acaderc.org.ar](mailto:secretaria@acaderc.org.ar)  
Consulte novedades doctrinarias en:  
[www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)



**INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES**

**Autoridades**

CARLOS JULIO LASCANO  
*Director*

JOSÉ DANIEL CESANO  
*Vicedirector*

CAROLINA PRADO  
*Secretaria*

ANA MARÍA CORTÉS DE ARABIA  
*Directora del Cuaderno*

**Comité Editorial**

LUIS MOISSET DE ESPANÉS †  
CARLOS JULIO LASCANO  
ANA MARÍA CORTÉS DE ARABIA

**Comité Evaluador Externo**

MARCO ANTONIO TERRAGNI, EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, DIEGO MANUEL  
LUZÓN PEÑA (España), JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ (España)

**Miembros del Instituto**

MARÍA CRISTINA BARBERÁ DE RISO, ENRIQUE BARONETTO, FERNANDO MARTÍN  
BERTONE, LUIS MARÍA BONETTO, ENRIQUE RODOLFO BUTELER, ERNESTO JOSÉ CANO,  
HORACIO AUGUSTO CARRANZA TAGLE, ANA MARÍA CORTÉS, ÁLVARO EMILIO CRESPO,  
MARÍA ANTONIA DE LA RÚA, SOFÍA DÍAZ PUCHETA, DÉBORA FERRARI, PABLO RAMIRO  
FRESNEDA, SEBASTIÁN GARCÍA AMUCHÁSTEGUI, JULIETA GARCÍA GÓMEZ, CARLOS  
GONELLA, JOSÉ GONZÁLEZ DEL SOLAR, GERARD GRAMÁTICA BOSCH, ESTEBAN GRAND  
GRUNDY, DARÍO ILLANES, SOFÍA BEATRIZ JUÁREZ, EZEQUIEL LÓPEZ MESSIO, NATALIA  
LUNA JABASE, GUSTAVO MANZANEL, FEDERICO MASSEI, ANA INÉS PAGLIANO, JOSÉ  
MILTON PERALTA, DIEGO ALEJANDRO PERETTI ÁVILA, CAROLINA PRADO, JUAN CARLOS  
REYNAGA, ALDO RISO, BRUNO RUSCA, ALEJANDRO SÁNCHEZ FREYTES, ELBA CECILIA  
SAUCEDO QUINTANA, MARTÍN GABRIEL TORÉS MARTÍNEZ, AÍDA TARDITTI, VALERIA  
TROTTI, ROBERTO VÁSQUEZ, OSCAR TOMÁS VERA BARROS, MAXIMILIANO GERMÁN  
VIDELA, GUSTAVO YOFRE



Esta obra está bajo una  
Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional

## NOTA PRELIMINAR

En un año de características excepcionales —a causa de la crisis mundial producida por el Covid-19, que va dejando una secuela de consecuencias sanitarias, económicas y políticas aún difíciles de mensurar—, hace su aparición el Cuaderno N° 6 del Instituto de Ciencias Penales. Sabido es que esta edición digital da cuenta de parte del trabajo realizado en el ámbito del Instituto durante el año anterior, de modo que el presente número no recoge trabajos sobre aquel candente tema. Posiblemente ello constituya motivo de estudio —desde alguna perspectiva propia del derecho penal— durante el corriente año, y sea recogido en la próxima edición.

A propósito de las restricciones a la movilidad en todo el territorio nacional, no está de más apuntar aquí que nuestro Instituto no ha modificado su plan de sesiones quincenales, sino únicamente suplantado la modalidad presencial por la virtual, tan difundida en muchos ámbitos académicos durante el largo confinamiento (que, a la fecha de esta edición, no ha concluido).

En cuanto a los hechos destacados del año 2019 en el Instituto de Ciencias Penales, resalta la visita a Córdoba del Prof. Dr. Bernd Schünemann, el 27 de marzo, ocasión en la que nuestro director, Dr. Carlos Julio Lascano, hizo entrega al eminente jurista alemán del diploma que lo acredita como Miembro Correspondiente del Instituto. La sesión cerró con su disertación magistral titulada *Observaciones fundamentales sobre la ciencia del Derecho penal*, texto que abre el Cuaderno N° 6. Por otra parte, es importante referir también que, en una segunda visita el pasado año a nuestra ciudad, el 14 de noviembre, el Dr. Schünemann recibió el Doctorado Honoris Causa por la Universidad Nacional de Córdoba, al tiempo que fue presentado como Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.

Córdoba, Argentina  
Junio, 2020



## ÍNDICE

### *DISERTACIÓN DEL MIEMBRO CORRESPONDIENTE DEL I.C.P.:*

**BERND SCHÜNEMANN**

Observaciones fundamentales sobre la ciencia de Derecho penal..... 13

### *TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN EN EL ÁMBITO DEL I.C.P.:*

**CARLOS JULIO LASCANO**

La imputación objetiva desde la óptica de Wolfgang Frisch y Bernd Schünemann..... 27

**GUSTAVO A. AROCENA Y HORACIO A. CARRANZA TAGLE**

Unificación de penas y condenas. Principios, casos y soluciones..... 37

**GERARD GRAMÁTICA BOSCH Y DÉBORA RUTH FERRARI**

El delito de asociación ilícita fiscal: algunas cuestiones controvertidas..... 49

**LUIS MARÍA BONETTO Y JULIETA GARCÍA GÓMEZ**

Los principios de oportunidad como política criminal y la influencia del derecho anglosajón en el derecho penal argentino..... 63

**ELBA C. SAUCEDO QUINTANA**

La conciliación en el procedimiento penal de la provincia de Córdoba..... 71

**GUSTAVO MANZANEL**

Delitos informáticos en el derecho argentino y comparado..... 85

**MARÍA CRISTINA BARBERÁ Y NICOLÁS COMAY BORDESSE**

Delitos contra la Integridad Sexual. Serial. No Dirección de las acciones. ¿Imputabilidad?..... 103

### *TRABAJOS DE TRADUCCIÓN EN EL ÁMBITO DEL I.C.P.:*

**ROCCO PEZZANO** [traducción por **ALDO RISO**]

Compendio de Derecho Penal. Parte General y Especial

Parte Primera: del delito en general.

Capítulo 8: La antijuricidad y las causas objetivas de exclusión del delito..... 123



# Observaciones fundamentales sobre la ciencia del Derecho Penal

## *Fundamental observations on the science of Criminal Law*

Por: **BERND SCHÜNEMANN\***

**Sumario:** I. El concepto de Derecho penal y su dogmática; II. El Derecho penal primitivo arcaico y mágico; III. La superación de aquel Derecho penal en la Ilustración y el nacimiento del moderno Derecho penal de un Estado de Derecho; IV. El carácter desmesurado (super-retribución, *overkill*) también del moderno Derecho penal y su consecuentemente necesaria limitación en todo Estado democrático de Derecho; V. Propuesta de una nueva interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán; VI. Sobre la estructura metodológica del concepto de bien jurídico; VII. La tarea de la dogmática jurídica (penal) como cuarto poder.

### **I. El concepto de Derecho penal y su dogmática**

1. En la dogmática del Derecho (penal) se trata de declaraciones sobre el Derecho vigente, que se producen con una pretensión de exactitud<sup>1</sup> intersubjetiva. Para que esta pretensión pueda hacerse valer, tiene que observarse, en primer lugar, la prohibición de contradicciones como presupuesto mínimo, lo que a su vez resulta de la necesidad de integrar todas las declaraciones individuales en un sistema global coherente<sup>2</sup>. Sus conceptos centrales, dado que se trata de oraciones de deber, tienen que consistir en principios normativos<sup>3</sup>, los cua-

---

\* Abogado, Profesor y Doctor en Derecho. Cursó sus estudios superiores de derecho en Göttingen, Berlín y Hamburgo, República Federal de Alemania. Especialista en Derecho Penal, es autor de numerosas publicaciones, libros, monografías y artículos de dogmática. Fue decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Ludwig-Maximilian de Múnich. Actualmente es director del Instituto de Derecho del Abogado de Múnich. Recibió títulos de Doctor Honoris Causa de Universidades de América, Europa y Asia.

<sup>1</sup> Es decir, de una pretensión de verdad (veracidad), si el concepto de verdad desde el principio no se limita a declaraciones descriptivas por el criterio empírico del significado. En este sentido, desde una perspectiva histórica global J. SCHRÖDER, *Recht als Wissenschaft: Geschichte der Methodenlehre in der Neuzeit* (1500-1933), 2012; además NEUMANN, en: KAUFMANN/HASSEMER/NEUMANN (eds.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 8.ª ed., 2011, pp. 385 ss.; JESTAEDT/LEPSIUS (eds.) *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008.

<sup>2</sup> Sobre las consecuencias del concepto de ciencia dependiente de un sistema elaborado por Kant (Prefacio a *Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft*, 1786: “Toda doctrina, si ha de ser un sistema, es decir un conjunto ordenado de conocimientos según principios, se llama ciencia [...] [donde los] principios [...] pueden ser [los] de la conexión racional del conocimiento en su conjunto”), e instructivo para la jurisprudencia (ciencia del Derecho), especialmente desde la perspectiva del Derecho civil, RÜCKERT, en: HILGENDORF/SCHULZE-FIELITZ (eds.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015, p. 13 (41 ss.). Evidentemente la necesidad de un sistema dogmático no significa una pirámide de conceptos que erróneamente se considere semánticamente cerrada, la cual para las constelaciones todavía no concebidas en su construcción, en virtud de la “genealogía de los conceptos”, posibilitaría deducciones que conducen a declaraciones sintéticas.

<sup>3</sup> Sobre la diferencia entre nomas y principios, por todos, ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, pp. 49 ss. (73 ss., 291 ss., 336 s.); DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 1978, p. 14 ss. (46 ss.); ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 1986, pp. 71 ss.; los principios centrales mencionados en el texto ocupan un nivel de abstracción más alto, y constituyen por así decirlo el caldo primitivo

les, a causa del significado existencial del Derecho penal tanto para el individuo sometido a la ley, como para el conjunto de la población, tienen que ser parte de la Constitución (escrita o no escrita), es decir, de los principios fundamentales de una sociedad (también al menos) jurídicamente constituida.

De ello se deducen simultáneamente las dos cuestiones centrales a las que debe responder la dogmática del Derecho penal: ¿por qué y para qué necesitamos el Derecho penal y de qué debe depender la sanción penal? Para la respuesta, por supuesto —para no argumentar de modo circular—, necesitamos un entendimiento preliminar no demasiado estrecho y suficientemente elástico para la posterior travesía de la espiral<sup>4</sup> hermenéutica. Me gustaría definir al Derecho penal, en un sentido amplio, como aquella parte del sistema del Derecho que regula la imposición de sanciones negativas con motivo de un suceso desagradable contra personas o grupos de personas<sup>5</sup>.

## II. El Derecho penal primitivo arcaico y mágico

1. En sociedades primitivas y mágicas es suficiente una relación mágica entre la persona y el suceso<sup>6</sup>. En la siguiente fase del desarrollo tiene que existir una relación específica entre la persona que es castigada y el desagradable suceso, bien en forma de causalidad entre la conducta de la persona y el suceso, bien en forma de estatus social, en virtud del cual se atribuye la conducta de otro que es causal respecto del suceso también a la propia persona.

Esta forma de imputación predomina típicamente en sociedades primitivas y arcaicas, las cuales establecen la responsabilidad por la mera causalidad o por la mera pertenencia a la estirpe o *sippe*. Restos de este tipo de concepción del Derecho penal han sobrevivido hasta hoy en muchos ordenamientos jurídicos, como en los numerosos ejemplos de responsabilidad penal por la mera causalidad en el círculo jurídico del Common Law<sup>7</sup>. Además, la responsabilidad de la estirpe o *sippe* se sigue practicando todavía en sistemas totali-

---

axiológico de un ámbito del Derecho global como los principios de la democracia y el Estado de Derecho en el Derecho público o la autonomía privada en el Derecho privado.

<sup>4</sup> Así la reformulación del “círculo hermenéutico” que hay que agradecerle a WINFRIED HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, 1968, pp. 107 s., y sobre ello SCHÜNEMANN, en: NEUMANN/HERZOG (eds.), *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag*, 2010, p. 239).

<sup>5</sup> Para cuestiones más especiales como p.ej. la viabilidad de un genuino Derecho penal contra las personas jurídicas tendría que desarrollarse por supuesto un concepto más específico de pena, ya sea el que corresponde a la propuesta de GRECO mediante la injerencia en derechos innatos (*Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, 2015, pp. 653 ss.; el mismo, GA 2015, 503 [512 s.], ¡lo que incluye la pena pecuniaria que permite una prisión subsidiaria, pero excluye la multa según la OWiG [Ley de Contravenciones]) ya sea en la forma en la que he preferido hasta ahora a través de una pura represividad (SCHÜNEMANN, ZIS 2014, 1; el mismo, GA 2015, 274 [279 ss.], lo que significa una imposición únicamente a causa de sucesos pasados y por tanto puede ser únicamente legitimado por el principio de culpabilidad), ya sea por una combinación de ambos.

<sup>6</sup> A cuyos efectos también la secuencia entre suceso y sanción puede ser revertida, p.e., cuando las personas son sacrificadas a la deidad, para que llueva en el futuro. La cuestión de si también tales fenómenos deberían incluirse en un concepto tentativo o provisional de Derecho penal, puede quedar abierta en este caso.

<sup>7</sup> En este sentido, p. ej., LEIGH, *Strict and vicarious liability*, 1983; CLARKSON/KEATING, *Criminal Law*, 3. ed. 1994, pp. 197 ss.; SMITH/HOGAN/ORMEROD, *Criminal Law*, 13.<sup>a</sup> ed. 2011, pp. 155 ss.; JONES/CHRISTIEK, *Criminal Law*, 1992, pp. 59 ss. Sobre el debate actual con especial consideración a la *strictliability* (responsabilidad objetiva) en el abuso sexual LEONARD, *Buffalo Criminal Law Review* 6 (2003), 691. El análisis histórico de Leonard muestra, a ese respecto, muy bien que la tendencia que culminó recientemente en Guantánamo (cfr. SCHÜNEMANN, GA 2003, 299 [312 s.]; el mismo, en: MORENO HERNÁNDEZ [ed.], *Globalización e internacionalización del derecho penal*, 2003, p. 115) a utilizar al Derecho penal como una especie de instrumento de terrorismo estatal, se basa en la senda especial del Common Law, cuya concepción sobre el Derecho penal no se basa en la Ilustración ni en la filosofía idealista, sino en el puritanismo y el utilitarismo.

tarios. Y también la vinculación a otras formas de estatus social sigue existiendo hasta hoy e incluso cobrando auge de nuevo: por ejemplo, en la forma de responsabilidad del comandante militar conforme al art. 28 del Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional<sup>8</sup>, o también en forma de tendencia en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán, el cual imputa las acciones que son cometidas desde una organización jerárquicamente estructurada hacia fuera directamente al líder de esta organización (en una empresa, por tanto, a su directiva)<sup>9</sup>. Ya se trate de una reliquia del pasado o incluso de un retorno a las formas primitivas del Derecho penal o por el contrario de una comprensión moderna de las necesidades legítimas del Derecho penal, ello constituye el tema evidente de una ciencia del Derecho penal críticamente analítica.

2. En las teocracias fundadas en una ilusión religiosa, el Derecho penal debía anticipar más o menos el infierno en la tierra, porque las penas —que se presentaban como retribución— en la mayoría de los delitos consistían, en realidad, en un abuso o superretribución (“*overkill*”) que se intensificaba hasta el sadismo<sup>10</sup>. Puesto que las espantosas penas infernales durarían incluso eternamente en el más allá, según los predominantemente reconocidos dogmas cristianos, no solo de la iglesia católica sino también de la confesión protestante Augustana de 1530, el principio normativo de Derecho penal de la “sobre-retribución” estaba comprendido implícitamente, por tanto, en la Constitución no escrita de aquel entonces de las comunidades cristianas fundadas en la gracia de Dios<sup>11</sup>. Y también el

---

<sup>8</sup> Pues porque el art. 28 castiga al superior jerárquico por un delito doloso, si él se ha conducido de modo imprudente, es su estatus aparentemente el que fundamenta en el fondo su responsabilidad y no su culpabilidad personal. No se trata de la legitimación, sino de la lógica disolución de la contradicción registrada por Weigend y Ambos (WEIGEND, en: SCHÜNEMANN/ACHENBACH/BOTTKE/HAFFKE/RUDOLPHI [eds.] *Libro-Homenaje a Claus Roxin en su 70 cumpleaños. el 15 de mayo 2001*, 2002, p. 1297; AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2002, p. 705); en el comentario de FENRICK, en: TRIFFTERER/AMBOS (eds.), *Commentary on the Rome statute of the international criminal court*, 3.<sup>a</sup> ed. 2016. Art. 28 núm. 11 ni siquiera se reconoce esta contradicción, lo que es característico de un autor del ámbito del Common Law.

<sup>9</sup> Además, con numerosas pruebas, SCHÜNEMANN, en: ROXIN/WIDMAIER (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, t. 4, 2000, p. 621 (623 ss.).

<sup>10</sup> Impresionante las “cinco penas (corporales)” por 3.000 delitos en la antigua China (al respecto NIENHAUSER (ed.), *The Grand Scribe's Records*, 1994, p. 69), de las cuales, p. e., la pena de muerte por desmembramiento prolongado (Lingchi) fue practicada con un récord de desmembramiento de 500 partes hasta 1905 o 1908 (BROOK/BOURGON/BLUE, *Death by a Thousand Cuts*, 2008), o las penas corporales o de cadena perpetua europeas de finales de la Edad Media y de principios de la Edad Moderna (gráficamente HEINEMANN, *Der Richter und die Rechtsgelehrten*, Neudruck 1969, ilustración 101 ss.; SCMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, 1963, pp. 6 ss.); en el robo con fuerza existía según el art. 185 de la Bambergensis [N. del T.: *Die Bambergische Peinliche Halsgerichtsordnung (Constitutio Criminalis Bambergensis)*, Código penal de Alemania de 1507, publicado a petición del obispo de Bamberg y en la que se basó posteriormente la *Constitutio Criminalis Carolina* o también llamada de modo sintético “La Carolina”) el ahorcamiento para los hombres y el ahogamiento para las mujeres, la misma consecuencia se encontraba para el hurto simple en la 2.<sup>a</sup> reincidencia (art. 188), mientras que en la 1.<sup>a</sup> reincidencia solo se cortaban las orejas (art. 187).

<sup>11</sup> Es por ello fácil de ver, que la diferencia entre el Derecho penal de la Sharía [N. del T.: cuerpo de Derecho islámico] (véase por todos ZEHETGRUBER, *Islamisches Strafrecht versus europäische Werteordnung*, 2010) y el Derecho penal cristiano antes de la Ilustración es mucho menor que entre estos dos y el Derecho penal secularizado después de la Ilustración, a excepción de la comparabilidad de la furia de la Santa Inquisición (IS) en la persecución de los herejes durante siglos por la iglesia católica. Sobre el papel central del demonio y del infierno para la sociedad cristiana y para también el Derecho penal antes de la Ilustración instructivo FLASCH, *Der Teufel und seine Engel*, 2015.

\* [N. del T.] Proviene del término árabe en plural Hudud. Literalmente, significa restricción o límite. Es utilizada a menudo en la literatura islámica para referirse a los límites del comportamiento aceptable y los castigos relacionados con crímenes severos. En el Derecho islámico o *Sharia*, hudud, por lo general, hace referencia a los tipos de castigos fijados para ciertos crímenes que son considerados “exigencias de Dios”.

concepto de delito resultó, en gran medida, de la revelación divina, razón por la cual el penalista y juez alemán Benedikt Carpzov<sup>12</sup> trató en el siglo XVII a la Biblia como una fuente jurídica; y en el islam las infracciones-hadd\* violan el Derecho divino.

### III. La superación de aquel Derecho penal en la Ilustración y el nacimiento del moderno Derecho penal de un Estado de Derecho

1. Solo la Ilustración —según Immanuel Kant la liberación del individuo de su estado de dependencia e inmadurez auto-infligido<sup>13</sup>—, especialmente en las figuras del italiano Beccaria y del alemán Hommel, ha transpuesto el Derecho penal de la oscuridad intelectual y moral de la tradición medieval al resplandor de la razón y humanidad, y ello a través de la doctrina [de la evitación] del daño social como su fin legítimo y único.

Beccaria escribió textualmente: “La reproducción del género humano [...] unió a los primeros salvajes. Las primeras agrupaciones implicaron necesariamente las de otros para consolidarse frente a las primeras [...]. Por tanto, era la necesidad la que obligaba a las personas a sacrificar una parte de la propia libertad; consiguientemente, es cierto que cada uno quiere proporcionar a la custodia pública la menor parte posible de su libertad, solo en la medida que le sirva para llevar a los otros protegerle también a él. La totalidad de estas partes lo menores posible constituye el derecho a la pena; cualquier cosa más allá de eso es abuso y no justicia<sup>14</sup> [...]. Hemos visto por qué baremo deben medirse los delitos, a saber, por el daño causado a la sociedad” (Parte VIII).

Y Hommel, en su conocido prefacio hommeliano a la edición alemana de la obra de Beccaria: “El jurista que autorreflexione no puede dejarse engañar por charlatanería moralista y palabras narcotizantes, para buscar la magnitud del delito en algo que sea distinto única y exclusivamente al daño que se deriva de ello para la sociedad. Si el acto cometido [...] es, al fin y al cabo, un delito moral o teológico, eso no nos concierne, nosotros nos ocupamos únicamente de los males civiles. Nuestra regla es esta: cuanto más deplorable es el resultado, que un hecho causa al común, más delictivo es. Pero si el hecho no tiene ningún resultado perjudicial para el común, es indiferente, y mucho menos puede ser objeto de la ley penal”<sup>15</sup>.

Beccaria ha deducido de ello, por ejemplo, la no punibilidad del suicidio (Parte XXXII), y Hommel expone todavía de modo más intenso: “No se tienen que entremezclar el pecado, el delito y las acciones despreciables. Tener un agujero en la media no es ni pecado ni delito, sino vergüenza; casarse con la hermana es un pecado entre los cristianos, pero no es ningún injusto o ilícito civil. Porque delito o injusto es solo aquello por lo cual yo ofendo a alguien. Únicamente esto es el objeto de las leyes penales civiles. Un hecho puede ser algo vergonzoso, puede ser algo pecaminoso y, sin embargo, no ser civilmente un delito. Persona, ciudadano y cristiano son tres conceptos diferentes.”<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> Cfr. CARPZOV, *Practica Nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium*, t. 1, 2.<sup>a</sup> ed. 1646, Quaestio 44, n.º. 32, 40, 41, 50, 52, 66 ss. La pena de muerte contra brujas y magos era justificada como un mandato directo de Dios (n.º 50: “Quis tuto negare poterit, revera sortiarior & sortilegos in rerum natura existiere, convictus sacrarum literarum auctoritate, quae non modo veneficos & magos existiere & suisse, veluti Nume. 33 Hierem. 27 Dan. 2 Psal 578, sed & eos dem mortis poena affici deber eres tan durex Dei mandato”).

<sup>13</sup> KANT, *Was ist Aufklärung?*, editado por Brandt 1999 (primera 1784), p. 20.

<sup>14</sup> BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (en alemán, *Von Verbrechen und Strafen*), 1764, apartado II.

<sup>15</sup> Así el denominado Prefacio hommeliano, en: HOMMEL (edt.), *Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen*, 1786, s. III ss. (XXIII).

<sup>16</sup> HOMMEL (nota a pie 24) pp. IV s.

2. De especial e inquebrantable significado hasta hoy es que la revelación divina, como fundamento del Derecho penal a la hora del nacimiento del Derecho penal moderno, no ha sido sustituida por una deducción lógica de un concepto formal de derecho y deber, sino por la idea del contrato social y, con ello, por el principio normativo del consenso. Por consiguiente, a causa del consiguiente principio bifronte de soberanía popular, la limitación del Derecho penal —con el único fin de la prevención de los daños sociales— está anclada en las premisas de cada Constitución democrática estatal y, por lo tanto, como componente implícito, es necesariamente presupuesto de todas las Constituciones positivas de los Estados democráticos.

3. Por lo tanto, desde el punto de vista del contenido, con este principio limitador se trata de la protección del individuo ante la arbitrariedad de los detentadores del poder, entre los que, en una democracia parlamentaria, evidentemente se cuentan los diputados del parlamento como titulares del poder legislativo. Ya he expuesto en otro lugar<sup>17</sup>, y no lo voy a repetir aquí, qué y cómo el principio normativo de la prevención del daño social, como fin del Derecho penal, ha experimentado —sin una modificación sustancial de su contenido— la metamorfosis que lo ha convertido en la fórmula usual hoy de la *ultima ratio* para la protección del bien jurídico. Pero, de todos modos, me gustaría detenerme más detalladamente en una estación que, debido a su doble anti polo, hace que las características decisivas del Derecho penal moderno destaquen de modo especialmente preciso: a saber, en la filosofía del Derecho penal de Immanuel Kant.

a) La famosa definición de Kant del Derecho como el conjunto de condiciones bajo las cuales el libre arbitrio de uno se puede compaginar con el libre arbitrio de otro según una ley universal de libertad<sup>18</sup>, en la introducción de Kant en la teoría jurídica, ciertamente en una estructura superficial, no se deduce de un concepto de libertad empático y sustancial para la vida del hombre en sociedad, sino que se deriva de distintas definiciones formales de los conceptos básicos transcendentales construidos por Kant (deber y obligación, ley y máxima, voluntad y libre arbitrio); sin embargo, está conectado —a través del imperativo categórico, que es válido para el Derecho y la moral— con la dignidad del individuo, como un ser racional que se otorga a sí mismo sus propias leyes.

Por consiguiente, no sería una distorsión de esta base deontológica si, con el mismo efecto que en Beccaria y Hommel, se derivara de la definición de Derecho de Kant para el Derecho penal la consecuencia de que solo las lesiones a la libertad pueden pensarse y que, por ello, una disposición jurídica positiva que castigue un acto que permanezca dentro la propia esfera de libertad y no se extienda a otra esfera de libertad, no sería Derecho, sino un injusto o ilícito<sup>19</sup>. Pero, lamentablemente, el propio Immanuel Kant no ha extraído esta conclusión para el Derecho penal, sino que por el contrario se ha enredado —a causa de una confusión de condición suficiente y necesaria— en una desafortunada polémica contra Beccaria y, en el supuesto de una mera lesión de deberes morales contra uno mismo —cuyo reconocimiento en la ética es ya discutible, pero en Derecho penal insoportable y en

---

<sup>17</sup> SCHÜNEMANN, en HEFENDEHL/V. HIRSCH/WOHLERS (Edts.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, p. 133 (138 ss.)

<sup>18</sup> KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, in: WEISCHEDEL (edts.), *Werksausgabe*, t. 8, 1993, p. 337 (A33/ B 33).

<sup>19</sup> En este sentido se ha reconstruido actualmente la teoría del Derecho penal de Kant por la escuela de Wolff-Köhler, p. ej. WOLFF, en: HASSEMER (ed.), *Strafrechtspolitik*, 1987, pp. 137 ss. (211 ss.); KÖHLER, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 1997, pp. 22 ss., lo cual sin embargo especialmente en el Derecho penal solo podría reflejar la filosofía real de Immanuel Kant de modo selectivo. Sobre el desarrollo de la teoría de la infracción de la norma a través del kantiano Furbach, véase ampliamente GRECO, *Lebendiges und Totes in Furbachs Strafrecht*, 2009, pp. 303 ss.

el propio sistema jurídico kantiano es absurdo— se ha extraviado, llegando a defender la propagación de tipos penales cuya realización únicamente infringe normas morales, pero no fundamenta ningún daño social<sup>20</sup>.

Y Kant, en segundo lugar, transforma —sin fundamentarlo— la culpabilidad del autor como condición necesaria para la legitimación de la pena (sobre ello, más detalladamente, a continuación) en una condición suficiente y, con ello, presupone (asume) de modo axiomático la teoría de la retribución de la pena, que no es deducible de ningún modo de su concepto del derecho<sup>21</sup>.

b) De este modo, la teoría del castigo kantiana muestra de manera ejemplar el peligro de una extralimitación e invasión de la moral en el Derecho penal, al reconocerles una función independiente fundamentadora de la pena al reproche moral (la “censura”), al lado del fin del Derecho penal de prevención del daño social, y a la idea de culpabilidad como puro principio de legitimación (debido a la posibilidad del autor de evitar el delito)<sup>22</sup>. Repetir, después de 200 años, que la tesis de que al injusto tiene que seguirle, como consecuencia, la pena, sea una “necesidad de la razón y ciertamente, en el primer paso intelectual, también lo es independientemente de cualquier consolidación estatal de las relaciones jurídicas”<sup>23</sup>, significa (en términos kantianos) un retorno a la inmadurez o minoría de edad por culpa propia. Pues de una prohibición, en caso de su vulneración, a lo sumo puede derivarse un deber de reparación, pero no un deber de castigar al infractor: si este ha golpeado sin justificación en un ojo a alguien y, como consecuencia, es golpeado por otro, el daño no se ha compensado, sino que se ha duplicado. De este modo, la creencia de que con ello se ha restablecido el Derecho ciertamente no es más que una *petitio principii* y una confusión entre condición necesaria y suficiente; confusión que, ciertamente, se produce con bastante frecuencia y que por ello es un pecado venial, pero si por ella las personas en el pasado eran privadas de su vida y hoy lo son de su libertad, entonces se acaba la broma.

#### **IV. El carácter desmesurado (super-retribución, *overkill*) también del moderno Derecho penal y su consecuentemente necesaria limitación en todo Estado democrático de Derecho**

1. Por otro lado, la insistencia de Kant en un principio de retribución estricto ha dejado claro que, en realidad, ni el Derecho penal anterior ni el Derecho penal moderno en su con-

---

<sup>20</sup> Un ejemplo: En sus comentarios explicativos a la segunda edición de la metafísica de la moral, Kant ha incluido expresamente la denominada, por él, bestialidad (tráfico sexual con animales) dentro del Derecho penal y lo ha calificado como “un delito punible contra la humanidad en sí”, por lo que la “expulsión de la sociedad civil para siempre” se declara apropiada como castigo, ya que el autor se ha “hecho a sí mismo indigno de la cualidad humana” (KANT [n. 27], p. 488, B 171 s.).

<sup>21</sup> De modo palpable en su famoso “ejemplo de la isla”, ver (n. 27), p. 455, A 199/B 229. En el apéndice a su segunda edición de la *Metafísica de las costumbres*, Kant de un modo muy interesante, en la nota a pie de la p. 171, ha efectuado expresamente la distinción entre la punibilidad, la cual es moral, y la sensatez penal, la cual es pragmática y es entendida por él como prevención, pero sin entrar tampoco aquí en la combinación necesaria de ambas como presupuesto de la punición efectiva.

<sup>22</sup> Sobre la crítica de la concepción moderna de Andreas v. Hirsch de basar el Derecho penal en el reproche moral además de su tarea preventiva, véase mi crítica en: SCHÜNEMANN/V. HIRSCH/JAREBORG (eds.), *Positive Generalprävention*, 1998, p. 109 (111 ss.); además, que una decisión para lesionar la norma, es decir, contra el imperativo categórico, no puede explicarse a través de la idea trascendental de libertad kantiana, véase mi aportación, en: PRITWITZBAURMANN/GÜNTHER (eds.), *El Homenaje Klaus Lüderssen por su 70 cumpleaños el 2 de mayo de 2002*, 2002, p. 327 (332 ss.).

<sup>23</sup> GIERHAKÉ, *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre*, 2005, p. 157.

figuración real pueden ser legitimados por el mismo (lo que hace innegable no solo la protección de bienes jurídicos como fin único del Derecho penal, sino también su papel como *ultima ratio*): como ha expresado acertadamente Immanuel Kant, la retribución está limitada por la ley del Talión<sup>24</sup>, porque si se le inflige al malhechor algo peor que aquello de lo que el malhechor es responsable, no tiene lugar ninguna retribución, sino solo venganza.

Sin embargo, aún hoy, la realidad del Derecho penal se queda atrás del Talión solo en la punición de los delitos de homicidio y de los delitos de lesiones, mientras que, por regla general, se excede mucho de esa medida: quien comete un delito patrimonial, especialmente si reincide, puede eventualmente ser encerrado en una jaula como un animal salvaje durante años y años. Y lo mismo le sucede a un delincuente sexual, que indudablemente ha jugado mal con el cuerpo y la mente de su víctima, pero solo por un periodo muy corto de tiempo. Este exceso casi permanente de la sanción penal, este *overkill* (exceso) estructural, excluye categóricamente una justificación basada en las ideas de la retribución, dejando así solo el fin de protección de los bienes jurídicos y dando lugar a la hoy generalmente reconocida fórmula de la *ultima ratio* para el ámbito de aplicación del Derecho penal: las penas, precisamente por su efecto-excesivo (*overkill*), solo pueden imponerse cuando está en juego garantizar los bienes esenciales del individuo y de la sociedad y todos los demás medios son infructuosos; y, en caso de lesiones insignificantes, se debe prescindir de ellas por completo.

2. Con esta constatación del fin de la pena como el primer principio básico vinculante para todo el Derecho penal de un Estado democrático, el razonamiento dogmático penal no ha llegado todavía ciertamente a su fin. Pues cada justificación utilitaria (= consecuencial) de un mal infligido a un ser humano, como aquel que representa el exceso de la pena, requiere una complementación por medio de un principio de legitimación (deontológico) frente a la persona que lo sufre. Y en este punto se encuentra una sorprendente “armonía preestablecida”<sup>\*25</sup> entre la deontología y el consecuencialismo.

En efecto, el Derecho penal como prohibición y amenaza de sanciones solo puede funcionar a través de la motivación del que potencialmente puede lesionar el bien jurídico, es decir, solo si este estaba en condiciones de cumplir la norma. La posibilidad de actuar de otro modo es, por lo tanto, un presupuesto implícito para que la norma penal pueda alcanzar un efecto (de prevención general intimidatoria) y, por ello, para el caso que este efecto se ignore, la sanción con la que se ha amenazado se impone únicamente por la vulneración del Derecho. Pero al mismo tiempo, (solo) en ese caso se puede hacer —frente al infractor de la norma— el reproche personal de que no la ha obedecido, aunque estaba en condiciones de hacerlo. En esto consiste su culpabilidad como fundamento legitimador del hecho punible como abuso.

Y, de nuevo, este requisito también es necesariamente previo a cualquier Constitución democrática de un Estado. Pues desde la idea del contrato social como única legitimación posible del poder estatal se sigue el reconocimiento de la autonomía y, consecuentemente, de la dignidad humana, que —independientemente de su positivación en el art. 1 de la Constitución alemana— se encuentra entre los fundamentos implícitos de cualquier Constitución democrática del Estado.

---

<sup>24</sup> KANT, (n. 27), II. Parte p. 227.

\* [N. del T.]: siguiendo a Leibnitz.

3. a) La racionalidad del fin en la forma de *ultima ratio* para la protección de bienes jurídicos por medio de la prevención general intimidatoria y la legitimación por medio del principio de culpabilidad forman, por lo tanto, los dos principios penales fundamentales de cualquier Estado democrático de Derecho. Y, por tanto, no es tampoco casualidad que en la declaración de los derechos humanos y civiles de 1789 y en la primera Constitución jurídico estatal europea, la Constitución francesa de 1791, se declare en el primer Título como parte de los derechos naturales y civiles: [“art. 5. La ley no tiene el derecho de defender más que frente a acciones perjudiciales para la sociedad” “Dado que la libertad consiste únicamente en poder hacer todo lo que no sea nocivo para los derechos de los demás ni para la seguridad pública, la ley puede establecer sanciones para los actos que, atacando a la seguridad pública o a los derechos de otro, serían nocivos para la sociedad.”].<sup>26</sup>

Con lo cual, el principio del daño social formulado por Beccaria —como condición del Derecho penal que es previa al Derecho positivo, y que ha de ser reconocida por éste— ha encontrado una formulación, cuya validez o vigencia, más allá de su época, no puede marchitarse por una jurisprudencia (ciencia del Derecho) literalista, que eche de menos una determinada palabra en la lectura de la Constitución que sin duda no está formulada en un sentido menos propio del Estado de Derecho. Que en el tenor literal de la Constitución no aparezcan ni el concepto de bien jurídico ni el de daño social poco importa, pues tampoco se lee allí nada del embrión, y sin embargo respecto del mismo el Tribunal Constitucional Federal alemán ha desarrollado importantes principios desde la Constitución<sup>27</sup>. Y si se declara que la garantía de una “Administración de justicia operativa” está contenida implícitamente en el principio del Estado de Derecho<sup>28</sup>, entonces sería extraño si allí no estuviera igualmente regulado de manera implícita el legítimo fin de este instrumento y con ello su limitación, puesto que difícilmente se puede presentar como necesaria la eficiencia de un medio sin antes haber declarado su fin.

Por tanto, sólo se puede explicar por ignorancia o por falta de honradez, o por ambas cosas, el que se le haga el reproche de provincianismo estrecho de miras a la fundamentación y limitación del Derecho penal en y mediante la fórmula de la *ultima ratio* para la protección de bienes jurídicos como reformulación del principio del daño social, común a los países europeos y con pretensión de global, formulado por primera vez por un italiano y solemnemente proclamado por la Asamblea Nacional Francesa.

b) Es casi absurdo y disparatado que esto se considere una lesión del principio democrático supuestamente prioritario: la confusión, subyacente en esta crítica, de la democracia (= gobierno o dominio del pueblo = respeto de los derechos humanos y del fundamento y límite del poder estatal derivados de la idea del contrato social) con el poder del parlamento (= un mero agregado de poderes o dominio) sería vergonzosa para un profesor de Derecho constitucional, incluso si la crisis manifiesta del sistema parlamentario (que en las camarillas oligárquicas de círculos de poder internacionales —calificados por el penalista alemán Ambos, entre otros, como piedra angular— de todos modos ya no tiene nada que

---

<sup>26</sup> La Asamblea Nacional francesa también era plenamente consciente de que aquí “en el compromiso que había contraído a la vista de toda Europa” “no podía amedrentarse al decir verdades para siempre y para todos los países” y por tanto “una explicación intencionada para todas las personas, para todas las naciones” (así el diputado Dupont, véase DREIER, *Gilt das Grundgesetzewig?*, 2009, p. 7).

<sup>27</sup> A partir de la STC alemán BVerfGE 39, 1, cuyo amplísimo abandono por la actual jurisprudencia (BVerfGE 88, 203; 98, 265) ciertamente se ha ocultado por el mismo Tribunal Constitucional alemán con toda la fuerza que ha podido, pero sin que ello sea algo decisivo en el presente contexto.

<sup>28</sup> Numerosas citas en ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 28.<sup>a</sup> ed. 2014, § 1 nm. 7.

decir) no hubiera producido precisamente mientras tanto incluso la tesis de la “post-democracia” y si precisamente el concepto de “democracia deliberativa”, desarrollado para salvar la idea democrática, no dependiera en Derecho penal de una ciencia jurídico-penal elaborada y autoconsciente como vanguardia de la opinión pública.

## **V. Propuesta de una nueva interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán**

1. Ciertamente que en su sentencia del caso del cannabis el Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG) no ha reconocido ni al daño social ni al principio de protección de bienes jurídicos —que ha sustituido a aquél, ocupando su lugar en la discusión alemana— como principio limitador del Derecho penal, sino que, en cierto modo, ha reducido el obstáculo allí existente a pequeñas limaduras: en primer lugar, considerando sólo la libertad general de acción del art. 2 apartado 1 de la Constitución (GG) como pertinente y restringible por cualquier causa del interés común y, a continuación, midiendo el reforzamiento (de la prohibición) mediante la pena solo conforme al principio de proporcionalidad.

Pero una única sentencia sobre el terreno de los estupefacientes —extremadamente minado desde el punto de vista político— no puede sellar, como si fuera papel usado, una historia de 250 años del Derecho penal de un Estado de Derecho democrático. Así, efectivamente, la sentencia sobre el incesto, que también suele entenderse en cualquier caso como un rechazo al principio de protección de bienes jurídicos, si se toma en un sentido exacto, habla otro lenguaje, porque el Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG) intenta de nuevo presentar un bien jurídico que fundamente el delito de incesto y ya lógicamente no se lleva muy bien con la fórmula de *ultima ratio* que utiliza sin una finalidad u objeto añadido (¿para qué *ultima ratio*?). El énfasis persistente del principio de *ultima ratio* en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG) tiene, por ello, el mismo efecto que la creación de un espacio de tensión, que tiene hambre de la palabra redentora “bien jurídico”, y es notable que esto ocurra incluso dos veces en la propia sentencia del caso del incesto (BVerfGE 120, 244 nm. 77): “El Derecho penal es *ultima ratio*, es el último instrumento disponible para proteger el interés general, y por ello solo se considera si la conducta incriminadora es de modo especial socialmente nociva o dañosa [sic!], más allá de su prohibición, si para la ordenada convivencia entre las personas es insoportable y si por ello su evitación es especialmente urgente”. Y todavía con mayor claridad en el núm. 35: “El Derecho penal se utiliza como ‘*ultima ratio*’ para la protección de los bienes jurídicos si un determinado comportamiento, más allá de su prohibición, es de un modo especial socialmente dañoso o perjudicial e insoportable para la convivencia ordenada de las personas, y por ello su evitación es especialmente urgente”. Ciertamente, añade, “es en principio tarea del legislador el definir de forma vinculante el ámbito de la conducta punible. Él es básicamente libre para decidir si defiende precisamente por los medios del Derecho penal un determinado bien jurídico [sic!], cuya protección le resulta esencial y, en caso afirmativo, cómo desea hacerlo”.

Pero esta libertad aquí está de modo lingüísticamente inequívoco claramente ligada a la existencia de un bien jurídico y no ya a cualquier simple interés público, como habría correspondido al “método limador” de la sentencia del cannabis. En conexión con las otras sentencias más recientes, en las cuales se utiliza esta u otra fórmula parecida, me parece (modificando mi opinión anterior) innegable un distanciamiento discreto del Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG) de su desenvoltura en la sentencia del caso del

cannabis y, correspondientemente, es obligada una nueva interpretación de su jurisprudencia.

2. Especialmente digna de aplauso es a este respecto, en mi opinión, la combinación realizada por el Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG) de la dañosidad social (negativo) con la protección de bienes jurídicos (positivo) y su empleo como fórmulas intercambiables. Porque, en efecto, Birnbaum, al haber sustituido la definición de delito basada en “la vulneración del derecho” utilizada por Feuerbach por “la lesión del bien”, ha logrado en cuanto al contenido una amplia coincidencia con el “daño social” de Beccaria. Pasando por las Normas de Binding, en las que se acuña el concepto de “bienes jurídicos”, y por el Manual de von Liszt, el concepto de bien jurídico avanzó hasta convertirse en el concepto fundamental del Derecho penal, por aquel entonces naturalmente con las cadenas del positivismo jurídico.

Tras el final del positivismo jurídico, que limitaba la doctrina del bien jurídico, y tras la posterior dictadura nacional-socialista, que casi la enterró, era realmente evidente que hay que combinar cuatro vías de fundamentación que sirven de base a esta doctrina para llegar a una deducción de capacidad de persuasión abrumadora: en primer lugar, este enfoque podría anclarse, como se acaba de exponer, en la base conceptual del contrato social —que se ha de presuponer en cada Constitución y con ello también en la Ley Fundamental alemana— y de su desarrollo para el Derecho penal —casi 200 años anterior a la promulgación de la Ley Fundamental— que comienza con Beccaria y prosigue su evolución posterior con Hommel y Birnbaum; por tanto, puede anclarse en una capa de reflexión fundamental que precedió a la elaboración de cada Constitución en Alemania y que constituía su base histórica.

En segundo lugar, fue precisamente el desprecio del principio de protección de bienes jurídicos y la utilización del Derecho penal para cualesquiera fines políticos en el Tercer Reich lo que tuvo que hacer evidente la necesidad de una limitación para la utilización del instrumento. En tercer lugar, el legislador se vio sujeto por la Ley Fundamental a los derechos fundamentales y al principio del Estado de Derecho, con lo que quedaba obsoleta la impotencia —todavía vigente en el positivismo normativo— frente a la arbitrariedad del legislador. Y en cuarto lugar, en una argumentación entretejida por sí misma otra vez cuádruplemente, la utilización del instrumento del “Derecho penal” en comparación con las simples restricciones de los derechos fundamentales tenía que depender, por ello, de un salto cualitativo en la urgencia y legitimación *material*, porque: 1.º) la Ley Fundamental establece expresamente (arg. ex art. 103 apdo. 2, 104 GG: Constitución alemana) este salto de legitimación en la justificación *formal*, en sí misma menos importante, de las medidas penales; porque 2.º) el grave daño e incluso la destrucción de la existencia social misma que se tiende asociar a la pena representa un salto no solo cuantitativo, sino también cualitativo respecto de las simples restricciones de los derechos fundamentales; porque 3.º) el reproche ético-social precisamente subrayado por el Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG) —y que está unido a la sanción penal— significa, más allá de la injerencia en la libertad o en el patrimonio, el reproche de una autodegradación, que ya objetivamente presupone un comportamiento incorrecto grave; y, finalmente, porque 4.º) el carácter ya descrito del Derecho penal como excesivo —es decir, como una imposición de un mal *aufond* (en el fondo) desproporcionada— excluye una domesticación únicamente por el principio de proporcionalidad y, por lo tanto, sin una restricción drástica de los presupuestos del mandato de imponer una pena, no sería Derecho, sino un terror estatal. Si se tiene todo esto en mente, entonces, ahora como ya antes, no puedo sustraerme a la visión de que

al Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG) le será ofrecida la teoría penal del bien jurídico por la Ley Fundamental en bandeja de plata, como en su día lo fue la cabeza de Juan a Salomé y, por ello, a largo plazo no la negará.

## VI. Sobre la estructura metodológica del concepto de bien jurídico

1. Resta entonces, ciertamente, la crítica metodológica a la fórmula del bien jurídico, según la cual esta sería, al fin y al cabo, debido a su indeterminación semántica, tan solo una llave maestra (*Passe-partout*) para cualquier decisión política y, por eso, carecería de valor<sup>29</sup>. Sin embargo, conceptos sumamente abstractos —como el de “bien jurídico”— no son solo irrenunciables en una ciencia jurídica sistemática, sino que, a pesar de su relativa indeterminación, también son susceptibles de concreción, siempre y cuando, por lo que respecta a su extensión, tengan un núcleo claro y generalmente aceptado, esto es, siempre y cuando se puedan nombrar casos ejemplificativos evidentes (“arquetipos”) —en el caso de los bienes jurídicos: los derechos innatos vida, integridad y libertad, así como, para todas las sociedades desarrolladas, la propiedad—.

Este núcleo puede ser, entonces, ampliado paso a paso mediante la analogía, siendo importante (como para cada concreción de tipos) crear un contra-concepto, que a su vez posea respecto a su extensión un núcleo claro y generalmente aceptado de “arquetipos”, a cuyos efectos entonces (como en cada concepto de tipo) deben ser puestos de relieve los rasgos característicos del tipo y, en su configuración cuantitativa, añadidos a un perfil general<sup>30</sup>.

2. El contra-concepto del bien jurídico es la “forma de vida” (*Lebensform*), que en un Estado democrático de Derecho no debe ser lograda coactivamente por medio del Derecho penal. Ya he demostrado reiteradamente en otras ocasiones, con diferentes ejemplos concretos, que esta bilateral concreción de los bienes jurídicos protegibles mediante el Derecho penal, de una parte, y de las formas de vida resistentes al Derecho penal, de otra, naturalmente no se puede lograr con seguridad matemática o empírica (inalcanzable en Derecho), pero sí con gran plausibilidad argumentativa<sup>31</sup>.

Ello no debe ni puede ser repetido aquí. En su lugar, me limitaré a indicar que no se trata tampoco con esto de una especie de “camino secreto” jurídico, sino de un caso especialmente instructivo de aplicación de conocimientos metodológicos. Pues en la moderna Filosofía del lenguaje se ha reconocido desde hace tiempo que la definición clásica me-

---

<sup>29</sup> Véase por ejemplo STUCKENBERG, GA 2011, 653 (656 s.) repitiendo en un repaso de todas las viejas objeciones (p.ej. de STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. ed. 2000, § 2 nm. 7). Sobre ello, la fundamental crítica en la obra de Roxin, en: NEUMANN/HERZOG [nota al pie. 44], p. 579.

<sup>30</sup> Esto lo he demostrado para los tipos de cohecho mediante la contraposición del “pacto de injusto” (*Unrechtsvereinbarung*) con el “acto de representación” (*Repräsentationsakt*) y mediante la puesta de relieve de seis rasgos diferentes (SCHÜNEMANN, en: DANNECKER [eds.], *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*, 2007, p.777 [791 ss. 795 ss.]), que han sido en gran parte adoptados por el BGH (*nota bene*: sin cita), pero malentendidos como “indicios de un valorizante juicio del juez del hecho” (BGHSt 53, 6 [16 s.]). Sobre el concepto de hecho punible como tipo, de manera concisa y acertada, ya HEFENDEHL (nota al pie 44 – *Kollektive Rechtsgüter*), pp. 107 ss.

<sup>31</sup> SCHÜNEMANN (nota al pie. 26), pp. 149 ss.; el mismo, en: SCHÜNEMANN (ed.), *Strafrechtssystem und Betrug*, 2002, pp. 51 ss.; el mismo, en: v. HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (eds.), *Mediating Principles*, 2006, pp. 18 ss.; el mismo, *El derecho penal es la ‘ultima ratio’ para la protección de bienes jurídicos*, 2007; en la misma dirección ROXIN, en: HEFENDEHL (ed.), *Empirische und dogmatische Fundamente*, kriminalpolitischer Impetus, 2005, p. 135; *el mismo* (nota al pie 44 – AT), § 2 y núm. 12 ss; el mismo (nota al pie 57), p.573; el mismo, GA 2013, 433; GRECO, ZIS 2008, 234; el mismo, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, 2009, pp. 303 ss.; HEFENDEHL (nota al pie 44 – *Kollektive Rechtsgüter*), pp. 18 ss.

dianter *genusproximum* y *differentiaspecifica* es un caso excepcional extremo, y ha sido sustituida (por escoger solo las otras categorías más importantes de la representación lingüística) por el *tipo*<sup>32</sup>, el *aire de familia* en el sentido de Wittgenstein<sup>33</sup> o la ejemplificación de una —solo imprecisamente concebida— intensión mediante algunos casos de la extensión<sup>34</sup>, cuya explicación ulterior debe efectuarse mediante un proceso analógico, que en la hermenéutica ontológica ha sido siempre considerado como el caso normal del método jurídico<sup>35</sup>.

## VII. La tarea de la dogmática jurídica (penal) como cuarto poder

1. Lo que he intentado mostrar anteriormente con el recurso al llamado concepto de bien jurídico crítico hacia el sistema, es decir, limitador o restrictivo del Derecho penal, sirve *pars pro toto* para todos los problemas del Derecho penal y su tratamiento científico-jurídico: la limitación del poder punitivo —propia de un Estado de Derecho— mediante el principio de protección de bienes jurídicos y el principio de culpabilidad debe ser tomada en consideración en todas las cuestiones de aplicación, de un modo tal que los pasos intermedios y los resultados concretos en un sistema global sean clasificados y controlados atendiendo a este, para garantizar (en virtud del mandato de ausencia de contradicción) la observancia del principio de igualdad y, con ello, la justicia en todas las figuras dogmáticas concretas. El correspondiente detentador del poder (en el proceso penal concreto, el juez) no puede por ello decidir arbitrariamente, sino que debe respetar reglas y principios tan pronto más abstractos, como otras veces más concretos.

2. Esto sirve incluso para su actividad dogmática comparativamente más sencilla: la interpretación de los tipos de la parte especial. Aquí, el así llamado concepto de bien jurídico inmanente al sistema<sup>36</sup> le da a la interpretación teleológica sostén y finalidad. Mucho más significativo es el trabajo dogmático en el análisis de los presupuestos generales de punibilidad unánimemente vigentes para todos o en cualquier caso para muchos tipos penales. De la finalidad de protección de bienes jurídicos y de la legitimación mediante el principio de culpabilidad —que exige la evitabilidad individual del hecho y de esta manera

---

<sup>32</sup> A este respecto, la carrera de la concepción del tipo en la teoría del Derecho resulta especialmente instructiva: mientras que su descripción hermenéutica original por Arthur Kaufmann, *Analogie und „Natur der Sache“*, 1965; HASSEMER, *Tabbestand und Typus*, 1968; LEENEN, *Typus und Rechtsfindung*, 1971; LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6.<sup>a</sup> ed. 1991, pp. 460 s. fue duramente criticada al principio por KUHLEN, *Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie*, 1977, pp. 163 ss. y por KOCH/RÜBMAN, *Juristische Begründungslehre*, 1982, pp. 73 ss., desde entonces ha sido precisada lógicamente y rehabilitada por el propio Kuhlen (KUHLEN, en: HERBERGER/NEUMANN/RÜBMAN [eds.], *Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken*, ARSP-Beiheft 45, 1992, p. 101 [119 ss.]); PUPPE, en: DORNSEIFER/ HORN/ SCHILLING/SCHÖNE/STRUENSEE/ZIELINSKI (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, p. 15 (25 ss.); véase SCHÜNEMANN, en: HAFT/HASSEMER/NEUMANN/SCHILD/SCHROTH [eds.] *Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, 1993, p. 299 (304 ss.). Sobre su aplicación en el concepto de dolo, SCHÜNEMANN, en: WEIGEND/KÜPPER [eds.] *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag 11. April 1999*, 1999, s. 363 [370 ss.]; finalmente, sobre su aplicación en el propio concepto del bien jurídico, SCHÜNEMANN, en: JOERDEN/WITTMANN [eds.], *Recht und Politik*, ARSP-Beiheft 93, 2004, pp. 133 ss. [142]).

<sup>33</sup> WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, 1953, pp. 65 ss.; sobre ello, v. d. PFORDTEN, en: JOERDEN/WITTMANN (nota al pie 60), pp. 51 ss. (55).

<sup>34</sup> Sobre la diferenciación semántica entre extensión e intensión, cfr. solo STEGMÜLLER, *Erklärung, Begründung, Kausalität (Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und analytischen Philosophie I)*, 2.<sup>a</sup> ed., 1983, pp. 94 ss.; v. d. PFORDTEN, *Deskription, Evaluation, Präskription*, 1993, pp. 133 ss.

<sup>35</sup> ARTHUR KAUFMANN (n. 60), *passim*; el mismo, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung*, 1999, pp. 59 ss.

<sup>36</sup> Esta terminología tiene su origen en HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechen*, 1973, p. 19.

coincide con el mecanismo de protección de la prevención general intimidatoria— se pueden derivar sorprendentemente, por vía deductiva, muchas condiciones especiales de punibilidad.

A ese respecto, se trata ante todo y en muchos casos de excluir el castigo por mero azar. Mediante el desarrollo de una doctrina de la imputación objetiva se pretende asegurar que el daño social se base en la lesión o infracción de la norma (porque ese daño faltaría en caso de observancia de la prohibición penal), y que así, entre la acción prohibida y la producción del daño, exista no solo una relación externa, sino una conexión funcional<sup>37</sup>.

La teoría del error se encarga de que al autor solo se le responsabilice por aquellas circunstancias que conocía o que podía haber reconocido; es así una refinación del principio de culpabilidad<sup>38</sup>. Explicando el concepto de autoría mediante el dominio del hecho se atribuye lo esencial, el centro de gravedad de la responsabilidad penal, a aquellas personas que, en la concreta situación, adoptan la decisión determinante sobre el destino del objeto del bien jurídico<sup>39</sup>. Esto sirve también para la posición de garante en los delitos de omisión impropia, que —como dominio sobre el fundamento o razón del resultado, en las dos formas de dominio sobre una fuente de peligro o sobre la indefensión o desamparo del objeto del bien jurídico— asegura la responsabilidad penal de aquellas personas cuya posición es comparable al poder de dominio de un autor comisivo<sup>40</sup>.

3. Debido a esta tarea de la dogmática ejercida por los científicos para el control intelectual de las resoluciones falladas por los jueces, me he referido a la ciencia jurídica<sup>41</sup> calificándola como una especie de cuarto poder<sup>42</sup>. Ciertamente es que en la discusión política e incluso jurídico-pública se denomina tradicionalmente a los medios de comunicación o *massmedia* como cuarto poder<sup>43</sup>, lo que sin duda es correcto en un sentido sociológico. Sin embargo, el dominio ejercido por estos, que ha crecido enormemente en la sociedad del tiempo libre ávida de “*infotainment*”, ha quedado fuera de control desde la pérdida de los “*checks and balances*” internos como consecuencia de la Gran Coalición —cuya primera aparición hace 50 años desencadenó una fuerte reacción en la sociedad, aunque hoy aparezca como algo cotidiano, rutinario—, con su extensa y consecuente uniformización (un tanto impuesta) de los llamados “*media rectores*” (*Leitmedien*).

En ello, por cierto, reside una importante causa del “desencanto político” de la población (reportado con asombro en los medios) y de la crisis de la democracia. Este dominio se muestra por ejemplo en Derecho en la siempre desenvuelta intromisión de los medios en los procedimientos judiciales en curso, tal como sucedió con las pseudo-películas

<sup>37</sup> Sobre ello, por todos, ROXIN (nota al pie 44 – AT), § 11 núm. 44 ff.; SCHÜNEMANN, GA 1999, 207 ss.

