EN LETRA

DERECHO PENAL

Año VI, N.º 12
Mayo de 2021
ISSN: 2469-0864

Queda hecho el depósito previsto por la ley 11.723.

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

ISSN: 2469-0864

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

Editor responsable / correspondencia epistolar:

Leandro Dias
La Pampa 2670, 2.º piso
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina

Correspondencia digital:

leandroalberto.diasleston@uni-wuerzburg.de

Las ideas y términos expresados en esta obra pertenecen exclusivamente a sus autores. EN LETRA: DERECHO PENAL, el CENTRO DE ESTUDIOS INTERDISCIPLINARIOS EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES y sus miembros no necesariamente los comparten, ni se responsabilizan por ellos.

Ningún contenido de EN LETRA: DERECHO PENAL debe interpretarse como un intento de ofrecer o proporcionar asesoramiento profesional. En caso de dudas o necesidad de asesoramiento profesional, consulte a un profesional matriculado en la materia correspondiente.

DIRECCIÓN

Leandro A. DIAS (UNIVERSITÄT WÜRZBURG)

SUBDIRECCIÓN

José R. BÉGUELIN (UBA) Noelia T. NÚÑEZ (UBA/CEPDAL)

Pablo LARSEN (UTDT/UBA)

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

Agustina SZENKMAN (UBA) Lara BENÍTEZ (UDESA)

COMITÉ EDITORIAL

Antonella DONNES (UBA) Mª. Belén RODRÍGUEZ MANCEÑIDO (UBA)

Ezequiel JIMÉNEZ (MIDDLESEX UNIVERSITY) Carla SALVATORI (UBA)

Santiago MOLLIS (CORNELL UNIVERSITY) Thomas WOSTRY (UNIVERSITÄT DÜSSELDORF)

Diana VELEDA (UTDT) Lucía SOLAVAGIONE (UNIVERSITÄT BONN)

Tomás FERNÁNDEZ FIKS (UN. MAR DEL PLATA) Magdalena LEGRIS (LEIDEN UNIVERSITY)

CONSEJO ACADÉMICO

Kai AMBOS (UNIVERSITÄT GÖTTINGEN)

María Laura BÖHM (LMU MÜNCHEN)

Hernán BOUVIER (UNC/CONICET)

Alejandro CHEHTMAN (UTDT/CONICET)

Luis CHIESA (SUNY BUFFALO LAW SCHOOL)

Fernando J. CÓRDOBA (UBA)

Julieta DI CORLETO (UTDT)

Marcelo FERRANTE (UTDT)

George P. FLETCHER (COLUMBIA LAW SCHOOL)

Luís GRECO (HUMBOLDT-UNIVERSITÄT ZU BERLIN)

Hernán GULLCO (UTDT)

Alejandro KISS (THE HAGUE UNIVERSITY)

Máximo LANGER (UCLA)

Marcelo D. LERMAN (UBA/UDESA)

Eric HILGENDORF (UNIVERSITÄT WÜRZBURG)

Marina LOSTAL BECERRIL (THE HAGUE UNIVERSITY)

Ezequiel MALARINO (UDESA/CONICET)

María Laura MANRIQUE (CONICET)

Juan Pablo MONTIEL (CRIMINT)

Héctor OLÁSOLO ALONSO (UROSARIO)

Daniel PASTOR (UBA)

Nuria PASTOR MUÑOZ (UPF)

José Milton PERALTA (UNC)

Gabriel PÉREZ BARBERÁ (UNC)

Ricardo ROBLES PLANAS (UPF)

Marcelo A. SANCINETTI (UBA)

Eugenio SARRABAYROUSE (UBA)

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (UPF)

Alejandra VERDE (UDESA/UTDT)

Patricia ZIFFER (UBA)

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

***

Tres declaraciones y garantías:

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

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

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

EDITORIAL

COLUMNAS

Por qué el estado de vacunación de una persona puede desempeñar un papel en el triaje después de todo, Tatjana Hörnle, 7

ARTÍCULOS

¿Qué es el derecho penal de la actitud interna?, Kai Ambos y Peter Rackow, 12

¿Juicios por Zoom?, María Luz González-Gadea, Rocío López Resano y Alejandro Chehtman, 35

La competencia de la víctima, Fernando Córdoba, 50

Cuestiones centrales de la omisión por comisión, Marcelo Lerman, 66

TRADUCCIONES

Al principio existía la sospecha, Helmut Satzger, 80

RECENSIONES

La regularidad como derecho individual, Alberto Nanzer, 98

PAUTAS DE PUBLICACIÓN

PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

EDITORIAL

COLUMNS

Why a Person's Vaccination Status May Play a Role in Triage After All, Tatjana Hörnle, 7

ARTICLES

What is the Meaning of 'Criminal Law of the Internal Attitude' [Gesinnungsstrafrecht]?, Kai Ambos and Peter Rackow, 12

Trials by Zoom?, María Luz González-Gadea, Rocío López Resano y Alejandro Chehtman, 35

Victim's Involvement in the Causal Chain, Fernando Córdoba, 50

Justifying Omission by Commission, Marcelo Lerman, 66

TRANSLATIONS

At First There Was Suspicion, Helmut Satzger, 80

BOOK REVIEWS

La regularidad como derecho individual, Daniel Pastor, 98

GUIDELINES FOR SUBMISSION OF ARTICLES

EVALUATION PROCEEDINGS

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Editorial

La principal novedad de número de En Letra: Derecho Penal es la incorporación del Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf (Universität Würzburg) al Consejo Académico de la revista. Esperamos que esto ayude a reforzar los lazos de la revista y del derecho penal iberoamericano con la ciencia jurídico-penal alemana.

En cuanto al número de la revista, comenzamos con una columna de opinión de Tatjana Hörnle (MPI) sobre la controvertida cuestión de si el status de vacunación puede desempeñar algún papel en el triaje médico. Cuatro artículos conforman la sección de textos sometidos a *Peer Review*. El primero es de Kai Ambos (Göttingen) y Peter Rackow (Göttingen) sobre el concepto de derecho penal de ánimo o actitud interna. El segundo está a cargo de María Luz González-Gadea (CONICET), Rocío López Resano (UTDT) y Alejandro Chehtman (UTDT) y explora un problema reciente del proceso penal: los juicios por Zoom. El tercero es de Fernando Córdoba (UBA) y analiza el clásico problema de la competencia de la víctima como cuestión de imputación objetiva. Finalmente, Marcelo Lerman (UBA) desarrolla la problemática de la omisión por comisión, esto es, la realización de delitos de omisión por medio de comportamientos activos.

Complementan este número una traducción de Eugenio Sarrabayrouse (UBA) de un texto reciente de Helmut Satzger (LMU) sobre el concepto de sospecha en el derecho procesal penal y una recensión de Daniel Pastor (UBA) al reciente libro de Alberto Nanzer.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

En Letra: Derecho Penal
Año VI, número 12 (2021), pp. 7-12

Columnas

Por qué el estado de vacunación de una persona puede desempeñar un papel en el triaje después de todo*

Prof. Dra. Tatjana Hörnle**

Fecha de recepción: 15 de diciembre de 2021
Fecha de aceptación: 30 de diciembre de 2021

1. Si, como consecuencia de la pandemia de COVID, ya no es posible proporcionar cuidados intensivos a todas las personas con enfermedades que potencialmente ponen en riesgo la vida, se plantea la cuestión de si su estado de vacunación debe incluirse en las decisiones médicas de selección. A continuación, argumentaré a favor de esto.

La Asociación Interdisciplinaria Alemana de Medicina de Urgencias y Cuidados Intensivos (DIVI)[1] ve las cosas de otra manera, al aconsejar en la última versión de las recomendaciones clínico-éticas para la toma de decisiones sobre la asignación de recursos de cuidados intensivos, en el contexto de la pandemia de COVID-19, a finales de noviembre que no se tenga en cuenta el estado de vacunación. En el comunicado de prensa del 26 de noviembre de 2021, esto se fundamenta de la siguiente manera: "El deber de socorro en el sistema sanitario existe ante enfermedades que ponen en peligro la vida, independientemente del desencadenante o del comportamiento precedente del paciente necesitado". Georg Marckmann,[2] presidente de la Academia de Ética Médica, explica esta declaración diciendo que "en primer lugar, por regla general, no es posible demostrar con suficiente certeza que la enfermedad se deba originalmente a un comportamiento del paciente que era perjudicial para la salud. En segundo lugar, el comportamiento no suele basarse en una decisión

* Traducción de Lucila Tuñón (Universidad de Würzburgo/UBA). Título original: "Warum der Impfstatus bei der Corona-Triage doch eine Rolle spielen darf", publicado en *VerfBlog* el 13 de diciembre de 2021. Disponible en: https://verfassungsblog.de/warum-der-impfstatus-bei-der-corona-triage-doch-eine-rolle-spielen-darf/, DOI: 10.17176/20211215-142555-0.

** La Prof. Dra. Tatjana Hörnle es directora del Departamento de Derecho Penal del Instituto Max Planck para el Estudio de la Criminalidad, Seguridad y Derecho de Friburgo y profesora honoraria de la Universidad Humboldt de Berlín.

[1] Véase https://www.divi.de/presse/pressemeldungen/pm-intensiv-und-notfallmediziner-aktualisieren-klinisch-ethische-empfehlungen-zur-priorisierung-und-triage-bei-covid-19.

[2] Ídem.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

libre y autodeterminada de la que se es responsable. En tercer lugar, no existen estándares generalmente aceptados respecto de cuáles son las acciones autoprovocadas y libremente elegidas que ponen en peligro la salud por las que debe asumir responsabilidad el individuo y en qué medida. Esto se aplica no solo a la obesidad, el tabaquismo o los deportes de riesgo, sino también a la decisión de no vacunarse contra el SARS-CoV-2".

El veredicto médico-ético en contra de la consideración del comportamiento previo es convincente para las situaciones normales, ¿pero también para el trágico caso extremo? Mi hipótesis es la siguiente: la regla básica está bien fundamentada; sin embargo, las fundamentaciones ya no funcionan más cuando no se puede atender a todas las personas que necesitan un tratamiento médico intensivo.

2. Para las situaciones normales debe seguirse la recomendación de que en medicina intensiva se omitan las causas de ese estado de afección que requiere tratamiento, en la medida en que no sean clínicamente relevantes para el modo de tratamiento.

En primer lugar, en el caso de los fenómenos multifactoriales, la consideración "principalmente atribuirse al propio comportamiento" suele ser difícil, p. ej. en el caso de comportamientos perjudiciales para la salud de tipo generalizado (obesidad, tabaquismo, consumo de alcohol). En el caso de los deportes de alto riesgo, la conexión puede ser más clara, pero también es posible que el accidente concreto no haya sido causado por el paciente, sino por terceros.

En segundo lugar, cuando es posible comprobar que "obviamente ha sido autocausado", en situaciones normales hay importantes razones normativas para tratar esta información como irrelevante. Si un choque frontal fue causado por un conductor que intencionalmente cambió de dirección en una autopista, todas las personas lesionadas con peligro de muerte tendrían que ser tratadas, incluido el conductor, incluso si no hubiera dudas de los motivos del choque. Siempre que el tratamiento sea posible, solo la omisión de tratamiento posible se vería como sanción. Sin embargo, bajo ninguna circunstancia le corresponde a la sanidad pública imponer sanciones por comportamientos previos contrarios a un deber.

Uno de los logros de las sociedades modernas basadas en la división del trabajo es que el tratamiento médico está completamente desvinculado de los juicios morales y las sanciones, aunque haya que recurrir al sistema de justicia penal. Esto se aplica aún más a los casos en los que no está claro en qué medida se han incumplido los deberes frente a los demás o las normas de prudencia

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

existentes en interés propio. Por lo tanto, en un a situación normal, los antivacunas deben, por supuesto, recibir también atención médica sin ningún tipo de peros en caso de que estén enfermos.

También es comprensible que los médicos de cuidados intensivos, desde su perspectiva de práctica profesional, apliquen en caso de situaciones extremas la regla de decisión que reza: "para las enfermedades que amenazan la vida, el comportamiento previo es irrelevante". En la situación aguda de una pandemia, están sometidos a una gran tensión física y psicológica. Por lo tanto, a muchos de ellos les parecerá una desproporción que se les pida que acepten parámetros que son ajenos a su forma de proceder, precisamente en condiciones de estrés extremo.

3. Sin embargo, desde una perspectiva externa, es más apropiado diferenciar entre situaciones normales y extremas. Después de todo, la situación en situaciones extremas de una pandemia cambia fundamentalmente. Las alternativas ya no son "todas las personas heridas y enfermas, cuya vida está en peligro" vs. "la sanción inadmisible a las personas por su comportamiento previo al rechazarle el tratamiento". Más bien, como ha vuelto a advertir recientemente Uwe VOLKMANN,[3] la tragedia reside precisamente en el hecho de que no existe ninguna solución que garantice a todos las mejores posibilidades de supervivencia. No se puede eludir la consideración seria de estas situaciones al señalar que hay que intentar evitar conflictos trágicos, p. ej., posponiendo las operaciones que no son necesarias de forma urgente y trasladando a los pacientes. No obstante, si el número de enfermos con riesgo de muerte aumenta rápidamente, la cuestión no es si mueren personas que presumiblemente podrían sobrevivir con un tratamiento médico intensivo, sino solo a quiénes les toca este destino.

A continuación, parto de dos premisas. La primera es que la estructura del razonamiento ético-médico cambia cuando se hacen necesarias las decisiones de elección. En situaciones normales, existe una relación bipolar entre quienes deciden el tratamiento y la persona enferma o lesionada. Este cuadro normal debe ampliarse a un triángulo cuando las circunstancias de hecho obligan a elegir (una simplificación gráfica; por supuesto, pueden intervenir más de dos pacientes). La carga de la fundamentación, entonces extraordinariamente pesada, recae sobre todo en aquellos que no reciben los cuidados intensivos que necesitan con urgencia. La fundamentación puede ser una comunicación real, también hacia los familiares del fallecido. Pero la cuestión principal es si es defendible en el

[3] VOLKMANN, "Lockdown für alle?", en *VerfBlog*, 15 de noviembre de 2021, disponible en: https://verfassungsblog.de/lockdown-fur-alle/.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

sentido de la justificación ética. Mi argumento de por qué el estado de vacunación no es un criterio inadmisible a priori mantiene la referencia a los individuos afectados. No se trata de maximizar el beneficio total justificándolo de forma utilitarista. Hay que destacar esto porque Weyma LÜBBE,[4] en una contribución al VerfBlog, discute los modelos utilitaristas que enfatizan los efectos agregados, es decir, el mayor número de vidas que se puede salvar si las unidades de cuidados intensivos no admiten pacientes con tiempos de tratamiento previsiblemente largos.

Mi segunda premisa es que la fundamentación requerida debe mostrar la mayor racionalidad posible. Contra esto se podría objetar que en situaciones extremas ya no se puede exigir ni siquiera que pueda fundamentarse racionalmente, mientras sea posible un manejo hospitalario más o menos ordenado; sin embargo, no se ha llegado a este estadio de catástrofe agravada. La preferencia por los argumentos racionales habla sobre todo en contra del recurso a procedimientos aleatorios (como el sorteo). Esto solo debe considerarse como último recurso si ni las perspectivas clínicas de éxito ni ninguna otra fundamentación racional apoyan la diferenciación entre pacientes con riesgo de vida.

4. Una fundamentación racional de las decisiones de priorización ineludibles es que una persona mayor de edad con capacidad de decisión haya provocado su estado crítico de forma sustancial o incluso exclusiva con su propio comportamiento. Si, tras el choque mencionado, el número de víctimas del accidente supera las capacidades de las unidades de cuidados intensivos accesibles, no se debe dar prioridad a la atención del conductor, sino al tratamiento de las víctimas del accidente del otro vehículo (un juicio diferente solo sería apropiado si no hay serias posibilidades de supervivencia en su caso).

En el caso de aquellas personas con enfermedades potencialmente mortales que no se vacunaron contra el brote de la enfermedad, aunque fuera posible, su preferencia personal de riesgo puede ser decisiva. No importa si los demás evalúan su decisión en contra de la vacunación como suficientemente basada en hechos y, por tanto, bien comprensible. Hay que destacarlo porque las líneas de debate interfieren en el discurso público actual. Los que califican la decisión contra la vacunación como una estupidez inconcebible o como una violación de las obligaciones morales suelen reaccionar generalmente con un sentimiento de indignación. Cuando las decisiones de priorización nacen de la indignación ante los antivacunas, adquieren el carácter reprobatorio y punitivo que debe evitarse a toda costa y siempre, incluso en situaciones extremas, en el sector

[4] LÜBBE, "Lockdown für alle?", en *VerfBlog*, 6 de diciembre de 2021, disponible en: https://verfassungsblog.de/sollten-impfunwillige-im-triage-fall-nachrangig-behandelt-werden-teil-ii/.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

sanitario. Podría contribuir a una desemocionalización el tolerar decisiones individuales que, p. ej., le dan una importancia (demasiado) elevada a los posibles efectos secundarios de las vacunas —pero esta tolerancia debería combinarse advirtiendo que, en caso de enfermedad grave posterior, habrá un alto grado de autocausación y señalando las posibles consecuencias en caso de agotamiento de la capacidad de las terapias intensivas—.

Cuando se torna ineludible establecer una priorización, no es necesario discutir si la persona no vacunada, al tomar su decisión, asimiló suficientemente la información sobre los riesgos de la vacunación y los riesgos de enfermarse (lo que normalmente no es el caso). Incluso si ella realmente pudiera invocar una ponderación global plausible (p. ej., porque, por sus condiciones de vida, podía y estaba dispuesta a hacer un amplio aislamiento), seguiría siendo legítimo y racional señalar que la preferencia por evitar los riesgos de la vacunación implica necesariamente aceptar el riesgo residual de enfermarse. En las limitaciones extremas de una pandemia (de nuevo: ¡no en situaciones normales!), esto es fundamentación suficiente para dar prioridad a otros enfermos, en caso de ser necesario. La autocausación se puede suponer incluso cuando no ha habido una deliberación y ponderación sistemática. También una omisión que se basa más en una aversión más sentida que reflexionada a las visitas al médico o a las "molestias" hace que las consecuencias se consideren en gran medida autoprovocadas.

5. Es de esperar que haya objeciones a las consideraciones aquí expuestas. Una de ellas es que una evaluación comparativa de la respectiva autocausación sería más complicada. Incluso en casos de pacientes que no están enfermos con COVID podría establecerse una contribución propia muy grande al diagnóstico grave, p. ej., cuando no han tomado la medicación prescrita. Cuando se trata de la cuestión de en qué medida la demora en vacunarse es atribuible a la propia decisión del paciente, puede haber casos límite, como, p. ej., el caso de una posible demencia incipiente.

Sin embargo, mi argumento no es que una comparación del comportamiento de una persona no vacunada que sufre de COVID con el de otros pacientes llevaría siempre a un resultado inequívoco bajo el aspecto de la autocausación. Por lo tanto, la exigencia de tener en cuenta siempre y automáticamente el estado de vacunación sería demasiado esquemática. Solo cabe lamentar que las recomendaciones de la DIVI, en sentido contrario, quieran excluir categóricamente la opción de incluir el estado de vacunación en las decisiones de priorización. La expectativa de poder resolver todas las tareas de priorización inevitable con la evaluación comparativa de las perspectivas de éxito clínico podría ser demasiado optimista —es concebible que no sea posible una diferenciación suficiente con este criterio—. Desde el punto de vista del derecho penal, cabe señalar que, al menos

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

en el caso del llamado triaje ex ante, existe un mayor margen de maniobra a la hora de decidir de la manera más racionalmente justificable posible sin riesgo de punibilidad.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VI, número 12 (2021), pp.13-36.

ARTÍCULOS

¿QUÉ ES DERECHO PENAL DE LA ACTITUD INTERNA [*GESINNUNGSSTRAFRECHT*]? CONSIDERACIONES A PROPÓSITO DEL § 89A, AP. 2A, STGB*/**

Kai AMBOS*** y Peter RACKOW****

Fecha de recepción: 2.º de junio de 2021
Fecha de aceptación: 15 de octubre de 2021

Resumen

SANCINETTI sostiene una concepción del injusto explícitamente subjetivista,[1] como la representada en Alemania especialmente por Armin KAUFMANN, ZIELINSKI y STRUENSEE.[2] Consecuentemente,

* Título original: "Was ist Gesinnungsstrafrecht? Überlegungen unter Berücksichtigung des § 89a Abs. 2a, StGB", publicado en HILGENDORF/LERMAN/CÓRDOBA (eds.), *Brücken bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humblot, 2020, p. 19-36. Traducción a cargo de Ricardo Robles Planas (Universidad Pompeu Fabra).

** De modo similar a como lo hace el art. 575.3, CP español, el § 89a ap. 2a, StGB castiga a quien con la finalidad de capacitarse para cometer un delito de terrorismo se traslade o se establezca en un territorio extranjero. Ambos preceptos tienen su origen en la Directiva 2017/541/UE [N. de T.].

*** Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal, Derecho Penal Internacional, Derecho Comparado e Internacional en la Georg-August-Universität Göttingen, Juez en el Tribunal Especial de Kosovo, en La Haya, y asesor (*amicus curiae*) de la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia.

**** Profesor extraordinario, Institut für Kriminalwissenschaften, Georg-August-Universität Göttingen.

[1] Cfr. en particular, SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. Una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*, Bogotá, Temis, 1995; aquí se cita la traducción alemana: *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch. Zugleich eine Untersuchung der Unrechtslehre von Günther Jakobs*, Köln y otras, Carl Heymann, 1995; cfr. también, ÍDEM, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001 [1991] (Fundamentación de una concepción del injusto personal orientada al desvalor de la acción).

[2] Cfr. KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Gotinga, Schwartz & Co., 1954; ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß*, Berlín, Duncker & Humblot, 1973; ÍDEM, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito* (trad. Marcelo A. SANCINETTI), Buenos Aires, Hammurabi, 1990.Véase, además, la traducción de SANCINETTI del comentario de ZIELINSKI a los §§ 15-16, StGB en el AK-StGB. ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia. Comentario a los §§ 15 y 16 del Código Penal alemán* (trad. Marcelo A. SANCINETTI), Buenos Aires, Hammurabi, 2003; STRUENSEE, "Versuch und Vorsatz", en DORNSEIFER *et al.* (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Colonia y otras, Carl Heymann, 1989, pp. 523 ss., así como, ÍDEM, "Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität", en *ZStW*, vol. 102, n.º 1, 1990, p. 21. (Existe una versión en español, ÍDEM, *Dolo, tentativa y delito putativo* [trad. Marcelo A. SANCINETTI], Buenos Aires, Hammurabi, 2003).

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

lo característico de su sistema es la atención que se presta a la captación *cognitiva* del *riesgo*[3] (no permitido) por parte del autor, lo que marca el umbral de la punibilidad,[4] de modo que la decisión (*cognitiva*) irrevocable que subyace a toda tentativa acabada, p. ej., de producir la muerte de otra persona, constituye un "quebrantamiento perfecto" de la prohibición de matar.[5] En este contexto, como veremos más adelante,[6] se ha pronunciado también sobre el Derecho penal de la actitud interna. Albergamos por ello la esperanza de que las consideraciones que siguen sean de su interés y se las dedicamos tras décadas de amistad.

Palabras clave: *Derecho penal de la actitud interna – actitud interna – Derecho penal del hecho – Derecho penal del pensamiento – función del Derecho penal – función de la pena*

Title: *What is the meaning of 'criminal law of the internal attitude' [*Gesinnungsstrafrecht*]?*

Abstract

[3] SANCINETTI, "'Dolus generalis' und 'strafrechtliches Glück'", en SCHÜNEMANN / ACHENBACH / BOTTKE / HAFFKE / RUDOLPHI (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlín, De Gruyter, 2001, p. 349 (356 s.): "Si se otorga relevancia constitutiva al elemento de la 'voluntad' en el dolo, ello implica una comprensión del dolo como 'mala voluntad' lo que debe rechazarse como reliquia de un Derecho penal de la actitud interna. Lo decisivo es solo el *conocimiento de un riesgo relevante*". SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, *supra* nota 1, p. 92: "En la común tendencia a ver una mayor gravedad del dolo directo, sobre el eventual, sí es manifiesta la influencia de un derecho penal de ánimo, porque la 'decisión de acción', como tal, debería ser lo decisivo; y no el mayor o menor *deseo* en los resultados de la *decisión*" (bastardillas en el original).

[4] SANCINETTI, *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch*, *supra* nota 1, p. 43: "El Derecho penal puede abarcar toda decisión de la voluntad tan pronto como posea el significado, conforme a la representación del autor, de ser una arrogación actual de un ámbito de organización *ajeno* (*in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*)". Sin embargo, ello no supone una forma de Derecho penal de autor puesto que la decisión de la voluntad no se asocia a una expresión de la personalidad, sino a una decisión de hacer algo peligroso (cfr. SANCINETTI, *supra* nota 3). Cfr. aquí también SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, *supra* nota 1, p. 94: "Naturalmente, una teoría del ilícito circunscripta al disvalor de acción (entendido como disvalor de la voluntad de realización) no solo ofrecería ya un *handicap* imposible de superar, sino que sería además equivocada (conceptualmente) y peligrosa (políticamente), si identificara la *decisión de voluntad*, como concordante con la acción prohibida, o distinta a esta, según cómo fuera la *personalidad del autor*" (bastardillas en el original).

[5] Cfr. SANCINETTI, *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch*, *supra* nota 1, p. 66; SANCINETTI, "Der Handlungsunwert als Grundlage einer rationalen Strafrechtsdogmatik", en *GA*, n.º 6, 2016, pp. 411 (421): "(…) a partir de cierto estadio de desarrollo o se produce la consumación […] o no, sin que pueda atribuirse esta diferencia a la voluntad libre del sujeto". Por ello desde el punto de vista de SANCINETTI (el que coincide con NINO) una orientación al (injusto del) resultado no es garantía de un Derecho penal liberal. Cfr. SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, *supra* nota 1, pp. 79 ss., con precisión, p. 86: "(…) no se puede disuadir a otra cosa que a una *decisión de acción*" (bastardillas en el original).

[6] Cfr. *infra*, texto principal correspondiente a las notas 42 ss., así como SANCINETTI, *supra* nota 3.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

SANCINETTI holds an explicitly subjectivist conception of the crime, as represented in Germany especially by Armin KAUFMANN, ZIELINSKI and STRUENSEE. Consequently, what is characteristic of his system is the attention paid to the cognitive grasp of the (impermissible) risk by the perpetrator, which marks the threshold of punishability, so that the irrevocable (cognitive) decision underlying every completed attempt, e.g., to cause the death of another person, constitutes a 'perfect violation' of the prohibition against killing. In this context, as we shall see below, he has also commented on the so-called criminal law of the internal attitude. We therefore hope that the following considerations will be of interest to him and we dedicate them to him after decades of friendship.

Keywords: criminal law of the internal attitude - internal attitude - criminal law of act - punishment of mere ideas - function of criminal law - justification of punishment

Sumario: I. Consideraciones conceptuales previas; II. Objeciones, reparos, temores; III. Fundamentos jurídico-penales; IV. Consecuencias; V. Bibliografía

I. Consideraciones conceptuales previas

Con la introducción —difícil de datar—[7] de la actitud interna en el Derecho penal se vuelve imprescindible legitimar y hacer operativo jurídico-penalmente el concepto de *actitud interna,*[8] un concepto cuyo origen y desarrollo tuvo lugar en el ámbito de la psicología, especialmente, de la filosofía y también del lenguaje cotidiano. En buena medida ello se efectúa al cribar del concepto

[7] Es difícil afirmar cuándo ocurrió. Sobre ello, SCHMIDHÄUSER alude en su fundamental trabajo "*Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*", a la concepción del Derecho de la "(…) 'escuela sociológica'". Cfr. SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht,* Tubinga, Mohr, 1958, p. 1. Cfr., también, al respecto VON LISZT, "La actitud interna delictiva es la antijurídica o, lo que es lo mismo, la actitud interna antisocial", en VON LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. II, Berlín, 1905 (reimpreso en 1970), y, además, el StGB ha estado trabajando con el concepto de actitud desde sus inicios, así como con la pregunta (ius-)filosófica que está detrás de lo terminológico relativa a "en qué medida el Derecho penal puede abordar la actitud interna del autor"; KELKER, *Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht*, Fráncfort del Meno, Vittorio Klostermann, 2007, p. 8, con ulteriores referencias constata "alusiones a la consideración de la actitud interna del autor" ya en la *Constitutio Criminalis Carolina* y en la *Constitutio Bambergensis*. Pasajes muy modernos (como en FEUERBACH o ZACHARIÄ —*infra* nota 31 y 33—) indican que los problemas *materiales* vinculados al *concepto* de Derecho penal de la actitud interna han estado en el punto de mira de la ciencia desde hace mucho tiempo. Ver, FEUERBACH, *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten*, t. III, Fráncfort del Meno, 1804 (reimpreso en 1988) y ZACHARIÄ, *Die Lehre vom Versuche des Verbrechens*, t. 1, Gotinga, Dieterich, 1836.

[8] Cfr. al respecto SCHMIDHÄUSER, *supra* nota 7, pp. 24 ss.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

aquellos contenidos (propios de ámbitos conceptuales extrapenales) que parecen inadecuados como puntos de anclaje de valoraciones o consecuencias jurídico-penales. Esto sucede, p. ej., al ubicar la forma de ser del autor, su carácter, fuera del concepto jurídico-penal de actitud interna[9] y, especialmente, al delimitarlo frente a un puro "Derecho penal de los pensamientos".[10] Además, se realizan repetidos esfuerzos por depurar el elemento de *permanencia,*[11] característico del concepto de actitud interna pre-penal, intentándose, de ese modo, que la noción de actitud interna sea adecuada para las valoraciones referidas a *hechos concretos*.[12] Un enfoque completamente diferente,

[9] Cfr. KELKER, *supra* nota 7, p. 147, con ulteriores referencias.

[10] Cfr. al respecto, p. ej., la distinción entre un Derecho penal de la actitud interna referido al hecho ("*in maleficiis animus*") y un Derecho penal de la voluntad no referido al hecho ("*in maleficiis voluntas*") en BETTIOL, "Colpa d'autore e certezza del diritto", en KAUFMANN/BEMMANN/KRAUSS/VOLK (eds.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*, Múnich, C.H. Beck,1979, pp. 333-340; sobre ello, también, AMBOS, "Freiheit im Sein als Teil der Persönlichkeit und Grundlage strafrechtlicher Schuld. Zur Schuldlehre von Jorge de Figueiredo Dias", en *GA*, n.º 156, 2009, pp. 561-575. Sin embargo, es claro que la terminología y las teorías que se han ido transmitiendo no se manejan de forma uniforme. Así, como se ha visto, SANCINETTI (cfr. *supra* notas 3 s.) entiende la expresión acuñada por el emperador ADRIANO "*in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*" (traducción alemana de GLÖCKNER, *Cogitationis poenam nemo patitur: D. 48. 19. 18. zu den Anfängen einer Versuchslehre in der Jurisprudenz der Glossatoren*, Fráncfort del Meno, Klostermann, 1989, p. 47: "bei Missetaten wird auf den Willen geachtet, nicht auf den Erfolg" ["en las malas acciones hay que atender a la voluntad, no al resultado"]) no en el sentido de un Derecho penal de *autor*. SANCINETTI, Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch, *supra* nota 1, p. 41 aclara también que de la frase de ULPIANO ("cogitationis poenam nemo patitur", traducción alemana de GLÖCKNER, ÍDEM, *supra* nota 10, p. 47: "[Bloßer] Gedanken Strafe erduldet niemand" ["nadie debe sufrir pena por los —meros— pensamientos"]) solo podría derivarse una "prohibición de valoración referida a aquellos pensamientos sobre los que aún no se ha perdido el control", alineándose así este planteamiento con el *Rescripto* ("respuesta") de ADRIANO (así también ya, p. ej., BERNER, p. 269).

[11] Paradigmático p. ej. BINDER, "Der juristische und der psychiatrische Maßstab bei der Beurteilung der Tötungsdelikte", *ZStrR*, vol. 67, 1952, pp. 307-313 ("mantenimiento permanente de la psique"); SCHMIDHÄUSER, *supra* nota 7, p. 69 ("una actitud mental de cierta duración dirigida a la realización de ideales morales"); recientemente TIMM, *Gesinnung und Straftat*, Berlín, Duncker & Humblot, 2012, pp. 18 s. con ulteriores referencias, quien considera como consensuada una comprensión de la actitud interna como "una opinión [*Einstellung*] o postura [*Haltung*] de la persona con respecto a valores sociales" y esta autora define actitud interna como "*postura básica* [Grundhaltung] *hacia valores… de cierta continuidad pero que según su origen puede ser cambiada mediante un acto de libre voluntad*" (p. 37) (bastardillas en el original).

[12] Al respecto, paradigmático, GALLAS, "Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund", en: ENGISCH/MAURACH (eds.), *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag*, Múnich, C. H. Beck, 1954, pp. 311 (324): "(…) valor o desvalor de la *actitud* actualizada en el hecho *concreto* para decidir, a partir de tal hecho y desde una consideración orientada a parámetros valorativos ético-sociales generales, sobre la actitud general del autor ante las exigencias del Derecho" (bastardillas nuestras); cfr. también GALLAS, "Tatstrafe und Täterstrafe, insbesondere im Kriegsstrafrecht (Bericht anläßlich einer Tagung der Arbeitsgemeinschaft deutscher Strafrechtslehrer am 6. und 7. September 1940 in Weimar)", en *ZStW*, vol. 60, n.º 1, 1941, p. 374 (380): "Por otra parte el concepto de autor que se pretende no debe abstraerse del hecho delictivo, no debe basarse, como lo hace el tipo de autor criminal [*kriminelle Tätertyp*], solo en el ser-así individual del autor. Y ello porque se trata de una cuestión en el seno del Derecho penal del hecho, no de hallar un principio del castigo distinto". A esta dirección apuntan también en especial la jurisprudencia y los comentarios doctrinales al § 46 apdo. 2 frase 2, StGB; cfr., p. ej.,

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

claramente orientado al fin de la pena de la prevención especial, se da en VON LISZT: si se legitima la pena y el Derecho penal de forma preventivo-especial, el delito puede caracterizarse objetivamente como la "orientación antisocial" ["*antisoziale Richtung*"] de una acción y subjetivamente como la "actitud interna antisocial" ["*antisoziale Gesinnung*"] del "delincuente".[13] Así pues, puede afirmarse que la expresión "Derecho penal de la actitud interna" en ocasiones alude a un Derecho penal que busca vincularse expresamente a aquello que sus defensores entienden por "actitud interna". Esto es especialmente claro para los partidarios de una concepción del Derecho penal abiertamente ideológico-política[14] como la que representó la nacionalsocialista.[15] En términos generales puede hablarse, por un lado, de una concepción "constructiva" ["*konstruktiv*"] (consciente del problema) por parte de aquellos enfoques que intentan dar al concepto de actitud interna un contenido que posibilite derivaciones jurídico-penales de un modo plausible (en un Estado de

MIEBACH/MAIER, "§ 46 StGB", en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB,* vol.2: *§§ 38 – 79b,* 3.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2016, n. m.º 193 ("Actitud… que se ha manifestado en el hecho"); también FISCHER, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 66.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2019, § 46, n. m.º 27. Con lo anterior resultan surgir puntos de contacto entre un concepto (jurídico-penal) de actitud y el concepto de conciencia y, por tanto, el problema del autor en conciencia. Con todo, el debate al respecto puede dejarse al margen del tema aquí tratado por la dirección que ha ido tomando relativa a en qué medida (más allá de los casos de error de prohibición) debe tenerse en cuenta en el Derecho penal la circunstancia de que un delito sea expresión de una decisión en conciencia (en profundidad FRISCH, "Gewissenstaten und Strafrecht", en HOYER/MÜLLER/PAWLIK/WOLTER (eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, C. F. Müller, 2006, pp. 11 ss.).

