

REVISTA PENSAMIENTO PENAL

VOL. 2 | NÚM. 3 | 2025

Dirección

Carlos H. González Bellene & Juan Manuel Almada

Coordinación general

Alan Rodriguez & Lucía Troncoso

Coordinación de contenido & repositorio

Alberto N. López Ghiano

Constanza Díaz

María Alejandra Villa

Sergio Salaverrry

Comité académico y editorial

Alan Rodriguez	<i>Criminología y sociología jurídica & Derecho penal</i>
Alejandra Álvarez	<i>Infancias y adolescencias</i>
Anália Reyes	<i>Juicios por jurados</i>
Andrés Bacigalupo	<i>Drogas y derecho penal</i>
Beatriz Ana Biolato	<i>Penal económico</i>
Brenda Eldrid	<i>Medios digitales y delitos informáticos</i>
Camila Petrone	<i>Ejecución penal y situación penitenciaria</i>
Carlos H. González Bellene	<i>Derecho penal & Filosofía del derecho</i>
Carlos Villanueva	<i>Juicios por jurados</i>
Carolina Salas	<i>Derecho penal</i>
Daniel Schurjin	<i>Medios digitales y delitos informáticos</i>
David Rodríguez Infante	<i>Derechos humanos y crímenes de lesa humanidad</i>
Diana Márquez	<i>Justicia restaurativa</i>
Franco Nicolás Gorini	<i>Derecho ambiental</i>
Gabriel Fava	<i>Justicia restaurativa</i>
Gustavo R. Sain	<i>Medios digitales y delitos informáticos</i>
Hernán Olaeta	<i>Criminología y sociología jurídica</i>
Jorge Perano	<i>Derecho contravencional y seguridad democrática</i>
Juan Manuel Almada	<i>Derecho penal, procesal & Justicia restaurativa</i>
Lucas Crisafulli	<i>Derecho contravencional y seguridad democrática</i>
Lucas Lecour	<i>Derechos humanos y crímenes de lesa humanidad</i>
Lucía Barrera	<i>Derechos humanos y crímenes de lesa humanidad</i>
Lucía Gallagher	<i>Ejecución penal y situación penitenciaria</i>
Lucía Troncoso	<i>Derecho procesal y procesal penal</i>
María Eugenia Covacich	<i>Razonamiento probatorio y ciencias forenses</i>
Martina Barraza	<i>Derechos humanos y crímenes de lesa humanidad</i>
Micaela Castillo	<i>Derechos humanos y crímenes de lesa humanidad</i>
Mirtha López González	<i>Infancias y adolescencias</i>
Noelia Fernanda Orellana	<i>Género y derecho penal</i>
Pablo Garciarena	<i>Derechos humanos y crímenes de lesa humanidad</i>
Ramiro Gual	<i>Criminología y sociología jurídica</i>
Raúl Palma Olivares	<i>Derecho penal</i>
Virginia Rodríguez	<i>Género y derecho penal</i>

Revista Pensamiento Penal es una revista electrónica de la Asociación Pensamiento Penal www.pensamientopenal.com.ar

ISSN 1853 - 4554

Las opiniones expresadas en este documento son exclusiva responsabilidad de sus autores y no necesariamente representan la posición de la Asociación Pensamiento Penal.



Esta obra está bajo una licencia internacional
[Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0](#).

Índice

Volumen 2 Número 3 – 2025

Artículos

Lo vivo y lo muerto en el derecho penal. <i>Un recorrido y una invitación para la investigación</i>	1
RODRIGO FACUNDO VIDELA	
El asesinato de una mujer a manos de un hombre por machismo o misoginia. <i>Un análisis comparado del feminicidio en Puerto Rico y Argentina</i>	16
JOEL ANDREWS COSME MORALES	
Intervención de las comunicaciones. <i>A propósito de la reforma procesal penal cubana de 2021</i>	46
YENISEY GONZÁLEZ RODRÍGUEZ	
Responsabilidad penal de vehículos autónomos en accidentes de tránsito. <i>Una mirada jurídico penal al derecho comparado y a aspectos problemáticos en el derecho penal del Civil Law</i>	32
CARLOS FRANCISCO ESPINOZA CORDERO	
El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. <i>Fundamento del injusto, forma del tipo e imputación subjetiva</i>	52
GASTÓN R. BERENGUER	
La caza ilegal como delito de peligro abstracto en el derecho penal argentino	70
JULIÁN LENTIJO	

Cartapacio ~ Reseñas bibliográficas y jurisprudencia comentada

La responsabilidad civil derivada de daños generados en plataformas digitales en el contexto de violencia de género. <i>Comentario al fallo «M.L.E. c/ R.B. C.R. p/ daños derivados de violencia de género p/», GEJUAS II, Mendoza</i>	82
--	----

CRISTIAN GUSTAVO AWAD & RODRIGO GÓMEZ TORRE

Columnas & Opinión

Autonomía sexual y consentimiento. <i>Análisis del stealthing y su tratamiento en el derecho penal argentino</i>	100
GISELA PAOLA VILLALBA	
El fenómeno del <i>doxing</i>	109
AUGUSTO APPOLINARI	
El delegado de protección de datos (DPO)	116
CARLOS DAMIÁN BECERRA	
La no registración de trabajadores y su configuración como delito penal	121
CARLOS DARÍO BOTTINO	

Lo vivo y lo muerto en el derecho penal

Un recorrido y una invitación para la investigación

Rodrigo Facundo Videla¹

Resumen

En el presente se señala que las concepciones sociales y filosóficas sobre la vida y la muerte influyen en las prácticas punitivas y en la función del derecho penal, destacando su papel histórico en la producción de muertes injustas y evitables. Siguiendo la obra de E. Raúl Zaffaroni y otros/as autores/as referentes del saber penal latinoamericano, se defiende una ética centrada en la preservación de la vida y en la limitación del poder punitivo. Además, desde una perspectiva descolonizadora, se plantea que el derecho debe orientarse a resistir las lógicas de muerte que atraviesan la región y propone repensar la relación entre vida, muerte, sistema penal y derecho penal desde una mirada crítica y nuestro América. Para ello, este ensayo constituye una invitación a investigar de forma conjunta sobre los ejes para construir un saber ético y político comprometido con la vida, la justicia situada y la postergación de la muerte punitiva evitable.

Sumario

1.- Introducción (presentación del planteo) | 2.- Muerte y saber penal: la vida como dato primordial (estado del conocimiento) | 3.- Muerte y derecho: la muerte como dato primordial (a modo de marco) | 4.- Objetivo e invitación (a modo de cierre) | 5.- Bibliografía

Palabras clave

Eugenio Raúl Zaffaroni – colonialismo – pensamiento decolonial – sistema penal – violencia institucional

¹ Abogado por la Universidad de Buenos Aires; especialista y magíster en Derecho penal por la Universidad Torcuato Di Tella. Docente de Derecho penal y Criminología en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Correo electrónico: rvidela@derecho.uba.ar

1. Introducción (presentación del planteo)

La vida, en su dimensión individual, concreta y material, constituye el eje central desde el cual se organiza la existencia humana y, con ella, también la acción del derecho.