<sup>38</sup> Sobre ello, por todos: Roxin (nota al pie 44 – AT), § 21 núm. 1 ss.; sobre el concepto tipológico de dolo, SCHÜNEMANN (nota al pie 60 – FS Hirsch), p. 363; sobre la relación entre valoración y sistema en el error sobre el tipo permisivo, por último, SCHÜNEMANN/GRECO, GA 2006, 27.

<sup>39</sup> Ahora como antes, fundamental ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9.<sup>a</sup> ed. 2015; sobre la ampliación del principio de dominio como estructura general de la autoría, SCHÜNEMANN, en: LAUFHÜTTE/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, t. 1, 12.<sup>a</sup> ed. 2007, § 25 núm. 16, 39 ss.

<sup>40</sup> Sobre ello, por última vez, SCHÜNEMANN, GA 2016, 301.

<sup>41</sup> A este respecto, esta ciencia naturalmente es practicada por quien no decreta consecuencias jurídicas en virtud de su propia autoridad (como el ejecutivo y el legislativo), sino que las postula mediante una argumentación razonable para nuestro sistema jurídico.

<sup>42</sup> SCHÜNEMANN, en: SCHÜNEMANN/ACHENBACH/BOTTKE/HAFFKE/ RUDOLPHI (nota al pie 17), p. 1 (8); SCHÜNEMANN, en: PUTZKE/HARDTUNG/ HÖRNLE/MERKEL/SCHEINFELD/SCHLEHOFER/SEIER (eds.) *Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008*, 2008, p. 39.

<sup>43</sup> Cfr. solo VON GRAEVENITZ (ed.), *Vierte Gewalt?*, 1999.

documentales relativas al conjunto Clandestinidad Nacional socialista durante el juicio oral en curso —y encima en la televisión pública—, o con el lamentablemente voyerista furor de los medios en los casos Kachelmann y Lohfink.

Contrasta con lo anterior el control intelectual sobre los tres poderes del Estado mediante la ciencia jurídico-dogmática, que no posee ningún poder (o sea, no domina) y que por eso mismo puede responder la —de lo contrario irresoluble— pregunta de “*quis custodiet ipsos custodientes?*”. Solo de esta forma resulta posible una ruptura legítima del permanente retorno del control (*Kontrollregress*), que, si no, sería inacabable en un Estado de Derecho con separación de poderes. Quien vea en este punto una inadmisibles apoteosis de la dogmática jurídica<sup>44</sup> tampoco podrá negar que una jurisprudencia que no se somete ante la crítica científico-jurídica no es más que una justicia de cadíes, que no debe existir en un Estado de Derecho: solo mediante estos controles puede, por lo tanto, justificarse y hacerse soportable el poder judicial, no suficientemente legitimado de manera democrática. Y de ello sigue forzosamente la necesidad de apertura de la jurisprudencia al discurso dogmático con la ciencia jurídica.

En la “estructura de red” del trabajo dogmático<sup>45</sup>, que allí se encuentra y que se exige a todos los participantes, reside sin duda el motivo de que desde hace décadas tenga lugar un intercambio científico-penal tan sumamente fructífero con penalistas dogmáticos procedentes desde Portugal hasta Grecia, Europa del Este y central, Escandinavia, Asia oriental y Latinoamérica. A este respecto, la práctica cotidiana en el “mapci” [*mos analytico-philosophicus civitatis iuris*] de analizar problemas dogmáticos desde los principios superiores hasta los casos concretos, y de integrarlos en un sistema libre de contradicciones, hace atractiva para las nuevas generaciones de numerosos países una estancia de investigación de varios años en Alemania, que a menudo da pie a la producción de artículos o incluso monografías significativas y que impulsan sustancialmente la discusión conjunta<sup>46</sup>, complementando, de este modo, la tradicional exportación dogmática hacia esos ordenamientos jurídicos con la correspondiente importación.

---

<sup>44</sup> La anticrítica en sentido contrario de Pawlik, según la cual también la ciencia jurídica ejercería dominio mediante su influencia en los tribunales, y que al parecer yo habría ignorado (PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 44, nota al pie 143), ignora en realidad ella misma la única interpretación que tiene pleno sentido ante la comparación con los “poderes” del Estado, a saber, la de “dominio = poder de mando o de ordenar = imponible por la fuerza”, y cae por ello en un *quaternio terminorum*.

<sup>45</sup> Y no en el “igualmente problemático pasado” apostrofado por VOGEL (*JZ* 2012, 27, col. izda.).

<sup>46</sup> A modo de ejemplo, MOROZINIS, *Dogmatik der Organisationsdelikte*, 2010, y RIGOPOULOU, *Grenzen des Paternalismus im Strafrecht*, 2013, así como los “números (fascículos) con aportación del extranjero” de la rev. GA 2010/6 y 2013/11 (“números de España” con contribuciones de, respectivamente, Silva Sánchez y Gracia Martín, y Silva Sánchez, Robles Planas, Montaner Fernández/Ortíz de Urbina Gimeno y Sánchez Lázaro), 2011/5 (número de España-Roxin“ con contribuciones de Díaz y García Conlledo, Gimbernat Ordeig, Luzón Peña y Silva Sánchez), 2011/8 (“número de Grecia” con contribuciones de Mylonopoulos y Morozinis) y 2011/10 y 2014/4 (“números de Portugal/Brasil” con contribuciones de, respectivamente, Sousa Mendes y D’Avila, y de Figueiredo Dias y Leite), así como 2013/8 (“número de Argentina” con contribuciones de Pérez-Barberá y Béguelin), que complementan la parte dedicada al extranjero de la revista ZStW con su Derecho y dogmática comparados mediante un diálogo sobre las cuestiones dogmáticas internacionalmente idénticas por motivos lógicos; y desde hace una década la revista ZIS, que se ha transformado entretanto en una plataforma global de la dogmática penal: por última vez, el “número brasileño” 2014/6. Se podrían ofrecer ejemplos correspondientes en relación con Polonia, Escandinavia o Italia, Japón, Corea del Sur o Taiwán. Sobre la República popular de China, véase HILGENDORF (ed.), *Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht*, 2013.

# La imputación objetiva desde la óptica de Wolfgang Frisch y Bernd Schünemann\*

## *Objective imputation from the perspective of W. Frisch and B. Schünemann*

por CARLOS JULIO LASCANO\*\*

**Sumario:** I. Introducción; II. La posición de Wolfgang Frisch; III. El enfoque de Bernd Schünemann; IV. Conclusiones provisionarias.

### **I. Introducción**

Si bien en los delitos de resultado el enfoque causal-mecanicista de la relación causal entre comportamiento y resultado no es aceptado en la actualidad como explicación exclusiva, no por ello ha sido dejado totalmente de lado, pues la dogmática jurídico-penal toma a la teoría de la “equivalencia de condiciones” de VON BURI como punto de partida para determinar la posible relación causal, que ahora se conceptúa en base a criterios normativos en las distintas versiones de la moderna teoría de la imputación objetiva, cuyo creador es el prestigioso maestro alemán CLAUS ROXIN.

Dicho autor intenta establecer ciertos criterios valorativos que permitan, en el ámbito del Derecho Penal, esclarecer cuándo una actuación humana se puede calificar como acción típica desde el punto de vista objetivo (*imputación objetiva*).

Para dicha concepción existen dos categorías sucesivas e independientes en el tipo penal objetivo: la causalidad y la imputación. La primera es condición necesaria pero no suficiente para la tipicidad, ya que podría haber causalidad sin imputación, pero no imputación sin causalidad.

La teoría de la imputación objetiva parte de un presupuesto realista: en la vida social moderna se toleran —e incluso se alientan— ciertas conductas peligrosas dentro de un margen determinado y siempre que se desarrollen de acuerdo a normas y parámetros establecidos. Cuando estos riesgos exceden los límites tolerados, se lesionan bienes protegidos y es aquí cuando el Derecho Penal debe intervenir.

La teoría de la imputación objetiva establece dos grandes niveles de análisis: 1. En primer lugar, se busca determinar si la acción realizada por un autor determinado ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado y penalmente relevante; 2. Si se confirma la creación del riesgo, debe establecerse si ese riesgo se ha concretado en el resultado producido, de acuerdo con la finalidad de la norma.

La doctrina mayoritaria plantea que estos niveles de análisis deben verse en dos momentos diferentes: *ex ante*, esto es, evaluando la conducta con anterioridad al momento de su desarrollo y de manera independiente al resultado, debe analizarse si el autor ha creado el riesgo penalmente relevante; en este momento se evalúan las capacidades y co-

---

\* Exposición efectuada en la sesión del Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba celebrada el día miércoles 13 de marzo de 2019.

\*\* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional de Litoral, Argentina. Miembro de Número y Director del Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Profesor Titular de la asignatura Derecho Penal I, Carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Juez del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° II de Córdoba. Autor de diversos libros y artículos en publicaciones especializadas del país y del exterior.

nocimientos particulares del autor. *Ex post*, ya con conocimiento del resultado, debe verse si ese riesgo creado por la conducta —y de acuerdo a la finalidad establecida por la norma— luego desembocó en el resultado lesivo.

La finalidad de la norma es considerada como eje rector del análisis ya que, a los fines de la teoría de la imputación objetiva, sólo deben tenerse en cuenta aquellos resultados que afecten el bien jurídico protegido por la norma que el autor infringió al momento de crear el riesgo penalmente relevante.

Esta teoría tiene una gran utilidad práctica, ya que al momento de analizar el tipo penal permite determinar la atipicidad de muchas conductas, así como también la tipicidad de otras, en base a criterios predeterminados que superan las formulaciones de las teorías de la causalidad, en todas sus variantes. Un elemento importante de la teoría de la imputación objetiva está constituido por los criterios que se han desarrollado a fin de determinar si frente a ciertos casos concretos puede predicarse la creación de riesgos penalmente relevantes y consecuentemente, imputar objetivamente una conducta al tipo.

La teoría de la imputación objetiva es uno de los temas más intensamente debatidos en las últimas décadas. Sin embargo, bajo ese rótulo aparecen nuevamente ideas que ya expusieron con anterioridad los sostenedores de sistemas muy diferentes, sin que aquellos le hayan dado esa denominación, que igualmente hoy acoge en su seno interpretaciones tan variadas que en realidad podría hablarse de “teorías” de la imputación objetiva.

Una vez que la doctrina dominante ha llegado a la conclusión de que a través de las aportaciones de la imputación objetiva se pueden resolver de forma más razonable que otras propuestas anteriores (basadas, por ejemplo, en criterios causales o en el dolo) ciertas cuestiones relativas a la tipicidad, ha llegado el momento de afrontar la cuestión de qué encierra dentro de sí la teoría de la imputación objetiva y cuál es el significado dogmático de las soluciones que propone.

Dentro de dicha teoría existen dos grandes corrientes: una defendida por pioneros en esta materia como ROXIN, GIMBERNAT, RUDOLPHI o SCHÜNEMANN, quienes consideran que la función esencial del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos; y otra que considera que lo es la estabilización normativa, sostenida por autores que le han otorgado una nueva dimensión a la teoría como JAKOBS o FRISCH. Este último se aleja de la posición de JAKOBS al entender —con buen criterio— que la función de estabilización normativa no está desligada de la de protección de bienes jurídicos, y por lo tanto, que la seguridad de bienes que aporta el Derecho Penal se encuentra unida a la estabilización del orden normativo. Ello le permite tener una visión de la teoría de la imputación objetiva distinta de la de los «padres de la criatura», pero sin llegar a desligarse totalmente de la concepción del injusto penal de la doctrina dominante como le sucede a JAKOBS. FRISCH representa un puente entre concepciones vinculadas al normativismo que a veces parece imposible que puedan establecer diálogos para llevar a cabo conjuntamente aportaciones fructíferas.

En el marco de esta breve alocución no podré abordar esas diversas posiciones y sólo me limitaré a esbozar el pensamiento de dos profesores alemanes, el primero de los cuales, WOLFGANG FRISCH, fue investido como Doctor Honoris Causa de nuestra Universidad Nacional en noviembre del año pasado; el segundo de ellos, BERND SCHÜNEMANN, será nuestro ilustre visitante y expositor en la próxima sesión de este Instituto.

## **II. La posición de Wolfgang Frisch**

Hace ya veinte años, en el conocido Seminario realizado en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, dirigido por JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, que contó también con la parti-

cipación de los renombrados catedráticos alemanes ROXIN, JAKOBS, SCHÜNEMANN Y KÖLHER, su compatriota el Profesor FRISCH dijo con claridad: «La expresión “imputación objetiva” suele utilizarse con contenidos considerablemente divergentes, de manera que para cada una de las formas de entenderla existe un estado actual de la discusión»<sup>1</sup>.

En dicha ponencia el Profesor Emérito de Friburgo separa la antigua teoría de la imputación objetiva de HONIG de las mencionadas por él como “nuevas teorías de la imputación objetiva del resultado”, afirmando que en el centro de esas argumentaciones se halla la cuestión de bajo qué condiciones la producción del resultado puede ser atribuida al agente: «Mientras que para HONIG solo tiene importancia un momento prejurídico, o más exactamente, una realidad previa que el Derecho ha de considerar, en la actualidad son criterios específicamente jurídicos los que ocupan el lugar fundamental... Brevemente: la teoría de la imputación objetiva se ha convertido en una teoría que se pronuncia sobre el carácter injusto de los resultados producidos»<sup>2</sup>.

Para entender cabalmente la última afirmación es necesario remontarse al origen del pensamiento de FRISCH: como lo explica LUIS GRECO<sup>3</sup>, en 1983 durante su investigación sobre el dolo eventual, titulada “*Vorsatz und Risiko*”<sup>4</sup>, FRISCH advirtió la necesidad de exponer una teoría sobre el componente objetivo al que se dirige el dolo, el comportamiento típico.

Cinco años después, FRISCH presenta una nueva monografía, “Comportamiento típico e imputación del resultado”<sup>5</sup>, donde inicia su trabajo en disenso con la doctrina mayoritaria sobre la teoría de la imputación objetiva del resultado, al sostener que aquélla se habría ocupado predominantemente del problema de la imputación de resultados, olvidando que cualquier teorización a este respecto tiene por presupuesto que el comportamiento realizado por el autor sea prohibido. En el caso de un comportamiento que disminuye el riesgo para un bien jurídico, por ejemplo, la pregunta correcta no dice nada sobre la imputación del resultado porque aquel comportamiento ni siquiera se puede considerar prohibido. Por ello se requiere una *teoría del comportamiento típico* capaz de enunciar bajo qué presupuestos un comportamiento se puede considerar prohibido bajo amenaza de pena.

En cambio, para FRISCH la teoría de la imputación objetiva del resultado tiene por objeto únicamente los presupuestos del nexo causal y de realización que debe existir entre el comportamiento prohibido y el resultado. La distinción entre comportamiento típico e imputación del resultado se basa en que la primera categoría se construye en referencia a las normas de conducta o de determinación, mientras que la última se relaciona con las normas de sanción o de valoración, según perspectivas diversas, *ex ante* en el primer caso, y *ex post* en el otro.

1. En el plano *jusfilosófico-constitucional*, FRISCH argumenta que para que una prohibición sea legítima debe existir algún motivo superior que justifique tal intervención estatal en el ámbito de libertad constitucionalmente asegurado. Dicho motivo sólo puede consistir en que la prohibición se muestre como un instrumento idóneo, necesario y ade-

---

<sup>1</sup> FRISCH, WOLFGANG, *La imputación objetiva: estado de la cuestión*, traducción de Ricardo Robles Planas, en Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch y Köhler, “Sobre el estado de la teoría del delito”, Civitas, Madrid, 2000, p. 21.

<sup>2</sup> FRISCH, WOLFGANG, *La imputación objetiva: estado de la cuestión*, pp. 25 y 26.

<sup>3</sup> GRECO, LUIS, *Imputação objetiva: uma introdução*, en C. ROXIN, “Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal”, tradução e introdução de Luis Greco, Renovar, Rio de Janeiro – São Paulo, 2002, p. 131 y ss.

<sup>4</sup> FRISCH, WOLFGANG, *Vorsatz und Risiko*, Carl Heymanns, Köln, 1983.

<sup>5</sup> FRISCH, WOLFGANG, *Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, C.F. Müller, Heidelberg, 1988.

cuado para impedir una conducta tendiente a lesionar un bien jurídicamente protegido, clara aplicación del *principio de proporcionalidad*. Así, sólo serán contrarias al Derecho aquellas acciones que, objetivamente, se dirijan a producir la lesión de un bien jurídico — en otras palabras, acciones *ex ante* objetivamente peligrosas— y cuya prohibición sea una forma idónea, necesaria y adecuada para protegerlo. En este primer plano de la teoría del comportamiento típico de FRISCH la cuestión fundamental es la repartición de las esferas de libertad, lo que hace recordar la Filosofía del Derecho de Kant, pero en sus trabajos más recientes prioriza la fundamentación filosófica en línea con ciertos desarrollos hegelianos por sobre la referencia constitucional al Estado de Derecho.

2. Pero no todo lo que es prohibido para el Derecho en general es también prohibido por el Derecho Penal. El injusto penal es un ilícito especialmente cualificado por un intenso juicio de reprobación ético-social, lo que justifica la imposición de una pena. En este momento avanza FRISCH hacia el segundo plano de argumentación, el *jurídico-penal*, para interrogarse cuándo, específicamente, los comportamientos que el ordenamiento jurídico consideró prohibidos pueden ser objeto de la desaprobación más intensa que el Derecho tiene a su disposición, es decir, la prohibición penal. Nuevamente aquí FRISCH recurre al *principio de proporcionalidad*: una conducta solamente será penalmente prohibida y, por lo tanto, típica, cuando la desaprobación penal se muestre como un instrumento idóneo, necesario y adecuado para garantizar la vigencia fáctica de la norma jurídica cuestionada por el comportamiento jurídicamente desaprobado.

Enunciados los principios generales del comportamiento típico, FRISCH pasa a concretarlos *a través de grupos de casos*. Rechazando las distinciones corrientes en la doctrina como una “aglomeración desordenada de *topoi*”, el catedrático emérito de Friburgo de Brisgovia propone la siguiente tripartición: a) comportamientos inmediatamente peligrosos para el bien jurídico; b) comportamientos que posibilitan autolesiones o autopuestas en peligro por parte de la víctima; y c) comportamientos que posibilitan, facilitan o motivan el comportamiento lesivo de terceros (aquí entran las “conductas neutrales”). Esta distinción se basa en que el autor puede causar una lesión al bien jurídico de tres maneras: inmediatamente, valiéndose de la causalidad natural; a través del comportamiento de la víctima; o a través de la conducta de terceros; en consecuencia, los problemas de repartición de las esferas de libertad se sitúan de modo diverso dependiendo de la constelación de casos que se examine.

No es posible en este momento explicar en detalle el modo en que FRISCH concreta ese grupo de casos; por ahora, basta con resaltar dos aspectos.

En primer lugar, que la aparente indeterminación del criterio de proporcionalidad propuesto por FRISCH se reduce considerablemente en virtud de la importancia que dicho autor otorga a normas jurídicas o extrajurídicas (técnicas, *lex artis*, etc.) que regulan el comportamiento. No siempre la violación de alguna de esas normas significa que el comportamiento es típico; por ejemplo, la prohibición bajo amenaza de pena de entregar ciertos juguetes que estadísticamente pueden causar lesiones a quienes los usan, sería inadecuada porque el resguardo al bien jurídico sólo sería a costa de una porción de libertad a la que la comunidad no está dispuesta a renunciar.

En segundo término, se observa que ciertos problemas que la doctrina tradicionalmente viene resolviendo en el plano de la realización del riesgo —que FRISCH denomina “imputación objetiva del resultado”— o en otro sector como el alcance del tipo de ROXIN (comportamiento de la víctima, atribución al ámbito de responsabilidad), *pasan a ser tratados ya en el ámbito del comportamiento típico*. Un ejemplo de lo anterior es el propuesto

por el propio FRISCH: un automovilista que excede el límite de velocidad, para, instantes después, cuando ya está conduciendo por debajo de ese tope, atropellar de modo inevitable a un peatón distraído. Se comprueba que, si él anteriormente no hubiese traspasado aquel límite de velocidad, habría llegado al lugar del impacto algunos segundos después, momento en el que el peatón ya no se hubiera encontrado. La mayoría de los autores resuelve este caso en el campo de realización de riesgos, sosteniendo que la norma que prohíbe conducir a exceso de velocidad no tiene el propósito de hacer que un automovilista llegue a un determinado lugar segundos después. Sin embargo, FRISCH objeta que este problema nada tiene que ver con la imputación objetiva del resultado. Afirma que en este caso no existió un comportamiento típico en miras de los bienes jurídicos de la víctima pues conducir a exceso de velocidad no crea cualquier riesgo jurídicamente desaprobado para los peatones que se encontraren en otras calles; el comportamiento del autor puede, por lo tanto, configurar una infracción administrativa, pero no un injusto penal. Por ello, FRISCH sostiene que revalorizando el comportamiento típico carece de utilidad uno de los elementos más empleados por la doctrina dominante: el “*fin de protección de la norma*”.

Una vez construida la teoría del comportamiento típico, le llega a Frisch el momento de ocuparse de la *imputación objetiva del resultado*, en la cual la tarea es determinar en qué consiste el desvalor del resultado en los delitos de resultado, para orientarse según la *ratio* que legitima el mayor merecimiento (delitos dolosos agravados) o la necesidad de pena (delitos culposos) derivados de un resultado lesivo. Para FRISCH la *ratio* de tal punición por el resultado es doble: porque implica *una más intensa perturbación de la paz jurídica*; pero, además, para legitimar el castigo del resultado o su incremento: *la mayor necesidad de explicitación de la vigencia de la norma*. Esta propuesta permite decidir si el resultado debe o no ser imputado al autor de una conducta típica en casos dudosos como los comportamientos alternativos conforme a Derecho.

Luego de analizar las distintas situaciones que excluyen la imputación objetiva del resultado (disminución del riesgo, cursos causales extraordinarios, riesgo tolerado de manera general, resultado que se habría producido igualmente si la conducta del agente hubiera sido ajustada a Derecho), FRISCH sostiene que el auténtico núcleo de la teoría de la imputación objetiva —en sentido estricto— normativamente orientada, se encuentra en el nexo necesario entre la actuación del autor y la producción del resultado en los delitos de resultado. Explica que, en cambio, para la teoría de la imputación objetiva en sentido amplio la identificación con el nexo entre acción y resultado muestra una restricción —en parte expresamente lamentada— por autores como HRUSCHKA y REYES ALVARADO<sup>6</sup>. Más adelante afirma que “este concepto global de la imputación ha encontrado su más evidente reflejo en JAKOBS, quien denomina a la teoría general de las condiciones del delito simplemente como teoría de la imputación. Naturalmente existe también algo que podría denominarse la parte objetiva de este concepto amplio de imputación. Sin embargo, la concreción de lo que pertenece exactamente a esta parte objetiva tropieza con mayores dificultades que los conceptos limitados de imputación a los que se ha aludido anteriormente”<sup>7</sup>.

Puedo afirmar que el sistema de FRISCH es uno de los más completos y que - aunque su revalorización del comportamiento típico no goza de aceptación de la doctrina mayoritaria- permite una solución más fácil. Dentro de su adscripción genérica al normativismo una importante singularidad de FRISCH es su vinculación a consideraciones derivadas de la idea de injusto personal. Su punto de vista esencial es que conducta típica sólo

---

<sup>6</sup> FRISCH, WOLFGANG, *La imputación objetiva: estado de la cuestión*, p.31.

<sup>7</sup> FRISCH, WOLFGANG, *La imputación objetiva: estado de la cuestión*, pp. 32 y 33.

puede ser aquélla que sea susceptible de ser definida como idónea, necesaria y adecuada para impedir determinadas lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos de acuerdo con un juicio intersubjetivo que depende de los principios jurídicos vigentes y en el que se tengan en cuenta los intereses de todos los potenciales autores y afectados.

Tal vez la parte más interesante de la contribución de FRISCH para un moderno desarrollo de la teoría de la imputación objetiva radique en su pretensión de rebatir la objeción que le hace ROXIN de que lo que se trata «en el fondo, es siempre de la imputación o no imputación de un resultado»: el resultado «no se imputa cuando (el causante) se ha comportado desde el principio de forma adecuada y tampoco cuando el curso causal era especialmente extraordinario» y de que «el desvalor de la acción y el desvalor del resultado están indisolublemente ligados el uno al otro»: «sin un resultado de muerte y su imputación no existe ninguna acción de matar y ninguna conducta típica». Este diálogo científico permite clarificar las posiciones de estos dos grandes teóricos de la teoría de la imputación objetiva y sus diferencias. Cualquiera que busque reflexionar sobre estos temas debe tomar una decisión de qué perspectiva seguir o, en todo caso, plantear las alternativas a dichas posiciones.

Debo destacar —como otro dato revelador de la importancia de su concepto material de hecho punible en la dogmática jurídico-penal alemana actual— que FRISCH ha buscado diseñar un modelo político-criminal orientado a la prevención general positiva alternativo al de ROXIN o HASSEMER, basado en la teoría del bien jurídico. FRISCH ha señalado cómo paradójicamente el debate sobre los límites del Derecho Penal se ha desarrollado sin una reflexión suficiente sobre aquello que se quiere limitar, es decir, la pena. Este autor, ante las dificultades de la teoría del bien jurídico, busca una fundamentación material con referencia a hechos merecedores y necesitados de pena, en la medida que ésta es la reacción estatal más grave a la que se encuentra vinculado un juicio de reproche ético-social.

### III. El enfoque de Bernd Schünemann

Para SCHÜNEMANN<sup>8</sup> el fundamento de la teoría de la imputación objetiva consiste en reconocer dos cuestiones:

1. Por un lado, la categoría fundamental del injusto penal no es la causación de un resultado, como sostenía el *causalismo*, valiéndose de la teoría de la causalidad adecuada; la causalidad es solamente una condición necesaria pero no suficiente para la imputación penal del resultado. Pero tampoco el centro del sistema está dado por el tipo subjetivo compuesto por la finalidad de la acción humana, como afirmaba el *finalismo*, ya que la finalidad -por el contrario- es sólo un elemento del tipo doloso y no del delito por antonomasia. Y también esto sería válido si se equiparara dolo y finalidad, lo que en el dolo eventual puede ser puesto en crisis. En definitiva, lo relevante es que a partir del principio de protección de bienes jurídicos se llega casi inevitablemente a la teoría de la imputación objetiva, donde lo decisivo es la realización en el resultado de un riesgo desaprobado jurídicamente, creado por el autor.

2. Por otra parte, que lo que legitima “*cargarle en la cuenta*” del autor la producción del resultado es la utilidad preventivo general: se debe poder reprochar al autor que la norma de conducta por él infringida era apropiada para impedir el resultado producido concretamente desde una perspectiva previa al hecho y que también sigue siendo apropiada

---

<sup>8</sup> SCHÜNEMANN, BERND, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva*, en “Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio”, Tecnos, Madrid, 2002, p. 80 y ss.

bajo un punto de vista posterior al hecho. Al respecto, la perspectiva anterior y posterior pueden ser idénticas, pero también pueden diferir, cuando otros hechos relevantes, que no eran conocidos *ex ante*, son conocidos posteriormente.

De tal manera: a) la identidad de consideraciones *ex ante* y *ex post* dan lugar a la *imputación objetiva en sentido amplio*; b) cuando aparecen hechos adicionales bajo la consideración *ex post*, nos encontramos en presencia de la *imputación objetiva en sentido estricto*.

Desde el punto de vista de la teoría de las normas en la imputación objetiva en sentido estricto se trata de que la norma de prohibición constituida *ex ante* y la norma de sanción a constituir *ex post*, no son idénticas, pero deben referirse una a la otra, de manera que la prohibición formulada *ex ante* represente también desde la perspectiva *ex post* una medida apropiada para impedir el resultado producido. Si se parte de esta base, se convierte en un problema aparente la controversia entre ROXIN y la doctrina dominante, por una parte, y FRISCH y sus discípulos, por la otra, acerca de si se trata primero de la imputación del resultado o del comportamiento típico.

En un *delito de resultado* la realización del tipo se produce sólo con la concurrencia de ambos aspectos, y es una controversia inútil, si el núcleo central tiene que estar constituido por el comportamiento típico o por la imputación del resultado. Lo mismo sucede con el nudo gordiano dogmático, complicado y confuso sobre si la valoración debe ser efectuada *ex ante* o *ex post*, y si en ella deben ser decisivos los conocimientos y capacidad del autor o los de un observador óptimo.

La norma de conducta cuya infracción constituye el comportamiento típico debe ser formulada *ex ante* y debe tomar en consideración la situación y los conocimientos especiales del autor —por ejemplo, que en un partido de rugby el jugador del equipo contrario es hemofílico—, no los de un observador imaginario, pues sería desatinado desde el punto de vista de la prevención general.

Sin embargo, a este punto de vista subjetivo le son acercados los presupuestos objetivos del ordenamiento jurídico en forma del cuidado requerido —o como su lado opuesto— el riesgo permitido.

La acción que es causa del resultado debe ser contraria objetivamente al deber de cuidado, valorado *ex ante* en el momento de la acción, considerando los conocimientos y capacidades especiales del autor.

A esta comprobación de la infracción del deber objetivo de cuidado debemos agregar como otro paso el análisis de la imputación objetiva, realizado considerando todas las circunstancias que fueron reconocibles *ex post*.

La imputación objetiva será afirmada cuando la norma de cuidado infringida, considerando también todos los hechos conocidos con posterioridad, debe ser calificada como una medida razonable político-criminalmente para impedir el resultado. Aquí no tiene importancia si ello fue conocido o reconocible por el autor, de modo tal que la imputación objetiva será analizada *ex post*, exclusivamente desde la perspectiva del juez que debe valorar el caso.

Por tal motivo, la imputación objetiva en sentido estricto a analizar *ex post*, no reemplaza a la infracción del deber objetivo de cuidado a considerar *ex ante* —como sostiene ROXIN— sino que la complementa. Con ello —afirma SCHÜNEMANN<sup>9</sup>— queda sin fundamento el temor expresado por FRISCH, de que la imputación objetiva se convierta en una

---

<sup>9</sup> *Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva*, p. 84.

“*supercategoría dogmática*” contra el sentido de las cosas.

SCHÜNEMANN<sup>10</sup> expresa que si la imputación *ex post* depende de que la norma de conducta infringida por el autor siga siendo apropiada desde el punto de vista político criminal para impedir el resultado producido, entonces se trata de una *valoración jurídica*, donde debe realizarse una ponderación entre dos intereses: la *libertad de actuar* y la *protección de bienes jurídicos*. Por ello, el juicio de imputación no se agota en una comprobación descriptiva de relaciones ontológicas, como lo sostienen JAKOBS y PUPPE, para quienes la realización de un riesgo no permitido es un *curso causal específico* entre las características de la acción que fundamentan el riesgo no permitido (= la infracción del deber objetivo de cuidado) y el resultado producido. Tal posición implica un retroceso al naturalismo ontologicista y la creencia de poder resolver todos los problemas del Derecho Penal con el concepto de causalidad.

En el ejemplo del hospital el herido por accidente vial imprudente, que muere en el hospital —por incendio o por error en la operación quirúrgica o por una infección intrahospitalaria— *lo decisivo no es la cuestión empírica, sino la normativa*: si la prohibición de causación de accidentes de tránsito por infracción del deber de cuidado debe o no proteger al bien jurídico vida contra los mencionados peligros.

Según la opinión de SCHÜNEMANN<sup>11</sup>, ROXIN tiene razón en que la imputación objetiva también juega un papel relevante en los delitos dolosos, pero va demasiado lejos al identificar de un modo absoluto las reglas de imputación del delito doloso y las del culposo. El hecho de que la solución de los casos por los finalistas no es suficiente sólo con la ayuda del concepto de dolo, se muestra ya en el caso de la tormenta, si es que se lo formula correctamente.

En efecto: la formulación clásica de ese caso es engañosa, porque convencer al tío de salir a pasear en medio de una tormenta es sólo una instigación impune de una autopuesta en peligro. El caso debe ser construido de modo tal que el sobrino ata al tío en la cima de la montaña y así lo expone a la tormenta. Aquí tampoco los finalistas negarían el dolo de matar, pues aún el escaso riesgo fue puesto en marcha con el objetivo de lograr el resultado mortal.

Sin embargo, apartándose de la posición de ROXIN, SCHÜNEMANN<sup>12</sup> considera que los criterios de imputación son diferentes en los delitos dolosos que en los culposos. En los primeros son mayores las exigencias, pues en el delito culposo no basta con la creación de peligros inadecuados, pues ello limitaría la libertad de acción. En cambio, en el delito doloso el riesgo permitido debe ser determinado de un *modo considerablemente más restringido*, cuando el autor obra con la intención de lesionar; allí el autor domina la provocación del riesgo por sí sólo, no permitiendo que la víctima pueda autoprotgerse de aquel peligro. Un ejemplo lo constituye el disparo de un arma de fuego efectuado a una distancia muy grande, que tornaría altamente improbable el impacto en la víctima. Si el disparo se produce en forma imprudente, durante una partida de caza, se trataría de un riesgo permitido. Por el contrario, quien efectúa el mismo disparo contra la víctima con el propósito de matarla no puede alegar que fue un riesgo permitido, pues el autor no ha corrido un riesgo y no tiene un fundamento digno para actuar. Además, la provocación dolosa del riesgo -aunque sea ínfimo- debe ser evitada porque la víctima no puede protegerse a sí misma frente a ese peligro.

---

<sup>10</sup> Ob. y lug. cit.

<sup>11</sup> *Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva*, p. 85.

<sup>12</sup> *Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva*, p. 86.

Frente al argumento expresado por ARMIN KAUFFMANN<sup>13</sup> y vuelto a formular por FRISCH, de que la imputación objetiva no se trata de una verdadera teoría, sino sólo de un conjunto de puntos de vista (*Topoi*) y que especialmente la teoría el fin de protección de la norma es prácticamente inútil, SCHÜNEMANN<sup>14</sup> sostiene que esa crítica no es acertada porque para responder a la cuestión acerca de si un resultado determinado se encuentra en el ámbito de protección de la norma de conducta infringida, es decir, si la norma de conducta es una medida conveniente para impedir resultados de esa clase, debe realizarse una interpretación teleológica de la correspondiente norma, cuyos resultados no pueden estar contenidos ya en el concepto de imputación. Sin embargo, este análisis debe tener lugar de todas formas cuando se estudia si el autor ha actuado objetivamente de un modo contrario al cuidado o se ha mantenido en el marco del riesgo permitido. Agrega SCHÜNEMANN<sup>15</sup> que la teoría de la imputación objetiva no remite, por ejemplo a un criterio desconocido, sino que se refiere a un criterio a clarificar de todos modos en el estadio del tipo penal y describe la necesidad de establecer una conexión entre la norma de conducta y el resultado producido. Ésta es una afirmación dogmática exacta, aun cuando su aplicación al caso singular siempre depende de la norma de conducta que concretamente corresponda y su estructura teleológica.

#### IV. Conclusiones provisorias

Es oportuno recordar la siguiente reflexión de ROXIN<sup>4</sup>: “la protección de bienes jurídicos no sólo designa la tarea del Derecho penal, sino que también gobierna la sistemática de su teoría del injusto. El derecho penal protege, en el marco del alcance de sus tipos, bienes jurídicos contra riesgos no permitidos. Por eso la protección de bienes jurídicos y la teoría de la imputación objetiva son una parte imprescindible de un proceso de valoración social de la materia a prohibir. Otras teorías del injusto que, o bien consideran a la imputación objetiva como una teoría equivocada, o limitan el injusto al desvalor de acción, o que renuncian en absoluto a la protección de bienes jurídicos, tienen que hacer no obstante; importantes concesiones a la concepción aquí defendida, como mi análisis demostró y, a pesar de ello, permanecen insatisfactorias en muchos aspectos”. En ese sentido, SCHÜNEMANN<sup>16</sup> afirma que la teoría de la imputación objetiva es una consecuencia directa de la exigencia funcional que las normas penales deben ser aptas para la protección de bienes jurídicos.

Adherimos también a la conclusión de SCHÜNEMANN<sup>17</sup> que el alcance de la imputación del resultado sólo puede y debe ser deducido de consideraciones acerca del fin de la norma. Como éste en Derecho Penal consiste a su vez —en su versión abstracta— en la evitación de lesiones de bienes jurídicos, de ello se infiere el rechazo de la imputación del resultado en aquellos casos en los que la prohibición penal no es un instrumento ni siquiera de algún modo conveniente para evitar la lesión del bien jurídico.

Por último, compartimos el pensamiento de LUÍS GRECO<sup>18</sup>, quien entiende que la teoría de la imputación objetiva complementa ambas dimensiones del injusto penal (desva-

---

<sup>13</sup> *Festschrift für Jescheck*, 1985, pp. 251 ss.

<sup>14</sup> *Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva*, p. 87.

<sup>15</sup> Ob. y lug. citis.

<sup>16</sup> *Derecho penal contemporáneo. Sistema y desarrollo. Peligros y límites*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 58.

<sup>17</sup> *Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva*, p. 95.

<sup>18</sup> *Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva*, Editora Lumen Juris, Río de Janeiro, 2005, p. 12.

lor de acción y desvalor de resultado): «El desvalor de acción, hasta ahora subjetivo, mera finalidad, gana una faz objetiva: la creación de un riesgo jurídicamente prohibido. Solamente acciones intolerablemente peligrosas son desvaloradas por el Derecho. También el desvalor del resultado es enriquecido: no toda causación de una lesión al bien jurídico referida a una finalidad es desvalorada; apenas lo será la causación en la que se realice el riesgo jurídicamente prohibido creado por el autor. O sea, la imputación objetiva agrega al injusto un desvalor objetivo de acción (la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado), y da al desvalor del resultado una nueva dimensión (realización del riesgo jurídicamente desaprobado)».

# Unificación de penas y condenas Principios, casos y soluciones

## *Unification of penalties and unification of sentences Principles, cases and solutions*

Por: GUSTAVO A. AROCENA\* y HORACIO A. CARRANZA TAGLE\*\*

**RESUMEN:** En el presente trabajo se abordan los principios relativos a “unificación de penas” y “unificación de condenas”. Luego, a partir de su desarrollo, se exponen distintos grupos de casos y sus soluciones. Finalmente, se remarcan nuestras diferencias con la doctrina dominante sobre el tema.

**PALABRAS CLAVES:** Penas. Unificación de penas. Unificación de condenas.

**ABSTRACT:** *This paper addresses the principles of "unification of penalties" and "unification of sentences". Then, from its development, various groups of cases and their solutions are exposed. Finally, the differences between the authors of the text and the dominant doctrine on the subject are highlighted.*

**KEY WORDS:** *Penalties Unification of penalties. Unification of sentences*

### I. Introducción

A lo largo de los años, en el terreno de la dogmática penal —y, primordialmente, en el ámbito de los *juristas penales prácticos*— se comprueba que uno de los temas que merece ser clarificado por su enorme relevancia *en los hechos* es el relativo a la solución de los distintos casos sobre unificación de penas y de condenas (art. 58 C.P.)<sup>1</sup>. Por ello, mediante este breve texto nos proponemos brindarles a jueces, defensores y fiscales un esquema simple de nuestro pensamiento en cuanto a los más importantes principios, casos y soluciones vinculados con este tópico. Creemos que ello enriquecerá la discusión.

Para simplificar la exposición, aludiremos a la posibilidad más sencilla (concurso real de delitos a ser examinado en diferentes juicios, con la suposición de un delito por cada condena), entendiendo que lo que se expondrá es perfectamente aplicable ante su-

---

\* Doctor en Derecho Penal. Fiscal de Cámara penal en el Poder Judicial de Córdoba.  
Email: gustavo.alberto.arocena@gmail.com.

\*\* Doctor en Derecho Penal. Asesor letrado penal en el Poder Judicial de Córdoba.  
Email: horacio.a.carranza@gmail.com.

<sup>1</sup> Con el objeto de evitar disputas aparentes fundadas en equívocos verbales, tal vez sea pertinente recurrir a las definiciones que propone Martínez Vega. Según esta autora, llámase **unificación de condenas** a “...aquella composición que se presenta como necesaria cuando, habiendo sido condenada una persona, debe ser sancionada nuevamente por un hecho en el que incurrió antes de la primera condena” (Martínez Vega, 2013, 1688). A su vez, ha de entenderse por **unificación de penas** a “...todos aquellos casos en los cuales la pena total se produce como consecuencia de intentar aunar la respuesta punitiva del Estado sobre la misma persona, en el ...[supuesto] en que, mientras [aquella] est[á] cumpliendo una pena, deb[e] dictarse otra sanción condenatoria, ... cuando este segundo hecho sea posterior a la primer condena” (MARTÍNEZ VEGA, 2013, 1688 y 1699).

puestos menos comunes (concurso ideal de delitos<sup>2</sup> a ser resuelto en diferentes juicios<sup>3</sup>, con varios delitos por cada condena).

## II. Principios

Por un elemental prurito de orden metodológico, corresponde ocuparnos primeramente de las directrices principales que rigen en esta materia.

### 1°) El art. 58 del C.P. no persigue una única finalidad, sino dos.

#### a. Pena única

La doctrina es conteste en sostener que, mediante la regla del art. 58 del Código penal argentino, se quiere lograr que, si una persona fue condenada en diferentes juicios, cumpla una pena única en un mismo tiempo histórico, con certeza acerca de sus efectos y alcances (cómputo, progresividad del régimen penitenciario, individualización del tratamiento carcelario<sup>4</sup>, libertades anticipadas, prescripción, etc.)<sup>5</sup>. Siempre que ello suceda, será necesario unificar las condenas, mediante el dictado de una nueva sentencia, aún a expensas de la cosa juzgada<sup>6</sup>. Ello no impide, empero, que un sujeto sufra más de una condena y la cumpla en forma sucesiva (como se ejemplifica abajo, en punto III, A, 2). Lo único que no se admite es el *cumplimiento de penas en forma paralela*.

#### b. Condena única

Sin embargo, a nuestro ver, la anteriormente mencionada no constituye la única finalidad perseguida por el art. 58 del Código Penal. Allí también se pretende que una misma persona, a quien se le atribuye un concurso de delitos, sea objeto de una sola condena<sup>7</sup>. En otras palabras: que a un concurso de delitos *se lo trate como tal* (esto es, determinando una pena única concreta a partir de la escala penal que surja del juego de las reglas de los arts. 54 a 56 del C.P.), y no como un supuesto de reincidencia, con penas aisladas a cumplir “en cadena”, una después de la otra.

### 2°) El método de unificación es independiente a los supuestos principales contemplados por el art. 58 del C.P.

Además, pensamos que el art. 58 del CP contempla expresamente dos supuestos principales (unificación al momento de la última condena, por un lado; y unificación cuando todas las condenas están firmes, por el otro) *solo a los fines de reglar quién será el juez*

---

<sup>2</sup> En cuanto a lo que se requiere para la existencia de un concurso ideal de delitos, v., por todos, CARRANZA TAGLE, 2011, 4, 269 y 270.

<sup>3</sup> P.e., si concurren de esa manera un abuso sexual simple —delito de instancia privada—, con una exhibición obscena; y, luego de juzgado el segundo, se salva el obstáculo de procedibilidad del primero, instando el ejercicio de dicha acción penal. El ejemplo es de MAIER, 1996, 615. En contra, entendiendo que en este caso, de juzgarse este segundo delito coetáneo, se vulneraría la cosa juzgada y el *ne bis in ídem*, por tratarse del mismo hecho ya juzgado, CARAMUTI, 2005, 392. Pero dicho jurista no advierte, a nuestro juicio, que no existe idéntico fundamento de punición, pues, justamente, la pretensión se sustenta en la comisión de otro delito. De lo contrario, juzgar todo concurso ideal de delitos implicaría vulnerar el *ne bis in ídem* (en este sentido, v., por todos, ESCUCHURRI AISA, 2004, 250 y 251).

<sup>4</sup> El tratamiento penitenciario consiste en el “...conjunto de actividades terapéutico-asistenciales que se desarrollan en el interior carcelario, que tienen por finalidad lograr la adecuada reinserción social del condenado” (cfr. AROCENA, 2014, 223).

<sup>5</sup> V., por todos, CARAMUTI, 2005, 385; y Lurati, 2018, 139.

<sup>6</sup> Más adelante se detallan los efectos de la unificación con relación a la cosa juzgada, según cuál sea la hipótesis.

<sup>7</sup> Con respecto a esto último, v. *infra*, ppio. 4.

*competente para practicar dicha tarea unificadora* (el de la segunda condena, en el primer supuesto; el de la condena mayor, en el segundo), y si se procederá *de oficio* (en el primer supuesto) o *a instancia de parte* (en el segundo). Pero el método de unificación a seguir no estará ligado a estos supuestos, sino a que el caso en cuestión consista en una unificación de condenas o de penas<sup>8</sup>.

**3°) Si se superponen durante un único tiempo de privación de la libertad de un sujeto dos “títulos jurídicos” —sit venia verbis— o finalidades distintas que la justifican (una cautelar y otra punitiva), ambas finalidades no “corren paralelas”, sino que prevalece la punitiva.**

a. Desde ya queda claro que, ante casos de encierro con doble título jurídico o “finalidad” (cautelar y punitiva) que lo justifique, dicho único tiempo de encierro jamás podría valer el “doble”. Usando expresiones más comunes, afirmamos que ambos títulos de encierro jamás “correrían en forma paralela”. Un día de prisión es eso: “un día de prisión”; no también otro de prisión preventiva. “1” es igual a “1”, no a “2”<sup>9</sup>.

b. La referida superposición de finalidades acontece cuando alguien, durante el encierro a título de pena, comete otro delito (p.e., estafas telefónicas desde la cárcel) y el órgano judicial que dirige la investigación penal preparatoria concerniente a dicho suceso le dicta una medida cautelar (detención, prisión preventiva, etc.). Más allá de lo cuestionable que resulta tal decisión (pues durante el encierro del penado generalmente es *empíricamente* difícil que exista peligro procesal —peligro de fuga, peligro de entorpecimiento de la investigación—, el cual surgirá recién con su egreso anticipado o definitivo), durante la tramitación del proceso relativo a dicho supuesto segundo delito, no se suspende la ejecución de la pena, sino que el sujeto sigue también a disposición del respectivo tribunal de ejecución, tratado como un “penado”, examinado en su situación en orden a la progresividad del régimen penitenciario<sup>10</sup>, evaluado con nota de concepto, etc. Insistimos en esta

---

<sup>8</sup> Similar, ZAFFARONI, 1997, 395, denominando “unificación de sentencia” a todos los posibles casos del segundo supuesto (unificación de plurales sentencias firmes); CARAMUTI, 2005, 389, 390, y 420 a 424, distinguiendo cuatro hipótesis, pero llegando a la misma conclusión. También parece opinar esto Lurati, denominando “unificación de sentencias” al concurso real de delitos resuelto mediante diferentes condenas firmes, y “unificación de condenas” al concurso real de delitos con solo una condena firme (LURATI, 2018, 205, 214). En contra, T.S. de Córdoba, Sala Penal, “Canevari”, S. n° 426, 26/10/2018, opinando que siempre que concurra el segundo supuesto (unificación de plurales condenas ya firmes) estamos ante un concurso real de delitos, y que —por ende— la remisión a las reglas de dicho instituto es total. Pero dicho cimerio tribunal no advierte que en este segundo supuesto (es decir, el de unificación de varias sentencias ya firmes), también pueden darse casos de unificación de penas, frente a los cuales la remisión a las citadas reglas no es total.

<sup>9</sup> En el mismo sentido, CARAMUTI, 2005, 414, 417; T.S. de Córdoba, Sala Penal, “Alem”, S. n° 295, 12/11/2010; “Exh...García”, S. n° 161, 17/05/2017 (allí sostuvo que si se trata de un encierro a título de penado por dos condenas distintas, dicho encierro se computa una sola vez).

<sup>10</sup> Como es sabido, el **régimen penitenciario** es “...el conjunto de normas que regulan todos los aspectos de la vida de las personas privadas de su libertad en cumplimiento de una pena; en particular, los relativos a la convivencia, la disciplina y el trabajo” (v., por todos, AROCENA, 2014, 223). Con arreglo al **artículo 6° de la ley 24.660**, de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, este régimen penitenciario “...se basará en la progresividad, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y promoviendo en lo posible y conforme su evolución favorable su incorporación a instituciones semiabiertas o abiertas o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina”. Éste, a diferencia del tratamiento penitenciario, es obligatorio para el recluso, conforme se desprende inequívocamente del primer párrafo del art. 5 de la ley 24.660. El tratamiento, en cambio, es “de carácter voluntario” (arg. art. 5, párr. segundo, ley 24.660), porque así lo establece expresamente la ley penitenciaria argentina, y porque el derecho a la dignidad inherente al ser humano (art. 5, ap. 2 *in fine*, Convención Americana sobre Derechos Humanos) presupone el

idea: ni la comisión de un supuesto delito, ni el dictado de una orden de detención, o una prisión preventiva, transforman a un “penado” en “procesado”. Entonces, aunque ocurran todas esas cosas, el interno seguirá cumpliendo pena hasta su agotamiento<sup>11</sup>. Recién después de haber cumplido toda la pena, empezará –en su caso- a padecer su encierro posterior a título cautelar, y dicho tiempo deberá restarse en el respectivo cómputo de pena (art. 24 C.P.).

c. Ello también ocurre (coexistencia de dos títulos jurídicos o finalidades, a saber: la ejecución de una pena y la privación de la libertad para la preservación de los fines del proceso) cuando el sujeto delinque durante el goce de algún beneficio en libertad (libertad condicional o libertad asistida, las que, para nosotros, importan una modalidad especial de ejecución de la pena privativa de la libertad) y se dicta en su contra una medida de coerción personal privativa de la libertad. Es que, en ese caso, hasta que no exista una sentencia firme con respecto a dicho segundo delito, el beneficio seguirá vigente, y el sujeto seguirá cumpliendo pena bajo esa modalidad<sup>12</sup>. Y si se revoca dicho beneficio por otra razón, el sujeto volverá al encierro punitivo. Entonces, si durante ese período se le impone un encierro a título cautelar, hasta que la sentencia relativa al segundo delito adquiera la calidad de cosa juzgada, prevalecerá la finalidad punitiva del mismo, ya sea bajo libertad vigilada o bajo encierro.

Ahora bien, por expresa disposición legal, si el sujeto delinque durante una libertad condicional o durante la libertad asistida, dicho delito interrumpe el cumplimiento de la pena, porque no se computará como tal el término que hubiese durado dicha libertad (arg. art. 15 C.P., y art. 55 ley 24.660), ya sea que haya transcurrido todo o parte del resto de la primera condena<sup>13</sup>. Por consiguiente, en virtud de lo allí dispuesto, habrá que unificar el resto de pena que quedaba al momento de haber obtenido el egreso anticipado; y, luego, al practicar el cómputo de pena, descontar —en su caso— el tiempo de encierro cautelar padecido con relación al segundo delito<sup>14</sup>.

d. Por último, no se superponen las aludidas finalidades (sancionatoria y cautelar) si el sujeto delinque durante los cuatro años posteriores al dictado de una condena de ejecución condicional. Es que, durante dicho término, si bien el sujeto es puesto a prueba, ello

---

derecho del recluso al respeto irrestricto a su capacidad de adoptar libremente sus propias decisiones sobre sí mismo, sobre su conciencia y sobre la configuración del mundo que lo rodea (cfr. AROCENA, 2014, 224); y esto, desde luego, abarca su derecho a negarse a someterse a un tratamiento penitenciario orientado a su “re-educación”. Volviendo al régimen carcelario, diremos que, en la regulación del sistema de progresividad, la citada ley nacional de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad prescribe que el régimen constará de **cuatro períodos**, a saber: **a)** período de **observación**, **b)** período de **tratamiento**, **c)** período de **prueba**, y **d)** período de **libertad condicional** (art. 12 ley 24.660). Sentado todo esto, conviene señalar que, durante el cumplimiento de la pena privativa de la libertad, el interno es examinado regularmente a los fines de determinar su eventual avance o progreso en el régimen carcelario, de modo tal de poder acceder a instancias de encierro que importan una creciente flexibilización de las condiciones de ejecución de la pena. De tal suerte, conforme anotamos en el texto principal, ante el eventual dictado de una medida de coerción personal privativa de la libertad, el recluso que ya está prisionizado en cumplimiento de una pena de encierro no “mutará” esta condición a la de “detenido” o “preso preventivo”; seguirá siendo, pues, un interno que cumple una pena.

<sup>11</sup> De la misma opinión, ZAFFARONI, 1997, 417 y 418; ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR, 2000, 976 y 977. Parece tener idéntica postura, LURATI, 2018, 143.

<sup>12</sup> De otra opinión, entendiendo que la libertad condicional no implica “cumplimiento de pena”, T.S. de Córdoba, Sala Penal, “Juhel”, S. n° 603, 23/12/2015; “Ávila”, S. n° 205, 5/06/2018; entre otros.

<sup>13</sup> En el mismo sentido, T.S. de Córdoba, Sala Penal, “Juhel” y “Ávila”, arriba citados.

<sup>14</sup> De la misma opinión, pero unificando toda la condena anterior con la segunda, LURATI, 2018, 146 a 152. Sin embargo, el art. 15 impide solo computar como cumplimiento de pena el tiempo en libertad, y no el tiempo anterior de encierro.

no implica el cumplimiento de la pena de encierro (arg. art. 26 —1er. Enunciado— C.P.). Y los encierros cautelares padecidos durante ambos procesos (el del primero y el del segundo delito) se tendrán en cuenta recién al efectuar el cómputo de pena, conforme lo establece el art. 24 del C.P.

**4°) En caso de unificación de condenas (por un concurso de delitos), el encierro total o parcial ya cumplido solo se computa como cumplimiento de la segunda (y ahora única) condena.**

a. En primer lugar, cabe aclarar que el requisito del art. 58 del C.P. consistente en que el sujeto “esté cumpliendo pena” solo es aplicable al supuesto de unificación de penas, y no de condenas, pues, a diferencia de éste, en el primer supuesto el juez de la primera condena no incumplió ningún deber legal de juzgar conjuntamente dichos hechos, ya que, al momento de dictar sentencia, el hecho posterior simplemente no existía. En cambio, si el hecho a juzgar fue cometido antes de la primera condena, las reglas del concurso de delitos debieron ser aplicadas juzgando todos los hechos en un único proceso. La circunstancia de haberse cumplido íntegramente la pena impuesta por uno de los hechos no puede perjudicar al autor, colocándolo en peor situación que la de aquél que fue juzgado por todos los hechos en un mismo proceso. Entonces, para respetar las reglas del concurso de delitos, a las cuales remite el art. 58, y para no vulnerar la garantía de igualdad ante la ley (arg. art. 16 C.N., en cuanto requiere —expresándolo en términos coloquiales— *igualdad de “tratamiento jurídico” para quienes se encuentran en equivalente situación*), debe interpretarse que este requisito (o sea, el de que el sujeto aún esté cumpliendo pena) resulta aplicable solo a la unificación de penas, y no también a la de condenas<sup>16</sup>.

b. Asimismo, pensamos que ante un concurso de delitos no tratado como tal, más allá de la cosa juzgada propia de la primera condena, la misma deja de tener determinados efectos jurídicos, pues de ella “cae” —*sit venia verbo*— toda valoración jurídica relativa a la forma en que concurren los hechos tenidos por acreditados<sup>17</sup>, como así también la pon-

---

<sup>16</sup> V., por todos, CARAMUTI, 2005, 399, 403 a 405; ZAFFARONI, 1997, 410, 413; y ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR, 2000, 973 a 975.

<sup>17</sup> Al respecto, la mayoría de la doctrina entiende que queda en pie *toda* la calificación legal del hecho aplicada en la primera condena (v., por todos, CARAMUTI, 2005, 394, 395 y 399; LURATI, 2018, 215; T.S. de Córdoba, Sala Penal, “Gorosito”, S. n° 31, 20/03/2007; y “Barrera y otros”, S. n° 11, 18/02/2011), sin discriminar lo relativo a las categorías concursales allí impuestas. Pero, en aras a la finalidad aquí perseguida por el art. 58 del C.P. (esto es, la de una condena única frente a un concurso de delitos) debe ser admisible que el juez de la sentencia unificadora pueda considerar -en virtud de su perspectiva más completa de todos los sucesos-, que entre ellos haya existido un concurso de leyes, o un concurso ideal, o que toda la maniobra se trató de un delito continuado. Ante un concurso de delitos, el sujeto tiene derecho a una condena única, abarcativa de todo lo por él realizado, y que un juez valore toda la cuestión concursal de manera omnicompreensiva. Ahora bien, como veremos luego, esta nueva valoración de los hechos a los fines de aplicar las reglas del concurso de delitos nunca podría perjudicar al condenado, porque se logró a partir de una circunstancia a él no reprochable, sino al Estado, a saber: la de juzgar más de una vez a la misma persona frente a un concurso de delitos. A su vez, por imperio de la mentada cosa juzgada, y al no estar en juego el cumplimiento de las referidas reglas concursales, habrá que respetar la calificación legal aplicada en la primera condena.