[13] V. LISZT, *supra* nota 7, p. 386: "La actitud interna delictiva es la *antijurídica* o, lo que es lo mismo, la actitud interna *antisocial*".

[14] Sobre la dimensión política de la ciencia del Derecho penal, fundamental, SCHAFFSTEIN, *Politische Strafrechtswissenschaft*, Hamburgo, Hanseatische Verlagsanstalt, 1934, pp. 6 ss.; sobre ello, también, AMBOS, *Nationalsozialistische Strafrecht, Kontinuität und Radikalisierung*, Baden-Baden, Nomos, 2019, pp. 20 s.; versión española de esta obra, ampliada: ÍDEM, *Derecho Penal Nacionalsocialista. Continuidad y radicalización* (trad. BÉGUELIN/DIAS), Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 36 ss.

[15] Cfr. p. ej. la vinculación de la teoría de los tipos de autor con el concepto de actitud interna que efectúa MEZGER, "Tatstrafe und Täterstrafe, insbesondere im Kriegsstrafrecht (Bericht anläßlich einer Tagung der Arbeitsgemeinschaft deutscher Strafrechtslehrer am 6. und 7. September 1940 in Weimar)", en *ZStW*, vol. 60, n.º 1, 1941, pp. 353 y 356 ss.: "Verdadera tipología de autor existe siempre allí donde la actitud interna del autor desempeña un papel decisivo en el enjuiciamiento del hecho" (p. 358). Sobre la relación con la teoría de la lesión de un deber de SCHAFFSTEIN, véase AMBOS, *Nationalsozialistisches Strafrecht, Kontinuität und Radikalisierung*, *supra* nota 14, pp. 105 ss. ÍDEM, *Derecho Penal Nacionalsocialista*, *supra* nota 14, pp. 178 ss.; sobre la relación con el Derecho penal de la voluntad y de autor, ÍDEM, *Derecho Penal Nacionalsocialista*, *supra* nota 14, pp. 112 ss.; sobre la teoría normativa de autor con tipos de actitud de Erik WOLF, ÍDEM, *Derecho Penal Nacionalsocialista*, *supra* nota 14, pp. 119 ss.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Derecho),[16] mientras que, por el otro, la integración del concepto de actitud interna en un sistema de tipos de autor puede caracterizarse como "afirmativa" ("*affirmativ*").[17]

Sin embargo, como es bien sabido, suele asociarse al concepto de Derecho penal de la actitud interna un *inaceptable* recurso de las valoraciones penales a aspectos internos del autor.[18] Como ejemplo de un grupo específico de delitos de esta extendida concepción (aquí llamada "peyorativa" ["*pejorativ*"]) del concepto puede identificarse la crítica a los *delitos de expresión*. Estos delitos suscitan cuestiones propias,[19] relacionadas en particular con el art. 5, GG, que van más allá del tema *general* que nos ocupa y que no pueden ser desarrolladas en el presente contexto. En lo que respecta a los defensores de una concepción —aquí denominada— "peyorativa"-*general* del Derecho penal de la actitud interna es característico que no elaboren el concepto de actitud interna con más detalles,[20]

---

[16] Sin embargo, los partidarios de tal concepción discrepan considerablemente entre ellos. Cfr. la clara separación de SCHMIDHÄUSER, *supra* nota 7, pp. 100 ss., frente a un concepto de actitud interna vinculado a la psicología, p. 105 —"(…) parece injertarse aquí de mala manera a realidades penales (…)"—. El propio SCHMIDHÄUSER pretende ir más allá de un concepto de actitud interna basado en la ética de la actitud interna de KANT como fundamento de un *Derecho penal de la culpabilidad*, de manera que su intento puede caracterizarse como Derecho penal de la actitud interna en el sentido constructivo al que se alude aquí (SCHMIDHÄUSER, "Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht", en LACKNER et al. (eds.), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973*, Berlín, De Gruyter, 1973, pp. 81, 90 ss. y, especialmente, pp. 93 s.).

[17] Cfr. p. ej. la cita reproducida en *supra* nota 15.

[18] Cfr. p. ej., WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen. Eine systematische Darstellung*, 2.ª ed., Berlín, De Gruyter, 1949, p. 46; FRISCH, "Zum tatbestandsmäßigen Verhalten der Strafvereitelung – OLG Stuttgart", en *NJW* 1983, p. 1569, JuS 1983, pp. 915-917, establece diferencias con los elementos de la intención de la Parte Especial; ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, 4.ª ed., Múnich, C. H. Beck, 2006, § 10 n.° m. 78, problematizando los elementos de la actitud interna en sentido propio; TAG, "*Beihilfe durch neutrales Verhalten*", en *JR*, 1997, pp. 49-51, en el contexto de la discusión sobre las conductas neutrales; en relación con el § 89a, StGB *BGHSt* 62, 102 (114) AMBOS, "Anmerkung zu einer Entscheidung des BGH, Beschluss vom 06.04.2017 (3 StR 326/16) - Zur Strafbarkeit der Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat durch die Ausreise aus der Bundesrepublik Deutschland", en *JR*, 2017, pp. 655-660; PUSCHKE, "Ausreise als Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat – Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 6.4.2017 – 3 StR 326/16", en *NJW*, 2017, p. 2932; GAZEAS/GROSSE-WILDE, "Anmerkung zu einer Entscheidung des BGH, Beschluss vom 06.04.2017 (3 StR 326/16) – Zur Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Straftat durch die Ausreise aus der Bundesrepublik Deutschland", en *StV*, 2018, pp. 84-87; PETZSCHE, "Die Kriminalisierung von Vorbereitungshandlungen – Abschied vom Tatstrafrecht?", en *ZStW*, vol. 131, n.° 3, 2019, pp. 576 (588 ss.). En el fondo TIMM, *supra* nota 11, p. 13: "El reproche de Derecho penal de la actitud interna es uno de los más duros que pueden formularse a un sistema del Derecho penal basado en el Estado de Derecho".

[19] Cfr., p. ej., *BVerfG* NJW 2010, 47, sobre que el § 130 apdo. 4, StGB no constituye realmente una ley general, pero puede legitimarse como excepción a la prohibición de Derecho especial. Cfr. al respecto TIMM, *supra* nota 11, pp. 102 s. con ulteriores referencias.

[20] Cfr. también DEGENER, "Der Zueignungsbegriff des Unterschlagungstatbestandes (§ 246, StGB)", en *JZ*, vol. 56, n.° 8, 2001, pp. 388-394: "El concepto engulle todo lo subjetivo".

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

sino que directamente se concibe como sospechoso de Derecho penal de la actitud interna otorgar un "papel decisivo a los datos subjetivo-psíquicos" para las valoraciones o consecuencias jurídico-penales.[21]

En tiempos recientes, el "Derecho penal de la actitud interna" ha sido objeto de debate en Alemania, en particular, en relación con dos nuevos preceptos introducidos por el legislador que hallan sus orígenes (esencialmente) en el extremismo/terrorismo islamista (§ 89a, StGB)[22] o de derechas (§ 46, ap. 2, frase 2, StGB). Las ambivalencias del tema afloran cuando, en relación con el segundo de los preceptos mencionados, una abogada informa que en los procesos penales contra acusados del espectro de la derecha suele alegarse frente a la representación de la víctima que ya no existe (más) una justicia de la "actitud interna"[23] y que los grupos parlamentarios del FPD y de la izquierda han criticado la introducción de los §§ 89a, b y 91, StGB desde el punto de vista de un amenazante Derecho penal de la actitud interna.[24] El § 46, ap. 2, frase 2, StGB en su nueva

[21] Con precisión DEGENER, *supra* nota 20, pp. 388-394. Cfr. paradigmático RATH, *Gesinnungsstrafrecht. Zur Kritik der Destruktion des Kriminalunrechtsbegriffs in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, Hamburgo, Dr. Kovač , 2002, p. 64, quien se plantea *hasta qué punto* "la disposición (interna) del autor (debe) determinar la existencia del injusto criminal"; además GROPP, "Tatstrafrecht und Verbrechenssystem und die Vorverlagerung der Strafbarkeit", en SINN/GROPP/NAGY (eds.), *Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht*, Osnabrück, Vandenhoeck & Ruprecht, 2011, pp. 99-115. "Cuando lo que alguien ha hecho no merece pena si no ha actuado con una determinada actitud interna, entonces la actitud interna fundamenta la punibilidad"; de acuerdo PETZSCHE, *supra* nota 18, pp. 576, 580 y 588; cfr. adicionalmente, FRISCH, *supra* nota 18, p. 915-917 —"Contra ella [se refiere a la solución de los casos de encubrimiento 'neutral' conforme a la parte subjetiva del hecho] habla en primer lugar y fundamentalmente que según esta solución las conductas que en sí son inobjetable o socialmente adecuadas (…) se convierten en comportamientos desvalorados típicamente solo por la adición de una intención desvalorada. Esto es puro Derecho penal de la actitud interna (…)"—; FRISCH, *supra* nota 18, p. 141; cfr. adicionalmente KARGL, "Gesinnung und Erfolg im Unterschlagungstatbestand. Die Manifestation der Zueignung", en *ZStW*, vol. 103, n.º 1, 1991, p. 136 (169) sobre el § 246, StGB: "Por lo que se acaba de decir sobre el Derecho penal de la actitud interna sabemos que en modo alguno todo acto que de alguna manera manifieste intención de apropiación entra en consideración"; TAG, *supra* nota 18, pp. 49-51: "(…) es también necesario por lo menos un componente objetivo para determinar el injusto penal realizado mediante conductas neutrales de favorecimiento". TIMM, *supra* nota 11, p. 217, con ulteriores referencias, pregunta si "los elementos de la ley etiquetados como elementos de la actitud interna (pueden) traducirse 'en elementos de la conducta que son decisivos legítimamente para la específica desaprobación de la conducta'".

[22] El § 89a entró en vigor el 4/8/2009 por la Ley de Prevención de Actos Graves de Violencia que Amenazan al Estado [*Gesetz zur Verhinderung schwerer staatsgefährdender Gewalttaten*] del 30/7/2009 (BGBl. I p. 2437); la modificación de los aps. 3 n.º 2 y 3, la supresión de su n.º 4 y la introducción del ap. 2a entraron en vigor el 20/6/2015 por ley de 12/6/2015 (BGBl. I p. 926); la modificación del ap. 4, frases 1 y 2 entró en vigor el 8/9/2015 mediante VO del 31/8/2015 (BGBl. I p. 1474); la modificación del ap. 6 entró en vigor el 1/7/2017 por ley de 13.4.2017 (BGBl. I p. 872).

[23] GÖTZ, *Struktureller Rassismus und rechte Gewalt*, AnwBl, 2016, p. 563.

[24] Cfr. BT-Drs. 17/13517, pp. 1 y 13 s.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

formulación se refiere exclusivamente a las consecuencias jurídicas y, en su parte revisada en 2015,[25] constituye una norma que debe analizarse íntegramente en el contexto de los delitos de odio, cosa en la que no puede profundizarse aquí.[26]

En suma, en vista de los puntos de partida (conceptuales y de concepción) radicalmente diferentes de los partidarios de un concepto "constructivo" del Derecho penal de la actitud interna,[27] por un lado, y de la connotación predominantemente negativa del Derecho penal de la actitud interna, por el otro, parece más fructífero examinar en lo que sigue, desde la perspectiva de la concepción "peyorativa" precisada antes, hasta qué punto la vinculación de la valoración "punible" a lo interno puede describirse y criticarse como un *inaceptable* "Derecho penal de la actitud interna".

II. Objeciones, reparos, temores

En primer lugar, cabe recordar las conocidas objeciones propias de una concepción "peyorativa" que enfatizan aspectos de fundamentos, procesales y de política jurídica. En lo que concierne a los fundamentos, la idea central es que, en un Derecho penal del *hecho*, la "mera *decisión* de actuar" en ningún caso puede ser tratada como punible porque de lo contrario el Estado estaría imponiendo

[25] El § 46, ap. 2, frase 2 fue modificado —como resultado de las recomendaciones del Comité de Investigación de la *Nationalsozialistischer Untergrund* del Parlamento alemán por la Ley del 12/6/2015 (BGBl. I, p. 925)— mediante la inserción de la frase "en particular, también las finalidades racistas, xenófobas y otras inhumanas del autor".

[26] Cfr. ya BITTMANN, "Hatecrime: Gesinnungsstrafrecht oder notwendige Verteidigung der Rechtsordnung? Zum gemeinsamen Gesetzesentwurf der Länder Brandenburg und Sachsen-Anhalt für ein … Strafrechtsänderungsgesetz", en *DRiZ*, 2007, pp. 323 s., quien afirma, entre otras cosas, que un "Derecho penal especial solo para los delincuentes 'de derechas'" está prohibido desde el punto de vista del principio general de igualdad. Sin embargo, en principio, es por lo menos plausible asociar consideraciones de determinación de la pena a la "actitud interna del hecho concreto" (FISCHER, *supra* nota 12, § 46, n.º m. 27) en particular por razones preventivo-especiales (así también GROPP, *supra* nota 21, pp. 99-115): En el caso del autor de unas lesiones que ha actuado con una actitud interna fundamentalmente hostil al bien jurídico se derivan unas consecuencias jurídicas distintas a las de quien ha actuado, p. ej., rayando una situación justificante. Explícitamente de otra opinión, TIMM, "Tatmotive und Gesinnungen als Strafschärfungsgrund am Beispiel der ‚Hassdelikte'", en *JR*, 2014, pp. 141-146: "Así en la determinación de la pena puede aislarse claramente una parte excedente que se vincula exclusivamente a la actitud interior del autor. Este mal separado —adicional— se impone únicamente en razón de los malos pensamientos del individuo. Por tanto, una parte específica del castigo se dirige directamente contra la actitud interna de la persona".

[27] Cfr. *supra* notas 8 ss.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

moralidad.[28] Un refinamiento de este rechazo, que se remonta a ULPIANO,[29] de un puro *Derecho penal del pensamiento*[30] añade que una subjetivación (excesiva) del injusto penalmente típico imposibilitaría a los destinatarios de la norma (a partir de cierto momento) sustraerse a la persecución penal mediante su *conducta*.[31] Desde un punto de vista procesal se argumenta que una "voluntad" aún no suficientemente objetivada "no alcanza a ser aprehensible".[32] La idea de que la criminalización de acciones demasiado neutras, "sutiles" (sobre la base de lo interno que las respalda) amenaza con llevar inaceptablemente a las autoridades de persecución a (tener que) asociar sus procedimientos de investigación al actuar "cotidiano" es una cierta prolongación del anterior punto de vista.[33] Con todo, el denominador común parece ser la idea de que no es posible vincular las valoraciones y consecuencias penales a lo interno cuando este proceder resulta disfuncional desde el punto de vista de la función del Derecho penal o de la pena.[34] A ello cabe añadir que asociar las

[28] HIRSCH, "Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht", en SCHÜNEMANN et al. (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlín y otra, De Gruyter, 2001, pp. 711-722 (sin bastardillas en el original); cfr. también *infra* texto principal correspondiente a la nota 59.

[29] Cfr. *supra* nota 10.

[30] P. ej. por JAKOBS, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", en *ZStW*, vol. 97, n.° 4, 1985. Cfr. GLÖCKNER, *supra* nota 10, p. 2 con nota 3 sobre que la frase de ULPIANO está relacionada con la cuestión de las competencias de los funcionarios, "sin tener nada que ver con los contenidos del moderno concepto de 'libertad de pensamiento'" y sin embargo se entendió por los glosadores como una descripción del "límite inferior de la punibilidad".

[31] Así SIEBER/VOGEL, *Terrorismusfinanzierung. Prävention im Spannungsfeld von internationalen Vorgaben und nationalem Tatstrafrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 2015, p. 140 quienes en el contexto de los preceptos de la GVVG [*Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten* - Ley para la persecución de la preparación de actos violentos graves que amenazan al Estado] advierten del peligro de que "se criminalicen conductas cotidianas y socialmente adecuadas(…) dada la presencia de una intención criminal". Cfr. también FEUERBACH, *supra* nota 7, p. 34: "Este entendimiento que identifica la presencia de alta traición con la mera intención, sin considerar en lo más mínimo la naturaleza peculiar del acto en sí, es adecuado a una legislación moral que quiera someter las actitudes de alta traición a un tribunal, pero no para una legislación civil (…)"; cfr. sobre ello también SCHROEDER, *Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht*, Múnich, Keip, 1970, pp. 298 s., así como las referencias en *supra* nota 21.

[32] HIRSCH, *supra* nota 28, pp. 711-722. Por este motivo incluso (algunos) representantes del Derecho penal nacionalsocialista rechazaron un "puro Derecho penal de la actitud interna"; sobre ello AMBOS, *Nationalsozialistisches Strafrecht, Kontinuität und Radikalisierung*, *supra* nota 14, p. 46 con n. 174 y pp. 114 s.; ÍDEM, *Derecho Penal Nacionalsocialista*, *supra* nota 14, p. 93 con n. 241, p. 197. Cfr. al respecto, sin embargo, también n. 61.

[33] Cfr. especialmente expresivo JAKOBS, *supra* nota 30, pp. 751-762 (en su primer análisis todavía crítico-descriptivo del Derecho penal del enemigo) con cita a ZACHARIÄ, p. 210: "El juez estaría autorizado a investigar a todo el que entrara en una farmacia exigiendo veneno, a todo el que comprara un arma o adquiriera escaleras y cuerdas si acaso ello no se ha hecho con la intención de cometer un delito y en miles de otros casos podría intervenir de forma escandalosa en la vida de los ciudadanos".

[34] Sobre ello con precisión ya STRATENWERTH, "Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale" en WELZEL et al. (eds.), *Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag*, Bonn, Röhrscheid, 1963, pp. 171-179 con referencia a

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

valoraciones penales a la "actitud" se muestra mucho más proclive a una *apropiación ideológica* del Derecho penal —¡piénsese solo en el Derecho penal de la actitud interna del nacionalsocialismo!— [35] que, p. ej., un Derecho penal orientado a la peligrosidad de las acciones. La fortaleza de esta última objeción no debería, sin embargo, sobreestimarse, pues la historia ha mostrado que incluso ha sido posible abrir el concepto de bien jurídico a las necesidades de un planteamiento nacionalsocialista del Derecho penal mediante la (oportuna) teleologización. Teniendo esto en cuenta, la controversia que en su momento se produjo entre los partidarios de un "Derecho penal de los deberes o de la actitud interna" radical (la llamada Escuela de Kiel) y los defensores de la concepción teleológica del bien jurídico (Escuela de Marburgo, en particular, Schwinge) puede calificarse como una "batalla aparente"[36] sin trascendencia alguna en lo sustantivo. Y, por supuesto, la cuestión del carácter abierto del concepto de bien jurídico no se resolvió con el fin del Tercer Reich.[37]

III. Fundamentos jurídico-penales

Si se parte de que es posible hablar de Derecho penal de la actitud interna —peyorativamente entendido— allí donde las valoraciones o consecuencias penales se vinculan con lo interno de modo

---

SCHMIDHÄUSER: "La actitud interna solo puede ser tenida en cuenta si 'encuentra un lugar posible en el sistema del delito', si se erige en presupuesto razonable de la pena (…)".

[35] Paradigmático SCHAFFSTEIN, "Das subjektive Recht im Strafrecht", en *DRWis*, 1936, pp. 39-46: "Para nosotros (…) el sentido de la pena ya no es la protección de las esferas individuales, sino la purificación [*Reinigung*] y a la vez la protección de la comunidad nacional [*Volksgemeinschaft*] mediante la separación [*Ausscheidung*] de los degenerados [*Entarteten*]. Por tanto, nada más obvio que reconocer a la expresión de una actitud interna degenerada un significado de injusto directo". Sobre ello también AMBOS, *Nationalsozialistisches Strafrecht, Kontinuität und Radikalisierung*, *supra* nota 14, pp. 105 ss., 114 ss. y *passim*; ÍDEM, *Derecho Penal Nacionalsocialista*, *supra* nota 14, pp. 184 ss. y 197 ss.

[36] Más detallado AMBOS, *Nationalsozialistisches Strafrecht, Kontinuität und Radikalisierung*, *supra* nota 14, pp. 106 s.; ÍDEM, *Derecho Penal Nacionalsocialista*, *supra* nota 14, p. 120 s., ambos con ulteriores referencias.

[37] Cfr. AMBOS, "Rechtsgutsprinzip und harm principle: theoretische Ausgangspunkte zur Bestimmung der Funktion des Völkerstrafrechts. Ein zweiter Beitrag zu einer grundlegenden Theorie des Völkerstrafrechts", en ZÖLLER et al. (eds.), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013*, Berlín, Duncker & Humblot, 2013, p. 1285 (1288 ss.) [versión española especificada en la bibliografía]. También forma parte del panorama que el *BVerfG*, en su decisión sobre el incesto, se haya apartado ostensiblemente de la teoría del bien jurídico crítica con la legislación, al entender que la "apelación a bienes jurídicos supuestamente previos o 'reconocidos' por instancias más allá del legislador" amenaza con restringirle en su toma de decisiones con respecto a los "bienes que deben protegerse con los medios del Derecho penal" (NJW 2008, 1137 [1138]). El déficit de una (en sí misma, por supuesto, deseable) "constitucionalización" de la restricción legislativa basada en consideraciones penales se manifiesta, por lo demás, en la "praxis decisionista de la ponderación seguida por el *BVerfG*" en la aplicación del principio de proporcionalidad (AMBOS, *supra* nota 10, p. 308 [321]).

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

disfuncional con la función que subyace al Derecho penal y a la pena, entonces únicamente puede avanzarse desde, precisamente, las consideraciones sobre la función del Derecho penal y de la pena. En este sentido, las conclusiones son muy distintas en función de si se parte o no de un Derecho penal cuyo fin es la protección de bienes jurídicos (o la evitación de daños).[38] Así, JAKOBS argumenta, en referencia explícita a la expresión de ULPIANO "*cogitationis poenam nemo patitur*"[39] y rechaza simultáneamente el dogma del bien jurídico[40] de que una acción que "solo se manifiesta cuando se conoce lo interno del autor" no debe ser por principio castigada bajo pena, "pues de lo contrario el fundamento de la pena serían los asuntos internos".[41] Sin embargo, como ha demostrado el homenajeado, incluso en el seno de un "sistema que se construye sobre la base de la negación de una norma por un error de la voluntad"[42] (y no en cambio sobre la protección de bienes jurídicos) puede trazarse una línea menos rigurosa que evite la brusca exclusión de toda "conducta externa no perturbadora *per se*"[43] del ámbito de lo punible y, en lugar de ello (en un nivel de abstracción considerable), distinguir entre si una "decisión de la voluntad… no apunta hacia lo externo", "*permaneciendo en el propio ámbito de organización del autor* (*cogitationis poenam nemo patitur*)" o bien la decisión "conforme a la representación del autor significa ya una arrogación actual de un ámbito de organización *ajeno* (*in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*)".[44] Si se asume, en el sentido de este

[38] Sobre el *harm principle* de cuño angloamericano véase AMBOS, *supra* nota 37, pp. 1285 (1293 ss.); comparándolo con el concepto de bien jurídico AMBOS, *supra* nota 10, p. 308 ss. con ulteriores referencias.

[39] JAKOBS, *supra* nota 30, pp. 751 (753 y 755). Traducción de la frase, *supra* nota **Error! Bookmark not defined.**.

[40] JAKOBS, *supra* nota 30, p. 751, 752 s., 753: "(…) el principio de protección de bienes jurídicos es incapaz de autolimitarse (…)".

[41] JAKOBS, *supra* nota 30, pp. 751-762. Cfr. también PAWLIK, reseña: "Hans Kudlich, Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten. (Strafrechtliche Abhandlungen, NF. Bd. 156). Verlag Duncker & Hublot, Berlin 2004. 576 S. kart. EUR 98,-", GA 2006, pp. 240-241: "El ciudadano de un Estado de libertades nunca debe más jurídico-penalmente que la conformidad externa de su conducta. Si la forma exterior de su conducta no perturba —y en una sociedad de libertades es así siempre que al menos una interpretación alternativa 'no criminal' siga siendo plausible— entonces el ciudadano ha cumplido con su deber". PAWLIK se distancia asimismo frente a "la compensación altamente dudosa de déficits de punibilidad objetivos mediante circunstancias subjetivas"; el que una determinada conducta aún se corresponda al "rol de ciudadano" no es algo que dependa de lo interno. Cfr. también ÍDEM, *Das Unrecht des Bürgers*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2012, p. 380 con nota 716, donde —en el marco de su propuesta sistemática que parte de un "deber de cooperación jurídico-penal" del ciudadano (especialmente pp. 255 ss.) para "el mantenimiento del estado de libertades" (p. 258 y *passim*)— se acentúa que el delincuente "*no se motiva a cumplir la norma que prohíbe su conducta*, aunque debe reconocer racional y exigiblemente que con esta crea un peligro no permitido cualificado para la posición jurídica protegida por la norma". Y continúa: "Por ello es inadmisible compensar un *minus* en la representación del peligro con un *plus* en la mala intención".

[42] SANCINETTI, *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch*, *supra* nota 1, p. 37.

[43] JAKOBS, *supra* nota 30, pp. 751-762.

[44] SANCINETTI, *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch*, *supra* nota 1, p. 43 (bastardillas en el original).

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

enfoque,[45] que el castigo penal no sirve ni a la protección de bienes jurídicos ni al fortalecimiento de los valores de la acción, sino que reacciona a las *lesiones de relaciones jurídicas* que menoscaban la autodeterminación de los demás o las "formas de comunidad" de la persona,[46] se puede sostener que esa "lesión de la relación jurídica" solo existirá allí donde las "condiciones de peligro" creadas por el agente "pueden traducirse ya en lesiones sin ulteriores acciones autodeterminadas del autor o de otros".[47] De lo contrario faltaría todavía un cierto actuar *irrevocable* de una "voluntad referida a lo injusto o al mal"[48] y, por tanto, ello implicaría que la pena se vinculara exclusivamente a la mala voluntad (aún no ejercida de manera *decisiva*).

Si, en cambio, se sostiene que el fundamento material del Derecho penal o de su castigo reside en la protección de bienes jurídicos (o en la evitación de daños) se obtiene un panorama diferente desde el principio. Porque incluso una acción que no "perturba" (sin más y, por tanto, no se manifiesta como un rechazo de la norma directamente reconocible y en consecuencia con capacidad erosiva-preventiva) puede ser más o menos peligrosa.[49] Desde este punto de vista, tampoco está prohibida la criminalización de conductas que requieren todavía de un actuar ulterior para causar resultados de lesión. Así, p. ej., en relación con la posesión de armas se sostiene que a las armas subyace su uso conforme a su naturaleza, de manera que ya su mera posesión es peligrosa.[50] Sin

[45] Cfr. GIERHAKE, "Zur geplanten Einführung neuer Straftatbestände wegen der Vorbereitung terroristischer Straftaten", en *ZIS*, 2008, pp. 397-398, quien distingue tres "corrientes principales", que "se basan o bien en el criterio de una lesión o puesta en peligro (inmediata) del bien jurídico, en un daño a la vigencia de la norma producido por el hecho o en una lesión de la relación jurídica producida por el hecho".

[46] GIERHAKE, *supra* nota 45, pp. 397-398.

[47] GIERHAKE, *supra* nota 45, pp. 397-402: "Por esta razón el injusto codificado en el nuevo § 89a-E no es uno que pueda ser castigado correctamente con la sanción pena".

[48] KÖHLER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlín, Springer, 1997, p. 23.

[49] En vista de ello la discusión sobre las denominadas acciones neutrales no se resuelve tampoco (bajo el prisma de la protección de bienes jurídicos) si por estas se entiende "conductas por completo externamente inocuas" (así, p. ej., STRATENWERTH / KUHLEN, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 6.ª ed., Múnich, Vahlen, 2011, § 12, n. m.° 160) casi de por sí (cfr. RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, Fráncfort del MEno, Peter Lang, 2007, pp. 31 ss., 117 con ulteriores referencias).

[50] Cfr. SINN, *Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten. Zurechnung und Freistellung durch Macht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2007. p. 219 ("actualizabilidad en cualquier momento"; "poder potencial"). También, JAKOBS, *supra* nota 30, p. 751 (770) llega a la criminalización desde el aspecto del menoscabo a la vigencia de la norma ("prototipos de instrumento del delito"; "(…) en cualquier caso se menoscabaría la necesaria seguridad cognitiva para la vigencia de la norma si se quisiera permitir la libre producción y circulación de tales objetos"). GIERHAKE, *supra* nota 45, pp. 397-401 por el contrario opina que "pueden ignorarse las reglas especiales para el manejo de armas y sustancias peligrosas, etc.", lo que sin embargo plantea dudas sobre la (suficiente) practicabilidad de la rígida línea por ella trazada (lo que es, por supuesto consecuente en sí mismo), sobre todo

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

pasar por alto las (relevantes) objeciones *dogmáticas* a los delitos de posesión,[51] al menos deberían poderse legitimar los casos del núcleo de aplicación de estos "delitos de estado", si, con vistas al principio de culpabilidad, se exige una "voluntad de poseer y una conciencia mínima de la cosa poseída"[52] y —especialmente en el caso de posesión de armas prohibidas— se crean reglas diferenciadas vinculadas, p. ej., a las circunstancias de su tenencia y al tipo de armas.[53] El declarar categóricamente que tampoco es punible la posesión de armas "*per se* peligrosas" se pasa de la raya del objetivo de limitar los delitos de posesión en un Estado de Derecho.

Por lo demás, sobre la base del *principio de protección de bienes jurídicos* (o también, en función de la concepción que se adopte, sobre la base del ámbito de organización del que es responsable la persona en cuestión)[54] puede hacerse plausible el "papel decisivo"[55] del dolo típico. Quien, por un lado, ha reconocido y aprobado efectivamente la idoneidad de su actuación para el resultado y, por el otro, obra dolosamente también en referencia a que su actuación idónea para producir el resultado constituye un peligro no permitido, se decide como sujeto autónomo por la realización del tipo. Quien, por el contrario, simplemente quiere el resultado (como p. ej. el cirujano que opera conforme a la *lex artis*, pero por odio personal hacia su paciente espera que no se despierte de la anestesia)[56] deja todo al azar, de forma que en caso de "tener éxito" no puede serle atribuido.[57]

---

si se repara en que las prohibiciones penales del Derecho de armas son ampliamente indiscutidas desde el punto de vista político-criminal, a diferencia de las prohibiciones de preparación de la GVVG [*Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten* - Ley para la persecución de la preparación de actos violentos graves que amenazan al Estado].

[51] Detalladamente, AMBOS, "Besitz als Straftat und die Funktion der subjektiven Tatseite. Überlegungen aus einer vergleichenden Perspektive", en JOERDEN/SCHMOLLER (eds.), *Rechtsstaatliches Strafen. Festschrift für Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag am 16. Marz 2017*, Berlín, Duncker & Humblot, 2017, p. 223 (224 ss.) [ver versión española de esta obra en la bibliografía].

[52] AMBOS, *supra* nota 51, p. 223 (234 y 236).

[53] AMBOS, *supra* nota 51, p. 223 (227 s.).

[54] En efecto, si no se subraya el criterio de la "perturbación" reconocible de la puesta en marcha de la voluntad o el del quebrantamiento del rol social de ciudadano, sino el de la tentativa acabada (*supra* nota 3 s.).

[55] Cfr. supra texto principal correspondiente a la nota 21.

[56] El caso es de MAIWALD, "Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs 'erlaubtes Risiko' für die Strafrechtssystematik", en VOGLER *et al.* (eds.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, t. 1, Berlín, Duncker & Hublot ,1985, pp. 405 (422 s.).

[57] Por el contrario, la cuestión ya no es pacífica cuando se piensa en el cirujano con conocimientos especiales sobre la peligrosidad de la operación en sí misma habitual. Sin embargo, este pensamiento (que acentúa la función de protección de bienes jurídicos) lleva a una cuestión secundaria menos problemática, puesto que los conocimientos especiales del cirujano marcan una peligrosidad *objetiva* incrementada de su actuar (cfr. GRECO, "Das Subjektive an der objektiven Zurechnung - Zum ‚Problem' des Sonderwissens", en *ZStW*, vol. 117, n.º 3, 2005, p. 519 [537 ss.]; de otra opinión, p. ej., BURKHARDT,

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Además, preguntar si un dato psíquico-subjetivo desempeña un papel decisivo para la punibilidad de una conducta no constituye una prueba de fuego idónea para el Derecho penal de la actitud interna (ilegítimo), como lo demuestra el hecho de que semejante demarcación también apuntaría a la culpabilidad como elemento de un Derecho penal de la actitud interna.[58] A la inversa, por varias razones puede no ser suficiente para una vinculación legítima del Derecho penal a lo interno el que una conducta manifieste de alguna manera una mala voluntad. Y ello porque entonces la distinción (que como es sabido se remonta a KANT) entre conducta moral —motivada por la idea de deber en sí— y conducta conforme a la ley —basada en otra motivación, de carácter externo— devendría inválida.[59] Si se explicara que una acción puede ser contraria a deber y punible tan pronto como exteriorizara de algún modo una actitud malvada, ello supondría hacer depender el atributo de la acción "contraria a deber" (o conforme a deber) de la actitud que la acción conllevara y, por tanto, mezclar las categorías de deber y actitud.[60] Además, entender que lo decisivo es si la mala

"Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung. Zugleich ein Beitrag wider die 'Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven'", en WOLTER/FREUND (eds.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg, C. F. Müller, 1996, pp. 99-105. Cfr., también, SANCINETTI, "'Dolus generalis' und 'strafrechtliches Glück'", *supra* nota 3, pp. 349-357, con ulteriores referencias.

[58] DEGENER, *supra* nota 20, p. 388 (394). Cfr., además, SANCINETTI, *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch*, *supra* nota 1, p. 37 sobre que también en la tentativa "el contenido interno que es presupuesto de la punibilidad llega más lejos que aquello que ha sido efectivamente externalizado".

[59] Cfr. KANT, *Metaphysik der Sitten*, Vorländer-Ausgabe, Leipzig, 1913, p. 21; detalladamente sobre la distinción entre legalidad y moralidad en KANT, KELKER, *supra* nota 7, pp. 375 ss. Cfr. en este punto, por lo demás, SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht*, *supra* nota 16, pp. 81, 82 ss. detalladamente sobre que en ocasiones se malinterpreta a KANT como partidario de una *ética* radical de la actitud interna para la cual el resultado de una acción es irrelevante en tanto esta se lleve a cabo en la actitud interna correcta. *Semejante* "ética 'pura' de la actitud interna" basada en la "actitud rigorista superficial" (SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht*, *supra* nota 16, pp. 81-82; cfr., también, GALLAS, "Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs", en KAUFMANN (ed.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*, Múnich, Beck, 1979, p. 155-165: "ética de la actitud exacerbada"), tendría graves problemas para diferenciar entre legalidad y moralidad y sería propicia a tendencias hacia un Derecho penal de la actitud interna. Y ello puesto que allí donde una "actitud rigorista superficial" recibe alabanza social no se está muy lejos de reaccionar con un reproche ante una actitud opuesta o discrepante. Con otras palabras, a un Derecho penal de la actitud interna (ilegítimo) le correspondería en última instancia una "ética 'pura' de la actitud" (82), cosa que SCHMIDHÄUSER asume para una ética de la actitud interna de procedencia kantiana bien entendida y el Derecho penal de la culpabilidad entendido por él como Derecho penal de la actitud interna (94): "también podría afirmarse que la ética del resultado y el Derecho penal del resultado se corresponden como lo hacen la ética de la actitud interna y el Derecho penal de la actitud interna".