Así, como correlato, la muerte se presenta no solo como el final biológico, sino como un *interrogante* que atraviesa al ser humano y estructura su forma de existir, de estar en el mundo. De ese modo, la pregunta por la muerte se convierte, en definitiva, en una variante de la pregunta por la vida.

Advertido lo anterior, no resulta difícil reconocer que la idea que se tenga de la muerte también condiciona los modos en que el derecho -y en particular, en lo que aquí importa, el derecho penal- se piensa a sí mismo y actúa sobre la vida.

En efecto, los interrogantes que el derecho formula y pretende abordar no están exentos de los supuestos filosóficos, antropológicos y sociales que emergen de esa pregunta fundante del fenómeno humano, por lo que si el derecho afirma orientarse hacia la persona -humana o no-, no puede eludir, ni debe silenciar, su ineludible vínculo con la muerte.

Así, si se procura construir un derecho penal que sea a la vez ético y realista, resulta indispensable atender a la relación -explícita e implícita- que este mantiene con el fenómeno de la muerte, entendida no meramente como un hecho biológico-natural, sino como un fenómeno social cargado de sentido.

En esta línea, si desde una perspectiva social la muerte puede pensarse como un problema que atañe al ser humano o a la humanidad, un problema individual o colectivo, igualitario o atravesado por desigualdades, el derecho se ve obligado a definir si ha de concebir la muerte como un acontecimiento a considerar, omitir, ponderar o, incluso, si debe aspirar a postergarla o facilitarla.

De este modo, se invita a la investigación conjunta para identificar la relevancia, las implicancias y los condicionamientos que las diversas ideas, mitos o sentimientos -conscientes o inconscientes- acerca de la muerte como negación de la vida ejercen al momento de pensar y utilizar el derecho penal, así como al intervenir en el funcionamiento del sistema penal en nuestra América.

Específicamente, será de relevancia interrogarse acerca de las distintas concepciones en torno a *lo vivo* (y no a *la vida* como ente abstracto) y la muerte (como referencia abstracta y concreta) y las consecuencias que conlleva una u otra noción en las funciones que se atribuyen al derecho penal, a la ley penal y al sistema penal; tanto en las funciones que se proclaman como en aquellas que efectivamente se ejercen. También proponemos examinar cómo dichas concepciones inciden en las disputas por el derecho, en quienes lo producen y en quienes tienen la responsabilidad de hacerlo cumplir y operarlo en la práctica.

En esa dirección, será necesario indagar los condicionamientos en la propia teoría del derecho penal, pero también los condicionamientos dogmáticos -en el marco de las teorías del delito, de la responsabilidad punitiva y de la pena predominantes en nuestro medio- derivados de las distintas perspectivas sobre lo vivo, lo muerto y la muerte, a fin de identificar los remanentes mortíferos tanto en sus formulaciones y postulados como en los modos en que estos son utilizados.

A ese fin, se realiza un recorrido sobre el estado del conocimiento actual vinculado al planteo, un breve marco teórico que podría ser útil para el abordaje del tema, y, finalmente, además de la bibliografía citada se consigna otra de necesaria consulta.

2. Muerte y saber penal: la vida como dato primordial (estado del conocimiento)

Habitualmente, cuando un teórico del derecho plantea la cuestión de *lo vivo y lo muerto* lo hace para seguir un enfoque de carácter histórico-analítico. Se trata de una herramienta metodológica que le permite identificar qué aspectos del pensamiento de un/a autor/a o una teoría pueden resultar útiles en la actualidad y si ofrecen aportes relevantes para el estado presente del debate sobre determinada materia.

Ahora bien, en el ámbito del saber penal regional, si exploramos las enseñanzas de quienes han centrado la mirada en la realidad local -con el propósito de construir una ciencia del derecho, un saber penal, situado y coherente con la vida-, las nociones de *lo vivo y lo muerto* podrían adquirir una dimensión particular: la problemática relativa a la muerte del Otro -como problema colectivo e inequitativamente distribuido- vinculada a la negación de la vida como valiosa.

No es casual que la muerte aparezca en las reflexiones y enseñanzas del penalista y teórico de la condición colonial E. Raúl Zaffaroni. Su presencia es tan significativa que incluso aparece en los títulos de dos de sus obras más relevantes. No se conoce, a nivel mundial, otro/a penalista que haya asumido un compromiso tan explícito con esta problemática.

En efecto, ya desde 1988 en «*Criminología. Aproximación desde un margen*» advertía el bloqueo que el poder central ejerce sobre ciertas preguntas fundamentales y señalaba que una de ellas es «el interrogante acerca de la muerte», cuya respuesta considera necesaria «para cualquier imagen equilibrada del hombre» (Zaffaroni, 1988, p. 85).

A su vez, ya en el segundo párrafo del primer capítulo de dicha obra, el autor subraya: «El mayor número de muertes es causado, en Latinoamérica, por agencias del Estado, y no solo en las dictaduras ni en las zonas de guerra, sino también en los países con sistemas constitucionales» (Zaffaroni, 1988: 2).

A partir de esta afirmación, expone cómo las ejecuciones llevadas a cabo por fuerzas estatales, así como las decisiones políticas que conllevan recortes en salud o el cierre de centros médicos, también se traducen en muertes. De este modo, Zaffaroni evidencia que muchas de estas muertes son resultado directo o indirecto de la acción u omisión del Estado, incluso en contextos que suelen asumirse como normales o legítimos dentro del orden institucional de la región.

Asimismo, el autor enseña que el sistema penal opera con *técnicas de muerte* (Zaffaroni, 1988: 17), métodos tecnificados institucionalmente que no son admitidos.

Por otra parte, en 1989 en «*En busca de las penas perdidas*» desarrolla su propuesta teórica de un *realismo criminológico marginal* y refería que:

usamos *realismo* para señalar que tomamos como dato primordial la vida humana y la necesidad de preservarla. Nuestros cálculos de conveniencia y necesidad, nuestras estrategias y tácticas, se asientan en el reconocimiento de la vida humana y de su

aniquilación en número masivo, como dato primario de nuestra realidad marginal (Zaffaroni, 1990: 129).

Allí también explicita el pilar axiológico de tal propuesta: «el realismo marginal, en lugar de eliminar la *etización* del derecho, *etizaría* por igual a la criminología y al derecho penal, en base a una decisión ético-política priorizadora de la vida humana como valor y de la muerte como disvalor» (Zaffaroni, 1990: 178). Esta afirmación refleja con claridad una postura ética comprometida con la vida, lo vivo, y un rechazo categórico a toda forma de muerte evitable.

En 1993 la problemática de la muerte como fenómeno social -y, en particular, de aquellas muertes que podrían ser evitadas- adquiere una centralidad aún mayor en su investigación titulada «*Muertes anunciadas*»² (obra homónima y primera en la que la muerte es referenciada explícitamente en el título). En esta publicación, Zaffaroni define las *muertes anunciadas* como aquellas que, de manera masiva y normalizada, son provocadas por el sistema penal. La expresión revela el carácter estructural y previsible de estas muertes, así como su naturalización en el seno del orden establecido.