Antes pensábamos que el juez de la —ahora— única condena podía revisar —incluso— el encuadre jurídico de los hechos de la primera condena. Sin embargo, luego advertimos que el efecto sobre la cosa juzgada debe interpretarse restrictivamente, sólo con relación a lo que justifica este proceder excepcional, a saber: el respeto a las reglas relativas a la determinación de la escala penal frente a un concurso de delitos (arts. 54 a 57), a las cuales remite el art. 58. Le debemos a Horacio González del Solar, Graciela Bassino, Enrique Buteler y Mónica Traballini, este cambio de postura. Vaya, pues, nuestro agradecimiento ante semejante aporte.

deración de circunstancias relativas a la mensuración de la pena, quedando en pie las declaraciones —incluso la calificación legal— relativas a hechos<sup>18</sup> (entendiendo por “hechos” todas las circunstancias del acontecimiento investigado, así como también las relativas a la culpabilidad del sujeto y las circunstancias fácticas relativas a la mensuración de la pena, concebidas las últimas en sentido meramente empírico/fáctico, y no en función de la valoración —positiva o negativa— llevada a cabo por el “primer juez”). Todas estas aserciones concernientes a “hechos”, incluidas las alusivas a su encuadre jurídico, pasarán a formar parte de la —ahora— única condena. Entonces, aunque “en principio” el sujeto haya cumplido toda o parte de la pena impuesta en la primera condena, en virtud de lo recién afirmado, no puede extinguirse lo que aún no se sabe cómo deberá ejecutarse, ni qué duración tendrá<sup>19</sup>.

En este sentido, el juez que elabore la sentencia unificatoria deberá dictar una nueva, y ahora única, condena (incluso, de darse los requisitos, en forma de ejecución condicional), como si hubiera juzgado ambos delitos al mismo tiempo. Y habrá de valorar los hechos, a fin de escoger una pena única dentro de la escala penal correspondiente a todos los delitos en concurso<sup>20</sup>. Pero todo ello con el límite de la prohibición de perjudicar al condenado<sup>21</sup>, derivada del incumplimiento de un deber estatal de tratar un concurso de delitos en un único juicio, cualquiera haya sido la razón —material, o jurídica— del referido incumplimiento<sup>22</sup>.

c. Por lo anterior, el encierro ya padecido a título cautelar o punitivo es —en todos los casos— cumplimiento parcial —o total— de esta —ahora única— condena<sup>23</sup>.

### **5°) En caso de unificación de penas, no cede la cosa juzgada de la primera condena**

Cabe aclarar que, ante una unificación solo de penas, la cosa juzgada de la primera condena no cede<sup>24</sup>, sin modificarse ni siquiera el monto de la pena allí impuesta. Ello es

---

<sup>18</sup> Aunque la letra de la ley haría pensar en que esta inalterabilidad de los hechos solo rige respecto del segundo supuesto del 58 (relativo —en lo que aquí concierne— a una unificación de condenas firmes), entendemos que también se aplica al primer supuesto (unificación de condenas, al momento de dictarse la última). Seguimos a CARAMUTI, 2005, 394, quien cita en su apoyo a ZAFFARONI, 1997, 427. Este último autor señala que lo contrario vulneraría la cosa juzgada y el debido proceso legal, y que la sentencia unificatoria implica solo una revisión limitada de la primera condena.

En el texto señalamos con detalle nuestra opinión acerca del alcance de esta revisión limitada.

<sup>19</sup> No está de más subrayar que, con arreglo al artículo 5 de la ley 24.660, el tratamiento penitenciario deberá ser, entre otras cosas, “individualizado”, lo que presupone, sin lugar a duda, “ajustar” el conjunto de actividades que lo integran, a las características médicas, sociales y psicológicas del recluso, a los rasgos del delito cometido y, en lo que aquí interesa particularmente, a la *duración de la pena*.

<sup>20</sup> Similar, CARAMUTI, 2005, 388, 400, y 406; ZAFFARONI, 1997, 394.

<sup>21</sup> Refiriéndose a la hipótesis de unificación de condenas en la que debe formarse una “pena conjunta o global” que incluya hechos que ya habrían tenido que ser considerados en la sentencia anterior si entonces hubieran sido conocidos, Roxin señala: “...el condenado **debe ser protegido de perjuicios penales que se le originarían por dos condenas independientes**” (ROXIN, 2014, 993, con negrita nuestra).

<sup>22</sup> En cuanto a estas razones, Martínez Vega sostiene: “La imposibilidad del juzgamiento simultáneo pudo obedecer a la distinta competencia de los tribunales que intervinieron en los respectivos hechos, al estado de los respectivos procesos, al desconocimiento de la existencia del otro proceso o aun del otro hecho, o a cualquier causa o motivo, sea que implique una imposibilidad material o jurídica o un mero incumplimiento de los jueces” (MARTÍNEZ VEGA, 2013, 1689).

<sup>23</sup> V. CARAMUTI, 2005, 408, quien sigue a ZAFFARONI, 1997, 419; y a ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR, 2000, 975; LURATI, 2018, 218.

así, porque el Estado no habría incumplido con ningún deber de condenación única, pues —como ya hemos dicho— el segundo delito aún no existía<sup>25</sup>. En rigor, no hubo un concurso de delitos. La condena ha sido impuesta en forma debida conforme a las pautas penales y procesales: había un único delito, se juzgó, se impuso pena y se comenzó a ejecutar la pena de ese delito<sup>26</sup>. Y esto es importante porque esta primera condena constituirá un antecedente válido, tal como se dictó, para una posible reclusión accesoria por tiempo indeterminado (art. 52 C.P.)<sup>27</sup>. Pero, a su vez, su registro caducará luego de diez años de su cumplimiento (art. 51 *ibidem*).

A su vez, el sentido de la unificación de penas responde, en primer lugar, a la necesidad de cuantificar la actual pena total del sujeto, a los fines de su correcta ejecución. En esta sintonía, hemos de recordar, aun a riesgo de incurrir en innecesarias reiteraciones, que —en la ejecución de la pena privativa de la libertad— el condenado debe someterse a un régimen penitenciario programado, individualizado y progresivo (arg. arts. 5, primer párrafo, y 6 ley 24.660); y esto, como dijimos, supone una pena única a cuyo *quantum* se acomode el tránsito del recluso por los diferentes períodos y fases que integran dicho régimen, conforme la sucesiva satisfacción de los requisitos establecidos por la normativa aplicable para la incorporación del interno a cada uno de ellos. Pero, además, la unificación de la pena tendrá repercusión en orden a la identificación del momento del agotamiento de la sanción “total”, el que, a su vez, determina el término *a quo* del plazo establecido por el art. 50 del Código Penal, a los fines de la reincidencia. Y ésta, desde luego, por las severas implicancias del instituto del art. 50 de la ley penal (p. ej., improcedencia de la libertad condicional —arg. art. 14 C.P.—), es una consecuencia práctica de importancia superlativa para el condenado.

**6°) En caso de unificación de penas, no se puede unificar aquella parte de la primera sanción que ya se extinguió o agotó al tiempo de la segunda sentencia condenatoria.**

a. En primer lugar, no se puede unificar la pena, o la parte de la pena, que ya ha quedado extinguida<sup>28</sup>. Opinar lo contrario (sumando toda la condena anterior con la nueva condena —con los consiguientes límites de la escala propios del concurso real de delitos—, para recién luego descontar el tramo cumplido cuando se efectúa el cómputo<sup>29</sup>), además de no respetar la cosa juzgada propia de la primera condena (Ppio. 5), implica concebir como

---

<sup>24</sup> La posición mayoritaria entiende que en este supuesto la cosa juzgada cede únicamente en cuanto al monto de la pena. V., por todos, ZAFFARONI, 1997, 408.

<sup>25</sup> V. LURATI, 2018, 139 y 140.

<sup>26</sup> Del voto del Dr. Zaffaroni, quien, junto a los Dres. Ragucci, Loumagne, Ocampo y Massoni conformaron la minoría en el plenario “Hidalgo” de la Cámara Nacional Criminal y Correccional (res. del 5/03/1990), que trata —justamente— este tema.

<sup>27</sup> Ello, claro está, de variar la postura jurisprudencial que declara su inconstitucionalidad, a partir del precedente “Gramajo”, de la C.S.J.N. (Res. del 5/03/2006; Fallos: 329:3680).

<sup>28</sup> V., por todos, T. S. de Córdoba, Sala Penal, “Romero”, S. n° 34, 20/11/1992; y “Palacios”, S. n° 68, 2/9/2002. En el ámbito doctrinario, v, por todos, ABOSO (2017, 384): “En relación a las penas extinguidas, cabe decir que las penas extinguidas o agotadas no deben ser unificadas”, quien, no obstante, agrega: “...pero parte de la doctrina acepta la necesidad de unificación, siempre y cuando reportase dicha unificación algún beneficio para el condenado (...), por ejemplo, que el tiempo de detención o de cumplimiento de pena lo beneficiaría en miras a la posibilidad de la libertad condicional o su participación en el régimen de semilibertad” (ABOSO, 2017, 384).

<sup>29</sup> Opina de este modo, LURATI, 2018, 179 y 180, siguiendo, así, el voto mayoritario del plenario “Hidalgo”, *supra* citado.

inexistente una circunstancia empíricamente acontecida, a saber: la efectiva privación de la libertad a título de pena ya padecida por el penado. Asimismo, supone otorgar al autor del primer delito un beneficio de impunidad o un trato mucho más benévolo con relación al segundo delito. Concretamente, quien hubiera sido condenado a una pena equivalente al máximo legal, cuando ya está próximo a cumplirla, podría cometer cualquier delito, y el mismo, de seguirse esta posición, sería impune, o castigado con muy poca pena, pues ya se le había impuesto el máximo legal<sup>30</sup>.

b. Ahora bien, el problema estriba en determinar en qué momento debe constatararse el requisito de la extinción de toda (o parte de) la anterior pena. A fin de solucionarlo, distinguiremos tres supuestos:

i) Si el sujeto está sufriendo un encierro a título de pena, y es investigado y juzgado por un delito posterior, habrá que examinar cuánta pena ya cumplió a la fecha de la segunda condena, pues, más allá de la supuesta comisión de un segundo delito, y de la demora que acarree su investigación y juzgamiento —con la consiguiente obligación del juez de la segunda condena de unificarla con lo que le resta cumplir de la primera condena (lo cual no dependerá del sujeto)—, seguirá cumpliendo la pena antes impuesta, hasta su agotamiento (Ppio. 3, b)<sup>31</sup>. Quienes, en cambio, opinan que el cálculo de lo que resta cumplir de la primera condena debe hacerse a partir de la fecha de comisión del segundo delito<sup>32</sup>, no tienen en cuenta ese dato, esto es, que el sujeto —más allá de toda consideración axiológica o de justicia—, siguió cumpliendo dicha pena, y que —por ende— al haberse extinguido parte de aquélla, o toda, no puede imputarse a lo que “le resta cumplir” de dicha primera pena.

ii) Ahora bien, si el sujeto cometió el segundo delito durante la libertad anticipada (condicional o asistida), el cálculo del aludido “resto de condena” debe hacerse desde el día que el sujeto obtuvo el egreso anticipado. Esto es así porque se verificó la causal interruptiva del cumplimiento de la pena que contempla el art. 15 C.P. o el art. 55 de la ley 24.660 (Ppio. 3, c)<sup>34</sup>.

iii) Por último, si el segundo delito se dio durante los cuatro años posteriores a una condena condicional, el sujeto deberá toda esa condena, la cual deberá unificarse con la pena impuesta por el segundo delito. Es que, por haber sido dejada en suspenso, no hubo cumplimiento alguno de dicha pena (Ppio 3, d)<sup>35</sup>.

### III. Casos

Ahora, a la luz de los principios recién expuestos, analizaremos los posibles casos problemáticos, y su solución.

---

<sup>30</sup> V., por todos, SOLER, 1987, 368; NÚÑEZ, 1965, 517. V., también, la posición minoritaria en el plenario “Hidalgo”, *supra* cit., voto del Dr. Zaffaroni.

<sup>31</sup> V., por todos, NÚÑEZ, 1965, 514 –nota 595; LURATI, 2018, 138, 139, 142. Adoptan una posición semejante, ZAFFARONI, 1997, 416; y ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR, 2000, 976 y 977. En rigor dicho autor alude como parámetro la fecha de la condena “firme” por el segundo delito, pero es evidente que el momento del cálculo es el del dictado de la segunda condena. Cuando dicha sentencia adquiere firmeza, el juez de la segunda condena ya perdió competencia para efectuar este cálculo.

<sup>32</sup> La Sala Penal del T.S. cordobés utiliza como término *a quo* ante estos casos el de la fecha del supuesto segundo delito (cfr. “Alem”, S. n° 295, 12/11/2010). Y cita en su aval a DE LA RÚA, 1997, 1017, parágr. 25. También es partidario de esta posición CARAMUTI, 2005, 413 a 415.

<sup>34</sup> En idéntico sentido, CARAMUTI, 2005, 415, quien cita a ZAFFARONI, 1997, 418; y a ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR, 2000, 977.

<sup>35</sup> En el mismo sentido, T.S. de Córdoba, Sala Penal, “Romo”, S. n° 50, 17/6/2003.

Separaremos los casos “extremos”, fáciles de resolver, de los “intermedios”<sup>36</sup>, los cuales presentan mayor dificultad.

#### **A) Casos extremos:**

##### *1) Varios delitos a ser juzgados simultáneamente en un mismo proceso*

El caso más sencillo ocurre si se da un concurso de delitos a juzgarse en un único proceso. Aquí se aplican —sin más— las reglas concursales, en base a lo cual se determinará el marco penal a tener en cuenta para así escoger —luego— la pena única concreta a imponer (Ppio. 1, b).

##### *2) Segundo delito a juzgar, cometido después de la extinción de la condena por un delito anterior*

Otro caso, presente en el extremo opuesto, y también fácil de solucionar, ocurre cuando un sujeto, luego de haber cumplido totalmente una pena, comete otro delito. Aquí deberá dictarse otra condena independiente, y no habrá unificación de penas, porque la primera ya se había extinguido incluso al momento de cometer el segundo delito (Ppio. 6, a)<sup>37</sup>.

#### **B) Casos “intermedios”**

##### *1) Concurso de delitos: varios delitos, pero examinados en diferentes juicios*

Si el sujeto ha cometido varios delitos, sin que existiera una condena entre ellos, se da un verdadero “concurso de delitos”. Ello es así, aunque dichos ilícitos penales, en concurso entre sí, hayan sido examinados en diferentes juicios<sup>38</sup>. En este caso, el juez del segundo juicio deberá dictar una condena unificada (que pasará a ser la única condena del sujeto), aunque el plazo de la anterior condena ya haya transcurrido, pues ella ya no existe como acto jurisdiccional independiente (Ppio. 4).

##### *2) Segundo delito a juzgar, cometido después de haber cumplido parte de una condena por un anterior delito*

Si el sujeto comete un delito durante el cumplimiento de la primera condena, pueden darse dos sub-hipótesis:

a) Que siga cumpliendo pena durante la tramitación del proceso correspondiente al segundo delito, en cuyo caso se unificarán penas si al momento de la segunda condena aún le resta cumplir algo de la primera condena. En caso contrario, no habrá unificación de penas (Ppio. 6, b, i).

b) Que haya delinquirido mientras gozaba de algún beneficio penitenciario en libertad (libertad condicional, libertad asistida) concedido durante el cumplimiento de la primera condena, por lo cual solo haya cumplido —en su caso— un encierro cautelar durante la tramitación del juicio por el segundo delito. En este caso habrá que unificar la pena impuesta en la segunda condena, con lo que le restaba cumplir de la primera al momento de haber obtenido el aludido egreso anticipado (Ppio. 6, b, ii). Y, luego, descontar el encierro

---

<sup>36</sup> Utilizamos los adjetivos “extremo” e “intermedio” para aludir a tramos imaginarios de un segmento representativo de posibles casos a resolver. Los “extremos” de dicho segmento, con los casos “fáciles”, representarían, de un lado, varios delitos a ser juzgados en un único juicio; y del otro, varios delitos, siendo el o los últimos cometidos después del agotamiento de la condena por el o los primeros. En el medio de dicho segmento estarían los casos de plurales delitos que no se ubican en ninguno de estos extremos.

<sup>37</sup> En idéntico sentido, CARAMUTI, 2005, 419.

<sup>38</sup> En otros términos: el juzgamiento de estos hechos en diferentes procesos en modo alguno perjudica el concurso existente entre los plurales acontecimientos.

cautelar padecido a raíz del segundo delito, al momento de practicar el respectivo cómputo de pena.

3) *Segundo delito a juzgar, cometido después de haber sido condenado a una pena en forma de ejecución condicional*

Por último, si el sujeto delinquirió durante los cuatro años posteriores a una condena condicional, habrá que unificar la pena impuesta en la segunda condena, con la totalidad de la primera condena (Ppio. 6, b, iii), restándose los encierros cautelares padecidos durante ambos juicios al practicar el respectivo cómputo de pena (Ppio 3, d).

4) *Hipótesis mixtas*

Si el sujeto que ya cumplió parte de una condena ahora es juzgado por varios delitos, algunos de los cuales fueron cometidos antes de dicha condena, y otros después de ella, habrá que practicar una unificación de condenas, relativa al concurso de delitos existente entre esos plurales acontecimientos —incluso si el término de la anterior condena ya transcurrió— (Ppio. 4, a); y luego unificar la pena ahora impuesta por el delito posterior, con lo que le reste cumplir de la condena recién unificada (Ppio. 6, b, i)<sup>39</sup>.

#### **IV. Síntesis de conclusiones**

Nuestra posición se aparta de la doctrina dominante en cuanto a los siguientes puntos:

1) El art. 58 del C.P. no solo prevé distintas hipótesis (unificación de condenas y unificación de penas) sino que persigue distintas finalidades, según la hipótesis de que se trate. A su vez, el método de unificación estará ligado a dichas hipótesis, y no a los supuestos principales allí contemplados (unificación al momento de la última condena, por un lado; y unificación cuando todas las condenas están firmes, por el otro).

2) Si se superponen durante un único tiempo de privación de la libertad de un sujeto dos finalidades distintas que la justifican (una cautelar y otra punitiva), prevalece la punitiva.

3) Con respecto a la unificación de condenas, la primera pierde todo efecto jurídico en lo concerniente a la aplicación de las reglas concursales y a la individualización de la pena, tareas éstas que deberá llevar a cabo el juez de la segunda —y, finalmente, única— condena, con la prohibición de no perjudicar al condenado.

4) Con relación a la unificación de penas, la primera condena cuya pena deba unificarse queda incólume *in totum*.

#### **Bibliografía**

ABOSO, GUSTAVO EDUARDO, *Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia*, B de f, Montevideo – Buenos Aires, 2017.

AROCENA, GUSTAVO A., *Principios básicos de la ejecución de la pena privativa de la libertad*, Hammurabi, Buenos Aires, 2014.

CARAMUTI, CARLOS S., *Concurso de delitos*, 1ra. edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, págs. 385 a 462.

CARRANZA TAGLE, HORACIO A., *Introducción al concurso de delitos: criterios sobre unidad y pluralidad delictiva*, B de f, Montevideo – Buenos Aires, 2011.

DE LA RÚA, JORGE, *Código Penal Argentino. Parte General*, 2º Edición, Depalma, Buenos Aires, 1997, pp. 1009 a 1029.

---

<sup>39</sup> Alude a este supuesto, CARAMUTI, 2005, 390 y 391, pero sin detallar la solución.

- ESCUCHURRI AISA, ESTRELLA, *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Ed. Comares, Granada, 2004.
- LURATI, CARINA, *El sistema de pena única en el Código Penal argentino*, 2da. edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018.
- MARTÍNEZ VEGA, MARÍA L., “Síntesis del tema de unificación de condena y penas”, en Ziffer, Patricia (dir.), *Summa Penal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, t. II, pp. 1687 a 1692.
- MAIER, JULIO B. J., *Derecho procesal penal. Fundamentos*, 2ª edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.
- NÚÑEZ, RICARDO C, *Tratado de derecho penal*, T. II, 2da. edición, Lerner, Córdoba, 1965, pp. 513 a 518.
- ROXIN, CLAUS, *Derecho penal. Parte General*, Tomo II: especiales formas de aparición del delito, traducción de la 1ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo, José Manuel Paredes Castañón y Javier de Vicente Remesal, Civitas – Thomson Reuters, Pamplona, 2014.
- SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho penal argentino*, t. 2, 5ta. edición, Tea, Buenos Aires, 1987, pp. 367 a 369.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Tratado de derecho penal. Parte general*, T. V, E.D.I.A.R., Buenos Aires, 1997, pp. 389 a 432.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL - ALAGIA, ALEJANDRO – SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, E.D.I.A.R., Buenos Aires, 2000, pp. 971 a 982.



# El delito de asociación ilícita fiscal: algunas cuestiones controvertidas

## *The crime of illicit fiscal association: some controversial issues*

Por: GERARD GRAMÁTICA BOSCH Y DÉBORA RUTH FERRARI\*

**RESUMEN:** El trabajo analiza la figura de la asociación ilícita fiscal desde la óptica de las implicancias prácticas que el uso de este tipo penal genera, exponiendo las cuestiones controversiales de este delito.

**PALABRAS CLAVES:** Asociación ilícita fiscal. Asociación ilícita común. Legislación. Evolución. Habitualidad. Proyecto de CP. Arrepentido. Aplicación en casos concretos.

**ABSTRACT:** *The work analyzes the fiscal illicit association from the perspective of the practical implications that the use of this criminal type generates, exposing the controversial issues of this crime.*

**KEYWORDS:** *Fiscal illicit association. Common illicit association. Legislation. Evolution. Habituality. CP project. Regretful. Application in specific cases.*

### 1. Introducción

El delito de asociación ilícita fiscal en Argentina ha sido, desde su creación (diciembre de 2003<sup>1</sup>), objeto de múltiples críticas e incluso de distintos planteos de inconstitucionalidad resueltos negativamente hasta la fecha. Y, a pesar de ello, observamos que la jurisprudencia no establece pautas seguras de aplicación de este tipo penal. Por el contrario, advertimos una aplicación regular de esta figura en nuestra jurisprudencia de Córdoba, encontrando algunas cuestiones contradictorias en torno al uso de este tipo penal por los distintos operadores que generan incertidumbre jurídica y que exponen las deficiencias técnicas de esta figura a la hora de su implementación.

La idea del presente trabajo es, por un lado, exponer algunas cuestiones que consideramos de interés y de controversia de este delito. Y luego, en una segunda parte, realizar un análisis de dos casos concretos de la práctica judicial en plena etapa aún de investigación. A partir de allí, y una vez introducido al lector en las características particulares de cada proceso, mencionar cuál sería el problema o problemas principales técnicos que detectamos. Por último, concluiríamos con la realización de algunas consideraciones críticas al respecto, aclarando que este trabajo ha sido motivado en virtud de las discusiones técnicas que trabajando en conjunto se nos generan a diario en nuestra profesión a partir de casos concretos y que ameritan un desarrollo profundo en el análisis dogmático del tipo penal, lo que aún no hemos realizado; no obstante ello y de manera superficial expondremos nuestras principales inquietudes sobre el tema planteado.

### 2. Cuestiones controvertidas

#### 2.1. Antecedentes legislativos del delito de asociación ilícita fiscal

---

\* Estudio jurídico Gramática – Ferrari – Gramática. Dirección: <http://www.estudio-gramatica.com.ar>

<sup>1</sup> Ley 25.874.

Como parte integrante de este análisis, nos pareció muy importante destacar cuál ha sido la evolución legislativa de esta figura penal. Y el motivo principal de ello es que, los antecedentes legislativos, cumplen un papel útil para descifrar cuál ha sido la voluntad y finalidad del legislador penal a la hora de crear este delito.<sup>2</sup>

El Poder Ejecutivo Nacional<sup>3</sup> expresó su voluntad de poner traje a rayas a los evasores y en concordancia con ese pronunciamiento envió a la Cámara de Diputados de la Nación el proyecto de ley mediante el cual proponía sustituir el art. 15 del a ley 24.769 (B. O. 15/01/97).

El mensaje que acompañó dicho proyecto refería que la experiencia recogida por la Administración Federal de Ingresos Públicos (en adelante AFIP) había permitido apreciar la proliferación de un alto grado de especialización en la ejecución de conductas delictivas, habiéndose detectado la actuación de verdaderas organizaciones ilícitas dedicadas a “vender” —como si se tratara de un producto— el soporte técnico, logístico o intelectual para la comisión de delitos de evasión. El Código Penal tipificaba como delito a la figura de la asociación ilícita (art. 210 CP) existiendo opiniones divergentes para su aplicación en los supuestos de índole tributaria y previsional por lo que entonces resultaba pertinente proponer su adecuación. La figura que se preveía incorporar permitiría que las investigaciones se dirigieran no sólo a los contribuyentes que habían utilizado tales mecanismos para evadir sus impuestos sino también posibilitaría la individualización de las organizaciones delictivas que les habían facilitado tal operatoria permitiendo su desbaratamiento y desalentando la comisión de delitos de esta especie.<sup>4</sup>

Según la redacción provisoria del delito se buscaba castigar “...a quien formara parte de una asociación u organización compuesta por tres o más personas destinada a posibilitar, facilitar o brindar la colaboración necesaria para la ejecución de alguno de los delitos previstos en la presente ley...”

Por su parte, la Cámara de Diputados modificó el proyecto recibido y consideró más adecuado que este tipo penal sea directamente incorporado al artículo 210 CP.

Finalmente, la Cámara de Senadores decidió modificar el proyecto originario, por ejemplo, agregando el requisito de habitualidad e incorporando el mismo a la ley penal tributaria y no al Código Penal. Y, lo más importante, eliminó del tipo penal la finalidad de brindar colaboración, facilitar o posibilitar la comisión de delitos tributarios, sancionando en forma directa la organización o asociación destinada a cometer cualquiera de los delitos tipificados en la ley 24.769, lo cual fue nuevamente modificado por la ley 27.430 que en el art. 279 incorpora el nuevo texto del régimen penal tributario, que agregó las conductas de colaboración y coadyuva y modificó la palabra delitos por ilícitos.

---

<sup>2</sup> Resulta pertinente destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “*Stancanelli s/abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público*”, ya había dejado entrever que no toda asociación de tres o más personas que busque cometer delitos es una asociación ilícita. Para que opere la figura del art. 210 es necesario que el orden público se vea afectado. Esta afirmación del Alto Tribunal tiene un efecto trascendental en la configuración de la asociación ilícita “común”, ya que determinaría la tipicidad de aquellos delitos que solamente pudieran afectar el orden público, al que alude el Título VIII CP, entendido como tranquilidad pública o paz social. Por lo tanto, las conductas reprochadas deberían impactar en el espíritu de la población y en el sentimiento de tranquilidad pública, produciendo alarma y temor por lo que pueda suceder.

<sup>3</sup> Discurso inaugural pronunciado ante la Asamblea Legislativa el día 25 de mayo de 2003. Cfr. Poder Ejecutivo de la Nación, Proyecto 0041- P.E.- 03. Se puede consultar en el sitio web de la Cámara de Diputados de la Nación: <http://www.congreso.gov.ar>.

<sup>4</sup> Villegas, Héctor B., “Régimen Penal Tributario Argentino”, 3º edición, La Ley, Bs As., 2007, p. 367/8.

Se desprende del debate parlamentario que la mayoría de las actividades disvaliosas que se ofrecieron como ejemplo de la necesidad de la reforma consistían en el *armado de sociedades fantasma en paraísos fiscales, usinas de facturas apócrifas,*<sup>5</sup> *utilización de testafierros.*<sup>6</sup>

La redacción actual del art. 15 c) de la ley 27.430 es la siguiente:

*"Art. 15.- El que a sabiendas:*

*c) Formare parte de una organización o asociación compuesta por tres o más personas que habitualmente esté destinada a cometer, **colaborar o coadyuvar** cualquiera de los **ilícitos** tipificados en la presente ley, será reprimido con prisión de tres años (3) y seis meses (6) a diez (10) años. Si resultare ser jefe u organizador, la pena mínima se elevará a cinco (5) años de prisión."*<sup>7</sup>

Consideramos que el término *ilícitos* debe ser tomado exclusivamente en sentido técnico como comprensivo de la intención y voluntad de los integrantes de la asociación de cometer p. ej., un delito de evasión o evasión agravada, etc. Por lo tanto, no cabría esta figura penal si las conductas están dirigidas a cometer *infracciones administrativas*.

Como se verá más adelante, esta interpretación tiene mucha incidencia a la hora de considerar típica o no una determinada conducta ya que parece *necesario* acreditar objetivamente que las conductas investigadas tenían serios indicios de sospecha (imputación), probabilidad (procesamiento y elevación a juicio) o certeza positiva (condena) para incurrir en un delito, p. ej., de evasión. Y, en consecuencia, tiene que existir prueba objetiva y científica (determinación de oficio —sobre base cierta— y pericia contable) que avale la posible existencia de los distintos elementos típicos (objetivos y subjetivos) del delito de evasión. Caso contrario, si no es posible acreditar mínimamente que, una conducta supuestamente delictiva, no supera el monto de pesos 1.500.000 por un tributo concreto, no sería posible sostener válidamente la aplicación del delito de asociación ilícita fiscal.

Con independencia de la existencia del art. 210 CP, el legislador creó un delito autónomo.

Claramente, estamos ante la sanción de un acto preparatorio que, en muchos casos, tiene una dificultad probatoria indudable y mucha subjetividad del juzgador a la hora de aplicar o no este delito. Incluso, si concurriera con el delito de evasión agravado por el número de personas intervinientes, se podría seriamente plantear un concurso ideal o incluso aparente de tipos (por consunción). Es un tipo penal de peligro abstracto, mera actividad, resultativo y no admite tentativa. A nuestro modo de ver, *sólo exige dolo directo ya que contiene un elemento cognitivo expreso dado por el término "a sabiendas"*.

Si bien las penas no son muy distintas, agregó un incremento en el mínimo de la pena (3 años y 6 meses) para aquellos integrantes que forman parte de la asociación que, en la práctica, ha sido utilizado para justificar pedidos de detención con total independencia del riesgo procesal concreto.

Riquert, crítica a la que adherimos, destaca el despropósito que queda evidente si se

<sup>5</sup> Actualmente, la evasión fiscal se agrava mediante el uso de facturas apócrifas (art. 2 inc. d, Ley 27.430).

<sup>6</sup> El art. 2 inc. b Ley 27.430 agrava el delito de evasión fiscal al sancionar la intervención de personas interpuestas o de maniobras tendientes a ocultar la identidad del verdadero sujeto obligado.

<sup>7</sup> Lo resaltado en negrita son los nuevos agregados o cambios en relación al anterior art. 15 inc. c de la ley 24.769.

compara la norma especial (asociación ilícita fiscal) con la general (en alusión al art. 210 CP) y se verifica que, al presente, encontrarán más severa respuesta quienes acuerden producir evasiones tributarias que quienes concierten matar, mutilar o violar a otros seres humanos. Y, también, agrega el autor que, ni siquiera dentro del propio sistema de la ley especial, la escala abstracta aparece proporcional. La asociación ilícita tributaria ha quedado en el sistema de la ley especial equiparada en cuanto a su mínimo a las figuras de evasión tributaria y previsional agravadas y el aprovechamiento indebido de beneficios fiscales (arts. 29, 39 y 89), a los que además supera en el máximo (que es de diez años, mientras que para los antes mencionados es de nueve). *El acto preparatorio en incriminación autónoma tiene penas más severas que las más graves de los tipos de resultado o daño.*<sup>8</sup>

Se trata de una figura ciertamente controversial, tanto desde la perspectiva del principio de proporcionalidad (legitimación penal), cuanto en lo concerniente a su propia redacción y ubicación sistemática.

## 2.2. Bien Jurídico Protegido en el art. 15 inc. c. vs. art. 210 del CP

Si bien no es objeto del presente exponer todas las posiciones doctrinarias sobre el bien jurídico protegido de la asociación ilícita fiscal, vale repasar que hay autores que sostienen que mediante este tipo penal no se protege ningún bien<sup>9</sup>, otros que entienden que se protege la intangibilidad de la recaudación tributaria<sup>10</sup>, otros el orden público pero en un sentido funcional al objeto de la ley penal tributaria<sup>11</sup>, otros que entienden que es un delito pluriofensivo y, por ello, se protege el orden público y la hacienda pública, objeto de la ley penal tributaria<sup>12</sup>.

Analizando los dos tipos penales en concreto (asociación ilícita común y la fiscal) y los motivos de su creación, no vislumbramos que existan diferencias sustanciales en torno a qué es lo que se pretende proteger mediante los mismos. Está claro que en ambas normas lo que subyace es la protección del orden público<sup>13</sup>, la tranquilidad pública, la preservación de la paz jurídica frente a la idea de la alarma social frente al tipo de comportamiento que se busca reprimir. Y, si alguna duda pudiera existir al respecto, bastaría con establecer un delito de asociación ilícita fiscal, pero a diferencia de la redacción actual, con la misma pena —en su mínimo— prevista para la figura común.

Por consiguiente, a nuestro criterio era innecesario la creación de un nuevo tipo penal, cuando ya el art. 210 contemplaba lo que se quiso reprimir en el art. 15 inc. c; pero aún, la falta de coherencia y desproporcionalidad del mínimo de la escala penal, demuestra las supuestas razones de política criminal de su creación: “*poner traje a rayas a los evasores*”<sup>14</sup>, explicitar la eficacia simbólica del derecho penal que responde a los reclamos gene-

---

<sup>8</sup> RIQUERT, MARCELO A., *Régimen penal tributario y previsional. Ley 27.430. Comentada. Anotada*, 2º ed. Actualizada, Buenos Aires, Hammurabi, 2018, p. 286.

<sup>9</sup> RUETTI GERMAN, LÓPEZ BISCAIART, BROND, LEONARDO G., “Asociación ilícita tributaria y “ultima ratio”. Un análisis del art. 15, inc. c) de la ley 24.769 desde el marco teórico de la Escuela de Frankfurt”, disponible en [www.astrea.com.ar](http://www.astrea.com.ar).

<sup>10</sup> DE LLANO, BROND, LEONARDO G., ob. Cit.

<sup>11</sup> SPINKA, FABRIS, BROND, LEONARDO G., ob. Cit.

<sup>12</sup> DI LAUDO, BROND, LEONARDO G., ob. Cit.

<sup>13</sup> “*El orden público es el estado de paz y tranquilidad que resulta del hecho de que los individuos y las personas colectivas ajusten su actividad a las normas que rigen la convivencia social*”. Cfme MOLINARIO, ALFREDO, *Derecho Penal*, TEA, Bs. As., 1937, p. 251.

<sup>14</sup> Cfme. análisis de Tarsitano Alberto, *Traje a rayas para los evasores de impuestos*. A propósito del proyecto de ley sobre asociación ilícita especial en materia tributaria. ED. 203-914.

ralmente masivos de la población frente a determinados hechos puntuales y que ha llevado a que nuestro original CP de 1921, se encuentre con un sin número de reformas parciales o denominadas “parches” que demuestran, entre otras cosas, su asistematicidad, desproporcionalidad de las penas, superposición de conductas y el erróneo uso de la técnica legislativa.

### **2.3. Habitualidad como elemento diferenciador del art 210 del CP**

Si bien las estructuras de ambos tipos penales son similares, las diferencias radican en la incorporación del elemento subjetivo del tipo: “a sabiendas”, de las acciones típicas de colaboración y coadyuva y el elemento “habitualidad”.

Si bien vamos a centrarnos en la “habitualidad”, no debemos dejar de reparar en la discusión técnica que las acciones de colaboración y coadyuva pueden generar en torno a pretender equiparar la pena para los actos indicativos de una participación no necesaria con los actos de los autores, lo que atenta contra los principios de proporcionalidad y culpabilidad.

La “habitualidad” como elemento integrativo del tipo objetivo de peligro ha generado grandes problemas de interpretación, en cuanto a qué alcances se le da a dicho término. Está claro que lo habitual es lo que se repite, lo que implicaría demostrar que para que concorra el tipo de la asociación ilícita fiscal debe haberse acreditado la existencia de hechos previos de ilícitos tributarios que el grupo debe haber realizado.

El requisito de habitualidad “...*exige la comprobación inequívoca de la actividad ilícita evasiva, ya sea mediante la existencia de condenas anteriores por ese delito o por la presencia de un concurso material de las infracciones punibles...*”<sup>15</sup>

Cesano sostiene que la habitualidad es la repetición de la comisión de los hechos que debe ser probada por la parte acusadora.<sup>16</sup>

Esta es la posición a la que adherimos. En consecuencia, la crítica radica en pretender asimilar la habitualidad a la permanencia<sup>17</sup> o al propósito<sup>18</sup> —como elemento subjetivo del tipo—. Esta interpretación, a nuestro criterio, viola el principio de legalidad ya que el elemento diferenciador, entre estos tipos penales, es justamente la incorporación de este elemento como parte integrante del tipo objetivo. Sobre este punto volveremos cuando analicemos dos casos concretos.

### **2.4. Proyecto de CP. Regulación autónoma de la asociación ilícita fiscal. Incompatibilidades sistemáticas.**

---

<sup>15</sup> BROND, LEONARDO G., “Asociación ilícita tributaria y “ultima ratio”. Un análisis del art. 15, inc. c) de la ley 24.769 desde el marco teórico de la Escuela de Frankfurt”, disponible en [www.astrea.com.ar](http://www.astrea.com.ar), p. 16.

<sup>16</sup> CESANO, JOSÉ D., “Estudios sobre la reforma al régimen penal tributario (una contribución sobre los aspectos dogmáticos y político criminales de la ley 25.874)”, en portal del Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Derecho Penal Económico “CIIDPE” ([www.ciidpe.com.ar](http://www.ciidpe.com.ar)), área temática 2, “Parte Especial del Derecho Penal Económico”, ps. 29 y 30).

<sup>17</sup> Véase SOLER, La asociación ilícita como delito autónomo en materia tributaria. Consideraciones de la ley 25.874 publicada en el BO el 22/1/04, LL 2/2/04, P. 2. RIQUERT, *Cuestiones de Derecho Penal y Procesal Penal Tributarios*, p. 358.

<sup>18</sup> Spinka sostiene que la habitualidad caracteriza al propósito, por hallarse orientado a la continuidad en el tiempo y la repetición de delitos tributarios (*Derecho Penal Tributario y Previsional*, 2007, p. 306).

Por Decreto PEN 103/2017, se creó la *Comisión de Reforma del Código Penal*<sup>19</sup> que elaboró una iniciativa de reforma del Código Penal que fue presentada el 25 de marzo del 2019 en el Congreso Nacional.

A los fines del presente trabajo, quisimos verificar qué había sucedido en torno a esta figura en cuestión y corroboramos que el Proyecto de CP, si bien integra al cuerpo del CP la legislación especial contenida en la actual ley penal tributaria 27.430, entre otras leyes especiales, contiene en el título VIII los Delitos contra el Orden Público. Allí se encuentra la regulación del art. 210, manteniéndose la redacción original e incorporando como agravantes lo que hoy está regulado en los art. 210 bis y 213 bis.

Cuando nos remitimos a la exposición de motivos, sobre esta norma, los redactores han referido que: *“Básicamente, se mantiene la estructura del texto actual, con algunas reformulaciones para aclarar algunas expresiones, suprimir la pena de reclusión y reorganizar los “bises” en incisos. Es una estructura bastante parecida a la del Anteproyecto 2012. Por su parte, el Anteproyecto 2006 tiene la particularidad de que elimina las figuras asociativas y la apología del delito, que aquí se propone mantener”*.

Cuando observamos el título XVI, denominado Delitos Fiscales, verificamos que se mantiene en el nuevo art. 352 inc. 3<sup>20</sup> la redacción del artículo 15 inc. c- del Régimen Penal Tributario previsto por el art. 279 de la Ley 27.430, y hay que destacar que se aplica a este título la responsabilidad penal de las personas jurídicas previstas en el art. 38 y ss. del Proyecto.

Haciendo una comparación, entendemos que subsiste un problema de sistematización, regulándose también en el Proyecto de CP en dos oportunidades la asociación ilícita. Si quisiera otorgársele una protección especial, debería habérsela previsto en una de las tantas agravantes del art. 210.<sup>21</sup> Por otra parte, tampoco desapareció el problema de desproporcionalidad de las penas ya que sigue siendo más gravosa la pena mínima del tipo especial de asociación ilícita que la prevista en el art. 210, no encontrando razones de peso que no sean las relativas al solo hecho del encarcelamiento preventivo o efectividad de la condena a imponer que permitan diferenciar el mínimo de la escala penal en el caso del art. 210 (3 años) con el futuro art. 353 inc. 2 (3 años y 6 meses).

## **2.5. Uso de la ley del “arrepentido”**

Como todos sabemos, la ley 27.304<sup>22</sup> incorporó la figura del arrepentido en el actual art. 41 ter de nuestro CP, pudiendo utilizarse esta herramienta para la reducción de la escala penal a la de la tentativa respecto de varios delitos, entre los cuales se encuentra el art. 210 (aso-

---

<sup>19</sup> La comisión fue presidida por el camarista de la Casación Penal, Mariano Borinsky, acompañado por el director nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal, Carlos Mauricio González Guerra; el fiscal Pablo Nicolás Turano; los camaristas Carlos Alberto Mahiques y Patricia Marcela Llerena; el procurador general de Salta, Pablo López Viñals; el juez de tribunal oral Guillermo Jorge Yacobucci y los secretarios letrados de la Procuración General de la Nación, Fernando Jorge Córdoba y de la Corte Suprema de Justicia, Patricia Susana Ziffer. Participaron también los representantes del Ministerio de Desarrollo Social, Yael Bendel, y del Ministerio de Seguridad, Guillermo Soares Gache.

<sup>20</sup> Art. 352 inc. 3 del Proyecto de CP: Se impondrá prisión de TRES (3) años y SEIS (6) meses a DIEZ (10) años, al que a sabiendas formare parte de una organización o asociación compuesta por TRES (3) o más personas que habitualmente esté destinada a cometer, colaborar o coadyuvar cualquiera de los ilícitos tipificados en este Título. Si resultare ser jefe u organizador, la pena mínima de prisión se elevará a CINCO (5) años.

<sup>21</sup> Posible solución que no compartimos ya que somos de la opinión que la pena mínima del delito de asociación ilícita fiscal no está debidamente justificada.

<sup>22</sup> B.O. 02/11/2016

ciación ilícita), los delitos aduaneros, estupefacientes, etc., no estando comprendida la asociación ilícita fiscal, ni los delitos tributarios en general. El Proyecto del CP, tampoco los involucra.

Nuestra inquietud radica en que, tanto el CP como el proyecto, regulan la aplicabilidad del arrepentido para todos los delitos aduaneros y para los delitos contra la administración pública, dejando afuera, sin brindar fundamento alguno (pese a todas las similitudes de los tipos penales), a los delitos fiscales que, genéricamente, atentan contra la hacienda pública.

En este punto, volvemos a encontrar, a nuestro criterio, un error en la no inclusión de los delitos fiscales y más aún de la asociación ilícita fiscal en concreto; no encontrando razones dogmáticas ni de política criminal que impidan que estos delitos no puedan ser abarcados por la figura del arrepentido. Pensamos que el legislador, y ahora la Comisión Redactora, podrán haber interpretado que por cuestiones de política criminal la asociación ilícita fiscal no debería integrar el catálogo de los delitos donde sus partícipes puedan echar mano a esta herramienta; pero si esa fuera la razón, no se comprende por qué los delitos aduaneros y las estafas contra la administración pública sí quedan abarcadas en la norma y este delito no y, fundamentalmente, por qué no sería útil la aplicación del arrepentido en este ámbito de actuación, máxime cuando se caracterizan, en general, por ser delitos de compleja investigación y difícil determinación de los reales intervinientes de la maniobra investigada.

Por otra parte, y si bien no es objeto del presente, la reducción de la pena por el uso de esta herramienta sería a la del delito tentado. Al respecto, si los delitos de peligro abstracto y mera actividad, como lo es la asociación ilícita, por ser un acto preparatorio y producir ya un adelanto de las barreas de punibilidad,<sup>23</sup> nos preguntamos ¿sería operativa la reducción al delito tentado cuando, en principio, no admite tentativa? Si la respuesta fuera positiva, la reducción a la tentativa solo se aplicaría como una herramienta matemática. Pero si la respuesta fuera negativa, pero aún así sería razonable concederle el beneficio impuesto por la ley al arrepentido y al no ser dogmáticamente posible hablar de tentativa en estos delitos, ¿se podría dejar sin sanción al delito en cuestión? Consideramos que esta última opción no sería la prevista por el legislador.

### 3. Casos concretos

Los casos bajo análisis son los siguientes: “*Martinat, Pablo Sebastián, Pautassi, Fernando p.ss.aa. Asociación ilícita fiscal*” (en adelante sólo Lapana) y “*Santiago Oscar Lucas y otros p.ss.aa. infr. ley 24.769*” (en adelante sólo Grido). Ambas se tramitan ante el Juzgado Federal N° 1 de la ciudad de Córdoba con la intervención de la Fiscalía Federal N° 1 de Córdoba y han tomado estado público tanto los hechos como las resoluciones dictadas las cuales incluso han sido publicitadas en medios masivos de comunicación, motivo por el cual, es que abordamos su tratamiento.

En el caso denominado Grido, según la imputación y muy sintéticamente, a los imputados se les atribuye conformar una empresa destinada, principalmente, a la producción y venta de helados y otorgamiento de franquicias para la comercialización de helados. Para ello se habrían valido de distintas personas jurídicas para la comisión de delitos fiscales que *debían determinarse de conformidad con el art. 18 de la Ley 24.769 (determinación de oficio que debe practicar el organismo fiscal nacional AFIP/DGI)*, con el objetivo

---

<sup>23</sup> Véase ZIFFER, PATRICIA, *El delito de Asociación ilícita*, Ad. Hoc, Bs. As., 2005, p. 159 y 160.

de obtener una mayor rentabilidad económica. Habrían realizado distintos mecanismos de ocultamiento y registración de operaciones comerciales como, p. ej., disponer de un sistema de franquicias; integrar en distintas provincias comercios del rubro integrados por los mismos dueños, amigos y familiares que luego se vendían y se declaraba un valor menor al real; y la venta de helados e insumos eludiendo los controles fiscales (ventas marginales o en negro).

En el supuesto del caso Lapana, se les reprocha conformar una asociación destinada a la comisión de delitos fiscales que *debían determinarse de conformidad con el art. 18 de la Ley 24.769 (determinación de oficio)*, con el objetivo de obtener una mayor rentabilidad económica. Las empresas que conforman los imputados –aún en la actualidad- se dedican a la producción y distribución de productos de panadería; otorgamiento de franquicias para la comercialización de productos de panadería y autorización para explotar la marca de la empresa. Habrían realizado distintos mecanismos de ocultamiento y registración de operaciones comerciales como, p. ej., disponer de un sistema de franquicias como modo de lograr una mayor expansión comercial; realizar ventas a los franquiciados eludiendo los controles fiscales (ventas marginales o en negro) así como el pago de un FEE en blanco y otra parte en negro; y haber alentado a algunos franquiciados a asesorarse con un mismo estudio contable.

En ambos casos, son empresas de reconocida y premiada trayectoria tanto en la Provincia de Córdoba como a nivel nacional. En ambos casos se utilizó, como herramienta comercial de crecimiento y expansión, el sistema de franquicias que, por aquél entonces (año 2010), no era muy conocido en Córdoba y era visto con mucho recelo y poco entendimiento por parte de los organismos fiscales de control.

Como es sabido, el sistema de franquicias es y será uno de los grandes motores de la economía, genera rápidamente empleo, inversión y fuerza continuamente a la mejora. A diferencia del comercio tradicional, el sistema de franquicias transmite el *know how* y el soporte continuo que ayuda a disminuir el riesgo de cierre de los comercios. Aunque esa disminución de riesgo lleva aparejado una disminución de rentabilidad ya que por lógica invierte continuamente en imagen, marketing, capacitación, limpieza, orden, auditorias y otros rubros.

En el supuesto de la empresa que producía y vendía cremas heladas (Grido), el padre y dos de sus hijos fueron detenidos y allanados sus domicilios personales y los comerciales de la compañía, todos en el mismo momento, descabezando la sociedad de sus principales autoridades. Además, la AFIP se encargó de difundir la noticia en distintos medios de comunicación afirmando erróneamente que todo se trataba de una investigación donde habían detectado una evasión de 200.000 millones de pesos.

En el caso de la empresa que producía y distribuía productos de panadería (Lapana), el Fiscal pidió la detención de las principales autoridades y los allanamientos a la administración de la empresa y a distintos franquiciados. Si bien se cumplió con dichos procedimientos, el Juez Federal no avaló el pedido de detención. Al igual que en el caso de Grido, la AFIP divulgó erróneamente una supuesta maniobra delictiva (evasión) que producía un perjuicio económico de 5.2 millones de pesos.

Paradójicamente, en ambos casos se tomaron las medidas de allanamiento, registros, secuestros e, incluso en el caso Grido, detenciones sin contar con una verificación previa ni determinación de oficio de una deuda por parte de la AFIP. Es decir, se cantaba a los cuatro vientos la existencia de una evasión impositiva de 200 millones de pesos, en un caso, y de 5.2 millones de pesos, en el otro, y *no había ningún procedimiento determinati-*

*vo fiscal previo concreto ni científico (siquiera sobre base presunta)* que avalara la comisión de un delito de evasión ni, eventualmente, que el monto supuestamente evadido fuera el sostenido por la AFIP en sus distintas notas periodísticas.

De hecho, hoy podemos decir (al ser abogados defensores de ambas empresas) que, transcurridos más de 8 años de investigación (caso Grido) y 6 años (caso Lapana), ni siquiera se cuenta con una deuda determinada por AFIP que permita concluir sobre la existencia de un delito de evasión.

#### **4. Problema detectado**

El principal problema está dado por la interpretación jurídica y errónea aplicación del delito de asociación ilícita fiscal<sup>24</sup> y las graves consecuencias prácticas que trae aparejada su aplicación por parte de los Tribunales.<sup>25</sup> Más en concreto, establecer el límite o plus de reproche penal que lleve a los operadores jurídicos a distinguir entre el delito de asociación ilícita fiscal y otros delitos fiscales como, p. ej., evasión simple o agravada consumada o la tentativa de estos delitos.

Así podríamos preguntarnos, entre algunos interrogantes, lo siguiente: ¿cuál es el límite o barrera de aplicación del delito de asociación ilícita fiscal? ¿Toda comisión de infracciones administrativas implica la comisión del delito de asociación ilícita fiscal? ¿Toda comisión de conductas irregulares e inconsistencias, que no son ni podrán ser nunca configurativas de un delito penal tributario, implica la comisión del delito de asociación ilícita fiscal?

El problema no es menor ya que, con la interpretación jurídica que se está dando en los casos bajo análisis, se corre el serio riesgo de considerar que *todo delito de evasión implica automáticamente incurrir en el delito de asociación ilícita fiscal, siempre que hayan intervenido 3 o más personas en el hecho investigado*. Cuestión que, en el ámbito empresarial, dicho número es muy fácil de lograr. Y esto no debería ser así por las consideraciones que intentaremos brindar en los apartados siguientes.

#### **5. Crítica en relación a los casos bajo análisis y reflexiones finales**

La crítica que haremos a continuación se basa en la incorrecta aplicación del delito previsto en el art. 15 inc. c de la ley 24.769 (actual ley 27.430) a los casos referidos en este trabajo y sobre todo a nuestro convencimiento que las conductas allí investigadas son objetiva y subjetivamente atípicas.

i. Consideramos que en ambos casos no surge vulnerado el bien jurídico protegido, toda vez que ni siquiera existió peligro de afectación del mismo, ni menos se vulneró la hacienda pública, el erario público, ni la intangibilidad del mismo; incluso hasta cualquier eventual suposición de afectación del bien jurídico protegido, se encuentra reparada a la luz del acogimiento de los imputados al régimen previsto en la ley 26.860 de “Exterioriza-

---

<sup>24</sup> El Código Penal argentino ya contaba con el delito de asociación ilícita regulada en el art. 210 del Código Penal con penas de prisión de 3 a 10 años para el que tomara parte de la banda o asociación y un mínimo de 5 años para los jefes u organizadores.

<sup>25</sup> P.ej., y según el monto mínimo de la pena, impide —a pesar de tratarse de un delincuente primario— la aplicación de una condena de ejecución condicional. Y en la interpretación del requisito para detener o decretar la prisión preventiva, al presumirse que una eventual condena sería de prisión efectiva, se dificulta la posibilidad de excarcelación supeditada exclusivamente a un razonable y serio análisis de riesgo procesal.

ción Voluntaria de la Tenencia de Moneda Extranjera en el País y en el Exterior” y luego en la posterior ley 27.260 de sinceramiento fiscal (año 2016).

Vale la pena referir que, en los autos “*Cuello Fernando Luís; Paulus Natalia de los Ángeles; Ceva Rubén Adolfo y otros P.SS.AA de Inf. Art. 15 Inc “c” de la Ley 24.769*” (Expte N° 69/2008), resolución de fecha 18/12/2013, se desarrolló todo lo concerniente al bien jurídico protegido por el tipo penal del art. 15 inc. c.

Allí, se sostuvo que:

“...Los bienes jurídicos tutelados por todos los tipos penales previstos en la ley penal tributaria, incluyendo el nuevo art. 15, son en forma genérica y sin entrar a las particularidades de cada tipo, según los casos, o bien los recursos tributarios nacionales o bien los recursos destinados al sistema nacional de seguridad social...A modo de conclusión sobre el punto, puede decirse que tanto de la redacción del artículo 15 inciso c) de la ley penal tributaria, como de la reseña doctrinaria que precede, al castigar a todos los que conformen una asociación ilícita cuya finalidad sea cometer los delitos de la ley penal tributaria, se trata de un tipo que protege directamente los bienes jurídicos cuidados por los tipos de la misma ley, vale decir los recursos y gastos de la hacienda pública nacional y las rentas de la seguridad social nacional; en tanto, en forma mediata, protege el orden público, que como consecuencia de la evasión fiscal se ve afectado por la disminución de la capacidad del Estado de cumplir con sus fines.-... ”

En este sentido, no se encuentra vulnerada la intangibilidad de la hacienda pública ni tampoco de manera mediata el orden público ni la tranquilidad social ya que no habrá nunca —como se verá *infra*— un “delito” penal tributario que pueda afectar dichos aspectos del bien jurídico penal protegido. Si las personas imputadas, en el peor de los casos y llevando los hechos de la causa al absurdo, se reunieron para omitir el pago y declaración de ventas e ingresos y así cometer una *infracción administrativa* —*elusión*—, mal podría el Tribunal considerar que ello es compatible con el delito de asociación ilícita fiscal.

ii. Al margen de ello, consideramos que, si no existe la comisión de *ningún delito* tributario o, por lo menos, que se haya promovido acción penal por alguno de los delitos tributarios previstos en la ley, la asociación ilícita fiscal es objetiva y subjetivamente atípica.

La doctrina y la jurisprudencia, ni hablar del legislador penal, es clara al sostener que son indicios para poder sostener que existe una asociación ilícita tributaria los siguientes: *las estructuras societarias falsas, la contratación de testaferros para que presten sus firmas en esas estructuras, el uso de facturas falsas.*<sup>26</sup> Como mínimo se requieren tres personas y una organización con visos de permanencia, a fin de distinguirla de los “acuerdos transitorios”, donde deben distribuirse entre sus miembros funciones ilícitas. Y dichos indicios no se comprueban en los casos que analizamos y, por ello, los tomamos como ejemplos para demostrar un erróneo uso de la figura en cuestión.

Partiendo de un análisis *contrario sensu* de los autos FMP 72000443/2010 del Tribunal Oral Federal de Mar del Plata, de fecha octubre del 2018, se desprende que no se da,

---

<sup>26</sup> Ello es evidente al trabajar con la interpretación histórica del precepto normativo, según se pudo ver en acápites anteriores.

en los casos bajo estudio, la gravedad de las maniobras allí subsumidas como asociación ilícita fiscal. Es decir, en estos casos que analizamos no se da la existencia de empresas que actúen como intermediarias de los verdaderos operadores de la actividad comercial, que permanecen ocultos al Fisco Nacional, permitiéndoles evadir los correspondientes tributos; no se valen de proveedores o franquiciados apócrifos; no se libran cheques a favor de los mismos que posteriormente fueran cobrados por algunos miembros de la organización o depositados en cuentas de las que ellos eran titulares; no se usó ningún tipo de documentación apócrifa (ni facturas, ni cualquier otra documentación pública o privada de uso habitual en la actividad comercial de los imputados); y no se realizaron operaciones comerciales simuladas.<sup>27</sup>

iii. Por su parte, la característica de la *habitualidad* requerida por el tipo penal tampoco puede ser advertida. El requisito de habitualidad “...*exige la comprobación inequívoca de la actividad ilícita evasiva, ya sea mediante la existencia de condenas anteriores por ese delito o por la presencia de un concurso material de las infracciones punibles...*”<sup>28</sup>

En estas causas, la *habitualidad* no surge del requerimiento fiscal, ni menos se puede comprobar porque no existe conducta evasiva típica y repetida por parte de los imputados. Sin ir más lejos, según se verá más adelante, los montos investigados por AFIP están claramente por debajo de la condición objetiva de punibilidad que exige el delito de evasión fiscal.<sup>29</sup>

P. ej., en el caso Lapana sólo hay informes de inspección de AFIP que, por un lado, determinan *presuntivamente* la existencia de una deuda a favor del Estado, lo que por sí impide avanzar —con la nueva redacción de la Ley— una causa judicial sobre determinación en base presunta; y por el otro, los montos están por debajo de la condición objetiva de punibilidad de una evasión fiscal, no hay duda (certeza negativa) que los imputados nunca pretendieron cometer ningún delito fiscal ni podían hacerlo.