[60] Evidentemente esto es en cierto modo la quintaesencia del "Derecho penal del deber y de la actitud interna" de la *Escuela de Kiel* (cfr. SCHAFFSTEIN, "Das Verbrechen als Pflichtverletzung", en DAHM *et al.* (eds.), *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlín, Junker & Dünnhaupt, 1935, pp. 108, 128 s. con el ejemplo de un testigo decidido a mentir que erróneamente dice la verdad y que debe responder por falso testimonio (consumado) porque en la concreta situación con su declaración verdadera ha evidenciado una disposición errónea frente al deber de decir la verdad; al respecto AMBOS,

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

voluntad ha hallado alguna salida en forma de comportamiento externo carece de potencial diferenciador porque "el sujeto [de todos modos] siempre se comporta de alguna manera (de acuerdo con su actitud interna) a través de su existir [*Dasein*] y modo de ser concreto [*Sosein*] en el mundo exterior".[61]

IV. Consecuencias

Nuestras consideraciones pueden resumirse así: el Derecho penal de la actitud interna —entendido en sentido peyorativo— existe allí *donde las valoraciones o consecuencias jurídico-penales se hacen depender de lo subjetivo-psíquico (interno) sin que exista una razón material [sachlichen Grund] para ello*. La existencia o no de una razón material depende, por un lado, de la perspectiva que se adopte sobre la función del Derecho penal y del fin de la pena[62] y, por el otro, de la manera en que una determinada norma (o una praxis jurisprudencial) asigne un "papel decisivo" a lo interno del autor.

En diversas discusiones sobre ámbitos específicos, los elementos de la actitud interna[63] y de la intención [64] han tenido una importancia destacable durante mucho tiempo. En aquellos la

Nationalsozialistisches Strafrecht, Kontinuität und Radikalisierung, *supra* nota 14, pp. 107 s.; ÍDEM, *Derecho Penal Nacionalsocialista*, *supra* nota 14, p. 187).

[61] RATH, *supra* nota 21, pp. 15 s.; cfr. en este punto también SIEBER / VOGEL, *supra* nota 31, p. 140 ("La respiración de un ser humano en relación con la decisión de matar"). Un ejemplo más próximo a la praxis podría ser poner por escrito una mala intención en un diario personal o en un sistema informático. Cfr. al respecto nuevamente SIEBER/VOGEL, op. cit.: "El contenido mínimo de la prohibición de un Derecho penal de los pensamientos es, por tanto, que el ciudadano sea castigado por su conducta en el mundo exterior. Las meras intenciones no deberían estar castigadas, incluso aunque se comunicaran a otros y se hicieran, de este modo, accesibles desde el exterior. A la prohibición del 'Derecho penal de los pensamientos' subyace el reconocimiento de que tiene que producirse una separación fundamental entre las malas intenciones por un lado y su realización, por el otro. Porque puede y debe confiarse en la persona capaz de ser autorresponsable de decidirse por el Derecho pese a los malos pensamientos. Si el Estado quisiera sancionar los meros pensamientos —lo que sin duda podría hacer en gran medida dadas las posibilidades técnicas de investigación hoy en día disponibles— entonces el ciudadano ya no sería respetado como persona autorresponsable".

[62] Cfr. *supra* texto principal correspondiente a las notas 38 ss.

[63] Cfr. al respecto especialmente SCHMIDHÄUSER, KELKER y TIMM.

[64] La necesidad de una perspectiva diferenciadora puede mostrarse especialmente bien a partir de los elementos de la intención: cuando tales elementos tienen un efecto limitador de la pena —p. ej. la intención de apropiación en la relación entre el hurto y el mero uso impune— o perfilan el injusto —p. ej. en el caso de la sustracción con medios coactivos cualificados (§ 249, StGB)—, los respectivos requisitos subjetivos pueden fundamentarse materialmente. Por el contrario, allí donde la presencia de una intención fundamenta la punibilidad se hace patente el reproche de Derecho penal de la actitud interna. Ello vale, p. ej., para la jurisprudencia del BGH sobre el § 315b, StGB que trata de incluir la conducción "externamente correcta" como peligrosa cuando está motivada por la intención de causar un accidente (*BGH* NJW 1999, 3132 [3133]). No se advierte diferencia estructural relevante alguna con respecto al ejemplo de carácter teórico mencionado

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

prevalencia de los elementos de la actitud interna se debe a la *incongruencia* típica entre lo objetivo y lo subjetivo, lo que plantea la cuestión de si la pena no se halla vinculada de manera decisiva o en última instancia exclusivamente a los factores internos.[65] Por el contrario, al tener como trasfondo la creación de delitos de preparación, la moderna discusión se ha centrado, en particular, en el aspecto de la criminalización de conductas (*prima facie*) socialmente adecuadas o cotidianas sobre la base de los elementos internos subyacentes.[66] Este aspecto del problema adquiere sus propias peculiaridades por el hecho de que ciertas normas (como el § 89a, ap. 2a, StGB) pretenden ser decididamente entendidas como protectoras de bienes jurídicos[67] y, sin embargo, van referidas a bienes jurídicos cada vez más vagos (o incluso solo *postulan* referirse a bienes jurídicos).[68] Un criterio (aunque requiere a su vez ser rellenado de contenido) que apunta en la dirección correcta es la *referencia de sentido delictiva*, máxime cuando el carácter cotidiano, neutral o socialmente adecuado de una conducta depende en última instancia del contexto o de su contextualización.[69]

Por lo que respecta al *representativo* § 89a, ap. 2a, StGB, parece plausible para evaluar la conducta en cuestión como ya punible o (aún) impune si, desde la perspectiva de un observador que tenga en cuenta la planificación delictiva, aquella se presenta como "manifestación objetiva inequívoca de la intención de cometer el delito".[70] El que bajo estas condiciones ya no se pueda hablar más de cotidianeidad es solo un reflejo de la circunstancia de que la persona en cuestión comienza, mediante tales acciones, a vincularse *externamente* a su plan de acción de una forma

---

en texto en la nota 56 (claro, al respecto, RATH, *supra* nota 21, p. 47 ["(…) nada más que Derecho penal de la actitud interna"]).

[65] Cfr. *supra* texto principal correspondiente a las notas 31 s.

[66] Cfr. *supra* texto principal correspondiente a la nota 33.

[67] BT-Drs. 18/4087, p. 10 ("especial peligrosidad de la acción de preparación del viaje"); en el mismo sentido, *BGHSt* 62, 102, 112 s.

[68] Cfr. DUTTGE, "Vorbereitung eines Computerbetruges: Auf dem Weg zu einem 'grenzenlosen' Strafrecht" en HEINRICH et al. (eds.), *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag. 18. September 2004*, Bielefeld, Gieseking, 2004, p. 285-294 s. Cfr., además, *supra* texto principal correspondiente a la nota 37.

[69] *BGHSt* 46, 107-113: "Ni las acciones cotidianas ni las acciones profesionales son siempre neutrales. Casi toda acción puede situarse en un contexto criminal (cfr. ROXIN, "Was ist Beihilfe?", en KÜHNE (ed.), *Festschrift für Koichi Miyazawa,* Baden-Baden, Nomos, 1995, pp. 501 y 515). Los conceptos mencionados no son idóneos por sí solos para delimitar claramente la complicidad punible del actuar permitido"; AMBOS, *supra* nota 18, p. 650 (660); AMBOS, "Beihilfe durch Alltagshandlungen", en *JA,* 2000, p. 721-724.

[70] SIEBER/VOGEL, *supra* nota 31, pp. 140 s.; AMBOS, *supra* nota 18, p. 650 (660).

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

peligrosa (y al hacerlo excede su esfera de organización)[71].[72] Pero dado que esto no es necesario según la redacción de la norma, resulta difícil no considerar al § 89, ap. 2a, StGB como Derecho penal de la actitud interna ilegítimo. El BGH pretende desactivar este reproche apelando a que el § 89a, ap. 2a, StGB presupone "que al menos el intento de abandonar el país exprese que el autor quiera hacer realidad su intención de trasladarse a un país en el que se halle el campo de entrenamiento con el fin de cometer un grave atentado que ponga en peligro al Estado o de cometer acciones preparatorias" ,[73] pero esto no puede resultar convincente por las razones ya aducidas,[74] pues el mero intento de abandonar el país no constituye, por sí solo, una "puesta en marcha [de la mala voluntad] peligrosa para bienes jurídicos"[75] en el sentido de una autovinculación al plan concebido. La decisión del BGH[76] se inscribe en una línea de decisiones que se basan, por lo menos, en un Derecho penal de la actitud interna implícito.[77]

V. Bibliografía

AMBOS, Kai, "Beihilfe durch Alltagshandlungen", en *JA*, 2000, pp. 721-725. Versión española de esta obra: "La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales" (trad. Gabriel PÉREZ BARBERÁ), en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, n.º 8, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho, 2001, pp. 195-206.

— "Freiheit im Sein als Teil der Persönlichkeit und Grundlage strafrechtlicher Schuld. Zur Schuldlehre von Jorge de Figueiredo Dias", en *GA*, n.º 156, 2009, pp. 561-585. Versión española de esta obra: "La libertad del ser como dimensión de la personalidad y fundamento de la culpabilidad penal –Sobre la doctrina de la culpabilidad de Jorge Figueiredo Dias" (trad. María Cecilia DÓMINE), en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LXIII, Madrid, 2010, pp. 95-129.

[71] Cfr. *supra* texto principal correspondiente a la nota 44.
[72] Cfr., p. ej., sobre los mecanismos de una "autovinculación" en el marco de la *comunicación* por ordenador HARRENDORF/BOCK/RACKOW, "Überlegungen zur Strafwürdigkeit computervermittelter Kommunikation im Internet – Zugleich Besprechung von BGH, Beschl. v. 16.03.2011 – 5 StR 581/10 – Zauberwald (= StV 2012, 146)", en *StV*, 2012, p. 687 (690 s.).
[73] *BGHSt* 62, 102 (114).
[74] Cfr. *supra* texto principal correspondiente a las notas 59 ss.
[75] *BGH* cit.; sin bastardillas en el original.
[76] Cfr. AMBOS, *supra* nota 18, p. 650 (660) quien pone de manifiesto que el BGH invoca a SIEBER/VOGEL, *supra* nota 31, pp. 140 s. de forma distorsionada.
[77] Cfr., también, RATH, *supra* nota 21, p. 64 ("vuelta al Derecho penal de la actitud interna") y *passim*.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

— "Rechtsgutsprinzip und harm principle: theoretische Ausgangspunkte zur Bestimmung der Funktion des Völkerstrafrechts. Ein zweiter Beitrag zu einer grundlegenden Theorie des Völkerstrafrechts", en ZÖLLER, Mark A. / HILGER, Hans / KÜPER, Wilfried / ROXIN, Claus (eds.), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013*, Berlín, Duncker & Humblot, 2013, pp. 1285-1310. Versión española de esta obra: "Bien jurídico y *harm principle*: bases teóricas para determinar la 'función global' del derecho penal internacional. Una segunda contribución para una teoría coherente del derecho penal internacional" (trad. Carolina Aguilera MARINOVIC), en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, n.º 10, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho, julio de 2013, pp. 343-378.

— "Besitz als Straftat und die Funktion der subjektiven Tatseite. Überlegungen aus einer vergleichenden Perspektive", en JOERDEN, Jan C. / SCHMOLLER, Kurt (eds.), *Rechtsstaatliches Strafen. Festschrift für Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag am 16. Marz 2017*, Berlín, Duncker & Humblot, 2017, pp. 223-237. Versión española de esta obra: "La posesión como delito y la función del elemento subjetivo – Reflexiones desde una perspectiva comparada" (trad. Gustavo URQUIZO VIDELA), en *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, Vol. XLII, n.º 1, 2015, pp. 13-30.

— "Liberal Criminal Theory. Ansätze eines angloamerikanisch-deutschen Dialogs zu Ehren von Andrew (Andreas) von Hirsch", en *GA*, 2017, pp. 297-323. Versión inglesa de esta obra: en *Criminal Law Forum*, vol. 28, 2017, pp. 589-628.

— "Anmerkung zu einer Entscheidung des BGH, Beschluss vom 06.04.2017 (3 StR 326/16) - Zur Strafbarkeit der Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat durch die Ausreise aus der Bundesrepublik Deutschland", en *JR*, 2017, pp. 655-660.

— *Nationalsozialistische Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung*, Baden-Baden, Nomos, 2019. Versión española de esta obra, ampliada y actualizada: *Derecho Penal Nacionalsocialista. Continuidad y radicalización* (trad. José R. BÉGUELIN / Leandro A. DIAS), Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

BETTIOL, Giuseppe, "Colpa d'autore e certezza del diritto", en KAUFMANN, Arthur / BEMMANN, Günter / KRAUSS, Detlef / VOLK, Klaus (eds.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*, Múnich, C.H. Beck, 1979, pp. 333-341.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

BINDER, Hans, "Der juristische und der psychiatrische Maßstab bei der Beurteilung der Tötungsdelikte", en *ZStrR*, vol. 67, 1952, pp. 306-339.

BITTMANN, Folker, "Hatecrime: Gesinnungsstrafrecht oder notwendige Verteidigung der Rechtsordnung? Zum gemeinsamen Gesetzesentwurf der Länder Brandenburg und Sachsen-Anhalt für ein … Strafrechtsänderungsgesetz", en *DRiZ*, 2007, 323-326.

BURKHARDT, Björn, "Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung. Zugleich ein Beitrag wider die ‚Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven'", en WOLTER, Jürgen / FREUND, Georg (eds.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg, C. F. Müller, 1996, pp. 99-105.

DEGENER, Wilhelm, "Der Zueignungsbegriff des Unterschlagungstatbestandes (§ 246, StGB)", en *JZ*, vol. 56, n.º 8, 2001, pp. 38-399.

DUTTGE, Gunnar en "Vorbereitung eines Computerbetruges: Auf dem Weg zu einem ‚grenzenlosen' Strafrecht", en HEINRICH, Bernd / HILGENDORF, Eric / MITSCH, Wolfgang / STERNBERG-LIEBEN, Detlev (eds.), *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag. 18. September 2004*, Bielefeld, Gieseking, 2004, pp. 285-310.

FEUERBACH, Anselm, *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten*, t. III, Fráncfort del Meno, 1804 (reimpreso en 1988).

FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 66.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2019.

FRISCH, Wolfgang, *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes*, Köln, Heymann 1983.

— "Zum tatbestandsmäßigen Verhalten der Strafvereitelung – OLG Stuttgart", en *NJW* 1983, p. 1569, JuS 1983, pp. 915-924.

— "Gewissenstaten und Strafrecht", en HOYER, Andreas / MÜLLER, Henning Ernst / PAWLIK, Michael / WOLTER, Jürgen (eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, C. F. Müller, 2006, pp. 11-31.

GALLAS, Wilhelm, "Tatstrafe und Täterstrafe, insbesondere im Kriegsstrafrecht (Bericht anläßlich einer Tagung der Arbeitsgemeinschaft deutscher Strafrechtslehrer am 6. und 7. September 1940 in Weimar)", en *ZStW*, vol. 60, n.º 1, 1941, pp. 374-417.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

— "Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund", en ENGISCH, Karl / MAURACH, Reinhart (eds.), *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag*, Múnich, C.H. Beck, 1954, pp. 311-334.

— "Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs", en KAUFMANN, Arthur (ed.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*, Múnich, Beck, 1979, pp. 155-179.

GAZEAS, Nikolaus / GROSSE-WILDE, Thomas, "Anmerkung zu einer Entscheidung des BGH, Beschluss vom 06.04.2017 (3 StR 326/16) – Zur Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Straftat durch die Ausreise aus der Bundesrepublik Deutschland", en *StV*, 2018, pp. 84-88.

GIERHAKE, Katrin, "Zur geplanten Einführung neuer Straftatbestände wegen der Vorbereitung terroristischer Straftaten", en *ZIS*, 2008, pp. 397-405.

GLÖCKNER, Hans Peter, *Cogitationis poenam nemo patitur: D. 48. 19. 18. zu den Anfängen einer Versuchslehre in der Jurisprudenz der Glossatoren*, Fráncfort del Meno, Klostermann, 1989.

GÖTZ, Regina, Struktureller Rassismus und rechte Gewalt, AnwBl, 2016, p. 563.

GRECO, Luis, "Das Subjektive an der objektiven Zurechnung - Zum ‚Problem' des Sonderwissens", en *ZStW*, vol. 117, n.° 3, 2005, pp. 519-554.

GROPP, Walter: "Tatstrafrecht und Verbrechenssystem und die Vorverlagerung der Strafbarkeit", en SINN, Arndt / GROPP, Walter / NAGY, Ferenc (eds.), *Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht*, Osnabrück, Vandenhoeck & Ruprecht, 2011, pp. 99-119.

HARRENDORF, Stefan / BOCK, Stefanie / RACKOW, Peter, en "Überlegungen zur Strafwürdigkeit computervermittelter Kommunikation im Internet —Zugleich Besprechung von BGH, Beschl. v. 16.03.2011 – 5 StR 581/10 – Zauberwald (= StV 2012, 146)—", en *StV*, 2012, pp. 687-695.

HIRSCH, Hans Joachim, "Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht", en SCHÜNEMANN, Bernd / ACHENBACH, Hans / BOTTKE, Wilfried / HAFFKE, Bernhard / RUDOLPHI, Hans-Joachim (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlín y otra, De Gruyter, 2001, pp. 711-728.

JAKOBS, Günter, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", en *ZStW*, vol. 97, n.° 4, 1985, pp. 751-785.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

KANT, *Metaphysik der Sitten*, Vorländer-Ausgabe, Leipzig, 1913.

KARGL, Walter, "Gesinnung und Erfolg im Unterschlagungstatbestand. Die Manifestation der Zueignung", en *ZStW*, vol. 103, n.º 1, 1991, pp. 136-185.

KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Gotinga, Schwartz & Co., 1954.

KELKER, Brigitte, *Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht*, Fráncfort del Meno, Vittorio Klostermann, 2007.

KÖHLER, Michael, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlín, Springer, 1997.

MAIWALD, Manfred, "Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs ‚erlaubtes Risiko' für die Strafrechtssystematik", en VOGLER, Theo *et al.* (eds.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, t. I, Berlín, Duncker & Hublot, 1985, pp. 405-425.

MEZGER, Edmund, "Tatstrafe und Täterstrafe, insbesondere im Kriegsstrafrecht (Bericht anläßlich einer Tagung der Arbeitsgemeinschaft deutscher Strafrechtslehrer am 6. und 7. September 1940 in Weimar)", en *ZStW*, vol. 60, n.º 1, 1941, pp. 353-374.

MIEBACH / MAIER, en JOECKS, Wolfgang / MIEBACH, Klaus (eds.) *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. §§ 38 – 79b, StGB*, t. 2, , 3.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2016.

PAWLIK, Michael, "Hans Kudlich, Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten. (Strafrechtliche Abhandlungen, NF. Bd. 156). Verlag Duncker & Hublot, Berlín 2004. 576 S. kart. EUR 98,-", GA 2006, pp. 240-241.

— *Das Unrecht des Bürgers*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2012.

PETZSCHE, Anneke, "Die Kriminalisierung von Vorbereitungshandlungen – Abschied vom Tatstrafrecht?", en *ZStW*, vol. 131, n.º 3, 2019, pp. 576-594.

PUSCHKE, Jens, "Ausreise als Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat – Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 6.4.2017 – 3 StR 326/16", en *NJW*, 2017, p. 2932.

RACKOW, Peter, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, Fráncfort del Meno, Peter Lang, 2007.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

RATH, Jürgen, *Gesinnungsstrafrecht. Zur Kritik der Destruktion des Kriminalunrechtsbegriffs in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, Hamburgo, Dr. Kovač, 2002.

ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil,* t. I, 4.ª ed., Múnich, C. H. Beck, 2006 [1991].

— "Was ist Beihilfe?", en KÜHNE, Hans Heins (ed.), *Festschrift für Koichi Miyazawa*, Baden-Baden, Nomos, 1995, pp. 501-518.

SANCINETTI, Marcelo, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito* (Übersetzung von *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973), Buenos Aires, Hammurabi, 1990.

— *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, Bogotá, Temis, 1995.

— *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch*, Köln y otras, Carl Heymann, 1995.

— *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001.

— "'Dolus generalis' und 'strafrechtliches Glück'", en SCHÜNEMANN, Bernd / ACHENBACH, Hans / BOTTKE, Wilfried/ HAFFKE, Bernhard / RUDOLPHI, Hans-Joachim (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlín y otra, 2001, de Gruyter, pp. 349-364.

— *Dolo e imprudencia. Comentario a los §§ 15 y 16 del Código penal alemán (Übersetzung der Kommentierung Zielinskis der §§ 15-16, StGB im AK-StGB)*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003.

— *Dolo, tentativa y delito putativo* (zusammenfassende Übersetzung der u. erwähnten Schriften *Struensees*), Buenos Aires, Hammurabi, 2003.

— "Der Handlungsunwert als Grundlage einer rationalen Strafrechtsdogmatik", en *GA*, 2016, pp. 411- 426.

SCHAFFSTEIN, Friedrich, *Politische Strafrechtswissenschaft*, Hamburgo, Hanseatische verlagsanstalt, 1934.

— "Das Verbrechen als Pflichtverletzung", en DAHM, Georg / HUBER, Ernst Rudolf / LARENZ, Karl / MICHAELIS, Karl / SCHAFFSTEIN, Friedrich / SIEBERT, Wolfgang, *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlín, Junker & Dünnhaupt, 1935, pp. 108-142.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

— "Das subjektive Recht im Strafrecht", en *DRWis*, 1936, pp. 39-49.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, Tubinga, Mohr, 1958.

— "Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht", en LACKNER, Karl / LEFERENZ, Heinz / SCHMIDT, Eberhard / WELP, Jürgen / WOLFF, Ernst A. (eds.), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973*, Berlín, De Gruyter, 1973, pp. 81-97.

SCHROEDER, Friedrich-Christian, *Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht*, Múnich, Keip, 1970.

SIEBER, Ulrich / VOGEL, Benjamin, *Terrorismusfinanzierung. Prävention im Spannungsfeld von internationalen Vorgaben und nationalem Tatstrafrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 2015.

SINN, Arndt, *Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten. Zurechnung und Freistellung durch Macht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2007.

STRATENWERTH, "Günter, Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale", en WELZEL, Hans / CONRAD, Hermann / KAUFMANN, Armin / KAUFMANN, Hilde (eds.), *Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag*, Bonn, Röhrscheid, 1963, pp. 171-191.

STRATENWERTH, Günter / KUHLEN, Lothar, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 6.ª ed., Múnich, Vahlen, 2011.

STRUENSEE, Eberhard, "Versuch und Vorsatz", en DORNSEIFER, Gerhard *et al.* (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln y otras, Carl Heymann, 1989, pp. 523-539.

— "Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität", en *ZStW*, vol. 102, n.º 1, 1990, pp. 21-50.

TAG, Brigitte, "Beihilfe durch neutrales Verhalten", en *JR*, 1997, pp. 49-57.

TIMM, Frauke, *Gesinnung und Straftat*, Berlín, Duncker & Humblot, 2012.

— "Tatmotive und Gesinnungen als Strafschärfungsgrund am Beispiel der »Hassdelikte« ", en *JR*, 2014, pp. 141-148.

V. LISZT, Franz, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. II, Berlín, 1905 (reimpreso en 1970).

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen. Eine systematische Darstellung*, 2.ª ed., Berlín, De Gruyter, 1949.

ZACHARIÄ, Heinrich Albert, *Die Lehre vom Versuche des Verbrechens*, t. I, Gotinga, Dieterich, 1836.

ZIELINSKI, Diethart, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß*, Berlín, Duncker & Humblot, 1973.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

En Letra: Derecho Penal
Año VI, número 12, pp. 37-52.

¿Juicios por Zoom?: breve reseña de la evidencia empírica disponible*

María Luz González-Gadea**, Rocío López Resano***, Alejandro Chehtman****

Fecha de recepción: 1.ª de diciembre de 2020
Fecha de aceptación: 9 de septiembre de 2021

Resumen

La pandemia por el Covid-19 aceleró el proceso en curso de uso de videoconferencias como herramientas para la celebración de audiencias judiciales. Más allá de las ventajas coyunturales en función de la situación de emergencia sanitaria, esta "migración" presenta importantes ventajas logísticas y de costos que hacen probable su consolidación y expansión en los sistemas de justicia del mundo una vez terminada la situación de emergencia. Sin embargo, este recurso plantea también importantes interrogantes y desafíos. Este trabajo se centra específicamente en presentar la evidencia empírica disponible acerca de cómo el uso de estas herramientas tecnológicas puede afectar los procesos epistémicos/cognitivos de los participantes en procesos judiciales, con foco en los de carácter penal. Sobre esa base, identifica las ventajas y posibles riesgos que esta tecnología conlleva. Este trabajo concluye sobre la importancia de contar con mayor evidencia y estudios rigurosos que permitan extraer conclusiones fiables acerca del impacto de estas medidas en los sistemas de justicia.

Palabras clave: Zoom, Internet, juicios, digitalización.

Title: *Trials by Zoom? A Brief Review of the Available Evidence*

Abstract

The COVID-19 pandemic accelerated the ongoing process of using videoconferencing as a tool for holding judicial hearings. This "migration" has significant logistical and cost advantages that make its consolidation and expansion in the justice systems likely once the emergency situation is over. However, this tool also raises important questions and challenges. This paper focuses specifically on presenting the available empirical evidence on how the use of these technological tools can affect the epistemic/cognitive processes of participants in legal proceedings, with a focus on those of a

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

criminal nature. It then identifies the advantages and possible risks that this technology entails. This paper concludes on the importance of having more evidence and rigorous studies to draw reliable conclusions about the impact of these measures on legal justice systems.

Keywords: Zoom, Internet, legal proceedings, digitalization.

Sumario: I. Introducción; II. Usos, ventajas y desventajas de las videoconferencias en audiencias judiciales; III. Estudios piloto sobre el uso de videoconferencias en juicios; IV. Experimentos aleatorios que evaluaron el impacto de videoconferencias en juicios; V. Conclusión; VI. Bibliografía.

I. Introducción

La pandemia mundial del Covid-19 y las consecuentes medidas de aislamiento y distanciamiento social han causado que muchas actividades que tienen un rol esencial dentro de la sociedad, como la educación, el trabajo y la judicatura, hayan pasado a desarrollarse total o parcialmente a través de videoconferencias. En el caso de los procesos judiciales, esta herramienta permite a acusados, testigos y funcionarios judiciales participar en los procesos al conectarse de manera remota desde un lugar diferente al tribunal por medio de un dispositivo audiovisual (p. ej., desde sus domicilios particulares, establecimientos penitenciarios o dependencias policiales). Para el sistema judicial es relevante preguntarse no solamente cuáles son los aspectos técnicos a tener en cuenta, sino también cómo el uso de esta herramienta tecnológica afecta los procesos epistémicos de quienes participan de los procesos judiciales. Las investigaciones del campo de las ciencias del comportamiento han demostrado que los jueces no están libres de sesgos cognitivos[1] y que algunos aspectos triviales como

* El trabajo fue realizado en la Universidad Torcuato Di Tella.
** Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Centro de Neurociencias Cognitivas. Universidad de San Andrés. Laboratorio de Neurociencia. Universidad Torcuato Di Tella.
*** Escuela de Derecho. Universidad Torcuato Di Tella.
**** Profesor de la Universidad Torcuato Di Tella/Investigador CONICET-Universidad de Girona. Contacto: achehtman@utdt.edu.
[1] Véase, BÁEZ *et al.* "The impact of legal expertise on moral decision-making biases", en *Humanities and Social Sciences Communications* 7.1, 2020, pp. 1-12.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

los descansos, el café y los *snacks*[2] o los cambios de estación[3] impactan en las decisiones judiciales. Por consiguiente, es dable suponer que el uso de videoconferencias afectará las decisiones y procesos judiciales de manera significativa.

El uso de videoconferencias como herramienta para llevar a cabo procedimientos judiciales en tribunales de primera instancia empezó a utilizarse en los Estados Unidos en la década de 1990.[4] Los argumentos centrales a favor de esta medida giraban alrededor de la eficiencia del funcionamiento de los tribunales: ahorro de tiempo y dinero en traslados, y una mayor flexibilidad para poder programar y agendar las audiencias en los tribunales.[5]

En el contexto de la pandemia de Covid-19 el uso de videoconferencias lógicamente se ha extendido y, en ciertos lugares y momentos, incluso ha sido la vía exclusiva para llevar a cabo los procesos judiciales. A la fecha en que este artículo se ha escrito, aún no sabemos si es posible que el uso de esta herramienta continúe, luego de la emergencia sanitaria, al menos de manera parcial como práctica habitual en los procesos judiciales. Por esta razón, es especialmente importante en este contexto identificar cuáles son los problemas y beneficios que pueden obtenerse de esta nueva práctica y, más aún, identificar los impactos de esta medida en las decisiones y procesos judiciales en comparación con los procesos presenciales tradicionales. El objetivo de este trabajo es analizar de qué manera el uso de las videoconferencias genera diversos efectos (epistémicos y empíricos) en las decisiones de los adjudicadores (jueces, legos y profesionales) a la luz de la recopilación y presentación de la evidencia disponible acerca de la implementación y puesta en práctica de esta herramienta tecnológica.

El artículo está organizado en torno a los distintos tipos de estudios y hallazgos reportados en esta temática. En primer lugar, la sección II recoge algunas observaciones, interpretaciones cualitativas y opiniones de expertos con respecto a cuáles son los usos, ventajas y desventajas de las videoconferencias en audiencias judiciales. Las secciones III y IV se ocupan de los estudios empíricos que contrastan los resultados obtenidos en audiencias que utilizan videoconferencias y audiencias que utilizan el sistema tradicional mediante el cual las partes comparecen de manera presencial.

[2] Así, DANZIGER / LEVAV / AVNAIM-PESSO "Extraneous factors in judicial decisions", en *Proceedings of the National Academy of Sciences,* vol. 108, n.º 17, 2011, pp. 6889-6892.
[3] Véase CHO / BARNES / GUANARA, "Sleepy punishers are harsh punishers: Daylight saving time and legal sentences", en *Psychological science*, vol. 18, n.º 2, 2016, pp. 242-247.
[4] Cfr. BRIDENBACK, *Study of state trial courts use of remote technology*, Technical report, National Association for Presiding Judges and Court Executive Officers, 2016, p. 12.
[5] Véase GIBBS, "Defendants on video–conveyor belt justice or a revolution in access", en *Transform Justice,* octubre, 2017, p. 5.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Específicamente, la sección III revisa los hallazgos de los primeros estudios piloto que se realizaron sobre el uso de videoconferencias en procesos penales alrededor del mundo, mientras que la sección IV sintetiza los resultados de dos experimentos aleatorizados controlados que se han llevado a cabo para testear la eficacia de esta modalidad. Por último, la sección V presenta algunas conclusiones y observaciones finales.

II. Usos, ventajas y desventajas de las videoconferencias en audiencias judiciales

Existen distintos informes técnicos y reportes que recopilan información sobre cuáles son los usos frecuentes de estas herramientas y cuáles son sus ventajas y desventajas.[6] Cabe destacar que la información volcada en estos informes consiste en observaciones, opiniones y reflexiones derivadas de la práctica, pero no incluye evaluaciones o testeos empíricos sobre estos temas.

En cuanto a los usos más frecuentes del sistema de videoconferencia, un informe publicado en el 2016 por la *National Association for Presiding Judges and Court Executive Officers* indica que en los Estados Unidos el uso más extendido se da en los tribunales de primera instancia para llevar a cabo la comparecencia judicial inicial de un individuo detenido.[7] El propósito de esta audiencia es notificar al individuo sobre la imputación en su contra y establecer las condiciones de liberación previas al juicio, incluidas las cauciones. Esta herramienta resulta eficiente para afrontar problemas de transporte, seguridad y manejo del tiempo. En muchas de estas audiencias también se dictan sentencias por delitos menores y se resuelven acuerdos de juicio abreviado. En este informe se señala también que las videoconferencias se utilizan para los casos de audiencias de delincuencia juvenil, audiencias relativas a la tenencia y la manutención de niños, audiencias relativas a cuestiones de salud física y mental, entre otras. En relación con la decisión sobre la modalidad (virtual o presencial) de las audiencias, en algunas legislaciones los acusados deben dar su consentimiento para el uso de videoconferencia y en otros casos no es necesario.[8]

[6] Cfr. BRIDENBACK, *supra* nota 4, pp. 32 ss; DENAULT/PATTERSON, "Justice and Nonverbal Communication in a Post-pandemic World: An Evidence-Based Commentary and Cautionary Statement for Lawyers and Judges", en *Journal of Nonverbal Behavior*, vol. 45, n.º 1, 2021, pp. 2, 6; EAGLY, "Remote adjudication in immigration", en *Nw. UL REv.*, vol. 109, n.º 4, 2015, pp. 945-948; GIBBS, *supra* nota 5, pp. 8-32; MULCAHY/ROSSNER/ROWDEN, "What if the dock was abolished in criminal courts?", en *Howard League for Penal Reform*, 2020, pp. 13 ss.; y WALLACE/ ROACH ANLEU/MACK, "Judicial engagement and AV links: judicial perceptions from Australian courts", en *International Journal of the Legal Profession*, vol. 26, 2019, pp. 51-55.

[7] Cfr. BRIDENBACK, *supra* nota 4.

[8] Así BRIDENBACK, *supra* nota 4, pp. 13-16.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

En referencia a quiénes intervienen de manera remota en las audiencias, es decir, quienes se conectan desde lugares distintos al tribunal, el informe mencionado indica que pueden ser abogados, jueces, detenidos, menores de edad, testigos, peritos e intérpretes. Con respecto a los abogados, los tribunales de primera instancia permiten que participen por medio de videoconferencia en algunas audiencias previas al juicio (principalmente en casos civiles, de asuntos de familia o en procesos sucesorios). En el caso de los jueces, se admite que lo hagan de manera excepcional cuando no puedan presentarse físicamente en la sala del tribunal (por cuestiones de salud) y no haya otras alternativas disponibles. En cuanto a los acusados que están detenidos en instituciones penitenciarias, a medida que los recursos tecnológicos han ido avanzando, muchos tribunales han permitido que las personas privadas de libertad participen a través de videoconferencia remota en casos civiles y de familia. En raras ocasiones, estas personas participan a través de videoconferencia en procedimientos no probatorios.[9] En los casos en que un menor de edad es víctima de un delito, los tribunales permiten que el testimonio del niño se realice a través de videoconferencia para limitar cualquier trauma adicional que pudiese experimentar por enfrentar físicamente al acusado del delito en la sala del tribunal. Algunos tribunales permiten también que testigos expertos brinden testimonios o declaraciones mediante videoconferencia remota. Por último, en el caso de los intérpretes, la posibilidad de que se conecten de manera remota aumenta su disponibilidad y otorga la posibilidad de flexibilizar la programación de las audiencias.