Posteriormente, en el tratado «*Derecho Penal. Parte General*», escrito en coautoría con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar (2000), dicha vocación ética por la evitación de la muerte provocada por el sistema penal se traduce en una propuesta teórica completa. Los autores asumen la necesidad de incorporar datos ónticos -relativos a la existencia concreta y material del castigo- al momento de elaborar el concepto jurídico de pena. Esta decisión metodológica posibilita la construcción de una teoría agnóstica y negativa de la pena y, en consecuencia, relegitimar al derecho penal como un saber acotante del ejercicio del poder punitivo. Tal enfoque pone de manifiesto una ética jurídica que reconoce en la vida humana su valor supremo, y en la muerte institucionalmente producida un límite infranqueable.

Por otro lado, el desarrollo teórico-práctico de corte criminológico orientado a la prevención de estas muertes -así como de otras formas de violencia masacratoria, como las que produce el subdesarrollo en su modalidad de *goteo*³- se despliega en «*La palabra de los muertos*» (2011), segunda obra en la que la muerte ocupa expresamente el lugar central en el título. En ella se establece de manera explícita que uno de sus objetivos fundamentales es la «prevención de la producción de cadáveres anticipados» (Zaffaroni, 2011: 586), una expresión que condensa su apuesta ética por intervenir antes de que la maquinaria de exclusión convierta en irremediables ciertos destinos sociales.

En un registro distinto, aunque complementario, en «*La Pachamama y el humano*» (2012b), se aborda la cuestión de la vida y la muerte desde una perspectiva que interpela profundamente la cosmovisión occidental moderna. La nota distintiva de esta obra en torno a la vida y la muerte es capturada con claridad por Osvaldo Bayer, al inicio del prólogo, cuando afirma: «Qué título, qué duda. La pregunta fundamental. La vida» (Zaffaroni, 2012: 11). En este texto, Zaffaroni identifica cómo el desprecio por lo que nos rodea —por la naturaleza, por los otros seres— constituye, en última instancia, un desprecio por la vida misma. Esta actitud, sostiene, se vincula con la incapacidad del humano —agrego, específicamente del humano occidental— para incorporar la muerte a la vida, lo cual lo conduce, paradójicamente, a incorporar la vida a la muerte. Nada

² Vale aclarar que este fenómeno, el de las muertes anunciadas, fue así bautizado por el profesor argentino y Nilo Batista en el seminario del Instituto Interamericano de Derechos Humanos denominado «*Muertes Anunciadas. La (des) protección de la vida en América Latina*» celebrado en Brasil en 1988.

³ Entre otros, Días Dos Santos & Zaffaroni, 2019.

impide afirmar, entonces, que se trata de una reflexión que advierte la conexión entre la crisis ambiental, la violencia estructural y la negación de la muerte como parte constitutiva de nuestra existencia.

En «*Crímenes de masas*» (2012b) —obra en la que retoma y profundiza las ideas presentadas en su artículo galardonado «*Masacres: larvas y semillas, lineamientos para un replanteo criminológico*» (2010)— advierte que la criminología tradicional ha evitado ocuparse de los crímenes que mayor número de muertes han producido. En ese marco, llega a interrogarse por las causas que pueden llevar a un grupo humano a masacrar a otro con el objetivo de acumular poder y, en su análisis, remite a una neurosis civilizatoria que «al señalar como meta la acumulación de riqueza lleva a la negación del Eros, a la sublimación del cuerpo: la riqueza no es medio sino fin en sí mismo, con lo que avanza el triunfo del instinto de muerte (Tánatos)» (Zaffaroni, 2012: 21).

Por su parte, en «*El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*» (2015) denuncia la existencia de un *genocidio por goteo* en curso en América Latina. En este contexto, declara a la región como «campeona mundial de muerte» (Zaffaroni, 2015: 56) y señala como una de las causas centrales de la muerte prematura la frustración existencial derivada de la vulneración del derecho humano al desarrollo, entendiéndolo no solo en su dimensión económica, sino como realización plena de las capacidades vitales. De este modo, la imposibilidad de vivir una vida digna se convierte, en sí misma, en una forma de condena a muerte.

En concreto, el profesor señala:

Si en Latinoamérica sumamos a todo esto el daño ambiental, el efecto de los agrotóxicos, los desplazamientos generados por la propia violencia o por la inutilización de suelos y su consiguiente conflictividad en la concentración urbana, la destrucción de nuestros bosques naturales, la amenaza a nuestros recursos, la depredación que se intenta de ellos por el poder transnacional, el bochornoso y prepotente patentamiento de nuestras especies con que se nos quiere robar nuestra biodiversidad, veremos que hay mucho más en la afectación del derecho humano al desarrollo progresivo que, directa o indirectamente, incide sobre la vida humana y sobre la producción de muertes prematuras (Zaffaroni, 2015: 71).

Años más tarde, en «*Colonialismo y Derechos Humanos: Apuntes para una historia criminal del mundo*» (2022), resignifica y profundiza en la neurosis civilizatoria antes mencionada pero, en términos aún más graves, como una psicosis civilizatoria. Esta patología, sostiene Zaffaroni, se manifiesta en la indiferencia con la que la criminalidad financiera organizada del norte global asume la muerte de millones de personas, así como en su negación sistemática de la realidad ecocida producida por sus crímenes colonialistas.

Allí, puntualmente enseña que los colonialistas, esfuerzos intelectuales mediante, «pretenden disfrazar su残酷 con ropajes nobles» mientras que «se sienten orgullosos de haber matado a millones de personas y ahora niegan la progresiva destrucción de nuestra única morada cósmica y racionalizan el suicidio al que nos quieren arrastrarnos a todas y todos» (Zaffaroni, 2022: 170).

Las afirmaciones y propuestas reseñadas se orientan, sin duda, por el reconocimiento consciente de la muerte injusta y prematura a la que el sistema penal -y el productivo- expone a la vida, así como por la comprensión de la muerte como un problema humano, colectivo y desigual que debe ser postergado. La evitación de estas muertes -la postergación cadavérica- constituye un eje central del saber penal latinoamericano, tanto en el ámbito del derecho penal como en el de la criminología, para quien asuma el

mandamiento tácito de «*cuidar el fruto que permite que haya vida y no más bien muerte en esta tierra*» (Kusch, 1962/2009, 253).

Pues, cuando los y las penalistas se liberan de la necesidad de legitimar el castigo, inevitablemente orientan el derecho penal como saber limitante del poder punitivo, tendiente a la cautela vital. En paralelo, el saber criminológico despliega su proceso de liberación⁴ al proponerse como herramienta preventiva de masacres.