Atento ello, vemos ya que la jurisprudencia se ha expedido en los autos “Cuello” —citado *supra*—, donde el Juez Rebak dijo:

---

<sup>27</sup> Tampoco se dan, p. ej., las maniobras que se investigan en la causa “Seri, Miguel Ángel; Gasparini, Diego Nazareno y otros p.ss.aa. infracc. art. 15 inc. “c” - Ley 24.769”, en donde con fecha en 27 de agosto de 2010, se ordenó el procesamiento de una serie de personas, acusadas de cometer el delito de asociación ilícita tributaria, las cuales “habrían utilizado contribuyentes ficticios para “blanquear” granos adquiridos en el mercado marginal y una mutual para efectuar las cobranzas de los cheques producto de la venta de cereales a través de contribuyentes apócrifos, ocultando de ese modo el real destinatario de los fondos bancarios pues, la maniobra descripta estuvo destinada a facilitar la evasión tributaria de los productores agropecuarios que vendían los cereales comprados por los contribuyentes ficticios. (...) También habría comprado cartas de porte utilizando las cuentas de (...) (todas ellas cuentas de insolventes), que luego habrían sido utilizados para el transporte de la mercadería en negro. (...) Como resultado de la investigación llevada a cabo por personal de AFIP, (...) se habría podido establecer la existencia de una organización ilícita fiscal, que se valdría de falsos contribuyentes, tanto personas físicas como jurídicas, a los que haría aparecer como productores agropecuarios o prestadores de servicios vinculados al campo, para comercializar dichos instrumentos y así obtendría ganancias ilícitas facilitando y participando en la evasión tributaria de terceros, quienes serían los usuarios de los servicios prestados por la asociación investigada, entre los que se incluyen a los acopios que receiptan la mercadería irregular como los verdaderos productores de granos que ocultarían su identidad mediante la intervención de los comprobantes apócrifos comercializados por la organización criminal (confr. fs. 1/7, informe preliminar de fs. 45/154)”.

<sup>28</sup> BROND, LEONARDO G., “Ob. Cit. p. 16.

<sup>29</sup> En el caso Lapana, ello surge expresamente de los informes técnicos preliminares del Organismo Fiscal.

“... teniendo en consideración que el tipo penal de la “asociación ilícita tributaria” establece que la organización debe estar conformada de manera habitual para “cometer cualquiera de los delitos tipificados en la presente ley”, es que hasta el momento no se puede aseverar que el grado de probabilidad que se requiere en esta etapa procesal que existiría una asociación ilícita, dado que falta el elemento demostrativo de dicha ilicitud, que es la tipificación de delitos reprimidos por la ley 24.769...De esta manera, a esta altura de la investigación no existe “certeza” como así tampoco “probabilidad” de comisión de delitos tributarios, por lo que el ordenamiento de forma establece que debe procederse conforme lo dispone el art. 309 del mencionado digesto procesal, debiendo en consecuencia dictarse el “auto de falta de mérito” ...”.

iv. Asimismo, y de considerarse que las empresas investigadas son autores del delito de asociación ilícita fiscal desde el año 2010/2012 a la fecha, podríamos preguntarnos lo siguiente: ¿Cómo es posible que el estado nacional (AFIP) y provincial (Policía Fiscal) “tolere” y admita el cobro de impuestos y el desarrollo de sus actividades comerciales a lo largo de 6 años? Acaso, los organismos del Estado Nacional y Provincial ¿son encubridores de un delito al permitir y/o tolerar el desarrollo de la actividad comercial? Evidentemente, esto no es posible siquiera pensarlo. Lo que sucede es que para el Estado Nacional y Provincial la actividad comercial de las empresas investigadas es totalmente *lícita*. Distinto sería el caso de, p. ej., una usina de facturas apócrifas en donde AFIP, seguramente, suspendería o cancelaría la CUIT de la empresa impidiendo la continuidad de la actividad supuestamente comercial, entre otras tantas medidas que podría adoptar.

Lo mismo podríamos preguntarnos en relación a otros organismos públicos y privados como, p. ej., el Banco Central de la República Argentina y los bancos privados que otorgaron créditos a favor de las empresas. Acaso, ¿sería posible que dichos organismos operen y permitan operar a una empresa dedicada a cometer delitos fiscales, sin que ello impacte en su posible responsabilidad penal? La respuesta es no. Claramente, todos estos organismos consideran que las empresas investigadas son totalmente legales y, por eso, no toman ningún tipo de medida administrativa en su contra.

Lo mismo podríamos preguntarnos, p. ej., de la UIF (Unidad de Información Financiera).

Así las cosas, si ninguno de los organismos citados *supra*, transcurridos más de 6 años desde el inicio de las causas, han tomado medidas de ningún tipo en contra de las empresas investigadas es porque, sencillamente y en base al mismo sentido común, ninguna duda puede haber sobre la licitud de las mismas.

v. Es importante destacar que en los casos que exponemos no existen otras supuestas inconsistencias durante y posteriores a las oportunamente analizadas. Sin ir más lejos, y a lo largo de los 6 años de investigación, las empresas investigadas siguen adelante con sus negocios y las personas físicas –titulares de las mismas- son las que realmente llevan adelante sus respectivas actividades comerciales. No se observa que pueda sostenerse la concurrencia de los elementos del tipo objetivo: a) formar parte de una asociación u organización; b) número mínimo de intervinientes; c) con el propósito colectivo de infringir la ley 24.769; d) en forma habitual. Ni menos aún se observa el dolo *directo* que exige el tipo subjetivo.

Avala ello, no solo la inexistencia de cualquier posibilidad de superar la condición objetiva de punibilidad y, en su caso, hacerlo sobre base cierta, sino también la inexistencia de denuncia penal formulada por parte de AFIP-DGI por cualquier delito tributario como, p. ej., evasión fiscal simple o agravada, ni menos la promoción de acción por parte del Sr. Fiscal por la supuesta comisión de delito tributario en contra de los imputados.

Y la gravedad de los casos expuestos, ni siquiera se vincula al hecho que los involucrados en dichos casos se acogieron a los beneficios previstos en la ley n° 26.860 (Exteriorización voluntaria de la tenencia de moneda extranjera en el país y en el exterior),<sup>30</sup> consagrada de una amnistía penal frente a tales delitos. Es decir, y con total independencia a dicho beneficio, los montos determinados en forma presuntiva por AFIP no superan siquiera la condición objetiva de punibilidad actual prevista en la Ley.

vi. Se destaca como aspecto negativo en la intimación de los hechos investigados el reproche a los imputados de determinadas conductas que son absolutamente lícitas y hasta necesarias para lograr un mejor y más eficiente desarrollo comercial y expansión de sus respectivas actividades. Así, dentro del reproche penal se encuentra, p. ej., el disponer de un sistema de franquicias como modo de lograr una mayor expansión comercial, como si ello fuera algo irregular o ilícito, incluso desde otras ramas del derecho.

vii. A modo de conclusión y reflexión final, resulta cuando menos desproporcionado y peligroso privar de la libertad a personas sobre la base de la supuesta configuración del delito de asociación ilícita fiscal (sobre todo al comienzo de una investigación penal), cuando la investigación no tiene elementos sólidos y el caso no se ajusta a una clara asociación mafiosa dedicada a cometer delitos fiscales (p. ej., empresas fantasmas, uso de testarros, documentación falsa y facturas apócrifas).

Aún más reprochable puede ser aquella consecuencia jurídica si la AFIP-DGI no ha iniciado los procedimientos de determinación de deuda de todas las personas -físicas y jurídicas- investigadas en la causa. Es decir, cuando no se cuenta ni con informes finales de inspección ni con determinaciones de oficio —sobre base cierta-, por lo que todavía no se puede aseverar que las conductas llevadas a cabo por la supuesta “organización” tenían como fin la comisión de delitos tributarios, dado que al no haber determinación de deuda no se puede saber —si es qué las mismas existieran— que se ha superado la condición objetiva de punibilidad, como así tampoco a qué tributos se refieren. Aún más difícil sería poder concluir que estas personas tenían el conocimiento y la voluntad de llevar adelante *delitos* tributarios y no meras infracciones administrativas.

No obstante ello, sabemos que el precepto penal sanciona el mero tomar parte de la asociación destinada a cometer delitos fiscales (acto preparatorio), pero no es menos cierto que se torna una condición necesaria indagar *ex post* si efectivamente era posible o no incurrir en algún delito de aquellas características.<sup>31</sup>

Reconocemos que puedan existir casos en los que determinadas personas físicas se

---

<sup>30</sup> Somos de la firme opinión que el delito de asociación ilícita fiscal debe ser objeto de amnistía en relación, sobre todo y sin ninguna duda, a la última ley de blanqueo de capitales.

<sup>31</sup> En esta misma línea, el Juez Rebak expresó lo siguiente: “Repárese en la circunstancia de que si —eventualmente— la AFIP-DGI, en su determinación de deuda, no pudiera evidenciar que se ha cometido delito tributario alguno, uno de los elementos fundamentales del tipo penal en cuestión no se configuraría; ergo no podría haber “asociación ilícita tributaria” si no existiera previamente conductas delictiva descriptas por la ley 24.769”. “*Cuello Fernando Luís; Paulus Natalia de los Ángeles; Ceva Rubén Adolfo y otros P.SS.AA de Inf. Art. 15 Inc “c” de la Ley 24.769*” (Expte N° 69/2008), resolución de fecha 18/12/2013.

valgan de estructuras legales para poder llevar adelante sus finalidades delictivas pero la formación de la asociación ilícita se independiza de la estructura sobre la que se apoya y puede ser claramente diferenciada y separada de ésta<sup>32</sup> (p. ej., una sociedad comercial en regla y con una finalidad lícita pero que, en realidad, es una mera pantalla, una puesta en escena para la producción de hechos delictivos y no para el cumplimiento del objeto social de la compañía).

En definitiva, compartimos la demanda a la prudencia judicial frente a la propuesta de este encuadre típico en los casos concretos que lleguen a su conocimiento, habida cuenta las graves consecuencias procesales que se advierten.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> RIQUERT, MARCELO A., *Régimen penal tributario y previsional. Ley 27.430. Comentada. Anotada*. 2° ed. Actualizada, Buenos Aires, Hammurabi, 2018, ps. 279/280.

<sup>33</sup> RIQUERT, MARCELO A., *Régimen penal tributario y previsional. Ley 27.430. Comentada. Anotada*. 2° ed. Actualizada, Buenos Aires, Hammurabi, 2018, p. 287. El autor también refiere que “debe tenerse presente que el imperativo de justificar adecuadamente la verificación de los elementos típicos, aún en etapa investigativa al momento de disponerse la prisión preventiva, ha sido recordado recientemente por la Corte Suprema, diciendo que es descalificable por arbitraria la sentencia que confirmó el procesamiento y prisión preventiva de una persona como organizadora de una asociación ilícita sin analizar, aun con la provisionalidad de una resolución del tipo de la dictada, la consideración fundada acerca de la existencia de un acuerdo de voluntades explícito o implícito que caracteriza a la figura, ni explicitar claramente cuales habrían sido los delitos que la supuesta organización habría encarado, pues ello afecta la garantía del debido proceso”.

# Los principios de oportunidad como política criminal y la influencia del derecho anglosajón en el derecho penal argentino

## *The principles of opportunity as a criminal policy and the influence of common law on Argentine criminal law”*

Por LUIS MARÍA BONETTO\* y JULIETA GARCÍA GÓMEZ\*\*

**RESUMEN:** En el siguiente trabajo abordamos el necesario traspaso de un sistema penal altamente punitivo a uno que adopte mecanismos alternativos a la obligada persecución y castigo. Sostener un principio de legalidad absoluto tiene como consecuencia directa la expropiación del conflicto de los particulares, hiperinflación legislativa y el colapso del sistema judicial. La contracara de ese principio es el de oportunidad que prima en el derecho anglosajón, por lo cual, analizamos su influencia y recepción en nuestro ordenamiento jurídico nacional.

**PALABRAS CLAVE:** Principio. Oportunidad. Legalidad. Derecho anglosajón.

**ABSTRACT:** In the following paper we address the necessary shift from a highly punitive penal system to one that adopts alternative mechanisms to forced prosecution and punishment. Maintaining a principle of absolute legality has as a direct consequence the expropriation of the conflict of individuals, legislative hyperinflation and the collapse of the judicial system. The other side of this principle is the opportunity principle that prevails in the common law, so we analyze its influence and reception in our national legal system.

**KEYWORDS:** Principle. Opportunity. Legality. Common law.

### **I. Introducción**

La potestad represiva del Estado se manifiesta bajo la forma de las acciones penales. Estas son las modalidades del derecho-deber del Estado de aplicarle la pena establecida por la ley al partícipe de un hecho penalmente típico, antijurídico y culpable.

Parece inimaginable una sociedad de la cual el derecho penal no forme una parte funcionalmente ordenadora de la misma. Siguiendo a Stratenwerth<sup>1</sup>, afirmamos que la amenaza y la imposición de sanciones por parte del Estado resulta parte de una práctica milenaria. Toda organización estatal ha sido siempre acompañada de un derecho penal. El Estado tiene el derecho-deber de promover la acción penal y perseguir al miembro de la comunidad que cometa un hecho penalmente típico, antijurídico y culpable, para conseguir la aplicación de las consecuencias establecidas por la ley. Por medio de la promoción de la acción penal, el Estado, como titular del monopolio punitivo para perseguir el delito, reacciona y busca aplicar las consecuencias penales a su responsable. Una de las condiciones para que exista una sociedad, retomando al filósofo Hobbes, es suscribir a un pacto social en el cual dejamos en manos del soberano el castigo. En este sentido, si bien los individuos hemos depuesto las armas y entregado el poder punitivo al Estado y, esto es una de los

---

<sup>1</sup> STRATENWERTH, GÜNTHER, *Derecho Penal. Parte General. El hecho Punible*, Hammurabi, 2008. P. 27

principios de un Estado de Derecho, existen críticas posmodernas para ese monopolio instaurado en favor del aparato estatal por cuanto expropia un conflicto entre particulares<sup>2</sup>. En consonancia con esto, Maier explica que la víctima fue desalojada de la posición de privilegio en la que se encontraba antes de la intervención de la inquisición, que expropió todas sus facultades con la creación de la persecución penal pública, al transformar todo el sistema penal en un instrumento del control estatal directo sobre los súbditos y desplazando por completo la eficacia de la voluntad en el enjuiciamiento penal<sup>3</sup>. Al no tener en cuenta la voluntad de la víctima, la mirada del derecho penal no pasa por el daño realizado sino por la desobediencia ante el mandato del soberano. En la tesis hegeliana, la regla es lo que el Estado nos ordena y ante su contradicción representada por la comisión del delito, la síntesis es la aplicación de la pena. Se persigue la reafirmación de la autoridad por encima de la recomposición del daño ocasionado. Estamos en presencia de una concepción totalmente absolutista de los fines de la pena, ignorando por completo y en partes iguales a la víctima y al victimario.

En la actualidad, aparecen como más atractivas las vías de reparación en las cuales abandonamos el modelo meramente punitivo para evolucionar a uno que aspira a soluciones alternativas al castigo. De este modo, abogamos por un derecho penal mínimo en el cual se han propuesto posiciones de contención o reducción del propio sistema, reservando la función del derecho penal a ataques a bienes jurídicos que por su cantidad o calidad ameriten la respuesta de la pena, desalentando la hiperinflación legislativa<sup>4</sup>. Entender que las únicas consecuencias penales se traducen en el castigo es adoptar una posición retribucionista de la pena a la cual no adherimos y cuya concepción se encuentra en crisis desde la década del sesenta. Suscribimos a las llamadas “teorías de la unión” que procuran lograr una combinación entre los fines retributivos y los preventivos.

Esta concepción absolutista de la pena cobra vida con la existencia del “principio de legalidad procesal” en el cual todos los delitos deben ser perseguidos. El principio de legalidad es “la automática e inevitable reacción del Estado a través de órganos predispuestos (generalmente el Ministerio Público Fiscal, y su subordinada, la policía) que frente a la hipótesis de la comisión de hecho delictivo (de acción pública) comienzan a investigarlo, o piden a los tribunales que lo hagan, y reclaman luego el juzgamiento, y posteriormente y si corresponde, el castigo del delito que se hubiera logrado comprobado”<sup>5</sup>.

La exigencia que postula el principio de legalidad procesal acunado en nuestro Código Penal en el art. 71: “...deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales”<sup>6</sup>, reviste la evidente imposibilidad práctica de dar respuesta al espectro delictivo en su totalidad. Diversos autores grafican el funcionamiento del sistema penal “a través de la figura de un embudo, en el que la parte ancha corresponde al total de los delitos en una sociedad determinada y la parte angosta al número final de casos que llegan a las instancias finales del proceso penal, con una inmensa cantidad de escalas intermedias en donde se van descartando casos por las más diversas razones”. Los mismos sistemas desarrollan “ya sea a tra-

---

<sup>2</sup> DE LA RÚA, JORGE Y TARDITI, AÍDA, *Derecho Penal. Parte general*. 2, Hammurabi, 2014. p.414

<sup>3</sup> MAIER, JULIO B., “La víctima y el sistema penal”, en *De los Delitos y las Penas*, p. 186

<sup>4</sup> BONETTO, LUIS MARÍA, “Derecho Penal: Miedo o Convicción”, en *El Derecho Penal y sus Enemigos. Derecho penal y sociedad democrática*, Ed. EDUCC, 2007, p.24.

<sup>5</sup> CAFFERATA NORES JOSÉ I., *Manual de Derecho Procesal Penal*, p. 78

<sup>6</sup> La última modificación sustituye el texto del artículo 71 por el siguiente: “Sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal, deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales...”. art. 2° de la Ley N° 27.147, B.O., 18/06/2015.

vés de instrumentos formalizados en la ley en algunos casos o en otros creados de manera informal por los propios operadores del sistema, diversos mecanismos tendentes a dar curso a esa selectividad necesaria para el funcionamiento del mismo”<sup>7</sup>. Existe una necesidad clara de racionalizar mediante algún mecanismo la persecución penal pública y aplicar la idea de última ratio que debe revestir el poder punitivo en el derecho procesal penal.

## **II. Principio de Oportunidad. Noción. Derecho Comparado**

Ante los defectos prácticos del mantenimiento de un principio de legalidad procesal absoluto, surge como contracara la disponibilidad de la acción penal. El principio de oportunidad o de disponibilidad, siguiendo a Cafferata Nores, puede expresarse como “la posibilidad que la ley acuerde a los órganos encargados de la persecución penal, por razones de política criminal o procesal, de no iniciar la persecución o de suspender provisionalmente la ya iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva (sólo a algunos delitos o a algunos autores y no a todos), o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para “perseguir y castigar”; o la autorización de aplicar penas inferiores a la escala penal fijada para el delito por la ley, o eximirlos de ella a quien lo cometió”<sup>8</sup>.

Históricamente, las normas de los sistemas penales han previsto formas abreviadas y efectivas en la solución de los conflictos legales. En el Código de Hammurabi, cuerpo normativo de 1600 a.C., se consagran diversas figuras jurídicas como la indemnización, la reparación del daño, la conciliación y otros métodos alternativos para la resolución de conflictos<sup>9</sup>. Bajo esta información, podríamos atrevernos a decir que incluso antes que el principio de legalidad procesal ha existido la oportunidad. Ello por cuanto la encontramos en el primer cuerpo de leyes de la historia y la legalidad es absolutamente posterior.

En cuanto al derecho comparado se trata, se puede afirmar que “el principio de oportunidad, se ha introducido progresivamente en diferentes ordenamientos europeos como en Bélgica, Francia, Dinamarca, Irlanda, el Reino Unido, Luxemburgo y los Países Bajos. En Alemania, Austria, España, Finlandia, Suecia, Grecia, Italia y Portugal es el principio de legalidad y como excepción el de oportunidad es el que se aplica”<sup>10</sup>. Al analizar su instauración en el mundo, uno puede darse cuenta que el criterio es diferente y su naturaleza cambia de acuerdo a la consagración jurídica en cada uno de los países donde opera, según sea su modelo de estado, su estructura, su finalidad, la estructura del proceso penal y la política criminal.<sup>11</sup>

Existen dos reconocidos sistemas en cuanto a principio de oportunidad se trata: el reglado y el libre. La principal diferencia entre ambos es según exista la disponibilidad de la acción penal como regla o como excepción. En un sistema de oportunidad libre se permite decidir caso a caso sin sujeción a ningún precepto qué delitos perseguir y cuáles no. El ejemplo por antonomasia de ello es el derecho anglosajón en el cual “el principio de

---

<sup>7</sup> MENDAÑA, RICARDO J., en “Ejercicio de la acción penal y principio de oportunidad”, en nota al pie n° 14 retomando a DUCE, MAURICIO, en “Las Salidas Alternativas y la Reforma Procesal Penal Chilena”, *Cuadernos de Análisis Jurídico*, N° 38, Univ. Diego Portales, pág. 186.

<sup>8</sup> CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *Manual de Derecho Procesal Penal*, p. 84.

<sup>9</sup> VÁSQUEZ RIVERA, JUAN C., MOJICA ARAQUE, CARLOS A., en *Principio de oportunidad. Reflexiones Jurídico-Políticas*, 2010, p.11.

<sup>10</sup> BEJARANO, FARID A. Y CASTRO GÓMEZ, JOHANNA, *El principio de oportunidad en el derecho comparado*, Universidad de Medellín, 2011, p. 21.

<sup>11</sup> Ídem.

oportunidad constituye la regla y se traduce en las figuras del *plea guilty*; confesión dirigida a evitar el juicio; y del *plea bargaining*; negociación entre el fiscal y el imputado que supone pactar la acusación en toda su extensión y, de este modo, reducir o mutar a conveniencia, si es el caso, el hecho penal en sí mismo considerado<sup>12</sup>. Por su lado, en el sistema reglado cobra relevancia en su máximo esplendor el principio de legalidad por lo tanto la oportunidad es mera excepción y se halla de forma taxativa en el ordenamiento los casos en los cuales se aplica. Nuestro ordenamiento jurídico es un ejemplo de este tipo de esquema.

### III. Soluciones alternativas al retribucionismo puro: criterios de oportunidad. Influencia anglosajona

En Argentina, ubicamos como un gran antecedente de la influencia del derecho americano en la búsqueda de soluciones alternativas a la pena de prisión, la suspensión del juicio a prueba o probación. Por la ley 24.316, se introduce en el art. 76 bis del C.P. una fórmula que “permite suspender el proceso a prueba, extremo que implica que una persona procesada por un delito de acción pública y que conlleve amenaza de pena privativa de libertad, ante el cumplimiento de ciertos recaudos, podrá lograr la suspensión del proceso bajo la condición de reparar en la medida de lo posible el daño causado y someterse al cumplimiento de ciertas reglas de conducta. La suspensión se mantiene latente por un término previamente determinado, tras el que —cuando el sujeto no comete nuevos delitos y se somete regularmente a las reglas indicadas— se extingue la acción penal<sup>13</sup>. Este instituto de reconocida raigambre angloamericana<sup>14</sup> es una expresión de criterios de oportunidad, ya que” en lugar de someter a todos los delitos por igual al principio de legalidad, se opta para los casos alcanzados por una alternativa no punitiva a través de condiciones que contemplan medios resocializadores, preventivos especiales o socialmente constructivos para el autor a través de las reglas de conducta y la reparación de la víctima<sup>15</sup>.

En el año 2015, se modifica el art. 59 del C.P.: “*La acción penal se extinguirá...5. Por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes; 6. Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes; 7. Por cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes.*”<sup>16</sup>. De esta manera, se le ha concedido al Ministerio Público Fiscal “la facultad dispositiva de la acción penal pública y, por ende, de solicitar sobreseimiento de la persona en cuyo favor se aplica, y sobre quien previamente, había recaído la atribución de un hecho presuntamente delictivo”<sup>17</sup>.

La incorporación de criterios de oportunidad por parte de nuestro ordenamiento nacional responde a la necesidad de flexibilizar el principio de legalidad que exige la praxis judicial. En efecto, la saturación del sistema judicial fue uno de los fundamentos de la re-

<sup>12</sup> Ídem.

<sup>13</sup> DEVOTO, ELEONORA A., *Probation e Institutos análogos*, DIN, 1995, p. 76.

<sup>14</sup> Sobre la génesis del instituto, explica Devoto que “un juez de Boston la aplicó por primera vez y que su influencia se extendió a Massachussets, donde en 1876 se dictó la primera ley sobre probation” (DEVOTO ELEONORA A., *Probation e Institutos análogos*, DIN, 1995, p. 9).

<sup>15</sup> DE LA RÚA, JORGE Y TARDITI AÍDA, *Derecho Penal. Parte general. 2*, Hammurabi, 2014. P.474.

<sup>16</sup> Ley N° 27.147, B.O. 18/06/2015.

<sup>17</sup> GARCÍA RAMÍREZ DE SORBERA, PATRICIA V., *La cuestión criminal y su ritualismo procesal*, Advocatus, 2018, p.179.

forma de nuestro Código Penal<sup>18</sup>. Por medio de estas vías alternativas se resuelven los conflictos penales menos graves reservando los recursos judiciales para aquellos casos que realmente ameriten poner en marcha todo el aparato punitivo estatal.

Entendemos que la regulación de los criterios de oportunidad —como todo lo atinente a la acción penal en su sentido sustantivo— es facultad del Congreso. Que sea competencia nacional es razonable por cuanto protege la igualdad ante la ley y resguarda la unidad de nuestro ordenamiento penal. Sin embargo, algunos autores interpretan que son reglas procesales cuya competencia se encuentra reservada a las provincias. Bajo esta disyuntiva, algunas provincias ya han introducido en sus respectivos ordenamientos procesales las reglas de oportunidad.

En la provincia de Córdoba, en el año 2017 se incorporan los criterios de oportunidad mediante el art. 13 BIS: *“No obstante el deber impuesto por los artículos 5º y 71 de este Código, el Fiscal de Instrucción podrá prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho o algunos de los hechos, en los siguientes casos: 1) Cuando se trate de un hecho insignificante; 2) Si la intervención del imputado se estimara de menor relevancia y pudiera corresponder, en el caso concreto, una pena de ejecución condicional; 3) Cuando el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que torne innecesaria y/o desproporcionada la aplicación de una pena; 4) Cuando la pena que pueda imponerse por el hecho de cuya persecución se prescinde carezca de importancia en consideración a la pena ya impuesta o a la que puede esperarse por los restantes hechos; 5) Cuando exista conciliación entre las partes. Si como consecuencia de la conciliación y ante la existencia de daño las mismas hubieran arribado a un acuerdo resarcitorio, el Fiscal de Instrucción sólo podrá prescindir de la acción cuando la víctima haya percibido la totalidad de lo convenido, y 6) Cuando el imputado se encuentre afectado, según dictamen pericial, por una enfermedad terminal. La imposibilidad de dar con el paradero de la víctima no obstará la aplicación de los criterios de oportunidad previstos en los incisos 1), 2), 3), 4) y 6) de este artículo. Si el Ministerio Público decide que no procede la aplicación de una regla de disponibilidad de la acción, la decisión no será susceptible de impugnación alguna.”*<sup>19</sup>. En el art. 13 TER, regulan los casos excluidos de la aplicación de este instituto: *“...No corresponderá la aplicación de las reglas de disponibilidad de la acción: 1) En los casos en que el autor del delito fuera funcionario público y hubiese cometido el hecho con abuso de su cargo; 2) Cuando el hecho haya producido una afectación al interés público. Este sólo se considerará afectado cuando en el caso concreto se pueda estimar que: a) La pena que sufriría el imputado en caso concreto de ser condenado sería de ejecución efectiva; b) El delito atribuido aparezca como una expresión de criminalidad organizada de cualquier índole, o c) La existencia de una situación de desigualdad entre el imputado y la víctima, derivada de la situación de poder o de la capacidad económica de aquel, que favorezca un aprovechamiento de la vulnerabilidad de ésta o de sus deudos, en el supuesto del inciso 5) del artículo 13 bis de este Código. 3) Cuando el imputado tenga antecedentes penales computables o haya sido beneficiado anteriormente con la aplicación de un criterio de oportunidad o del beneficio de la suspensión de juicio a prueba y vuelva a cometer delito; 4) Cuando se tratare de hechos que resulten incompatibles con las previsiones establecidas en los tratados internacionales de derechos humanos suscrip-*

---

<sup>18</sup> DE LA RÚA, JORGE, *Código Penal argentino. Parte General*, 2ª ed., 1997, p. 1.166.

<sup>19</sup> Ley 10457, B.O 16/06/2017.

tos por la República Argentina; 5) Cuando se tratare de delitos reprimidos con pena de inhabilitación, en cualquiera de sus formas prescriptas en el Código Penal, salvo que se trate de delitos culposos con resultado de lesiones leves o graves; 6) Cuando se tratare de hechos cometidos dentro de un contexto de violencia doméstica, de género, motivados en razones discriminatorias, o de grave violencia física en las personas, y 7) Cuando se tratare de delitos cometidos en contra de menores de edad o el imputado se sirva de un menor para consumarlos. El Fiscal General, con el fin de fijar las políticas de persecución penal -artículo 171 de la Constitución de la Provincia de Córdoba-, podrá interpretar los alcances de las reglas de disponibilidad de la acción penal mediante el dictado de instrucciones generales.”<sup>20</sup>

#### IV. Del traspaso de la excepción a la regla

En el fondo de la adopción de un sistema reglado o libre nos encontramos ante la disyuntiva de dos pensamientos jurídicos: el plano y el estructurado. Siguiendo a George P. Fletcher<sup>21</sup>, el discurso estructurado que sigue el pensamiento jurídico continental europeo —y nosotros— ocurre en dos niveles o momentos: primero, una norma absoluta es declarada; y luego, se añaden calificaciones para restringir el propósito de la norma supuestamente positiva. En cambio, el discurso plano característico del *commow law*, la cuestión debe resolverse en un primer y único momento o nivel: el razonable, en el cual se invocan todos los criterios relevantes para solucionar la disputa en torno a la aplicación de una norma legal. En el sistema de oportunidad libre es lo justo y lo razonable lo que guía la disponibilidad de la acción penal. En nuestro esquema, al intentar apegarnos lo máximo posible a la regla decimonónica de la legalidad absoluta, contamos únicamente con las herramientas brindadas por el legislador. A modo de ilustración, se demostrará como resuelve cada uno de los pensamientos el caso problemático de un padre que mata de forma culposa a su pequeño hijo, atropellando al mismo cuando intenta sacar el auto de la cochera. En el pensamiento jurídico plano, se prescinde en un mismo momento de la aplicación de una pena privativa de la libertad porque es razonable y latente que el padre ya ha sufrido un castigo natural. En el pensamiento jurídico estructurado, en un primer nivel nos encontramos con que el padre ha cometido un delito lesionando el bien jurídico protegido de la vida del niño. En un segundo nivel, podríamos encontrar el criterio de oportunidad que nos permita hacer lo que es razonable como también podríamos no hallarlo.

Nosotros creemos que existe una diferencia abismal entre un homicidio culposo perpetrado por quien sale ebrio de una fiesta y atropella a alguien, y quien sin intención ni conocimiento alguno produce la muerte de su hijo. La igualdad que se pretende lograr con el principio de legalidad absoluto en la práctica no existe en casos como el postulado. Al castigar con pena privativa de libertad a quienes, en esas circunstancias, cometen un homicidio culposo, se le asigna un doble mal. En este sentido, siguiendo a Jescheck<sup>22</sup>, nos atrevemos a poner en duda el sentido de agrandar el trauma al ciudadano arrastrándolo a los confines de una prisión.

En total ilustración de esta postura, en los noventa la Asamblea General de la ONU adoptó las “Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad”, conocidas como “Reglas de Tokio”. Este instrumento internacional en sus principios generales establece que: “...1.5 Los Estados Miembros introducirán medidas no

<sup>20</sup> Ídem.

<sup>21</sup> FLETCHER, GEORGE P., *Lo justo y lo razonable*, p. 25.

<sup>22</sup> JESCHECK, HANS HEINRICH, “La Crisis de la Política Criminal”, en *Doctrina Penal*, p. 66.

*privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente.”* Luego, al analizar el alcance determina que: “... 2.3 *A fin de asegurar una mayor flexibilidad, compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección de la sociedad, y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia. El número y el tipo de las medidas no privativas de la libertad disponibles deben estar determinados de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas”.*

En cuanto a principios de oportunidad se trata, es importante mencionar que existen estos criterios para la actuación del fiscal de la Corte Penal Internacional. En el art. 53 del Estatuto, se dispone que el fiscal iniciará la investigación a menos que no exista fundamento razonable para continuar con ella y se enuncian los criterios bajo los cuales el fiscal debe considerarlo así<sup>23</sup>. A modo de ejemplo, citamos el siguiente fundamento: c) si «existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia». Ante esa causal, el fiscal puede disponer de la acción penal.

Es clara la tendencia internacional que intenta dejar atrás el modelo ilusorio y —al borde del colapso— de persecución y castigo absoluto. Se busca encontrar soluciones alternativas a la aplicación de penas privativas de libertad. La realidad actual nos pide hacer el traspaso de excepción a regla.

## **V. Conclusión**

Resulta evidente la insostenibilidad de un sistema penal de corte puramente retribucionista que tiene como bandera el principio de legalidad absoluto. Actualmente, existe un cambio de paradigma que, a través de los mecanismos alternativos al mero castigo, intenta poner el foco en la víctima y en la persona a la cual se aplican estas medidas. Esto se traduce en un beneficio para todas las partes del proceso e incluso el mismo sistema judicial que a la fecha se encuentra al borde del colapso. Ello por cuanto las medidas alternativas facilitan una administración más eficiente de los recursos del aparato punitivo estatal y permiten que sean destinados para perseguir los delitos de mayor envergadura. En este sentido, debemos aceptar la influencia del derecho penal anglosajón con su reconocida tradición en la disponibilidad de la acción penal como “política criminal madre” y aspirar a incorporar —en la medida de lo posible— las virtudes de su sistema y su pensamiento plano que permite solucionar de forma justa y razonable el conflicto. A utilizar de forma justa y razonable nuestros recursos para enfrentar el crimen. El camino para garantizar la superación de las fallas de un sistema decimonónico como es el de la legalidad absoluta es tender a uno en el que la oportunidad sea la regla más que la excepción. Una oportunidad que responda a todos los principios del derecho como garantía de real igualdad a sus ciudadanos.

---

<sup>23</sup> GÓMEZ GUILLAMÓN, ROGELIO, “El derecho internacional humanitario ante los retos de los conflictos armados actuales / coord. por José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto”, 2006, *El Fiscal en la Corte Penal Internacional*, p. 209.



# La conciliación en el procedimiento penal de la provincia de Córdoba

## *Conciliation in the criminal procedure in the Province of Cordoba*

Por: ELBA CECILIA SAUCEDO QUINTANA\*

**RESUMEN:** En el 2015, se introdujo en el Código Penal Argentino la conciliación como extinción de la acción penal. No obstante, con posterioridad se presentaron diversos proyectos de reformas al Código, que mantuvieron a la conciliación con el mismo efecto extintivo. Tanto el Código Penal, como sus intentos de reformas, tienen en común la remisión que hacen a las leyes procesales. En el 2017, la provincia de Córdoba recepto en su procedimiento penal la conciliación. Desde entonces han pasado unos años, correspondiendo hacer un análisis de su instrumentalización.

**PALABRAS CLAVE:** vías alternativas, principio de oportunidad, acuerdo conciliatorio, procedimiento penal de Córdoba

**ABSTRACT:** In 2015, conciliation as an extinction of the criminal action was introduced in the Argentine Criminal Code. Nevertheless, several reform projects to the Code were subsequently presented, which kept conciliation with the same extinctive effect. Both the Penal Code and its attempts at reforms have in common the reference they make to procedural laws. In 2017, the province of Cordoba accepted conciliation in its criminal procedure. Since then, a few years have passed and it is necessary to carry out an analysis of its instrumentalization.

**KEYWORDS:** alternative routes, opportunity principle, conciliation agreement, Cordoba criminal procedure

### Introducción

En el 2015, la Ley 27147 introdujo al Código Penal de la Nación Argentina, entre otras cosas, la conciliación como extinción de la acción penal. Por otro lado, con el transcurso del tiempo se fueron presentando distintos proyectos de reformas al Código Penal, que prevén también la conciliación como extinción de la acción penal. Es el caso, del elaborado en forma conjunta por los doctores Fernando Córdoba y Patricia Ziffer<sup>1</sup>, luego en el 2019,<sup>2</sup> durante la presidencia del Ing. Mauricio Macri se presentó otro proyecto (en adelante, se los denominara a los dos, como proyectos, salvo cuando hay alguna diferencia entre uno y otro). La conciliación tanto en su actual formulación, como en los proyectos, hacen una remisión a los procedimientos provinciales.

Es así que el trabajo, está estructurado en dos partes, la primera se inicia con los distintos procedimientos provinciales que tienen una regulación de la conciliación. Se utili-

---

\* Abogada, trabaja en el Poder Judicial de la Pcia. de Córdoba.

Correo electrónico: ceciliasaucedoquintana@hotmail.com

<sup>1</sup> FERNANDO CÓRDOBA Y PATRICIA ZIFFER, Proyecto de la Parte General del Código Penal. (Material suministrado por la Academia Nacional de Derechos, Ciudad de Córdoba.)

<sup>2</sup> Disponible en: <https://www.justicia2020.gob.ar/eje-penal/reforma-del-codigo-penal-la-nacion/> [consulta: marzo 2020].

zan dos cuadros comparativos, el primero hace un pantallazo de las provincias que han receptado esta figura, y en el otro se pondrán en evidencia las similitudes y diferencias que habría entre el Código Penal, y los dos proyectos.

La segunda parte, está dedicado íntegramente a la provincia de Córdoba, comenzando por explicar las transiciones electrónicas que hace varios años, está viviendo el Poder Judicial de la Provincia, lo que repercutirá en la forma de recepción del acuerdo conciliatorio en el procedimiento. Se analizará resoluciones judiciales, (en su mayoría, figuran en el boletín digital judicial de esa jurisdicción) para saber su forma de instrumentación. Además, se recurrirán a las guías dictadas por el Ministerio Público Fiscal de la provincia, para la interpretación del principio de oportunidad y la conciliación. Concluyendo, con el objetivo, de saber cómo se está implementando el acuerdo conciliatorio en el procedimiento penal de la provincia de Córdoba.

### **La conciliación penal su panorama actual y lo que pudo haber sido**

La Ley 27147 introdujo al Código Penal una serie de agregados; en este caso, me voy a focalizar en uno de ellos. En primer lugar, en el artículo 59, la acción penal se extinguirá por aplicación de un criterio de oportunidad (inc. 5), como por conciliación (inc.6); los dos son de conformidad con lo previsto por las leyes procesales correspondientes<sup>3</sup>. Nótese la distinción que ha hecho el legislador nacional: por un lado, el principio de oportunidad; y por el otro, el de conciliación. No es esto lo que hizo el legislador cordobés, como lo puso en evidencia el doctor Enrique Buteler cuando hizo un análisis comparativo entre el artículo 59 del Código Penal y el Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Córdoba<sup>4</sup>.

En segundo lugar, el Código, en el artículo 71, reconoce la disponibilidad de la acción penal previstas en las legislaciones procesales, pero sigue siendo la regla el principio de legalidad; las excepciones son las que dependieran de instancia privada y las acciones privadas.

Por su parte, en los dos proyectos, también la regla es el principio de legalidad, siendo la excepción la acción dependiente de instancia privada. Pero prevén la posibilidad de que el titular de la acción, pueda no instarla o desistir de la promovida, y se mencionan cuatro supuestos.

La conciliación en el Código Penal, sólo se encuentra en el artículo 59 inc. 6 que señala que la acción penal se extinguirá “Por conciliación [...] de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes”.

En el proyecto elaborado por Córdoba y Ziffer, la conciliación es nombrada, solo en el artículo 71 inc. 4: “[...] Cuando exista conciliación o acuerdo entre las partes y el imputado haya reparado los daños y perjuicios, [...]”.

En el proyecto de 2019, el artículo 59 cuenta con ocho supuestos diferentes de extinción de la acción penal, y el principio de oportunidad está en un inciso distinto que el de la conciliación. De estos ocho supuestos, solamente cuando se refiere a la conciliación, dice que se aplicaría si los procedimientos provinciales lo prevén. Es así que, el artículo 59 inciso 7, señala que la acción penal se extinguirá por “La conciliación o reparación integral del perjuicio de conformidad con lo previsto en este Código y sólo si estuviese expresamente previsto en las leyes procesales correspondientes”. En este mismo proyecto, hay dos artículos que se refieren a la conciliación, el ya nombrado y el 71, que dice, que el Ministe-

<sup>3</sup>Disponible en: [www.infoleg.gob.ar](http://www.infoleg.gob.ar) [consulta: julio de 2019].

<sup>4</sup>ENRIQUE BUTELER, “Disponibilidad de la acción penal y suspensión del proceso a prueba en Córdoba” volumen 14, 2017.

rio Público Fiscal, tiene en sus manos la decisión de “[...] no instar la promoción de la acción o desistir de la promovida ante el tribunal, [...]” cuando: “[...] existiese conciliación o acuerdo entre las partes y el imputado hubiese reparado los daños y perjuicios [...]”.

Del proyecto de 2019, destaco que para la aplicación se requieren dos requisitos: tiene que ser conforme a lo que estipula el Código Penal (arts. 59 y 71) y además tienen que estar previsto en los códigos procesales provinciales. Con relación al segundo requisito, me pregunto: por qué exigirá que la conciliación, esté prevista expresamente en el procedimiento provincial. La conciliación, ha sido criticada, aduciendo que permitiría que los imputados que tengan dinero, puedan llegar a un arreglo con la víctima, no así los imputados con escasos recursos. Puede ser que sea este uno de los motivos, para evitar que haya un aprovechamiento de la condición económica de una de las partes, pero más allá de ello, la conciliación es un acuerdo entre el imputado y la víctima y como todo consenso debe tener una regulación, que fije los alcances y límites para su aplicación, es decir que señale a que delitos se le puede aplicar, a cuáles no, los plazos de interposición.

De las 24 provincias argentinas, 19 receptan el principio de oportunidad, ya sea con esa denominación o como criterios especiales de archivo o disposición general, acción pública etc. De estas 19, sólo 13 tienen una regulación para la conciliación, en sus respectivos códigos procesales. Para graficar lo mencionado, elaboré el siguiente cuadro, con las provincias, que prevén el principio de disponibilidad de la acción y dentro de ella se encuentra la conciliación o cuentan con un artículo específico para la conciliación.

Provincias Argentinas	Normativa
1. Buenos Aires	Art.56 bis: criterios especiales de archivo, menciona a la composición con la víctima (no regulación).
2. CABA	Art. 199: archivo de la denuncia y de las actuaciones de prevención. Art. 204: vías alternativas, menciona la propuesta de avenimiento (no regulación).
3. Chaco	Art. 6 bis: reglas de disponibilidad, criterios de oportunidad: “sistema alternativo” en el inciso 3, (regulación).
4. Chubut	Art. 44: criterios de oportunidad. Art. 47: conciliación (regulación).
5. Córdoba	Art. 13 bis: criterios de oportunidad, menciona a la conciliación. Art. 13 ter, quater, quinquies (regulación).
6. Entre Ríos	Art. 5: acción pública, menciona a la conciliación. (regulación).
7. Jujuy	Art. 101: criterios de oportunidad.

	Art. 104: conciliación (regulación).
8. La Pampa	Art. 15: criterio de oportunidad, en el inc. 4 menciona a la conciliación (regulación)
9. La Rioja	Art. 204 bis: criterio de oportunidad y archivo, menciona a la solución de conflicto (no regulación).
10. Mendoza	Art. 26: principio de oportunidad, menciona a la solución del conflicto (no regulación).
11. Misiones	Arts. 60, 61: criterios de oportunidad, menciona a la conciliación (regulación).
12. Neuquén	Art. 106: criterios de oportunidad, menciona en el inc. 5 a la conciliación (regulación).
13. Río Negro	Art. 96: criterios de oportunidad, menciona en el inc. 5 la conciliación (regulación).
14. Salta	Art. 231: criterios de oportunidad Art. 235: menciona a la mediación y 237 de conciliación (regulación)
15. San Juan	Art. 35: criterio de oportunidad. Art. 40: conciliación (regulación).
16. Santa Fe	Art. 19: reglas de disponibilidad, menciona en los incisos 5 y 6 a la conciliación (regulación). Art. 20: mediación para lograr la conciliación.
17. Santiago del Estero	Art. 61: criterios especiales de archivo, nombra a la composición con la víctima (no regulación).
18. Tierra del Fuego Antártida e Islas del Atlántico Sur	Art. 161: disposición general, en el menciona que se podrá enviar el caso al centro de mediación (no regulación conciliación).
19. Tucumán	Art. 31: conciliación (regulación) Art. 32: mediación para lograr conciliación.

Fuente: elaboración propia en base a material bibliográfico consultado

Quedan pocas provincias sin receptor los métodos alternativos: Formosa y Santa Cruz. Hay otras provincias como Catamarca que cuenta con la Ley 5444 de Mediación en el ámbito judicial en los fueros civil, comercial y de familia y de mediación penal, en Corrientes tienen la Ley 5931, en San Luis la Ley IV-0700-2009 de Mediación Judicial.

En el caso que el proyecto de 2019 se hubiese convertido en el Código Penal de la Nación Argentina y estas provincias siguieran sin regularlas, uno de los interrogantes que

podría haberse planteado es si era posible su aplicación. En Córdoba, se presentó un caso donde se solicitaba, la aplicación del art. 59 inc. 6 del C. P. sin que el código de procedimiento lo regulara. El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, el 24 de noviembre de 2016, resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa y exhortó “[...] al Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, a adecuar su legislación procesal penal en materia de extinción de la acción penal, conforme lo normado en el art. 59 del C.P. de la Nación”<sup>5</sup>.

En cuanto al primer requisito, el proyecto de 2019 en el artículo 59 inc. 7, señala: “[...] de conformidad con lo previsto en este Código “[...]. Veamos entonces las características que tiene el artículo 71 y que son las que deberían haberse tenido en cuenta, en los procedimientos penales provinciales:

1. Distinción entre la conciliación propiamente dicha y la conciliación con reparación de daños.

2. Los delitos en los que sería viable, son de contenido patrimonial y son los culposos.

3. Los delitos en los que no sería viable la conciliación son: a) con contenido patrimonial, cometidos con grave violencia o intimidación sobre las personas; b) con contenido patrimonial, cometidos sin grave violencia o intimidación sobre las personas, pero existe razones de seguridad o intereses públicos o estuviese afectado el interés de una persona menor de edad; c) culposos con resultado de muerte; d) culposos sin resultado de muerte, pero existen razones de seguridad o intereses públicos o estuviese afectado el interés de una persona menor de edad.

4. Momento de interposición, hasta antes de la fijación de fecha de la audiencia de debate.

A nivel provincial, tomando las 13 jurisdicciones que regulan a la conciliación, efectuó una comparación con los delitos previstos por el proyecto de 2019 y lo receptado por las provincias y este es el resultado:

1. Nueve coinciden que no procede, cuando se trate de delitos donde el imputado sea funcionario público (Chaco, Córdoba, Chubut, Entre Ríos, La Pampa, Neuquén, Río Negro, San Juan y Tucumán, Salta).

2. Ocho coinciden que no procede, cuando esté comprometido el interés de un menor (Chaco, Córdoba, Misiones, Río Negro, San Juan, Santa Fe, Salta y Tucumán).

3. Seis coinciden que no procede, cuando haya razones de interés público o interés prevalente (Córdoba, Misiones, Neuquén, Río Negro, Santa Fe y Tucumán).

4. Cinco coinciden que no procede, cuando el delito esté relacionado con violencia de género (Chaco, Córdoba, Santa Fe, Salta y Tucumán).

5. Ocho coinciden que procede, cuando se trate de delitos con contenido patrimonial sin violencia sobre las personas (Chubut, Jujuy, La Pampa, Misiones, Río Negro, San Juan, Santa Fe y Tucumán).

6. Siete coinciden que procede, cuando se trate de delitos culposos (algunas se refieren a delitos culposos solos, otras le agregan las lesiones leves o graves y otras aclaran que no se trate de lesiones gravísimas o con resultado de muerte) (Chubut, Córdoba, Jujuy, La Pampa, Misiones, San Juan, y Santa Fe).

---

<sup>5</sup>T.S.J., Sala Penal, S. N° 515, 24/11/16, “Reynoso, Gabriel p.s.a. lesiones graves calificadas etc. – Recurso de Casación”.

Asimismo, hay que tener en cuenta que dos provincias se refieren en sus códigos procesales penales, a la mediación como el procedimiento utilizado para llevar adelante la conciliación (Santa Fe y Tucumán).

En Córdoba tenemos la Ley 10543, de 2018, que en su artículo 6 excluye de la mediación previa y obligatoria a los procesos penales, pero también dice que “Solo el Fiscal y el Juez en el procedimiento de querrela están facultados a derivar el caso penal a mediación. Pueden hacerlo cuando estimen conveniente intentar la solución del conflicto por esta vía y el Código de Procedimiento Penal lo habilite”<sup>6</sup>. Es decir que, cuando se trata de delito de acción privada, está prevista la audiencia de conciliación (art. 432 C.P.P.), teniendo la posibilidad de utilizar la mediación para llegar a un acuerdo. También como bien nos observara el doctor Enrique Buteler, cuando la acción pública se convirtiera en acción privada (art. 13 quater C.P.P.).

Tanto el Código Penal, como los dos proyectos receptan a la conciliación. La diferencia comienza a notarse con el proyecto elaborado por Córdoba y Ziffer ya que nombran a los delitos que son viables para la aplicación de la conciliación y cuáles no. El proyecto de 2019 no solo amplía el elenco de delitos aplicables, sino que solo se va aplicar si estuviera previsto en los procedimientos provinciales. En el siguiente cuadro, podemos observar las coincidencias y diferencias entre uno y otro.

Ítems	Código Penal de la Nación Argentina	Proyecto Córdoba - Ziffer	Proyecto del 2019
Métodos alternativos	sí	sí	sí
Que métodos	Art. 59 inc. 6: Conciliación o reparación integral del perjuicio.	Art. 71 inc.4: Conciliación o acuerdo entre las partes, reparación del daño y perjuicio.	Art. 59: Conciliación o reparación integral del perjuicio.  Art. 71: Conciliación o acuerdo entre las partes y reparación de los daños y perjuicios.
Artículos	59	71	59 y 71
Regulación de la conciliación	Art. 59 inc.6: Por las leyes procesales.	Art. 59 inc. 5: Por lo que establece el Código Penal y por las leyes procesales.	Art. 59 inc. 7: Por lo que establece el Código Penal y solo si estuviese expresamente previsto en las leyes procesales.

<sup>6</sup>Disponible en: [https://boletinoficial.cba.gov.ar/wp-content/4p96humuzp/2018/06/1\\_Secc\\_06062018.pdf](https://boletinoficial.cba.gov.ar/wp-content/4p96humuzp/2018/06/1_Secc_06062018.pdf) [consulta: junio de 2019].

Delitos aplicables	Librado a los códigos de procedimientos provinciales.	Art. 71 inc.4: “[...] con contenido patrimonial sin grave violencia o intimidación sobre las personas [...]”	Art. 71 inc.4: Con contenido patrimonial y culposos.
Delitos no aplicables	<p>Librado a los códigos de procedimientos provinciales.</p> <p>Pero Argentina, incorporo a su sistema normativo convenios internacionales, en donde para determinado delito no procede la aplicación de la mediación ni la conciliación.</p>	<p>Con contenido patrimonial con grave violencia o intimidación a las personas (art. 71 inc. 4).</p> <p>Con contenido patrimonial, sin grave violencia o intimidación a las personas, pero hay razones de seguridad e intereses públicos (art. 71 inc. 4).</p>	<p>Art. 71 inc.4: Con contenido patrimonial, cometidos con grave violencia o intimidación sobre las personas.</p> <p>Con contenido patrimonial, cometidos sin grave violencia o intimidación sobre las personas, pero existen razones de seguridad o intereses públicos o estuviere afectado el interés de una persona menor de edad.</p> <p>Culposos con resultado de muerte.</p> <p>Culposos sin resultado de muerte, pero existen razones de seguridad o intereses públicos o estuviere afectado el interés de una persona menor de edad.</p>

Fuente: elaboración propia en base a material bibliográfico consultado

### **El acuerdo conciliatorio, en el Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Córdoba**

Antes de entrar en el tema, consideramos conveniente que el lector, conozca que el Poder Judicial de la Provincia, cuenta con un expediente en formato papel, y con un expediente en formato electrónico. El Poder Judicial hace unos años, que está atravesando una transición, que al final del cual va a quedar sólo uno de ellos.

El comienzo de esta transición se dio con la Ley 25506<sup>7</sup> “de firma digital”, sancionada el 14/11/01, promulgada el 11/12/01, siendo su decreto reglamentario el 182/19<sup>8</sup>. La provincia de Córdoba adhirió mediante la Ley 9401<sup>9</sup>, sancionada el 4/7/07, publicada el 19/7/07. Asimismo, con fecha 11/12/13 fue sancionada la Ley 10177<sup>10</sup> que fuera publicada el 20/12/13, en donde en su artículo 13 autorizo: “[...] el uso de expediente electrónico, documento electrónico, comunicaciones electrónicas, firma digital, firma electrónica y domicilio electrónico constituido, en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, con idéntica validez jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales”. En su art. 14 faculta “[...] al Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba para reglamentar su uso y disponer su gradual implementación”.

Es así que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, viene dictando una serie de acordadas: a) por Acuerdo Reglamentario N° 1537 – Serie A de fecha 26/11/18<sup>11</sup>, resolvió la obligatoriedad a partir del 1/2/19 del uso de Protocolos Electrónicos de Sentencias o Autos y la implementación obligatoria de la firma digital de las Sentencias y Autos para los Juzgados de 1° Instancia de toda la Provincia de Córdoba, cualquiera sea su competencia material, b) por Acuerdo Reglamentario N° 1582 del 21/8/19<sup>12</sup>, se aprobó “[...] el plan tendiente a la tramitación íntegramente electrónica de los expedientes judiciales y disponer que su ejecución, se efectúe de manera gradual, para toda la provincia [...]”, c) por Resolución N° 2 de fecha 4/9/19<sup>13</sup> se dispuso atento a la aplicación gradual del expediente electrónico [...] se dará inicio en los fueros Civil, Comercial, Conciliación, Laboral, Familia, Contencioso Administrativo, y Electoral en todas sus instancias, [...]”.

Con relación al fuero penal, debido a los inconvenientes que trajo el COVID 19 (coronavirus) en general a todos ámbitos y en particular a la administración de justicia, se va acelerar la implementación del expediente electrónico.

Hechas estas precisiones, continuamos con la Ley 10547 de 2017 que incorporó al procedimiento penal de Córdoba (C.P.P.), criterios de oportunidad y dentro de ella a la conciliación. Es así, que en el artículo 13 bis inc. 5: se hace la distinción entre la conciliación y la conciliación económica; el 13 quinquies nos indica en qué momentos se la puede

---

<sup>7</sup> Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=70749>. [consulta: mayo 2020].

<sup>8</sup> Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/320000-324999/320735/norma.htm>. [consulta: mayo 2020].

<sup>9</sup> Disponible en:

<http://web2.cba.gov.ar/web/leyes.nsf/85a69a561f9ea43d03257234006a8594/5f01a3e603a1ebae83257504005db6eb?OpenDocument> [consulta: mayo 2020].

<sup>10</sup> Disponible en:

<http://web2.cba.gov.ar/web/leyes.nsf/85a69a561f9ea43d03257234006a8594/467d97cfbed9730203257c5a005d33e5?OpenDocument> [consulta: mayo 2020].

<sup>11</sup> Disponible en:

<https://www.justiciacordoba.gob.ar/Estatico/PortalEE/index/archivos/AR1582%20EXPTE%20ELECTRONICO.pdf>

[consulta: mayo 2020].

<sup>12</sup> Disponible en:

<https://www.justiciacordoba.gob.ar/Estatico/PortalEE/index/archivos/AR1582%20EXPTE%20ELECTRONICO.pdf>

[consulta: mayo 2020].

<sup>13</sup> Disponible en:

<https://www.justiciacordoba.gob.ar/Estatico/PortalEE/resoluciones/archivos/RESOLUCION%20DE%20PRESIDENCIA%20N%202.2019.pdf>. [consulta: mayo 2020].

presentar y hasta cuándo, los efectos que produce (13 quater) y en qué casos se encuentra excluida (13 ter). Pero no estipula nada, con relación a las formalidades, lo deja librado a lo que las partes consideren conveniente. El legislador entendió que no tiene transcendencia porque, cuando lo considera necesario, lo indica. Es así que tenemos la Ley 10602<sup>14</sup>, publicada en enero de 2019 que, entre otras cosas, incorporó como Título V del Libro segundo del Código de Procedimiento, una serie de artículos, entre ellos el artículo 360 quater que señala: “El acuerdo de colaboración [...]” entre el imputado y el fiscal (conforme el art. 41 ter C.P.) “[...] se celebrará por escrito [...]” y enumera el contenido del acuerdo, que tiene que ser claro y preciso.