Se señalan diversas ventajas y desventajas del uso de videoconferencias en juicios. En relación con las ventajas, los informes técnicos relevados[10] constatan tres importantes:

(i) Ahorrar tiempo y gastos de traslado de los participantes de los procedimientos judiciales (abogados, testigos, intérpretes, reclusos, auxiliares de justicia, etc.).[11]

(ii) Facilitar y agilizar la preparación del juicio por abogados, litigantes y reclusos.

[9] Cfr. BRIDENBACK, *supra* nota 4, pp. 19-22.
[10] Cfr. BRIDENBACK, *supra* nota 4, pp. 12, 16, 18, 19, 20, 22 y 23; EAGLY, *supra* nota 6, pp. 935, 945 y 975 ss.; GIBBS, *supra* nota 5, pp. 5 ss.; y MULCAHY/ROSSNER/ROWDEN, *supra* nota 6, pp. 13 ss.
[11] En este sentido, GIBBS, *supra* nota 5, cuestiona si es verdaderamente menos costoso el uso de videoconferencias durante audiencias en comparación con las audiencias presenciales, ya que se requiere contar con equipamientos y conectividad adecuados, personal de custodia, personal de supervisión, asesoría técnica, entre otros, pp. 5 ss.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

(iii) Mayor flexibilidad para que puedan programarse las audiencias, lo cual hace que se pueda agendar una mayor cantidad de audiencias.

En relación con las desventajas, entre las mayores preocupaciones se destacan las siguientes:

(i) El uso de videoconferencias empobrece la utilización y comprensión del lenguaje no verbal (gestos, movimientos del cuerpo) en la comunicación entre el acusado y el juez o jurado.[12] DENAULT y PATTERSON señalan que los juicios por videoconferencia debilitan la capacidad epistémica de los juicios al dificultar el acceso a los patrones de comunicación no verbal y socavar la posibilidad de interrogar a las/os testigos a través de repreguntas.[13]

(ii) Esta herramienta dificulta la comunicación fluida durante la audiencia entre el abogado y el acusado. P. ej., el acusado puede verse impedido de hacer comentarios o preguntas al abogado durante la declaración de un testigo, el traspaso de documentos o notas, la evacuación de dudas sobre lo que ocurre en el proceso, entre otras comunicaciones relevantes. Esto tiene una importante repercusión en la participación del acusado en el juicio, ya que hace al derecho de defensa.[14]

(iii) Los imputados que se conectan por videoconferencia suelen tener una menor comprensión de las reglas del proceso judicial, suelen mostrarse desconectados del proceso y poco participativos.[15] Sin embargo, hay estudios que muestran que es también habitual que durante las audiencias presenciales los acusados no comprendan completamente la naturaleza o las consecuencias de las penas.[16]

[12] Véase, GIBBS, *supra* nota 5, pp. 5 y 8-22; MULCAHY / ROSSNER / ROWDEN, *supra* nota 6, pp. 13 ss.; y WALLACE/ROACH ANLEU/MACK, *supra* nota 6, pp. 55-56.
[13] Véase DENAULT / PATTERSON, *supra* nota 6, pp. 5 ss.
[14] Cfr. DIAMOND/BOWMAN/WONG/PATTON, "Efficiency and cost: The impact of videoconferenced hearings on bail decisions", en *The Journal of Criminal Law and Criminology (1973-)*, vol. 100, n.º 3, 2010, pp. 884-885 y 902 ss; BRIDENBACK, *supra* nota 4, pp. 3-7; GIBBS, *supra* nota 5, pp. 10-13 ss.; y MULCAHY/ROSSNER/ROWDEN, *supra* nota 6, pp. 3-4, 7-10.
[15] Cfr. EAGLY, *supra* nota 6, pp. 978, 982 y 986; GIBBS, *supra* nota 5, pp. 17-18 ss.; y MCKAY, "Video links from prison: court 'appearance' within carceral space", en *Law, Culture and the Humanities*, vol. 14, n.º 2, 2018, pp. 230 ss.
[16] JACOBSON/HUNTER/KIRBY, *Inside Crown Court: Personal experiences and questions of legitimacy*, Policy Press, 2016.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

(iv) Los reclusos con los que se conecta de manera remota desde la cárcel suelen ser los reclusos más agresivos, por lo cual el uso de esta herramienta de manera extendida podría generar en el tribunal un estereotipo de acusado, lo cual puede operar en contra del principio de inocencia.[17]

(v) Los imputados que se presentan por videoconferencia pueden tener dificultades para comprender las reglas de decoro que se utilizan en la sala del tribunal y comportarse de manera inapropiada. Así, pueden no hacer contacto visual con el juez o tribunal, posicionarse o actuar incorrectamente.[18]

(vi) En los tribunales presenciales suele ser difícil en algunas circunstancias reconocer cuando un acusado tiene una discapacidad o necesidad de apoyo, pero estas dificultades son aún mayores cuando el imputado se presenta por videoconferencia. En el caso de personas con trastornos psiquiátricos, problemas de aprendizaje, autismo, déficit de atención, la conexión mediante videoconferencia ha sido considerada particularmente desafiante.[19]

(vii) Las videoconferencias también excluyen a los familiares y otras personas de confianza que puedan concurrir a los tribunales a dar apoyo al acusado. La falta de este apoyo aumenta el estrés y sentimiento de soledad en el proceso.[20]

Por último, de manera más general las preocupaciones centrales respecto del uso de esta tecnología en procesos judiciales gira en torno a la fiabilidad, seguridad y confiabilidad de la tecnología.[21] En primer lugar, en cuanto al diseño, la capacidad y fiabilidad de la tecnología, es decir que la conexión de audio y video sea adecuada y sin interrupciones. En segundo lugar, en cuanto a la seguridad, la herramienta debe asegurar la confidencialidad de la información que se transmite, sobre todo en lo que respecta a las comunicaciones privadas entre los acusados y sus representantes. En la práctica los abogados han manifestado que la herramienta es útil para la preparación del caso, es decir las comunicaciones previas al juicio, pero que durante el juicio prefieren concurrir de manera presencial, por las mismas razones que sostienen que los imputados deberían hacerlo: claridad en la conversación, lectura de lenguaje corporal, entre otras.

[17] Véase MULCAHY/ROSSNER/ROWDEN, *supra* nota 6, pp. 10-12.
[18] Así GIBBS, *supra* nota 5, pp. 17-18 ss. y 25 ss.; y WALLACE/ROACH ANLEU/MACK, *supra* nota 6, pp. 58 ss.
[19] Cfr. GIBBS, *supra* nota 5, pp. 20-24.
[20] Cfr. EAGLY, *supra* nota 6, pp. 994, 996, 997 y 999 ss.; y GIBBS, *supra* nota 5, p. 29.
[21] Así GIBBS, *supra* nota 5, pp. 30 y 34.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Es importante señalar que estas observaciones no son el resultado de análisis empíricos que permitan afirmar que estas ventajas y desventajas son específicas de la modalidad de videoconferencia y que no se deben a situaciones o casos específicos del contexto o tribunal. Mas aún, no puede afirmarse que las ventajas señaladas indiquen una superación de aspectos que son deficientes en los juicios llevados a cabo bajo la modalidad tradicional o, del mismo modo, que las desventajas signifiquen un detrimento de aspectos que se encuentran garantizados en los juicios tradicionales. Para inferir estas conclusiones, es necesario contar con estudios que contrasten y comparen aspectos de la modalidad de videoconferencia con la modalidad tradicional. Estos estudios permiten conocer la eficacia de la modalidad de videoconferencia. En las secciones que siguen, se describen y sintetizan los hallazgos de algunas de estas investigaciones.

III. Estudios piloto sobre el uso de videoconferencias en juicios

Esta sección presenta la evidencia reportada en estudios piloto realizados en los Estados Unidos, el Reino Unido y Australia sobre la eficacia del uso de videoconferencias en juicios.

Una de las primeras pruebas piloto fue llevada a cabo en Chicago en 1990 durante los procesos de deportación de inmigrantes.[22] El uso de esta herramienta tecnológica estuvo motivado por fines prácticos: los tribunales se encontraban en la ciudad y los centros de detención en lugares distantes, por lo cual las videoconferencias evitaban los reiterados traslados que debían realizarse tanto de las personas detenidas como del personal de justicia (jueces, fiscales, abogados, intérpretes, personal del juzgado, etc.). La prueba piloto fue evaluada de manera exitosa por los funcionarios judiciales en cuanto a que reducía costos, generaba una exposición menor en términos de seguridad y posibilitaba una mejor organización de los horarios en las audiencias. En 1996 se autorizó el uso de videoconferencia para todos los procedimientos de inmigración, sin necesidad de contar con el consentimiento de los imputados. En este tipo de juicios, si bien al comienzo se utilizó esta herramienta solo para las comparecencias iniciales, para 2015 un tercio de los juicios de inmigración se decidían por medio de videoconferencia, con los acusados conectados de manera remota desde los centros de detención.[23]

En 2015, Ingrid EAGLY realizó un estudio más detallado de estos procedimientos y compraró algunas características de estos juicios con los juicios tradicionales. Los resultados de ese estudio mostraron que los casos en los que se utilizaba videoconferencia se resolvían más rápidamente en

[22] Véase EAGLY, *supra* nota 6, pp. 945 ss.
[23] Cfr. EAGLY, *supra* nota 6, pp. 948 ss.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

contra de los acusados (se decidía deportarlos) en comparación con casos similares de imputados que acudían de manera presencial. En su artículo, EAGLY señala que esta observación no se basaba en un sesgo de los jueces destinado a favorecer a los acusados en las audiencias presenciales, sino que estuvo asociada a una menor capacidad de defensa de parte de los acusados que comparecían de manera remota, ya sea porque contaban con una menor probabilidad de tener la representación de un abogado o porque no hacían uso del derecho de solicitar la permanencia en los Estados Unidos y se resignaban a la salida voluntaria.

En 2010 se realizó también en Chicago otro estudio piloto[24] destinado a contrastar los resultados de las audiencias de cauciones (fianzas) llevadas a cabo mediante videoconferencia en comparación con las audiencias en que las partes comparecían de manera presencial (sistema tradicional). El sistema de audiencias por videoconferencias había sido implementado en 1999 y consistía en el uso exclusivo de videoconferencias para llevar a cabo audiencias vinculadas a la determinación de cauciones para delitos graves (a excepción de los casos de homicidio o los vinculados con agresiones sexuales, que continuaban bajo la modalidad tradicional). En este estudio, se realizó un análisis de series temporales para comparar los resultados entre audiencias realizadas bajo la modalidad tradicional (entre 1991 y 1998) y aquellas llevadas a cabo con el sistema de videoconferencia (entre 1999 y 2007). Los resultados muestran que en el sistema de videoconferencia los montos promedio de fianza aumentaron de forma sustancial (en un 51%) en todos los casos. Como contraste, los niveles promedio de fianza durante el período estudiado bajo la modalidad presencial presentaron solo un aumento del 13%. Los autores de este trabajo observaron también que el sistema de videoconferencias presentaba algunos problemas: i) el uso de tecnología de baja calidad (la imagen del acusado era visible únicamente para el juez y los espectadores, pero era inaccesible para el fiscal y el defensor); ii) la dificultad de preparar una defensa eficaz (los defensores públicos tenían muy poco tiempo para consultar a los clientes en forma previa a la audiencia) y iii) la celeridad extrema (cada uno de los casos era escuchado por el tribunal en una audiencia que duraba, en promedio, treinta segundos por cada uno de los imputado, lo cual permitía realizar entre 100 y 150 audiencias diarias).

En el Reino Unido, se realizó en 2009 otro estudio piloto destinado a evaluar la efectividad de las videoconferencias en audiencia judiciales.[25] El ministerio de justicia de ese país seleccionó dos tribunales y quince comisarías en donde, durante doce meses, las audiencias en las que la persona

[24] Cfr. DIAMOND/BOWMAN/WONG/PATTON, *supra* nota 14, pp. 883-898.
[25] Véase, TERRY/JOHNSON/THOMPSON, *Virtual court pilot outcome evaluation*, London: Ministry of Justice, 2010.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

acusada aparecía por primera vez frente al tribunal (casos de fianzas, lectura de cargos para personas detenidas, etc.) se realizarían mediante el sistema de videoconferencia. Esto implicaba que los jueces participaban desde los tribunales y los imputados desde la comisaría. El objetivo de esta prueba piloto fue testear si el uso de videoconferencias mejoraba la eficiencia del proceso al proporcionar una resolución más rápida y económicamente menos costosa de los casos. Se registraron y compararon algunos indicadores relacionados con la celeridad del proceso, los costos financieros y las decisiones judiciales utilizando como comparación los tribunales y comisarías en los que se seguía el procedimiento tradicional.[26]

En relación con la celeridad del proceso, el sistema de videoconferencia produjo un ahorro significativo de tiempo para los casos de audiencias de fianza (reducción promedio de diez días y quince horas) y un ahorro más modesto para los casos de lectura de cargos (reducción promedio de diecisiete minutos). En cuanto a los costos financieros, el sistema de videoconferencia agregó costos con respecto al sistema tradicional: si bien redujo los gastos vinculados con el traslado de los detenidos, envío de expedientes y recursos humanos policiales, el ahorro fue superado por los elevados gastos de instalación y funcionamiento de la tecnología y por los costos de asistencia legal que implicó el cambio de modalidad. Se estableció que una estructura idéntica a la implementada en la prueba piloto podría representar más costos que ahorros para el sistema judicial en un plazo de diez años (en total, un gasto adicional de £12.100.000). Por último, en lo que respecta a las decisiones judiciales, los procesos llevados a cabo bajo videoconferencia presentaron un incremento del 3% de las penas privativas de libertad frente a los procesos tradicionales. En este estudio, también se realizaron observaciones cualitativas sobre algunos problemas de las audiencias por videoconferencia: i) los imputados "virtuales" tenían una menor representación letrada y una menor comunicación con sus abogados que los acusados que participaban en procesos "presenciales"; ii) los jueces reportaron dificultades para imponer su autoridad de manera remota y percibieron que los acusados se tomaban el proceso con menos seriedad en comparación con los imputados que acudían personalmente. Los autores del estudio aclaran, no obstante, que al tratarse de un estudio piloto, en el cual no se pudieron controlar e igualar las características de los tribunales virtuales y los controles (así como tampoco asignar de manera aleatoria estos tratamientos a las instituciones) los resultados no pueden considerarse concluyentes y mucho menos puede atribuirse una relación causal de estos efectos observados al uso de videoconferencias.[27]

[26] Véase TERRY/JOHNSON/THOMPSON, *supra* nota 25, pp. 3-4.
[27] Así TERRY/JOHNSON/THOMPSON, *supra* nota 25, pp. 13-27 y 32-33.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Otro de los países en los cuales se han realizado distintas experiencias piloto para testear el impacto del uso de videoconferencias en juicios es Australia, en donde las videoconferencias comenzaron a implementarse en 2010 y su uso se ha incrementado considerablemente desde entonces.[28] Específicamente en ese país se fomenta el uso de videoconferencias para aplazamientos (*adjournments*), menciones de procesos y mantenimiento de la detención (*mentions and continuing remand*) y para solicitudes de caución o fianza (*bail applications*) de aquellas personas que estén detenidas.[29]

Entre 2008 y 2011 se llevó a cabo un estudio sobre el uso de videoconferencias en los procedimientos judiciales australianos.[30] El proyecto utilizó distintas metodologías de análisis: revisión de literatura y jurisprudencia, observación *in situ* y entrevistas a funcionarios judiciales. Los resultados de las entrevistas muestran preocupaciones centrales en torno al uso de videoconferencias en juicios, a saber: la deshumanización de los participantes, los efectos negativos en comunidades aisladas (rurales), comportamientos inapropiados por parte de los acusados, sobrecarga laboral en magistrados por la demanda de disponibilidad extra-horaria para las videoconferencias y la resistencia por parte de algunos funcionarios judiciales al uso de la tecnología.[31] Otro de los hallazgos relevantes de este estudio se refiere a los problemas de los testimonios de los testigos por medio de videoconferencia: se observó un menor uso de gestos y comunicación no verbal, dificultades para interactuar y realizar demostraciones con elementos y materiales y una menor capacidad para facilitar la comprensión de los hechos al jurado.[32] Sin embargo, es importante destacar que estos resultados están basados en el análisis cualitativo de entrevistas y casos. Por consiguiente, al no haberse comparado estos resultados con otros juicios y experiencias llevados a cabo de manera presencial (grupo de control), no pueden atribuirse efectos causales a estos resultados.[33]

IV. Experimentos aleatorios que evaluaron el impacto de videoconferencias en juicios

[28] Así WALLACE/ROACH ANLEU / MACK, *supra* nota 6, pp. 51-55.
[29] Cfr. WALLACE/ROACH ANLEU / MACK, "Judicial work and AV use: perceptions from Australian Courts", en *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 7, n.º 4, 2017, pp. 696 ss.
[30] Véase ROWDEN/WALLACE/TAIT/HANSON/JONES, *Gateways to justice: design and operational guidelines for remote participation in court proceedings*, University of Western Sydney, 2013, pp. 24-44.
[31] Cfr. WALLACE/ROACH ANLEU/MACK, *supra* nota 6, pp. 61 ss.
[32] Cfr. ROWDEN/WALLACE, "Performing expertise: The design of audiovisual links and the construction of the remote expert witness in court", en *Social & Legal Studies*, vol. 28, n.º 5, 2019, pp. 699-700 y 706.
[33] Véase ROWDEN/WALLACE, *supra* nota 31, pp. 25 ss.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Las conclusiones derivadas de los estudios relevados en el apartado anterior son útiles para comprender y reflexionar sobre los problemas y oportunidades del uso de videoconferencias en los procesos judiciales. Sin embargo, no permiten conocer con exactitud cuáles son los impactos o efectos causales de estas observaciones. Esto se debe a que en algunos casos no se compararon los resultados con casos similares en los que se utilizó la modalidad de audiencia presencial (grupo control) o porque no se tomaron los recaudos para designar de manera aleatoria las unidades de tratamiento (uso de videoconferencia) y las de control. Esto significa que los resultados que se observan pueden estar asociados al uso de videoconferencias o a otros factores o variables, como diferencias previas entre la composición de los tribunales presenciales y virtuales, el tipo de audiencia o acto procesal que llevaban a cabo o las particularidades de los acusados. En este sentido, el uso de experimentos o ensayos aleatorizados controlados (en inglés, *Randomized Control Trials* o *RCT*) permitiría controlar estos aspectos y conocer los impactos directos del uso de videoconferencias en los procesos judiciales.

Por el momento, solo se conocen dos experimentos (llevados a cabo con jurados simulados) que contrastaron los efectos de juicios por videoconferencia en relación con los juicios presenciales. En el primero, publicado en 2005,[34] se presentó, ante un grupo de personas que representaban al jurado, una serie de declaraciones de testigos de un accidente automovilístico. Se dividió al jurado en dos grupos: un grupo observó las declaraciones de los testigos mediante un enlace de video (video grabado) y otro grupo observó las mismas declaraciones realizadas por los testigos de manera presencial.[35] Los resultados muestran que los jurados que habían visto las declaraciones presenciales calificaron la apariencia de los testigos de forma más positiva y percibieron sus testimonios como más honestos que los jurados que habían observado las declaraciones por video. Asimismo, los jurados presenciales reportaron haber utilizado para sus decisiones una mayor cantidad de claves no-verbales como movimientos corporales, gestos y miradas de los testigos, en comparación con los jurados por video. Los autores de este trabajo señalaron que estos resultados indican que los jurados podrían tener una mejor percepción de las características de la declaración y la apariencia del testigo cuando el testimonio se recibe en la modalidad presencial.[36]

[34] Así LANDSTRÖM/GRANHAG/HARTWIG, "Witnesses appearing live versus on video: Effects on observers' perception, veracity assessments and memory", en *Applied Cognitive Psychology: The Official Journal of the Society for Applied Research in Memory and Cognition*, vol. 19, n.º 7, 2005, pp. 913-933.
[35] Así LANDSTRÖM/GRANHAG/HARTWIG, *supra* nota 34, pp. 917-921.
[36] Así LANDSTRÖM/GRANHAG/HARTWIG, *supra* nota 34, pp. 921-927.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

En el segundo estudio, 160 voluntarios observaron la reconstrucción de un juicio por abuso sexual y posteriormente se les solicitó que discutieran en grupos de ocho integrantes la decisión de declarar culpable o inocente al acusado. Los voluntarios fueron divididos en grupos de cuarenta participantes aproximadamente y observaron el juicio en una de cuatro modalidades o condiciones: 1) juicio presencial (condición control), 2) juicio presencial con el uso de una pantalla oscura por la cual no se podía observar a la víctima, 3) juicio por videoconferencia, 4) juicio por videoconferencia y una entrevista de la acusada en la central de la policía.[37] Los investigadores concluyeron en que no hubo diferencias significativas entre estas cuatro condiciones en las decisiones de los jurados y que las preocupaciones sobre el uso de medidas especiales (condiciones 2, 3 y 4) en juicios por abuso sexual podrían ser exageradas.[38]

Por el momento, si bien la evidencia experimental disponible es escasa para concluir acerca del impacto del uso de videoconferencias en audiencias judiciales, los resultados de estos estudios indicarían que el uso de esta tecnología en las declaraciones de los testigos afecta parcialmente las decisiones de los jurados. Aún resta conocer cómo impacta el uso de esta tecnología en las decisiones de los jueces.

V. Conclusión

El uso de videoconferencias en los procesos judiciales en el ámbito penal se ha extendido rápidamente en todo el mundo como producto de las medidas adoptadas para enfrentar la pandemia por Covid-19. Es razonable suponer que muchas de estas prácticas han llegado para quedarse. Para analizar en qué tipo de situaciones puede ser aceptable recurrir a este tipo de medidas —especialmente una vez que la emergencia sanitaria deje de ser la consideración central en la que se basa— es necesario contar con evidencia empírica confiable respecto de los efectos de estas medidas sobre los procesos penales. Todavía tenemos información incipiente sobre estos efectos, pero contamos con algunos antecedentes acerca de las ventajas y desventajas de esta metodología. En relación con las ventajas, los estudios relevados señalan de manera consistente los ahorros en tiempo y dinero: los juicios son más fáciles de realizar y se evitan los traslados de las partes. Acerca de las desventajas, emergen varias preocupaciones. Por un lado, hay datos que sugieren fuertemente que esta tecnología afecta la capacidad de los imputados de contar con una defensa plena. Por otro lado, vemos que impactan de modo no trivial la percepción de quienes deben adjudicar este tipo de casos,

[37] Cfr. ELLISON/MUNRO, "A 'special' delivery? Exploring the impact of screens, live-links and video-recorded evidence on mock juror deliberation in rape trials", en *Social & Legal Studies*, vol. 23, n.º 1, 2014, pp. 7-10.
[38] Cfr. ELLISON/MUNRO, *supra* nota 37, pp. 23-25.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

ya sea respecto de la confiabilidad de los testigos o respecto de la reafirmación de prejuicios sobre el acusado. Así, debemos concluir con una nota de cautela. Antes de adoptar este tipo de medidas como soluciones más generalizadas fuera de tiempos de emergencias sanitarias, es indispensable contar con información más sólida y detallada sobre cómo estas herramientas pueden afectar derechos constitucionalmente reconocidos y cómo pueden sesgar los procesos de adjudicación de jueces profesionales y jurados. Sin evaluaciones confiables, corremos el riesgo de incrementar el riesgo de veredictos equivocados, lo que profundizaría las injusticias de nuestra administración de justicia penal.

VI. Bibliografía

BÁEZ, Sandra, *et al*. "The impact of legal expertise on moral decision-making biases", en *Humanities and Social Sciences Communications*, 7.1, 2020, pp. 1-12.

BRIDENBACK, Mike L., *Study of state trial courts use of remote technology*, Technical report, National Association for Presiding Judges and Court Executive Officers, 2016.

CHO, Kyoungmin / BARNES, Christopher M. / GUANARA, Cristiano L., "Sleepy punishers are harsh punishers: Daylight saving time and legal sentences", en *Psychological science*, vol. 18, n.º 2, 2016, pp. 242-247.

DANZIGER, Shai / LEVAV, Jonathan / AVNAIM-PESSO, Liora, "Extraneous factors in judicial decisions", en *Proceedings of the National Academy of Sciences,* vol. 108, n.º 17, 2011, pp. 6889-6892.

DENAULT, Vincent / PATTERSON, Miles L., "Justice and Nonverbal Communication in a Post-pandemic World: An Evidence-Based Commentary and Cautionary Statement for Lawyers and Judges", en *Journal of Nonverbal Behavior*, vol. 45, n. º 1, 2021.

DIAMOND, Shari Seidma / BOWMAN, Locke E. / WONG, Manyee / PATTON, Matthew M., "Efficiency and cost: The impact of videoconferenced hearings on bail decisions", en *The Journal of Criminal Law and Criminology (1973-)*, vol. 100, n.º 3, 2010, pp. 869-902.

EAGLY, Ingrid V., "Remote adjudication in immigration", en *Nw. UL REv.*, vol. 109, n.º 4, 2015, pp. 933-1020.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

ELLISON, Louise / MUNRO, Vanessa E., "A 'special' delivery? Exploring the impact of screens, live-links and video-recorded evidence on mock juror deliberation in rape trials", en *Social & Legal Studies*, vol. 23, n.º 1, 2014, pp. 3-29.

GIBBS, Penelope, "Defendants on video–conveyor belt justice or a revolution in access", en *Transform Justice,* 2017.

JACOBSON, Jessica / HUNTER, Gillian / KIRBY, Amy, *Inside Crown Court: Personal experiences and questions of legitimacy*, Policy Press, 2016.

LANDSTRÖM, Sara / GRANHAG, Pär Anders / HARTWIG, Maria, "Witnesses appearing live versus on video: Effects on observers' perception, veracity assessments and memory", en *Applied Cognitive Psychology: The Official Journal of the Society for Applied Research in Memory and Cognition*, vol. 19, n.º 7, 2005, pp. 913-933.

MCKAY, Carolyn, "Video links from prison: court 'appearance' within carceral space", en *Law, Culture and the Humanities*, vol. 14, n.º 2, 2018, pp. 242-262.

MULCAHY, Linda / ROSSNER, Meredith / ROWDEN, Emma, "What if the dock was abolished in criminal courts?", en *Howard League for Penal Reform*, 2020.

ROWDEN, Emma / WALLACE, Anne / TAIT, David / HANSON, Mark / JONES, Diane, *Gateways to justice: design and operational guidelines for remote participation in court proceedings*, University of Western Sydney, 2013.

ROWDEN, Emma / WALLACE, Anne, "Performing expertise: The design of audiovisual links and the construction of the remote expert witness in court", en *Social & Legal Studies*, n.º 5, vol. 28, 2019, pp. 698-718.

TERRY, Matthew / JOHNSON, Steve / THOMPSON, Peter, *Virtual court pilot outcome evaluation*, London: Ministry of Justice, 2010.

WALLACE, Anne / ROACH ANLEU, Sharyn / MACK, Kathy, "Judicial engagement and AV links: judicial perceptions from Australian courts", en *International Journal of the Legal Profession*, vol. 26, 2019, pp. 51-67.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

WALLACE, Anne / ROACH ANLEU, Sharyn/ MACK, Kathy, "Judicial work and AV use: perceptions from Australian Courts" en *Oñati Socio-Legal Series*, n.º 4, vol. 7, 2017, pp. 691-716.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

En Letra: Derecho Penal
Año VI, número 12, pp. 53-69.

La competencia de la víctima

La aplicación de las reglas de la teoría del delito para su determinación

Fernando J. Córdoba*

Fecha de recepción: 1 de noviembre de 2020
Fecha de aceptación: 16 de febrero de 2021

Resumen

Marcelo SANCINETTI se ocupó tempranamente de los problemas relacionados con la participación en una autolesión y la autoría mediata, y fue también uno de los juristas que más contribuyó en nuestro medio a la difusión de la teoría de la imputación objetiva, a la que enriqueció además con sus propias aportaciones. Para mi contribución a su homenaje he elegido un tema que los entrelaza y complementa y que, espero, sirva para continuar la discusión sobre sus ideas.

Palabras clave: competencia de la víctima – imputación objetiva – teoría del delito – autoría mediata

Title: Victim's involvement in the causal chain. The application of the rules of the concept of the crime as a basis for its assessment.

Abstract

Marcelo Sancinetti dealt early on with the problems related to problems associated with participating in self-harm and perpetration-by-means, and he was also one of the legal scholars who contributed the most in our country to the development of the theory of objective attribution, which he also enriched with his own contributions. For my contribution to his legacy, I have chosen a topic that intertwines and complements his ideas and that, I hope, will serve to continue the discussion on his work.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Key words: victim's involvement in the causal chain – proximate cause – concept of crime – perpetration-by-means

Sumario: I, II, III, IV.

I.

Voy a valerme de dos conocidos ejemplos para introducir el tema.

A convence a B de que cruce un lago por un sector de hielo quebradizo. B, imprudente, pero absolutamente al tanto del peligro, muere en el intento.

A suministra a B heroína para consumo personal. Ambos están al tanto de su peligrosidad. B se inyecta la sustancia y muere a causa de ello.

La regla de imputación conocida como competencia de la víctima[1] establece que, cualquiera que sea la valoración que pueda merecer la conducta del autor y su incidencia causal en el resultado, si se concluye en que la víctima decidió libre y responsablemente poner en peligro sus bienes (en los ejemplos, su vida), el resultado lesivo que es la realización de ese riesgo (la muerte) debe serle imputado exclusivamente a ella.

Junto a estos casos de autopuesta en peligro, también se mencionan aquellos otros en los que la víctima deja que otro la ponga en peligro, es decir, de heteropuesta en peligro consentida.[2] Con frecuencia también son incluidos en este tópico de la imputación objetiva los casos de autolesión,[3]

[1] El tópico es estudiado bajo diversas denominaciones: principio de autorresponsabilidad, actuar a propio riesgo, riesgos en los que media una acción del lesionado, ámbito de protección del tipo, imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima, etc.

[2] Cf., p. ej., con reservas, ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, t. I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2006, § 11 n.º m. 123, y el sector de la doctrina que lo acompaña (cuando es equiparable bajo todos los aspectos relevantes a una autopuesta); en forma amplia, JAKOBS, "La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte", en ÍDEM, *Estudios de derecho penal* (trad. PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ), Madrid, Civitas, 1997, p. 411; ÍDEM, *La imputación objetiva en Derecho penal* (trad. Manuel CANCIO MELIÁ), Madrid, Civitas, 1996, p. 111; OTTO, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 6.ª ed., Berlín, De Gruyter, 2000, § 6 n.º m. 65; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, Bogotá, 2001, pp. 238, 316 ss.

[3] Cf., p. ej., WESSELS/ BEULKE/SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 42.ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2013, n.º m. 185; OTTO, *supra* nota 3, § 6 n.º m. 59; FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado* (trad. Joaquín CUELLO CONTRERAS y José SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 165 ss.; JAKOBS, *supra* nota 3, "La organización

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

pero en cambio solo muy ocasionalmente se propone hacer lo mismo con el consentimiento que excluye la tipicidad.[4] En relación con este último instituto aún prevalece el tratamiento autónomo del que ha sido objeto tradicionalmente.

En lo que sigue, para una mayor claridad expositiva, limitaré mi argumentación a la autopuesta en peligro y, luego de examinar si se trata de una institución de la creación o de la realización del riesgo (II), intentaré mostrar las ventajas de un esquema de análisis para resolver sobre la responsabilidad de la víctima con base en las categorías de la teoría del delito (III). Por último, aunque por razones de extensión solo de manera muy somera, reseñaré los presupuestos bajo los cuales, a falta de competencia de la víctima, sería posible considerar autor (mediato o directo) a quien contribuyó a su autopuesta en peligro. Y a continuación postularé la pertenencia de la heteropuesta en peligro consentida, la autolesión y el consentimiento excluyente de la tipicidad también al ámbito de la competencia de la víctima y, por tanto, la aplicabilidad del esquema de análisis expuesto también a estos (IV).

II.

La primera pregunta que cabe entonces formularse es la siguiente: ¿es la competencia de la víctima un instituto de la imputación objetiva del comportamiento, es decir, de la creación de riesgo no permitido? ¿O se trata más bien de un problema de la imputación del resultado? En otras palabras, ¿se excluye en estos casos la imputación objetiva por falta de creación de un riesgo no permitido o porque fracasa la imputación del resultado?

La primera alternativa implicaría afirmar que no constituye la creación de un riesgo no permitido el mero causar que otra persona decida libre y responsablemente ponerse en peligro, como tampoco, si ya estaba decidida, contribuir a que lo haga.

Esta caracterización parece calzar bien con los casos llamados de incitación o ayuda a realizar actividades arriesgadas. Lo contrario equivaldría a afirmar que el personal de boxes de una escudería crea un riesgo no permitido ya por el hecho de que contribuye causalmente a que el piloto ponga en peligro su vida en cada carrera y lo mismo cabría decir respecto de todo aquel que alentara a otro a cumplir su sueño de practicar paracaidismo, aladeltismo o cualquier otro deporte extremo y de quienes se dedican a ofrecer y prestar esos servicios, o de quien contrata a un silletero para trabajos

de autolesión…", p. 395, 410; CANCIO MELIÁ, *supra* nota 3, pp. 316, 328 ss.; MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 3.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2015, § 23 n.º m. 70 ss.

[4] Cf. JAKOBS, *supra* nota 3, "La imputación objetiva", p. 109; ÍDEM, "La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del 'riesgo permitido', la 'prohibición de regreso' y el 'principio de confianza'", en ÍDEM, *Estudios de derecho penal* (trad. PEÑARANDA RAMOS/ SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ), Madrid, Civitas, 1997, pp. 209-222., p. 221; CANCIO MELIÁ, *supra* nota 3, pp. 203, 316 ss.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

de pintura o limpieza en altura, o propone a otro un desafío, como en el primer ejemplo. También como de falta de creación de riesgo no permitido se suele clasificar a los de entrega de cosas o sustancias a una persona responsable con las que luego esta, al usarlas, se pone en peligro y lesiona, como sucede en el segundo ejemplo, pero también cuando se presta a un vecino un hacha, una sierra circular o cualquier otra herramienta cuyo uso, incluso correcto, pero más si es descuidado, entraña siempre un riesgo.

Hay, sin embargo, otra serie de casos en los que la competencia de la víctima se presenta más bien como un problema de realización del riesgo, es decir, de la imputación del resultado. Un ejemplo tomado de la jurisprudencia del derecho civil de daños[5] servirá para aclararlo.

El hecho ocurrió una mañana de otoño, alrededor de las 6:30 h, en la Autopista del Oeste, en la Argentina. La víctima fue embestida, cuando intentaba cruzar la autopista, por un automóvil que acababa de sobrepasar a otro vehículo y circulaba por el carril rápido de la izquierda. Como consecuencia de ello se produjo la muerte de la víctima. Al momento del impacto, el conductor conducía a 146 km/h, a pesar de que la velocidad máxima permitida era de 130 km/h. A su vez, la víctima estaba cruzando la autopista para dirigirse a una obra en construcción en la que trabajaba, a pesar de que el cruce peatonal de una autopista se halla absolutamente prohibido.