Sin perjuicio de las obras ya mencionadas, la preocupación por la correlación entre vida, muerte y saber penal es una constante en numerosos trabajos del profesor Zaffaroni. Su producción teórico-práctica revela de manera enfática que la preocupación por la muerte es, en esencia, por la positiva, una preocupación por la vida. No obstante, no ha sido el único en la región en enfocar su mirada sobre los efectos mortíferos del sistema penal ni en denunciar la muerte como negación axiológica de la vida.

Elías Neuman puso el acento en las «*Muertes silenciadas*»⁵ (1989), aludiendo a aquellas formas de eliminación carcelaria cuya impunidad se asegura mediante estrategias cómplices entre la agencia judicial y las fuerzas represivas.

Del mismo modo, Lola Aniyar de Castro pensó la muerte del Otro como un problema colectivo al denunciar la pena de muerte subterránea en la región y, entre tanto, que «la cárcel nunca ha dejado de ser un gigantesco ataúd lleno de seres vivos» (Aniyar de Castro, 1992, p. 65); que en Venezuela se mataba y se moría de cárcel. Esta advertencia temprana, que señalaba a la prisión regional como espacio de producción de muerte, fue retomada y actualizada en la obra colectiva «*Morir de cárcel. Paradigmas jushumanistas desde el virus de nuestro tiempo*» (2020), donde se profundiza en la dimensión estructural de la violencia carcelaria, agravada en contexto pandémico.

En ese marco, Alejandro Slokar subraya que el andamiaje jurídico orientado a la protección de la vida y la salud descansa, en última instancia, sobre el pilar axiológico que define esta tradición crítica. En sus palabras, resulta imperativo «conjurar tanto se pueda la残酷 de la cárcel, limitando el *encruelamiento* y la ilicitud de la punición, a la vez de cautelar la vida de la población (toda)» (Slokár, 2020: 67). De este modo, se consolida una concepción del saber penal que no solo denuncia las formas letales del castigo, sino que asume el compromiso de limitar su poder destructivo, reafirmando la vida como el principio fundamental e irrenunciable de toda praxis jurídica legítima.

En igual contexto pandémico, en «*Cuando el temor merodea. Control social y administración local del miedo*», Fernando Tenorio Tagle (2020) muestra que la muerte no es solo un hecho biológico, sino un fenómeno político, un instrumento de poder y control. A partir de Rosenzweig, Foucault y Agamben, sostiene que el miedo a morir es tanto el origen del conocimiento como una herramienta de control social.

Por su parte, en «*Hacer sufrir*», Alejandro Alagia (2013) cuestiona los discursos que presentan a la muerte y al sufrimiento como experiencias necesariamente reconciliadoras, redentoras o positivas para el sujeto y la sociedad. En lugar de ello, denuncia la existencia de una ideología arraigada en la vida cotidiana que naturaliza el sacrificio de la vida como vía legítima hacia el orden y la vida en sociedad. Esta ideología, sostiene, encubre en realidad formas de goce y de dominación, al justificar el dolor —propio o ajeno— como componente necesario del vínculo social y como expresión aceptada del castigo. Estas ideas son profundizadas, en coautoría con Rodrigo Codino, en «*La descolonización de la*

⁴ No puede olvidarse el impulso por la liberación de Lola Aniyar de Castro (1987).

⁵ Donde pone el foco en el motín de la cárcel de Villa Devoto de marzo de 1978.

criminología en América» (2019), donde la relación entre la muerte y el sistema penal puede leerse desde su perspectiva crítica y decolonial cuando proponen pensar en una «teoría punitiva de la muerte violenta», donde la soberanía punitiva es entendida como una «potencia devoradora» que toma un «pedazo de vida humilde» para convertir la destrucción de vidas —particularmente de sujetos racializados: los no-blancos— en una ganancia simbólica para el orden social.

Allí revelan que a la luz de la criminología latinoamericana el castigo estatal se vincula menos con la persecución de delitos que con la administración de la vida —y por tanto, la muerte— según jerarquías heredadas del colonialismo generando un «efecto anarquía de la intervención penal».

De igual modo, en la obra coordinada por Gabriela Gusis y Laura Farb, «*Poder patriarcal y poder punitivo. Diálogos desde la crítica latinoamericana*» (2020), vemos cómo la matriz de género expulsa a determinadas existencias del espacio social de las vidas valiosas, condenando a la muerte prematura —y violenta— a mujeres y a quienes no responden al patrón de varón, blanco, propietario y heterosexual. Al mismo tiempo, quienes sí encarnan ese modelo reciben una delegación social del control de los conflictos y, con ella, el poder de dar muerte o dejar morir lo viviente y los saberes que lo protegen.

Concordante con este acervo, y más próximos en el tiempo, Gabriel Ignacio Anitua e Iñaki Rivera Beiras coordinaron la obra «*Muertes evitables. Violencia institucional y masacres en cárceles sudamericanas*» (2023) en la que se continúa problematizando puntualmente acerca de la relación entre el sistema carcelario y la producción de muerte. En su introducción se afirma con claridad el propósito de alertar sobre las masacres recientes en cárceles de América del Sur y «sobre las posibles consecuencias del hiperencarcelamiento y una cultura de la violencia que desprecia la vida de las personas presas y que [...] da cuenta de una forma particular de *genocidio* que es también nuestro objetivo evitar».

Asimismo, en «*Las Fuerzas del mal. Descolonizar el Derecho Penal Nuestroamericano*» (Videla, 2023), se propone que, si el derecho penal pretende orientarse hacia el cuidado y la preservación de la vida, resulta indispensable revisar los fundamentos epistemológicos que sustentan su racionalidad moderna. En esa línea, se sostiene que no podemos limitarnos a la crítica de sus estructuras de poder, sino que debemos producir categorías jurídicas capaces de incorporar los saberes y horizontes que dichas estructuras históricamente excluyeron. De allí, se vuelve necesario integrar las epistemologías indígenas y populares al campo jurídico, en tanto expresan modos de conocimiento en los que —por ejemplo— razón y emoción, norma y experiencia, no se oponen, sino que se complementan. Esta apertura permite que el derecho se nutra de las formas del sentipensar y la memoria como categorías morales y epistemológicas para la limitación del poder mortífero del sistema punitivo.

Estos planteos, estas voces, entre otros, configuran —y profundizan— una tradición crítica que concibe, de forma más o menos explícita, al derecho penal y a la criminología no como instrumentos de legitimación del castigo, como armas ideológicas de la muerte⁶, sino como saberes ético-políticos orientados a preservar la vida y resistir las lógicas de muerte que atraviesan la región, aun cuando ello implicó asumir el costo de padecer en primera persona la violencia mortal derivada de la oposición teórica y política⁷.

⁶ Tomamos prestada esta idea de Hinkelammert (1977)

⁷ Sobre los resultados sangrientos de la actividad crítica véase Aniyar de Castro & Codino (2013).

En este escenario, pensar el derecho penal y el sistema penal implica, en estos márgenes, asumir el deber de cuidar la vida frente a las formas contemporáneas de su negación.