Si bien lo relevante, de la incorporación de este medio alternativo es, primero, que las partes tengan otra vía alternativa para abordar el conflicto, originado por la comisión de un delito, y el segundo, que puedan llegar a un entendimiento que sea beneficioso para los involucrados, pero más allá de esto, el acuerdo de voluntades tiene que ser plasmado de alguna manera, así estemos en cualquiera de las etapas del proceso penal.

La Ley 10547 también agregó el artículo 130 bis que, entre otras cosas dice: “Los actos del proceso se registrarán por escrito, imágenes o sonidos u otro soporte tecnológico equivalente. Deberá ser por escrito [...] el requerimiento fiscal de citación a juicio o de sobreseimiento [...]”.

Los actos del proceso se registrarán por escrito, si las partes han llegado a un acuerdo sin reparación o con reparación y quieren poner en conocimiento esta situación, van a tener que hacer un escrito o manifestarlo a través de un comparendo. El acuerdo manifestado por escrito, debe contener una serie de exigencias, que están detalladas en los distintos artículos del Código de Procedimiento. Es así que, el acuerdo tiene que ser hecho en idioma nacional (art. 128 C.P.P.), debe indicar el lugar, día, mes y año (art. 129 C.P.P.) en el que se lo celebra, tener los datos personales de las partes, el domicilio legal integrado por el domicilio constituido y el domicilio electrónico (art. 166 C.P.P.), el objeto del acuerdo o del acuerdo resarcitorio, acompañando constancia de ello, (ya que el Fiscal sólo podrá prescindir de la acción cuando la víctima haya percibido la totalidad de lo convenido, art. 13 bis inc. 5 C.P.P.), la firma de los intervinientes, y si tuviera que firmar un ciego o un analfabeto, contamos con las previsiones del art. 135 C.P.P.

Pero también los actos del proceso se pueden registrar por imágenes o sonidos, aunque no correspondería un acuerdo presentado sólo con imágenes o sonidos, porque la imagen sola no me diría nada y el sonido solo tampoco. Pero llegado el caso, que se presente un audio solo, las partes deberán ratificar que las voces que se escuchan les pertenecen. Un vídeo con imágenes y sonido del acuerdo logrado entre personas que viven en distintos lugares, podría ser presentado y anexado al expediente. Por ejemplo, la Ley 10543<sup>15</sup>, en su artículo 20, se refiere a la mediación electrónica, y su Decreto Reglamentario 1705/18<sup>16</sup> explica que: “La mediación electrónica se entiende como aquella que se realiza mediante la utilización de la tecnología adecuada para posibilitar la comunicación a distan-

---

<sup>14</sup> Disponible en: [https://boletinoficial.cba.gov.ar/wp-content/4p96humuzp/2019/01/1\\_Secc\\_30012019.pdf](https://boletinoficial.cba.gov.ar/wp-content/4p96humuzp/2019/01/1_Secc_30012019.pdf). [consulta: mayo 2020].

<sup>15</sup> Disponible en: [https://boletinoficial.cba.gov.ar/wp-content/4p96humuzp/2018/06/1\\_Secc\\_06062018.pdf](https://boletinoficial.cba.gov.ar/wp-content/4p96humuzp/2018/06/1_Secc_06062018.pdf). [consulta: mayo 2020].

<sup>16</sup> Disponible en: <https://www.justiciacordoba.gob.ar/Estatico/justiciaCordoba/files/Contenido/TSJ/mediacion/Ley%2010543.pdf> [consulta: mayo 2020]

cia entre las partes y los mediadores y que garantiza la confidencialidad de la comunicación mediante la encriptación de los datos transmitidos”<sup>17</sup>.

La norma hace referencia a la utilización de “otro soporte tecnológico equivalente”, es decir un medio distinto que la escritura, imágenes y sonidos, que pueda aparecer en un futuro y sea apto para que las partes puedan presentar no solo el acuerdo liso y llano, sino también el acuerdo económico.

En la última parte del art. 13 ter del C.P.P, menciona al Fiscal General (ya que es el encargado de fijar las políticas de persecución penal – art. 171 Constitución de la provincia de Córdoba) quien podrá interpretar los alcances de las reglas de disponibilidad de la acción penal mediante instrucciones generales. Es así, que por Resolución General N° 20 de 2019<sup>18</sup>, el Ministerio Público de la Provincia de Córdoba aprobó la “Guía práctica para fortalecimiento de la aplicación de los mecanismos de disponibilidad de la acción penal”. Dando unas series de pautas que serán de utilidad al operador judicial al momento de su aplicación. En cuanto al tema en estudio, destaco lo siguiente: a) la conciliación en el sentido que le otorga el Código de procedimiento penal, debe entenderse como el resultado al que se arriba a través de una mediación exitosa, una reparación integral aceptada por las partes o por un proceso de conciliación propiamente dicho, b) en principio no estipula formalidad, pero señala que: “Es factible que el Ministerio Público Fiscal recepte hechos en los que el conflicto subyacente ya se encuentra resuelto por conciliación [...]”, se está refiriendo a una conciliación extrajudicial, en tales casos luego de su examen puede considerarla como fundamento para solicitar el sobreseimiento, pero se agrega que: “Para ello será recomendable registrar o documentar ese acuerdo previo [...]”, c) no es necesario que la víctima se constituya en querellante particular, d) para saber quiénes son los legitimados para conciliar, se puede tener en consideración las previsiones del art. 7 del C.P.P y e) si el imputado no tiene recursos económicos para lograr el acuerdo, puede resarcirlo a través de la prestación de servicios, deja en claro que puede haber acuerdo sin contenido patrimonial.

A continuación, cito diversos fallos, en su mayoría publicados por el Boletín Digital Judicial (Poder Judicial de la Provincia de Córdoba). De las resoluciones, destaco cuál fue la instrumentación del acuerdo.

En los autos: “Barbero, José Luis y otros, p. ss. aa. asociación ilícita, etc.”, expediente 1021193, de 2017,<sup>19</sup> los acusados estaban imputados por estafa procesal, falsificación de certificados médicos y asociación ilícita. Entre los imputados y Provincia ART llegaron a una conciliación económica que fue aprobada por acta del directorio, y presentaron una copia de ello, más un escrito con los fundamentos de su pretensión.

En los autos: “Sufe, Marcelo Alejandro p. s. a. defraudación por administración fraudulenta expediente 1089103, de 2017,<sup>20</sup> el acusado estaba imputado por defraudación por administración infiel. Entre el imputado y las víctimas suscribieron un contrato de

---

<sup>17</sup> Disponible en:

[http://web2.cba.gov.ar/web/leyes.nsf/85a69a561f9ea43d03257234006a8594/55d15b744da733840325833700468670/\\$FILE/1705-18%20ANEXO%20UNICO.pdf](http://web2.cba.gov.ar/web/leyes.nsf/85a69a561f9ea43d03257234006a8594/55d15b744da733840325833700468670/$FILE/1705-18%20ANEXO%20UNICO.pdf) [consulta: julio de 2019].

<sup>18</sup> Disponible en: <https://www.mpfcordoba.gob.ar/el-mpf-aprobo-una-guia-practica-para-la-interpretacion-de-los-criterios-de-oportunidad-previstos-en-el-codigo-procesal-penal/> [consulta: mayo 2020].

<sup>19</sup> Cámara en lo Criminal y Correccional de Novena Nominación, Auto N° 75, 2/11/17 “Barbero, José Luis y otros, p. ss. aa. asociación ilícita, etc.”, expediente 1021193.

<sup>20</sup> Juzgado de Control en lo Penal Económico, S. N° 54, 23/11/17, “Sufe, Marcelo Alejandro p. s. a. defraudación por administración fraudulenta s/ sobreseimiento - art. 350 inc. 6°”, expediente 1089103.

compraventa de acciones, pero el contrato no hace referencia en forma explícita a un convenio de conciliación o reparación, ello surge de las cláusulas.

En los autos: “Bottini, Mauro p. s. a. homicidio culposo agravado”, expediente 494464, de 2017,<sup>21</sup> el acusado estaba imputado por homicidio culposo agravado. Entre el acusado y los damnificados se llegó a un acuerdo económico, (no da mayor información).

En los autos: "Delgado, Marcos Héctor p.s.a. defraudación por administración fraudulenta continuada", expediente 2751337, de 2017<sup>22</sup> el convenio fue celebrado entre la entidad cooperativa (Cooperativa de Electricidad, Consumo, Obras y Servicios Públicos y Sociales de Quilino) constituida en querellante y el acusado, intervino un escribano que certificó las firmas de los intervinientes. El acuerdo fue tratado en sesión por el Consejo de Administración, quien lo aprobó por unanimidad y fue homologado por el juez.

En los autos: “Fiorito, Nora Leticia y otro p.s.a de estafa reiterada” (S.A.C N° 2669758), de 2017,<sup>23</sup> hubo un acuerdo económico celebrado entre los acusados y las víctimas. Se presentaron los recibos de pago, en donde la firma fue certificada por escribano público.

En los autos: “Giacomelli, Martin Darío p. s. a. lesiones graves culposas”, expediente n° 2111146, de 2018<sup>24</sup> hubo un acuerdo en sede civil entre la querellante y la aseguradora Mapfre Argentina Seguros S.A. y Arcor S.A. Industrial y Comercial. Comparece la defensa del imputado y pone en conocimiento del acuerdo llegado (acompaña copia del acuerdo) y solicita la aplicación del criterio de disponibilidad. El acuerdo fue ratificado por la apoderada de la querellante en sede penal. La otra de las víctimas, que no se constituyó en parte, se le pone en conocimiento de lo que solicito el acusado, y manifestó que él quería percibir una determina cantidad de dinero, para considerarse resarcido. Se efectuó el pago por depósito bancario, la suma de dinero fue girada a la caja de ahorro indicada, mediante orden de pago digital.

## **Conclusión**

El Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Córdoba no prevé la forma que tiene que adoptar el acuerdo conciliatorio.

Deja a elección de las partes la manera que le quieran dar al consenso. Pueden, por ejemplo, acompañar un vídeo, un audio. Es más, si apareciera un soporte tecnológico nuevo que les permita expresar el arreglo al que han llegado, también lo podrían presentar bajo ese formato.

El consenso lo pueden expresar a través de un escrito efectuado por los abogados o por un comparendo.

De las resoluciones analizadas, en donde hay una conciliación económica, lo están tratando con la estructura de un contrato en sus diversas formas, por ejemplo, un contrato de compraventa.

---

<sup>21</sup> Cámara Criminal y Correccional de Primera Nominación de la ciudad de Río Cuarto, Auto N° 106, 21/9/17, “Bottini, Mauro p. s. a. homicidio culposo agravado Oposición a la elevación a juicio”, expediente 494464.

<sup>22</sup> Cámara en lo Criminal, Correccional, Civil y Comercial, Familia y Trabajo de la ciudad de Deán Funes, S. N° 44, 26/9/17, Autos: "Delgado, Marcos Héctor p.s.a. defraudación por administración fraudulenta continuada", expediente 2751337.

<sup>23</sup> Cámara en lo Criminal y Correccional de Sexta Nominación de la ciudad de Córdoba, S. N° 40, 12/9/17, Autos “Fiorito, Nora Leticia y otro p.s.a de estafa reiterada” S.A.C. N° 2669758.

<sup>24</sup> Cámara de Fuero Múltiple Criminal y Correccional, Secretaría N°1, de la ciudad de Deán Funes, S.N° 5, 22/2/18, Autos: “Giacomelli, Martin Darío p. s. a. lesiones graves culposas”, expediente n.º 2111146.

Lo relevante es que el Código de Procedimiento de Córdoba ofrece a los protagonistas otra vía alternativa para abordar el conflicto, originado por la comisión de un delito. Pero sea cual fuere, la forma que elijan para dejarlo asentado, tiene que pasar por el tamiz del Ministerio Público Fiscal y del Juez.

## **Bibliografía**

### **Libros y artículos:**

- AROCENA, G. [2017] “*Procedimiento penal de Córdoba*” – Código Procesal Penal de la Provincia y normas complementarias (5ª edición actualizada, ampliada y corregida) Córdoba: Mediterránea.
- BUTELER, E. [2017] “*Disponibilidad de la acción penal y suspensión del proceso a prueba en Córdoba*”. Serie azul volumen 14. Córdoba: Mediterránea.
- CÓRDOBA, F Y ZIFFER, P. [2018] “*Proyecto alternativo de Parte General del Código Penal*” (Material suministrado por la Academia Nacional de Derechos de la Ciudad de Córdoba).
- HAIRABEDIAN, M; JAIME, M; GORGAS, M; ROMERO, S; Y CAFURE, M. [2017]. “*Comentarios a la reforma del código procesal penal, Ley 10457*”. Córdoba: Advocatus
- SAUCEDO, E. [2016] “*Conciliación o reparación integral del perjuicio, como causales de extinción de la acción penal*”. Cuadernos de Derecho Penal, 3, 2017, 67-81. Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/ediciones/cuadernos-de-derecho-penal-ndeg-3/view> [consulta: julio de 2019]

### **Documentos:**

- Acuerdo Reglamentario n° 1537: Disponible en:  
<https://www.justiciacordoba.gov.ar/Estatico/PortalEE/index/archivos/AR1582%20EXPTE%20ELECTRONICO.pdf>
- Acuerdo Reglamentario n° 1582: Disponible en:  
<https://www.justiciacordoba.gov.ar/Estatico/PortalEE/index/archivos/AR1582%20EXPTE%20ELECTRONICO.pdf>
- Código de Procedimiento Penal de la Nación Argentina:  
<http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/239340/norma.htm#3>
- Código de Procedimiento Penal de Ciudad autónoma de Buenos Aires:  
[https://www.buenosaires.gov.ar/areas/leg\\_tecnica/sin/norma\\_pop.php?id=98678&qu=c&rl=0&rf=0&im=0&menu\\_id=21544](https://www.buenosaires.gov.ar/areas/leg_tecnica/sin/norma_pop.php?id=98678&qu=c&rl=0&rf=0&im=0&menu_id=21544)
- Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires:  
<http://server1.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-11922.html>
- Código de Procedimiento Penal de la Provincia del Chaco:  
[http://www.saij.gov.ar/legislacion/ley-chaco-7143-modificatoria\\_codigo\\_procesal\\_penal.htm](http://www.saij.gov.ar/legislacion/ley-chaco-7143-modificatoria_codigo_procesal_penal.htm)
- Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Chubut:  
<http://www.mpfchubut.gov.ar/images/pdf/cpp.pdf>
- Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Córdoba  
<http://www.saij.gov.ar/8123-local-cordoba-codigo-procesal-penal-provincia-cordoba-lpo0008123-1991-12-05/123456789-0abc-defg-321-8000ovorpyel>

Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Entre Ríos  
<http://www.jusentrerios.gov.ar/biblioteca/ley-9-754-codigo-procesal-penal-de-entre-rios-b-o-090107/>

Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Jujuy:  
<http://www.justiciajujuy.gov.ar:9090/iah//legpro/ CPP.pdf>

Código de Procedimiento Penal de la Provincia de La Pampa:  
<http://www.saij.gov.ar/2287-local-pampa-codigo-procesal-penalprovincia-pampa-lpl0002287-2006-09-07/123456789-0abc-defg-782-2000lvorpyel>

Código de Procedimiento Penal de la Provincia de La Rioja:  
<http://www.saij.gov.ar/1574-local-rioja-codigo-procesal-penal-rioja-lpf0001574-1950-09-29/123456789-0abc-defg-475-1000fvorpyel>

Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Mendoza:  
<http://www.jus.mendoza.gov.ar/documents/10184/801653/Codigo+Procesal+Penal+de+Mendoza+-+actualizaci%C3%B3n+ley+9040+-+Feb+2018-1.pdf/b56f6616-8f1a-4cb7-b752-5ed8865c175b>

Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Misiones:  
<http://www.saij.gov.ar/13-local-misiones-codigo-procesal-penal-provincia-misiones-lpn0005365-2013-10-10/123456789-0abc-defg-563-5000nvorpyel>

Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Río Neuquén:  
<http://www.mpfneuquen.gov.ar/mpf/images/Legislacion/2784-CPPenal-hipervinculos.pdf>

Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Río Negro:  
<https://servicios.jusrionegro.gov.ar/inicio/web/normativa/documentacion/ CPP%202017-TA-mayo%202017.pdf>

Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Salta:  
[www.saij.gov.ar/7690-local-salta-codigo-procesal-penal-provincia-salta-lpa0007690-2011-11-01/123456789-0abc-defg-096-7000avorpyel](http://www.saij.gov.ar/7690-local-salta-codigo-procesal-penal-provincia-salta-lpa0007690-2011-11-01/123456789-0abc-defg-096-7000avorpyel)

Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Santa Fe:  
<https://www.santafelegal.com.ar/cods/cpp1.html>

Código de Procedimiento Penal de la Provincia de San Juan:  
[file:///C:/Users/Usuario/Downloads/\(12\)\\_\\_\(DICIEMBRE\\_26-12-18\\_\(P.\\_148\\_Internet%20\(3\)\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/(12)__(DICIEMBRE_26-12-18_(P._148_Internet%20(3)).pdf)

Código de Procedimiento Penal de Santiago del Estero:  
<http://www.jussantiago.gov.ar/jusnueva/Normativa/Ley6941.php>

Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Tierra del Fuego:  
<https://www.justierradelfuego.gov.ar/wp-content/uploads/2014/05/C%c3%b3digo-Procesal-Penal.-LEY-N%c2%ba-168-1.pdf>

Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Tucumán:  
<http://www.saij.gov.ar/9171-local-tucuman-codigo-procesal-penal-se-modifica-ley-8933-lpt0009171-2019-03-22/123456789-0abc-defg-171-9000tvorpyel?q=fecha>

Decreto Reglamentario 182/19: Disponible en:  
<http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/320000-324999/320735/norma.htm>

Decreto Reglamentario 1705/18 de la Ley 10543: Disponible en:  
<http://web2.cba.gov.ar/web/leyes.nsf/85a69a561f9ea43d03257234006a8594/55d15b744da733840325833700468670?OpenDocument>

- Ley 25506. Disponible en  
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=70749>
- Ley 10602. Disponible en:  
[https://boletinoficial.cba.gov.ar/wp-content/4p96humuzp/2019/01/1\\_Secc\\_30012019.pdf](https://boletinoficial.cba.gov.ar/wp-content/4p96humuzp/2019/01/1_Secc_30012019.pdf)
- Ley 9401. Disponible en:  
<http://web2.cba.gov.ar/web/leyes.nsf/85a69a561f9ea43d03257234006a8594/5f01a3e603a1ebae83257504005db6eb?OpenDocument>
- Ley 10177: Disponible en:  
<http://web2.cba.gov.ar/web/leyes.nsf/85a69a561f9ea43d03257234006a8594/467d97cfbed9730203257c5a005d33e5?OpenDocument>
- Ley 5931. Disponible en:  
<http://www.juscorrientes.gov.ar/centro-judicial-mediacion/normativas-mediacion/normativas-2/#prettyPhoto>
- Ley 10543 de Mediación de la Provincia de Córdoba. Disponible en:  
[https://boletinoficial.cba.gov.ar/wp-content/4p96humuzp/2018/06/1\\_Secc\\_06062018.pdf](https://boletinoficial.cba.gov.ar/wp-content/4p96humuzp/2018/06/1_Secc_06062018.pdf)
- Ley IV-0700-2009 de Mediación Judicial. Disponible en:  
[https://www.justiciasanluis.gov.ar/wpcontent/uploads/2013/09/LeyN%C2%BAIV\\_0700\\_2009Mediaci%C3%B3nJudicialenlaProvinciadeSan-Luis.pdf](https://www.justiciasanluis.gov.ar/wpcontent/uploads/2013/09/LeyN%C2%BAIV_0700_2009Mediaci%C3%B3nJudicialenlaProvinciadeSan-Luis.pdf)
- Ley 5444 - Decreto N° 1658 “Mediación en el ámbito judicial en los fueros Civil, Comercial y de Familia y de Mediación Penal de la provincia de Catamarca. Disponible en:  
[https://portal.catamarca.gob.ar/media/boletin-oficial-uploads/1171-boletin\\_nro\\_84.pdf](https://portal.catamarca.gob.ar/media/boletin-oficial-uploads/1171-boletin_nro_84.pdf)
- Proyecto de reforma al Código Penal (2019). Disponible en:  
<https://www.justicia2020.gob.ar/eje-penal/reforma-del-codigo-penal-la-nacion/>
- Resolución N° 2. Disponible en:  
<https://www.justiciacordoba.gob.ar/Estatico/Portalee/resoluciones/archivos/RESOLUCION%20DE%20PRESIDENCIA%20N%202.2019.pdf>

# Delitos informáticos en el derecho argentino y comparado

## *Computer crimes in Argentina and compared law*

Por: GUSTAVO MANZANEL\*

**RESUMEN:** El procesamiento, y uso de información, a través de formato digital, si bien implica un sustancial progreso de la sociedad y un cambio de paradigma en la vida social, pueden ser el campo propicio para la comisión delitos informáticos, los que no deben ser ajenos a su tratamiento dentro del Derecho Penal, atento a la magnitud de los intereses a los que afecta.

**PALABRAS CLAVES:** Conceptualización del Derecho Penal Informático. Su ubicación en la teoría del delito. *Grooming* y *Phishing*. Marco legal. Derecho Comparado. Conclusiones.

**ABSTRACT:** *The processing, and use of information, through digital format, although it implies a substantial progress of the society and a paradigm shift in social life, can be the propitious field for the commission of computer crimes, which should not be unrelated to its treatment within the Criminal Law, attentive to the magnitude of the interests to which it affects.*

**KEYWORDS:** Conceptualization of Computer Criminal Law. Its location in the theory of crime. *Grooming* and *Phishing*. Legal framework. Comparative Law. Conclusions.

**Sumario:** 1. Delitos Informáticos: Introducción; 2. Circunstancias que facilitan el surgimiento del cibercrimen; 3. Aspectos específicos del cibercrimen; 4. Delitos Informáticos: Su ubicación en la Teoría General del delito; 5. El delito de *grooming*: Introducción. 6. Marco legal del delito de *grooming* en Argentina; 7. La conducta típica; 8. Críticas al art. 131 del Código Penal; 9. La figura del *phishing*, modalidad delictiva y problemática jurídica; 10. Antecedentes históricos; 11. Maniobras delictivas posibles; 12. Tipo penal en Argentina y consecuencias; 13. El nuevo delito de *phishing* en el Derecho Español; 14. Conclusiones.

### I. Introducción

En primer término, es pertinente señalar que las sociedades actuales se han caracterizado por un profundo y acelerado avance en las ciencias y en las tecnologías, orientadas al ámbito de la información, masificando el acceso a sistemas automatizados de la información. Este cambio de paradigma ha influido en nuestras relaciones sociales, permitiéndonos estar a tiempo real, en distintos momentos y lugares del mundo, conocer sucesos mundiales, distintas culturas, encontrándonos en otro punto del planeta, a través de los distintos dispositivos que nos brindan los sistemas informáticos. Si bien este desarrollo, que nos brinda la ciencia informática es un elemento positivo para las comunicaciones, no es menor destacar que nos trae aparejado ciertos conflictos y riesgos sociales, como los son, los delitos informáticos.

---

\* Gustavo Manzanel, Abogado de la matrícula, Ex Secretario en lo Penal del Juzgado Federal de La Rioja, Ex Docente de Derecho Penal Parte General, Universidad Nacional de La Rioja, miembro del Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

Si analizamos axiológicamente a la tecnología, es decir, si buscamos interpretarla en cuanto a sus valores, podemos ver que la tecnología no es buena o mala en sí, sino que ello depende del uso que hagamos de la misma y sobre todo de las intenciones que tengamos al usarla. Es de ese uso malintencionado de la tecnología de donde surgen los llamados delitos informáticos.

Que, de lo arriba expuesto, se desprende con meridiana claridad que tales hechos delictivos, dada la magnitud de los intereses y bienes comprometidos, no pueden quedar ajenos al tratamiento del Derecho Penal.

Es imperioso que el sistema legal se adapte a los cambios tecnológicos y prevea sancionatoriamente las conductas que, realizadas a través de Internet, o que con el surgimiento de la informática afecten en forma negativa esos bienes e intereses, así como la convivencia entre las personas. Si bien existen diferentes delitos informáticos, muchos de los que se encuentran tipificados en el derecho argentino, el objeto de este trabajo es analizar los delitos de *grooming* y *phishing* en nuestra legislación (Leyes N° 26388 /2008 y 26.904/2013), ello sin dejar de efectuar las consideraciones de orden general en referencia a los delitos informáticos.

## **II. Circunstancias que facilitan el surgimiento del cibercrimen**

La información que día a día adquirimos por medio de un teléfono celular, a través de una computadora, de una página web, es realmente incalculable, y accedemos a información de distinta índole: social, político, cultural, deportivo, etcétera, de cualquier parte del mundo que deseemos hacerlo, llegando a poder obtener datos precisos de las distintas disciplinas, e incluso datos personales. Pero como "...todo avance del hombre tiene su parte de flagelo, dado a que la información que obtenemos a raíz de los avances de la tecnología ha vulnerado ciertos derechos del hombre, considerados en forma individual como en sociedad, dándole inicio a nuevos fenómenos delictivos, que se han denominado: delitos informáticos; cibercrimen, delito telemático, que han sido las distintas denominaciones que ha recibido"<sup>1</sup>.

La informática puede ser utilizada como *el medio para cometer ciertos delitos* (falsificación de documentos electrónicos, cajeros automáticos y tarjetas de crédito, robo de identidad, *phishing*, fraudes electrónicos y pornografía infantil), o ser *el objeto de los mismos* (sabotaje información, piratería informática, el "*hackeo*").

## **III. Aspectos específicos del cibercrimen**

El modo de comisión de los delitos informáticos posee ciertas características o particularidades que los diferencian del resto de los ilícitos, haciendo que su investigación resulte más compleja que en otros casos.

Entre estas características, Palazzi resalta "...la magnitud de los daños, la cada vez más frecuente naturaleza global e internacional de esta clase de delitos; la facilidad para cometerlos y las dificultades para la investigación que ha llevado a la necesidad cada vez mayor de cooperación entre fuerzas de seguridad y el sector privado por la necesidad de preservar datos en el tráfico de los proveedores de servicios de Internet"<sup>2</sup> (servidores y

---

<sup>1</sup> Disponible en: <http://www.docplayer.es/50883604-Delitos- Informáticos-en-el-derecho-argentino.html>

<sup>2</sup> PALAZZI, PABLO, 2009. *Los delitos informáticos en el Código Penal. Análisis de la ley 26.388*, Primera edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot S.A.

las empresas de *hosting* y numerosas reconfiguraciones de los esquemas tradicionales con los que se concibe el derecho penal.

En su mayoría, se trata de "...delitos transnacionales, cuyos efectos pueden esparcirse por toda la red (como en el caso del ciberacoso) o de ilícitos que pueden configurarse en un país y generar efectos en otros (como la estafa informática, el daño informático, el lavado de activos, la pornografía infantil, etc.)".<sup>3</sup>

La transnacionalidad supone que las pruebas del ilícito puedan estar tanto en el dispositivo donde se cometió el hecho o en los distintos sistemas vulnerados, sean redes, sitios web o computadoras.

En general, los delitos informáticos son anónimos, ya que Internet permite la creación de identidades ficticias (amenazar a través de un perfil falso en una red social) o el autor del delito conoce la forma de ocultar su identidad, por ejemplo, a través de la navegación anónima en Internet mediante el programa *The Onion Router*, mejor conocido con las siglas TOR.

Otra de las características de estos delitos consiste en el bajo nivel de denuncia con que cuentan, muchas veces porque los usuarios ignoran que están siendo víctimas de delitos informáticos al descargar por ejemplo y sin conocimiento un archivo que contiene un virus o un troyano. En otras ocasiones, las empresas y los bancos no denuncian por temor a que su reputación se vea afectada ya que pondrían en evidencia las falencias de sus sistemas de seguridad.

#### **IV. Delitos informáticos: su ubicación en la teoría general del delito**

Conforme a la Teoría General, los delitos informáticos presentan los mismos elementos constitutivos en cuanto a su composición que los delitos clásicos, es decir hay una ACCIÓN u OMISIÓN por parte del sujeto, debe ser un delito TÍPICO, previsto en nuestro sistema jurídico penal, una conducta ANTIJURIDICA, que no se encuentre amparada por algunas de las causas de justificación, y que sea criminalmente responsable del hecho, es decir CULPABILIDAD, a los cuales se les atribuye, una determinada SANCIÓN, con las particularidades que refieren a esta especie de delitos que se analizara a continuación.

**Acción u omisión:** Como hecho delictivo, su comisión debe darse a través de un comportamiento humano relevante (ACCIÓN), o por la no acción, de una determinada conducta ordenada por el derecho, (OMISIÓN), es decir que el sujeto haya estado ante una situación típica generadora del deber, que no haya realizado la acción mandada y haberse encontrado en condición de ejecutarla.

En nuestro Código Penal Argentino, a través de la incorporación de los delitos informáticos, en el año 2008, (Ley N 26.388) y posteriormente la Ley N 26.904/13, se han modificado, creando y agregado conductas que determinan la comisión de un delito penal informático. Toda su normativa describe una acción por parte del sujeto, no hay un artículo que describa una conducta omisiva, pero deducimos que la no acción también genera un delito informático, por ejemplo: La no información de datos personales por parte del Estado o de una entidad bancaria, cuando es solicitada.

**Tipicidad:** Antes de la reforma del año 2008, la que incorpora los delitos informáticos en nuestro sistema penal, la doctrina disientía en cuanto a si una determinada conducta

---

<sup>3</sup> PALAZZI, PABLO, 2009. *Los delitos informáticos en el Código Penal. Análisis de la ley 26.388*, Primera edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot S.A.

que violara un derecho a través de sistemas informáticos, esto es, falsificación de documentos electrónicos, cajeros automáticos y tarjetas de crédito o robo de identidad, podían ser consideradas como delitos penales, ya que el tipo no estaba previsto en el código penal. Algunos autores hablaban solamente de conductas abusivas de índole informáticos, por carecer de tipicidad, elemento necesario para que encuadre dentro de la Teoría General del Delito.

Otros autores e intérpretes del derecho consideraban que dichas conductas, debían ser consideradas como delitos penales por su gravedad, lo cual tuvo nacimiento en el año 1999, cuando el Sr. Sr. Edgardo H. Martolio, inicia una querrela penal contra el periodista Jorge Ernesto Lanata, por el delito de violación de correspondencia y publicidad de la misma, con fundamento en los arts. 153 y 155 del Código Penal, ante el Juzgado. Nacional. Correccional N° 6 de la Cap. Federal, ante quien el reconocido periodista plantea un incidente de excepción de falta de acción por hecho atípico. Ante el rechazo por parte del Juzgado interviniente, la misma fue apelada con fundamento en que los hechos que se le atribuían resultaban atípicos, al no encontrarse específicamente incluidos en la legislación penal positiva. Al llegar a última instancia, la Cámara Nacional de Casación Penal en fecha 12/05/2000 resolvió: "...el tan difundido e-mail de nuestros días es un medio idóneo cierto y veloz para enviar y recibir todo tipo de mensajes, misivas, fotografías, archivos completos, etc..."<sup>4</sup>, equiparando el medio de comunicación electrónico como un verdadero correo en versión actualizada.

#### **Regulación de los delitos informáticos en la legislación penal argentina:**

La Ley N° 26.388, fue sancionada en el año 2008, la misma incorpora en nuestro ordenamiento jurídico una serie de delitos informáticos. Esta ley modificó, sustituyó e incorporó figuras típicas a diversos artículos del C.P., actualmente en vigencia, con el objeto de regular las nuevas tecnologías, como medios de comisión de delitos previsto en el C.P., poniéndole fin a la etapa de gran vacío legal. Dicha norma consagró: 1) Incorporación de dos párrafos al art. 77 CP, ampliado el término "documento" a toda representación de actos o hechos con independencia del soporte utilizado. 2) Sustituye el art. 128, incorporando el delito de pornografía infantil por internet u otros medios electrónicos. 3) Sustituye el art. 153, estableciendo como delito... "la violación, apoderamiento y desvío de comunicaciones electrónicas"<sup>5</sup> (art. 153 1° párr.). 4) Incorpora como delito la "...intercepción o captación de comunicaciones electrónicas telecomunicaciones"<sup>6</sup> (art. 153 2° Párr.) y el acceso a un sistema o dato informático (art. 153 3° Párr.). 5) Sustituye el art. 155, establecido como delito la publicación de una comunicación electrónica. 6) Sustituye el art. 157, estableciendo prisión e inhabilitación especial al funcionario público que revelare hechos, actuaciones, documentos o datos, que por ley deben ser secretos. 7) Sustituye el art. 157 bis, estableciendo como delito, el que de manera ilegítima o violando el sistema de confidencialidad, accediera a un banco de datos personales; proporcionare o revelare la infamación registrada en ellos; o el que insertare o hiciera insertar datos. 8) Incorpora como inc. 16 del

---

<sup>4</sup> Lanata (C. Nac. Crim. y Corr., sala 6ª, 04/03/1999-Lanata, Jorge). JA1999-III-237.2instancia BS.As., marzo 4 de 1999.

<sup>5</sup> Ver Ley N 26.388, art. 153. Disponible en:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141790/norma.htm>

<sup>6</sup> Ver Ley N 26.388, art. 153 1er párrafo. Disponible en:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141790/norma.htm>

art. 173, el fraude "...mediante técnicas de manipulación informáticas"<sup>7</sup>. 9) Incorpora un 2º párr. al art. 183, a la alteración, destrucción o inutilización de datos, documentos, programas o sistema informáticos, y la venta, distribución, circulación o introducción en un sistema informático, cualquier programa destinado a causar daños. 10) Incorpora al art. 184, el delito que impidiere el libre ejercicio de la autoridad a través de un sistema informático. 11) Incorpora en el art. 197, la interrupción o entorpecimiento de las comunicaciones. 12) Incorpora en el art. 255, la sustracción alteración y ocultación de registros y/o documentos que pudieren servir como prueba a una autoridad judicial.

**Antijuridicidad:** Este otro presupuesto de la Teoría General de Derecho hace alusión a que la conducta (acción u omisión), deber ser contraria a derecho.

Corresponde analizar el bien jurídico tutelado, ya que, de no transgredirse el mismo, aún reuniéndose los demás caracteres, no podríamos hablar de delitos.

Como se observa en la regulación de la ley N° 26.388, se han introducido ampliaciones de conceptos generales o reformas, tales como: documento, firma digital, etc.; y modificaciones en diversos tipos penales que tienen clásicos bienes jurídicos tutelados, tales como: protección de la privacidad (art. 153 a 157 bis), propiedad (art. 173 a 184), comunicaciones (art. 197), y administración de justicia (art. 255).

En la doctrina no hay un consenso, para algunos autores, este tipo de delitos presenta una identidad propia, que tutela un bien jurídico nuevo, la información privada, para otros, por el contrario, sólo obedece a ilícitos propios de las sociedades actuales, haciendo referencia a que hay un solo elemento que lo diferencia de los demás delitos penales, que es el "medio de comisión"<sup>8</sup>, ya que usualmente será un computador o un soporte tecnológico como un teléfono celular. Asimismo, es de vital importancia resaltar que la legislación local se completó con la sanción de ley 26904 del año 2013, la que incorporó al CP delito de *grooming*, en el art 131 del referido cuerpo legal.

**Culpabilidad:** Dentro de la teoría general del delito (culpa/dolo), cabe resaltar que cuando se accede involuntariamente a información de terceros, no obstante se la utiliza a posteriori, con fines de perjudicar a otros, tanto en su esfera personal o patrimonial; como por ejemplo si en nuestra cuenta bancaria informatizada, aparece un saldo mayor al que realmente nos corresponde, y se utiliza el mismo, se cometería un delito de hurto o una apropiación de cosa ajena habida por error o caso fortuito, como especie defraudatoria. Con este ejemplo deducimos, que, en cualquier oportunidad, y sin tener la intención, podemos acceder a datos e información privada, pero lo determinante de esto, es que cuando se tiene el conocimiento, nos convertimos en actores de estos hechos delictivos.

**Sanción. Complejidad de la penalización de los delitos informáticos en la Argentina, antes de la incorporación al Código Penal:** La dificultad se presentaba ante la imposibilidad de acceder a la vía judicial, cuando había un derecho vulnerado por una conducta delictiva que no encuadraba en unos de los tipos penales del Código Penal. Teniéndose en cuenta que en el derecho penal argentino no es aplicable la analogía, y que rige el principio de legalidad, no pudiéndose penar por una conducta que no esté tipificada. Ante

---

<sup>7</sup> Ver Ley N 26.388, art. 173 inc.16 párrafo. Disponible en:

<http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141790/norma.htm>

<sup>8</sup> Martolio, Edgardo H. c/Lanata, Jorge E. s/violación y publicidad de correspondencia. C. Nac. Crim. y Corr., sala 6ª, 04/03/1999-Lanata, Jorge). JA1999-III-237.2instancia Bs.As., marzo 4 de 1999.

la falta de regulación normativa, se generaban innumerables opiniones doctrinarias: las que las consideraban conductas abusivas de índole informática y quienes consideran que eran verdaderos delitos penales. Ello tuvo su conclusión con la nueva legislación penal, que sanciona a dichas conductas delictivas con pena de privación de la libertad, inhabilitación y multa.

Que, en orden a lo expuesto, podemos conceptualizar de estos nuevos delitos sociales, los llamados delitos informáticos: “es toda acción u omisión, típica, antijurídica y culpable, en los cuales la informática es utilizada como fin o como medio para la perpetración de los ilícitos previstos en el ordenamiento. La característica principal, es la presencia del ordenador o computador como instrumento de comisión, constituyendo el objeto material del delito o un mero instrumento para cometerlos”.<sup>9</sup>

## V. El delito de *grooming*. Introducción

El *grooming* es un término de la lengua inglesa que significa “*acicalar*” en español. Es un vocablo que se utiliza para hacer referencia a todas las *conductas o acciones que realiza un adulto para ganarse la confianza de un menor de edad, con el objetivo de obtener beneficios sexuales*.

En virtud de la definición dada, se puede deducir que el *grooming* es un tipo de acoso por parte de los pedófilos y pederastas. Como tal, el agresor busca persuadir al niño para crear una “amistad”, y de esta manera lograr un acercamiento que le permita obtener imágenes, vídeos con contenido sexual, e inclusive un posible acercamiento físico para abusar sexualmente de la víctima.

El abusador, en primer lugar, estudia a la víctima para conocer cuáles son sus intereses, gustos, actividades, entre otros. Generalmente, el primer contacto se realiza en las redes sociales, y en ocasiones el agresor falsifica su identidad pasándose por otro menor de edad, lo cual le facilita obtener todos los datos personales del menor ya que le crea más confianza a la víctima.

Una vez consolidada la relación de amistad y la confianza, el agresor no duda en iniciar el acoso sexual, solicitando al menor material pornográfico, o un encuentro sexual. De lograr su cometido, el agresor le pedirá cada vez más imágenes o vídeos, y en el caso de ser rechazado en alguna oportunidad por parte de la víctima, ésta será chantajeada por parte del agresor con la amenaza de divulgar todo el material que posee e informar a sus familiares sobre la situación.

Este delito se consuma cuando se establece efectivamente contacto con un menor con propósitos ilícitos de índole sexual. Con base en lo anterior, una vez ubicadas las fotografías, vídeos y otro material de contenido sexual del menor de edad puede afectarlo, logrando consecuencias devastadoras a nivel psicológico y emocional a la víctima. Es por ello, la importancia de los padres de mantener una constante comunicación con sus hijos, en la cual incluya las consecuencias y riesgos del *grooming* y otras prácticas similares, así como la supervisión regular de sus aparatos electrónicos, y de sus redes sociales. Seguidamente, haremos referencia al *bien jurídico tutelado* en la tipificación del *grooming* y a posteriori se analizará el marco legal relativo al delito en estudio en el derecho penal argentino.

Si consideramos que el fin del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos, toda tipificación de un delito surge así, a partir de la protección que el legislador busca

---

<sup>9</sup> TOGNOLI, MICAELA, Facultad de Ciencias jurídicas y sociales de la Universidad Nacional del Litoral-año 2012. Ver en: <https://docplayer.es/50883604-Delitos-informaticos-en-el-derecho-argentino.html>.

brindarles a determinados intereses que la sociedad considera de suma importancia, lo que en Derecho Penal se entiende como bien jurídico tutelado. Ese interés o bien que el Derecho Penal reconoce y sobre el cual brinda una cierta protección, puede ser, por ejemplo, la vida humana, la propiedad privada, el honor, la seguridad pública, el orden público, la integridad sexual de una persona, entre otros. El art. 131 CP, incorporado mediante la sanción de la ley 26904 tiene como bien jurídico tutelado la «integridad sexual» de una persona.

Algunos, por ejemplo, Buompadre, consideran que la integridad sexual debe ser entendida como "...la libertad sexual del individuo, es decir, su autodeterminación en la vida sexual en libertad, esfera que también se ataca cuando se incide en el libre desarrollo de la personalidad del menor o en la intimidad sexual de la persona que no ha podido consentir libremente la acción".<sup>10</sup> Creus, en cambio, dice que "la integridad sexual hace referencia al normal ejercicio de la sexualidad".<sup>11</sup>

Debemos aquí recordar que ya desde hace tiempo Soler señalaba que las figuras penales agrupadas en este Título (aunque con otra rúbrica), además de revestir caracteres muy diferentes entre sí, contenían "una compleja red o entrecruzamiento de intereses sociales que eran objeto de consideración y tutela", y que "no tenían como norte sólo proteger la integridad sexual de la persona, sino también otros valores sociales indirectamente profanados con la afectación sexual".

En el caso de los menores de edad, dentro del concepto de integridad sexual, se hace referencia al de «indemnidad sexual», es decir, que se busca que no reciban ningún daño a pesar de estar expuestos al mismo, ya que son personas que carecen de la capacidad para discernir debidamente, por su estado de vulnerabilidad e inmadurez.

Es por esto, que la integridad sexual a la cual se busca proteger en este tipo delictual es amplia y va tanto desde lo físico hasta el normal desarrollo psicosocial del menor.

## **VI. Marco legal del delito de *grooming* en Argentina**

Dicha figura fue incluida en el Código Penal Argentino actual por la Ley N° 26.904, hecho que provocó mucha controversia y críticas por parte de la sociedad civil y académicos. Este trabajo busca hacer un análisis de la legislación argentina actual y proyectada sobre el delito de *grooming* desde una perspectiva de derechos humanos. Para ello, haremos un breve relato de la aprobación de su inclusión en el Código Penal, así como un punteo de las principales críticas que se realizaron al texto.

En noviembre de 2013 la Cámara de Senadores aprobó la Ley N° 26.904, que incluyó bajo el título correspondiente a los "Delitos contra la integridad sexual" un artículo en el Código Penal que criminaliza el *grooming*.

El tal sentido, el texto aprobado dispone: "Artículo 131: *Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma*".<sup>12</sup>

Tanto el texto aprobado como el procedimiento fueron objeto de críticas por parte de distintos actores de la sociedad civil y académicos.

<sup>10</sup> BUOMPADRE, JORGE. *Derecho Penal. Parte Especial*, t I, 2ª edición actualizada, Ed .Mave, Bs.As., 2003.

<sup>11</sup> CREUS, CARLOS. *Derecho Penal. Parte Especial I*, 2ª edición actualizada, Ed. Astrea, Bs.As., 1998.

<sup>12</sup> Ver art. 131, Código Penal. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/220000-224999/223586/norma.htm>.

Que, en tal orden de ideas, sobre la discusión previa a su inclusión en el Código Penal, el entonces diputado Manuel Garrido consideró que "...la falta de debate en un tema tan sensible como la inclusión de un nuevo delito en el Código Penal constituye un hecho grave que tiene como consecuencia un texto deficiente y con errores manifiestos", "...que no se explicitó ni hay claridad sobre los motivos que justificarían la necesidad de crear una figura penal autónoma y distinta de los delitos contra la integridad sexual que ya se encuentran tipificados en el Código".<sup>13</sup>

## VII. La conducta típica

El modo en que ha quedado estructurada esta ilicitud, no hay duda alguna en que la acción típica está conformada por el verbo "contactar", es decir, hacer contacto, entablar una conexión personal a través de cualquier medio de comunicación, que según veremos, descarta el contacto directo o corporal.

Este contacto o conexión debe hacerse a los fines de la concreción ilícita, por un medio de comunicación electrónica, o de telecomunicación o de cualquier otra tecnología que utilice la transmisión de datos.

Es correcta la apreciación de Vaninetti que compartimos plenamente, en el sentido de enfatizar que la expresión "cualquier otra tecnología de transmisión de datos"<sup>14</sup>, es una buena forma de establecer conceptos lo suficientemente inclusivos, que no caigan rápidamente en desuso debido a lo vertiginoso en este caso de la evolución tecnológica.

Debe tratarse de un contacto "virtual", puesto que si el mismo no se produce por alguno de los medios tecnológicos referidos, y es llevado a cabo por el autor de forma directa y corporalmente presente, no sería aplicable esta figura, sino que el hecho eventualmente podrá asumir la forma de la tentativa del delito específico que el sujeto autor pretendía cometer, o la acción quedará simplemente enmarcada dentro del ámbito del acto preparatorio impune, según las circunstancias particulares de cada caso y la admisibilidad de esta posibilidad conforme el delito de que se trate.

Conforme lo expuesto, el *grooming* consistiría entonces, en un contacto o acercamiento virtual con un menor de edad para tratar de ganarse su confianza, generar inicialmente una empatía con el mismo, y convencerlo seguidamente para intercambiar imágenes o contenidos de connotación sexual, siempre inspirado el autor por el propósito de cometer algún tipo de abuso sexual de carácter personal que lesione su integridad sexual, independientemente de la forma que asuma la agresión.

Es decir que el *grooming* no se agota en la conexión virtual con el menor de edad, ni se satisface con el intercambio de imágenes, conversaciones o contenidos de connotación sexual, sino que representa una fase previa a lo que el autor realmente pretende, que es perpetrar algún tipo de atentado sexual sobre el menor, esta vez de carácter corporal, en alguna de las formas tipificadas por el resto del ordenamiento punitivo.

Esta es una característica fundamental de esta forma delictiva, que está representada por el propósito subyacente del autor, a modo de elemento subjetivo ultraintencional del tipo penal, que la disposición punitiva expresamente consigna como "el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma" (persona menor de edad)

---

<sup>13</sup>. Ver en: [https://www.vialibre.org.ar/wp-content/uploads/2013/06/Observaci%C3%B3n-OD-2164.ley\\_grooming.pdf](https://www.vialibre.org.ar/wp-content/uploads/2013/06/Observaci%C3%B3n-OD-2164.ley_grooming.pdf).

<sup>14</sup>. Ver VANIDETTI, HUGO, "Inclusión del grooming en el Código Penal", en revista *La Ley*, 16 de diciembre de 2013.

Consecuentemente, bien se puede afirmar que desde esta perspectiva el *grooming* consiste en un acto preparatorio de carácter virtual, previo a cualquier abuso sexual de los tipificados en los arts. 119 primer párrafo (abuso sexual simple); 2do. párrafo (abuso sexual gravemente ultrajante); 3er. párrafo (abuso sexual con penetración o violación), y art. 120 (estupro) del Código Penal. También lo podrá ser respecto de la promoción o facilitación de la corrupción de menores (art. 125) o de la promoción o facilitación de la prostitución de menores (art. 126) o la rufianería, la pornografía infantil, las exhibiciones obscenas o el rapto (arts. 127, 128, 129 y 130 C.P.).

De todos modos, es necesario destacar que siempre en estos casos, la víctima del delito, en forma directa o indirecta, deberá ser un *menor de edad*. Es decir, la finalidad del autor debe estar guiada no a la comisión de cualquier delito contra la integridad sexual de los regulados en este Título III, sino a alguno de aquellos en los que la víctima resulte ser el menor de edad.

Que, en tal sentido y como arriba se señalara respecto del bien jurídico tutelado debe señalarse que en el caso concreto de esta categoría de delitos se pretende preservar tanto la indemnidad sexual de quien pudiere resultar víctima de alguna de estas conductas, como el pudor individual y colectivo que en algunas oportunidades podría verse comprometido secundariamente por el accionar de quienes realizan exhibiciones obscenas o reproducen imágenes de esta naturaleza.

Es, por tanto, el *grooming* una conducta desplegada por una persona mayor de edad, consistente en el establecimiento de un contacto o conexión con un menor de edad a través de un medio tecnológico de o de telecomunicación, que se encuentra caracterizado por la fuerte presencia de un componente subjetivo que se inspira en la finalidad o propósito perseguido por el autor, que consiste en perpetrar algún ataque contra la integridad sexual de la víctima menor de edad.

En el particular análisis de sus características, podemos aseverar que constituye *un delito netamente doloso* y que, en razón a la presencia de aquel elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, solo es admisible en su modalidad directa. Ni el dolo eventual ni la imprudencia o negligencia satisfacen la presente ilegalidad.

Representa, a la vez, un adelanto o anticipo de punibilidad legislativa, esbozada bajo la forma de un acto preparatorio de otro delito contra la integridad sexual, por lo cual no es necesario que este último se haya concretado o ni siquiera tentado. Basta, consecuentemente, la mera realización de la conducta de “contactar” para que el delito quede perfeccionado. Lógicamente, ese contacto debe estar necesariamente inspirado en la finalidad típica de cometer alguna clase de agresión sexual contra menores de edad.

Si bien con relación al bien jurídico tutelado se presenta como un delito de peligro, y pese a tales características, analizado desde el punto de vista de la acción la misma puede quedar en grado de tentativa, desde el momento en que el sujeto activo realiza todas las maniobras necesarias para establecer un contacto con el menor, el que no se llega a concretar por causas ajenas a su voluntad (art. 42 del Código Penal). Vale decir que el delito recién queda consumado cuando el contacto “virtual” con el menor se establece, y siempre que dicho contacto tenga por finalidad la perpetración de un ilícito de los previstos en el Título III del código argentino, ya sea en su forma básica o calificada.

A su vez, para la aplicabilidad de esta figura, es necesario que no se haya producido ninguno de esos delitos contra la integridad sexual (abusos, violación, estupro, etc.), puesto que, tratándose de un acto preparatorio, el delito final cometido o tentado desplazará por la vigencia del concurso de tipo a aquel que representa la fase menos avanzada en el *iter cri-*

*minis*. El parámetro interpretativo de la consunción forja la unidad punitiva y la selección típica ya mencionada.

Que, en relación al tópico arriba señalado, es de vital importancia señalar que la doctrina y jurisprudencia no es pacífica, toda vez que un sector entiende que las conductas desplegadas por el sujeto activo, la subsunción de los tipos penales de los delitos de *grooming* y abuso sexual concursan de forma real, en tanto el primero de los delitos referidos no necesita que se lleve a cabo el segundo, sino que sólo basta que exista la intención ulterior de cometer un acto que atente contra la integridad sexual del menor, *lo que demuestra la independencia entre sí de ambos delitos*, cuya sanción la ley establece. (v. autos A.D.O. s/delitos de grooming y abuso sexual con acceso carnal en concurso real en contra de D.M.Y.-Tribunal de Impugnación de Salta, 15/8/17).<sup>15</sup>

En cuanto al *sujeto activo* debemos decir que se trata de una persona mayor de edad, y por supuesto plenamente imputable, sea del sexo masculino o femenino. No constituye una exigencia típica el ocultamiento o simulación de identidad del autor como contemplaban algunos proyectos legislativos, aunque en la práctica ello pueda suceder de tal modo.

El *sujeto pasivo* de esta ilicitud es un menor de edad, o sea, menor de 18 años según lo establece el Código Civil, también indiferentemente de cualquier sexo.

Debemos diferenciar esta forma delictiva de aquella otra que se conoce con el nombre de “ciberacoso”, en la que los sistemas y dispositivos informáticos son utilizados para agredir de cualquier forma a un tercero, y que, de asumir connotaciones sexuales, se denomina ciberacoso sexual. Sin bien estas líneas exceden con creces el ámbito y tratamiento de la cuestión así planteada, podemos decir en términos genéricos que la principal distinción entre el ciberacoso sexual y el *grooming* estaría dada por la condición de minoridad del sujeto pasivo del delito. Mientras que en el ciberacoso sexual, la agresión o propuesta de contenido sexual se realiza entre adultos, en el caso del *grooming* existe una relación de notoria diferencia intelectual por edades, o de situaciones asimétricas de desarrollo madurativo entre el autor y la víctima, que siempre será un menor de edad.

### VIII. Críticas al art. 131 del CP

Seguidamente, haremos referencia a las críticas efectuadas al texto plasmado en el art 131 del Código Penal.

**Tipificación por el medio de comisión:** Consideramos problemática e infundada la criminalización exclusivamente por “...la utilización de medios tecnológicos para cometer el delito, que llevaría a que una persona que merodea una escuela y tiene contacto personalmente con menores con el objetivo de cometer un delito contra su integridad sexual no estuviera encuadrada en este tipo penal. En este sentido, como ha planteado la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), es necesario pensar y buscar respuestas a las amenazas reales que puedan existir para niños, niñas y adolescentes, sin demonizar a internet”.<sup>16</sup>

El *grooming* podría ser facilitado por la tecnología, pero no significa que necesariamente el medio deba ser tecnológico.

---

<sup>15</sup> Ver Arias, Dante Omar s/ grooming y abuso sexual con acceso carnal en concurso real en perjuicio de D. M. Y. Disponible en <http://www.justiciasalta.gov.ar/jurisprudencia2017.php>.

<sup>16</sup> Ver RAVINOVICH, ELEONORA, “Los problemas del proyecto de ley sobre grooming en argentina”, Digital Rights Lac, 17 de julio de 2013. Disponible en <http://www.digitalrightslac.net/es/los-problemas-del-proyecto-de-ley-sobre-grooming-en-argentina/>

### **Vulneración del principio de legalidad por vaguedad e imprecisión del texto:**

La Asociación Pensamiento Penal (APP) sostiene que el término “contactare” es vago e impreciso, al igual que el requisito subjetivo de un “propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual”, que resulta difícil de demostrar. Una redacción vaga que carece de una descripción precisa de las acciones típicas iría en contra del principio constitucional de legalidad.<sup>17</sup>

En este caso, cualquier contacto con un menor de edad a través de los medios especificados por la norma podría ser objeto de investigación penal a efectos de determinar el cumplimiento del requisito subjetivo mencionado. La normativa de otros países resuelve este problema de manera expresa. Por ejemplo, la Directiva 2011/92 del Parlamento europeo exige la necesidad de que haya principio de ejecución. Es decir, que se haya llevado adelante la ejecución de actos materiales tendientes a la concreción de tal encuentro<sup>10</sup>. Por lo tanto, se requiere la realización de actos materiales concretos que demuestren la intención de llevar a cabo el encuentro con el menor de edad a fin de cometer un delito. En este sentido, en España, por ejemplo, el artículo 183 bis del Código Penal español establece como requisito que la “(...) propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento (...)”, a fin de precisar la conducta típica. La vaguedad y falta de precisión de la figura penal en el texto aprobado van a contramano del principio de debido proceso y garantías consagradas en nuestro régimen legal. Acordamos con Beatriz Busaniche en que se trata de una mala legislación escondida detrás de buenas intenciones.<sup>18</sup>

**Vulneración del principio de proporcionalidad de las penas:** Organizaciones como la Asociación Pensamiento Penal, la Fundación Vía Libre, la Asociación por los Derechos Civiles, y académicos como Garibaldi o Riquert, entre otros, han señalado que el texto aprobado viola el principio de proporcionalidad de las penas, en tanto prevé la misma escala penal para un acto preparatorio que para el delito de abuso sexual consumado, contemplado en el artículo 119 del Código Penal.

Como señala Garibaldi, “contactar por medio de cualquier tecnología a un menor que cuenta, por ejemplo, con 17 años, con el propósito de abusar sexualmente de él (art. 131 CP), tiene la misma respuesta punitiva que si efectivamente, se abusase simplemente de un niño de 12 años (art. 119 1º párrafo del CP)”.<sup>19</sup>

**Exceso en la punibilidad:** Otra cuestión problemática identificada en el texto es la posible sobre-inclusión de casos que no deberían ser punibles. Al no especificar la edad del sujeto activo que lleva a cabo la conducta, quedarían incluidos casos de contactos entre dos jóvenes de 16 o 17 años, por ejemplo, lo que la Asociación Pensamiento Penal considera sería una “desnaturalización del modo en que se desarrollan las interacciones juveniles frente a la sospecha de que ese contacto pudiera ser interpretado como revelador de una finalidad de atentar contra la integridad sexual del sujeto pasivo”.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> Ver *Asociación Pensamiento Penal*, comunicado APP frente a la figura del grooming en el Código Penal, 20 de noviembre de 2013.

<sup>18</sup> Ver BUSANICHE, BEATRIZ, “Grooming: Una mala legislación escondida en buenas intenciones”, *La Gaceta*, 14 de noviembre de 2013. Disponible en <http://lagaceta.com.ar/nota/568200/politica/grooming-mala-legislacion-escondida-buenas-intenciones.html>

<sup>19</sup> Ver GARIBALDI, GUSTAVO, “Aspectos dogmáticos del grooming legislado en Argentina”. *Infojus*, pág. 36.