El tribunal que resolvió el caso rechazó la demanda por daños y perjuicios presentada por los herederos por considerar que la muerte se produjo por exclusiva culpa de la víctima. Esta conclusión coincide con aquella a la que conduce el análisis jurídico-penal desde la perspectiva de la imputación objetiva. En efecto, en un caso como este afirmaríamos que la acción del conductor no solo fue causal respecto del resultado, sino que además, debido al exceso de velocidad, representó la creación de un riesgo no permitido. Sin embargo, a continuación, concluiríamos que en el resultado no se realizó el riesgo no permitido creado por el autor, sino el riesgo creado por la propia víctima, al invadir la calzada de una autovía por la que circulan vehículos a alta velocidad. Como justificativo de esta conclusión diríamos que el sentido de la regla que establece en 130 km/h la velocidad máxima permitida es limitar el peligro para la vida y la integridad física de quienes circulan por la autopista (sea como conductores o como acompañantes), más no, en cambio, evitar que los conductores atropellen transeúntes que invaden repentinamente la calzada.

En otras palabras, en casos de competencia de la víctima como este, no fracasa la creación del riesgo no permitido, sino la imputación del resultado. Esta es la lógica que siguen otros dos grupos de casos que son mencionados habitualmente en el marco de la competencia de la víctima. Estos son, por un lado, los casos en los que se discute si, p. ej., la muerte sufrida por el bombero o un particular que auxilia puede serle imputada al responsable del incendio, o debe serle atribuida a la

[5] CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, Sala F, "Gauna, María Laura c/ Castro, Carlos Alberto y otro s/ daños y perjuicios", 12 de noviembre de 2003 (c. n.º 12711/2003). Un caso similar en CANCIO MELIÁ, *supra* nota 3, p. 379.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

víctima como una autopuesta en peligro libre y voluntaria (casos de acciones de salvamento peligrosas). Por el otro, aquellos en que las consecuencias ulteriores, p. ej. el agravamiento de las lesiones o incluso la muerte, se le imputan a la víctima lesionada y no al responsable de la lesión inicial (casos de conducta descuidada de la víctima después de un comportamiento lesivo del autor).

¿Pero por qué la competencia de la víctima presenta tal ambivalencia? La respuesta parece hallarse en una característica que no es privativa de la competencia de la víctima, sino común a toda la imputación objetiva. Me refiero a la relatividad del riesgo permitido. JAKOBS, que ha llamado la atención sobre este aspecto, lo ha explicado con claridad de la mano de este ejemplo: "el propietario de una pensión en el centro de la ciudad que apaga la luz del portal por las noches (…) —dice— actúa de modo no permitido solo en relación con los huéspedes que aún falta que lleguen, pero no en relación con los transeúntes que quieran refugiarse allí de la lluvia. Y, en relación con sus huéspedes, actúa de modo no permitido solo en la medida en que su establecimiento se queda oscuro; en cambio, el riesgo de que los huéspedes que regresan ebrios pierdan la orientación para encontrar la pensión, lo crea de modo permitido. E, incluso en lo que respecta a la oscuridad en su establecimiento, solo crea de modo no permitido el riesgo de que se caiga un huésped, pero no el de que lo asalten en la oscuridad. En definitiva, solo es no permitida la consecuencia 'peligro de que tropiecen huéspedes en el establecimiento' (…). Como muestra el ejemplo, el autor puede, mediante un único comportamiento de organización, iniciar riesgos permitidos para un bien (en el ejemplo, para la integridad física de los transeúntes), y además riesgos tanto permitidos como no permitidos para otro bien (en el ejemplo, para la integridad física de los huéspedes)".[6]

En el caso de la autopista, en lo que atañe a la prohibición de circular a más de 130 km/h, el accionar del conductor que circulaba a 146 km/h solo constituyó un riesgo no permitido en relación con la integridad física y la vida de los conductores y pasajeros que viajaban por la autopista, pero no respecto de la víctima, porque el sentido de la prohibición de exceder esa velocidad no es (no puede ser) evitar peligros para la vida y la integridad física de transeúntes que aparecen de improviso sobre la calzada.

Como se puede apreciar, el análisis de la relatividad del riesgo (no) permitido es, precisamente, aquello que se lleva a cabo cuando se resuelve sobre la realización del riesgo con arreglo al principio del fin de protección de la norma. Es decir, no solo en el primero, sino también en el segundo de los dos pasos en que se estructura el examen de la imputación objetiva se trata de establecer si el autor creó un riesgo no permitido, solo que ahora desde una perspectiva más precisa. En el primero, importa establecer si la conducta representa *prima facie* la creación de un riesgo no permitido según la formulación abstracta de una norma de cuidado; en el segundo (el de la realización), si constituye efectivamente un riesgo no permitido en relación con el bien afectado y el modo de afectación

[6] JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Berlín, De Gruyter, 1991, 7/76 s.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

específico. En otras palabras, la realización del riesgo es la "sintonía fina" de la creación del riesgo no permitido.

A diferencia de los demás institutos de la imputación objetiva del comportamiento, lo que ocurre entonces en la competencia de la víctima es que conviven casos en los cuales desde el inicio se puede predicar que la conducta no creó respecto de la víctima ningún riesgo no permitido, y el resultado antes bien le es imputable exclusivamente a ella, con otros en los que se puede llegar a esa conclusión solo después de un análisis más pormenorizado sobre el fin de protección de la norma.[7]

III.

Aclarada esta primera cuestión, lo segundo que hay que establecer es de qué depende que se le pueda imputar lo sucedido a la víctima, es decir, cuándo se puede afirmar que estamos ante un caso de competencia de la víctima.

La respuesta a esta pregunta, al menos la primera respuesta, fue anticipada al comienzo de esta exposición: la víctima responde exclusivamente por el resultado lesivo cuando, con independencia de lo que hiciera el autor, fue ella la que decidió libre y responsablemente ponerse a sí misma en peligro. En otras palabras, el presupuesto para que pueda hablarse de competencia de la víctima es que haya existido una autopuesta en peligro libre y responsable.

Pero la pregunta que surge entonces inmediatamente es de qué depende que se pueda considerar que la víctima decidió libre y responsablemente ponerse en peligro. Sin desconocer la existencia de diversos matices, puede decirse que en general la doctrina menciona los siguientes requisitos: a) que la víctima haya sido consciente del peligro al que se exponía, en la misma medida que la persona que la incitó o la ayudó a ponerse en peligro; b) que el resultado sea la realización del riesgo aceptado y no de otro distinto y c) que la autopuesta en peligro sea reconducible a una decisión adoptada libre y, por tanto, responsablemente, es decir, bajo propia responsabilidad, por la víctima. Si se dan estos requisitos, el resultado se le imputa exclusivamente a la víctima.

Pero sobre el último punto, es decir, sobre el modo de determinar si la víctima actuó libre y responsablemente, no hay consenso, sino dos posiciones antagónicas.[8] La primera, la llamada "solución de la exculpación" propone aplicar analógicamente los criterios que rigen para el autor de una heterolesión y preguntase si la víctima habría sido hecha responsable por su hecho si, en lugar

[7] También en CANCIO MELIÁ, *supra* nota 3, p. 352, subyace la idea de la relatividad del riesgo cuando argumenta, a favor de considerar a la responsabilidad de la víctima como institución de la imputación del comportamiento (= creación de riesgo), que se trata de conductas que en principio son típicas respecto de terceros, pero no lo son en la interacción con la víctima.

[8] Sobre la discusión y los partidarios de cada postura, respectivamente con más referencias, p. ej., FRISCH, *supra* nota 4, pp. 183 ss.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *supra* nota 4, n.º m. 189; ESER/STERNBERG-LIEBEN, "Comentario previo al § 211", en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Komentar*, 29.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2014, n.º m. 36.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

de haberse puesto en peligro y lesionado a sí misma, hubiera lesionado a un tercero o, por el contrario, habría sido exculpada por aplicación de alguna de las causas previstas en el § 3, JGG y los §§ 19, 20 y 35, StGB. La posibilidad de imputar a la víctima quedaría excluida cuando se tratara de una persona incapaz de culpabilidad o que se hallase en una situación de necesidad exculpante. En cambio, la segunda, llamada "solución del consentimiento", propone orientarse según los criterios más estrictos que rigen para la eficacia de un consentimiento justificante. Según esta postura, aunque no se diesen los presupuestos de las mencionadas causas de inculpabilidad, la posibilidad de responsabilizar a la víctima quedaría excluida cada vez que se concluyera que ella, al momento de actuar, no se hallaba en condiciones de comprender y ponderar adecuadamente el significado y la trascendencia de su conducta. La consecuencia práctica de esta distinción se pone de manifiesto en los casos de capacidad disminuida, en los que la víctima es un sujeto responsable, es decir, capaz de culpabilidad, pero en el momento del hecho tiene dificultades para hacer uso de esa capacidad (p. ej., a causa de una intoxicación alcohólica que no alcanza los valores que hacen aplicable el § 20, StGB).

El punto de vista que aquí sostengo es que para establecer si la víctima actuó libre y (auto-) responsablemente habría que transitar las mismas categorías de la teoría del delito que se utilizan para decidir sobre la responsabilidad del autor; claro está, con las adaptaciones necesarias que atiendan a la circunstancia de que la víctima no interviene en derechos ajenos, sino en los suyos propios.

1.

En primer lugar, en cuanto a la tipicidad objetiva es indudable que la víctima que se pone a sí misma en peligro contribuye causalmente a la producción de la lesión que luego sufre a consecuencia de ello. Pero al igual que la imputación al autor también la imputación a la víctima se excluye cuando la conducta no traspasa los límites del riesgo tolerado socialmente. El equivalente a la creación del riesgo no permitido es la creación del riesgo en infracción de los deberes de autoprotección.

Ello hace necesaria una breve explicación: riesgo permitido significa que me está permitido actuar a pesar del riesgo de que se produzca el resultado. Pero si hay una regla social que me permite actuar, esto significa, desde la perspectiva del destinatario de la regla, que *no tengo el deber de evitar* el comportamiento a pesar del riesgo de producción del resultado. A su vez, riesgo no permitido equivale a decir que no me está permitido actuar en atención al riesgo de que se produzca el resultado, o lo que es igual, que *tengo el deber de evitar* el comportamiento en atención al riesgo de producción del resultado. Es decir, afirmar que el autor creó un riesgo no permitido equivale a decir que el autor tenía el deber de evitar el comportamiento en cuestión y que infringió ese deber. Ahora bien, en el caso de la víctima no se habla de creación de riesgo, sino que se utiliza el modo de expresión alternativo y se dice que infringió el deber de autoprotección, es decir, el deber de evitar el comportamiento en atención al riesgo de sufrir una autolesión. Ese deber, sin embargo, no

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

es un deber jurídico, sino una *Obliegenheit*, es decir, un deber instituido en el propio interés del obligado. Este puede, por ello, incumplirla, pero el incumplimiento tiene como consecuencia que luego no puede agraviarse de los perjuicios que derivan de ello y para cuya evitación la *Obliegenheit* fue instituida.[9] Hay diversas propuestas sobre cómo traducir la palabra *Obliegenheit*, pero en el ámbito de la imputación objetiva y, más específicamente, de la competencia de la víctima, se ha impuesto la expresión obligación o deber de auprotección.

Con esta aclaración queda claro entonces que, p. ej, si un conductor no respeta un semáforo rojo y atropella mortalmente a un peatón, que cruzaba correctamente, habrá causalidad, pero no infracción del deber de autoprotección por parte de la víctima, de modo que la imputación a ella queda excluida. En el ejemplo de la autopista, en cambio, la víctima infringió su deber de autoprotección, al invadir la calzada de una autovía por la que circulan vehículos a alta velocidad y en la que el cruce de peatones no está permitido. Por último, a la realización del riesgo se refiere la doctrina al requerir que el resultado sea la realización del riesgo aceptado y no de otro distinto (*supra* en b). Así, p. ej., en el caso de la autopista, habría que negar la realización del riesgo si la víctima no hubiese muerto atropellada, sino al ser golpeado por una bicicleta que hubiese caído del portaequipaje de techo de un automóvil. Y también habría que negar la imputación a la víctima, p. ej., en el caso de un peatón que, al emprender el cruce no por la esquina, sino por la mitad de la calle, es atropellado por un automovilista que circula de contramano. En un caso así, no habría duda de que el peatón infringió sus deberes de autoprotección, pero por aplicación del criterio del fin de protección de la norma habría que concluir que el resultado no es la concreción del riesgo asumido con ese cruce no permitido, sino del riesgo no permitido creado por el conductor del vehículo.

El contenido del deber de autoprotección se establece en el caso concreto del mismo modo que el riesgo (no) permitido, esto es, apelando a las reglas sociales que pueden presentarse bajo la forma de regulaciones del derecho positivo, como en los ejemplos, o bien como reglas del arte (*leges artis*) o reglas de prudencia no escritas. Lo mismo vale para la realización de riesgo, pero aquí además en los riesgos cuya administración compete a varias personas —en lo que aquí interesa, autor y víctima— cobra especial relevancia resolver de qué modo repercute en la *medida* de la responsabilidad del primero una infracción del deber de autoprotección de parte del segundo. Ejemplo: un conductor ebrio no frena en el semáforo rojo y choca desde atrás al automóvil de la víctima, que sale despedida del vehículo por no tener puesto el cinturón de seguridad.

2.

Es en la tipicidad subjetiva, sin embargo, donde se plantean los interrogantes que suscitan más debate. Cuando la doctrina pone como condición que la víctima haya sido consciente del riesgo al

[9] Sobre el concepto de *Obliegenheit* y con más referencias, cf. CÓRDOBA, *La evitabilidad del error de prohibición*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 153.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

que se exponía, lo que hace es requerir el mismo presupuesto intelectual para la imputación, que en el caso del autor es el dolo. Pero sabemos que también hay responsabilidad imprudente y la pregunta que se plantea es si no podría responsabilizarse también a la víctima por su autopuesta cuando las consecuencias posibles de su acción eran previsibles. Tomemos los siguientes ejemplos:

A mantiene un contacto sexual consensuado, sin protección, con B, a quien acaba de conocer. A no sabe que B es portador del VIH, pero sí que pertenece a un grupo de riesgo. A resulta contagiado.

A consume en una fiesta electrónica una pastilla de éxtasis y muere a consecuencia del efecto combinado de la droga con sustancias adulterantes que la potencian y la hacen más peligrosa, de cuya presencia A nada sabía y el vendedor, por supuesto, nada había informado.

En el primer ejemplo, es cierto que A no sabía que B era portador del VIH, pero sí sabía que tenía un contacto sexual sin protección y que B pertenecía a un grupo de riesgo, de modo que el peligro de contagio le era previsible. ¿Debería responsabilizarse a la víctima no solo por las consecuencias conocidas, sino también por las previsibles de su autopuesta en peligro? Más aún, obsérvese que se podría incluso alegar que quien decide tener sexo sin protección y, además, con alguien que pertenece a un grupo de riesgo, asume conscientemente el peligro de un contagio no solo del VIH, sino de cualquier enfermedad de transmisión sexual. Es decir, que dependiendo de la precisión o generalidad con que se describa el peligro podría incluso ser vista como una víctima que era consciente del peligro al que se exponía, a la manera de lo que ocurre con el llamado "dolo genérico". Y no sería impedimento para ello que la doctrina exija que la víctima haya conocido el riesgo en la misma medida que la persona que contribuyó a su autopuesta en peligro, pues, presupuesto que el riesgo determinante para esa comparación pudiera ser descripto con ese grado de generalidad, el requisito de igualdad de conocimiento estaría satisfecho.

El tratamiento como casos de conocimiento posible parece, sin embargo, preferible, pues permite tematizar con más claridad los criterios normativos para la delimitación de los ámbitos de responsabilidad en la adquisición de conocimiento. Esos criterios, que considero relevantes para la solución de estos casos, son asociados habitualmente a la responsabilidad imprudente. En efecto, sabido es que para la responsabilidad por imprudencia no basta con que el autor haya podido conocer, sino que tiene que haber tenido además el deber de procurarse el conocimiento que le faltó. Este deber de adquirir conocimiento o de cerciorarse o de informarse, como sea que se lo quiera llamar, no es un deber jurídico, sino que se trata una vez más de una *Obliegenheit*, es decir, un deber estatuido en el propio interés de la persona a la que obliga: el autor, si quiere, puede incumplirla, pero luego no puede alegar que, por su falta de conocimiento, o sea, por su error, no pudo evitar la conducta lesiva.[10] Por supuesto, lo mismo vale para la víctima. La *Obliegenheit* de

[10] Cf. CÓRDOBA, *supra* nota 10, pp. 154 ss., con más referencias.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

procurarse conocimiento es parte del deber de autoprotección y su infracción tiene como consecuencia que la víctima no puede luego agraviarse de que, por su falta de información, no pudo evitar, es decir, no pudo decidir libremente la autopuesta en peligro.

En definitiva, también para la imputación de imprudencia a la víctima hace falta no solo que pudiera conocer el riesgo en toda su extensión, sino también que tuviera el deber de procurarse la información a ese respecto, que le faltó, al momento de tomar la decisión. Se trata, por tanto, de establecer qué informaciones acerca del riesgo le corresponde procurarse a la víctima y cuáles, en cambio, le debe suministrar la persona que contribuye a su autopuesta en peligro, si quiere que su comportamiento se mantenga dentro del límite del riesgo permitido.

En el caso del VIH, la opinión mayoritaria responsabiliza por el contagio al portador si guarda silencio sobre su condición, es decir, considera que es él quien tiene siempre el deber de dar esa información. En minoría, en cambio, JAKOBS opina que, en el caso del ejemplo, al saber ya la víctima que aquel con quien tendrá sexo sin protección pertenece a un grupo de riesgo, el ulterior cuidado de su salud pasa a ser un asunto prioritariamente suyo. Es decir que, conocidas ya esas circunstancias, el *neminem laedere* no obligaría al portador a revelar más detalles sobre su propio estado de salud, sino que más bien sería la víctima quien debería decidir si actúa a propio riesgo o se procura más información.[11]

En el caso de la pastilla de éxtasis, en cambio, parece claro que así como hay responsabilidad por el producto adulterado, tanto más respecto de productos de venta prohibida por su peligrosidad, es decir, que la prohibición de dañar obliga también al proveedor de la pastilla a evitar todos los peligros no consentidos por el receptor, como lo es el que deriva de una adulteración.[12] No parece, en cambio, que pudiera adjudicársele al vendedor el deber de informar la cantidad de miligramos que debería tomar el comprador en función de su peso, edad y su estado de salud, de modo que este actuaría a propio riesgo si no se informara por su cuenta o adoptara otros recaudos antes de consumir. El tradicional ejemplo de suministro a la víctima que se inyecta y muere por sobredosis daría cuenta de ello.

Puede quedar ahora de lado cuál sería en cada caso la solución correcta. Lo que me parece importante destacar es que, si se admite la posibilidad de una responsabilidad de la víctima por imprudencia, lo dirimente es la discusión acerca de qué información le corresponde proveer o

[11] JAKOBS, *supra* nota 7; ÍDEM, *supra* nota 3, "La organización de autolesión…", p. 405; ÍDEM, *supra* nota 3, "La imputación objetiva", p. 111. En el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, *supra* nota 3, p. 333.

[12] Cf. FRISCH, *supra* nota 4, pp. 224 ss.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

procurarse a cada quien.[13] La mera superioridad de conocimiento de quien incita, favorece o posibilita la autopuesta en peligro no es suficiente.

3.

El análisis debería continuar ahora para verificar si la autopuesta en peligro tuvo lugar en un contexto de (cuasi) justificación. Es lo que ocurre, p. ej., en los casos en que la víctima se expone conscientemente a un riesgo para escapar de la agresión a la que quiere someterla el autor. Véanse los siguientes ejemplos tomados de las crónicas policiales:

Una joven se tira del balcón del segundo piso para evitar que un hombre que había ingresado a la fuerza a su departamento la viole.

Un hombre se tira de su camioneta en marcha en la que iba secuestrado por dos ladrones que lo habían abordado a la fuerza durante la detención en un semáforo.

Por otra parte, también entran en consideración aquí los casos de víctimas lesionadas en el marco de una acción de salvamento.

Un vecino sufre quemaduras al rescatar a un niño de una vivienda en llamas, que un pirómano ha prendido fuego.

El estado de necesidad de la víctima presenta aquí una particularidad que lo diferencia de su análogo, el estado de necesidad agresivo de un autor. Me refiero a que, dado que la víctima no interviene en derechos ajenos, sino que pone en peligro los propios, no hace falta que el interés a preservar sea considerablemente mayor al que es puesto en peligro o incluso sacrificado. La autopuesta en peligro de la víctima se halla (cuasi) justificada mientras haya cualquier tipo de ventaja, más aún, mientras no se obtenga un resultado irracional.[14]

4.

[13] Esta propuesta basada en el reconocimiento de una competencia de la víctima (cuasi) imprudente se corresponde con la determinación objetiva del riesgo a la que aluden JAKOBS (*supra* nota 7, 7/126 ss.) y CANCIO MELIÁ (*supra* nota 4, pp. 200 y 335 ss.): a la víctima le corresponde procurarse el conocimiento de aquellos factores de riesgo que, según esa interpretación objetiva, son inherentes al contacto social elegido. Solo habría discrepancia cuando a la víctima ni siquiera le fuera conocible el peligro, como en el ejemplo de JAKOBS (*supra* nota 7, 7/129), pero entonces se trataría de infortunio de la víctima.

[14] Cf. JAKOBS, *supra* nota 7, 21/89.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

A causa de esta ampliación del campo de la justificación ya no queda espacio para un estado de necesidad (cuasi) exculpante, en la culpabilidad. Pero sí lo hay para un error de prohibición inevitable, como sucedería, p. ej., cuando alguien le hace creer a la víctima que concurre alguna de las situaciones de necesidad de los ejemplos anteriores y ella actúa sin poder evitar el error. En cambio, a diferencia de lo que ocurre con la imprudencia, habría competencia de la víctima cuando el error fuera evitable, si es que se traslada analógicamente la solución que se propicia para el mismo supuesto cuando se trata de una heterolesión.[15]

Por último, hay acuerdo en que fracasa también la imputación a la víctima cuando concurre analógicamente una causa de incapacidad de culpabilidad (§ 3, JGG y §§ 19 y 20, StGB; y arts. 1, Ley n.° 22.278 y 34, inc. 1, CP argentino). La discusión —como vimos— se plantea respecto de los casos de capacidad de culpabilidad disminuida. Las dos posiciones, bajo las denominaciones "teoría de la exculpación" y "teoría del consentimiento", han sido ya presentadas, pero hay también matices entre los partidarios de la primera. ROXIN, p. ej., propone distinguir según la capacidad sobre la que opere la disminución: "si quien se pone en peligro es plenamente consciente del riesgo y solo tiene disminuida su capacidad de inhibición, el cooperador debe quedar impune. Pues el que se pone en peligro sigue siendo dueño de sus decisiones, aunque le sea más difícil la decisión. En cambio, si tiene disminuida su capacidad de comprensión, de tal modo que ya no es correctamente consciente del riesgo, el resultado se le debe imputar al extraño".[16]

En el código penal argentino no existe una disposición como la del § 21, StGB, como el que toma como punto de apoyo ROXIN en su propuesta. Pero los últimos tres anteproyectos de reforma han coincidido en proponer su inclusión y en términos similares al parágrafo alemán. En esta misma línea, si se parte —como creo que es correcto— de que no hay capacidad disminuida, sino dificultades para hacer uso de una capacidad en sí existente, es decir, que se trata en verdad de un problema de exigibilidad,[17] entonces se abre la posibilidad de trasladar analógicamente las reglas que rigen la exculpación en ese ámbito:[18] competencia de la víctima si ella es la única responsable de que se haya llegado a la situación de dificultad, autoría mediata si el responsable es el promotor o favorecedor de la autopuesta en peligro.

---

[15] Cf. p. ej. STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Colonia, Vahlen, 2004, 12/53; SANCINETTI, *supra* nota 1, *Teoría del delito y disvalor de acción*, p. 705.

[16] ROXIN, *supra* nota 3, § 11 n.° m. 114.

[17] JAKOBS, *supra* nota 7, 17/49 y 18/28 y 34.

[18] JAKOBS, *supra* nota 7, 17/71 ss.; CÓRDOBA, "De nuevo sobre la relación entre prevención general positiva y culpabilidad", en *En Letra Derecho Penal*, n.° 4, 2017, pp. 49 ss.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

5.

En síntesis, solo puede hablarse, en principio, de una autopuesta en peligro decidida libre y responsablemente cuando la víctima infringió la obligación de autoprotección y el resultado es la concreción de esa infracción, actúo con (cuasi) dolo, es decir, con consciencia del peligro, y sin que concurriera una situación de (cuasi) justificación, ni tampoco una causa de (cuasi) exculpación. Abierta quedaría, en cambio, la posibilidad de concebir una variante (cuasi) imprudente. Si falta alguno de los presupuestos enumerados, entonces hay que negar la competencia de la víctima, pero hay que advertir que ello no conduce automáticamente a la responsabilidad del promotor o facilitador de la autopuesta en peligro.[19]

IV.

En razón del espacio disponible, solo podré referirme muy sucintamente a la cuestión mencionada en último lugar y a las dos restantes anunciadas al inicio de la exposición.

1. Si la competencia de la víctima fracasa por falta de infracción del deber de autoprotección, entonces se trata de un caso normal de autoría directa en el que habrá que establecer si hubo creación y realización de un riesgo no permitido. Esto es lo que acontece, p. ej., en el caso brindado más arriba del conductor que no respeta un semáforo rojo y atropella al peatón que cruzaba correctamente.

En los casos de error de la víctima acerca del peligro al que se expone o de la necesidad de ponerse en peligro, la responsabilidad del promotor o favorecedor dependerá de que pueda ser considerado autor mediato. Pero para considerarlo tal no bastará con invocar los mayores conocimientos que poseía respecto de la víctima acerca del peligro al que se exponía, sino que —como acaece con cualquier autor— habrá adicionalmente que establecer si su contribución significó la creación de un riesgo no permitido o, lo que es igual, *si tenía el deber de evitar* su contribución en atención al riesgo de que la víctima actuara como lo hizo; y, en especial, si como parte de ese deber[20] *debía informar* a la víctima sobre los factores de riesgo que desconocía, es decir, sacarla del error, o era la víctima quien debía procurarse ese conocimiento. A modo de ejemplo: si A, notoriamente torpe e inexperto en el manejo de herramientas, le pide prestada a B una sierra circular para cortar unas maderas y B se la presta, no hay autoría mediata, aunque B, al hacerlo, hubiese contado con

[19] Llamaba ya la atención acerca de la necesidad de resolver sobre la autoría mediata con los criterios que le son propios y no influenciados por la impunidad o levedad de la pena que de otro modo resultaría por aplicación de las reglas de la accesoriedad o del tipo de instigación al suicido, SANCINETTI, *supra* nota 1, *Teoría del delito y disvalor de acción*, p. 695.

[20] Si es que no prefería cumplir el deber de evitar directamente absteniéndose de actuar.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

que un desenlace nocivo podía tener lugar y A ni siquiera hubiera pensado en algo parecido. En definitiva, la mera superioridad de conocimiento —como se lo mencionó ya al tratar *supra* la situación de la víctima imprudente— no es *per se* suficiente.

Las cuestiones relacionadas con la autoría mediata a través de un instrumento que obra inculpablemente, incluyendo a la víctima (cuasi) inculpable, es ampliamente conocida.[21] Solo señalaré que el cumplimiento de la prohibición de lesionar no se satisface aquí informando al incapaz, sino únicamente omitiendo la contribución a la autopuesta en peligro. P. ej.: a un niño de corta edad que quiere comprar una caja de fósforos no basta con informarle de los peligros de jugar con fuego, sino que directamente no hay que vendérselos. A su vez, en los casos de capacidad disminuida no imputable a la víctima, la autoría mediata dependerá de que el comportamiento, realizado por la víctima en estado de incapacidad parcial, le sea también objetivamente imputable a quien causó la autopuesta en peligro, p. ej., porque creó de modo no permitido las condiciones para que se llegara a esa disminución de la capacidad.[22]

En cuanto a los casos de víctima (cuasi) justificada, obsérvese que no hace falta recurrir a la autoría mediata, sino que la imputación al que causó la situación de necesidad puede resolverse ya como problema de la realización del riesgo: el agresor y el incendiario de los ejemplos anteriores, al actuar como lo hacen, crean también de modo no permitido el riesgo de que la víctima resulte lesionada a consecuencia de los peligros que, como es razonable esperar, asumirá para ponerse a salvo o salvar el interés amenazado. En otras palabras, si la autopuesta en peligro luce razonable en atención al peligro y los intereses en juego —y, por ello, está (cuasi) justificada—, el resultado se le imputa como realización de riesgo a quien provocó de modo no permitido la situación de necesidad.

Por último, si fracasara la imputación de la autopuesta en peligro a la víctima y tampoco hubiera otra persona que pudiera ser responsabilizada por ella, solo quedará la posibilidad de explicar cognitivamente el daño como infortunio de la víctima.

2. Las reglas que rigen la competencia de la víctima en caso de autopuesta en peligro son aplicables también a los casos de heteropuesta en peligro consentida, es decir, a los casos en los que la víctima consiente que otro la ponga en peligro. Ello es lógico si se tiene en cuenta que ambos son casos de "actuación a propio riesgo", solo que en la autopuesta la víctima actúa de propia mano,

[21] Cf., por todos, SANCINETTI, *supra* nota 1, *Teoría del delito y disvalor de acción*, pp. 705 ss.

[22] JAKOBS, *supra* nota 7, 21/94, de quien tomo también el ejemplo.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

mientras que en la heteropuesta en peligro consentida lo hace organizando su lesión en división de tareas junto con otro.[23]

3. La competencia de la víctima no se agota en los casos de auto y heteropuesta en peligro, sino que abarca también toda la problemática de la autolesión y el consentimiento (de una heterolesión) que excluye la tipicidad. Muy sucintamente, utilizamos la expresión "autolesión" para referirnos a los casos en que la víctima quiere la lesión o, si no la quiere, tiene al menos la certeza de que se producirá, e igualmente sigue adelante; es decir, obra respecto de la lesión con "(cuasi) dolo directo" o "(cuasi) dolo de consecuencias necesarias". En cambio, lo que caracteriza a una "autopuesta en peligro" es que la víctima no quiere sufrir la lesión, pero se representa la posibilidad, es decir, el peligro de que ello ocurra. En otras palabras, una autopuesta en peligro es una autolesión con "(cuasi) dolo eventual" o "(cuasi) imprudencia consciente". Lo mismo vale para la relación entre heterolesión y heteropuesta en peligro consentidas. De allí, pues, que el procedimiento para el análisis de la responsabilidad de la víctima, presentado en el apartado anterior, debería ser trasladable de manera sistemática *mutatis mutandis* a esos cuatro tópicos. Como se puede apreciar, esta propuesta —que, como dije, por razones de extensión aquí solo puedo enunciar sin desarrollar— se inscribe en la tendencia de integrar al consentimiento (al menos, al que excluye la tipicidad) en la competencia de la víctima, como institución de la imputación objetiva, y no a la inversa.

Con esto he llegado al final de mi exposición. Solo me queda expresar mi respeto, admiración y, sobre todo, agradecimiento al homenajeado, el Prof. Marcelo SANCINETTI, mi maestro y la persona a quien tanto debo.

Bibliografía

CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, Bogotá, 2001.

CÓRDOBA, Fernando Jorge, *La evitabilidad del error de prohibición*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

— "De nuevo sobre la relación entre prevención general positiva y culpabilidad", en *En Letra Derecho Penal*, n.º 4, 2017, pp. 43-64.

ESER, Albin / STERNBERG-LIEBEN, Detlev, "Comentario previo al § 211", en SCHÖNKE, Adolf /

[23] Contra la relevancia de la distinción, cf., p. ej., JAKOBS, *supra* nota 3, "La organización de autolesión…", 395 y 410; OTTO, "Eigenverantwortliche Selbstschädigung und -gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und -gefährdung", en JESCHECK/VOGLER (eds.), *Festschrift für H. Tröndle*, Berlín, De Gruyter, 1989, pp. 169 ss.; CANCIO MELIÁ, *supra* nota 3, pp. 238 ss., 326, con más referencias.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

SCHRÖDER, Horst, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 29.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2014.

FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado* (trad. Joaquín CUELLO CONTRERAS / José SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), Madrid, Marcial Pons, 2004.

JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Berlín, De Gruyter, 1991.

— "La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del 'riesgo permitido', la 'prohibición de regreso' y el 'principio de confianza'", en ÍDEM, *Estudios de derecho penal* (trad. Enrique PEÑARANDA RAMOS / Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ), Madrid, Civitas, 1997, pp. 209-222.

— "La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte", en ÍDEM, *Estudios de derecho penal* (trad. Enrique PEÑARANDA RAMOS, Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ y Manuel CANCIO MELIÁ), Madrid, Civitas, 1997, pp. 395-412.

— *La imputación objetiva en Derecho penal* (trad. Manuel CANCIO MELIÁ), Madrid, Civitas, 1996.

MURMANN, Uwe, *Grundkurs Strafrecht*, 3.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2015.

OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 6.ª ed., Berlín, De Gruyter, 2000.

— "Eigenverantwortliche Selbstschädigung und -gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und -gefährdung", en JESCHECK, Hans-Heinrich / VOGLER, Theo (eds.), *Festschrift für H. Tröndle*, Berlín, De Gruyter, 1989, pp. 157-175.

ROXIN, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, t. I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2006.

SANCINETTI, Marcelo Alberto, "Inducción al suicidio y homicidio en autoría mediata", en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, 1988, pp. 255-281.

— *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991.

— *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997.

— "Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva", en CANCIO MELIÁ, Manuel /

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

FERRANTE, Marcelo / SANCINETTI, Marcelo Alberto (eds.), *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, pp. 37-74.

— (comp.) *Causalidad, riesgo e imputación, 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.

STRATENWERTH, Günter / KUHLEN, Lothar, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Colonia, Vahlen, 2004.

WESSELS, Johannes / BEULKE, Werner / SATZGER, Helmut, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 42.ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2013.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

En Letra: Derecho Penal
Año VI, número 12, pp. 70-83.

Cuestiones Centrales de la Omisión por Comisión

Marcelo Lerman*

Fecha de recepción: 1 de agosto de 2020
Fecha de aceptación: 4 de marzo de 2021

Resumen

La discusión relativa a si es posible la comisión de delitos de omisión mediante conductas activas tiene un desarrollo histórico de más de un siglo. De las cuestiones que son discutidas en este ámbito, la más interesante radica en preguntarse si determinados movimientos corporales a los que les sigue un resultado descripto por un tipo penal comisivo (p. ej. una muerte) pueden ser subsumidos, a pesar de ello, en delitos propios de omisión. Así, se trataría de supuestos en los que una conducta que se exterioriza en un movimiento corporal y que tiene como consecuencia un resultado lesivo típico se termina subsumiendo en un delito que es descripto mediante un texto que alude expresamente a omisiones.