3. Muerte y derecho: la muerte como dato primordial (a modo de marco)

Todo derecho —y, en un sentido más amplio, todo sistema normativo— es expresión de una determinada idea, mito o sentimiento en torno a lo vivo y la muerte que se materializa tanto en los principios, valores y derechos que se consagran normativamente, como en las prácticas que buscan garantizar su vigencia. De este modo, el derecho puede convertir un tiempo y un espacio en un lugar para vivir, o bien en un lugar para morir.

La relación entre la concepción de la vida y la muerte y la idea de derecho que una sociedad sostiene es directa e indisoluble, y condiciona profundamente la función que este último asume frente a aquella. En este sentido, resulta necesario considerar no solo la articulación entre el derecho a dar muerte y la noción de soberanía (Foucault, 2001; Mbembe, 2011; Agamben, 1998), sino también que la manera en que se concibe a lo vivo y a la muerte como fenómeno cultural y político determina los posibles vínculos entre vivos y muertos (Despret, 2021). Así, la idea que se tenga de la sociedad se encuentra supeditada a dichas concepciones⁸, y con ellas las posibilidades que se abren para el derecho, ya sea para erigirse como límite frente a la crueldad de la muerte anticipada o para legitimarla bajo formas institucionales aceptadas.

Del tipo de lazo social que una sociedad construya con lo vivo y la muerte dependerá, también, si esta debe ser recordada o, por el contrario, condenada al olvido. En este punto emerge una pregunta crucial, ¿se le puede hacer justicia a un muerto? Cabe considerar que ofrecer justicia solo a una parte de la sociedad —es decir, únicamente a los vivos— implica, en última instancia, consagrar una forma estructural de injusticia. Injusta opción porque si no hay justicia para todos, ¿por qué debería haberla para algunos?

La posibilidad de hacer justicia a los muertos está directamente ligada a la concepción que se tenga sobre su capacidad de existencia (Souriau, 2017), es decir, al lugar simbólico, político y ético que ocupan lo vivo y lo muerto, la muerte, el morir y el matar dentro del orden social. El modo en que una sociedad interpreta la *vida* más allá de la vida —y que continúa actuando en la memoria, en los cuerpos y en las instituciones— condiciona profundamente su concepción del acto de hacer justicia. Allí donde lo ya no vivo, lo muerto, carece de presencia o reconocimiento, la justicia se vuelve selectiva, pues ya no importa el valor de la vida, sino de los vivos (Reyes Mate, 2003).

Esta primera aproximación permite advertir que la conexión entre lo vivo, la muerte y el derecho no se reduce únicamente a los efectos jurídicos directos que surgen del fallecimiento de una persona —como la transferencia de bienes en materia sucesoria, las responsabilidades derivadas de la causación de la muerte, o la determinación legal del momento de su acontecimiento—, sino que, y sobre todo en lo que aquí nos convoca, incide en la definición misma de la función que se le asigna al derecho. Esta concepción también alcanza a las funciones que efectivamente cumple, a las disputas (Ihering,

⁸ Pues la sociedad está compuesta por muertos y vivos, (Ariès, 2022, p. 64).

1872/2018) que lo atraviesan, a sus productores, a quienes están encargados de garantizar su cumplimiento y al sentido de sus prácticas institucionales.

En el ámbito específico del derecho penal, la pregunta por la muerte que aquí interesa no se limita a su dimensión biológica -aún inevitable e irreversible- como destino común de la vida, sino que se orienta hacia una comprensión de la muerte como fenómeno social, paradójico (Viveiros de Castro, 2022), y en estrecha relación con la vida. Esta muerte no es solo un mero hecho (social o jurídico), sino un problema: (a) concerniente al humano o a la humanidad, (b) individual o colectivo, y (c) de naturaleza igualitaria o desigual, según las condiciones materiales y simbólicas que la rodean.

Pues no será lo mismo preocuparse (a) por la extinción (muerte) de la humanidad como ente abstracto que, por la muerte del humano concreto, de carne y hueso⁹. Preocuparse por la primera tiende a desatender la muerte del humano y es una idea frecuente en los procesos totalitarios, donde la soberanía es casi exclusivamente ejercida como el poder de dar muerte (Foucault, 2001), incluso legitimando esa producción de cadáveres como un costo necesario para el progreso o la preservación del todo (ya sea la nación, la sociedad o incluso la humanidad misma). Si el derecho no tiene en miras la administración de los problemas del humano concreto, finito, no tiene que pensar ni decir nada sobre la postergación de la muerte ni sobre los sufrimientos vinculados a ella, lo que parecería indicar que desentenderse del humano singular equivale a desentenderse del sentido ético-político del propio derecho.

Tampoco resulta indiferente asumir que la muerte de cada humano (b) es un problema estrictamente individual, del que debe preocuparse quien la enfrenta. Aquí, si la muerte individual es concebida solo como una cuestión privada, ajena a cualquier lazo social, el derecho puede desentenderse por completo de ella, sin que se le exija respuesta alguna, siquiera ante quienes son verdaderos moribundos sociales. En cambio, si la *muerte del Otro* es reconocida como una preocupación colectiva¹⁰, como un asunto que interpela a todos, entonces el derecho —como herramienta social— y quienes lo ejercen tienen la responsabilidad de atenderla, postergarla y orientar sus esfuerzos hacia su prevención. En esta concepción, la función del derecho no es otra que la de resistir la normalización de la muerte evitable, colocándola en el centro de su praxis como límite ético fundamental.

Desde ya, esta perspectiva también estará determinada por a quiénes -o a qué- reconocemos como *Otros*¹¹. No será lo mismo entender al Otro como un simple distinto a uno mismo, que asumir la existencia de un Otro «inequívocamente Otro», en el sentido propuesto por Enrique Dussel¹², cuya alteridad no puede ser reducida ni asimilada. Del mismo modo, tampoco será indiferente el grado de antropocentrismo que adoptemos; no será lo mismo si restringimos nuestra preocupación ética y jurídica únicamente a los humanos, que si, por el contrario, ampliamos el horizonte de responsabilidad para incluir

⁹ Mbembe supo señalar cómo el silenciamiento del cuerpo se debe a la destrucción de los límites entre la vida y la muerte, (2011 p. 14). Tantos otros denunciaron lo mismo bajo la noción de *desacralización de la vida*.

¹⁰ La historia occidental marca que hasta el siglo XVIII la muerte concernía a aquel a quien ella amenazaba, y solamente a él. Recién en este siglo «la muerte del otro» es una preocupación (Ariès, 2022, p. 58)

¹¹ Sobre la dificultad de los europeos colonizadores de reconocer a los habitantes del *Nuevo Mundo* como humanos véase Todorov (1982/2003); sobre cómo los indios de América también llegaron a considerar como no-humanos a los recién llegados, véase Rivera Cusicanqui (2010)

¹² El filósofo argentino enseña que: «La proximidad metafísica se cumple inequívocamente, realmente, ante el rostro del oprimido, del pobre, el que exterior a todo sistema, clama justicia, provoca a la libertad, invoca responsabilidad. La proximidad inequívoca es la que se establece con el que necesita servicio, porque es débil, miserable, necesitado» (Dussel, 1977/1996: 34)

a la «*casa común*» y a los demás seres sintientes como sujetos merecedores de cuidado y protección. Según cómo delimitemos ese campo de alteridades se configurarán también las obligaciones del derecho frente a la vida -humana o no humana- y, por tanto, frente a la muerte.