<sup>20</sup> Ver *Pensamiento Penal*, comunicado APP frente a la figura del grooming en el código Penal. 20 de noviembre de 2013.

**Ausencia de sistematicidad con otras normas del Código Penal:** Al caracterizar al sujeto pasivo como todo menor de edad, se estaría legislando de forma incompatible con otras normas del Código que establecen diferencias entre menores de edad menores de 13 años, que nunca podrían dar su consentimiento, y menores de edad de 13 años en adelante.

Por otro lado, como señala Riquert, se trataría de un “delito de acción pública, mientras que otros delitos contra la integridad sexual son de instancia privada”<sup>21</sup>.

Expertos como Beatriz Busaniche han señalado que esto podría abrir la puerta a que la policía monitoree chats y comunicaciones de internet sin que medie denuncia por parte de una víctima, lo cual implicaría una posible afectación a las libertades individuales y al derecho a la privacidad.

Por su parte, Manuel Garrido considera que, al no estar establecido en forma expresa si se trata de un delito de acción pública o de instancia privada, podría suceder que “(...) el delito cuya finalidad se persigue con el “contacto” sea dependiente de instancia privada y el “grooming” sea interpretado como de acción pública, con las consecuentes complejidades procesales que dicha situación conllevaría.”<sup>22</sup>. Es decir, en el caso de delitos contra la integridad sexual es la víctima quien decide si habilita el ejercicio de la acción penal. Sin embargo, un simple acto preparatorio como el *grooming* quedaría fuera de su decisión, ya que no ha sido modificado el artículo 72 del Código Penal actual. Por lo tanto, la norma debería incluir a este delito entre los dependientes de instancia privada, tal como se considera al resto de los delitos contra la integridad sexual.

## **IX. La figura del “phishing”. Modalidad delictiva y problemática jurídica**

El *phishing*, a modo de definición es la capacidad de duplicar una página web para hacer creer al visitante que se encuentra en la página original en lugar de la copiada.

Se utiliza con fines delictivos duplicando páginas web de bancos conocidos y enviando indiscriminadamente correos para que se acceda a esta página a actualizar los datos de acceso al banco.

El origen de *phishing*, resulta de la frase *password harvesting and fishing*, que traducida en idioma castellano significa “cosecha y pesca de contraseñas”.

La modalidad en cuestión consiste en duplicar o clonar una página web, induciendo a error a quien la visita haciéndole creer falsamente que se encuentra en un sitio legítimo. El destino es claro, que la víctima ingrese datos tales como nombres de usuario y contraseña de acceso a la banca *on line* o sitios de compras, números de tarjeta de crédito y demás datos filiatorios del sujeto pasivo del delito, luego de ello se perfecciona la maniobra utilizando los datos así cosechados para efectuar operaciones vía internet.

El modo de capturar datos que utiliza el *phishing* es sencillo, como primera medida se envía a potenciales víctimas mensajes de correo electrónicos, simulando una procedencia de entidades reales, generalmente bancos y entidades que comercian por internet. Estos mensajes son diseñados cuidadosamente, siendo redactados por los imputados con la tipografía características de los sitios en cuestión, lo cual incluye imágenes, logotipos iguales u originales y *banners*. Los referidos *mails* pueden contener un formulario para que la víctima los complete con los datos que se intentan sustraer o bien contener un *link* o vínculo a un sitio clonado igual u original donde se le pedirá que ingrese los datos.

---

<sup>21</sup> Ver RIQUERT, MARCELO, “El cibergrooming: nuevo art. 13 del CP y sus correcciones en el Anteproyecto argentino de 2014”.

<sup>22</sup> Ver Observaciones del Diputado Manuel Garrido. 25 de junio de 2013.

A fin de perfeccionar la acción, el sujeto pasivo por motivos estrictamente de seguridad, mejora de servicios o cualquier otro argumento, debe proceder a una actualización de datos, en particular contraseña, nombre de usuario, números de cuenta y tarjeta de crédito. En gran cantidad de casos se advierte a modo de intimidación que de no procederse a la actualización solicitada no podrá tenerse un acceso a las cuentas. Contando con dichos datos, el o los imputados podrán efectuar extracciones o desvíos de los fondos del titular damnificado en su favor aprovechando los datos obtenidos.

#### **X. Antecedentes históricos**

Su origen se remonta a mediados de los años 90 a raíz de la acción de los crackers que procuraban robar cuentas de AOL. Se presentaban como empleados de dicha firma enviando un mensaje inmediato a una víctima potencial. El mensaje solicitaba a la víctima que revelara su contraseña con variadas excusas, tales como la verificación de la cuenta o confirmación de la información de facturación. Una vez que la víctima entregaba la contraseña, el atacante podía tener acceso a la cuenta de aquella y utilizarla para cualquier otro propósito. Las crónicas informan que ninguna entidad española se ha librado de uno de estos ataques indiscriminadamente entre los últimos objetivos se mencionan la Caja Madrid, Cajamar, Banesto o BBVA.

Se calcula que se envían más de seis millones de correos electrónicos determinándose que de todos ellos, solo unos 2.400 a 6.000 consiguen su objetivo, aunque para ello tengan que insistir en dos o tres ocasiones. Conforme al informe de seguridad de IBM, el *phishing* ha aumentado en un 226 % a escala global. En el mismo estudio se indica que el 30% de los mails contenían algún virus, algunos de los cuales se infiltraban en el disco duro de la computadora para ser reenviados a los contactos de la agenda de direcciones.

#### **XI. Maniobras delictivas posibles**

Dentro de las posibilidades que el delincuente desarrolla, posee una vez obtenidos los datos personales y secretos de sus eventuales víctimas, dos maniobras claras y concretas, que origina una afectación directa al derecho de propiedad del sujeto pasivo.

La primera, consistiría en obtener las claves de la cuenta bancaria de la víctima y a partir de ello transferir fondos a otras cuentas que el malhechor interesado pudiera poseer.

La segunda, resultaría de la utilización de las claves correspondientes a las tarjetas de crédito de las víctimas, con ese conocimiento se efectuarían adquisiciones por vía de la red, aportándose ante la solicitud del vendedor la clave que el sujeto pasivo ha brindado tras haber sido engañado por el autor.

#### **XII. Tipo penal en Argentina y consecuencias**

El concepto penal legal en Argentina del delito informático conocido comúnmente como *phishing*, ha sido incorporado por el art. 9 de la Ley N° 26.388 en junio de 2008. El mismo dispone: Incorpórese como inciso 16 del artículo 173 del Código Penal, el siguiente: Inciso 16: El que defraudare a otro mediante cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos

Ahora, para comprender realmente el tema, debemos repasar el texto del art. 172 y 173 del Código Penal Argentino, en su capítulo IV, sobre Estafas y otras defraudaciones:

Art. 172. Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de con-

fianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño.

Art. 173. Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece:

Inciso 1°. El que defraudare a otro en la substancia, calidad o cantidad de las cosas que él entregue en virtud de contrato o de un título obligatorio...

Entonces, el *phishing* es en principio en Argentina, el inciso 16 del art. 173, por lo tanto, es un tipo especial de la estafa común del 172. De manera que debemos recurrir a la doctrina clásica penal del delito de estafa, para así saber cuándo quedará configurado el tipo.

Tomando la explicación de Edgardo Donna "...Otra cuestión importante es aclarar que en la estafa el bien jurídico no es, como podría pensarse, la 'buena fe en el tráfico' o la 'lealtad en las operaciones' sino el patrimonio".<sup>23</sup>

El ardid y engaño previstos en el tipo como formas de comisión constituyen simplemente los medios con los que se produce el daño patrimonial del sujeto pasivo, de modo que el quebrantamiento de la buena fe es el *modus operandi* que va a determinar la lesión jurídica patrimonial, pero no el objeto de la tutela, ni directa ni indirectamente.

Si la buena fe fuese el bien jurídico amparado, la consumación del delito debería producirse con la sola realización del engaño, sin necesidad de que ocasione perjuicio patrimonial alguno, solución que resulta inaceptable desde el punto de vista legal.

De manera entonces que para que quede configurado el delito de estafa (y por lo tanto el *phishing*), debe existir primero el ardid o engaño y luego un perjuicio patrimonial consecuencia de dicho engaño. Entonces, que muchas de las conductas consideradas "delictuosas" hoy en día, en realidad no lo son. Me refiero a aquellas personas que se dedican a montar sitios mellizos y enviar *spam* para conseguir que usuarios desprevenidos entreguen sus datos (personales, de tarjetas de crédito, cuentas de correos, etc.) producto del engaño.

No son delito por lo expuesto anteriormente, falta un elemento típico de la conducta básica, que es el perjuicio patrimonial.

De manera que en Argentina no está penada como delito autónomo la mera obtención de datos (por *phishing* o cualquier otro método) con fines de defraudar. Esto hace que gran parte de la cadena de delincuentes informáticos quede en un vacío jurídico tan grande, que nadie es perseguido por ello (en realidad no hay vacío jurídico, porque en derecho penal, lo que no está expresamente previsto *no* es delito).

Vemos que el tipo se cumple al existir fraude por "cualquier técnica informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos". Lo bueno es que el legislador adopto una técnica legislativa amplia de manera que cualquier técnica incluida. Lo que debemos estar atentos es que este inciso exige en realidad modificación del normal funcionamiento. Esto significa que el delito sólo existirá si el cracker se mete en la web oficial del Banco X, y modifica para que cada uno que se "loguee", envíen sus datos a una cuenta privada para luego producir el perjuicio patrimonial.

### **XIII. El nuevo delito de *phishing* en el derecho español**

El ser humano tradicionalmente se ha decantado en no pocas ocasiones por determinadas conductas al margen de lo que la sociedad, sobre todo el Derecho, consideran lícitas.

---

<sup>23</sup> DONNA, EDGARDO Y FUENTE JAVIER. "Aspectos generales del tipo penal de estafa", disponible en: [www.juridicas.historico.unam.mx](http://www.juridicas.historico.unam.mx)

Recordando lo que en esencia es la estafa, nuestros profesores nos mostraban una realidad formada por cuatro actos escalonados para que el delito como tal llegara a consumirse y ser objeto de reproche por ley: el engaño, el error, la disposición patrimonial y el perjuicio a favor de un tercero y con el que la finalidad defraudatoria se había logrado. Pero con el *phishing*, ¿ocurre lo mismo?, ¿qué hay de común y de novedoso respecto de la estafa?

En esencia y ajustándonos a lo que constituye la cotidianidad muchos días hemos recibido *e-mails* con ofertas de trabajo bastante suculentas por las que a través de una labor efectuada desde casa y sin excesivas complicaciones, percibiríamos unos emolumentos difíciles de obtener, aun desempeñando un trabajo que requiera horas de esfuerzo, sacrificio, buena preparación y una considerable responsabilidad. En resumidas palabras, el *phishing* es una nueva modalidad de comisión delictiva por la que, empleando las nuevas tecnologías, el verdadero defraudador quiere un beneficio económico; casi siempre una gran cantidad de dinero. El Código Penal español en su artículo 248.2 afirma que además de lo que viene siendo la estafa tradicional, también se consideran reos de la misma: “Los que con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro”.

Es fácil deducir tras la lectura de este párrafo que el bien jurídico protegido es precisamente el patrimonio en sí. Las actuaciones de defraudadores que emplean herramientas cada vez más pulidas y que generan una credibilidad difícil de superar.

Con la estafa informática, modalidad *phishing* (o pesca de incautos), el defraudador recibirá esas claves necesarias para la extracción involuntaria o incontestada de su titular. La cuestión se complica aún más; aparentemente el esquema conceptual no reviste dificultad alguna pero hay que saber que el autor material del delito no trabaja sólo, sino que junto a él intervienen unos cooperadores que nuestro modo de ver son cooperadores necesarios para la comisión del delito, por tanto, elemento doloso se encuentra presente, a menos que quepa desconocimiento por parte de estos cooperadores o intermediarios que reciben de manera popular y en lenguaje policiaco el nombre de “muleros” o “muleros bancarios”.

El verdadero defraudador, cabeza intelectual de la trama encarga al mulero que se ponga en contacto con las víctimas a fin de obtener dichas claves que sólo el titular de la cuenta puede y debe saber. Cuando la víctima de *phishing* proporciona inocentemente lo solicitado a quien se lo envía es al propio cooperador (que cobrará un porcentaje de lo acordado) y esta cantidad defraudada emprenderá un segundo viaje que por regla general va dirigida al extranjero, lugar donde se sitúa el defraudador auténtico y que no tiene por qué mantener relación alguna con la víctima, a la que ya se ha desposeído de su patrimonio.

No sólo debemos saber que la técnica empleada a través de los ordenadores es esencial para que el delito vaya “edificándose”; también la existencia de una cuenta corriente en el extranjero con la que cobrar las cantidades trasladadas en el menor tiempo.

La víctima tiene como opción preferente comunicarlo al banco del que es cliente y la entidad financiera debería devolver esas cantidades sustraídas sin su beneplácito, pero para ello es conveniente la comunicación con el banco con inmediatez absoluta y la ausencia de un ánimo fraudulento con la empresa.

El último de los aspectos a destacar dentro de lo que es una explicación sucinta de esta nueva vertiente de delitos contra el patrimonio se encuentra en lo que se conoce como “ignorancia deliberada”, un tanto criticada por la doctrina. Consiste básicamente en la cali-

ficación de partícipe con existencia de dolo al tener constancia de que la actuación desempeñada sea algo ilícito, por parte del mulero. Para los jueces no es necesario el conocimiento exhaustivo de toda la operativa: cuando empieza, cuando se pretende concluir, identidad del defraudador, motivos que conducen a una actividad defraudatoria, etc. No es necesario a mi modo de ver que el mulero posea una vasta formación académica; puede deducirse sencillamente que emitir una solicitud de trabajo con grandes contraprestaciones para integrarlos en una cuenta corriente que después pasa a otra del extranjero no forma parte de lo cotidiano. En definitiva y cerrando este tema, el mulero siempre responderá cuando tenga conocimiento de los resultados que pudieran preverse y que su conducta conformara un hecho delictivo.

#### **XIV. Conclusiones**

En suma, teniendo en especial consideración que existe la posibilidad real de que tanto la integridad sexual y psicológica de los niños y adolescentes sea atacada por el accionar de los abusadores surge la imperiosa necesidad de tipificar adecuadamente el delito de *grooming*.

Que, si bien es cierto que en nuestro país se avanzó considerablemente en la materia, no es menos cierto que la redacción legislativa resulta inadecuada en los aspectos ya mencionados.

Que, en orden a lo arriba expuesto, advertimos que la redacción actual de la figura de “*grooming*”, prevista por el art. 131 en el Código Penal, padece de una serie de puntos conflictivos que pueden afectar principios y garantías constitucionales. La vaguedad e imprecisión del tipo penal, la falta de coherencia y sistematicidad con el resto de las disposiciones del Código, así como la falta de proporcionalidad en las penas, pueden llevar a una vulneración de las garantías y libertades individuales.

Que, asimismo entendemos que la tipificación de la figura de *grooming* en el derecho penal argentino, opera como respuesta a las dificultades derivadas de la lucha contra los delitos sexuales por los grandes avances de las tecnologías de la información y la comunicación, que tornaban vulnerables en mayor grado a niños y adolescentes. Su delimitación como delito autónomo y no, como mera tentativa o medio para cometer otro delito, se explica por la intención que tuvieron los legisladores nacionales de brindar una mayor contención y protección a los niños ante el acecho de peligrosos ataques contra su integridad sexual.

Respecto al nuevo delito de *phishing*, la modalidad es crear sitios nuevos, en “urls” parecidas, apelando a la inocencia del usuario. No obstante, y siempre que exista el perjuicio patrimonial, esto será un delito, pero no por estar configurado el inc. 16, sino por ser un caso típico de estafa común del art. 172. Es decir, existe un ardid o engaño (configurado en la realización de un sitio tercero para que el engañado brinde sus datos pensando que lo está haciendo en el sitio oficial), y si luego existe el daño patrimonial, se dan los requisitos esenciales, ergo, hay delito.

Es decir, en realidad esta actividad siempre tuvo sanción penal porque no es más que el “cuento del tío” en formato digital, pero en el fondo, es una defraudación común y corriente.

#### **Bibliografía**

ASOCIACIÓN PENSAMIENTO PENAL, comunicado APP frente a la figura del grooming en el Código Penal, 20 de noviembre de 2013.

- BUOMPADRE, JORGE, *Derecho Penal. Parte Especial*. t I 2ª edición actualizada. Ed .Mave. Bs.As. 2003
- BEATRIZ BUSANICHE, “Grooming: Una mala legislación escondida en buenas intenciones”, *La Gaceta*, 14 de noviembre de 2013. Disponible en:  
<http://.lagaceta.com.ar/nota/568200/política/grooming-mala-legislacion-escondida-buenas-intencione.html>
- CREUS, CARLOS, *Derecho Penal. Parte Especial I*, 2ª edición actualizada, Ed. Astrea. Bs.As. 1998.
- GARIBALDI, GUSTAVO, “Aspectos dogmáticos del grooming legislado en argentina”, *Info-jus*, pág. 36
- MICAELA TOGNOLI, Facultad de Ciencias jurídicas y sociales de la Universidad Nacional del Litoral, año 2012. Ver en:  
<https://docplayer.es/50883604-Delitos-informaticos-en-el-derecho-argentino.html>
- Observaciones del Diputado Manuel Garrido. 25 de junio de 2013.
- PALAZZI, PABLO, *Los delitos informáticos en el Código Penal. Análisis de la ley 26.388*. Primera edición. Buenos Aires, Abeledo Perrot S.A., 2009.
- RAVINOVICH, ELEONORA, “Los problemas del proyecto de ley sobre grooming en Argentina”, *Digital Rights Lac*, 17 de julio de 2013. Disponible en:  
<http://www.digitalrightslac.net/es/los-problemas-del-proyecto-de-ley-sobre-grooming-en-argentina/>
- RIQUERT, MARCELO, “El cibergrooming: nuevo art. 13 del CP y sus correcciones en el Anteproyecto argentino de 2014”.
- VANIDETTI, HUGO, “Inclusión del grooming en el código penal”, en revista *La Ley*, 16 de diciembre de 2013.

### **Fallos**

- Arias, Dante Omar s/ Grooming y abuso sexual con acceso carnal en concurso real en perjuicio de D. M. Y. Disponible en:  
<http://www.justiciasalta.gov.ar/jurisprudencia2017.php>.
- Lanata (C. Nac. Crim. y Corr., sala 6ª, 04/03/1999-Lanata, Jorge). JA1999-III-237.2instancia BS.As., marzo 4 de 1999
- Martolio, Edgardo H.c/Lanata, Jorge E.s/violación y publicidad de correspondencia. C. Nac. Crim. y Corr., sala 6ª, 04/03/1999-Lanata, Jorge). JA1999-III-237.2instancia BS.As., marzo 4 de 1999

### **Sitios de Internet**

- <http://www.docplayer.es/50883604-Delitos- Informáticos-en-el-derecho-argentino.html>
- <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141790/norma.htm>
- <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/220000-224999/223586/norma.htm>.
- [https://www.vialibre.org.ar/wp-content/uploads/2013/06/Observaci%C3%B3n-OD-2164.ly\\_.grooming.pdf](https://www.vialibre.org.ar/wp-content/uploads/2013/06/Observaci%C3%B3n-OD-2164.ly_.grooming.pdf).
- [www.juridicas.historico.unam.mx](http://www.juridicas.historico.unam.mx)



## **Delitos contra la Integridad Sexual Serial. No Dirección de las acciones. ¿Imputabilidad?**

### ***Crimes against the sexual integrity***

Por: **MARÍA CRISTINA BARBERÁ\*** y **NICOLÁS COMAY BORDESSE\*\***

**RESUMEN:** El trabajo trata el problema del abusador sexual reincidente real, específico, serial y su reinserción o no en el medio libre. Nuestro sistema penal es vicariante; no solo responde con penas sino con medidas de seguridad. Hasta ahora, siempre se ha impuesto pena a ese tipo de infractor. Por otra parte, nuestro Código penal considera no imputable a quien no dirige sus acciones. Éste sería inimputable y pasible de una medida de seguridad donde se lo trata como una persona psíquicamente enferma. Nuestra propuesta es investigar si el infractor de delitos contra la integridad sexual puede ser una persona incapaz de dirigir sus acciones, aun comprendiendo lo que hace y el perjuicio que causa y, consecuentemente, susceptible de ser pasible de una medida de seguridad para su tratamiento como tal, entendiendo que su comportamiento es fruto de un estado de inimputabilidad.

**PALABRAS CLAVE:** Integridad sexual .Abuso sexual. Pena. Libertad del penado. Reincidencia. Medida de seguridad. No dirección de las acciones. Inimputabilidad.

**ABSTRACT:** *The issue is about the specific serial sexual abuser and return to the free. Our penal system is vicarious: it responds with penalties and security measures. That inflator has always been punished. The problem arises when he leaves the free environment after having fulfilled it. The current Criminal Code of Argentina declares an unimpeachable person who does not direct his actions even if he understands the criminality of the act in which case a security measure is imposed on him and he is treated. This work tries to investigate if that offender is unimputable because he is subject to an unconscious impulse that prevents him from directing his actions, which would allow him to impose a measure of security and treat him so that he can leave the environment free state of inimputability.*

**KEYWORDS:** *Sexual integrity. Sexual abuse. No direction of actions. Pain. Recidivism. Security measure. Inimputability.*

---

\* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba. Profesora de post Grado de Derecho Penal Facultad de Derecho UNC. Miembro del Instituto de Derecho Penal de la Academia Nacional de Derecho. Directora del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro Honorario de la Asociación Argentina de Victimología. Miembro del Instituto de Prevención del Delito. Ex Vocal de Cámara en lo Criminal Sede Capital. Ex Miembro de Honorable Concejo Directivo de la Universidad Nacional de Córdoba. Ex miembro de la Sala Penal del Concejo de la Magistratura. Ex Profesora Adjunta de grado de Derecho Penal Parte General, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Autora de libros y artículos en revistas de publicación periódica.

\*\* Estudiante de Psicología, cuarto año, Facultad de Psicología UNC. Ayudante de Cátedra de Psicobiología experimental. Integrante del servicio de extensión universitaria en prevención en consumo problemático de drogas.

## **I. Prolegómeno**

No vamos a tratar la historia de estos delitos porque no viene al caso su consideración, sólo vamos recordar que estos delitos estaban antes tratados bajo el título denominado *Delitos contra la Honestidad*, denominación propia de la cultura de la época (1922).

Tampoco nos vamos a ocupar aquí de la ubicación de la imputabilidad dentro de la teoría del delito agregando que no me parece un error garrafal considerarla como presupuesto de la culpabilidad pues quien así lo aseverare estaría acompañado por la mejor doctrina del siglo pasado con fundamento discutible pero no desechable por anticientífico. Es decir, antigua pero no descartable por infundada.

Si decimos que la inimputabilidad es la imposibilidad de exigirle a un ciudadano un comportamiento arreglado a derecho estamos hablando de sus consecuencias.

Así las cosas, agradeciendo la venía de no tratar su ubicación, como creo que el criterio bio-psicológico-volitivo para describir la imputabilidad, amablemente nos podemos dar, más adelante, un tiempo para hacer un análisis sobre su posición.

### **EL MARCO NORMATIVO**

Son delitos contra la integridad aquéllos que afectan el legítimo derecho de resguardar la propia sexualidad y elegir libremente, cuándo, con quién y bajo qué modalidad se acepta tener contacto sexual.

Correctamente se considera que los delitos contra la integridad sexual son aquellos que atacan la libertad y la voluntad sexual de una persona. Se trata de agresiones sexuales que atentan contra la integridad, la privacidad y la identidad de las personas.

*Los delitos contra la integridad sexual son:*

- Abusos sexuales
- Abusos sexuales agravados
  - Promoción y facilitación de la prostitución
  - Corrupción de menores
  - Proxenetismo agravado y rufianería
  - Difusión de imágenes y espectáculos pornográficos de menores
  - Sustracción o retención de una persona con la intención de menoscabar su integridad sexual
  - Ciberacoso sexual infantil o *grooming*

*Imputabilidad*

Artículo 34 C.P. ley 11179

No son punibles:

1°. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o *dirigir sus acciones*.

## **II. Desarrollo Histórico del Problema**

Los motivos del agresor sexual han sido objeto de gran controversia en la psicología. BRYDEN Y GRIER (2011) realizaron una revisión histórica de cómo el estudio académico abordó esta cuestión. Hubo principalmente dos paradigmas:

## AGRESOR COMO PACIENTE MENTAL

Hasta los años '70 los enfoques dominantes fueron los realizados por psicólogos. Las explicaciones psicoanalíticas predominaron y tuvieron la característica de ser muy variadas: malos padres, superación de una “ansiedad masculina” (debido a padres ausentes y madres sobreprotectoras), residuos inconscientes sin resolver del “complejo de castración” freudiano, complejo de “dama-prostituta”, etc. El psicoanálisis fue perdiendo su hegemonía rondando los años '60, debido a críticas epistemológicas y científicas. Las tipologías y explicaciones para los motivos de la agresión sexual variaban de un autor a otro (BRYDEN Y GRIER, 2011).

Más aún, GARRIDO (1989) consigna que los psicólogos criminalistas ya no consideran que todo acto violento conlleve una personalidad anormal o patológica y que se han encontrado dificultades para armar un cuadro único del agresor sexual. El autor destaca, además, que en la actualidad no parece que la evidencia empírica apoye la idea del agresor sexual como neurótico (terminología psicoanalítica) o perturbado emocionalmente. Garrido rechaza la idea de anormalidad global para caracterizar al agresor sexual, aunque considera que sí puede haber casos en los que algún tipo de psicopatología sea la causa de la agresión.

## AGRESOR COMO PARTE DEL PATRIARCADO

A partir de los '70 fueron las teorías feministas quienes intentaron explicar los motivos y las causas de la violación. Dentro de esta perspectiva, la violación no era un tipo de desviación sexual, sino un tipo de “violencia penetrante del patriarcado hacia la mujer”. El patriarcado fue considerado la causa de las actitudes del agresor sexual (BRYDEN Y GRIER, 2011). La sociedad se estructuraría ideológicamente de una forma en la que la mujer es una “víctima legitimada” de unos roles y estereotipos que mediatizan las relaciones y expectativas interpersonales (GARRIDO, 1989). Por lo tanto, esta visión de la agresor sexual es completamente incompatible con la anterior; lejos de ser personas con problemas psicológicos, los agresores sexuales serían personas normales resultado de una cultura patriarcal. Las feministas adoptaron una explicación sociológica: la violación es un “crimen político” motivado por la misoginia y el deseo de subyugar a la mujer.

En las conclusiones de su trabajo, Bryden y Grier destacan que ninguna de estas líneas de investigación fue concluyente. Los científicos sociales son las autoridades de la cuestión en la actualidad, por lo que, en palabras de los autores, las “anecdóticas, impresionantes y dogmáticas cualidades de los análisis motivacionales clínicos y feministas se han vuelto poco comunes”, perdiendo poder en la literatura científica actual. Destacan, además, que la gratificación sexual es el objetivo primario de los violadores – sin descartar otros objetivos que pueden a veces existir (dominación, poder, etc.). No hay una causa maestra para la violación, sino una red intrincada de causas, entre las cuales *la ausencia de inhibición puede ser tan importante como la presencia de un objetivo*.

## ENFOQUE PSICOANALÍTICO

### APORTES DEL PSICOANÁLISIS A LA CRIMINOLOGÍA

AGUILERA-TORRADO (2010) plantea que el psicoanálisis viene a reevaluar las explicaciones positivistas que los teóricos de la criminología actual poseen, según las cuales la génesis del comportamiento criminal está en factores externos (irracionalidad, desviaciones, rasgos biológicos) o en contingencias ambientales. El psicoanálisis trae consigo una nueva forma

de investigar la conducta criminal, distinta de la tendencia actual de identificación de rasgos de personalidad y la construcción de tipologías de conducta.

El psicoanálisis, según el autor, incluye en el análisis de la conducta criminal una nueva variable esencial: *la motivación inconsciente del comportamiento*.

El estudio del crimen desde esta perspectiva permite establecer la forma de operar y el repertorio conductual del criminal, el objetivo del crimen y la intencionalidad de quien lo hace.

#### PSICOANÁLISIS Y RESPONSABILIDAD

ZULETA (1987) plantea la noción del determinismo psíquico freudiano (según el cual todos los actos de una persona tienen un origen inconsciente) como causa del comportamiento criminal. Para el psicoanálisis, dicha conducta es resultado de la vida del criminal, considerando que la misma puede ser explicada por sus relaciones interpersonales. “Si asumimos que el efecto puesto en estas relaciones, la forma que éstas tuvieron y la manera como fueron vividas determina una conducta, nos ubicamos necesariamente frente al determinismo psíquico” consigna el autor. Como para la teoría freudiana todas las causas del comportamiento son inconscientes, “el psicoanálisis no puede contestar a la pregunta de en qué medida es culpable el delincuente”, ya que no es posible determinar si un comportamiento ha sido previsto y hecho a propósito. Lo prioritario realmente para entender la causalidad psíquica del acto criminal no son los rasgos de personalidad, sino la dinámica inconsciente en juego que sostiene dicho acto (AGUILERA-TORRADO, 2010).

El psicoanálisis considera al acto criminal como equivalente al síntoma, es decir, desde la perspectiva del malestar que manifiesta un conflicto pulsional. Es mediante la repetición compulsiva de acciones que se busca saldar este conflicto no resuelto. El sujeto nada puede hacer para detenerse debido a que no conoce estas causas (inconscientes) que lo mantienen repitiendo acciones que lo “desintegran anímicamente”. Detrás del crimen, entonces, hay toda una dinámica inconsciente presente (AGUILERA-TORRADO, 2010).

Siguiendo los planteamientos de Aguilera-Torrado, para el psicoanálisis la estructura psíquica del criminal no es diferente de la de quien no ha cometido algún delito. El criminal no es un ser excepcional, con rasgos de personalidad particulares. Los criminales y los no-criminales están estructurados psíquicamente de la misma manera: a través del complejo de Edipo y el complejo de castración. Lo importante es la dinámica inconsciente que sustenta el acto criminal. La motivación de dicho acto, al ser inconsciente, tiene que ver con cómo se organiza el deseo y el goce en la vida psíquica de cada sujeto (conceptos lacanianos).

LLUL CASADO (2012) añade otros elementos para pensar la responsabilidad en psicoanálisis. La autora consigna el “efecto sujeto”, concepto que refiere a una temporalidad específicamente freudiana: dos tiempos. La lógica implica un primer tiempo, un intervalo y un segundo tiempo. Es en el segundo tiempo donde aparece la lectura del sujeto, el “efecto sujeto”. No hay responsabilidad posible, según la autora, en el primer tiempo. En ese momento solo hay pasaje al acto, pero no lectura. Esta última siempre es a posteriori, en el segundo tiempo.

Pensar la responsabilidad con relación a un acto criminal supone poner en consideración el efecto sujeto planteado por la autora. Si el crimen fue un pasaje a acto, habrá que hacer lugar a un espacio-tiempo para que el sujeto pueda realizarse, ya que este pasaje al acto deja abolida la instancia subjetiva. Para lograr alguna interpelación posible debe pasarse el intervalo y estar ya en el segundo tiempo. Dicha interpelación supone al Otro (con-

cepto lacaniano) y solo esta instancia permite introducir al sujeto como efecto. Puede haber sujeto, puede haber por tanto responsabilidad, concluye la autora.

#### PSICOANÁLISIS DEL AGRESOR SEXUAL

ZÁCIPA JIMÉNEZ (2011) consigna que Freud, al intentar comprender el aparato psíquico, planteó que este debe, en su desarrollo normal, toparse con límites que instauran los padres y que posteriormente son reforzados por la cultura. Dichos límites provocarán la represión de ciertos deseos de la persona. Dicho desarrollo a nivel mental parece verse perturbado en los agresores sexuales, porque algo sucede en su psiquismo que los habilita de alguna forma a traspasar dichos límites, dando libertad de acción a sus deseos. Es en el inconsciente, prosigue el autor, donde se pretende comprender la configuración que lleva a los agresores sexuales a cometer el delito.

En sus conclusiones, el autor retoma a Freud para destacar la génesis del agresor sexual. Ella radica sobre la disposición perversa polimorfa que Freud plantea como universal en el ser humano. En ese sentido, todo ser humano es un potencial agresor sexual, sin embargo, depende de los padres y la cultura el establecer límites para dichos impulsos, logrando que el niño interiorice las normas.

La forma en cómo cada sujeto asume la norma/ley es particular: los neuróticos la asumen de forma dolorosa, los perversos la reconocen para violarla y los psicóticos se mantienen por fuera de ella, la niegan (AGUILERA-TORRADO, 2010). Este proceso de atravesamiento de la ley es universal, se da en todos los sujetos. Cómo dicha ley reorienta el deseo en cada sujeto dependerá de su estructura. La clínica psicoanalítica demuestra que el criminal no tiene una estructura excepcional respecto a los que no lo son.

Por lo tanto, utilizando los aportes de ambos autores, consignamos que:

El criminal no tiene una estructura psíquica particular, su aparato psíquico está estructurado normalmente. Éste se inscribiría dentro de cualquiera de las tres estructuras freudianas, a saber: neurosis, psicosis o perversión. El agresor sexual tendrá como particularidad no tener interiorizada la “Ley”, lo cual puede deberse a una falla en la función paterna o en el posterior reforzamiento cultural.

*“Esto significa desde el punto de vista individual la dificultad del delincuente para aceptar la ley, lo que implica dificultades en el desarrollo de su personalidad. A su vez desde el punto de vista social significa un alteración, violación o transgresión de la norma establecida” (ROMI, 1995<sup>a</sup>).*

Romi destaca, a su vez, que en la observación de delincuentes sexuales se ve que el 80 a 90% de los mismos no se presentan signos de alienación mental, por lo que son jurídicamente imputables. De ellos, un 30% no se le detectan trastornos de personalidad grandes y su conducta sexual social es adecuada. El resto de este grupo sí presenta trastornos de personalidad (con o sin perturbaciones sexuales manifiestas como disfunciones, parafilias, desviaciones, etc.), psicópatas antisociales y/o sexópatas.

El grupo minoritario (10 al 20%) son individuos con características de alienación mental, en su mayoría jurídicamente inimputables. Correlacionar psicopatología y delito sexual, entonces, no es correcto. Además, la creencia de que un violador actúa impelido por fuertes deseos sexuales se ha visto desacreditada en la actualidad, al menos como explicación universal. Lo mismo sucede para la tesis de la enfermedad mental en los agresores sexuales: la ausencia de enfermedad mental, sobre todo en los violadores, es muy fre-

cuenta; por lo general se trata de individuos con conductas aprendidas en el marco de una socialización deficiente.

#### VÍNCULO ENTRE LA NEUROCIENCIA Y EL DERECHO: LA CONDUCTA HUMANA

GARCÍA (2007) plantea que la neurociencia y la imputabilidad pueden confluir en el término “conducta humana” ya que, si lo que le interesa al derecho es la conducta y su adecuada regulación, lo que le interesa a la neurociencia es la comprensión del porqué de dicha conducta (y su base neural).

El autor plantea que para un verdadero ejercicio del derecho es necesaria la psicología y un conocimiento de la profundidad del funcionamiento cerebral, por lo que es necesario e inevitable que los juristas presten atención a las actuales y futuras investigaciones sobre el cerebro y la conducta. Las mismas pueden brindar información sólida y científica fundamental para una legislación más justa, objetiva y actual.

Artículos e investigaciones vaticinan una y otra vez que la neurociencia tendrá un impacto profundo y revolucionario sobre el derecho. En los últimos años, el auge de las discusiones que vinculan neurociencia y derecho ha ido en aumento (NARVÁEZ MORA, 2012).

Los avances neurocientíficos pueden conseguir un destacado papel en el ámbito jurídico. En primer lugar, de manera directa y explícita, pueden algunas técnicas constituirse en elementos de prueba, mientras que otras técnicas o neurofármacos pueden usarse como medidas asociadas a la pena o a la rehabilitación de los delincuentes. En segundo lugar, los nuevos conocimientos pueden influir en las intuiciones morales de la sociedad, así como en las obligaciones percibidas (CAPÓ, NADAL, RAMOS, FERNÁNDEZ Y CELA CONDE, 2006).

#### NEUROCIENCIA Y RESPONSABILIDAD

CAPÓ (et al. 2006) plantean que el comportamiento está determinado por los genes, la experiencia y el ambiente. En relación a esto, dichos autores citan los hallazgos de CASPI (y colaboradores, 2002), los cuales encontraron una relación entre una variante de un gen que codifica una enzima (la monoamina oxidasa A) encargada de metabolizar ciertos neurotransmisores y la conducta violenta en varones. Lo particular de esta investigación es que el comportamiento violento solo aparecía en los varones que, además de este gen, habían sido maltratados en la infancia. Este estudio demuestra entonces cómo una cierta combinación de genes y del ambiente puede resultar determinante en cuanto a las pautas de comportamiento de los individuos.

De esta manera, la neurociencia pone al descubierto un cierto determinismo que pone en peligro al supuesto “libre albedrío” en el cual el Derecho se basa para atribuir responsabilidad al sujeto que comete un acto fuera de la ley.

#### APORTES DESDE LA NEUROPSICOLOGÍA FORENSE AL CONSTRUCTO DE “NO DIRECCIÓN DE LAS ACCIONES”

En consonancia con lo que se viene argumentando, ALCÁZAR-CÓRCOLES, VERDEJO-GARCÍA, JOSÉ BOUSO-SAZ Y BEZOS-SALDAÑA (2010), plantean que para comprender el fenómeno de la violencia en el ser humano hay que tener en cuenta variables biológicas con aspectos psicosociales y de aprendizaje. Es decir, la interacción que se da entre los genes y el medio ambiente en el cual se desarrolla un individuo. Siguiendo a los autores “en la prevención de estos actos y el tratamiento de los agresores y delincuentes impulsivos, es crucial considerar que los individuos con alto riesgo biológico pueden ser particu-

larmente vulnerables a los efectos negativos de la exposición a ambientes adversos a lo largo de su vida”.

Los múltiples hallazgos en neurociencias (particularmente la neuropsicología, que es una especialidad del amplio espectro de las neurociencias) indican que es probable la existencia de un correlato neuroanatómico que puede contribuir a la explicación de las conductas agresivas e impulsivas. Así, daños estructurales o deficiencias funcionales en el área de la corteza pre-frontal dan lugar a dicho tipo de conductas (con gran variabilidad dependiendo la gravedad y la extensión del daño o de la disfuncionalidad) caracterizadas por emisiones de respuestas rápidas y sin reflexión, comportamientos inadecuados al contexto social y moral, poca planificación en los actos y acciones que “frecuentemente ponen al individuo en riesgo de implicación delictiva” (ALCÁZAR-CÓRCOLES et al, 2010).

*Ejemplo: el famoso caso de Phineas Gage.*

En 1848, Phineas Gage, jefe de construcción del ferrocarril entre Rutland y Burlington, fue víctima de un accidente a los 25 años de edad. Gage era quien se encargaba de las explosiones para nivelar el terreno. Su labor consistía en perforar agujeros en la roca, meter pólvora, cubrirlos con arena y taparlos con una placa de acero. Él era una persona responsable, inteligente y bien adaptada socialmente; cualidades que le valieron este importante y peligroso trabajo, que requería de concentración y meticulosidad. El día del accidente, la pólvora explotó y la placa de acero atravesó su cara, cráneo y cerebro de lado a lado.

Sorpresivamente, Phineas Gage sobrevivió. Tras su recuperación, daba la impresión de que tanto sus capacidades motoras corporales como su inteligencia estaban intactas, pero su personalidad y sus emociones habían cambiado. Él, además de las cualidades que previamente destacamos, era religioso y respetuoso con los demás, pero luego del accidente se convirtió en un individuo irreverente e impulsivo. Insultaba y se transformó en una persona de poco fiar, por lo que perdió su trabajo y nunca más pudo hacer tareas que requirieran cierta responsabilidad. Además, se volvió caprichoso, no pensaba ni escuchaba a los demás, se volvió desorganizado e irresponsable, fantaseaba con proyectos improbables, presentaba desinhibiciones sociales (insultos, insinuaciones, groserías sexuales, etc.), dudaba permanentemente, su comportamiento moral, social y ético se vio afectado, etcétera.

En 1994, se realizó una reconstrucción por computadora del caso de Gage. La placa de acero había afectado a ambos lóbulos pre-frontales mediales, los cuales están implicados en la planificación de la conducta y la regulación de la emoción, entre otras funciones (Pinel, 2007).

## EL CEREBRO ESTÁ CONSTITUÍDO POR SISTEMAS

BERCHARA, DAMASIO Y DAMASIO (2000) señalan que no hay que caer en la simplificación que conlleva identificar un área cerebral con una función, ya que las disfunciones o patologías asociadas al daño o mal funcionamiento de una región determinada sólo pueden ser comprendidas en relación a sistemas neurológicos multicomponentes. Siguiendo a estos autores, la disfunción de los circuitos pre-frontales está probablemente acompañada por una hiperactividad de varias regiones subcorticales, sus interconexiones y en el equilibrio relativo en la actividad de estas regiones.

Las áreas involucradas en las funciones ejecutivas y en la regulación emocional serían: las zonas orbito-frontal y ventro-medial y el córtex cingulado anterior (todas regiones pre-frontales) sumadas a estructuras subcorticales como la amígdala, el hipocampo y el hipotálamo.

Desde las neurociencias actuales, se contempla al constructo de la impulsividad desde las deficiencias en las funciones ejecutivas (dependientes de la actividad de la corteza pre-frontal) para controlar la conducta (Alcázar-Córcoles et al, 2010).

#### MÁS ESTUDIOS EMPÍRICOS AL RESPECTO

Gracias a los avances tecnológicos, la posibilidad de realizar neuroimágenes de distinto tipo ha permitido la localización de sistemas o áreas cerebrales que pueden presentar disfuncionalidad o daño estructural en delincuentes agresivos y violentos (ALCÁZAR-CÓRCOLES et al, 2010).

De esta manera, algunos de los estudios en el tema son los siguientes:

RAINE, MELOY, BIHRLE, STODDARD Y LACASSE (1998) tomaron un grupo de asesinos y lo dividieron en dos: depredadores (agresión premeditada) y afectivos (agresión impulsiva). Los autores hallaron que los asesinos afectivos presentan una baja tasa de actividad en sus cortezas pre-frontales, mientras que los depredadores presentan un funcionamiento que se acerca al del grupo control en esta área. Esto sugiere que, por un lado, los asesinos depredadores tienen control sobre su comportamiento, adaptándolo a sus fines criminales. Por otro lado, ambos tipos de asesinos presentaron mayor actividad en centros subcorticales, lo que puede causar proclividad al comportamiento agresivo. Pero, como se mencionó, mientras que un grupo tiene control y regulación de sus impulsos por su intacta corteza pre-frontal (depredadores), el otro (afectivos) carece de este control pre-frontal, por lo que tienen arranques agresivos, impulsivos y desregulados.

DAVIDSON, PUTNAM Y LARSON (2000) plantean que la agresión impulsiva es resultado de disfunción en el conjunto de estructuras que regulan la respuesta emocional: regiones pre-frontales (orbito-frontal, ventro-medial) y estructuras subcorticales (amígdala, hipocampo) relacionadas a la emoción y los instintos. Disfunción o daño en estas zonas, da como resultado (tal como se viene desarrollando), una predisposición a comportamientos irresponsables y violentos.

Nuestra hipótesis se enfoca en agresores sexuales seriales, los cuales presentan muchas características asociadas a psicopatía. Estudios en neurociencia de estos individuos han mostrado una reducción de un 22,3% de materia gris (referida a los cuerpos celulares de las neuronas) en la corteza orbito-frontal (la cual es parte de la corteza pre-frontal), la cual se encarga de aspectos tales como integrar la moralidad con las emociones, reconocer el estado emocional de los otros e inhibir comportamientos antisociales. Esta zona, entonces, se encarga de la toma de decisiones morales. Estudios de imágenes cerebrales funcionales mostraron reducción de actividad en esta zona en estos psicópatas. Además, lesiones en esta área a menudo conllevan características psicopáticas de personalidad, como por ejemplo mentir patológicamente, irresponsabilidad, comportamiento sexual promiscuo, superficialidad en los afectos y ausencia de culpa o remordimiento.

Respecto a estructuras subcorticales aparentemente afectadas en los sujetos psicópatas, estudios por imágenes cerebrales han mostrado anomalías estructurales y funcionales en la amígdala, tales como reducción de su volumen, actividad reducida en tareas de miedo condicionado, reconocimiento de emociones y juegos socialmente interactivos. Se encontró además reducción de la actividad de esta área durante la toma de decisiones morales en relación a dilemas morales y emocionales. Se sugirió que esta hipoactivación de esta zona puede contribuir a aumentar el riesgo de agresión instrumental en la psicopatía. Anormalidades en otras zonas subcorticales también han sido encontradas: el volumen del hipocampo posterior se correlaciona negativamente con la psicopatía y, además, se encon-

traron asimetrías en dicha estructura en estos sujetos. Disfunción hipocampal podría resultar en desregulación de los afectos y reducción del miedo condicionado por el contexto. El hipocampo tiene densas interconexiones con la amígdala y la corteza pre-frontal, áreas que están implicadas en la psicopatía, tal como fue consignado, por lo que puede afectar y ser afectado por el funcionamiento de estas estructuras. Además, tanto el giro cingulado anterior como el posterior presentan un funcionamiento reducido en los psicópatas en tareas de miedo condicionado, tareas de memoria afectiva y durante el procesamiento de información emocional. Se considera que ésta área es importante en la cognición social y en interconectar experiencias emocionales a evaluaciones morales.

Además, se ha observado en sujetos psicópatas un exceso de actividad en el núcleo estriado, estructura que es parte del sistema de recompensa cerebral. Las conclusiones de los autores refieren a que esta hiperactivación podría indicar que estos individuos sienten placer al ver a sus víctimas sufriendo. Esto, en consonancia a los hallazgos mencionados en la amígdala y partes de la corteza pre-frontal, podría contribuir al comportamiento agresivo de estos sujetos. Se ha observado un volumen aumentado del estriado y sus subregiones en hombres con trastorno antisocial de la personalidad y adolescentes y adultos con comportamiento agresivo (todos estos estudios se encuentran en la revisión realizada por GLENN Y RAINE (2009)).

Siguiendo a GLENN Y RAINE (2009), entonces, la evidencia neurobiológica indica que hay diferencias entre los cerebros de los psicópatas comparados a los individuos normales, particularmente en regiones que son importantes para la adecuación moral del comportamiento. Las implicancias de esto serán retomadas en las conclusiones del trabajo.

Tal como se destacó en el apartado anterior, disfuncionalidades en áreas subcorticales también deben ser tenidas en cuenta. El cerebro, como fue mencionado, es un sistema complejo y las múltiples interacciones entre sus zonas deben considerarse a la hora de evaluar la conducta y personalidad de un individuo. La literatura revisada sugiere que hay asociación entre disfunción neurológica y agresión sexual, proponiendo que los sistemas pre-frontales-sub-corticales que involucran a la corteza orbito-frontal, el núcleo estriado y el tálamo son en parte responsables de la regulación del comportamiento sexual, mediando funciones tales como iniciación, elección, empatía e inhibición. Estructuras límbicas y subcorticales como la amígdala, los núcleos septales y el hipotálamo median distintos elementos del comportamiento sexual tales como el impulso, la motivación y la orientación sexual. En resumen, las redes y configuraciones neuroanatómicas que controlan el comportamiento sexual son densas y complejas, conformando un complejo conjunto de estructuras en el sistema nervioso. Mientras que las lesiones o disfunciones en las áreas frontales pueden llevar a conductas antisociales e impulsividad, daños estructurales o funcionales en el sistema límbico pueden llevar a impulsos sexuales incontrolables (FABIAN, 2012).

#### NEUROPSICOLOGÍA Y EVALUACIÓN DE LAS CAPACIDADES LEGALES.

La neuropsicología puede ser de gran utilidad en el ámbito legal debido a que la jurisprudencia de la mayoría de los países reconoce como prioridad un mínimo de capacidad cognitiva de los sujetos, tanto en áreas civiles como penales. Dicha utilidad radica en la capacidad de la neuropsicología (en este caso, neuropsicología forense) para la evaluación de las funciones cognitivas. Así, disfunciones en la actividad cognitiva puede traer consecuencias civiles, legales y penales. Nos centraremos en las últimas que son el objeto de nuestro estudio.

## VALIDEZ “ECOLÓGICA” DE LAS PRUEBAS EN NEUROPSICOLOGÍA

Validez ecológica es un constructo desarrollado por esta rama del conocimiento que refiere a que la neuropsicología forense (y la neuropsicología en general) debe tener en cuenta y enfocarse en el significado funcional de las pruebas formales que realiza. Es decir, las “consecuencias reales que los daños cerebrales (o disfunciones) tienen sobre las funciones en el contexto natural de la persona” (MONGUIÓ, 2010). Debe tenerse como objetivo rector la idea de que el rendimiento objetivo en las pruebas neuropsicológicas debe enlazarse a las funciones cotidianas para la vida cotidiana del individuo.

En conclusión, el concepto “validez ecológica” no se aplica al test en sí mismo, sino a las inferencias que de éste se derivan.

## RESPONSABILIDAD PENAL

Nuestro sistema penal prevé la posibilidad de declarar inimputable a quien no comprende el acto que ha cometido o a quien no tiene dirección de las acciones. La responsabilidad penal, por lo tanto, requiere que el individuo pueda conocer y discernir respecto a las acciones que realiza, y que éste actúe libremente. Un examen neuropsicológico puede aclarar el estado de las funciones cognitivas de un individuo implicado en una situación penal, funciones que, como vimos, afectan la capacidad de entender y comprender las consecuencias de la propia conducta. Además, dicho examen debe incorporar la evaluación de funciones ejecutivas que afectan a la volición, ya que la incapacidad de inhibir impulsos puede llevar a no analizar las consecuencias a corto y largo plazo (MONGUIÓ, 2010).

En efecto, teniendo en cuenta todos los estudios empíricos en neurociencias citados, los hallazgos actuales pueden demostrar anormalidades neurobiológicas en agresores sexuales y psicópatas en regiones que son importantes para producir un comportamiento adecuado socialmente. Consecuentemente, si los agresores sexuales seriales al igual que los psicópatas carecen de un núcleo de sentido moral debido a su disfuncionalidad cerebral en áreas importantes en la toma de decisiones morales: ¿pueden ser culpados por sus acciones? (GLENN Y RAINE, 2009).

La pregunta remite a cuándo la evidencia neurocientífica puede ser utilizada y servir como información útil en la búsqueda para determinar la responsabilidad, la anormalidad mental, la dirección de las acciones y el riesgo de reincidencia. Dicha evidencia, según FABIAN (2012), puede ser utilizada de las siguientes maneras en los procedimientos legales:

1. Por los abogados para plantear que el agresor no tiene déficits neurológicos y neuropsicológicos y por ende no carece de la habilidad para controlar su comportamiento sexual.
2. Por los abogados para plantear que el agresor tiene déficits neurológicos y neuropsicológicos significativos que llevan en parte o completamente a sus agresiones sexuales.
3. Por los abogados para plantear que los desórdenes neurológicos causantes del comportamiento del agresor sexual pueden ser tratados con tratamientos neuropsiquiátricos avanzados que disminuirían el riesgo de re-agresión sexual.
4. Por los abogados para utilizar los déficits neuropsicológicos o neurológicos como evidencias atenuantes de una posible pena.
5. Por los fiscales y querellantes particulares, para argumentar que el agresor tiene una discapacidad neurológica y neuropsicológica significativa por lo que carece de la capacidad de controlar sus comportamientos sexuales agresivos.

6. Por los fiscales y querellantes particulares para establecer que debido a sus déficits neurológicos y neuropsicológicos el agresor es insensible al tratamiento cognitivo-conductual e intervenciones destinadas a disminuir su riesgo de re-agresión sexual.

Nuestra perspectiva al respecto será planteada en las conclusiones.

## PSICOANÁLISIS, NEUROCIENCIAS FUNDAMENTACIÓN DE LA ELECCIÓN DE NUESTRO ENFOQUE TEÓRICO.

### PSICOANÁLISIS

El psicoanálisis es un cuerpo teórico concebido por Sigmund Freud a través de su práctica clínica médica. Consiste en un modelo de mente específico, pero también en un tratamiento para el padecimiento mental. Su bagaje conceptual comenzó a gestarse a fines del siglo XIX, desarrollándolo Freud durante todo el siglo XX y continuado por sus sucesores hasta nuestros días.

El modelo de mente freudiano tuvo dos configuraciones diferentes. La primera, llamada “primera tópica”, concebía a la psiquis humana como dividida, fragmentada en tres secciones diferentes: la conciencia, constituida por nuestra percepción; el preconsciente, constituido por las huellas mnémicas que tienen fácil acceso a la conciencia; el inconsciente, representado por aquellas huellas mnémicas más primitivas, ligadas a los instintos, de difícil acceso a la conciencia. Este difícil acceso se da, según Freud, por el conflicto que dichas representaciones inconscientes generan en la personalidad, lo que lleva a que estas sean censuradas. Dicho conflicto se da porque estas tres regiones (sentido tópico del aparato psíquico freudiano) están en constante interacción dinámica, y además Freud destaca que determinados montos de energía cuantificable (“energía psíquica”) están en juego en esta interacción (sentido económico del aparato).

Teniendo en cuenta esto, Freud llama “exposición metapsicológica” a un análisis de un determinado aspecto del aparato psíquico cuando se tienen en cuenta estas tres dimensiones: tópica, dinámica y económica (FREUD, 1995 [1911-1913]).

Ahora bien, luego de muchos años de investigación, Freud decidió modificar su concepción del aparato psíquico. Lo dividió en tres nuevas áreas: yo, superyó y ello (la “Segunda Tópica”). Cualquiera de éstas puede tener regiones inconscientes. El “ello” freudiano sería una región formada por mayormente por impulsos inconscientes, primarios, más básicos e instintuales. Más precisamente, sería el “reservorio pulsional” del sujeto (terminología más estrictamente freudiana). El superyó sería la introyección de la autoridad paterna y posteriormente los límites culturales. Este superyó está encargado de la observación de sí mismo, de ser el reservorio de la moral y de contener los ideales (Freud lo llama “Ideal del Yo”). Por último, el yo se compone de nuestra conciencia y percepción, y es la parte del aparato encargada de dominar los impulsos del ello y las exigencias superyoicas; debe entonces regular todo el funcionamiento del aparato en función del “principio de realidad” (Freud, 1996 [1923-25]).

Otros conceptos importantes del psicoanálisis son los siguientes:

Sexualidad: la sexualidad humana, según Freud, empezaría en la infancia, siendo este uno de sus postulados que más polémica generó. Las pulsiones sexuales de los niños atravesarían etapas de desarrollo: oral, anal, fálica y genital. Luego de una etapa de laten-

cia, la sexualidad retornaría en la adolescencia y se desarrollaría “normalmente” (FREUD, 1996 [1901-05]).

Complejo de Edipo: en síntesis, el niño o la niña tendría como primeros objetos, tanto de pulsiones libidinales como hostiles (complejo de Edipo “completo”), a sus padres o cuidadores. Dichas pulsiones atravesarían las fases de la sexualidad descritas anteriormente.

Complejo de castración: se presenta diferentemente según el sexo. En el varón, la visión de los genitales femeninos desencadenaría un “temor a la castración” que haría declinar su complejo de Edipo, llevándolo a la fase de latencia. En la niña, su percepción de ausencia de falo es la que la llevará a alejarse de la madre y desear un hijo del padre como sustituto del falo que no posee. Así, mientras que en el varón el complejo de castración destruye al complejo de Edipo, en la niña prepara el terreno para su desarrollo (FREUD, 1996 [1923-25]).

Pulsión: Freud la define como el “representante psíquico de una exigencia somática” (FREUD, 1996 [1914-16]).

Series complementarias: la psiquis de un sujeto adulto se compone de “series complementarias”. Para Freud, las vivencias infantiles estarían compuestas por nuestra “herencia filogenética” (es decir, nuestras fases oral, anal y fálica) y vivencias accidentales (reales o fantaseadas) que fijan, producen detenimientos de la pulsión en determinadas fases de la sexualidad, impidiendo el desarrollo hacia una sexualidad normal de la misma. Este vivenciar infantil se complementa con una segunda serie, el vivenciar adulto. Es decir, que en la adultez una vivencia traumática o una ausencia de satisfacción pueden llevar al sujeto a una regresión de la pulsión a dichos puntos de fijación infantiles. Si el sujeto presenta un rechazo o conflicto a esta regresión desarrollará una neurosis, si no, una perversión. La interacción fijación-regresión es la que define al sujeto (FREUD, 1916-18).

## NEUROCIENCIAS

La neurociencia abarca un conjunto de disciplinas relacionadas entre sí, por ello es que es preferible el término “neurociencias”, en plural. Básicamente, estas disciplinas se encargan del estudio del sistema nervioso del ser humano (y por ende su conducta, ya que ésta deriva de aquel), empleando diferentes métodos: estudios experimentales, cuasi experimentales, estudios de casos, etc. Algunas de estas disciplinas son las siguientes (esta lista no es exhaustiva, además pueden hacerse subdivisiones dentro de cada área):

Neuroanatomía, consistente en el estudio de la estructura del sistema nervioso.