Palabras clave: *omisiones – comisión por omisión – omisión por comisión – responsabilidad penal.*

Title: Justifying Omission by Commission

Abstract

The discussion as to whether it is possible to commit crimes of omission through active conducts has a historical development of more than a century. The most interesting of the questions that are discussed in this area is whether certain bodily movements that are followed by a result described in a crime of commission (e.g. a death) can nevertheless be considered as crimes of omission. Thus, it is a case in which a conduct that is externalized in a bodily movement and that results in a typical

* Doctor en Derecho (UBA). LL.M. (Universität Regensburg). Profesor adjunto interino (UBA) y profesor (UdeSA). Este artículo fue publicado previamente, con ligeras diferencias, en idioma alemán en el *Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*: *Brücken bauen* (coordinado por Hilgendorf, Lerman, Córdoba, Dunker & Humblot, Berlín, 2020, pp. 551-662, trad. al alemán de Teresa Manso Porto). Destinado, entonces, al homenaje de mi maestro, Marcelo Sancinetti, quien además de haber guiado mi formación en derecho penal desde que fui su alumno durante mis estudios de grado dirigió mi tesis doctoral presentada ante la Universidad de Buenos Aires en 2011, pretende resumir algunos de los aspectos centrales de esa tesis (que fue publicada en 2013 bajo el título "La omisión por comisión").

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

harmful result is covered by a crime that is described in a text that expressly refers to omissions.

Key words: *omissions – commission by omission – omission by commission – criminal liability.*

Sumario: I. Descripción del problema; II. Dos problemas adicionales; III. Frustraciones de salvamentos de terceros que requieren de bienes de la esfera del autor; IV. Otros temas discutidos en materia de omisión por comisión (remisión); V. Palabras finales; VI. Bibliografía.

I. Descripción del problema

La discusión relativa a si es posible la comisión de delitos de omisión mediante conductas activas tiene un desarrollo histórico de más de un siglo, durante el cual se le fue asignando al tema diferentes alcances temáticos.[1] De las cuestiones que son discutidas en este ámbito, la más interesante en las consecuencias radica en preguntarse si determinados movimientos corporales a los que les sigue un resultado descripto por un tipo penal comisivo (p. ej. una muerte) pueden ser subsumidos, a pesar de ello, en delitos *propios* de omisión (como caso paradigmático: en el delito de omisión de auxilios o socorro, art. 108, CP, § 323 c StGB). Así, se trataría de supuestos en los que una conducta que se exterioriza en un movimiento corporal y que tiene como consecuencia un resultado lesivo típico se termina subsumiendo en un delito que es descripto mediante un texto que alude expresamente a omisiones. Se trata de un problema paralelo (aunque inverso) al de la comisión por omisión (esto es: la ausencia de un movimiento determinado que se termina subsumiendo en un delito que, en la parte especial del código penal, está descripto mediante un lenguaje que hace alusión a conductas activas). De hecho, alguna vez la categoría bajo análisis fue incluso subestimada al señalarse que solo

[1] El tema bajo análisis tuvo diversas denominaciones en la historia dogmática. Se le asigna a VON ROHLAND el mérito de haber sido quien acuñó en 1908 el término "Ommisivdelikt durch Begehung" en su texto "Kausalzusammenhang, Handeln und Unterlassen". Sin dudas fue V. OVERBECK quien realizó el primer desarrollo dogmático del tema en su artículo "Unterlassung durch Begehung" (1922). La traducción más literal de esa fórmula utilizada por V. OVERBECK es la que predominó en español, quizá por el paralelismo que permite mostrar con los delitos impropios de omisión, por lo que fue utilizada en el título de mi tesis doctoral. ANDROULAKIS mantuvo una fórmula semejante: „Unterlassungsdelikte durch Begehung" (cf. ANDROULAKIS, *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, Múnich y otra, C. H. Beck, 1963, p. 152). Actualmente predominan en alemán otras denominaciones como: "Unterlassen durch Tun" (ver ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, Múnich, C. H. Beck, 2003, § 31 n.º m. 99; STOFFERS, "Die Rechtsfigur Unterlassen durch Tun", en *Juristische Arbeitsblätter*, fascículo 5, 1992), o "Begehung von Unterlassungsdelikten durch positives Tun" (FRISTER, *Strafrecht Allgemeiner Teil,* 8.ª ed., Múnich, C. H. Beck, 2009, § 22, n.º m. 16), las que resultan ciertamente más precisas para describir el problema bajo análisis. Más denominaciones para la misma categoría son referidas en REINHOLD, *Unrechtszurechnung und der Abbruch rettender Verläufe*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, p. 255, nota al pie 692.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

respondería a un imperativo estético, por ser atractivo pensar que, así como hay comisiones por omisión, debe haber omisiones por comisión.[2]

Durante el desarrollo histórico de la categoría se estudiaron como posibles candidatos a constituir omisiones por medio de un hacer activo supuestos muy diversos, que incluyen, p. ej., las retractaciones de salvamentos propios y la participación activa en delitos omisivos, entre otras varias cuestiones.[3] Pero a los efectos de presentar la cuestión con mayor claridad, no abordaré el tema aquí en el orden en que fue tocado en la histórica dogmática (la retractación de salvamentos propios resultaría ser el tema al que inicialmente se aplicaron los mayores esfuerzos), sino que trataré a continuación el caso que parece ser más útil a los fines de demostrar la necesidad y utilidad de esta categoría.

Efectivamente, el tema principal puede ser presentado a partir del tratamiento de dos variantes de un caso ya clásico. En una primera variante piénsese en una persona que está amenazada por un cierto peligro para su vida: en el caso tradicional, es perseguida por una jauría de perros salvajes. Para conjurar el peligro debe ingresar en una vivienda que es la única en el lugar. El titular de ese inmueble no le abre la puerta y la víctima muere por el ataque de la jauría.

En esta primera variante la solución es clara: en la medida en que el titular de la casa no es ni el padre de la víctima, ni el dueño de los perros, ni un guardabosques, es decir, en tanto no es garante de evitación del resultado por ningún motivo en particular, estamos ante una mera omisión de auxilio o socorro (art. 108, CP, § 323 c StGB).

[2] Cf. KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 2.ª ed. inalterada, Göttingen, Otto Schwartz & Co., 1988, pp. 194-195. Su conclusión sobre la categoría bajo análisis es expresada en la misma obra en p. 203 al decir que los delitos de omisión por medio de un hacer no existen.

[3] Por cierto, la base de la discusión sobre el tema, aunque con alcances distintos a los que tiene hoy, se remontaría sin embargo a MERKEL, quien en 1867 plantea la pregunta de si es posible incumplir con un mandato mediante una acción positiva, p. ej., en el caso en el que un obligado a presentarse al servicio militar se escapa y se esconde (MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1867, pp. 90 ss.). En 1913, STUDT dedicó su tesis doctoral —que no tuvo fuerte repercusión en la bibliografía posterior— a la doble pregunta relativa de si las prohibiciones pueden ser infringidas por omisiones y si los mandatos pueden serlo por medio de acciones, con el título de "Können verbote durch Unterlassen, gebotte durch Handeln übertreten werden?". Pero, como se dijo, el texto de V. OVERBECK *supra* nota 1 fue el que dio origen a la discusión dogmática que persiste hasta la actualidad. Una reseña de la posición de MERKEL, V. OVERBECK y en general sobre la historia de la discusión de la categoría puede encontrarse en STOFFERS, *supra* nota 1, pp. 139-140.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Ahora pensemos en una segunda variante: supongamos un caso idéntico al anterior, con la única diferencia de que la puerta estaba inicialmente abierta y el titular del domicilio, luego de reconocer toda la situación, la cierra.[4]

Estamos ahora ante un movimiento corporal y un resultado de muerte, pero ¿es posible que por el hecho de que en esta variante el titular de la casa haya cerrado la puerta en lugar de no abrirla tengamos que aplicar ahora la pena del homicidio? Responder esta pregunta de modo afirmativo supondría tener que explicar por qué existe una diferencia de pena tan relevante respecto de la primera variante por el mero hecho de que la puerta estuviera abierta de antemano.[5] Responderla de modo negativo supone reconocer una omisión por medio de un hacer positivo, en el sentido de que una conducta activa es subsumida en un delito propio de omisión.

Entiendo que aquella respuesta debe ser negativa, es decir, que no se configura un homicidio por cerrar la puerta. Ello por el hecho de que en ambas variantes del caso la conducta tiene un mismo significado (expresa un mismo mensaje): se le ha negado a un necesitado el acceso a la vivienda a la que tenía derecho a ingresar (solo) en virtud de su necesidad. Desde un punto de vista material la cuestión debe ser entendida del siguiente modo: el fundamento del deber de tolerancia en virtud de la necesidad del otro, derivado de la existencia de una causa de justificación (estado de necesidad justificante agresivo) que permite por parte de quien es perseguido por los perros una conducta en principio típica (la violación del domicilio), coincide con el fundamento del delito de omisión de auxilio.[6] Este fundamento es descripto, según la doctrina dominante, como un deber de solidaridad mínimo.[7] En definitiva, entonces, respecto del caso planteado correspondería decir que,

[4] Cf. MEYER-BAHLBURG, "Unterlassen durch Begehen", en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1968, p. 51, quien plantea el caso de quien huye de perros agresivos o de una repentina inundación y debe ingresar a una casa.

[5] Ello es lo que no hace de modo suficiente WINTER, quien solucionaría de manera diferenciada ejemplos de esta clase según si la puerta estaba cerrada o abierta de antemano (cf. WINTER, *Der Abbruch rettender Kausalität*, Frankfurt, Peter Lang, 2000, p. 147).

[6] PAWLIK se refiere con razón a un paralelismo en la competencia entre el estado de necesidad justificante y el delito de omisión de auxilio (cf. *Das Unrecht des Bürgers. Gundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, p. 251, con otras referencias en nota 574). Ver una problematización de la cuestión ya en PAWLIK, *Der Rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätplichten,* Berlín y otra, Walter de Gruyer, 2002, pp. 154-156. Sobre el punto ver también HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2.ª ed., Berlín y otra, Walter de Gruyer, 1988, p. 91 ss.

[7] El uso de la palabra solidaridad en este contexto merece consideraciones particulares. En primer lugar, el uso coloquial de ese término supone la realización de una conducta a la que *no se está obligado*, por lo que quien la realiza tiene un *mérito*, mientras que aquí quien no realiza la conducta en cuestión recibe una pena. Pero además debe tenerse en cuenta lo afirmado por PAWLIK, quien ya en su artículo "Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeitsbegründung und systematische Struktur", en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht,* 1995, renunciaba a fundamentar el delito de omisión de socorro y el deber de tolerar en

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

tanto quien cierra como quien no abre la puerta infringen, en ambos casos, lo que la doctrina dominante denomina un deber de solidaridad mínimo[8] y no el deber general de no dañar a otro (*naeminem laedere*).[9] No es relevante si la contraposición a ese deber de solidaridad se manifiesta mediante una acción u omisión[10] y si se sigue viendo en ello alguna relevancia es por un resabio de una visión naturalista, que debe ser desterrada de un análisis normativo.[11] La sanción que debería

caso de necesidad ajena en un deber de solidaridad *intersubjetivo* entre individuos (p. 363). A su modo de ver, es el Estado el que tiene el deber de socorrer al necesitado, pero en la medida en que no llega a hacerlo, pesa sobre el ciudadano que ocasionalmente tiene la posibilidad de socorrer un deber cuasi-institucional que se le impone como una suerte de asistente estatal (p. 364). Si se tiene eso en cuenta, considero que se puede seguir hablando de solidaridad si se aclara que se trata de una solidaridad mediada por el Estado (solo en este sentido se seguirá hablando en el texto de deberes de solidaridad).

[8] En los términos precisados en la nota anterior.

[9] Una posición contraria puede verse en SILVA SÁNCHEZ, "Abbruch eines fremden rettenden Kausalverlaufs im eigenen Organisationsbereich: ein Rechtfertigungsproblem", en Freund, Georg / Murmann, Uwe (eds.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humblot, 2013, p. 306. En un texto previo SILVA SÁNCHEZ había afirmado que entiende que, cuando el afectado por la conducta del necesitado (en el caso base, el dueño de la casa) neutraliza la conducta de este tendente a salvarse mediante su oposición activa directa o mediante la sustracción de los bienes que el necesitado pretendía alcanzar, la situación resultaría diferente y más grave que el caso de mera pasividad. SILVA SÁNCHEZ concluye que, en el caso de conducta activa, cabe fundamentar una responsabilidad por la lesión sufrida por los bienes jurídicos del necesitado ("Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia", en *Discusiones*, n.º 7, 2007, p. 40). Y más adelante señala que "…el derecho de necesidad aparece como derecho a que no se modifique el *statu quo* en perjuicio de los bienes del necesitado, eso es, empeorando su situación" (p. 49). Empero, en una posición como esta permanece sin explicación por qué la omisión de auxiliar activamente al necesitado tiene como consecuencia una pena tanto menor, a pesar de que también implica la negación de un bien necesario para el salvamento. Por lo demás, sobre la supuesta reconfiguración de las esferas jurídicas en casos de necesidad sostenida por SILVA SÁNCHEZ, ROBLES PLANAS señala con agudeza que no resulta correcto comprender que en una situación de necesidad todas las esferas jurídicas de cada ciudadano queden redefinidas en beneficio del necesitado, pues no le parece correcto que los derechos de libertad de los ciudadanos puedan perder su carácter absoluto por el mero hecho de que los otros se hallen en situación de necesidad (ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, Barcelona, Atelier, 2006, pp. 95-96).

[10] Si se utiliza el lenguaje de JAKOBS es algo del orden de lo fenotípico (ver JAKOBS, *System der Strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt, Vittorio Klostermann, 2012, p. 25), sin relevancia material; una mera cuestión técnica (cf. JAKOBS, "Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen", en *Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschafte,* n.º G344, Düsseldorf, Westdeutscher, 1996, p. 43).

[11] COCA VILA da cuenta de otra clase de casos en los que determinados cambios activos de un proceso causal que conducen a una lesión al redirigir un mal a un tercero no implican una conducta típica, en la medida en que se trata de actos de organización en la propia esfera; por ejemplo, si un excursionista esquiva una piedra que termina, por eso, lesionado a otro (cf. COCA VILA, "Die Kollision von Verpflichtungsgründen im Strafrecht", en *ZStW*, 2018, p. 988). Esta clase de casos también da cuenta del error que implica asociar directamente un movimiento al que le sigue un resultado lesivo para otro con la configuración de un delito de comisión.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

aplicarse ante una violación activa u omisiva a tal deber de solidaridad mínimo debe ser idéntica: la prevista en el art. 108, CP (y en el § 323 c StGB).[12]

Desde un punto de vista terminológico creo que es correcto denominar al caso en el que el titular de la casa cierra la puerta como un supuesto de "omitir mediante un hacer". Ello, en el sentido de que un movimiento corporal termina siendo subsumido en un delito propio de omisión que utiliza un lenguaje referido a ausencias de movimientos para describir la conducta típica. Pero lo sustancial no es tanto esa denominación, sino comprender que la conducta activa consistente en contraponerse al deber de tolerancia establecido *solo* por la necesidad ajena y la conducta omisiva consistente en no paliar la necesidad ajena, son dos manifestaciones de una misma falta: el no cumplir con un deber que es impuesto estatalmente para socorrer a alguien que se encuentra necesitado, por el mero hecho de que él está necesitado y de que uno está en condiciones de ayudarlo.

En definitiva, con respecto a las dos variantes hasta ahora analizadas del caso de la jauría, lo relevante es que se trata de dos diferentes formas externas de contraposición a un mismo deber material y que, por lo tanto, no pueden tener un tratamiento diferente. Esto supone entender que es correcto catalogar a la forma activa como una "omisión por medio de un hacer", si comprendemos por ello un caso en que una conducta activa se subsume en un delito que es descripto en la parte especial del Código Penal mediante un lenguaje que, en principio, remite a omisiones: omitir prestar socorro.[13]

II. Dos problemas adicionales

Dos cuestiones que se pueden plantear a partir de ciertas modificaciones del caso de la jauría en su segunda variante, esto es, aquella en la cual el autor le cierra activamente la puerta al necesitado, sirven para completar el panorama inicial. Así, en primer lugar, debe preguntarse ¿qué ocurre si quien cierra la puerta es el guardabosques o el esposo de la víctima? La segunda cuestión puede ser descripta con la siguiente pregunta: ¿qué sucede si en lugar de cerrar la puerta de la propia casa lo

[12] Es por ello correcta la subsunción del caso que hace MEYER-BAHLBURG (*supra* nota 4, p. 51). Desde ya, solo se configurará una omisión de auxilios en la medida en que el peligro que amenace producirse sea uno de aquellos que en esa norma hagan obligatorio socorrer. Por otra parte, la cuestión de si la magnitud de la sanción que prevé esa norma es suficiente o si está acaso subvaluada (para acciones u omisiones que se subsuman en esta) es una cuestión diferente que no puede ser tratada aquí. Cabe sí afirmar que resulta claro que tal sanción debe ser esencialmente inferior a aquellas que surgen de la contraposición al deber general de no dañar.

[13] La conducta de quien cierra activamente la puerta puede ser entendida, como se verá luego, como la interrupción de un curso causal salvador de la propia víctima realizado mediante la negación de una intervención propia que es requerida. Por ello entiendo que también con el criterio establecido en HILGENDORF / VALERIUS, *Strafrecht AT*, 2.ª ed., Múnich, G.H. Beck, 2015, cap. 11, n.º m. 13, podría llegar a considerarse aquí una omisión de auxilios.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

que hace el autor es correr una roca y así tapar el ingreso a una cueva en la cual podía resguardarse la víctima que huía de la jauría?

En ambos casos entiendo que debe aplicarse la pena del delito comisivo (homicidio) y no la de la omisión de auxilio, aunque en cada uno de ellos por fundamentos diferentes.

1. Autor garante de evitar el resultado

En la primera de las cuestiones recién planteadas —caso en el que quien cierra la puerta es el guardabosques o cualquiera que sea garante de la evitación del resultado—, estamos ante un supuesto en el cual debería aplicarse la escala del delito comisivo en virtud de que se trata de un delito impropio de omisión. No se da el caso en que el movimiento corporal realizado se subsuma en forma directa en el tipo penal descripto con lenguaje causal o comisivo, sino que el movimiento como tal, el cerrar la puerta de la propia casa frente al necesitado, solo representa una omisión de ayudar, un negarle algo a lo que tiene derecho el sujeto en virtud de su necesidad (que el autor debe solucionar por ser garante). Hablando ahora en términos clásicos, sería su particular posición de garantía frente a los peligros del bosque para los visitantes lo que hace que deba responder por ese resultado de muerte con la pena del homicidio. Por ello, aquí la aplicación de la escala penal del delito comisivo se da de la misma forma que en los delitos impropios de omisión. Si se quiere, estamos ante una "omisión por medio de un hacer en el ámbito de los delitos impropios de omisión". En términos llanos: aunque el autor mueve su cuerpo, la imputación del resultado lesivo no se le atribuye por lo causado por su movimiento, sino por el no ayudar (que se manifiesta mediante una acción) al ser garante (p. ej., en virtud de su cualidad de guardabosques).

Frente a la crítica de que estas distinciones solo tienen un carácter estético, debe decirse, en realidad, que el hecho de que esto tenga o no consecuencias prácticas en la medida de la pena depende de si el régimen jurídico tiene una cláusula de atenuación para la omisión impropia y de si esa cláusula está justificada materialmente.[14] Por cierto, los casos más problemáticos e interesantes en materia de omisión por comisión son, como se dijo, aquellos en los cuales el autor no es garante (a diferencia del autor del último ejemplo). Pues en aquellos la cuestión radica en determinar si la

[14] En "Die fakultative Strafmilderung für die unechten Unterlassugsdelikte", en *Goldammer's archiv für Strafrecht*, 2/2008, he señalado que, a mi criterio, una cláusula como la del § 13.2, StGB no tienen ningún fundamento atendible. No es posible desarrollar aquí este tema, pero en los lineamientos centrales puede decirse que una cláusula de esa clase solo encuentra fundamento en un esquema naturalista, en el cual el cometer tiene un plus de disvalor asociado a la idea de causar con el propio cuerpo la lesión. Una postura que evalúe el tema desde una perspectiva normativa no puede fundar una diferencia en la reacción ante la omisión de un garante, al menos no una diferencia que se fundamente justamente en que estamos ante una omisión.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

conducta debe ser evaluada como subsumible en un delito comisivo o, en su caso, en una omisión de auxilio, con la consecuente notoria diferencia punitiva.

2. El caso de la cueva

Ahora bien, la segunda cuestión a tratar está dada por el supuesto en el que lo que obstruye el autor es el ingreso a una cueva (con ello se quiere decir: a un lugar de acceso público).[15] Considero que en estos casos el movimiento corporal del sujeto debe ser subsumido de modo directo en el delito de comisión. Puede parecer inicialmente preocupante que se resuelva de forma diferente si se obstruye la entrada a una casa o a una cueva. Sin embargo, ello no debe sorprender. El dar acceso a la vivienda es una facultad de su titular y si debe ceder a esta ante un necesitado, ello ocurre solo en función de la existencia de tal necesidad. El incumplir (activa o pasivamente) ese deber de ceder o tolerar no implica dañar, sino solo no ser solidario (en los términos antes aclarados) cuando es obligatorio serlo.

Por el contrario, el acceso a la cueva es un derecho que el necesitado no tiene *exclusivamente por su necesidad*. El autor y el necesitado están, en situaciones normales (sin necesidad), en pie de igualdad respecto del ingreso a la cueva: ambos pueden ingresar. En cambio, en situaciones normales el necesitado no tendría derecho a ingresar a la casa y el autor podría abrir o cerrar su puerta (dar o no acceso) como lo desee. El contraponerse activamente a que un necesitado obtenga un elemento de salvamento al cual también en situaciones normales (sin necesidad) tendría derecho a acceder implica, a mi juicio, dañarlo, es decir, violar el principio *neminem laedere*. Pues aquí sí estamos ante una alteración de la esfera de derechos del necesitado que no surge solo *por* su necesidad. Y, por cierto, el privilegio de utilizar los bienes de propiedad común por el mero hecho de llegar primero sí debe ceder, en sentido fuerte, en favor del necesitado. La regla *prior in tempore potior in iure* solo puede funcionar aquí como una regulación a considerar en la medida en que quien llega en segundo lugar no necesite ingresar al lugar público para salvar sus bienes, es decir, que no tenga una necesidad de la que el primero en llegar carece.

Como se puede advertir, este último ejemplo da cuenta de que no siempre el interponer un obstáculo a un curso de salvamento iniciado por la víctima (la carrera hacia un lugar donde pueda estar a salvo) va a suponer la existencia de un delito de omisión por medio de un hacer. Más bien la

[15] Fue el homenajeado quien me llevó a reflexionar sobre este caso, al plantearlo como cuestión problemática en una clase de su curso de teoría del delito para estudiantes de posgrado a la que me invitó a presentar algunas conclusiones preliminares de mi investigación doctoral. Lo cierto es que el desafío que plantea este caso derivó en el desarrollo de uno de los aspectos más importantes de la investigación.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

regla es la contraria: en principio esa clase de interrupciones de cursos causales salvadores iniciados por la víctima deben ser interpretados como lesiones al deber general de no dañar. Así, p. ej., si alguien interpone un tronco delante de quien está huyendo de la jauría, con la consecuencia de que la víctima tropieza y es matada por los perros, responde por el delito de lesión.

En efecto, la regla para las conductas de interrupciones de cursos causales salvadores de la naturaleza o de terceros es que estas se subsumen en el delito comisivo correspondiente,[16] tal como lo sostiene la doctrina mayoritaria,[17] lo que deber regir también para las interrupciones de salvamentos iniciados por la víctima. Solo cuando está implicada una acción sobre un bien necesario para el salvamento que el autor tenga originariamente en su esfera de derechos y deba dejar a disposición de la víctima *a raíz* de la necesidad de esta, estaremos ante una omisión por medio de un hacer (entendida como una conducta activa que se subsume en un tipo penal de omisión propia en la medida en que el autor no sea garante por un motivo diverso).

III. Frustraciones de salvamentos de terceros que requieren de bienes de la esfera del autor

Tras las afirmaciones realizadas en el título anterior debe aclararse que, por supuesto, si lo que hace el autor es frustrar un salvamento emprendido por un tercero interviniendo sobre un bien de su titularidad (de titularidad del autor), cuyo uso debería ceder en favor del necesitado, la solución correcta es que estamos ante una omisión por comisión. Así, el caso analizado por RANFT,[18] en el

[16] No se puede entrar aquí en la fundamentación relativa a por qué esta es la solución correcta (ver al respecto en detalle LERMAN, *La omisión por comisión*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2013, pp. 199-216 y LERMAN, "Sobre el criterio de distinción entre la interrupción de cursos causales salvadores iniciados por terceros o provenientes de la naturaleza y la causación directa", en *Lecciones y ensayos*, n.º 93, 2014). Basta con decir que se parte de la idea de que los delitos de comisión pura y simple lesivos de los bienes jurídicos más fundamentales también pueden ser vistos en muchos casos como interrupciones de procesos salvadores (p. ej.: cuando se asfixia, se priva de la llegada de aire como medio salvador al igual que cuando se priva a alguien de agua), con la única diferencia de que en los casos que denominamos como interrupciones de salvamento esos procesos pueden tener un mayor grado de inseguridad, o mejor dicho, existe cierta probabilidad de que el proceso se configure de una manera diferente. Esas consideraciones demuestran que no se puede partir de una diferenciación fuerte entre causación directa e interrupción de cursos causales salvadores.

[17] GIMBERNAT ORDEIG, pretende fundar para esta clase de casos la existencia de una tercera forma de comisión de los tipos penales (Cf. GIMBERNAT ORDEIG, "Eine dritte Form der Tatbestandsverwirklichung: die Unterbrechung von rettenden Kausalverläufen, Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus", en *Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*, Colonia y otras, Carl Heymanns Verlag, 2005 pp. 177 y ss., con referencias a la posición mayoritaria y otras posturas minoritarias en pp. 171 ss.). Una crítica a esta argumentación puede verse en LERMAN, *supra* nota 16, *La omisión por comisión*, p. 149-150.

[18] RANFT, "Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen im Strafrecht", en *Juristische Schulung*, 1963, 9.ª parte, p. 341.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

cual el dueño del único bote disponible necesario para que un sujeto emprenda el salvamento de otro que se está ahogando retiene el bote por la fuerza e impide el salvamento, incurre, a mi juicio, en omisión de socorro.[19] Y es claro que ese supuesto debe ser solucionado del mismo modo que si el titular del bote lo tuviera en un compartimento cerrado con llave y su conducta consistiera en omitir entregarle la llave a quien quería emprender el salvamento (es decir, un ejemplo análogo, en el que el no ayudar se manifiesta en una inactividad).

Es fundamental tener en cuenta que lo relevante para la solución de esta clase de casos no es quién sea el *dueño* del bien que se requiere para salvar, en el sentido de quién sea el titular de dominio. Lo decisivo es quién tiene la posibilidad de ejercer derechos sobre ese bien: también omite socorrer (art. 108, CP, § 323 c StGB) el locatario del bote que niega activamente que se utilice ese bien en beneficio del propietario, que se lo ha arrendado, quien lo necesita para salvarse.

Cabe aclarar también que en este tipo de supuestos (es decir, aquellos como los del ejemplo tratado por RANFT), para que exista una omisión mediante un hacer también debe tratarse de un bien salvador respecto del cual el autor, en situaciones normales, tenga derecho a intervenir libremente y que deba cederlo solo en virtud de la necesidad del otro. En cambio, si tanto el necesitado como el autor tienen, en situaciones normales, el mismo derecho sobre el bien, la conducta puede ser vista como una lesión (p. ej.: el autor y el necesitado son co-propietarios del bote).

IV. Otros temas discutidos en materia de omisión por comisión (remisión)

Hasta aquí se ha presentado la cuestión que entiendo fundamental para comprender los supuestos más relevantes para los cuales podría aplicarse la categoría de omitir mediante un hacer. Existen al menos tres grupos temáticos respecto de los cuales la doctrina ha discutido la aplicación de esta categoría: la interrupción de cursos causales salvadores iniciados por uno mismo (el autor comienza a socorrer y luego desactiva el salvamento mediante una conducta activa),[20] los casos de

[19] Referencias sobre autores que lo solucionan de manera opuesta pueden verse en SEELMANN, en *Nomos Kommentar zum StGB*, compilada por NEUMANN, Ulfrid / PUPPE, Igeborg / SCHILD, Wolfgang (comps.), t. 1, 1.ª ed., Baden Baden, Nomos, 1995, § 13, n.º m. 25.

[20] Sobre el punto resulta muy relevante el texto de SAMSON, "Begehen und Unterlassung", en STRATENWERTH, Günter / KAUFMANN, Armin / GEILEN, Gerd / HIRSCH, Hans J. / SCHREIBER, Hans-Ludwig / JAKOBS, Günter / LOOS, Fritz (comps.), *Festchrift für Hans Welzel, zum 70. Geburtstag*, Berlín y otra, Walter de Gruyer, 1974 (ver esp. pp. 582 ss.) y la discusión allí planteada respecto de las posiciones de ROXIN en "An der Grenze von Begehung und Unterlassung", en

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

omissio libera in causa (interrupción activa de la capacidad de salvamento futura propia) y la participación activa en una omisión del autor principal.[21] En algunos de esos ámbitos temáticos también pueden encontrarse supuestos a los que corresponde aplicar la categoría de la omisión mediante un hacer, pero no es posible ocuparse aquí de estos temas con el detalle que requieren.[22] Solamente se quiso desarrollar en este texto aquella cuestión que puede servir de punto de partida para afrontar toda discusión particular relativa a la omisión mediante un hacer activo en los ámbitos en los que puede presentarse como problemática.

V. Palabras finales

Quiero dedicarle las últimas líneas al homenajeado. Su obra dogmática es voluminosa y fundamental para cualquiera que desee estudiar racionalmente la teoría de la imputación. Pero quería destacar aquí su actividad como formador de varias generaciones de penalistas.[23] Como profesor titular de cátedra en la Universidad de Buenos Aires enseñó con claridad y maestría las cuestiones verdaderamente importantes de la materia. También incentivó a aquellos que tenían interés por la dogmática a que estudiaran el idioma alemán y pudieran acceder así a los últimos desarrollos de la doctrina. El fomento por parte del homenajeado al estudio de los desarrollos de la dogmática alemana ha sido permanente y fue acompañado de una inmensa actividad de traducción, que permitió que muchísimas personas del mundo hispanohablante accedan a obras fundamentales, que no podrían haber leído sin que él hubiese realizado el esfuerzo personal de traducirlas al español. Por ello, entiendo que este muy merecido *Festschrift*, editado en Alemania y con participación de autores de diversos países, es el homenaje ideal para él. Pues da cuenta de que ha tendido puentes con la ciencia alemana, que han permitido que otros transiten. Tal tarea en favor de los demás merece un especial reconocimiento.

VI. Bibliografía

ANDROULAKIS, Nikolaos, *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, Múnich y otra, C. H. Beck, 1963.

BOCKELMANN, Paul / KAUFMANN, Arthur / LUG, Urlich (comps.), *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburstag*, Frankfurt, Vittorio Klostermann, 1969.

[21] Para la resolución de esta cuestión resultan a mi criterio fundamentales las críticas del homenajeado a la idea de accesoriedad de la participación. SANCINETTI siempre ha sostenido la necesidad de un ilícito personal, poniendo en crisis las visiones tradicionales de la accesoriedad en la participación, el respecto ver en particular SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción,* Buenos Aires, Hammurabi, 1991, pp. 627 ss.; ÍDEM, *Ilícito personal y participación*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1997, cap. II, pp. 57 ss.

[22] Todos ellos fueron abordados detalladamente en LERMAN, *supra* nota 16, *La omisión por comisión*, pp. 245-260.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

COCA VILA, Ivó, "Die Kollision von Verpflichtungsgründen im Strafrecht", en *ZStW*, 2018, pp. 959-1006.

FRISTER, Helmut, *Strafrecht allgemeiner teil,* 8.ª ed., Múnich, C. H. Beck, 2009.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, "Eine dritte Form der Tatbestandsverwirklichung: die Unterbrechung von rettenden Kausalverläufen, Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus", en *Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*, Colonia y otras, Carl Heymanns Verlag, 2005, pp. 163-190.

HILGENDORF, Eric / VALERIUS, Brian, *Strafrecht AT*, 2.ª ed., Múnich, G.H. Beck, 2015.

HRUSCHKA, Joachim, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2.ª ed., Berlín y otra, Walter de Gruyer, 1988.

JAKOBS, Günther, "Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen", en *Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschafte,* n.º G344, Düsseldorf, Westdeutscher, 1996.

— *System der Strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt, Vittorio Klostermann, 2012.

KAUFMANN, *Armin, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 2ª. ed. inalterada, Göttingen, Otto Schwartz & Co., 1988.

LERMAN, Marcelo, "Die fakultative Strafmilderung für die unechten Unterlassugsdelikte", en *Goldammer's archiv für Strafrecht*, 2/08, pp. 78-91.

— *La omisión por comisión*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2013.

— "Sobre el criterio de distinción entre la interrupción de cursos causales salvadores iniciados por terceros o provenientes de la naturaleza y la causación directa", en *Lecciones y ensayos*, n.º 93, 2014, pp.131-147.

MERKEL, Adolf, *Kriminalistische Abhandlungen*, Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1867.

MEYER-BAHLBURG, Hartwig, "Unterlassen durch Begehen", en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1968, pp. 49-53.

V. OVERBECK: "Unterlassung durch Begehung", en *Der* Gerichtssaal *88*, 1922, pp. 319-377.

PAWLIK, Michael, *Das Unrecht des Bürgers. Gundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

— *Der Rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätplichten,* Berlín y otra, Walter de Gruyer, 2002.

— "Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeitsbegründung und systematische Struktur", en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht,* 1995, pp. 360-372.

RANFT, Otfried, "Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen im Strafrecht", en *Juristische Schulung*, 1963, 9.ª parte, pp. 340-343.

REINHOLD, Joachi, *Unrechtszurechnung und der Abbruch rettender Verläufe*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009.

ROBLES PLANAS, Ricardo, *Garantes y Cómplices*, Barcelona, Atelier, 2006.

V. ROHLAND, "Kausalzusammenhang, Handeln und Unterlassen", en *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Band 1*, Berlín, 1908.

ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, Múnich, C. H. Beck, 2003.

— "An der Grenze von Begehung und Unterlassung", en BOCKELMANN, Paul / KAUFMANN, Arthur / LUG, Urlich (comps.), *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburstag*, Frankfurt, Vittorio Klostermann, 1969.

SAMSON, Erich, "Begehen und Unterlassung", en STRATENWERTH, Günter / KAUFMANN, Armin / GEILEN, Gerd / Hirsch, Hans J. / SCHREIBER, Hans-Ludwig / JAKOBS, Günter / LOOS, Fritz (comps.), *Festchrift für Hans Welzel, zum 70. Geburtstag*, Berlín y otra, Walter de Gruyer, 1974.

SANCINETTI, Marcelo, *Ilícito personal y participación*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1997.

— *Teoría del delito y disvalor de acción,* Buenos Aires, Hammurabi, 1991.

— Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch. Zugleich eine Untersuchung der Unrechtslehre von Günther Jakobs (trad.Cancio MELIÁ y otros), Köln y otras, Carl Heymanns Verlag, 1995.

— *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. A la vez, una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*, Bogotá, Temis, 1995.

— *Casos de Derecho penal*, 3.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

SEELMANN, Kurt, en *Nomos Kommentar zum StGB*, compilada por NEUMANN, Ulfrid / PUPPE, Igeborg / SCHILD, Wolfgang (comps.), t. 1, 1.ª ed., Baden Baden, Nomos, 1995, § 13.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia", en *Discusiones*, n.º 7, 2007, pp. 25-56.