A su vez, los condicionamientos que enfrenta la función del derecho dependerán en gran medida de la concepción de la muerte que se asuma en relación con la igualdad (c) si se parte de una idea -o mito- de muerte igualitaria, según la cual todas las personas se encuentran expuestas del mismo modo a morir, el derecho puede mantenerse en una aparente neutralidad, sin verse compelido a intervenir activamente. Por el contrario, si se reconoce que existen desigualdades estructurales y contextuales que producen muertes injustas, prematuras y diferenciadas, entonces el derecho no puede sino asumir una función orientada a la cautela vital. En este segundo enfoque la muerte deja de ser un mero destino compartido para revelarse como un fenómeno socialmente distribuido de manera profundamente desigual, ante lo cual el derecho se ve interpelado a actuar.

Finalmente, si se entiende que el derecho debe contribuir a la libertad de los sujetos a los que está destinado a servir, resulta imprescindible tener presente que «un status de opresión reposa en última instancia sobre la amenaza de muerte» y que, en consecuencia, «el proceso de liberación comienza cuando se confía en una victoria sobre la muerte» (Ruiz de la Peña, 1978: 206), por lo que la función verdaderamente emancipadora del derecho no podrá nunca desvincularse de una propuesta salvífica orientada a la preservación de la vida.

Claro que esa propuesta no constituye una consecuencia automática ni neutral, sino que implica una opción, una toma de posición consciente, frente a lo que el derecho puede y debe ser. Optar por esta concepción del derecho supone asumirlo como una herramienta al servicio de la vida y no de su negación.

En este marco, el derecho penal no solo se legitima como límite frente al poder que mata, sino también como instrumento colectivo para postergar la muerte evitable y garantizar condiciones mínimas de existencia digna.

4. Objetivo e invitación (a modo de cierre)

Cuando se advierte un silencio intencional respecto de ciertos elementos que integran un sistema normativo, cabe interrogarse por la mirada antihumanista sobre la que dicho sistema podría estar fundado. Identificar la noción de vida y muerte que subyace a sus prácticas, disposiciones normativas e interpretativas se vuelve, en este sentido, una herramienta valiosa para evaluar su validez y eficacia. Pues el modo en que un ordenamiento jurídico concibe —o ignora— la muerte puede revelar si contribuye, obstaculiza o permanece indiferente frente a la tarea de mitigar la muerte injusta y prematura de las existencias que quedan bajo su alcance.

Como no se conoce por el mero hecho de conocer, sino para vivir (Kusch, 1975/2009, p. 584), resulta necesario aclarar que la pregunta por la vida, lo muerto, la muerte y el derecho que orienta el presente no responde a un mero propósito de conocimiento (conocer todo lo que se pueda), sino a un afán salvífico. El objetivo es contribuir, en la medida de lo posible, a la postergación de la muerte injusta y prematura del individuo concreto (y no de una abstracción llamada humanidad), de la naturaleza y de los demás

seres vivientes. Conocer, en este marco, es una forma de intervenir; pensar el derecho en relación con la muerte es un modo de cuidar la vida.

En este camino, se ha planteado la necesidad de converger en un frente común¹³ con quienes optan por afirmar la supremacía axiológica y ontológica de la vida. Pues, frente a las tendencias inhumanas, deshumanizadas y antihumanistas —tanto en el plano teórico como en las prácticas concretas— que la desacralizan y normalizan su destrucción, se impone el deber de recuperar y trabajar activamente con aquellos saberes y experiencias que comparten el mismo horizonte vital¹⁴.

Así, se invita al trabajo conjunto que parta desde lo «nuestroamericano» como una propuesta que excede lo meramente geográfico y que visibiliza los saberes de los pueblos de raíz no latina históricamente excluidos, los saberes indígenas y populares, para inscribirse en un proyecto teórico y práctico orientado a recuperar la centralidad de la vida, la experiencia situada y la justicia contextualizada como principios rectores de toda legítima intervención del derecho penal en miras a contener el poder punitivo (Videla, 2023).

Desde aquí, la invitación queda abierta a investigar, pensar y escribir desde y para la vida; a hacer del derecho penal un espacio de resistencia y cuidado; a asumir que cada palabra, cada norma y cada práctica pueden —y deben— contribuir a proteger lo viviente frente a la crueldad de su aniquilación.

5. Bibliografía

- Agamben, G. (1998). *Homo sacer: El poder soberano y la nuda vida I*. Madrid: Pre-Textos.
- Alagia, A. (2013). *Hacer sufrir*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar.
- Alagia, A., & Codino, R. (2019). *La descolonización de la criminología en América*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar.
- Anitua, G. I., & Rivera Beiras, I. (Coords.). (2023). *Muertes evitables. Violencia institucional y masacres en cárceles sudamericanas*. Buenos Aires: EDUNPAZ.
- Aniyar de Castro, L. (1987). *Criminología de la liberación*. Maracaibo: Universidad de Zulia.
- Aniyar de Castro, L. (1992). *En guante de terciopelo*. Maracaibo: Universidad de Zulia.
- Aniyar de Castro, L., & Codino, R. (2013). *Manual de criminología sociopolítica*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar.
- Ariès, P. (2022). *Morir en Occidente desde la Edad Media hasta nuestros días*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora.

¹³ Ídem. 43, p. 12.

¹⁴ Pues esta opción no es solo política, sino —por ejemplo— también religiosa. El cristianismo regional ha enseñado que la gloria de Dios es el pobre que vive, evidenciando una clara preferencia por la vida (De la Torre Rangel, 2019). Tampoco puede desatenderse que el papa Francisco ha establecido el principio según el cual «la realidad es más importante que la idea», de donde podemos extraer que el humano es más importante que la idea de humanidad (Francisco, 2013, Evangelii Gaudium, 231–233). Por su parte, para el judaísmo el mandamiento de escoger la vida se encuentra en Deuteronomio, 30:19: «Hoy pongo al cielo y a la tierra por testigos contra ti, de que te he dado a elegir entre la vida y la muerte, entre la bendición y la maldición. Elige, pues, la vida, para que vivan tú y tus descendientes». *Lejaim*, «escoger la vida», es el mandato divino (Horvilleur, 2022, p. 25); Desde otra perspectiva, cabe destacar que el indígena en nuestra América opta por orientar su saber y existencia hacia el mantenimiento del fruto, de la vida, Rodolfo, 1970/2009: 224).