Neuroquímica, dedicada al estudio de las bases químicas de la actividad neural.

Neuroendocrinología, que se encarga de las interacciones entre el sistema nervioso y el sistema endócrino.

Neuropatología, rama que se dedica al estudio de los trastornos del sistema nervioso.

Neurofarmacología, que estudia cómo afectan los fármacos al sistema nervioso.

Neurofisiología, que comprende el estudio de las funciones y la actividad de dicho sistema.

Biopsicología, estudia científicamente la biología de la conducta (está compuesta por la psicología fisiológica, la psicofarmacología, la neuropsicología, la psicofisiología y la neurociencia cognitiva) (Pinel, 2007).

La neurociencia ha tenido en los últimos años del siglo XX y en la actualidad un grandísimo desarrollo debido a las diferentes tecnologías de neuroimagen que permitieron observar y estudiar el cerebro incluso en acción.

#### ¿POR QUÉ UN ENFOQUE NEUROCIENTÍFICO Y NO UNO PSICOANALÍTICO?

El poder explicativo y el rigor metodológico de las neurociencias son los que hacen decantar la balanza a favor de ellas para poder dar una explicación del concepto de “no dirección de las acciones” en los agresores sexuales. Las neurociencias, asentándose sobre ciencias muy bien desarrolladas como la biología, la química y la física, nos brindan un marco muy sólido para buscar respuestas. Su capacidad de mensurabilidad, cuantificación y de llevar a cabo estudios experimentales permiten conclusiones mucho más precisas sobre lo que se desea estudiar.

El psicoanálisis, si bien ha tenido muchos frutos y descubrimientos, se encierra en su propia disciplina: no interacciona con otras áreas del estudio de la conducta (aunque en los últimos años puede verse un comienzo de interacción, por ejemplo el neuropsicoanálisis propuesto por Kandel). Sí ha tenido una gran influencia y desarrollo en algunas escuelas sociológicas, antropológicas o psicosociales, pero no ha mantenido comunicación con otras ciencias cuando del estudio del individuo se trata. Así, el psicoanálisis hace caso omiso de los descubrimientos actuales, no solo de las neurociencias sino también de estudios sociales que, en algunos casos, contradicen algunas de las hipótesis freudianas.

Otro punto a favor de las neurociencias es la epistemología. Sin entrar en un debate profundo, el psicoanálisis se enfrenta a la epistemología científica en varias dimensiones. No respeta la ontología realista materialista, ni mucho menos una versión más refinada de ella: la ontología realista materialista sistémica, como la desarrolla BUNGE (2015); algunos de sus constructos son infalsables (por ejemplo, el complejo de Edipo) y otros han sido refutados experimentalmente (por ejemplo la represión de hechos traumáticos); tampoco tiene coherencia externa en algunos de sus postulados, entendiéndolo esta como que ninguna hipótesis puede contradecir —o en todo caso debe demostrarlo— hipótesis bien asentadas en otras ciencias y, por ejemplo, el concepto de “energía psíquica”, al ser inmensurable y no material, negaría la física; hay además falta de exactitud en otros conceptos, por ejemplo el de libido que tiene varias acepciones, siendo necesario en la ciencia un lenguaje claro y preciso.

El psicoanálisis tiende, además, a reduccionismos ya que sus postulados no interactúan con otras ciencias (más allá de ciertas escuelas en sociología, antropología o psicología social, como se mencionó).

Nuestra intención no es discutir el estatus científico del psicoanálisis (que requeriría un estudio aparte y sus conclusiones dependerían mayormente de la corriente filosófica-epistémica del autor), sino mostrar algunos aspectos que fundamentan nuestra elección de otro cuerpo teórico, el de las neurociencias, por considerarlo (y esto es relativo a nuestra “afiliación epistémica”) mucho más potente en su poder explicativo. Además, las neurociencias pueden complementarse con estudios sociológicos, antropológicos, psicológicos (particularmente hay mucha interacción con el paradigma cognitivo-conductual), médicos, epidemiológicos, etc.

#### PSICOLOGÍA DEL AGRESOR SEXUAL

Los agresores sexuales constituyen un grupo muy heterogéneo de individuos que pueden ser clasificados dentro de diferentes tipologías basadas en las características y las motiva-

ciones de la agresión. Entender estas características y motivaciones llevará a un tratamiento, una supervisión y un manejo más efectivos de los agresores sexuales; como así también a reducir la reincidencia de sus acciones delictivas. Desafortunadamente, tal como se mencionó, los agresores sexuales constituyen un grupo muy heterogéneo de individuos que empiezan a abusar por razones muy variadas, lo que hace que muchos agresores no encajen dentro de categorías discretas de clasificación. Los agresores tienen una historia personal y criminal única, y las actitudes y creencias que sustentan su comportamiento pueden variar. Además, las tipologías no son mutuamente excluyentes ya que los agresores no restringen sus acciones a un solo tipo de agresión. Es por ello que ningún sistema de clasificación tiene validez universal (ROBERTIELLO Y TERRY, 2007).

Es en este sentido que REID, WILSON Y BOER (2011) plantean que la heterogeneidad entre los violadores (que puede extenderse a todos los tipos de agresores sexuales) en los aspectos interpersonales, psicológicos, cognitivos y comportamentales es el hallazgo empírico más común de todos en esta materia.

Más allá de lo consignado, las tipologías pueden ser una herramienta útil para la investigación, la evaluación o el tratamiento de los agresores (aunque deben utilizarse cuidadosamente). Debido a esto, ROBERTIELLO Y TERRY (2007) consideran que la mejor manera de entender las tipologías de los agresores sexuales es un continuo en vez de categorías únicas. La clasificación es muy importante, debido a que los agresores con ciertas características son más propensos a reincidir que otros; además de que ayudan a corregir a estos individuos y a desarrollar estrategias de tratamiento y supervisión específicamente diseñadas para cada sujeto.

#### CONCLUSIONES Y DISCUSIÓN

La hipótesis de la cual parte este estudio es que los agresores sexuales estarían sometidos a un impulso inconsciente que no les permitiría dirigir sus acciones. Si ello se comprueba, estos sujetos serían considerados inimputables por el Derecho y, en vez de ser encarcelados, serían objeto de tratamiento por parte de psiquiatras, psicólogos, neurólogos, etc. De no comprobarse, los sujetos serían imputados como cualquier otro criminal y encarcelados.

Ahora bien, esta hipótesis parte de la doctrina freudiana, doctrina que ha recibido muchas críticas de índole científica y epistemológica que hacen dudar de su validez. Además, la hipótesis en sí misma es imposible de comprobar empírica y experimentalmente (realmente desconocemos si hay alguna manera de realizar esta tarea).

Más allá de esto, suponiendo que la hipótesis fuese correcta, lo que estaría en juego de fondo es un determinismo de las acciones del agresor sexual. Sus acciones dependerían de un determinismo inconsciente (como todas nuestras acciones, según Freud). La neurociencia plantea lo mismo, pero su determinismo es un determinismo por parte de los genes, la experiencia y el ambiente, tal como consigné en el apartado *Neurociencia y responsabilidad*.

Ahora bien, si partimos de una concepción consecuencialista, la cuestión de la pena que merece el autor de la agresión, es decir, si debe ir a prisión o ser pasible de una medida de tratamiento médico/psicológico sería vista de otra manera.

Los antecedentes científicos revisados sugieren que la población que compone a los “agresores sexuales” está compuesta por individuos muy heterogéneos, por lo que no hay una personalidad única o una patología psíquica específica que haga que los sujetos cometan estos actos. Es decir, puede haber individuos inimputables o imputables dentro de la

categoría “agresor sexual” (véase lo destacado al respecto por ROMI, 1995). Considero que debería tomarse caso por caso y realizarse una evaluación en profundidad de la personalidad de cada sujeto teniendo en cuenta tanto los estudios mencionados de personalidad de los agresores sexuales como las características que los meta-análisis conciben como predictoras de reincidencia para así poder plantear una pena o un tratamiento que logren un beneficio mayor para la sociedad. No una pena o tratamiento porque sea lo que “merece” el sujeto, ya que según las neurociencias (y en esto coincide el determinismo freudiano de nuestra principal hipótesis) las conductas que realizamos están determinadas. El libre albedrío del que se basa el Derecho (y el sentido común) no es más que una ilusión.

Dentro de la perspectiva consecuencialista, entonces, podremos distinguir agresores sexuales que no deban ser castigados igualmente que otros. Así, si una evaluación en profundidad de un agresor determina que tiene altas posibilidades de reincidir y pocas de responder a un tratamiento, ¿para qué sería útil dicho tratamiento? De la misma manera, personalidades que se consideren modificables por un tratamiento podrían acceder a este y no a una pena en prisión.

De esta manera evadimos el hecho de incluir a todos los agresores bajo un “impulso inconsciente” (que los desarrollos teóricos científicos no respaldarían) y consideramos lo específico de cada uno de la mano de una evaluación rigurosa para determinar su imputabilidad o inimputabilidad, y su posibilidad o no de acceder a un tratamiento.

Es de importancia destacar que en el sistema estadounidense (y en muchos otros países), a diferencia del argentino, rehabilitación y castigo están entrelazados. La asistencia a tratamientos de rehabilitación puede ser ofrecida como opción o como parte integrante de la pena. Estas intervenciones no solo se limitan a paliar patologías diagnosticadas sino también a corregir ciertos “fallos” de comportamiento. Los avances de la terapia cognitivo-conductual y de las neurociencias permiten una capacidad de intervención cada vez mayor en comportamientos como adicciones, impulsividad, agresividad, etc. (CAPÓ et al, 2006). El sistema argentino no permite esta posibilidad de tratar a un individuo en prisión, lo cual es considerado por nosotros como una limitación, más aún teniendo en cuenta los avances en los tratamientos ya citados. A futuro podría avanzarse en permitir algún tipo de tratamiento psicológico dentro del encarcelamiento. Gran parte de los estudios aquí citados sobre imágenes cerebrales, intentos de tratamiento, etc. fueron realizados en individuos encarcelados.

Teniendo en cuenta todo lo analizado; creemos que hemos logrado dar una mayor explicación, desde las neurociencias, al constructo de “no dirección de las acciones” del cual nos habla nuestro Derecho Penal. Sin embargo, consideramos pertinente detallar, para finalizar, dos puntos: las investigaciones neuropsicológicas citadas no refieren específicamente al agresor sexual, sino a personas impulsivas y agresivas en general; y con respecto a los agresores sexuales seriales, los estudios recabados son sobre psicópatas (algunos agresores sexuales, otros no). Habrá que realizar estudios más a fondo en este tema, sobre esta población de sujetos en particular (teniendo en cuenta también su variabilidad intrínseca). Como segundo punto no es nuestra intención que se interpreten estas investigaciones desde un reduccionismo biologicista, ya que, como consignan claramente ALCÁZAR-CÓRCOLES et al (2010): “no debemos olvidar que las disfunciones del sistema nervioso sólo suponen una predisposición hacia la violencia; por lo tanto, se requiere la existencia de otras variables medioambientales, psicológicas y sociales que potencien o reduzcan esta predisposición biológica”. En este sentido, consideramos que los correlatos neurobiológicos de la conducta mencionados deben ser considerados como factores de riesgo para

comportamiento antisocial. En este sentido, estos fenómenos pueden considerarse a la par de otras fuentes de evidencia (tales como factores psicológicos, biológicos, psicosociales, etc.). Por ende, no deben ser sobre-interpretados como respondiendo a una relación causal con el comportamiento antisocial. Coincidimos con GLENN Y RAINE (2009) en el punto de que deben tomarse en consideración como uno de los múltiples factores que influyen incrementando el riesgo de un individuo para el comportamiento criminal. Hay que tener en cuenta, además, que no todos los psicópatas muestran alguna anormalidad particular en la estructura o el funcionamiento cerebral.

Debe considerarse que la evidencia en materia de imágenes cerebrales ya ha sido utilizada en más de 130 juicios (FEIGENSON, 2006), y su uso parece continuar. Las limitaciones que presenta la evidencia mediante imágenes cerebrales son las siguientes: las imágenes cerebrales no pueden decir qué estaba pensando el individuo en el momento de la acción; sólo representan una fuente de información respecto a las influencias del comportamiento; las interpretaciones de las mismas en un individuo son subjetivas y variables individualmente; no tienen suficiente validez predictiva o de diagnóstico (MOBBS et al, 2007). Más allá de estas limitaciones, GLENN Y RAINE (2009) plantean, como ya se desarrolló, que deben tomarse en cuenta cuando son presentadas apropiadamente. Pueden, según dichos autores, proveer información extremadamente valorable en múltiples casos, planteando además que debe haber un alto nivel de comunicación entre científicos y los actores legales en integrar estos hallazgos en la visión de la sociedad y el trato de la misma con los comportamientos criminales.

### **III. Otra dimensión**

Luego de haber repasado la legislación, doctrina legal, psicoanalítica y neurocientífica penales sobre esta clase de delitos advertimos que se trata de un problema acuciante no sólo desde el lado de las víctimas, de sus familiares, de los testigos víctimas y de los infractores que pueden darse no sólo en los delitos contra la integridad sexual sino también en otra clase de delitos donde la reiteración y reincidencia aparece serial.

El estado actual de la cuestión reclama este y otros más profundos estudios que seguirán a este primer abordaje donde hemos llegado a un punto donde el análisis de la cuestión se encamina hacia otra dirección pues como hemos visto desde un enfoque psicoanalítico o de la neurociencia o la teoría consecuencialista quien decidirá la respuesta penal para cada infractor, en cada caso en particular sobre la imputabilidad o inimputabilidad por falta de “dirección de las acciones” o conforme la estructura de la imputabilidad en el nuevo proyecto de Código Penal de la nación serán los peritos psicólogos y psiquiatras.

La experiencia indica que tanto en el siglo pasado como en el actual, se omitió el estudio del tema de la “no dirección de las acciones” trasladándolo o reduciéndolo al ámbito de la “no comprensión de la criminalidad del acto” y este desvío sin dudar ha causado equivocadas soluciones jurisprudenciales.

Al no dar una respuesta correcta, en muchos casos, a la conducta del infractor, la mayoría de las veces de carácter serial, no estamos cumpliendo con la correcta respuesta del Estado frente al delito.

En efecto, desdeñar una situación de posible inimputabilidad hace que tratemos al infractor como capaz de dirigir sus acciones y consecuentemente la respuesta es una pena donde se toma en cuenta la peligrosidad como proclividad delictiva pero no se la trata como patología y consecuentemente no se aplica una medida de seguridad.

Somos absolutamente consciente que dentro del sistema vinario: penas-medidas de seguridad existe cierto prejuicio por las medidas de seguridad dado el temor a la no determinación del tiempo de tratamiento.

Más, nos atrevemos a decir que en nuestro país no ha habido absoluciones (puras) fundadas por inimputabilidad sustentada en la ausencia de “dirección de las acciones” entendida como lo expusimos en la primera parte.

No es ocioso tener en cuenta que los perjuicios psicofísicos que proporcionan estos delitos contra la integridad sexual, que como dijimos, cuando son seriales generan mucho temor y han generado un altísimo rechazo hacia sus autores y una vez que se lo/s ha ubicado, la presión social recibida a través de los medios inhibe al investigador a darse el tiempo necesario para ahondar sobre la posible inimputabilidad de los mismos.

Los estudios psicoanalíticos y neurocientíficos y, más concretamente, la teoría consecuencialista constituye una herramienta para llegar a soluciones adecuadas sobre la inimputabilidad posible de sus autores y la consecuente aplicación de una respuesta científicamente eficaz, pero la misma es patrimonio del saber de los peritos y ésta es una cuestión propia del Derecho Procesal Penal que trataremos a continuación.

En la situación actual cabe volver a reconocer que la confrontación casi bélica entre psicoanálisis y neurociencia tiende a desaparecer pero lo cierto es que teóricamente es así, al tiempo de su aplicación no lo es.

Consecuentemente, por una razón de control de exactitud los peritos estarán obligados a dar fundamentos en sus pericias acerca de por qué adhieren a una u otra posición pues ello podrá hacer decidir al juez de un modo determinado, las partes deben estar atentas para pedir oportunamente perito de control.

#### PERICIAS. PERITOS

Art. 231 CPP Córdoba: *Pericias. Se podrá ordenar una pericia, aún de oficio, cuando para descubrir o valorar un elemento de prueba fuere necesario o conveniente poseer conocimientos especiales alguna ciencia, arte o técnica.*

“Mediante la pericia se procura obtener un dictamen *fundado* en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. No podrá evitarse su realización aun cuando la autoridad judicial que la dispone posea esos conocimientos especializados. Ello debe ser así como resultado de la vigencia del contradictorio, que exige que las partes no queden excluidas del *control* del ingreso de un elemento probatorio ni de la valoración de su eficacia conviccional, como ocurriría si el juez fundara su fallo basándose en que sus propios conocimientos científicos o técnicos le permiten o facilitan el descubrimiento o valoración de una prueba. También como exigencia del principio de publicidad, que reclama la *posibilidad de que la sociedad* pueda conocer los datos probatorios considerados en el proceso, los que sin la intervención del perito que los valore o descubre, permanecerían ocultos a su vista” (CAFFERATA NORES, JOSÉ I., TARDITTI, AÍDA con la colaboración de GUSTAVO AROCENA, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado*, T. 1 p. 563, Ed. Mediterránea, Córdoba Argentina 2003; *los destacados nos pertenecen*).

“El valor del dictamen estará relacionado con la seriedad de sus conocimientos, los métodos científicos empleados, el *grado de desarrollo alcanzado por la respectiva ciencia*, el nexos lógico entre las premisas y conclusiones si hubiese varios dictámenes, y el grado de su concordancia con los demás elementos de prueba. Igualmente deberá

atenderse a las condiciones técnicas y humanas del perito (ibídem, p. 464; *los destacados nos pertenecen*).

Como se puede apreciar de esta opinión propia de destacados juristas podemos advertir en los puntos que hemos destacado, que en un caso donde se deba dirimir si es imputable o no un presunto autor de delito/s contra la integridad sexual, el juez no podrá prescindir de peritos psicólogo y psiquiatra preparados en las distintas posiciones y su fundamento será válido sobre la toma de una posición teniendo en cuenta el grado de desarrollo alcanzado por la respectiva ciencia.

Conforme lo que venimos desarrollando, dada la fuerte oposición que puede existir entre psicoanalíticos y neurocientíficos, uno y otro no podrán dejar de conocer la posición opuesta a la suya y deberá dar fundamentos acerca de la razón que lo inclina para mantenerse en una u otra y dentro de la segunda posición sobre la teoría consecuencial.

El trámite en la producción de las pericias e introducción al debate excedería los límites propuestos en este trabajo donde nos avocamos a efectuar un primer abordaje sobre un tema no considerado doctrinal ni jurisprudencialmente: ¿puede ser inimputable por falta de dirección de las acciones un supuesto autor serial de un delito contra la integridad sexual, en su caso, qué respuesta debe proporcionarse? (sobre el punto respecto de la importancia de las pericias: "*Compatibilismo humanista: una propuesta de conciliación entre neurociencias y derecho penal*". CRESPO, EDUARDO DEMETRIO. Catedrático De Derecho Penal. Universidad De Castilla-La Mancha A. José Ramón Serrano-Piedecasas Fernández).

## **Bibliografía**

- AGUILERA-TORRADO, A. (2010), "Explicación psicoanalítica del acto criminal", *Rev. Crim.*, 52 (1), 333-348.
- ALCÁZAR-CÓRCOLES, M., VERDEJO-GARCÍA, A., BOUSO-SAIZ, J., & BEZOS-SALDAÑA, L. (2010). "Neuropsicología de la agresión impulsiva", *Revista de Neurología*, 50 (05), 291-299. doi: 10.33588/rn.5005.2009316
- BECHARA, A., DAMASIO, H., & DAMASIO, A. (2000). "Emotion, Decision Making and the Orbitofrontal Cortex". *Cerebral Cortex*, 10(3), 295-307. doi: 10.1093/cercor/10.3.295
- Bryden, D., & Grier, M. (2011). "The Search for Rapists' "Real" Motives. *Journal Of Criminal Law And Criminology*, 101(1).
- Bunge, M. (2015), *Evaluando filosofías*. Barcelona: Gedisa.
- CAPÓ, M., NADAL, M., RAMOS, C., FERNÁNDEZ, A., & CONDE, C. (2006), *Neuroética. Derecho y neurociencia*, *Ludus Vitalis*, 14(25), 163-176.
- DAVIDSON, R., PUTNAM, K., & LARSON, C. (2000), "Dysfunction in the Neural Circuitry of Emotion Regulation--A Possible Prelude to Violence", *Science*, 289 (5479), 591-594. doi: 10.1126/science.289.5479.591
- FABIAN, J. (2012). "Neuropsychology, neuroscience, volitional impairment and sexually violent predators: A review of the literature and the law and their application to civil commitment proceedings", *Aggression And Violent Behavior*, 17 (1), 1-15. doi: 10.1016/j.avb.2011.07.002
- FEIGENSON, N. (2006). "Brain imaging and courtroom evidence; on the admissibility and persuasiveness of fMRI", *International journal of Law in Context*, 2(3), 233-255.

- FREUD, S. (1996 [1901-05]), "Tres Ensayos de Teoría Sexual". *Obras Completas*. Volumen VII. Amorrortu editores. Buenos Aires.
- FREUD, S. (1995 [1911-13]), "Nota sobre el concepto de lo inconsciente en psicoanálisis". *Obras Completas*. Volumen XII. Amorrortu editores. Buenos Aires.
- FREUD, S. (1996 [1914-16]), "Pulsiones y destinos de pulsión". *Obras Completas*. Volumen XIV. Amorrortu editores. Buenos Aires.
- FREUD, S. (1916-18), "Conferencias de introducción al Psicoanálisis": "Conferencia 23: Los caminos de la formación de síntomas". En *Obras completas*, Bs. As., Amorrortu, T. XVI.
- FREUD, S., (1996 [1923-25]), "Algunas consecuencias psíquicas de la diferencia anatómica entre los sexos". *Obras Completas*. Volumen XIX. Amorrortu editores. Buenos Aires.
- FREUD, S., (1996 [1923-25]), "El Yo y el Ello". *Obras Completas*. Volumen XIX. Amorrortu editores. Buenos Aires
- GARCÍA, E. (2007), Neurociencia, conducta e imputabilidad. *QUARK*, 39.
- GARRIDO, V. (1989). Psicología de la violación. *Estudios de Psicología*, 38, 91-110.
- GLENN, A. L., & RAINE, A. (2009), "Psychopathy and instrumental aggression: Evolutionary, neurobiological, and legal perspectives", Recuperado de: [http://repository.upenn.edu/neuroethics\\_pubs/50](http://repository.upenn.edu/neuroethics_pubs/50)
- HANSON, R., & MORTON-BOURGON, K. (2005), "The Characteristics of Persistent Sexual Offenders: A Meta-Analysis of Recidivism Studies". *Journal of Consulting And Clinical Psychology*, 73 (6), 1154-1163.
- HARRIS, G., & RICE, M. (2006), "Treatment of Psychopathy A Review of Empirical Findings", en *Clinical and Applied Issues* (pp. 555-572).
- LLUL CASADO, VERÓNICA (2012), Aportes del psicoanálisis a la noción de responsabilidad para el derecho penal. *IV Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XIX Jornadas de Investigación VIII Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR*. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.
- MOBBS, D., LAU, H. C, JONES, O, D & FRITH, C D. (2007), "Law, responsibility. and the brain", *Public Library of Science: Biology*, 5(4).
- MONGUIÓ, I., "Evaluación en cuadros degenerativos: una visión centrada en las capacidades legales", en A. JARNE & Á. ALIAGA, *Manual de neuropsicología forense: de la clínica a los tribunales*, Barcelona: Herder Editorial, 2010.
- NARVÁEZ MORA, M., "El impacto de la neurociencia sobre el derecho: el caso de la responsabilidad subjetiva", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 15, 195-230, 2012.
- PINEL, J., *Biopsicología* (6ta ed.), Madrid: Pearson, 2007.
- RAINE, A., MELOY, J., BIHRLE, S., STODDARD, J., LACASSE, L., & BUCHSBAUM, M., "Reduced prefrontal and increased subcortical brain functioning assessed using positron emission tomography in predatory and affective murderers", *Behavioral Sciences & The Law*, 16(3), 319-332, 1998. doi: 10.1002/(sici)1099-0798(199822)16:3<319::aid-bsl311>3.0.co;2-g
- REID, S., WILSON, N. J., & BOER, D. P., "Risk, Needs, and Responsivity Principles in Action: Tailoring Rapist's Treatment to Rapist Typologies", *International Perspectives on the Assessment and Treatment of Sexual Offenders*, 287-297, 2011.

- ROBERTIELLO, G., & TERRY, K. J., "Can we profile sex offenders? A review of sex offender typologies", *Aggression and Violent Behavior*, 12(5), 508–518, 2007.
- ROMI, J. C., "Reflexiones sobre la conducta sexual delictiva", *Revista Argentina de Psiquiatría Forense Sexología y Praxis*, 2 (2): 117-130, 1995a.
- ROWLANDS, M., *Dangerous Sex Offenders: Recidivism and Risk Factors Associated with Serious Sexual Offending* (Ph D). Queensland University of Technology, 2018.
- WONG & OLVER, "Risk reduction treatment of psychopathy and applications to mentally disordered offenders", *CNS Spectrums*, 20, pp. 303-310, 2015. Doi: 10.1017/S1092852915000322
- ZÁCIPA JIMÉNEZ, J., *Estructura psíquica del agresor sexual, una mirada desde el psicoanálisis*, Bogotá DC, 2011.
- ZULETA, E., *Psicoanálisis y criminología*, Medellín: Hombre Nuevo Editores y Fundación Estanislao Zuleta, Cali, Colombia, 1987.
- CAFFERATA NORES-TARDITTI, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado*, 563, 206.

# Compendio de Derecho Penal. Parte General y Especial\*

Parte Primera: del delito en general

## Capítulo 8: La antijuricidad y las causas objetivas de exclusión del delito

Por: **ROCCO PEZZANO**

Traducción a cargo de: **ALDO RISO\*\***

**Sumario:** 1. Concepto de antijuricidad y distinciones relativas doctrinarias. 2. Las causas objetivas de exclusión del delito. 3. El consentimiento vinculado al delito. 4. El ejercicio del derecho. 5. Casos particulares de ejercicio del derecho. 6. El cumplimiento del deber. 7. La legítima defensa. 8. Uso legítimo de las armas. 9. El estado de necesidad. 10. La reacción legítima y actos arbitrarios del Oficial Público después <Paquete de seguridad> reenvío. 11. Causa de justificación no codificada. 12. La aplicación de las causas de justificación. 13. Exceso culposo en las causas de justificación (art. 55) 14. Sigue: El exceso culposo en las diferentes hipótesis eximentes.

**Referencias normativas:** Constitución, art. 21, 25, 27; c. p. arts. 1, 5, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 59, 99, 287, 348, 494, 618, 633.

### 1. Concepto de antijuricidad y distinciones doctrinarias relativas

La antijuricidad consiste en el contraste entre el hecho y el entero ordenamiento jurídico. En la estructura del delito, esa se sustenta en la llamada falta de las “causas de justificación”. La doctrina, sobre todo la menos reciente, pone varias distinciones en el tema de la antijuricidad.

Todavía hoy resulta, superada la distinción entre *antijuricidad material* (entendida como contraste entre el hecho y los intereses tutelares de las reglas de coexistencia social) y *formales* (entendidas como contraste entre el hecho y la norma penal): consideramos de hecho que la antijuricidad es un concepto unitario e inseparable. Análogamente, ya no es más compartida la diferencia entre *la teoría subjetiva* (antijuricidad como cualidad del hecho típico) y *teoría objetiva* (antijuricidad como conciencia de cumplir una acción ilícita). Para PETROCELLI-ANTOLISEI-PANNAIN-PAGLIARO-ALIMENA, la antijuridicidad no es ni objetiva ni subjetiva.

En la doctrina más reciente, todavía, se hace camino la tesis según la cual la antijuricidad no puede más que ser *objetiva*, en cuanto se resuelva en un juicio de conformidad entre un “hecho objetivo” y el ordenamiento jurídico en su conjunto, también con referencia, por lo tanto, a normas extrapenales que no pocas veces prescinden de requerir requisitos subjetivos de culpabilidad (FIANDACA-MUSCO-PADOVANI).

Antijurídico puede ser así también el hecho de no culpable, es decir, de aquel sujeto al cual no se le puede cargar el hecho mismo.

Se habla entonces de “antijuricidad” (o ilicitud) especial cuando, entre los requisitos de los hechos típicos, son indicados como elementos cuya definición se desprende de normas diferentes de aquellas incriminatorias.

---

\* Ediciones Jurídicas Simone, Nápoles, abril de 2017.

\*\* Abogado en el ejercicio profesional. Traductor. Miembro Titular del Instituto de Ciencias Penales, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Autor de síntesis de fallos para el ex Semanario Jurídico de Comercio y Justicia.

Eso ocurre cuando en la norma incriminante aparecen expresiones como “abusivamente” (ejemplo, arts. 348, 498, 618, 621), “ilegítimamente” (ej., art. 494), “indebidamente” (ej., art. 287, 615 bis), “arbitrariamente” (ej., art. 633), “sin justa causa” (arts., 618 y 620), “sin necesidad” (ej. art. 638) y similares.

## 2. Las causas objetivas de exclusión del delito

### A) GENERALIDAD

Las “causas objetivas de exclusión del delito” denominadas comúnmente también “causas de justificación”, “causas de legalidad”, “eximentes”, son circunstancias particulares en presencia de las cuales un hecho —que por regla constituye delito— no es considerado tal, en cuanto sea la ley misma que lo autorice.

Las causas de justificación son tenidas como distintas de otras dos figuras particulares donde, ante su igualdad, no se hace luego la aplicación de la pena: *las excusables o las causas de no punibilidad*.

En particular:

—las causas de justificación hacen el hecho lícito en *principio*;

—que las inexcusables incidan sobre el elemento subjetivo, haciendo venir a menos la culpabilidad;

—las causas de *no punibilidad*, finalmente, son aquellas situaciones en las que el legislador, aún en presencia de un hecho antijurídico y culpable, por motivos de oportunidad, prefiere no aplicar la pena (por ejemplo, el art. 649).

Todas las tres figuras son reconducidas, en especies.

La jurisprudencia en contra habla de las eximentes exclusivamente con referencia a las causas de no punibilidad que define “causas que eximen de la aplicación de la pena” (ejemplo la llamada Casación del 21-3-1990 n° 4035).

Se señala, por último, que análogamente a los delitos, también los ilícitos administrativos son descriminalizados por causas de justificación. En particular, bajo el punto de vista del art. 4 párrafo 1 de la ley 689/81, “No responde por las violaciones administrativas quien ha cometido el hecho de incumplimiento de su deber en el ejercicio de una facultad legítima o bien en estado de necesidad o de legítima defensa”.

### B) FUNDAMENTO DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

En cuanto respecta al *fundamento sustancial* de las causas de justificación o desincriminantes, van separados dos lineamientos doctrinarios.

Según el *modelo explicativo monístico*, el fundamento de todas las causas de justificación es único (eso está variadamente identificado en la prevalencia de la ventaja sobre el daño, en el balance entre bienes en conflicto y en lo contemporáneo entre los intereses y contra intereses). Viceversa, el *modelo explicativo pluralista* dice que cada eximente posee su *ratio* justificante.

Una doctrina autorizada (MANTOVANI) *evidencia en las eximentes*:

a) el fundamento sustancial, identificado en el principio del interés prevalente o equivalente;

b) el fundamento lógico jurídico, identificado en el principio de no contradicción: “un mismo ordenamiento no puede imponerse o consentirse al mismo tiempo en un mismo hecho”;

c) el fundamento técnico dogmático, identificado en la ausencia de tipicidad del hecho eximido;

d) el perfil sustancial, que conlleva a definir las eximentes como límites a la tutela del bien jurídico.

La doctrina prevalente sostiene que las normas ordenadoras de las causas de justificación sean extensibles análogamente (por analogía a favor del imputado) porque no son para considerarse normas excepcionales (mediante las cuales las aplicaciones analógicas están prohibidas por el art. 14 y por las disposiciones de las leyes en general). En realidad, el razonamiento analógico es posible solo para algunos eximentes (ej., legítima defensa, estado de necesidad) mientras se excluyen a priori para el ejercicio del derecho o el cumplimiento del deber, en cuanto la ley ha reconocido tales eximentes en sus mismas máximas extensiones lógicas (MANTOVANI).

### 3. El consentimiento del titular del derecho

#### A) GENERALIDAD

Esta causa de justificación está prevista en el artículo 50: “*no es punible quien atenta o pone en peligro un derecho con el consentimiento de la persona que puede válidamente disponer de ello*”.

De la previsión del art. 50 surgen todas las hipótesis en las cuales el disenso es el elemento constitutivo del delito y en las cuales, por ello, el consenso hace venir a menos no solo la antijuricidad sino también el mismo hecho típico.

En cuanto respecta al *fundamento* de esta eximente, mientras parte de la doctrina está fundamentada sobre la renuncia a la tutela del bien de parte de su titular, según otra doctrina, desataría un conflicto de intereses entre el autor del hecho y el sujeto tutelado por la norma, resuelta a favor del primero con el fin de garantizar la libertad de la autodeterminación del titular del derecho.

#### B) DERECHOS DISPONIBLES Y DERECHOS INDISPONIBLES

El objeto del consenso debe ser *un derecho disponible*.

En el código penal no existe ningún criterio que consienta en identificar los derechos disponibles y aquellos indisponibles, ni se puede aceptar, *sic et simpliciter*, (se adoptará tal cual) el criterio procesalista del procedimiento de oficio o querrela.

La doctrina más reciente (RIZ, MANTOVANI, FIANDACA, MUSCO, ROMANO), considerando imposible identificar un criterio que valga en absoluto, prefiere examinar el problema con referencia a los diferentes criterios en el código, valiéndose de un criterio guía según el cual en términos generales deben tenerse como *indisponibles los derechos* tutelados en cuanto *pertenezcan a la colectividad*, a no ser que los bienes de los individuos que son tutelados independientemente de su voluntad, sean reconocidos por los intereses públicos.

En particular son *indisponibles*

—los intereses del Estado-administración, tutelado por la norma que prevén los delitos contra la administración pública;

—a los intereses que lideran al estado comunidad (es decir como comunidad de individuos no personificados): sentimiento religioso, orden público, la seguridad, buenas costumbres etc.;

—los derechos públicos del hombre singular, que están íntimamente ligados al interés público (por ej., el privado no puede consentir válidamente que los órganos administrativos le impongan sacrificios no previstos por la ley (PEDRAZZI));

—el bien de la fe pública, lo genuino de las pruebas mediante la cual la jurisprudencia tiene como ineficaz el consentimiento de que, con delitos de falsedad, aunque se trate de escrituras privadas, no podrá invocar el art. 50 donde la mujer que, por adherirse a los reclamos de un acreedor con el consentimiento de que con éste haya firmado pagarés, sin la firma del marido ausente, así como también aquel que suscribe un pagaré con la firma de los demás, sin el mandato efectuado por acto público notarial;

—los derechos en materia familiar, que son regulados por normas (civiles) de orden público;

—el derecho a la vida de las personas singulares. Así, por ejemplo: el consentimiento de la víctima de un choque verificado mediante el curso de una toma cinematográfica, donde se gira una toma riesgosa para su vida, no integra la hipótesis de la eximente del art. 50 (Casación penal 3/10/81 n° 8611).

En el homicidio de quien consiente luego, el consentimiento de la víctima es sólo causa de una disminución de la pena (art.579) y no de exclusión del delito.

Son a su vez *disponibles*:

—los derechos patrimoniales, salvo algunos casos (por ej., la usura), en donde el consenso es el elemento esencial del delito;

—algunos derechos inherentes a la personalidad moral, por ejemplo, el honor;

—algunos derechos de libertad, salvo que su liberación lesione normas legales, de orden público o buenas costumbres. Tales son, por ej., la libertad sexual, la libertad del domicilio y de la correspondencia. Discutida está la disponibilidad de la libertad o menos la libertad personal. Mientras que en el pasado prevalecía la tesis de la absoluta indisponibilidad de tal consentimiento solamente cuando tenía por objeto una limitación circunscrita como secundaria de la libertad personal; es a su vez excluida la eficacia eximente cuando el consenso determine disminuciones graves aptas para disminuir de forma notable la función social del individuo y en los casos en que sea contrario a la ley al orden público y a las buenas costumbres.

En jurisprudencia, es de subrayar la sentencia emitida por la Corte de Apelación de Boloña con referencia a las restricciones de la libertad personal efectuada en la comuna de Muccioli. La corte ha reconocido eficacia eximente al consenso solamente si los actos de coacción física resultan necesarios a los fines del tratamiento terapéutico de recuperación; más allá de tales límites, será mucho más configurable la causa de justificación del estado de necesidad. En cada caso, la privación de la libertad personal no puede ser accionada con modalidad lesiva de la dignidad humana;

—parcialmente disponibles son también algunos derechos relativos a la persona física, los cuales, por ej., el derecho a la integridad física; el límite es colocado por el art. 5 del código civil que dice: *“los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionan una disminución permanente de la integridad física o cuando sean contrarios a la ley, al orden público y a las buenas costumbres”*.

Se puede, por lo tanto, consentir al corte de cabellos, a las transfusiones de sangre, trasplantes de riñones entre vivos (Ley del 26/6/1967, n° 458), a los trasplantes de piel, no a todos los trasplantes de órganos sacados de cadáveres, excluidos el encéfalo y las glándulas de la esfera genital y de la procreación. La ley sobre trasplantes (L. 1-4-1999, n° 91) se inspira en el principio llamado “consentimiento informado”, previendo la necesidad de una expresa declaración de necesidad en mérito a la donación de órganos y tejidos del propio cuerpo *post mortem* (para los menores, es remitida a los progenitores que ejercen la patria

potestad) y precisando que el silencio sobre el punto es interpretado como conformidad a la donación.

La ley dispone, entre otras cosas, que no está consentida la conformidad de voluntad en orden a la donación de órganos para los fetos o bebés, y para los sujetos que no poseen la capacidad de actuar, no es para los menores confiados o internados en ciertos institutos de asistencia pública o privadas.

En el silencio de la ley, se discute que si el consentimiento prestado del paciente al sometimiento de un *tratamiento médico quirúrgico* pueda radicarse en eximente en examen (RIZ, es la jurisprudencia) o aquella del ejercicio del derecho (MANTOVANI-PADOVANI) o bien se constituye en un hecho realmente irrelevante.

Sobre la característica del relieve del llamado consentimiento informado en los tratamientos sanitarios, ha habido modos de pronunciarse recientemente en la Casación, sosteniendo que no integra el delito de lesión personal, ni aquel de violencia privada la conducta del médico que someta al paciente a un tratamiento quirúrgico diferente a aquello en relación al cual había sido prestado el consentimiento informado, en el caso en donde la intervención seguido del respeto de los protocolos y de las “leyes artes” se haya terminado con éxito que de allí se deriva un apreciable mejoramiento de las condiciones de salud del paciente, con referencia a las que se pueden concebir y sin que existieran indicaciones contrarias de parte del mismo (Casación Secc. Penal 21-1- 2009, 2437).

Se excluye, finalmente, en doctrina que la distinción entre derechos disponibles e indisponibles reproduzca la distinción entre delitos perseguibles por querrela (acción privada) y de oficio. La persecución por querrela, de hecho, no siempre es índice de disponibilidad del interés tutelado, como en el caso en que el Estado renuncia a punir de oficio con respecto a la posición del ofendido, para evitarle nocivas consecuencias de la publicidad de un procedimiento penal, donde no piensa aceptarlo.

### C) NATURALEZA JURÍDICA Y REQUISITOS DE VALIDEZ DEL CONSENSO

#### a) Naturaleza jurídica del consenso

Según la doctrina más reciente (ANTOLISEI-FIANDACA-MUSCO, RIZ, MANTOVANI), el consentimiento sería calificado como *acto jurídico en sentido estricto*, es decir, como un permiso por el cual se le atribuye al destinatario un poder de actuar que no crea ningún obligación a cargo del titular del derecho y que no transfiere ningún derecho a nombre del agente; de tal naturaleza que el consentimiento se derivaría en su revocación en cada tiempo, a menos que la actividad consentida, por sus mismas características, no pueda ser interrumpida a no ser que se haya experimentado un agotamiento (así textualmente FIANDACA-MUSCO).

#### b) Legitimación y capacidad para dar e consentimiento

El *legitimado* a prestar el consentimiento es el *titular del interés protegido por la norma*, es decir, es aquel que, de lo contrario, sería el sujeto pasivo del delito.

Si son muchos los titulares del derecho, el consentimiento es válido sólo si es prestado por todos.

El consentimiento debe ser prestado personalmente por el titular del derecho, en tanto excluye de parte de la doctrina (así ANTOLISEI) el instituto de la representación; por otra parte, de la doctrina, a su vez sería admisible la representación, ya sea voluntaria y legal, siempre que sea compatible con la naturaleza del derecho o del acto de consentimiento (así MANTOVANI).

El *titular del derecho*, para poder válidamente expresar su propio consenso, debe tener la capacidad.

La teoría mayoritaria sostiene que tal capacidad de actuar se resuelve en una capacidad de entendimiento de querer y determinar caso por caso: ocurre, por lo tanto, que el juez verifique nuevamente que si el consintiente posea una madurez suficiente a comprender el significado del consenso prestado (así FIANDACA-MUSCO), salvo obviamente los casos en donde el legislador mismo es el que fija la edad mínima.

c) Voluntad y manifestación del consenso

El consenso es *acto voluntario*; como tal, debe ser expresado en modo libre, no viciado por error o violencia o dolo.

De allí deriva la necesidad, particularmente relevante en casos delicados como el tratamiento médico quirúrgico, que quien presta el consentimiento sea informado perfectamente y sabiendo bien el contenido de ello, debiendo ese consentimiento resguardar todos los aspectos de la acción que el destinatario irá a cumplir (MANTOVANI).

El consentimiento debe, luego, ser manifestado y exteriorizado de cualquier forma, para que la voluntad sea reconocible; ello puede ser también deducido del comportamiento objetivamente unívoco del derecho retenido (llamado “consenso tácito”).

d) Licitud y actualidad del consenso

El consentimiento luego debe ser *lícito*, por lo tanto, no debe ser contrario a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres: por ello sería inválido un consenso para hacerse herir, ya sea en los límites del art.5 del código civil, prestado solamente para satisfacer al sadismo de otra persona.

El consentimiento, finalmente, debe ser actual; ese debe existir al momento del acto; si ha sido prestado, por lo tanto es necesario que no haya sido revocado, mientras si es sucesivo no discrimina (FIANDACA-MUSCO).

El consentimiento es, por su naturaleza, revocable; ciertamente, si el agente no estaba en conocimiento del revocamiento, podrá siempre invocar el consenso putativo (ex art. 59).

#### D) CONSENSO PUTATIVO Y CONSENSO PRESUNTO

Se tiene consenso putativo cuando el que actúa retiene como existente el consentimiento de persona titular del derecho. En este caso, el hecho no es lícito, pero quien actúa lo hace sin el dolo, por lo que no es punible en base al art. 59 párrafo 3. El consenso putativo, por lo tanto, es causa de *exclusión de la culpabilidad*.

Se tiene a su vez el *consenso presunto*, cuando el que actúa sabe que no existe el consenso, pero cumple igualmente la acción porque esa aparece como ventajosa para el beneficiario del derecho.

Sobre el consenso presunto han sido presentadas en doctrina varias teorías entre las cuales:

a) Teoría objetiva

Según la doctrina dominante (PAGLIARO), dice que el consenso presunto subsiste solo cuando el agente cumple con el hecho hacia los intereses del derecho habiente directamente, es decir, en todos los casos de gestión de negocio: podrá entonces, invocar tal desincriminación quien, por ejemplo, se introduce, previa efracción, en la casa de otros para cerrar el gas o el agua abierta olvidados.

b) Teoría subjetiva

Según otra corriente ordinaria (BETTIOL-MANZINI) la desincriminación debe mantenerse subsistente cuando el derecho habiente no haya podido manifestar su consenso propio, pero podemos presumir, reconstruyendo su pensamiento y sus intenciones, que lo habría ciertamente prestado si hubiese podido conocer la situación del hecho y pronunciarse en mérito a ello.

La jurisprudencia muestra una postura más restrictiva, cuando considera desincriminar el convencimiento putativo de un consentimiento ya en acto, y no el convencimiento solamente hipotético o eventual, y que el consentimiento hubiese sido prestado si hubiera sido requerido.

Consecuentemente, es para excluir el eximente en cuestión del caso en donde Tizio se apodera de objetos de otros presumiendo una relación de amistad o familiaridad que lo liga al derecho habiente (Casación penal 16/1/1979 n° 671).

#### E) CONSENSO Y DELITOS CULPOSOS; CONSENSO Y CONTRAVENCIONES

Argumentando de la misma formulación de la norma, la doctrina tradicional y la jurisprudencia excluyen que el consentimiento pueda operar con relación a los delitos culposos.

Se abrió camino esa tesis, pero también la tesis según la cual, al no distinguir al art. 50 entre delitos dolosos y culposos, el consentimiento debe considerarse admisible para ambos, con los mismos requisitos y las mismas características. En los delitos culposos, el eximente en cuestión tendría una aplicación demasiado limitada, considerando los escasos números de delitos colocados bajo la tutela de intereses disponibles (FIANDACA-MUSCO).

Teniendo en cuenta el contenido del art. 50, la doctrina no ha dudado nunca de la admisibilidad del consentimiento en materia contravencional, a condición, obviamente, de que la norma que la prevé tutele un bien en donde el privado pueda disponer (y esto ocurre más bien raramente).

### 4. El ejercicio del derecho

#### A) GENERALIDAD Y FUNDAMENTO DE LA EXIMENTE

En virtud del art. 5, “el ejercicio de un derecho...*excluye la punibilidad*”. El fundamento está basado en el “principio de no contradicción”: si el ordenamiento excluye al sujeto la posibilidad de actuar en un cierto modo, es evidente que su conducta, en los límites en donde es consentida, no puede consentir un hecho ilícito.

Por lo tanto, se configura la desincriminante en examen, cuando la norma sobre el derecho prevalece sobre aquella incriminante.

#### B) EL CONCEPTO DE “DERECHO”, EX ART. 51

Se discute, ya sea en doctrina como en jurisprudencia, si el término “derecho” contenido en el art. 51 deba ser interpretado literalmente y, por lo tanto, restrictivamente, o pueda ser entendido como referente hacia otras hipótesis de posiciones jurídicas subjetivamente activas diversas del derecho.

La doctrina no tan reciente (ANTOLISEI-LEONE) y la jurisprudencia (así Casación 14/10/1982 n° 9250) sostienen que deba tratarse de un cierto y propio derecho subjetivo.

MANTOVANI-FIANDACA y MUSCO, y la doctrina más reciente, sostienen a su vez que el concepto de “derecho” sea entendido como concepto de poder jurídico actuante (ya sea ello de derecho subjetivo, potestativo, potestad facultativa jurídica); no comprenden en esta noción, a su vez, los intereses legítimos y los derechos simples, al menos hasta cuando no se reconozca a quien le pertenece la titularidad de la acción.

Sin embargo, está precisado que la existencia del ejercicio de un “derecho” no es suficiente para excluir automáticamente la punibilidad; ocurre también que la conducta, con sus características en concreto puesto en acción por el agente, se encuentre expresamente prevista y permitida por la misma norma que reconoce el derecho o de otra norma particular.

#### C) FUENTE Y TITULARIDAD DEL DERECHO

La fuente del derecho desincriminante, según la doctrina prevalente (MANTOVANI-FIANDACA-MUSCO) puede ser la más diversa (ley, reglamento, proveimiento jurisdiccional, contrato etc.), porque las causas de justificación —en cuanto no son de naturaleza específicamente naturalista— no están obligadas al principio de las reservas de ley estatal.

El derecho (la facultad) debe ser ejercido por su titular; si se trata de un derecho no personal, será admitido el ejercicio mediante un trámite de un representante, al cual se le extenderá la exigente relativa.

Trátase de eximentes de naturaleza objetiva: ello conlleva que esa operará, aunque sea ignorada por el sujeto o por error tenida por este inexistente.

#### D) LIMITES DEL EJERCICIO DEL DERECHO

La titularidad de derecho no rinde automáticamente lícita cada acción o modo de ejercicio de esa.

Al respecto, podemos distinguir de los límites intrínsecos y de los límites extrínsecos.

Los *limites extrínsecos*, sin embargo, se obtienen por el ordenamiento del complejo jurídico, y consisten en la salvaguarda de aquellos derechos o intereses que tienen los mismos valores o directamente mayores, de aquellos cuyos ejercicios se discuten.

Así, por ejemplo, un derecho que encuentra su fuente, en una ley *ordinaria* no puede nunca afectar un derecho tutelado a nivel *constitucional*; del mismo modo los derechos garantizados por la misma constitución encuentran sus límites en otros derechos constitucionalmente garantizados.

Un límite extrínseco general es, por ejemplo, aquel previsto por los artículos 392 y 393: si el derecho en el cual se discute es impugnado y el titular tiene la posibilidad de recurrir al juez, no puede ejercitarlo lícitamente cuando su ejercicio se concrete en una violencia, porque, de lo contrario, comete el delito de “ejercicio arbitrario de las propias razones”.

Recientemente se ha afirmado una teoría (MALIVERNI) que puede extender analógicamente al art. 51, tenido como excesivamente genérico, los requisitos tenidos por el legislador para la aplicación de la legítima defensa es la del *estado de necesidad*; la Casación es la doctrina prevaleciente, y niegan tal posibilidad.

Se ha cuestionado en doctrina cuáles serían las consecuencias de la comisión de un delito en el territorio italiano, por parte de un ciudadano que haya actuado en el ejercicio de la facultad de reconocimiento del propio Estado de pertenencia. Aparece evidente que, en tal hipótesis, donde el Estado italiano, de parte de un ciudadano haya receptado en su propio ordenamiento la norma atributiva de la facultad al extranjero, la conducta criminal así dicha podrá ser discriminada bajo el sentido del art. 51 c. p.: en caso contrario, deberá tenerse como no reconocido el derecho invocado por el extranjero, con la consecuente obligación de adecuarse a las obligaciones impuestas por el país que lo hospeda.

## 5. Casos particulares de ejercicio del derecho

Para el art. 51 la prevalente doctrina y la jurisprudencia reconducen hacia algunas hipótesis particulares.

### A) EL DERECHO DE CRÓNICA

El derecho de crónica periodística es un *derecho público subjetivo* que se inserta en aquello más amplio concerniente a la libre manifestación del pensamiento impreso sancionado por el art. 21 de la Constitución.

Discutidos son los límites en donde el ejercicio de tal derecho puede tenerse como lícito; puede, por lo tanto, ser invocado como causa de no punibilidad.

La Secretaría de Crónica ha individualizado tres condiciones necesarias para la subsistencia de la deincriminante del derecho de crónica:

a) utilidad social de la información: debe existir un interés público para la divulgación de la noticia (derecho a la pertinencia);

b) certeza (objetiva o también solamente putativa, siempre que sea fruto de un serio y diligente trabajo de búsqueda) de los hechos expuestos, que no son respetados cuando, aun siendo ciertos los hechos singulares referenciados ya sean dolosos o culposos, callados otros hechos, en tanto están estrechamente relacionados antes de cambiarles el significado. Aparte de no existir fuentes de informaciones privilegiadas, el periodista debe siempre verificar la verdad de las noticias publicadas; forma “civil” de la exposición de los hechos y de su valoración, es decir, no excederse con respecto a la meta informativa a conseguir, fundamentada con serena objetividad, al menos en el sentido de excluir el preconcepto o intento denigratorio, es común en cada caso, respetuosa de aquel mínimo de dignidad en donde tiene siempre el derecho hasta la persona más reprochable (llamada Continencia).

La misma Corte ha precisado, por otra parte, que el concepto de Prensa presupone la inmediatez de la noticia y la actualidad de la información, de forma que la exigencia de la velocidad pueda comportar un sacrificio, en nombre del interés de la noticia, de la precisión de la verificación de la verdad y bondad de la fuente. De lo contrario, no debe suceder cuando se ofrece el resumen distante en el tiempo en relación a los cuales será legítimo pretender una auténtica verificación de la fuente, porque el cuidado de la reconstrucción corresponde en tal caso al interés del público (Casación 7/3/2006 n°8042).

Es particular el caso en donde declaraciones lesivas de reputaciones ajenas vengas asentadas mediante el curso de una entrevista periodística; en tal hipótesis, afirma la Casación, la conducta del periodista que publica el texto no será necesariamente discriminada del ejercicio del derecho de crónica cuando el periodista mismo incumple el deber de controlar la veracidad y el contenido de las expresiones referidas, mientras es esencial la certeza del comentario en relación a los sujetos que se encuentran implicados, en la materia en discusión y en el contexto mediante las cuales las declaraciones se pondrán (Casación 12/1/2007 n° 517).

Se afirma más bien que, en cuanto al tema colocado en periódicos, no opera el eximente del derecho de prensa, cuando el artículo del diario al enfrentar el argumento de interés público, en la especie: (las consecuencias sociales de las separaciones); contenga datos excesivos a los fines informativos en cuanto se refieren a las vidas privadas de la parte ofendida, que sea perjudicial a la reputación, en ausencia de notoriedad de la misma (Casación 12/10/2016 n° 42987).

### B) DERECHO DE CRÍTICA Y SU COMPATIBILIDAD CON EL DERECHO DE PRENSA

También el derecho de crítica es una forma del derecho de manifestación del pensamiento garantizado por el art. 21 de la Constitución.

En el pasado, la jurisprudencia no distinguía entre derecho de prensa, cuyo derecho era reportar los hechos, y derecho de crítica, entendido a su vez, como derecho a reportar todo públicamente el propio disenso de lo operado o dar la opinión de otros, en cuanto consideraba el derecho de crítica como una suerte de desarrollo del derecho de crónica o prensa, sometiendo a los dos dentro de los mismos límites.

Recientemente, la jurisprudencia ha individualizado los límites propios y bien precisos entre los cuales va ejercitando el derecho de crítica. A ello se debe:

a) mantenerse dentro de los límites de la corrección del lenguaje;

b) respetar los derechos de otro, considerando la importancia constitucional, la reputación, el decoro, la honorabilidad de cada persona física o jurídica;

En aquellos casos en que se produzcan, tales límites vienen superados, tendremos abuso del derecho y el agente será llamado a responder del ilícito cometido.

En tal sentido, ha precisado la Casación que la subsistencia de la eximente del derecho de crítica presupone, por su misma naturaleza, la manifestación de expresiones objetivamente ofensivas de la reputación de otros, en donde cuyas ofensas puedan todavía, encontrar justificaciones en la subsistencia del derecho de crítica, bajo la condición de que la ofensa no se traduzca en una gratuita e inmotivada agresión a la esfera personal del sujeto pasivo, pero sea contenido (requisito de la continencia) en el ámbito de la temática atinente al hecho del cual se centró a sí mismo, entendiéndose que entre tales límites la crítica, así como expresión de valoración puramente subjetiva del agente, puede también ser improcedente e injustificada, más que caracterizada con fuertes asperezas (Casación 27/1/2011) n° 3047).

En el mismo sentido, recientemente se afirmó que el derecho de crítica se concreta en un juicio de valoración que postula la existencia del hecho asumiendo como objeto el discurso crítico de una forma expositiva injustificadamente sobreabundante con respecto al concepto a expresar y, consecuentemente, excluye la punibilidad por coloraciones y exageraciones, con tonos ásperos o polémicos, lenguaje figurado o de jerga, siempre que tales modalidades expresivas sean proporcionadas y funcionales a la opinión o a la protesta, en consideración de los intereses y de los valores que se encuentran (Casación 20/8/2014 n° 36045).

En el ámbito del derecho de crítica forma parte también aquel de la *crítica política*, de tal modo que la jurisprudencia de legitimidad y de mérito concuerdan en sostener que, en las disputas polémicas, durante la competición política, puedan ser utilizadas también “tonos ásperos”, *siempre y cuando* las críticas no se transformen en ataques personales, cargados a infringir la esfera privada del ofendido.

Es el caso del progenitor que, con el fin de educar a su hijo, lo azota, lo maltrata etc. El progenitor que no sobrepasa los límites fijados del art. 571 no comete delito y no es perseguido por sus acciones, el fundamento de tal figura es el *ius corrigendi*, en que la ley, dentro de los límites del art.571, reconoce al progenitor mismo. Tal derecho corresponde también a aquellos (maestros, educadores) que cumplen —en cuanto a titulares o representantes de los titulares— una actividad de educación o vigilancia. No corresponde, a su vez, al tercero que no es titular que lo ejercita de una forma de mera contingencia (por ejemplo, en el caso en que un tercero abofetea a un menor que maltrata a una niña indefensa) que con respecto a la cual puede teorizar como legítima defensa o estado de necesidad.