— "Abbruch eines fremden rettenden Kausalverlaufs im eigenen Organisationsbereich: ein Rechtfertigungsproblem", en FREUND, Georg / MURMANN, Uwe (eds.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humblot, 2013, pp. 299-313.

STOFFERS, Kristian, "Die Rechtsfigur Unterlassen durch Tun", en *Juristische Arbeitsblätter*, fascículo 5, 1992, pp. 138-141.

STUDT, Johannes, *Könenn verbote durch Unterlassen, gebotte durch Handeln übertreten werden?*, Berlín, Trenkel, 1913.

WINTER, Axel, *Der Abbruch rettender Kausalität*, Frankfurt, Peter Lang, 2000.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

En Letra: Derecho Penal
Año VI, número 12, pp. 80-97.

Traducciones

Al principio Existía la sospecha... ¿o aún no? Sobre la cuestión de si la fiscalía, sin conocimiento de un delito, puede investigar a un ciudadano que se comporta legalmente*

Helmut Satzger*

Fecha de recepción: 23 de octubre de 2021
Fecha de aceptación: 1 de diciembre de 2021

Hace poco tiempo, en Alemania se debatió y problematizó una cuestión procesal de fuerte impacto mediático. A primera vista, el tema no resulta para nada "cautivante", pero el caso que encendió la discusión reunía las condiciones para convertirse en un *affaire*.

I. El punto de partida del caso

* Traducción del alemán de Eugenio C. Sarrabayrouse (UBA). Publicado originariamente bajo el título "Im Anfang war der Verdacht – oder noch nicht? Zur Frage, ob die Staatsanwaltschaft ohne Kenntnis einer Straftat gegen einen sich legal verhaltenden Bürger ermitteln darf", en *Festschrift für Werner Beulke zum 70.* Geburtstag, 2015, pp. 1009-1022. Se ha mantenido el formato de citas del original. El título del artículo hace referencia a la frase con la cual comienza el Evangelio según San Juan (1.1). Según una traducción clásica (Monseñor Juan Straubinger), dice: "En el principio el Verbo era, y el Verbo era junto a Dios"; en la traducción argentina del Libro del Pueblo de Dios (accesible en el sitio web www.vatican.va) se lee: "Al principio existía la Palabra y la Palabra estaba junto a Dios", la que coincide con la de la Biblia de Jerusalén. Aquí se optó por estas últimas. Una versión de este trabajo fue expuesta por el Prof. Satzger, el 20 de octubre de 2021, en el Seminario de Actualización del Departamento de Derecho de la Universidad de San Andrés. Cabe agregar que el tipo penal discutido en el caso (§ 184b StGB) fue reformado y ampliado en sus alcances con posterioridad al suceso analizado en el trabajo (ver *infra* nota 4).

* Profesor de la Universidad de Múnich. El autor agradece a su asistente científico Florian Ruhs por su colaboración y sus valiosas sugerencias.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

La "sospecha inicial" del caso del ex diputado federal del SPD (Partido Social Demócrata) *Sebastian Edathy* fue la que recibió especial atención, debido a la cual su casa y su lugar de trabajo fueron registrados en febrero de 2014. El motivo fue que *Edathy*, entre octubre de 2005 y junio de 2010, había adquirido fotos de niños desnudos a una empresa canadiense. La policía de Canadá había enviado una lista de clientes alemanes a la Oficina Federal de la Policía Criminal (*Bundeskriminalamt, BKA*) tras el descubrimiento de una red canadiense de pornografía infantil. Las películas y las fotos compradas por *Edathy* mostraban a niños desnudos de 9 a 14 años. Según la evaluación de la BKA y la Oficina Central de Lucha contra la Delincuencia en Internet, se trataba de fotografías de la denominada "categoría 2", es decir, "fotografías de desnudos no pornográficos de niños y jóvenes". En consecuencia, las imágenes —a diferencia del llamado "material pornográfico infantil y juvenil" de "categoría 1"— no mostraban actos sexuales y tampoco se centraban en la zona genital de las personas fotografiadas. Así pues, las imágenes representaban "material irrelevante para el Derecho penal".[1] No obstante, la fiscalía de Hannover inició una investigación preparatoria; a pedido suyo, el 10 de febrero de 2014, el *Amtsgericht* (juzgado de primera instancia) de la misma localidad dictó las órdenes de registro.

La fiscalía había justificado su decisión —con fuerte repercusión mediática—[2] en que la posibilidad de encontrar material pornográfico infantil era una cuestión valorativa difícil de responder; de todos modos, se trataba de un caso fronterizo. La vasta y prolongada experiencia de los especialistas de la fiscalía de Hannover y de la policía indicaba que una persona que había comprado esa clase de fotografías con desnudos también poseía material pornográfico infantil. Además, quienes encargaban ese tipo de imágenes tampoco podían controlar qué material les era finalmente enviado por el proveedor. Durante el procesamiento de un pedido, no era posible determinar ya si los productos solicitados —al ser evaluados posteriormente— eran de pornografía

[1] No hay indicios de una evaluación posterior y divergente del material como pornografía infantil al momento decisivo y único de la apertura del procedimiento —debido al detallado examen previo de los expertos—; esta mera suposición no se ha confirmado desde entonces (hasta donde se puede saber). En particular, la acusación presentada el 17 de julio de 2014 en virtud de los §§ 184b, párr. 4, 1.ª oración, y 184c, párr. 4, 1.ª oración, StGB, se basa en otro material pornográfico infantil; al respecto, véase el comunicado de prensa de la Fiscalía de Hannover del 17 de julio de 2014, http://www.staatsanwaltschaften.niedersachsen.de/portal/live.php?navigation_id=22924&article_id=126374&_psmand=165 (última visita: agosto de 2014).

[2] En conferencia de prensa, los fundamentos fueron explicados detalladamente y contaron con un fuerte impacto mediático; véase https://www.youtube.com/watch?v=YxAwdDFM9sA (última visita: agosto de 2014).

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

infantil o si el umbral de la responsabilidad penal todavía no había sido superado. Para fundamentar la sospecha inicial, la fiscalía también se refirió a la supuesta "acción conspirativa" de *Edathy*, inferida, entre otros elementos, de la circunstancia que había utilizado diferentes direcciones de correo electrónico para hacer los pedidos y distintas tarjetas de crédito para el pago. Además, no había descargado las imágenes obtenidas en línea a su propia computadora, sino que había utilizado las del Departamento de Informática (*IT Referat*) del *Bundestag*. De manera concordante, el *Amtsgericht* de Hannover justificó las órdenes de registro en que, si bien "todavía podía no haberse completado un tipo penal", el envío y la compra de las películas indicaba que el comprador tenía una tendencia a la pedofilia. "En virtud de la experiencia criminalística", cabía suponer que el comprador también poseía material penalmente relevante.[3]

Mientras se expandía la indignación pública por el comportamiento inmoral (!) de *Edathy* y se reclamaba un endurecimiento del Derecho penal alemán, de tal modo que en el futuro todo comercio o intercambio de fotografías de niños desnudos ya constituyera un delito,[4] otros criticaban duramente la actuación mediática de las autoridades a cargo de la persecución penal así como también el registro de ámbitos y oficinas privadas sobre la base de un comportamiento que —al menos en apariencia— era legal e impune según el derecho alemán.[5] *Edathy* intentó defenderse —

[3] Véase la edición digital del diario sueddeutsche.de del 15/02/2014, http://www.sueddeutsche.de/politik/fall-edathy-wie-aus-strafrechtlich-irrelevant-eine-razzia-wurde-1.1889578 [enlace verificado el día 26 de febrero de 2022].

[4] Véase la iniciativa del partido CSU de febrero de 2014 para punir el "intercambio en el mercado" de fotos de desnudos, en http://www.sueddeutsche.de/politik/geplante-gesetzesinitiative-csu-will-handel-mit-kindernacktfotos-verbieten-1.1898117 [enlace verificado el día 26 de febrero de 2022]. Ver también los preparativos de un proyecto legislativo por parte del Ministerio Federal de Justicia —aunque limitado al intercambio comercial— en http://www.bmjv.de/DE/WebS/TDOT/Reisefreiheit/_doc/_doc.html (última visita: agosto de 2014). Cfr. también el comentario crítico de *Krings* sobre la situación jurídica actual y su opinión sobre los esfuerzos reformistas muy tardíos del legislador, ZRP pp. 14, 69 ss.; también el debate a favor y en contra entre *Frieser* y *Renzikowski*, DRiZ 14, 132 ss.

[5] En particular, cfr. *Fischer,* con duras críticas, en ZEIT-ONLINE v. 27/02/2014, http://www.zeit.de/2014/10/staatsanwaltschaft-fall-edathy (última visita: agosto de 2014).

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

sin éxito hasta ahora— recurriendo la orden de registro. Su recurso ante el Tribunal Constitucional (BVerfG)[6] también fracasó.[7]

Aunque hasta la fecha no se han aclarado todos los detalles de los hechos del caso, este plantea una cuestión sumamente interesante: si, y bajo qué circunstancias, la fiscalía (de acuerdo con el marco fáctico conocido al momento de decidir la apertura de una investigación preliminar) puede considerar una conducta legal y carente de relevancia penal para afirmar una sospecha inicial y, en consecuencia, ordenar medidas de coerción, como el registro contra la persona sospechada, cuando, en definitiva, carece de conocimiento alguno acerca de la comisión de un delito.

II. La sospecha inicial. Concepto y funciones

Los términos "sospecha inicial" ni siquiera son utilizados por el StPO. Cuando el § 152, segundo párr.,* habla de "indicios fácticos concretos" acerca de un "delito perseguible", se observa aquí la definición de "sospecha inicial".[8] La fiscalía debe actuar ante toda sospecha de comisión de un delito —con independencia de que se dirija contra una persona conocida o desconocida— (principio de legalidad), con lo cual se realiza la "unidad de la aplicación del derecho" y la "igualdad ante la ley".[9]

[6] Cfr. "Registros en el caso Edathy: un ex miembro del Bundestag presenta un recurso de inconstitucionalidad", en Legal Tribune ONLINE del 05.05.2014, http://www.lto.de/persistent/a_id/11857/ [enlace verificado el día 26 de febrero de 2022]; a este respecto, cfr. la decisión favorable del BVerfG (a título de medida cautelar) en una constelación de casos de registro bastante similar: BVerfG, sentencia del 05/02/2014 - 2 BvR 200/14 = BeckRS 2014, 51664.

[7] Véase *BVerfG (*3.ª Cámara del Segundo Senado), NJW 2014, p. 3085; véase también BVerfG NJW 2018, p. 3571 —decisión en la cual, sin embargo, se hace hincapié en la necesidad de añadir "otros indicios" de la comisión de un delito penal—.

* La regla citada del StPO alemán utiliza la expresión "*zureichende tatsächliche Anhaltspunkte*", que ha sido traducida de diversas maneras: Julio MAIER en su tesis doctoral, la tradujo como "indicios materiales suficientes" (ver "La Ordenanza Procesal Penal alemana. Su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentino", en *Doctrina Penal* 1979, año 2, Buenos Aires, Depalma, p. 337); Daniel PASTOR y Gabriela CÓRDOBA optaron por la frase "puntos de partida objetivos" (ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal,* trad. de la 25.ª ed. alemana por Daniel PASTOR y Gabriela CÓRDOBA, revisada por Julio B. J. MAIER, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p. 329); en cambio, en la traducción del *Curso Fundamental de Derecho procesal penal* de Klaus VOLK, quienes la realizaron eligieron la frase "indicios fácticos concretos" (ver obra citada, trad. de la 7.ª ed. alemana por Alberto NANZER, Noelia T. NÚÑEZ, Daniel R. PASTOR y Eugenio SARRABAYROUSE, revisada por Noelia NÚÑEZ, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, p. 79). Aquí utilizaremos indistintamente esas expresiones y sumamos "evidencia concreta" (N. de T).

[8] Véase únicamente LR-*Beulke,* § 152, n.º m. 21.

[9] Cfr. BGHSt 15, p. 159 = NJW 1960, pp. 2346, 2347; ver también *Pfeiffer*, StPO § 152, n.º m. 2.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

A este respecto, el concepto de sospecha inicial funciona como el "disparador" del deber legal de investigación basado en el interés público que pesa sobre los funcionarios a cargo de la persecución penal.

Sin embargo, y al mismo tiempo, la sospecha inicial cumple, por así decir, una función contraria, aunque no menos importante, **de protección individual**. El segundo párr. del § 152, StPO no solo expresa el deber de investigar, sino que también establece un umbral por debajo del cual los funcionarios a cargo de la persecución no pueden iniciar una investigación penal.[10] Esto es comprensible porque las investigaciones policiales y de la fiscalía, en cualquier caso, "empañan la 'buena reputación' y el prestigio de la persona afectada"[11] y pueden causar considerables y tangibles daños económicos, psicológicos o sociales. Por lo tanto, la implementación de este procedimiento estatal conduce *per se* a molestias relevantes en los derechos fundamentales de la persona afectada.

Esto queda especialmente claro en el caso *Edathy*: con el anuncio de la apertura de las actuaciones preliminares contra él, su reputación quedó irreversiblemente dañada, su carrera profesional como integrante del *Bundestag* llegó a un abrupto final e incluso su seguridad personal ya no parecía estar garantizada en Alemania, pues informó que había recibido amenazas de muerte telefónicas.[12] Por lo tanto, resolvió —decisión muy comprensible en esas circunstancias— marcharse al extranjero. Tal vez las consecuencias de una investigación preliminar habitualmente no son tan evidentes. Sin embargo, siempre se trata de la intervención del Estado en la esfera privada, sin que en ese momento ya esté claro que realmente se ha cometido un delito. Los perjuicios que una persona acusada tiene que tolerar durante una investigación preparatoria en virtud de fundamentos legales son, por así decirlo, un "sacrificio especial" que hace en interés de la generalidad en el esclarecimiento de potenciales delitos. Huelga decir que en un Estado de Derecho esta especie de victimización especial debe reducirse al mínimo, lo que se expresa en la vigencia general del principio de proporcionalidad con respecto a todas las medidas coercitivas ordenadas contra la persona acusada. Sería incomprensible el por qué debería regir algo distinto a la hora de

[10] Véase solo LR-*Beulke* § 152, n.º m. 22; *Fischer/Maul*, NStZ 92, pp. 7, 10; *Hund*, ZRP 91, p. 463; *Zabel*, ZIS 2014, pp. 340, 341.

[11] Véase OLG Schleswig, OLG Report Celle 2008, p. 398, en el que se destaca esta característica especial de la investigación penal (criminal), particularmente, en contraste con la sospecha inicial propia de una contravención.

[12] Cfr. la edición de Spiegel-Online del 23/02/2014, http://www.spiegel.de/politik/deutschland/kinderporno-affaere-morddrohungen-gegen-edathy-a-955135.html [enlace verificado el día 26 de febrero de 2022].

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

evaluar si se debe iniciar una investigación preliminar, que también afecta los derechos fundamentales.

Además, la sospecha inicial en el sentido del § 152, segundo párr., StPO, según la opinión dominante, debe equipararse con el grado de sospecha suficiente —dado el caso, junto a otros requisitos previos— para ordenar medidas de coerción.[13] El dictado de una orden de registro —como al inicio del caso seguido contra *Edathy*— se basa en los §§ 102 y 105, StPO y, en última instancia, solo requiere la existencia de una sospecha inicial, simplemente concretada con respecto a una persona específica.[14] Debido a la injerencia de los funcionarios de la persecución penal en el derecho básico del art. 13, primer párr., Ley Fundamental (*Grundgesetz, GG*) en el caso de un registro, resulta todavía más evidente que deben establecerse requisitos claros, no demasiado laxos, para la "sospecha", requisito previo que autoriza la injerencia.[15] Las investigaciones "a ciegas" (o en el vacío) o "excursiones de pesca" son constitucionalmente inadmisibles, en particular a la vista de la presunción de inocencia del art. 6, segundo párr., del Convenio Europeo de Derechos Humanos.[16]

III. El concepto de sospecha inicial. Naturaleza jurídica y elementos de su definición

En cierta contradicción con esta significativa función constitucional de la sospecha inicial, hasta ahora existen pocos intentos en la jurisprudencia y la doctrina para aclarar este concepto y dotarlo de contenido.

Según la opinión dominante, una sospecha inicial presupone, en todo caso, indicios concretos que posibilitan, de acuerdo con la experiencia criminalística, la existencia de un hecho penal

[13] Véase solo *Beulke*, StPO, n.º m. 17; solo en apariencia más estricto, BeckOK-StPO-*Beukelmann*, § 152, n.º m. 4.1, quien, en definitiva, a pesar de la "definición estricta" aplica las mismas reglas que la opinión dominante con respecto al § 152, segundo párr., StPO.

[14] Cfr. *Hoven*, NStZ 14, pp. 361, 363.

[15] Véase, sin embargo, *Hoven,* NStZ 14, pp. 361, 363, para quien los tribunales solo tienen en cuenta la especial sensibilidad de los derechos fundamentales en el "examen de proporcionalidad".

[16] Cfr. BVerfG, NJW 06, pp. 1939, 1946; en general, sobre el significado de la presunción de inocencia para quienes tienen a su cargo la persecución penal: S/S/W-StPO-*Satzger*, art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, n.º m. 96; sobre la conducta, al menos discutible, de la fiscalía en el caso *Edathy* y una posible violación de la presunción de inocencia, véase *Bommarius*, AnwBl 14, 431.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

perseguible.[17] De este modo, debe darse a los investigadores un ámbito de decisión únicamente revisable de forma limitada por los tribunales. La jurisprudencia no suele ir más allá de una referencia global a una "evaluación general de todas las comprobaciones fácticas requeridas en el caso individual bajo una consideración exacta de todas las características particulares",[18] pero no se ocupa de los requisitos concretos de la sospecha inicial y, en última instancia, no hace más que, simplemente, presuponer el concepto.

A partir de la definición brindada por la opinión dominante, pueden identificarse los siguientes elementos de una sospecha inicial, así como su estructura básica.

1. Evidencias concretas: la base necesaria para una sospecha inicial son las evidencias concretas conocidas por las autoridades a cargo de la persecución. Así pues, una sospecha inicial solo puede construirse legítimamente si está basada en indicios concretos,[19] es decir, en condiciones o acontecimientos del presente o del pasado accesibles mediante las pruebas. Por lo tanto, las meras suposiciones vagas, sin apoyo en circunstancias concretas, o las puras posibilidades teóricas, son insuficientes a este respecto.[20]

2. *Suficientes puntos de partida objetivos para la persecución de un delito*: con la característica de "suficiencia", la definición legal tiende el puente entre los hechos conocidos, por una parte, y el objetivo de las investigaciones a iniciar, especificado en el § 152, segundo párr., StPO, esto es, el esclarecimiento de un "delito" que debe ser perseguido. De ello se desprende que no todo indicio puede servir de base para una sospecha inicial, sino que debe tener una cierta *conexión interna* con un (posible) delito que dé lugar a las investigaciones. Por consiguiente, deben "*hablar a favor*" de que precisamente el suceso vital que se está investigando implica un delito.[21] Sin embargo, aún no se ha aclarado qué significa esto exactamente. En la jurisprudencia hay poca precisión sobre este aspecto.

[17] Cfr. BVerfG NStZ 94, pp. 499, 500; BGH NJW 89, pp. 96, 97; *Beulke,* StPO, n.º m. 311; *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 152, n.º m. 4; S/S/W-StPO-*Schnabl/Vordermayer*, § 152, n.º m. 6; *Senge*, FS Hamm, p. 702; AnwK-StPO-*Walther*, § 152 n.º m. 5.

[18] Cf. BGHSt 20, pp. 333, 341; LG Bonn, sentencia del 25.09.2008 – 27 Qs 5, 27/08.

[19] Cfr. OLG Hamburg NJW 84, pp. 1635, 1636; S/S/W-StPO-*Schnabl/Vordermayer*, § 152 n.º m. 6.

[20] Cfr. BVerfGE 115, pp. 166, 197 ss. = NJW 06, pp. 976 y 982, así como también más recientemente BVerfG NJW 14, pp. 2265 ss.; véase también OLG Hamburg NJW 84, pp. 1635, 1636; LR-*Beulke* § 152, n.º m. 22.

[21] BeckOK-StPO-*Beukelmann* § 152, n.º m. 4.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Por el contrario, el *Landgericht* (*LG; tribunal estadual*) de *Aachen* va mucho más allá, en tanto señala que esa conexión solo puede afirmarse cuando la comisión del delito, sobre la base de los indicios conocidos, es más probable que otros escenarios. En un asunto relativo a la adquisición y posesión de pornografía infantil a través de Internet, el tribunal exigió, para afirmar una sospecha inicial, la existencia de indicios materiales suficientes de que el supuesto delito *probablemente* se había cometido; en el caso concreto, la negó porque era "al menos igual de probable" que el acusado hubiera obtenido las imágenes pornográficas infantiles por medios no punibles.[22]

En la doctrina se utiliza predominantemente la fórmula de que se debe disponer de indicios concretos que, según la experiencia criminalística, *permitan mostrar como posible* la existencia de un delito.[23] Sin embargo, el umbral para suponer una sospecha inicial debe fijarse "muy bajo".[24] Una probabilidad baja no daña, antes bien, las dudas pueden aún prevalecer en esa etapa del proceso. Por lo tanto, es bastante obvio que se aplica un estándar significativamente más bajo en comparación con el establecido por el LG de *Aachen*. KÜHNE, que reprocha a la opinión dominante no haber hecho nada más allá de los "lugares comunes" para concretar el concepto de sospecha,[25] aboga por un enunciado matemático de probabilidad. Para afirmar una sospecha inicial resulta suficiente una probabilidad menor del 50%, aunque este valor no debe tender al cero.[26] Esto deja en claro que obviamente no se trata solo de una disputa sobre el significado de las palabras. Los enunciados de KÜHNE sobre la probabilidad, por un lado, y las del LG de Aachen, por otro, muestran muy claramente que existen concepciones completamente diferentes sobre los requisitos de probabilidad subyacentes a una sospecha inicial.

A la vista de estas divergencias y, por cierto, también debido a la vaguedad de los enfoques matemáticos, difícilmente manejables en la práctica, parece atractivo, junto con la opinión dominante, prescindir de los enunciados de *probabilidad* y centrarse únicamente en la "posibilidad" de la comisión de un hecho perseguible penalmente. Si esto se tomara realmente en serio, facilitaría considerablemente la "solución" del caso *Edathy*. Era innegable que *Edathy* tenía acceso a Internet. Por lo tanto, le fue *posible* pedir material de pornografía infantil disponible y ofrecido *on line*. Sin

[22] LG Aachen, MMR 08, 764.

[23] *Supra* nota 17.

[24] KK-*Diemer*, § 152, n.º m. 7.

[25] *Kühne*, NJW 79, pp. 617 y 618.

[26] *Kühne*, Strafprozessrecht, n.º m. 337.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

embargo, todos los demás usuarios de Internet fueron y son capaces de hacerlo, por lo que el criterio de "posibilidad" por sí *solo* es inadecuado para la delimitación del concepto. En particular, si se tuviera en cuenta únicamente la mera posibilidad de haberse cometido un delito, la sospecha inicial perdería todo efecto limitador con respecto a la intervención de las autoridades a cargo de la persecución penal. Solo cuando se hubiera refutado la existencia de un delito, podría negarse en definitiva la posibilidad de cometerlo y, con ello, la sospecha de haberlo realizado.[27] Por lo tanto, hay que exigir más que la posibilidad. Como veremos, el criterio de la conexión interna entre el hecho y la infracción punible, que ya se ha mencionado, es por lo tanto de especial importancia.

3. *Correctivo: ¿la experiencia criminalística y un margen de decisión?* Sin embargo, la opinión dominante tampoco se basa en una "posibilidad" objetivamente entendida, sino que también la sitúa en un contexto subjetivo. La posibilidad debe entenderse en el contexto de la *experiencia criminalística* del perseguidor penal. Se trata de un margen de decisión otorgado a la persona que decide sobre el inicio de un proceso penal.

En principio, resulta indudable que la sospecha es un criterio que debe evaluarse *ex nunc* desde la perspectiva de quien investiga. Por lo tanto, siempre se trata de una evaluación subjetiva del pasado, que se presenta como una especie de "pronóstico retrospectivo",[28] realizado por la fiscalía sobre la base de hechos conocidos para concluir que —suponiendo la corrección de esa evaluación— se ha cometido un hecho punible. Por supuesto, esto no debe abrir un ámbito de libertad absoluta para la fiscalía, pues entraría en flagrante contradicción con la importante función de protección individual que cumple la sospecha inicial (véase más arriba). En particular, no hay un ámbito de discrecionalidad con respecto *a las consecuencias jurídicas:* por lo tanto, iniciar un procedimiento no está sujeto a la discreción del investigador.[29] La concesión de una discrecionalidad tal equivaldría, en última instancia, a un amplio reconocimiento del principio de oportunidad (véanse los §§ 153 y sigs. StPO),[30] el cual, sin embargo y de acuerdo con el derecho en vigor, debería

[27] Así, con razón, *Eisenberg/Conen*, NJW 98, pp. 2241 y 2243.

[28] *Kühne*, Strafprozessrecht, n.° m. 327; del mismo autor, NJW 79, pp. 617 y 619; véase también *Zabel*, ZIS 14, pp. 340 y 342.

[29] Sin embargo, la doctrina más antigua es parcialmente diferente: véase, p. ej., *v. Hindte*, Die Verdachtsgrade im Strafverfahren, Kiel 1973, p. 37; *Kaiser*, NJW 65, p. 2380.

[30] Detalladamente LR-*Beulke*, § 152, n.° m. 8 ss.; S/S/W-StPO-*Beulke*, introducción, n.° m. 51.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

aplicarse precisamente solo como una excepción al principio de legalidad, vigente de modo general y garantizado por el § 152, segundo párr., StPO.[31]

Dado que el legislador en el § 152, segundo párr., StPO, trabaja con conceptos jurídicos indefinidos *del lado de la tipicidad*,[32] la cuestión solo puede ser si se otorga a las autoridades a cargo de la persecución penal un ámbito de decisión que no es o —mejor dicho— solo es justiciable de manera limitada. La interpretación de conceptos jurídicos indeterminados está, en principio, sujeta a un completo control judicial.[33] Sin embargo, excepcionalmente, y en relación con ciertos grupos de casos, se concede a la administración un margen de decisión que no es totalmente justiciable.[34] La jurisprudencia sobre la sospecha inicial también lo afirma[35] —aunque de manera bastante incidental— con la amplia aprobación de la doctrina.[36] Para evaluar si existe una sospecha inicial, se requiere una visión de conjunto, cuyo resultado se basa en gran medida en una ponderación subjetiva, que no puede ser evaluada en detalle, de los elementos fácticos incluidos en esa estimación.[37] Se trata de una necesaria valoración de momentos incriminatorios y desincriminatorios que, de acuerdo con la experiencia criminalística, puede suceder de manera

[31] *Beulke*, StPO, n.° m. 17.

[32] Véase solamente *Bach*, Jura 07, pp. 12 y 14; LR-*Beulke* § 152, n.° m. 28; *Bottke*, GA 80, pp. 298 y 303; S/S/W-StPO-*Schnabl/Vordermayer*, § 152, n.° m. 6.

[33] Cfr. BVerfG NJW 91, pp. 2005 y 2006.

[34] Cfr. en general, BVerfG NVwZ 10, pp. 435 ss.; NVwZ 12, pp. 694 ss.

[35] Cfr. BGH NJW 70, pp. 1543 y 1544; NJW 90, pp. 2633 y 2634; NJW 92, pp. 1463 y 1466; véase también BVerfG NJW 84, pp. 1451 y 1452.

[36] Cfr. únicamente LR-*Beulke* § 152, n.° m. 28; *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 152, n.° m. 4, KK-*Diemer* § 152, n.° m. 8. Con respecto a las medidas de coerción que presuponen una sospecha inicial (p. ej., un registro), la jurisprudencia —por lo que se ve— nunca menciona explícitamente un espacio de decisión, lo que podría interpretarse en el sentido de que, habida cuenta de la relevancia de esas medidas en relación con los derechos fundamentales, es evidente la moderación con respecto a conceder a quienes investigan un ámbito de discrecionalidad sin controles. Sin embargo, el estándar de revisión prescrito por el BVerfG (p. ej., la sospecha inicial, "incomprensible y objetivamente arbitraria", véase BVerfG NJW 91, pp. 690 y 691) muestra que a quienes tienen a su cargo la persecución penal se les concede en definitiva un ámbito de decisión comparable a uno de discrecionalidad (véase también *Hoven*, NStZ 14, pp. 361 y 363).

[37] BGH NJW 89, p. 96.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

diferente.[38] Por lo tanto, distintos observadores —sin incumplir un deber— podrían llegar a soluciones disímiles.[39]

Pero incluso si se reconoce un margen de discrecionalidad, esto no significa que quienes investigan sean completamente libres para decidir si se cumplen los requisitos del § 152, segundo párr., StPO. Los límites para asumir una sospecha inicial están trazados por la violación de las leyes del pensamiento, una interpretación inaceptable y, en particular, la prohibición de la arbitrariedad.[40]

Sin embargo, no debe pasarse por alto que la opinión dominante, al enfatizar la experiencia criminalística y otorgar un margen de discrecionalidad, en gran medida toma distancia de los intentos de establecer los requisitos conceptuales de la sospecha inicial. Más bien, "delega" a la práctica la competencia para definirla caso por caso. No obstante, cabe destacar que, en la presente constelación, el respeto de los límites del ámbito de decisión podría, en cualquier caso, revisarse judicialmente de manera relativamente poco problemática. Porque el tribunal conoce los hechos (a partir de las actas) y los jueces tienen a disposición —al menos tanto como los fiscales— los conocimientos jurídicos necesarios y un grado suficiente de perspectiva criminalista o incluso a menudo (debido, entre otras cosas, al intercambio de puestos entre fiscalía y judicatura en la mayoría de los estados federales) la experiencia pertinente como fiscales. Así pues, no se plantea aquí el problema que suele tener la jurisprudencia en el derecho administrativo debido a que el control judicial choca con sus límites funcionales, tal como ocurre particularmente en los casos de revisión de decisiones sobre verificaciones, valoraciones realizadas por funcionarios de la Administración pública o resoluciones valorativas tomadas a través de comisiones de expertos sin un procedimiento establecido.[41] También para el caso absolutamente comparable[42] del examen del "concepto de peligro" utilizado por los funcionarios policiales cuando actúan preventivamente, la

[38] BVerfG NJW 84, pp. 1451 y 1452.

[39] BGH NJW 89, p. 96; en cambio, es insuficiente el razonamiento del BGH NJW 95, pp. 1974 y 1975, según el cual se entiende por sí solo que en el procedimiento preparatorio el grado de sospecha —también dependiente de la experiencia criminalística de la persona que evalúa— puede ser valorado de manera diferente.

[40] Sobre los límites a la arbitrariedad, véase BGH NJW 89, p. 96; cfr. también BVerfG NStZ 84, pp. 228 y 229; NStZ 04, p. 447.

[41] Cfr. *Eisenberg/Conen*, NJW 98, pp. 2241 y 2248.

[42] Véase *Kühne*, Strafprozessrecht, n.º m. 323.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

jurisprudencia nunca ha reconocido —a pesar de la situación similar— un ámbito discrecional de decisión.[43] Por lo tanto, no es sin razón que algunas personas rechazan totalmente el reconocimiento de un margen de decisión en el § 152, segundo párr., StPO.[44] El hecho de que el § 142, GVG (Ley de Organización Judicial) reconozca autonomía a la fiscalía y que el StPO le otorgue el monopolio de la acusación habla en última instancia a favor —a pesar de todas las dudas— de seguir la opinión dominante y aceptar un ámbito de decisión discrecional de las autoridades a cargo de la persecución.[45] Sin embargo, esto solo debería aceptarse dentro de un marco muy estrecho, por un lado, debido a que —en comparación con la constelación de casos "típicos"— hay una necesidad claramente menor de tal ámbito discrecional; y, por el otro, en razón de la considerable relevancia que tienen los derechos fundamentales al inicio de una investigación preliminar. Esto vale aún más para la adopción de medidas de coerción, fácticamente anudadas a la existencia de una sospecha inicial, como particularmente en el caso de las órdenes de registro que implican una injerencia en el derecho básico previsto en el art. 13 de la Ley Fundamental.[46] Por consiguiente, se debe tener cuidado de que la experiencia criminalística no degenere en una "caja negra" arbitraria, argumentativamente utilizable de manera amplia. Antes bien, la fiscalía, que afirma una sospecha inicial, debe poder referirse a reglas de la experiencia *comunicables intersubjetivamente*,[47] lo que permite transparentar la conexión interna que a su juicio existe entre los elementos fácticos conocidos y el hecho penal perseguible, lo que permite a su vez examinar la justificación de la decisión.[48]

IV. El comportamiento legal como fundamento para suponer una sospecha inicial

[43] Cfr. únicamente BVerwG NJW 91, pp. 2005 y 2006.

[44] Cfr. *Eisenberg/Conen*, NJW 98, pp. 2241 y 2248 ss.

[45] En particular, también *Eisenberg/Conen*, NJW 98, pp. 2241 y 2249.

[46] Véase también BVerfG NJW 14, pp. 2265 ss., en el que, sin embargo, se funda principalmente en el criterio de la proporcionalidad.

[47] Sobre los requisitos mínimos de las reglas de la experiencia véase en detalle *Freund*, *Normative Probleme der „Tatsachenfeststellung"*, Heidelberg 1987, pp. 15 ss.; sobre la intersubjetividad como criterio, cfr. *Fincke*, ZStW 95 (1983), pp. 918 y 924; *Kühne*, NJW 79, 617, 619; *Ebert*, *Der Tatverdacht im Strafverfahren unter spezieller Berücksichtigung des Tatnachweises im Strafbefehlsverfahren*, Frankfurt a.M., 2000, p. 33; *Bach*, Jura 07, pp. 12 y 14; *Deiters*, *Legalitätsprinzip und Normgeltung*, Tübingen 2006, p. 124.

[48] Sobre el deber de fundamentación constitucional en casos dudosos, véase BVerfG NJW 14, pp. 2265 ss.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

El caso *Edathy* ha suscitado el debate sobre si —y, en caso afirmativo, en qué condiciones— un comportamiento legal puede provocar una sospecha inicial. Sin embargo, este todavía no es el punto decisivo: más concretamente, la cuestión aquí es en realidad si las autoridades a cargo de la persecución penal pueden iniciar un procedimiento contra un ciudadano que se comporta legalmente cuando todavía desconocen la existencia de un hecho perseguible penalmente.[49]

1. En primer lugar, hay que decir que no es en absoluto inusual que las autoridades encargadas de la persecución penal infieran su sospecha inicial de formas de comportamiento "legales". Solo hay que pensar en el esposo divorciado en constante disputa con su exesposa. Si ella es encontrada asesinada, el comportamiento del exmarido —completamente legal— puede ser usado para dirigir la sospecha inicial hacia él. P. ej., si obtuvo la nueva dirección de su exmujer de unos amigos (¡legalmente!), que finalmente fue el lugar del crimen; si poco antes del hecho, compró un bate de béisbol (¡legalmente!) y la mujer fue asesinada con este, o si alquiló un día antes del homicidio un Audi A4 (¡legalmente!) y fue visto a bordo de este la jornada en que se produjo la muerte delante de la casa de su exmujer. Surge evidente que los investigadores pueden deducir una clara sospecha de la suma de estos comportamientos legales. En este caso, es innecesario contar siquiera con una especial experticia criminalística.