- De la Torre Rangel, J. A. (2019). *Crítica jurídica desde la teología de la liberación*. Aguascalientes–San Luis Potosí: CENEJUS–UASLP.
- Despret, V. (2021). *A la salud de los muertos. Relatos de quienes quedan*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Cactus.
- Días Dos Santos, I., & Zaffaroni, E. R. (2019). *La nueva crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar.
- Dussel, E. (1996). *Filosofía de la liberación* (1977). Bogotá: Nueva América.
- Foucault, M. (2001). *Defender la sociedad*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Francisco. (2013). *Exhortación apostólica Evangelii gaudium*. Ciudad del Vaticano: Librería Editrice Vaticana. Disponible en <https://www.vatican.va/>.
- Gusis, G., & Farb, L. (2020). *Poder patriarcal y poder punitivo. Diálogos desde la crítica latinoamericana*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar.
- Hinkelammert, F. (1977). *Las armas ideológicas de la muerte. El discernimiento de los fetiches: capitalismo y cristianismo*. Centroamérica: EDUCA.
- Horvilleur, D. (2022). *Vivir con nuestros muertos*. Barcelona: Libros del Asteroide.
- Ihering, R. von. (2018). *La lucha por el derecho* (1872). Madrid: Dykinson.
- Krenak, A. (2023). *La vida no es útil*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Eterna Cadencia Editora.
- Kusch, R. (2009). *América profunda* (1962). En *Obras completas* (Tomo II). Rosario: Editorial Fundación Ross.
- Kusch, R. (2009). *La negación en el pensamiento popular* (1975). En *Obras completas* (Tomo II). Rosario: Editorial Fundación Ross.
- Kusch, R. (2009). *El pensamiento indígena y popular en América* (1970). En *Obras completas* (Tomo II). Rosario: Editorial Fundación Ross.
- Mbembe, A. (2011). *Necropolítica*. España: Melusina.
- Neuman, E. (1989). *Crónica de muertes silenciadas. Villa Devoto, 14 de marzo de 1978*. Buenos Aires: Cárdenas Velasco.
- Reyes Mate, M. (2003). *Memoria de Auschwitz. Actualidad moral y política*. Madrid: Trotta.
- Rivera Cusicanqui, S. (2010). *Ch'ixinakax utxiwa: Una reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores*. Buenos Aires: Tinta Limón Ediciones.
- Ruiz de la Peña, J. L. (1978). *Muerte y marxismo humanista. Aproximación teológica*. Salamanca: Sigueme.
- Slokar, A. W. (2020). Necropolítica de los cautivos. En E. R. Zaffaroni (Coord.), *Morir de cárcel* (pp. 67–74). Buenos Aires: Ediar.
- Souriau, É. (2017). *Los diferentes modos de existencia*. Buenos Aires: Cactus.
- Tagle, F. T. (2020). Cuando el temor merodea. *Ciencia Jurídica*. Disponible en <https://doi.org/10.15174/cj.v10i19.373>
- Todorov, T. (2003). *La conquista de América: El problema del otro* (1982). Buenos Aires: Siglo XXI.
- Videla, R. F. (2023). *Las fuerzas del mal. Descolonizar el derecho penal norteamericano*. Chiapas–Valencia: OnA Ediciones.
- Viveiros de Castro, E. (2022). *La muerte como casi acontecimiento*. Santiago de Chile: Saposcat.

- Zaccone, O. (2015). *Indignos de vida: A forma jurídica da política de exterminio*. Río de Janeiro: Editora Raven.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (2002). *Derecho penal: Parte general* (2.^a ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (1988). *Criminología. Aproximación desde un margen*. Bogotá: Temis.
- Zaffaroni, E. R. (1990). *En busca de las penas perdidas* (2.^a ed.). Bogotá: Temis.
- Zaffaroni, E. R. (1993). *Muertes anunciadas*. Santa Fe de Bogotá: Temis.
- Zaffaroni, E. R. (2010). *Masacres: larvas y semillas*. En *Dossier de genocidio y lesa humanidad 1*. Disponible en https://www.csjn.gov.ar/dbre/investigaciones/2010_1.pdf.
- Zaffaroni, E. R. (2011). *La palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (2012a). *La Pachamama y el humano*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Colihue–Ediciones Madres de Plaza de Mayo.
- Zaffaroni, E. R. (2012b). *Crímenes de masa*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo.
- Zaffaroni, E. R. (2015). *El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo.
- Zaffaroni, E. R. (2020). (Coord.). *Morir de cárcel. Paradigmas jushumanistas desde el virus de nuestro tiempo*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (2022). *Colonialismo y derechos humanos: Apuntes para una historia criminal del mundo*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Taurus.

Bibliografía consultada y sugerida

- Adorno, T. W. (2002). *Lecciones sobre dialéctica negativa. Fragmentos de las lecciones de 1965–1966*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Eterna Cadencia Editora.
- Adorno, T. W., & Horkheimer, M. (1998). *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos* (3.^a ed.). Valladolid: Trotta.
- Adorno, T. W. (2005). *Dialéctica negativa. La jerga de la autenticidad (1970)*. Madrid: Akal.
- Adorno, T. W. (2019). *Problemas de filosofía moral*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Las Cuarenta.
- Aguilar Gil, Y. (2021). *La sangre, la lengua y el apellido*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Madreselva.
- Alves, T. M. (2021). *Enjaulados: Escolha punitiva brasileira e perspectivas desencarceradoras*. Curitiba: Appris.
- Anitua, G. I. (2005). *Historia de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Del Puerto.
- Ariès, P. (1999). *El hombre ante la muerte (1977)*. Madrid: Taurus.
- Blanck-Cereijido, F., & Cereijido, M. (2002). *La vida, el tiempo y la muerte*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Cereijido, M., & Blanck-Cereijido, F. (2022). *La muerte y sus ventajas* (4.^a ed., 3.^a reimpr.). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Chul Han, B. (2020). *Caras de la muerte*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Herder