#### D) DEFENSA DE LA PROPIEDAD (LLAMADA OFENDÍCULO)

Entre las facultades que la ley reconoce al propietario existe también la que dispone los medios necesarios a la tutela de la propiedad; son, por lo tanto, admisibles el derecho al ofendículo (fragmentos de vidrio colocados sobre el borde de las paredes de las casas, o en los portones, o cancelos de hierros con puntas filosas, etc.). Tal facultad se encuentra limitada, sobre todo, si esos ofendículos operan sin distinguir entre atacante y no atacante, hilo de púas con corrientes eléctrica que provoca la muerte del amigo que, inadvertidamente, lo toca, o se produce una defensa desproporcionada al bien que se intenta proteger (armas automáticas predisuestas a cuidar un gallinero o una granja).

La jurisprudencia admite los ofendículos como instrumento de protección, bajo la condición de que no presenten una excesiva actitud a lesionar, advirtiendo con una publicidad adecuada fácilmente visible, y que señalen su forma de operar automática. Como consecuencia, deben considerarse vedados para nuestro ordenamiento los ofendículos insidiosos (en cuyo modo de operar no sea fácilmente reconocible) y los ofendículos lesivos para la integridad física.

Algunos autores, en particular extienden la operatividad de los ofendículos también a la tutela de bienes personales y no solo patrimoniales (ejemplo: predisposición de medios de defensa para protegerse en contra de eventuales amenazas de las llamadas “criminalidad organizada”: en tales casos, en consideración de los diversos valores de los bienes defendidos (seguridad, vida, etc.), está autorizado recurrir también a instrumentos dotados de notable poder ofensivo, quedando siempre vigentes los requisitos de la “publicidad” y la no peligrosidad.

Observa MANTOVANI que, para justificar la falta de punibilidad de las ofensas sufridas por los ofendículos, corresponde hacer mención a la eximente del ejercicio del derecho si el ofendido es un tercero no agresor, y la de la legítima defensa si el ofendido es el agresor.

FIANDACA-MUSCO, finalmente, encuadran la temática entera en el ámbito de la legítima defensa.

#### E) DERECHO DE DEFENSA

Se trata de un derecho constitucionalmente garantizado al imputado por el art. 24 de la Constitución; el ejercicio de ello no puede ser invocado para desincriminar eventuales ofensas ocasionadas con el fin de defenderse, en el sentido, conforme a tal conclusión, la Casación ha sostenido que el “*animus sibi defendendi*” excluye el dolo de la calumnia solo cuando el imputado se limite a negar su propio cargo, no cuando formule acusaciones contra terceros, culpándole de delitos específicos, aunque siendo consciente de su propia inocencia (Casación 8403/89).

### 6) El cumplimiento del deber

#### A) EL ART. 51 AFIRMA:

*“El cumplimiento de un deber impuesto por una norma jurídica o por un orden legítimo de la autoridad pública, excluye la punibilidad”.*

*“Si un hecho está constituyendo delito y es cometido por orden de la autoridad, la responsabilidad de ese delito corresponde siempre al oficial público que ha dado la orden”.*

*“Responde por el delito también quienes han seguido la orden salvo que, por error de hecho, haya considerado obedecer una orden legítima”.*

“No es punible quien ejecuta el orden ilegítimo, cuando la ley no le consiente alguna revisión sobre la legitimidad de la orden”.

La *ratio* de la eximente se individualiza en el *principio de la no contradicción*: el ordenamiento no puede, al mismo tiempo, imponer un cierto comportamiento y luego prohibirlo (FIANDACA, MANTOVANI).

Esta eximente tiene en común con aquella del ejercicio del derecho el hecho de consistir en un comportamiento admitido por la ley.

Todavía, mientras el ejercicio del derecho presupone una posibilidad de elección ya sea para actuar o no, la ejecución del deber presupone que el *comportamiento sea impuesto al sujeto*.

## B) FUENTES DEL DEBER

El deber puede derivarse de “una norma jurídica” > o de un “orden legítimo de la autoridad pública”.

### 1. Deber derivado de una norma jurídica

Por norma jurídica se entiende *cualquier regla de derecho*, escrita o consuetudinaria, sea del poder legislativo como del poder ejecutivo (FIANDACA) (ejemplo: agente de policía judicial, que cumple una búsqueda o requisa domiciliaria; oficial judicial que procede a un embargo, etc.).

### 2. Deber derivado por orden de la autoridad

Orden es cualquier manifestación de la voluntad que un superior dirige a un inferior jerárquico, con el objeto de que estos tengan un determinado comportamiento (ANTOLISEI, FIANDACA, MUSCO).

Requisito previo de tal hipótesis de eximente es la existencia, entre el superior y el inferior, de una *relación de subordinación de derecho público*.

También en jurisprudencia se afirma que tal causa de justificación sea aplicable exclusivamente a la relación de subordinación previsto por el derecho público y no también a aquellos de derecho privado; por consiguiente, el dependiente privado que reciba por el propio dador de trabajo cualquier disposición operativa, está obligado a inspeccionar la relación con la ley según los cánones ordinarios de diligencia, siempre que sea devengada la ilegitimidad, se debe rechazar la ejecución, sin que de cualquier modo podamos estimar la posibilidad de sustraernos al orden que excluye la punibilidad de la conducta (Casación 30/11/2016 n° 50760).

La orden, por lo tanto, debe provenir de un oficial público (art. 357) o de una persona encargada de un servicio público; se discute si puede provenir de una persona que explota un servicio de necesidad pública cuando subsiste entre estos y otros sujetos una relación de supremacía-subordinada (la jurisprudencia aparece al respecto dividida).

Es necesario, por lo tanto, que el orden sea legítimo, tanto bajo el perfil formal, o bajo a aquel sustancial.

Para la *legitimidad formal del orden* es requerido que:

- a) el superior tenga la competencia para admitirlo;
- b) el inferior tenga la competencia para proseguirlo;
- c) que hayan sido respetados los procedimientos y las formalidades de ley previstas para su emisión.

Para la *legitimidad sustancial* del orden deben existir los presupuestos requeridos por la ley.

### C) RESPONSABILIDAD POR EL ORDEN ILEGÍTIMO

Si el orden es *ilegítimo*, la responsabilidad del delito recae siempre sobre el oficial público que la ha impartido (art. 51 párrafo 2).

El ejecutor de la orden responde juntamente con el oficial público, salvo (art. 51, párrafo 3 y 4):

a) cuando por *error sobre el hecho*, haya omitido de obedecer una orden legítima.

En el error sobre el hecho, debe hacerse entrar también el error sobre leyes extra penales.

Si, por ejemplo, un soldado, creyendo que subsiste todavía el estado de guerra en una ciudad, obedece la orden de su oficial de disparar contra algunos pasantes, no responderá por el delito a causa del error sobre el hecho sobre el cual versa.

b) *cuando la ley no le consiente alguna censura sobre la legitimidad de la orden.*

Es el caso de los informes de subordinación de naturaleza militar, o asimilables (agentes de policía o bomberos etc.).

La no censura es solo sustancial, nunca formal, por lo que será siempre posible de ser verificada por el censurado.

a) la *forma del orden*, entendida como el modo que ha sido dada;

b) la *relevancia del orden al servicio*, que se obtiene cuando el hecho ordenado entra bajo el poder que la ley atribuye al superior con respecto al subordinado, a no ser que en la esfera de las atribuciones correspondan al mismo subordinado;

c) la *competencia de la autoridad ordenadora*, en el sentido de que se debe tratar de una autoridad pública investida del poder de emanar aquellas determinadas órdenes.

Según la doctrina prevalente (MANTOVANI, FIANDACA) en la hipótesis de “manifestación criminalidad del orden”, el inferior no es más vinculado a la pronta obediencia sino al derecho-deber de oponer un rechazo. Es el caso del oficial de policía, alcoholizado o enloquecido, que ordena a sus subordinados disparar sobre un grupo de gente pacífica.

Por otra parte, cuando el inferior se encuentre desprovisto del poder de verificación y de control idóneo para percibir la criminalidad de la orden, no se puede exigir que este se niegue a ejecutarla.

### D) CONFLICTIVIDAD ENTRE ÓRDENES

En caso de contraste entre dos o más órdenes, debemos distinguir la hipótesis de la llamada contraorden de aquella del conflicto entre órdenes.

En el caso de contraórdenes, si eso proviene de la misma autoridad de donde ha emanado la orden, *nulla questio*, en cuanto en tal caso eso otro no es que revierta lo anterior; en el caso a su vez que provenga de una autoridad diferente de aquella que ha dado la orden, se debe distinguir el caso en el cual el destinatario se encuentra en posición de acertar cuáles de todas las órdenes prevalece, de forma que ello no sea posible; en tal hipótesis intervendrán las normas sobre el error (art. 47, 51 párrafo 3).

En el caso de *conflicto de órdenes*, a su vez si los mismos provienen de diversas autoridades pertenecientes a la misma o a diversas ramas administrativas, el destinatario de la mayoría de las órdenes administrativas en conflicto es autorizado a un examen, seguido al cual prestará obediencia a aquella autoridad que prevalece en el caso concreto.

En el caso, a su vez, de conflictos de órdenes provenientes de órganos pertenecientes a poderes diversos del estado, normalmente es la ley misma que resuelve el conflicto.

### E) UNA HIPÓTESIS TÍPICA: LAS INVESTIGACIONES “BAJO COBERTURA” DE POLICÍA JUDICIAL

En el mismo trayecto teórico del acatamiento del deber se coloca la criminalidad de la llamada *operaciones “bajo cobertura” de la policía judicial*, la relativa disciplina originariamente fragmentada en diversas disposiciones ha sido reducida a una unidad por la ley del 16/3/2006, n° 146, en donde el art. 9 dicta la disciplina general de tal causa de justificación especial. En síntesis, la norma excluye la punibilidad de tales sujetos (ej., oficiales de policía judicial y de las policías comunes) los cuales, con el solo fin de adquirir elementos de prueba en orden hacia algunos delitos graves puntualmente enumerados, ponen en existencia, también por interpuesta persona, tal actividad penalmente relevante (ej., daño, refugio o prestar asistencia a los cómplices o asociados, obtienen, reciben, sustituyen u ocultan dinero, armas, documentos, sustancias estupefacientes o psicotrópicos, bienes o cosas que son objeto, producto, generalmente obstaculizan la individualización de su proveniencia).

#### F) LA ACTIVIDAD DE LOS SERVICIOS DE INFORMACIÓN PARA LA SEGURIDAD

Intentos análogos político-criminales, respecto a aquellos perseguidos por las provisiones concernientes a la actividad investigativa bajo cobertura, de que se ha dado cuenta apenas son perceptibles en la creación de una especial causa de justificación introducida por la ley 3/8/2007, n°124.

### 7. La legítima defensa

#### A) NOCIONES Y TEORÍAS SOBRE EL FUNDAMENTO

La legítima defensa esta prevista por el art. 52 que afirma: “*No es punible quien ha cometido el hecho por haber sido obligado por la necesidad de defender un derecho propio o de otros contra el peligro actual de una ofensa injusta, siempre que la defensa sea proporcionada a la ofensa*”.

Bajo los sentidos del segundo párrafo del art. 52 (introducido por la ley 59/2006), donde el reo para defenderse cometa violación de domicilio, subsiste el informe de proporción de donde se ha apenas dicho si alguno se encuentra presente en algunos de los lugares indicados en el art. 614, *usa un arma de tenencia legítima* u otro medio idóneo a los fines de su defensa; a) la propia o la integridad de otros; b) los bienes propios o de otros cuando no hay desistimiento y existe peligro de agresión. En base a la norma del tercero y último párrafo in fine.

El *fundamento* de la causa de justificación en examen ha sido diversamente individualizado. Actualmente prevalece la tesis que funda la legítima defensa sobre el principio del interés prevaleciente; en el conflicto del interés del agredido (que se defiende) y aquel del agresor (que agrede), el ordenamiento acuerda tutela al primero (PADOVANI), en términos análogos MANTOVANI invoca el principio del llamado “balanceo de los intereses”.

Para FIANDACA, en vez, el fundamento andaría observado bajo un residuo de auto tutela delegado por el Estado (imposibilitado de intervenir tempestivamente) al privado.

#### B) ELEMENTOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA: LA AGRESIÓN

Dos son los elementos de la legítima defensa: la acción y la reacción.

La agresión debe presentar los siguientes caracteres:

1) El objeto de la defensa debe ser “un derecho”.

El derecho debe ser entendido en sentido lato, comprensivo no solo de los derechos subjetivos, *stricto sensu*, sino también sobre los derechos tutelados jurídicamente.

En tal sentido, generalmente se admite la defensa a la tutela no solo de los derechos personales (*vita incolumitá* = bienestar) sino también de los derechos patrimoniales (pro-

piedad) y de los derechos morales (honor, reservación) (FIANDACA). En particular, en cuanto a los derechos patrimoniales, se ha señalado que ellos son defendibles aún con actos de violencia bajo dos condiciones:

- a) que haya proporción entre el potencial daño y la reacción puesta en existencia;
- b) que la violencia sea el único medio para evitar la agresión al patrimonio y que no constituya exclusivamente ocasión para una represalia (Casación 12-5-2003 n° 20727).

Con tal motivo, es oportuno distinguir: en caso de agresión en curso a cargo de un tercero que ponga en peligro también a aquel que interviene en ayuda, este último no está obligado para intervenir, pero donde intervenga su conducta, subsiste bajo las condiciones discriminada por las pautas del art. 52 c. p., en caso que se transforme en la comisión de un delito. En el caso en que, a su vez, la agresión se haya cumplido y la situación de peligro para el tercero se derive hacia otra causa surge una obligación de socorro, su omisión es sancionable, ex art. 593 c. p.

Por otro lado, para que el socorro defensivo tenga eficacia discriminante, es necesario que el sujeto socorrido no haya prestado consenso a la lesión del derecho, viniendo a menos, en tal caso el requisito de injusticia de la ofensa (así MANTOVANI).

#### 2) La ofensa debe ser injusta

La ofensa no va entendida, según MANTOVANI, como contraria a los preceptos del ordenamiento (*contra jus*), sino como no impuesta o autorizada por el mismo ordenamiento.

La injusticia de la ofensa es predominante no solo cuando sea ocasionada por un ser humano, sino también por un animal o por objetos inanimados de propiedad ajena, teniendo sobre los mismos el titular una obligación de vigilancia. En tal hipótesis, la reacción es admisible ya sea contra el objeto o el animal o por objetos inanimados propiedad de otros, teniendo sobre los mismos el titular una obligación de vigilancia. En tal hipótesis, la reacción es inadmisibles ya sea contra el objeto, contra el animal o ya sea contra el titular. La reacción eventual en contra, la *res nullius*, es a su vez penalmente irrelevante, salvo que no sea realmente protegido.

En cuanto a la probabilidad de la ofensa, a diferencia del código anterior, se prescinde de la violencia, requiriendo el código actual la subsistencia de una ofensa “genérica”, la legítima defensa, es, por lo tanto, admisible aun en el caso de conductas no violentas.

#### 3) El peligro debe ser actual

Como peligro debe entenderse la probabilidad de un daño que sea a la vez inminente; es aquello que acaece de una situación, que si no se interrumpe cae en la lesión de un derecho, ya sea el peligro persistente.

Esta última situación se verifica en los delitos permanentes y en aquellos mediante los cuales, al no haber sido totalmente consumada la ofensa, no se ha verificado aun el pasaje de la situación de peligro a aquel de daño.

La reacción hacia un peligro futuro sería injustificada, pudiendo el agredido invocar la protección del Estado, mientras la reacción hacia un peligro pasado constituiría una venganza o represalia (así en la Casación del 7/1/1974).

#### 4) El peligro debe haber sido determinado voluntariamente por el agente

Aunque si en el art. 52 haya diferencia con el art. 54 (ver infra) no requiere expresamente el extremo de la involuntariedad del peligro, la jurisprudencia constantemente afirma la inaplicabilidad de la eximente en examen a favor de quien haya sido puesto voluntariamente en la situación de peligro, conociendo el riesgo de quien andaba en la búsqueda (ANTOLISEI y MANTOVANI).

En la aplicación de tal principio se ha excluido la legítima defensa en el caso de pelea. FIANDACA opina que, en tal hipótesis, la inoperatividad de la eximente pueda ser ya afirmada en base del recurso mismo de esa, sin necesidad de hacer referencia a un requisito ulterior no requerido por la ley.

Todavía el eximente ex art 52 será invocado si subsiste el peligro de una violencia más grave o más peligrosa de la del enfrentamiento o de aquella prevista.

“Involuntariedad” del peligro no significa, por lo tanto, siempre y necesariamente, solo el no haber dado causa a eso.

En tal sentido, la Casación ha sostenido que la legítima defensa no es aceptable a favor de quien ha intervenido inicialmente a responder a tal ofensa, y que haya participado en el enfrentamiento con iguales contrapuestas a aquella de los adversarios, manifestando como todos los otros, una voluntad de aventajamiento o represalia.

Vuelta, recientemente, a expresarse sobre el requisito de la involuntariedad del peligro, la misma corte ha puntualizado que la determinación voluntaria del estado de peligro excluye la configuración de la legítima defensa, no por la falta del requisito de la injusticia de la ofensa, sino del requisito de la necesidad de la defensa. Desde tal óptica, llegan a la conclusión de la inaplicabilidad de la eximente en ventaja de quien actúe en la razonable previsión de determinar una reacción agresiva aceptando voluntariamente la situación de peligro determinada por él (Casación 2-5-2006, n° 15025).

### C) LA REACCIÓN

La reacción consta de tres elementos

#### 1) La coacción

Si bien ha sido discutido, generalmente se admite que la coacción sea elemento esencial de la legítima defensa, distinto de la necesidad (el art. 52 dispone de hecho “...obligado por la necesidad”).

La agresión genera un conflicto de intereses del agredido por agresión, el cual debe encontrarse en la alternativa de estar “bloqueado” a reaccionar o a ser ofendido; no ocurre así cuando el agente ha sido intencionalmente provocado y a sabiendas lo aceptó.

Lo que resuelve el añoso problema si es la legítima defensa de quien tenía la posibilidad de evitar la ofensa con la fuga.

Según la orientación doctrinal hoy prevaleciente (MANTOVANI Y FIANDACA), el problema se resuelve en base a la equiparación de los intereses; el sujeto no está obligado a escapar en todos aquellos casos en donde con la fuga expondría sus bienes personales (ej., peligro de infarto por una cardiopatía) o de terceros (ej., riesgo de investir a los transeúntes con una fuga luego en automóvil), o riesgos mayores de aquellos en que pone en riesgo sus bienes propios en contra del sujeto sobre el cual se reacciona. La casación ha precisado que no es configurable la eximente de la legítima defensa cuando el agente haya tenido la posibilidad de alejarse del agresor sin perjuicios o sin deshonor (Casación del 6-2-2003 n° 5697).

#### 2) La necesidad de defenderse

La “necesidad de defenderse” importa que la reacción represente la solución inevitable de eludir la ofensa y sea objetivamente idónea a neutralizarla.

Ya sea la inevitabilidad que la idoneidad ambas son valoradas en concreto.

Así derechamente invocará la eximente la mujer, que disponiendo solo de un “providencial cuchillo” lo usare en contra del violador ocasionándole una herida mortal, a no

ser que sea una campeona de karate y que con su arte pueda bloquear ese ataque sin matar al violador.

### 3) Proporción con la ofensa

La *proporcionalidad* representa la aplicación más evidente del principio del balance de los intereses (MANTOVANI): de hecho, esa subsiste donde el mal provocado del agredido al agresor resulta ser inferior, igual o tolerablemente superior a aquel padecido. Por lo tanto, no existe proporción entre ofensa y defensa cuando con un bastón o con otro cuerpo contundente se mata a quien, con lo mismo, se limitaba a golpear.

Sí se requiere que la proporción debe subsistir

—entre el mal amenazado y aquel infringido (es esta la opinión dominante ya sea en doctrina que en jurisprudencia), o bien que:

—entre los medios a disposición del agredido y aquel por ellos efectivamente usados.

Se va subrayando cómo la reacción debe caer sobre el agresor.

Como otros casos anticipados precedentemente, la subsistencia del informe proporcional entre reacción del agredido (puesto en acción mediante el empleo de armas o de otros medios igualmente idóneos) es la ofensa amenazada por el reo viene, excepcionalmente presunta *ex lege* (por lo tanto, sometido a la valoración del juez, en presencia de las condiciones delineadas por la norma), siendo el caso en donde el hecho se realice en el domicilio del agredido o en su lugar de trabajo.

Dentro de la interpretación de la portada normativa material de tal disposición, la Casación ha puntualizado que esa no consiente a una indiscriminada reacción en los controles del sujeto que se introduzca fraudulentamente en su propia demora, pero presupone un ataque, en el ambiente doméstico, a la propia o a la incolumidad de otros, o cuanto menos un peligro de agresión (Casación 23-3-2007, n° 12466). Los correctivos del año 2006 han resguardado solamente el concepto de proporcionalidad fijos, quedando los presupuestos de la actualidad de la ofensa y de la inevitabilidad del uso de las armas como medio de defensa de la propia o de la incolumidad de otros, como consecuencia, la reacción a la defensa de los bienes es legítima siempre y cuando no exista desistimiento o bien no exista un peligro actual para la preservación física del agredido o de otros; en conclusión, la reacción debe ser dentro de las circunstancias de la acción delictiva apreciada con anterioridad, la única posible, no sustituible con otra menos dañosa igualmente idónea a la tutela del derecho (Casación 16-6-2010, n° 23221).

Sobre el tema se ha afirmado, entre otros, que en la cuestión de la legítima defensa, la presunción de proporcionalidad a favor de la reacción de la defensa en los lugares de los domicilios o equiparables prevista por el párrafo segundo del art. 52, no opera con relación a conductas *cumplidas dentro del habitáculo de un vehículo*, tratándose de espacios privados de requisitos mínimos necesarios para poder residir por un apreciable periodo de tiempo dentro del cual no se cumplen conductas características de la vida doméstica (Casación 6-5-2013, n° 19375).

Se ha afirmado, finalmente, que la exigente de la legítima defensa armada, domiciliaria, presupone que el sujeto que se introduce fraudulentamente en la casa y que otros actúen para insidiar dentro de la esfera doméstica o bien a las personas que en ella se encuentran (al afirmar tal principio, la Corte excluye la configuración a beneficio de una reacción en contra de un sujeto que no se había introducido en la habitación para agredirlo, sino para socorrer al que se encontraba conviviendo con él, que estaba a su vez por ser

agredida por otro de los ocupantes de la misma habitación) (Casación 13-8-2014, n° 35709).

### **8) Uso legítimo de las armas**

Dispone el art. 53: “*Firmes las disposiciones contenidas en los dos artículos precedentes, no es punible para el oficial público que a los fines de cumplir un deber de su propio oficio es decir ordena de hacer uso de las armas o de otro medio de coacción física, cuando se encuentra en la necesidad repeler una violencia o de vencer una resistencia a la autoridad, es de todos modos para impedir la consumación de los delitos de masacres, de naufragios, inmersiones, desastres de aviaciones, homicidios voluntarios, robos a mano armada y secuestro de personas*”.

La misma disposición se aplica a cualquier persona que, legalmente llamada por el oficial público, le preste asistencia.

#### **A) LA LEY DETERMINA LOS OTROS CASOS EN LOS CUALES ES AUTORIZADO EL USO DE ARMAS O DE OTRO MEDIO DE COACCIÓN FÍSICA.**

Discutido en doctrina el problema si “el uso legítimo de arma” constituya un eximente autónomo o no sea, más bien, una figura particular del cumplimiento del deber.

La doctrina prevaleciente sostiene que el uso legítimo de las armas sea tenido como distinto tanto en el ejercicio del derecho como en el cumplimiento del deber, porque desarrolla una función integrativa y específica.

Del resto, el mismo legislador ha querido considerar en forma autónoma tal figura, no solo haciéndolo explícitamente, salvo la hipótesis prevista en los arts. 51, 52, sino requiriendo presupuestos autónomos para la subsistencia de la eximente.

De la cláusula de reserva incluida al inicio del art. 53 “firmes las disposiciones contenidas en los dos artículos precedentes” se desprende que la eximente posee una naturaleza *subsidiaria*, siendo invocada siempre que produzcan defectos en los presupuestos de la legítima defensa y del cumplimiento del deber.

#### **B) SUJETOS QUE PUEDEN INVOCAR LA EXIMENTE**

La que se encuentra prevista en el art. 53 es una eximente propia, en el sentido que pueden invocarla solamente los sujetos indicados por ellos mismos (en la práctica pueden invocarla solo aquellos oficiales públicos, que, por motivos de oficio, pueden llevar armas sin la licencia, es decir solamente los que pertenecen a la fuerza pública; policías, carabineros, guardias de finanzas etc.).

La eximente en examen es aplicable también a *todos los sujetos* que sobre un pedido legal del oficial público *le presten asistencia*.

El pedido del oficial público al privado es “legal”, cuando ha sido hecha en los límites y en los casos previstos por los arts.652 del c.p. En cada caso el pedido debe ser formulado por el oficial público y debe intervenir ante del uso de las armas, no siendo suficiente un consenso a posteriori.

#### **C) CONDICIONES PARA SU APLICACIÓN**

##### **a) El fin de cumplir un deber del propio cargo**

La primera condición requerida para la subsistencia de la eximente es que el sujeto se encuentre determinado con el fin de dar cumplimiento a un deber del propio cargo. Tal inciso es interpretado por MANTOVANI en el sentido que el uso de las armas debe ser directo a eliminar un obstáculo que se ha interpuesto entre él y el deber de cumplimiento.

Quedan excluidos de la previsión de la ley no solo los casos en donde el sujeto tenga por fin el cumplimiento de una facultad y no un deber de su propio cargo.

b) La necesidad de rechazar una violencia o de vencer una resistencia o de impedir la consumación de los delitos de estragos, etc.

Con el reclamo expreso de la necesidad del legislador ha querido aclarar que, en cada caso, los usos de las armas constituyen la *extrema ratio*, donde se debe recurrir solo cuando no se puede alcanzar de otro modo el objetivo, salvaguardando siempre la integridad física de los individuos, por (ejemplo: recurriendo al uso de los camiones hidrantes, o gases lacrimógenos, etc.). Desde tal óptica, el requisito considerado implícitamente necesario para la configuración de la eximente es aquel de la proporción entre el bien agredido mediante el empleo de armas y los intereses que el deber de oficio mira a alcanzar. Si la omisión de tal requisito se justifica en la óptica de la política criminal seguida en los tiempos de la promulgación del código penal, según el cual el interés estatal puntualizando el cumplimiento de los deberes en conexión al interés público era por lo tanto prevalente sobre aquellos de los ciudadanos singulares, lo que no puede decirse en el actual sistema jurídico, destinado a la tutela de los valores reconocidos y garantizados por la Constitución republicana.

Tal necesidad, debe ser aquella de:

—Rechazar una violencia:

“Violencia” y cualquier empleo de fuerza física puesta en acción frente a los oficiales públicos; aunque no integre el delito en donde el art. 336 c.p. (violencia o amenaza a un oficial público a cargo);

—Vencer una resistencia:

Se ha discutido si en el ámbito de la resistencia forme parte más allá de aquella *activa*, que se concreta en oposición efectiva de una forma ilegítima, también aquella *pasiva*, en donde la inercia o la fuga para impedir que el oficial público cumpla un deber a su cargo.

MANTOVANI sostiene que, aunque esta última vuelva a entrar en el ámbito de la aplicación de la norma, donde está permitido disparar a los neumáticos de los bandidos en fuga o usar gases lacrimógenos para obligar a salir a quien se ha refugiado en su casa para evitar el arresto. No sería, a su vez, desincriminado al agente que dispara en contra de los manifestantes que se tiran al suelo para impedir a los autos de la policía *entrar* en una fábrica ocupada, a no ser que tengan que transportarlos en peso fuera de los lugares interesados. Por más que se configure resistencia a la autoridad, no es necesario que recorran los extremos requeridos por el delito, en donde el art. 337 (resistencia a la autoridad).

La casación ha rebatido recientemente que, en caso de fuga, es menor la relación proporcional entre el uso de arma y el carácter no violento de la resistencia; es por ello que el funcionario público que haga uso de arma no podrá invocar la eximente (Casación 1-3-95, n° 2148), ni se podrá invocar la eximente cuando el agresor se haga escudo de un rehén, en cuanto a la vida del rehén constituye un bien cuya tutela resulta preeminente.

—impedir la consumación de los delitos de estragos, de naufragios, sumersión, desastre de aviación, homicidio voluntario, robo a mano armada y secuestro de persona.

Este último inciso, introducido por la ley n° 152 del año 1975, ha dado origen a no pocos contrastes.

En particular, se discute si de ese modo está determinada la ampliación de la hipótesis de uso legítimo de las armas de parte del funcionario público, o si en vez, no se ha innovado nada con respecto a la disciplina preexistente.

Para esta última solución se ha pronunciado ANTOLISEI, quien, partiendo de la consideración de que la hipótesis delictiva enumerada por el legislador se resume todas en actos de violencia a ser rechazadas, se ha sostenido que primero antes, aún sin la expresa previsión legislativa, el uso de las armas para impedir uno de los tantos delitos debía por tenerse como legítimo.

Hoy, en vez, tiende a prevalecer la tesis de MANTOVANI, según la cual, durante la duración de los delitos en objeto, y sin más que a su consumación, el uso de arma es legítimo, aunque no subsista en concreto una violencia en su lugar o una resistencia.

Tal interpretación puede aparecer peligrosa en cuanto termina por atribuir al oficial público el poder de decidir en el momento, si en el caso concreto se ha iniciado el *iter criminis* que llevará a la consumación de uno de los delitos indicados.

#### D) OTROS CASOS DE USO LEGÍTIMO DE LAS ARMAS

El último párrafo del art. 53 reclama sobre los otros casos en donde la ley consiente el uso de las armas

Se enumeran entre esos:

a) el uso de armas o de otros instrumentos de coacción física de parte de las fuerzas públicas para la ejecución de medidas de seguridad pública, cuando los interesados no cumplen (art. 5 t.u.l.p.s.);

b) el uso de armas de parte de los agentes de policía para impedir los pasos abusivos de las fronteras del Estado o para arrestar personas en actitud de contrabando (L. 4-3-1958 n.100);

c) el uso de armas para impedir la evasión de los detenidos o violencia entre los mismos (art. 41 de la ley del 26-7-1975 n. 3722).

En tales casos, naturalmente, el uso de las armas es legítimo cuando se repiten las condiciones indicadas en las mismas normas que la constituyen, sin que sean requeridas también las condiciones en donde el art. 53 c. p. en particular, en materia de contrabando, paso continuo y abusivo por las aduanas y custodia de los detenidos, el uso de las armas es legítimo también en contra de quienes impiden con la fuga a una intimación o el arresto. (Casación 4-2-1982, n. 3722).

### 9) El estado de necesidad

#### A) NOCIONES Y FUNDAMENTOS

El estado de necesidad está previsto en el art. 54 mediante el cual: “*No es punible a quien ha cometido el hecho por haber sido constreñido a la necesidad de salvarse a sí mismo o a otras personas del peligro actual de un daño grave a la persona, peligro no voluntariamente causado, por él ni por lo demás evitable, siempre que el hecho haya sido proporcionado hacia el peligro*”.

Ejemplos clásicos: el alpinista que, para salvarse, corta la cuerda del compañero que se encuentra suspendido en el vacío y que se arriesga a arrastrarlo con él.

Un náufrago que golpea a otro náufrago para tomarse de un salvavidas con la capacidad de sostener a una sola persona.

Así como para la legítima defensa, también *sobre el fundamento* de estado de necesidad no existe concordancia en doctrina y jurisprudencia.

La doctrina moderna (FIANDACA-MUSCO, ROMANO) sostiene, sin embargo, que el estado de necesidad se fundamenta; como las otras causas de justificación, está financiado sobre el principio del balanceo de los intereses.

El estado de necesidad presenta varias analogías con la eximente de la legítima defensa, de la cual diverge en algunos puntos: ante todo, la acción de necesidad de un tercero extraño que no ha determinado la situación de peligro, y no en contra el autor de la lesión injusta. Por otro lado, el art. 52 reclama la necesidad de salvar también un derecho no atinente a la personalidad; el art. 54 se refiere exclusivamente al daño grave a la persona, no voluntariamente causado; finalmente, en cuanto a la relación de las consecuencias, el art. 54 deja librado al plano civil una indemnización justa al sujeto perjudicado.

## B) ELEMENTOS DEL ESTADO DE NECESIDAD

También el estado de necesidad consta de dos elementos: *la situación de peligro y la acción lesiva necesaria o necesitada.*

### 1) Situación de peligro

La situación de peligro se sustancia en el “*peligro actual de un daño grave a la persona*”; es indiferente la fuente de tal situación (fuerzas naturales o animales, agresión de un hombre) siempre que:

#### a) El peligro sea *actual*

*Actualidad*, no quiere decir inminencia en el daño, más bien también *probabilidad* de que eso suceda o se verifique.

La casación ha reconocido como estado de necesidad (llamado como prematuro) de quien lleva sin licencia un arma fuera de su casa para dar caza a un perro hidrofóbico, excluyendo el delito de portación de armas.

#### b) Objeto de peligro siendo un daño grave a la persona

La expresión “daño grave a la persona” comprende no solo los daños a la vida y a la integridad física sino *todos los daños también morales* que incumben a las personas: así podrá invocar bien en estado de necesidad la bañista que, habiendo perdido en el mar un bikini, robe una toalla para cubrirse, y salvar así su propio pudor.

La jurisprudencia del tribunal de mérito se arroja hasta identificar el concepto de daño a la persona con la violación de los derechos del individuo constitucionalmente garantizados. Tal interpretación extensiva del concepto de daño grave a la persona, mediante la inclusión de los derechos inviolables, impone una más *atenta* y penetrante investigación judicial, dirigida a circunscribir la esfera de la acción de la eximente solo en los casos en donde exclusivamente se encuentran presentes los otros elementos constitutivos de la misma, cuyos requisitos de la necesidad y de la inevitabilidad del peligro, teniendo en cuenta las exigencias de tutela de los derechos de terceros, involuntariamente involucrados, derechos que no pueden ser comprimidos sino en condiciones excepcionales y claramente comprobadas (así Casación 4-6-2003 n.24290)

El estado de necesidad no recurre nunca cuando el evento temido sea de naturaleza patrimonial.

c) que el agente no haya causado el peligro y no tenga el deber en particular de exponerse a eso

Se encuentra en la primera situación el agente que, dolosamente o culpablemente, causa un peligro. Se encuentra, a su vez, en la segunda circunstancia de aquel que ha sido propuesto para socorrer a otros; en cuanto tal, tiene el deber de exponerse al peligro derivado de una norma jurídica o de un contrato.

No podrá invocar la eximición el automovilista que embiste a un peatón por haber violado las normas de tránsito, así tampoco podrá invocarla el comandante de una nave — el de ponerse a salvo sobre la única barca que quedaba— que sacrifica la vida de un pasa-

jero o varios, y tampoco el delincuente que, en el curso de un robo, se escude detrás de un transeúnte para evitar las balas de la policía.

Para la doctrina prevalente es “voluntario” el peligro causado con dolo o también con culpa.

2) Acción lesiva necesitada

La acción lesiva de quien reacciona en contra del peligro debe ser “forzada”, “absolutamente necesaria para salvarse y proporcionalmente al peligro”.

a) Forzada

La situación de *forzada* se da cuando el sujeto se encuentra en la alternativa de actuar o someterse a un daño grave a la persona. El art. 54 menciona expresamente el requisito de la inevitabilidad sin más, a diferencia del art. 52 sobre la legítima defensa: lo que significa que en el ámbito del estado de necesidad viene eximida solo la conducta que lleve al daño menor al tercer culpable.

b) Absolutamente necesaria para salvarse

No ha sido necesario haber tenido una simple necesidad, que la misma haya sido imperiosa y convincente, tal de no dejar ninguna acción de aquel, de dañar el derecho de un tercero. En tal caso, ha sido excluido que haya relevancia eximente por la falta de trabajo o bien la contingente carencia de medios de subsistencia (Casación 19-5-2004, n. 23286).

La ley requiere que el peligro “no sea de otro modo evitable” de donde deriva que solamente cuando el agente no tiene a su disposición otros medios para salvarse podrá dañar los intereses de un tercero. Pero cuando, a su vez, la acción lesiva es evitable, por ejemplo: (con la fuga que aquí no es impropia, más bien cuando es posible es siempre obligatoria) su acción lesiva no es justificable (así entre otros, Casación 30-9-95 n. 10071). Recientemente la misma corte ha reafirmado que la integración de la eximente es necesario que no exista otra posibilidad concreta de salvación privada de desvalor penal (Casación, 22-5-2006 n.17592).

Lo que se explica teniendo presente que la acción misma es directa en contra de un tercero que es absolutamente extraña a la situación que se ha venido a crear y que no tiene responsabilidad alguna con respecto a esa.

c) Proporciónada al peligro

Desde el momento en que la acción es directa en contra de un tercero no culpable, la ley prescribe una proporción más rigurosa con respecto a la legítima defensa.

La doctrina más reciente (FIANDACA, DE FRANCESCO) sostiene que el juicio proporcional debe resguardar no solo el valor de los bienes contradictorios, sino todos los bienes que caracterizan la situación de hecho, cual elemento subjetivo, las modalidades de realización, el grado de peligro que amenaza el bien y el grado de probabilidad de salvarlo a través de la acción necesitada.

### C) EL LLAMADO SOCORRO DE NECESIDAD: CRÍTICA

El art. 54 legitima la reacción más allá de salvar un derecho propio también para salvar el derecho de otros: es, esto, el llamado *socorro de necesidad*, figura particularmente controvertida entre las causas de justificación.

Por efecto de tal figura, de hecho, consentida a cualquiera que desee cambiar a su propio arbitrio situaciones de hecho a favor o a desfavor de un sujeto a favor de uno o de otro, así, por ejemplo: el art. 54, en la hipótesis específica del auxilio por necesidad, con-

siente de matar a su propia elección a uno de los dos alpinistas que quedó enclavado para salvar al otro.

El problema se resuelve con PADOVANI si consideramos como debe ser la coacción como elemento esencial de la acción lesiva necesaria requerida; por aquel conflicto de intereses en donde se resuelve la coacción hace que el auxilio o la ayuda por necesidad sea posible solamente cuando el tercero en cuyo favor se interviene se encuentre con el agente en una particular relación (parentela, amistad muy estrecha), que sea significativo en:

El auxilio o socorro por necesidad se distingue de la obligación de ayuda o auxilio sancionado por el art. 593 de código penal, porque es una facultad (no una obligación), porque presupone que la situación de peligro es un peligro inminente (no pasado).

#### D) LA PRESIÓN PSICOLÓGICA (ART. 54 U. C.)

Dicta el último párrafo del art. 54: “*La disposición de la primera parte de este artículo se aplica también si el estado de necesidad está determinado por amenazas de otras personas: pero en el caso, del hecho cometido por la persona amenazada, responde quien la ha forzado a cometerlo*”. Es esta la hipótesis de la llamada “presión o forzamiento psíquico” que se verifica cuando a un sujeto, mediante una amenaza, lo obligan a tener un cierto comportamiento abstractamente antijurídico (ejemplo: un automovilista que provoca un choque bajo la amenaza de una pistola).

Para invocar la eximente en examen, debe ocurrir que la amenaza sea tal que debe crear en el agente un verdadero propósito de estado de necesidad con todos los requisitos antes examinados.

Esta hipótesis se tiene como distinta a la *presión psicológica* ordenada por el art. 46, en cuanto esta última excluye la culpabilidad y no la antijuricidad.

La intimidación psíquica es una incriminante y la física una eximente.

#### E) EL ESTADO DE NECESIDAD Y LA DISPONIBILIDAD DE UN REFUGIO

*Discutido es el problema de relación entre estado de privación y estado de necesidad.*

La prevalente jurisprudencia de la Casación sostiene que el estado de privación del imputado no puede integrar, de por sí, el eximente del estado de necesidad prevista en el art. 54 en cuanto a la moderna organización social, previendo medios e institutos de tutela para los indigentes, los inhabilitados para el trabajo etc. Elimina para ellos el peligro de estar privados de cuanto sea necesario para su cura y su sostenimiento. Mas elástica aparenta, a su vez, en cuanto a la jurisprudencia de mérito, la cual sostiene que el estado de privación puede integrar el extremo del estado de necesidad y, por lo tanto, eximir de pena cuando se concrete en un grave peligro de daño a la salud, o bien, limite notablemente las necesidades esenciales del vivir civil.

Así se excluyó el delito de invasión de edificios en el caso de una familia que, en condiciones económicas desesperadas y con precario estado de salud, ha ocupado un departamento luego de haber sido desalojado de la vivienda o casa particular. La Casación (del 23 de junio de 1983, n. 5324) ha confirmado esta orientación, reconociendo la exigencia de un alojamiento, el valor del bien de una persona incluidas en el art., 54.

Recientemente la misma corte ha confirmado tal orientación, sosteniendo que en el concepto de daño grave a la persona se encuentran contemplados también en situaciones que pongan en peligro solo indirectamente la integridad física comprometiendo un derecho fundamental de la persona como el derecho de habitación que se cumpla todo el tiempo de

la ocupación ilícita, y de los otros elementos constitutivos, es decir la necesidad absoluta de la conducta e inevitabilidad del peligro (Casación 4-3-2011, n. 8724).

Se registra, por otra parte, en la más reciente jurisprudencia, una interpretación más restrictiva, pero más adherente a la letra y al espíritu de la incriminación. A título ejemplificativo, se ha afirmado que el eximente del art. 54 del código penal, requiere para su configuración, que en el momento en donde el reo actúa “contra derecho”, a los fines de evitar un daño grave a la persona, y que el peligro sea inminente, que bien puede ser individualizado y circunscripto en el tiempo y en el espacio. En tal óptica, de un caso de relativa y abusiva ocupación de alojamientos populares, se ha afirmado que el estado de necesidad puede ser invocado solo para un peligro actual y transitorio y no para resolver definitivamente la propia necesidad habitacional (Casación 15-10-2014, n. 43078).

## **10. La reacción legítima y actos arbitrarios del oficial público**

Para un examen de tal instituto, originariamente previsto por D. ley 14-9-1944 n. 94 reenvió al capítulo 31.

## **11. Causa de justificación no codificada**

El recurso al procedimiento analógico para legitimar las causas de justificación no contempladas en modo expreso por la ley es negado por NUVOLONE, para quien el sistema penal comporta una indefectible exigencia de tipicidad y es sostenido a su vez por ANTOLISEI tratándose de interpretaciones analógicas que en buena parte afecta a disposiciones no excepcionales.

Según MANTOVANI y la jurisprudencia, las llamadas hipótesis “desincriminatorias tácitas son reconducibles a la desincriminatorias codificadas”.

Las más importantes causas de justificación no codificadas son:

### **A) INFORMACIONES COMERCIALES**

Hasta que tales informaciones vengan facilitadas bajo solicitud a muchas personas y por el contenido sean ofensivas a la reputación de los demás (ejemplo: el señor X suele no cumplir con sus compromisos de informar) formalmente recurriría los extremos del delito de difamación (art. 595): el hecho todavía no es punible.

Para MASSARI recurriría, en tal caso, a la eximente del ejercicio del derecho, cuyas fuentes serían acogerse a los usos sociales; según otros autores, tal facultad estaría implícita en el reconocimiento de la actividad comercial (art. 41 de la Constitución), en cuanto sin esa se sometería al comercio a graves riesgos.

### **B) TRATAMIENTO MÉDICO QUIRÚRGICO**

La debatida colocación sistemática entre las causas de justificación del tratamiento médico-quirúrgico.

La teoría que hoy encuentra más seguidores es aquella que trae la actividad médico-quirúrgico bajo el consentimiento del derecho habiente, y por lo tanto sostiene que la misma estaría bajo la disciplina del art. 50, con los límites previstos por el art. 5 del código civil (según Casación 13-5-1992, n. 5639), en donde se excluye que el cirujano, ante la ausencia y urgencia de necesidad terapéutica, pueda someter al paciente a una intervención de más grave entidad con respecto a aquello que el paciente mismo haya consentido.

Para MANTOVANI, a su vez, el fundamento de la actividad médico-quirúrgica no se encuentra en el art. 50, sino más bien en el art. 51 (*ejercicio de un derecho*), en cuanto a

ello respondiendo a un alto interés social jurídicamente autorizado, como se presume del art. 32 de la constitución y de toda la legislación que reconoce, disciplina, favorece y financia tal actividad.

En cuanto a los requisitos de licitud, la intervención terapéutica es lícita siempre que:

- a) sea efectuada por persona habilitada en el ejercicio;
- b) que exista el consentimiento pleno, real e informado por el paciente (salvo en casos, donde por incapacidad sea legitimado el representante legal); solo en caso de absoluta urgencia y de absoluta imposibilidad de obtener el consentimiento del paciente o de su representante legal la intervención puede ser efectuada sin consentimiento;
- c) que exista una necesidad terapéutica, en base a la cual el riesgo de la no intervención no sea inferior a aquel de la intervención y que sus ventajas sean a su vez superior;
- d) que suceda con el respeto pleno a las reglas del arte médica;

Los límites intrínsecos son también perceptibles en las normas de derecho público sobre el ejercicio de la actividad médica que impongan la habilitación y el respeto de las reglas del arte médica, para quien la ejercita.

### C) ACTIVIDAD DEPORTIVA

La doctrina y la jurisprudencia recondujeron la actividad deportiva a la figura del *consenso* del titular del derecho. En particular se sostiene que el consenso o la aprobación significa que las eventuales lesiones sufridas por un participante siempre en cuanto el mismo se haya representado el relativo riesgo y se haya expuesto voluntariamente a ello (el consentimiento deberá, en cada caso, resguardar los hechos conforme a las costumbres deportivas).

Según MANTOVANI, a su vez, para que la actividad deportiva violente el fundamento de la licitud se observa en el art. 51, tratándose también aquí de actividad jurídicamente autorizadas, como se desprende de la legislación que financia la actividad deportiva.

La legalidad de los deportes violentos (pugilato, rugby, lucha etc.) según el autor, se someterá al límite subjetivo del consentimiento del sujeto (o del eventual representante legal), ya que el deporte libera participación no solo a los límites objetivos de la idoneidad psicofísica de los contendientes dentro del respeto de las reglas del juego.

Un discurso análogo vale para los deportes en los que la violencia no es necesaria pero, no obstante, es muy frecuente (en el fútbol, automovilismo, etc.).

Consecuentemente, en caso de respeto a las reglas del juego, el eventual evento lesivo se tiene comprobado como caso fortuito; en caso de violación voluntaria de las reglas, el caso no podrá acogerse a las causas de justificación, pero será castigado penalmente (Casación 21-2-2000, n. 1951).

Ha señalado la Casación, entre otras, que la eximente no codificada de la actividad deportiva encuentra su aplicación solo a todos los que participan de la misma actividad, y no de los vínculos entre un deportista y un sujeto extraño al deporte (Casación 21-8-2003, n. 3461).

Por último, se ha afirmado que el riesgo consentido en la actividad deportiva no opera en la hipótesis de lesiones personales ocasionadas en el desenvolvimiento de una mera exhibición deportiva, encontrándonos, en estos casos, frente a una actividad modelada sobre una falsa regla de una competencia deportiva, pero a diferencia de esta última no dirigida por reglas deportivas establecidas por los organismos de su categoría, en cuya observancia es reconducida la ausencia de antijuricidad del hecho (Casación 18-8-2016, n. 34977).

#### D) USO DE “AUTO AZUL” Y DE MATERIALES DE CANCELLERÍA

Trátase de hipótesis recientemente surgidas y convertidas a los honores de la crónica por la frecuencia de los episodios de uso impropio de tales medios materiales. Para no dar espacio a eventuales incriminaciones por peculado o peculado de uso, (párrafo 1 y 2 del art. 314) a cargo de quien se ha hecho protagonista de tales episodios, se ha pensado de recurrir a la figura del consentimiento implícito del derecho correspondiente (que en este caso es el ente que pone a disposición tales instrumentos), en forma de eximentes.

No siempre todavía se puede reconocer la irrelevancia penal del hecho, mientras seguramente es de encontrarse en caso de apropiación del material de cancellería existente en la oficina, a su vez es penalmente relevante el empleo con fines privados de un automóvil puesto a disposición del ente con la consecuente sustracción del chofer o del acompañante a los deberes de su trabajo.

### 12. La aplicación de las causas de justificación

#### A) LA RELEVANCIA OBJETIVA DE LAS EXIMENTES

El art. 59, párrafo 1, establece que “*las circunstancias que...excluyen la pena son valoradas a favor del agente, a pesar que no son conocidas por este, y aunque por error son tenidas por este cómo inexistente*”; desde esta previsión, la doctrina presume que las eximentes se *detectan objetivamente*, es decir “en virtud de su propia existencia”, a prescindir del conocimiento que el agente ya posea. (FIANDACA-MUSCO).

Lo que no excluye, que, en determinados casos, puedan relevar también coeficientes “subjetivos” (ejemplo: reacciones ante actos arbitrarios).

#### B) LA ERRÓNEA SUPOSICIÓN DE LA EXISTENCIA DE CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Finalmente, el último párrafo del art. 59: “*si el agente considera que, por error, existen circunstancias de exclusión de la pena, estas son siempre valoradas a su favor. Todavía, si se trata por un error determinado como culpa, la punibilidad no está excluida, cuando el hecho está previsto por la ley como delito culposo*”.

Es esta la norma que legitima en nuestro ordenamiento la llamada *eximente putativa*, es decir, que son aquellas que no existen en realidad sino solo en la mente de quien actúa (ejemplo: el joyero que dispara contra un sujeto burlón que finge un robo (caso de legítima defensa putativa). Las eximentes putativas así mismo dicho que excluyen la anti-juricidad excluyen la culpabilidad, son causas subjetivas de exclusión de la culpabilidad a la par del error.

### 13. Exceso culposo en las causas de justificación (art. 55)

#### A) NOCIÓN Y GENERALIDAD

El exceso culposo se configura cada vez que existan los presupuestos de hecho de la causa de justificación, pero el sujeto sobrepasa los límites. Y eso es lo que diferencia tal hipótesis de aquella prevista por el art. 59, en la que la causa de justificación no subsiste y es solo el agente que, por error, la considera existente.

La figura en examen ha tomado, en el código vigente, una fisonomía autónoma y está regulada en el art. 55.

El exceso culposo, en cuanto se resuelve en un abuso de derecho determinado por error, puede ser solo culposo (no pudiendo ser concebido como error doloso).

La voluntad del agente debe ser siempre directa a aquel fin (ejemplo: la protección de la vida) que en el caso concreto (ejemplo: agresión) sería justificado: como en el caso de

quien, viéndose atacado o asaltado por un desconocido con una fusta, el atacado se defiende infiriéndole una puñalada, causándole la muerte.

No hay exceso culposo, aunque persiguiendo aquel fin, hayan sido voluntariamente superados ciertos límites: estamos aquí en presencia del *exceso doloso*, que comporta responsabilidad a título de dolo por el delito cometido (es el caso de quien ha sido agredido a título de robo, aunque pudiéndose defender hiriendo solamente al agresor, lo mata, habiendo reconocido en él un adversario suyo político).

## B) PRESUPUESTOS Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL EXCESO CULPOSO

Dos son las condiciones para la aplicación del art. 55:

a) Que la actividad sea iniciada en presencia de una causa de justificación prevista por los arts. 51, 52, 53 y 54;

b) Que se hayan superado, por imprudencia, negligencia, impericia e inobservancia de leyes reglamentarias, órdenes etc.; es lo que, por culpa, los límites de actuación consentido por la discriminante o eximente.

No obstante, el art. 55 limita el exceso culposo a las hipótesis previstas por los arts. 51, 52, 53 y 54; es opinión dividida (MANTOVANI, FIANDACA-MUSCO, PAGLIARO) que eso se aplique también en el consenso del derechohabiente (art. 50) y a las hipótesis de las eximentes putativas o especiales (ejemplo: reacciones desproporcionadas ante los actos arbitrarios del oficial público).

## C) NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO COMETIDO POR EXCESO CULPOSO

Sobre la naturaleza jurídica de tal delito, la doctrina está dividida:

### a) *Teoría del delito doloso*

Para algunos autores (PANNAIN, SANTORO, ESCOBEDO, SANDULLI) es por la jurisprudencia prevalente que el delito cometido por exceso culposo en las causas de justificación es un *delito doloso*, porque el evento más grave puede ser previsto y deseado por el agente, y considerado como si fuese culposo solo a los fines de la pena.

### b) *Teoría del delito culposo en el sentido estricto*

Otros autores (GALLO, GROSSO, FIANDACA, MANTOVANI) lo sostienen como verdadero y propio del *delito culposo*, porque la culpa no se agota en la no voluntad del evento, pero es configurable también en el inexacto conocimiento de la situación concreta.

### c) *Teoría de la culpa impropia*

Otros autores (ALIMENA, DELITALA, VANNINI, NUVOLONE, ANTOLISEI), por último, hablan de delito culposo, pero precisan que en la especie no se trata de culpa propia, más bien de *culpa impropia calificada*, es decir, por la voluntariedad del evento: en eso el evento es querido, pero el delito queda para siempre en el ámbito de los delitos culposos.

Es claro que, de la reconducción de exceso culposo de la categoría de los delitos dolosos o culposos, derivan notables consecuencias.

Ya que aparece posible, en concreto, configurar un conjunto de personas también en caso de delito cometido por exceso culposo, ya que no es configurable un concurso doloso en delito culposo, aparece preferible la tesis que considera el delito cometido por exceso culposo como delito doloso bajo el perfil subjetivo, tratado como culposo solo a los fines de la pena.

Consideremos de hecho este ejemplo: Tizio, agredido por Sempronio, se apresta a reaccionar de manera excesiva en contra de este agresor; llega Caio quien, reconociendo en Sempronio un enemigo suyo, entrega a Tizio una pistola con la cual mata a Sempronio; en

tal caso, sería dudoso que Caio responda por homicidio doloso, cosa que no sería admisible si el delito de Tizio fuese culposo a todos los efectos, no siendo posible, como veremos, un concurso doloso en delito culposo.

#### **14. El exceso culposo en las variadas hipótesis eximentes**

##### **A) EXCESO CULPOSO EN EL EJERCICIO DEL DERECHO O CUMPLIMIENTO DEL DEBER**

Para producirse tal exceso ocurre que:

a) que la actividad ya sea iniciada en el ejercicio de un derecho o en el cumplimiento de un deber;

b) que se hayan superado, por culpa, los límites puestos por la ley o por la orden judicial.

Consideremos estas dos hipótesis:

1) un policía, particularmente emotivo, dispara en contra de un huelguista que se le para en frente, amenazante, mientras que con un poco de coraje habría fácilmente podido reducirlo a la impotencia, enfrentándolo a puños.

2) un policía dispara contra un huelguista que lo enfrenta amenazantemente solo porque intenta vengarse de ofensas recibidas por este con anterioridad.

En el primer caso, la voluntad es aquella en donde el art. 53 dice que ante la situación de rechazar una violencia por lo tanto el exceso es de considerarse culposo y encuentra por lo tanto aplicación en el art. 55; en el segundo caso, a su vez, la voluntad es aquella de vengarse del ultraje recibido; por lo tanto, no es configurable de exceso culposo sino homicidio (o lesión dolosa) del policía.

Acerca de la defensa de la propiedad, se discute si configura exceso culposo por el uso desproporcionado de la ofensa, para MANZINI, la defensa de la propiedad mediante la ofensa no encontraría a su vez algún límite; para la restante doctrina y jurisprudencia, en vez, ocurriría tener en cuenta la relación entre el valor del bien y los medios operados configurándose el exceso y todos aquellos casos en donde, el mismo resultado de tutela podría obtenerse en concreto, con medios menos gravosos y nocivos para las personas.

##### **B) EXCESO CULPOSO DE LA LEGÍTIMA DEFENSA**

El exceso culposo de la legítima defensa postula la superación culposa de los límites impuestos por la superación de la defensa.

La voluntad, por lo tanto, debe ser aquella de defender el derecho propio o de otros del peligro actual de una ofensa injusta mientras, que, por culpa, deben ser superados los límites de la proporción entre defensa y ofensa impuestos por el art. 52.

Tal exceso, por lo tanto, es configurable solo cuando subsisten todos los elementos de la eximente “de aquí”, salvo aquello de la proporción entre defensa y ofensa (por ejemplo: será responsable de homicidio culposo quien mata cuando para defenderse o salvarse habría sido suficiente con golpear).

##### **C) EXCESO CULPOSO EN EL ESTADO DE NECESIDAD**

También aquí los presupuestos son aquellos comunes: inicio de la acción en la presencia del estado de necesidad y superación por culpa y superación por culpa de los límites impuestos por el art. 54.

Va solamente anotado que el exceso culposo se verifica, en el estado de necesidad, por exceso de medios cuando se supera, es decir, la proporción entre el peligro y la acción lesiva.

#### D) EXCESO CULPOSO EN EL USO LEGÍTIMO DE ARMAS

Viene considerado exceso culposo el haber hecho uso de las armas para impedir la fuga de ladrones causando la muerte del obstáculo de cuyo cuerpo los agresores se hayan escudado; en tales situaciones, la vida del obstáculo es un valor preeminente a tutelar y el uso de armas debe cesar cuando los agresores lo usen de escudo (así Casación 15-7-91).

editado por:

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba



Junio 2020