2. En este caso, que comportamientos legales puedan generar una sospecha se debe en gran medida a que esas conductas, en el contexto del delito conocido por las autoridades a cargo de la persecución penal, hablan a favor de la comisión del hecho concretamente investigado. Se trata del *caso normal* de una investigación preparatoria en la que el ministerio público tiene conocimiento de un delito y luego se esfuerza por identificar a su autor. Aquí pueden distinguirse dos niveles:

- Partiendo de las circunstancias conocidas del hecho (lugar y hora de comisión, rastros, etc.), quienes investigan tratan de reunir indicios que señalen al autor del delito (**nivel 1: indicios de autor del hecho**).

- Con este fin, se busca a las personas cuyas relaciones personales o sus comportamientos muestran indicios que apuntan a la comisión del hecho (**nivel 2: indicios del hecho referidos a posibles personas sospechosas**).

[49] Sobre esta diferenciación, véase también BVerfG NJW 2018, pp. 3571 y 3573.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Si se encuentran los indicios correspondientes a los niveles 1 y 2 (p. ej., si el lugar del hecho y la ubicación del autor coinciden con el momento del suceso), estos son adecuados para fundar la sospecha. Cuantos más elementos de este tipo se encuentren, más hablan a favor de una sospecha suficiente. No se trata aquí de la legalidad del comportamiento.

3. Es más difícil fundamentar la sospecha más allá de este "caso normal" si quienes investigan solo tienen conocimiento de indicios del nivel 2, pero no saben (todavía) nada concreto sobre el hecho en sí mismo (nivel 1). Por lo tanto, de lo que se trata aquí es establecer si también puede asumirse una sospecha inicial cuando el comportamiento de una persona sugiere que se ha cometido un delito (todavía desconocido). Sin embargo, las meras hipótesis y presunciones son insuficientes, según una opinión generalizada, por lo que deben reunirse más elementos. Al mismo tiempo, se torna evidente que, si se desconocen circunstancias del nivel 1 dirigidas a un posible autor, aparecen considerables dificultades para fundar una sospecha, pues resulta imposible remitirse a indicios correspondientes a los dos niveles. En concreto: si no sé cuándo se ha cometido un hecho, falta también el criterio para considerar sospechosas a las personas que han estado en un determinado lugar y en un determinado momento.

4. En el mejor de los casos, solo excepcionalmente podría ocurrir algo diferente si el significado de los indicios del nivel 2 es tan claro que no permite prácticamente ninguna otra interpretación distinta a que se ha cometido un delito. Sin embargo, esto podría ser la excepción (p. ej., si una persona quisiera "aclarar las cuentas", confesar y mostrar los elementos con los que cometió el hecho). Incluso un comportamiento punible no confiere una "carta blanca" aquí. En especial, de un comportamiento punible no puede inferirse una inclinación delictiva de la persona, que a su vez pueda utilizarse nuevamente como fundamento de una futura sospecha inicial. El *Amtsgericht* (AG) de *Saalfeld* rechazó, correctamente, la solicitud de allanar un departamento debido a la sospecha (inicial) —renovada— de posesión de estupefacientes, basada en una investigación anterior contra la misma persona durante la que ya se habían encontrado drogas sintéticas en un registro del mismo lugar. Pues esto significaría que la persona a la que una vez se le encontraron drogas tendría que tolerar siempre repetidos registros, lo que llevaría, *de facto*, a la pérdida de su derecho fundamental a la libertad de acción (art. 2, primer párr., Ley Fundamental).[50] Así pues, de una conducta ilícita no debe inferirse una inclinación general delictiva y, en consecuencia, de cometer otros delitos

[50] Así el AG Saalfeld, NJW 01, p. 3642.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

similares.[51] Sin embargo, con mayor razón, en el caso *Edath*y, la inclinación pedófila inferida de la colección de imágenes de desnudos (en última instancia, también solo sospechada) es inútil para fundar una sospecha inicial en relación con el § 184b StGB, ya que tales inclinaciones —si no desembocan en un comportamiento punible— son penalmente irrelevantes.[52]

5. Sin embargo, la jurisprudencia ha aceptado una sospecha inicial si a la conducta legal establecida en el nivel 2 se agregan circunstancias adicionales (indicios de hecho, también ubicados en el mismo nivel) que, aunque no suprimen la legalidad, en virtud de su carácter indiciario, brindan a la conducta *una impronta diferente*. Resulta de interés la jurisprudencia[53] sobre las denominadas "operaciones en el mostrador"[54] (*Tafelgeschäfte*). Según ella, la mera posesión de documentos referidos a esta especie de operaciones y su depósito para custodia no da lugar por sí sola a la sospecha inicial sobre la comisión de un delito fiscal.[55] Las operaciones en el mostrador ya son, por definición, anónimas, por lo cual sería absurdo e incompatible con el orden constitucional que la mera existencia de un comportamiento considerado legalmente permitido pudiera ser vinculado de manera automática con las consecuencias jurídicas de una sospecha inicial.[56] Sin embargo, la situación sería diferente si hubiera indicios de una anonimización deliberada.[57] Así pues, si el cliente tiene cuentas y depósitos en la misma institución bancaria, pero no obstante realiza transacciones de

[51] De este modo correcto, *Hoven*, NStZ 14, p. 366.

[52] Cfr. también *Fischer*, en ZEIT-ONLINE del 27/02/2014, p. 2, http://www.zeit.de/2014/10/staatsanwaltschaft-fall-edathy (última visita agosto 2014): "La penalización cada vez más dura y anticipada de las personas con inclinaciones sexualmente desviadas, en realidad, no conduce —contra todos los anuncios de los políticos de derecha— a que puedan o quieran decidirse por lo lícito (esto es, lo permitido) y contra lo ilícito. Y, si lo hicieran, no les serviría de nada: el esfuerzo por hacer solo y precisamente lo que aun está permitido funda aún más la sospecha de que los verdaderos crímenes son ahora meramente ocultados".

[53] Véase BVerfG NJW 02, p. 1940; BFH DStR 00, p. 1511 (= NJW 00, p. 3157); DStR 01, p. 1387 (= NJW 01, p. 2997).

[54] Las operaciones en el mostrador, en general, son todas aquellas en las que el cliente del banco recibe una contraprestación inmediata de la institución contra un pago en efectivo efectuado por ventanilla —es decir, "en el mostrador"—, sin que sea necesario recurrir a sus cuentas bancarias con ese fin (p. ej., la compra o venta de billetes y monedas extranjeras, metales preciosos y cheques de viaje); cfr. *Knierim*, en Volk, Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 2.ª ed., 2014, § 22, n.º m. 61 ss.

[55] Cfr. BFH DStR 01, pp. 1387 y 1389; así ya, BFH DStR 00, p. 1511.

[56] Cfr. BFH DStR 01, pp. 1387 y 1389.

[57] Véase LG Detmold, wistra 99, p. 434; BFH DStR 01, pp. 1387 y 1389: "realizado de un modo poco habitual en la práctica bancaria".

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

valores mediante pagos y retiros de dinero en efectivo, puede inferirse una sospecha inicial de la forma en que se realizaron *in concreto* las operaciones de mostrador (en este caso, de la separación de esas operaciones de las cuentas existentes).[58]

V. Análisis del caso *Edathy*

1. En el caso *Edathy*, la fiscalía inició un proceso de investigación por pornografía infantil (§ 184b, StGB). Sin embargo, al momento de iniciarse el procedimiento, en el nivel 1 no había indicios concretos reales de la posesión de material pornográfico de esa clase por parte de *Edathy*; era solo una suposición. No se conocían indicios precisos a este respecto, p. ej., en relación con las características concretas del material que supuestamente estaba disponible para *Edathy* o en relación con las personas y las posiciones y prácticas que supuestamente se retrataban en él. Tampoco se sabía cuándo y cómo ese material había llegado a sus manos.

2. Por lo tanto, solo los indicios conocidos del nivel 2 podían utilizarse para fundar una sospecha inicial. Ahora bien, *Edathy*, por ordenar y tener fotos de niños desnudos, indiscutiblemente, no completó ningún tipo penal, ni siquiera actuó de modo antijurídico. Que este comportamiento sea considerado obsceno e inmoral está en otro nivel y no puede influir en la evaluación *jurídica* que es la única cuestión relevante aquí. Por lo tanto, puede decirse que *Edathy* tenía derecho a obtener estas imágenes.

Si por el momento dejamos de lado el supuesto "comportamiento conspirativo" para la obtención del material (tema que será tratado de inmediato en el punto 4), entonces debe aclararse si la conducta conforme a derecho (como indicio del nivel 2) es "indicativa del hecho" y tan así de clara es que prácticamente no permite otra interpretación que se cometió un acto concreto según el § 184b, StGB (nivel 1) (véase arriba, IV.4). Según la valoración legal, las fotos de niños desnudos y la pornografía infantil son dos categorías completamente diferentes. Están claramente separados por la circunstancia de que, según la concepción del legislador, la adquisición y posesión de pornografía infantil requiere una considerable energía criminal. Esta decisión fundamental del legislador tendría que contradecir cualquier argumentación que pretenda inferir de la recopilación (legal) de fotos infantiles un indicio de la adquisición y posesión de pornografía infantil punible. El razonamiento de la fiscalía de Hannover también adolece de esta falencia, en tanto señala que concuerda con la vasta experiencia de los especialistas que quien posee fotos de niños desnudos

[58] BFH DStR 01, pp. 1387 y 1390; del mismo modo, BVerfG NJW 02, p.1940.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

normalmente puede tener también material penalmente relevante. El aumento puramente estadístico o subjetivo de la comisión de un delito por parte de un determinado grupo de personas no debe ni puede desempeñar papel alguno. Un comportamiento legal está jurídicamente aceptado y, por lo tanto, no puede tener —al menos para una evaluación aislada— ningún efecto indiciario legalmente relevante. FISCHER lo ha expresado muy acertadamente: "Pero si quienes hacen lo que está permitido también siempre realizan lo prohibido 'de acuerdo con la experiencia criminalística', por lo tanto, el trazado de límites ha perdido todo significado práctico ya que como están haciendo lo autorizado, deben ser precautoriamente investigados".[59]

3. ¿Se puede objetar aquí que, con la adquisición de fotografías de desnudos, la persona está en una "zona gris", tal como también fue remarcado por la fiscalía de Hannover? ¿Esto es consecuencia de que resulta extremadamente difícil trazar una línea clara entre aquellas fotografías y las penalmente relevantes, y a menudo solo pueden diferenciarse de manera fiable por especialistas? Según la fiscalía, quien ordena las fotos debe contar también que entre ellas pueda haber algunas con relevancia penal. Precisamente para aclarar esto, deben autorizarse los procedimientos preliminares.

Sin embargo, esta argumentación conduce al error. Las dificultades indudablemente existentes para delimitar las imágenes legales e ilegales tienen su fundamento en la (demasiado) vaga regulación legal y su imprevisible aplicación desde la perspectiva ciudadana. Pero no debe tener una incidencia negativa en perjuicio del ciudadano. Por esta razón, desde un principio constituye un error considerar que nunca se puede estar seguro de si se está actuando legalmente y que el ciudadano que ordena las fotos siempre debe contar con que el pedido incluya imágenes ilegales. Si se coincidiera con esto, se podría suponer, al menos de manera latente, un indicio de la posible comisión del § 184b, StGB, por lo cual, ante cada pedido de imágenes podría afirmarse una sospecha inicial debido a la imposibilidad de excluir el encargo concomitante de material pornográfico infantil. Sin embargo, esto desconoce que en el Derecho penal —a diferencia de lo que ocurre con los funcionarios encargados de la investigación— no debe haber una zona gris para la ciudadanía. El Derecho penal es subsidiario y, por lo tanto, posee necesariamente un carácter fragmentario. El StGB puede ser descripto —con *von Liszt*—[60] como la Carta Magna del delincuente.[61] Por lo tanto, lo que no está explícitamente penado es irrelevante en términos de Derecho penal. El ciudadano

[59] *Fischer*, en ZEIT-ONLINE v. 27.02.2013, p. 2, http://www.zeit.de/2014/10/staatsanwaltschaft-fall-edathy (última visita: agosto 2014).

[60] Cfr. *v. Liszt*, Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, tomo 2 (1892-1904), 1905 (reimpresión 1970), pp. 75 ss. y p. 80.

[61] Véase también *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, n.º m. 44.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

debe poder orientarse por esto y adaptar su comportamiento a esta premisa. Detrás de la concepción de una "zona gris" se esconde —precisamente en el caso *Edathy*— no otra cosa que el deseo, ampliamente expandido, de que algo moralmente inaceptable ingrese en el ámbito de aplicación del StGB por la puerta de atrás. El estadio de la protección de las concepciones morales mediante el Derecho penal fue dejado atrás por la dogmática moderna. Aunque resulta dudoso si este desarrollo también fue realizado por los políticos (de derecha), cuando se analiza el afán con el que, como consecuencia inmediata del *affaire Edathy*, reclamaron y elaboraron iniciativas para expandir el Derecho penal.[62]

4. Solo queda un último punto importante: **el comportamiento conspirativo**, que, al menos en combinación con la adquisición de las fotos de desnudos, puede fundar una sospecha inicial. Este enfoque concuerda, en principio, con los desarrollos anteriores, en particular con la jurisprudencia sobre las operaciones en el mostrador. Sin embargo, no debe pasarse por alto que aquí las afirmaciones generales están prohibidas y que necesariamente depende del caso concreto determinar cuáles comportamientos son "inusuales" y "vinculados", de modo que permitan concluir de modo fiable si se cometió el delito. La fiscalía de Hannover citó el pago con distintas tarjetas de crédito, el acceso a través de computadoras del *Bundestag*, etc., como circunstancias *cuasi* ocultas. Sin pretender ingresar aquí en los indicios particulares y su fuerza persuasiva (además de no poder hacerlo por falta de claridad concluyente sobre los hechos del caso) al examinar estos sucesos, por cierto, no debe quedar fuera de consideración un aspecto: *Edathy* era un político exitoso que estaba en el centro de la atención pública y su comportamiento era —a los ojos del público en general— claramente inmoral. *Edathy* también lo sabía. Por lo tanto, parece casi obvio que quisiera ocultar esa conducta inmoral —pero completamente legal— para evitar las consecuencias sociales, profesionales y privadas derivadas de aquella, lo que en definitiva ocurrió. En estas circunstancias, no se puede suponer que su intención fuera evitar, en particular, las consecuencias *penales*. Antes bien, hay muchos indicios de que el comportamiento para disimular no era, en absoluto, "inusual" e "indiciario del hecho", sino más bien adecuado a la situación y comprensible. Por lo tanto, estas circunstancias deben evaluarse en última instancia como "neutras"; en cualquier caso, no indican un delito en el sentido del § 184b, StGB, en tanto falta la necesaria conexión interna con un delito, en virtud del cual se inició el proceso.

VI. Resumen

[62] *Supra* nota 4.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

El concepto de sospecha inicial no solo salvaguarda el deber del Estado de perseguir los delitos en el sentido del principio de legalidad. Antes bien, también se lo considera, con razón, el umbral para iniciar una investigación preliminar y, además, para ordenar diversas medidas de coerción. Así pues, con su fuerte significado vinculado a los derechos fundamentales, el concepto de sospecha inicial requiere una delimitación clara, por la cual debe respetarse la distinción legislativa entre conducta punible/prohibida e impune/permitida y no debe equipararse un comportamiento percibido como inmoral con uno antijurídico. Esto concuerda con la base de nuestro Estado de Derecho constitucional, libre y democrático, y el derecho procesal penal no constituye otra cosa que el "reflejo del orden social".[63] El caso *Edathy* ha demostrado de manera impresionante que incluso el inicio de investigaciones penales puede destruir la vida de un ciudadano, especialmente cuando las autoridades a cargo de la persecución pierden la necesaria moderación ante los medios de comunicación. Incluso la confesión, finalmente hecha por *Edathy,* no cambia nada. *Edathy*, en definitiva, admitió "haber cometido un error". Tal confesión había sido exigida por la fiscalía para que el proceso pudiera ser sobreseído de acuerdo con el § 153a, StPO a cambio del pago de 5.000 euros.[64] Aunque *Edathy* hubiera sido culpable, esto no cambia en nada mi valoración jurídica: un proceso ajustado al Estado de Derecho —que, en virtud de la presunción de inocencia, debe respetarse también con respecto a quien finalmente resulta ser culpable— tiene un aspecto diferente.

[63] *Beulke,* StV 1990, p. 180.

[64] FD-StrafR 2015, 366894, beck-online.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

En Letra: Derecho Penal
Año VI, número 12, pp. 103-101.

Recensiones

"La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal", de Alberto Nanzer

Prof. Dr. Daniel R. Pastor

Fecha de recepción: 12 de septiembre de 2021
Fecha de aprobación: 4 de diciembre de 2021

Nanzer Alberto, *La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, Marcial Pons, 2021, 322 pp.

Este libro, tesis doctoral de su autor, es de calidad excepcional y está llamado a liderar una apreciación sistemática y rigurosa de la teoría procesal penal, de tipo normativo, fundada a partir del derecho subjetivo del imputado a ser tratado con un escrupuloso respeto de las reglas que, en aras de la interdicción de la arbitrariedad estatal, gobiernan el enjuiciamiento penal. La investigación, por lo demás, ofrece toda una gama de dispositivos para trasladar sus resultados a la praxis judicial debido al alcance que la tesis imprime al proceso penal, por definición, como práctica social agonal.

Resulta destacable, ante todo, que este meduloso estudio fue desarrollado en el marco de un esfuerzo compartido entre la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y la Ludwig-Maximilians-Universität de Múnich, en la cual Nanzer, bajo la Dirección del Prof. Dr. Klaus Volk, trabajó durante cuatro semestres gracias a una beca de investigación del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD). Una cooperación internacional no casual, dado que justamente Volk fue pionero en el tratamiento del objeto de preocupación científica de la tesis de Nanzer.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

En un recorrido plenamente original, el autor logra otorgar un contenido específico y efectivo a la vaga noción, por todos compartida y hasta hoy por nadie precisada, del juicio leal o justo (*fair trial* o *faires Verfahren*). En materia penal, la noción de debido proceso es central para la configuración política del Estado constitucional y democrático de derecho y representa una de las garantías más importantes de los individuos. En lo primordial, la forma que propone NANZER para asegurar un *fairness* procesal tomado en serio es la regulación previa, precisa y estricta de las normas que disponen el desarrollo del proceso judicial que puede culminar con el castigo penal del imputado, en tanto que esas normas habiliten injerencias de la autoridad pública en los derechos fundamentales de este.

Esta obra expone, con refinada erudición y análisis meticuloso, toda la información requerida para entender el problema central que se propone resolver de modo ampliamente justificado. Así, en el cap. I son expuestas distintas acepciones asignadas al debido proceso en la tradición jurídica para demostrar que todas penden de un mismo hilo conductor determinado por su carácter insustancial en un escenario de decisión particularista, es decir, demasiado amplio y, por consiguiente, muy arbitrario (el *fairness* en sentido contextual). El cap. II conecta esa noción con su función política en los estados constitucionales y democráticos de derecho por medio del examen, nuevamente centrado en la contraposición de posturas sustanciales e insustanciales, de la proyección procesal del principio del imperio de las leyes (el *fairness* en sentido procesal). El cap. III persigue, tras una inteligente comparación, restringir la idea general de *fair play* (presente también en el deporte, el juego, la política) a unos contornos más específicos en el campo del enjuiciamiento penal. Aquí, de la síntesis entre confrontación y cooperación, surge la exigencia de fidelidad a las reglas del proceso como deber estatal de respeto hacia quienes participan de esas inmensas ficciones cooperativas creadas por la imaginación ancestral de los seres humanos bajo la forma de sociedades organizadas como estados. Todo ese desarrollo previo lleva a que la investigación, en el cap. IV, tenga que desembocar en la caracterización del proceso penal, en tanto que práctica social, o bien dentro del modelo de la cooperación o bien en el de la confrontación; lo cual inclina al autor, siguiendo a RAWLS, a decantarse por la descripción del enjuiciamiento criminal como un caso de justicia procesal imperfecta (práctica predominantemente confrontativa y forzosa), que debe respetar las reglas de juego, desde ya, pero sin hacer de ello un fin en sí mismo, sino como un valor ejecutivo dentro de un sistema que tiende al objetivo de saber si se ha cometido un delito. En el cap. V, el diseño del *fairness* procesal con ese alcance más restringido que el correspondiente a las demás prácticas agonales (los juegos p. ej.), conduce al texto, por medio de la separación entre lealtad y regularidad, a relajar la estrictez de las consecuencias de ciertas conductas desleales útiles

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

para la prueba de los hechos punibles (en general de terceros o de funcionarios que se aprovechan de la estupidez del imputado). De este modo, si la actuación del Estado es regular, vale; pues no sería legalmente desleal, en tanto que no es irregular, parasitar la deslealtad o el descuido de los otros, en una suerte, en todo caso, de *male captus bene detentus*, aunque NANZER matiza (¿o renuncia a?) su criterio al acordar las mismas consecuencias de las deslealtades irregulares del Estado a las deslealtades de particulares que resulten inafrontables para fundar una condenación.

En el cap. VI el libro alcanza su punto culminante al plasmar *el modelo de la regularidad*. Tras determinar, a partir de un análisis siempre pormenorizado, la conceptualización, las funciones y las consecuencias de operar con reglas de derecho y contestar las críticas que usualmente son formuladas a las reglas, la investigación traslada su arquitectura de reglas rigurosas a la construcción de las decisiones judiciales del derecho procesal penal. Para ello el trabajo expone las razones por las cuales resulta ideal que justamente en el ámbito del enjuiciamiento criminal se trabaje con un sistema de reglas estrictas. Esta justificación está dada por una noción de libertad, cara al republicanismo, como no dominación: el modelo de la regularidad protege a los individuos, mejor que el modelo particularista, frente a las injerencias arbitrarias de los jueces. El cap. VII sostiene, con apropiada fundamentación, que el imputado dispone, en consecuencia de todo lo investigado, de un derecho subjetivo a que su enjuiciamiento penal respete el modelo de estricta regularidad.

De la presentación y sinopsis al epílogo esta obra de Alberto NANZER resulta sumamente original. Es un trabajo cuya aparición ahora está, por lo demás, ampliamente justificada por la ausencia en nuestro medio de un estudio profundo sobre esta cuestión que, tal como lo consigue esta investigación, parta de una teoría sistémica de todo el proceso penal correspondiente a las exigencias de los derechos fundamentales típicos de los estados constitucionales y democráticos de derecho. Todos los complejos problemas que deben ser tenidos en consideración para examinar el tema central del libro —y que aportan su encantador atractivo— están tratados en la investigación. Metodológicamente es un estudio lúcido y muy informado de todas las materias decisivas para entender los problemas en debate y fundar conclusiones consistentes. La documentación bibliográfica es formidable y demuestra muchos años de comprometido trabajo y el dominio de muy diversos campos científicos (derecho, filosofía, política) vistos desde diferentes aproximaciones (anglosajona y europeo-continental) y en distintos idiomas (castellano, inglés, alemán).

Nos encontramos, por consiguiente, ante un estupendo aporte para la comprensión cabal del funcionamiento del poder de castigar en acción: un libro que demuestra también las dotes magistrales de su autor, quien con un exquisito tipo de razonamiento, con un exhaustivo estudio de

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

las fuentes y con excelente manejo del aparato crítico ha fundado adecuadamente su relevante e interesante convicción central, con el objetivo, políticamente indispensable, de "Incrementar la previsibilidad del derecho y proteger la libertad de las personas frente a las injerencias arbitrarias de otros" (p. 111).

Igualmente la edición del libro es de una calidad extraordinaria, como acostumbra asegurar el sello de Marcial Pons, en particular en este caso como parte de la magnífica Colección *Derecho Penal y Criminología* que dirigen los prestigiosos colegas Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO, Ramon RAGUÉS I VALLÈS y Luís GRECO.

Tuve el privilegio de codirigir, junto al Prof. Dr. Marcelo FERRANTE, querido y admirado colega, el curso del trabajo doctoral de *Tato*, día a día y paso a paso, como debe ser, con idas y vueltas, con lecturas que por atrapantes no dejaron de ser arduas, con intensas discusiones con el entonces doctorando que agradezco a nuestros amenos y tan divertidos desencuentros intelectuales. Gracias al esfuerzo y al talento del autor, como a los riquísimos aportes de FERRANTE, aprendí muchísimo del tema tratado, de las ideas cruciales para abordar con rigor su compleja problemática y de la literatura especializada en la cuestión, mucha de ella antes desconocida para mí y que ahora es doctrina de cabecera en mi biblioteca. Qué dulce y grato resulta así alcanzar ese propósito constante del conocimiento científico que se refleja en ver una vez más a un discípulo superando a su maestro.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

PAUTAS DE PUBLICACIÓN

1. EN LETRA: DERECHO PENAL se define como un espacio editorial cuya premisa fundamental consiste en fomentar el debate institucional a partir de la crítica informada de materias actuales de interés general, desde una perspectiva académica.

De allí que son pautas sustanciales para la remisión de artículos para la Revista EN LETRA: DERECHO PENAL:

a. Carácter inédito del texto. No debe estar publicado, total o parcialmente, en soporte papel ni digital alguno, lo que incluye —aunque no se limita a—: libros, capítulos de libros, artículos, compilaciones, revistas impresas o electrónicas, suplementos digitales, blogs y sitios de Internet en general.

b. Originalidad y relevancia. Se pretende el análisis de temáticas relevantes a partir de aportes y perspectivas originales, tales que permitan un debate académico e informado de materias actuales.

c. Sistematicidad y rigurosidad académica. Es preciso que las ideas manifestadas en el texto formen un todo coherente, cohesivo y articulado. El desarrollo y la conclusión deben presentar una extensión razonable y ser acordes a los objetivos planteados en el trabajo. Y a su vez, deben respetarse las reglas gramaticales y ortográficas de la lengua española, y los parámetros generalmente aceptados del discurso académico-científico.

2. Deben redactarse en soporte digital: procesador de textos Microsoft Word 2003 o posterior. Fuente Times New Roman, tamaño 12 puntos, interlineado de 1,5 líneas, hoja tamaño A4 (210 x 297 mm) y márgenes por defecto (superior e inferior 2,5 cm; izquierdo y derecho 3 cm). Las notas a pie de página deben redactarse en tamaño 10 puntos e interlineado simple. La extensión del trabajo —incluyendo notas al pie, citas en el cuerpo del trabajo y bibliografía al final del artículo— debe ser de 15 a 25 páginas. En casos de contribuciones de gran importancia e interés científico podrán publicarse, excepcionalmente, trabajos más extensos.

3. El orden a seguir en la presentación es el siguiente:

a. Título del trabajo en español. Es posible consignar, en nota al pie, cualquier agradecimiento, dedicatoria, aclaración o comentario sobre el texto.

b. Nombre completo del autor o los autores. Es necesario consignar, en nota al pie, profesión, títulos, la afiliación institucional y un correo electrónico de contacto.

c. Resumen del trabajo en español (5 a 15 líneas).

d. Palabras clave en español.

e. Título y resumen del trabajo en inglés (e ser posible).

f. Palabras clave en inglés (de ser posible).

g. Cuerpo del trabajo.

h. Bibliografía.

4. Las notas a pie de página se numerarán consecutivamente en el cuerpo del trabajo y no al final del documento.

5. Los apellidos de los autores se escriben EN VERSALITAS. El nombre del autor solamente se colocará al final del texto, en un apartado dedicado exclusivamente a la bibliografía. Si en vez de ser autor se trata del editor del volumen, va seguido de "(ed.)" y, si es compilador, de "(comp.)". En caso de ser varios los autores, se coordinan con el símbolo "/", y de ser más de cinco los autores, es posible colocar la expresión *et al*. (en cursiva). Si son editores, tras los autores se coloca entre paréntesis "(eds.)" y si son compiladores "(comps.)".

Los títulos de los libros y los nombres de las revistas se escriben en *bastardilla*. En cambio, los títulos de los artículos y capítulos van "entre comillas dobles". En todos los casos, se deberá colocar el año de publicación (y, si es diferente de la primera edición entre corchetes el año original) y al final el lugar de edición y la editorial. En el caso de las revistas, al final se incluirá el número de volumen, tomo o fascículo. Tanto en el caso de las revistas como en el de capítulos de libros, se indicarán las páginas de inicio y fin (con números completos).

Ejemplos de citas:

a) Monografías y manuales

SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005 [1991].

b) Capítulos dentro de libro individual

GIMBERNAT, Enrique, "¿Tiene un Futuro la Dogmática Jurídicopenal?", en *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 1990 [1970], pp. 158-183.

c) Capítulos dentro de libro colectivo

GALLI, María de las Mercedes, "El desistimiento de la tentativa. La 'voluntariedad' como presupuesto para la eximición de pena contenida en el art. 43 del Código Penal", en ZIFFER, Patricia (ed.), *Jurisprudencia de Casación Penal*, Tomo I, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, pp. 15-44.

d) Artículos en revista

FLETCHER, "New Court, Old Dogmatik", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, 2011, pp. 179-190.

e) Jurisprudencia nacional

En las citas se consignarán el tribunal (en mayúsculas abreviadas o versales), la sala (si correspondiera), los "autos" (entre comillas), la fecha de la decisión y, si lo hubiera, la fuente de donde se tomó la sentencia concreta, que se cita entre paréntesis o corchetes:

Ejemplo:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "Priebke, Erich s/ Solicitud de extradición", 2 de noviembre de 1995 (Fallos 318:2148)

f) Jurisprudencia internacional

En las citas se consignarán el tribunal (en mayúsculas abreviadas o versales), el nombre del caso y/o las partes (entre comillas y/o entre paréntesis), la fecha de la decisión y, si lo hubiera, la fuente de donde se tomó la sentencia concreta, que se cita entre paréntesis o corchetes:

Ejemplo:

CORTE PENAL INTERNACIONAL, SJ II, *Fiscal c. Germain Katanga*, "Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case", 25 de septiembre de 2009.

g) Citas de Internet

Solo se admitirán, generalmente, cuando no exista otra fuente de información y siempre que la página web sea totalmente confiable (en general se trata de publicaciones en formato electrónico o documentos oficiales, no de páginas personales o blogs). Debe indicarse al final no solamente la página de Internet sino también, entre corchetes, la fecha en que se consultó por última vez:

Ejemplo:

AMBOS, Kai, "Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible", en *Política criminal*, número 5, p. 25. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_6_5.pdf [enlace verificado el 5 de abril de 2015].

Casos Especiales

a) Obras traducidas

En las obras traducidas deberá aclararse quién realizó la traducción:

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. Joaquín CUELLO SERRANO y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997 [1991].

b) Festschrift y comentarios

Tanto los artículos publicados en libros homenajes (Festschrift) como en comentarios a leyes (ej. StGB) se citarán a partir de un sistema abreviado:

HOYER, Andreas, "'Umräumen von Möbeln' auf offener Bühne", en *FS-Frisch*, Duncker & Humblot, Berlín, 2013, pp. 223 ss.

ESER/BOSCH, "§ 242", en S/S-StGB, 28.ª ed., Múnich, C.F. Müller, 2011, n.º m. 37 ss.

6. El envío deberá realizarse exclusivamente por correo electrónico a la dirección enletrapenal@enletra.com. Dentro de las 48 horas se contestará con un acuse de recibo.

7. Recibido el artículo, el Comité Editorial procederá a evaluarlo para su publicación en el próximo número de la Revista, de acuerdo con el procedimiento establecido. En todo caso, podrá solicitar al autor que realice modificaciones formales o sustanciales en su trabajo con anterioridad a su publicación.

PAUTAS SUSTANCIALES Y FORMALES PARA LA REMISIÓN DE RÉPLICAS Y DÚPLICAS

8. Son de aplicación las señaladas para el envío de artículos, a excepción de las siguientes:

a. El objeto de la réplica viene constituido por el texto replicado y la temática abordada por este. El objeto de la dúplica resulta igualmente de la réplica y la temática en cuestión.

b. La extensión de la réplica o la dúplica será de 15 páginas como máximo.

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR Y ASUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD

El envío de material a EN LETRA: DERECHO PENAL con miras a su publicación en la revista supone el conocimiento y aceptación de las presentes pautas por parte del autor o de los autores, la declaración formal de que dicho material es inédito y de su autoría, la cesión irrevocable a EN LETRA: DERECHO PENAL de los derechos de autor sobre aquel y la asunción exclusiva de responsabilidad por eventuales daños que la publicación del material pudiera causar a EN LETRA: DERECHO PENAL, sus integrantes o a terceras personas. A tal fin, en ocasión de notificar la aprobación del trabajo y antes de su publicación, se requerirá del autor o de los autores el envío de un compromiso firmado que se les hará llegar oportunamente.

***

PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

El procedimiento de evaluación varía según los tipos textuales enviados a EN LETRA: DERECHO PENAL (artículos, réplicas, columnas, traducciones y comentarios bibliográficos), ya sea que se remita en virtud de la convocatoria editorial abierta y permanente o a través de una invitación a publicar del Comité Editorial de la revista.

Con respecto a los artículos, todo original es sometido a un proceso de dictamen por pares académicos bajo la modalidad doble ciego (*peer review double blind*). Antes de someter el artículo a evaluación de los árbitros, la Secretaría de Redacción realiza un primer informe sobre la adecuación del artículo a las pautas formales de la revista. En caso de incumplimiento de alguna pauta, se le solicitará al autor que modifique su trabajo. Posteriormente, se les asigna el trabajo a árbitros externos, especializados en la materia y con antecedentes equivalentes o superiores a los del autor. Cada dictamen concluirá con el voto por la aprobación o rechazo del trabajo, o el condicionamiento de su publicación a la realización de modificaciones por el autor. El resultado se alcanza por mayoría simple de votos y en cualquier supuesto de empate se estará por solicitar al autor las modificaciones señaladas. En todos los casos, los dictámenes fundados son remitidos al autor.

En cuanto al sistema de doble ciego (*double blind*), el procedimiento de evaluación es anónimo en dos sentidos. Por un lado, los árbitros ignoran la identidad del autor del material que evalúan; a tal fin, antes de la asignación del trabajo, la Secretaría de Redacción quita todo dato o indicio que pudiera conducir a conocer la autoría (nombre, afiliación institucional, agradecimientos, dedicatorias, etc.). Por otra parte, los dictámenes individuales no son suscriptos por los evaluadores, de modo que estos permanecen anónimos para el autor que recibe el resultado del arbitraje.

Las columnas solamente serán publicadas tras una invitación por parte del Comité Editorial y la decisión sobre su publicación se toma a partir de una mayoría simple de los miembros de dicho comité. Para los comentarios bibliográficos se procede de la misma forma, con la diferencia de que la convocatoria es abierta (no se requiere invitación).

***

EN LETRA
DERECHO PENAL

Año VI, N.º 12, Mayo 2021

Dirección:
Leandro A. Dias (Dir.)
José R. Béguelin (Sub.)
Noelia T. Núñez (Sub.)
Pablo D. Larsen (Sub.)
Lara Benítes (Sec.)
Agustina Szenkman (Sec.)

Comité Editorial:
Ltonella Donnes
Tomás Fernández Fiks
Ezequiel Jiménez
Magdalena Legris
Santiago Mollis
Noelia T. Núñez
María Belén Rodríguez Manceñido
Diana Veleda
Thomas Wostry