- Churata, G. (2010). *La resurrección de los muertos. Alfabeto de lo incognoscible*. Lima: Asamblea Nacional de Rectores.
- De Sousa Santos, B. (2003). *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Bilbao: Desclée de Brouwer.
- De Sousa Santos, B. (2009). *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid: Trotta.
- Despret, V. (2024). *Muertos a la obra*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Cactus.
- Dussel, E. (1994). *1492: El encubrimiento del otro. Hacia el origen del mito de la modernidad*. La Paz: Plural Editores.
- Dussel, E. (2012). *Para una política de la liberación*. Buenos Aires: Las Cuarenta/Gorla.
- Esposito, R. (2009). *Inmunitas. Protección y negación de la vida*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Franco, F. L. (2021). *Governar os mortos. Necropolíticas, desaparecimento e subjetividade*. São Paulo: Ubu Editora.
- García Ramírez, S. (2023). Una reflexión jurídica sobre la muerte. En R. Pérez Tamayo (Ed.), *La muerte* (3.^a ed.). Monterrey: El Colegio Nacional; Universidad Autónoma de Nuevo León.
- Gusis, G., & Videla, R. F. (2021). *Reflexiones criminológicas*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar.
- Heath, I. (2008). *Ayudar a morir*. Buenos Aires: Katz Editores.
- Kusch, R. (2009). *La seducción de la barbarie: Análisis herético de un continente mestizo* (1953). En *Obras completas* (Tomo I). Rosario: Editorial Fundación Ross.
- Kusch, R. (2009). *Una lógica de la negación para comprender América* (1970). En *Obras completas* (Tomo II). Rosario: Editorial Fundación Ross.
- Kusch, R. (2009). *El pensamiento indígena y popular en América* (1970). En *Obras completas* (Tomo II). Rosario: Editorial Fundación Ross.
- Kusch, R. (2009). *Geocultura del hombre americano* (1976). En *Obras completas* (Tomo III). Rosario: Editorial Fundación Ross.
- Kusch, R. (2009). *América profunda* (1962). En *Obras completas* (Tomo II). Rosario: Editorial Fundación Ross.
- Lomnitz, C. (2021). *Idea de la muerte en México* (3.^a reimpr.). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Malaguti Batista, V. (2016). *El miedo en la ciudad de Río de Janeiro*. Buenos Aires: UNSAM Edita.
- Neuman, E. (1989). *Crónica de muertes silenciadas*. Buenos Aires: Cárdenes Velasco.
- Resta, E. (1995). *La certeza y la esperanza. Ensayo sobre el derecho y la violencia*. Barcelona: Paidós.
- Ruiz de la Peña, J. L. (1971). *El hombre y su muerte. Antropología teológica actual*. Burgos: Aldecoa.
- Ruiz Sosa, D. (2019). *Cuántos de los tuyos han muerto*. Barcelona: Candaya.
- Thomas, L.-V. (2024). *Antropología de la muerte* (4.^a reimpr.). México: Fondo de Cultura Económica.
- Westheim, P. (2021). *La calavera* (3.^a ed., 6.^a reimpr.). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

- Wolkmer, A. C. (2017). *Teoría crítica del derecho desde América Latina*. Ciudad de México: Akal.

El asesinato de una mujer a manos de un hombre por machismo o misoginia

Un análisis comparado del feminicidio en Puerto Rico y Argentina

Joel Andrews Cosme Morales¹

Resumen

Este trabajo compara la tipificación y el tratamiento jurídico del feminicidio en Argentina y Puerto Rico. Para esto se examinan las legislaciones de cada jurisdicción, sus definiciones específicas y los factores contextuales que explican sus respectivas respuestas penales frente a la violencia de género. Asimismo, se discuten las diferencias centrales entre ambas leyes, incluyendo el alcance de la protección a identidades de género diversas, y se plantean críticas en torno a la aplicación práctica de la figura del feminicidio en cada jurisdicción. Por último, se reflexiona sobre la relevancia de estas normas para la transformación cultural y estructural necesaria a fin de erradicar la violencia de género en todas sus formas.

Sumario

1.- Introducción | 2.- El femicidio: la aproximación argentina | 3.- El feminicidio: la aproximación puertorriqueña | 4.- Análisis comparado | 5.- Conclusión | 5.- Bibliografía

Palabras clave

feminicidio – violencia de género – transfeminicidio – Argentina – Puerto Rico

¹ Egresado de la pontificia Universidad Católica de Puerto Rico, donde obtuvo un bachillerato en Ciencias políticas y derecho con concentración menor en Administración pública, relaciones laborales y estudios prejurídicos (*summa cum laude*). Completó el juris doctor en la misma institución (*summa cum laude*). Posee un máster en Filosofía jurídica y política contemporánea por la universidad Carlos III de Madrid y estudios doctorales en historia de Puerto Rico y el caribe en el Centro de estudios avanzados de Puerto Rico y el Caribe. Cuenta con una maestría en derecho (LL.M.) en Formación judicial en la Universidad de Puerto Rico. Actualmente realiza estudios doctorales en derecho (J.S.D.) en la Universidad Interamericana de Puerto Rico. Correo electrónico: joelcosmemorales@gmail.com

1. Introducción

La violencia de género en su vertiente de feminicidio, definida como el asesinato de una mujer por razones de género, constituye una problemática global que afecta a numerosas sociedades en todo el globo que se diferencian por las características y desafíos específicos en cada contexto. De acuerdo con la organización de naciones unidas, este tipo de violencia se categoriza «como la violencia dirigida contra una mujer por el hecho de ser mujer» así como la violencia «que afecta a las mujeres de manera desproporcionada». (ONU Mujeres, 2023). En ese sentido, los actos de violencia de género se traducen en «actos que infligen daño o sufrimiento físico, mental o sexual, amenazas de tales actos, coacción y otras privaciones de libertad» (ONU Mujeres, 2023) (comisión económica para américa latina y el caribe [CEPAL], 2021; United Nations Office on Drugs and Crime [UNODC], 2022).

En el contexto específico de dar muerte a una mujer, el concepto de «feminicidio» se ha definido como el «asesinato intencionado de una mujer por el hecho de serlo». (ONU Mujeres, 2023). Se ha distinguido entre el feminicidio y el asesinado de hombres en que «quienes cometen los feminicidios son parejas o ex parejas de la víctima» y se da en el contexto de la terminación «de un proceso de abusos, amenazas o intimidación constantes en el hogar, violencia sexual». o incluso de eventos en donde «las que las mujeres se encuentran en una situación de inferioridad con respecto a su pareja en términos de poder o disponibilidad de recursos». (ONU Mujeres, 2023). También se ha definido el «feminicidio» como el «asesinato de una mujer a manos de un hombre por machismo o misoginia» (real academia española [RAE], 2025).

Con este marco definitorio, este escrito se examina el feminicidio desde una perspectiva jurídica comparada entre Puerto Rico y Argentina, dos jurisdicciones que, aunque geográficamente distantes y culturalmente diversas, comparten el objetivo común de erradicar la violencia contra las mujeres y proteger sus derechos fundamentales. (ley No. 40-2021, código penal de Puerto Rico, art. 93, 33 L.P.R.A. § 5142, 2024; código penal de la nación argentina, art. 80, modificado por ley No. 26.791, 2012)

Somos del criterio que hoy día el concepto de «feminicidio» se ha convertido en un término clave que permite entender y legislar en torno a la violencia de género. (Deus & González, 2021). Bajo esa tendencia en Puerto Rico y en Argentina se adoptaron marcos jurídicos delineados para abordar este problema. Ahora bien, llama mucho la atención que ambas jurisdicciones han legislado con enfoques que reflejan sus realidades sociales y estructuras legales particulares. En ambos Estados², el feminicidio es un crimen tipificado que se atiende con distintas modalidades y circunstancias para disuadir la manifestación de machismo y misoginia que permea la sociedad al dar muerte a una mujer (Daros, 2018).

² Para los propósitos de este artículo, el término *Estado* se emplea en el sentido político weberiano, refiriéndose a una estructura política y administrativa, y no en el contexto de una entidad soberana. Puerto Rico, al ser un territorio no incorporado de los Estados Unidos, carece de soberanía propia y su estatus se define bajo la cláusula territorial de la constitución de los EE. UU. Para un análisis detallado sobre la condición territorial de Puerto Rico, véase *Balzac v. Porto Rico*, 258 U.S. 298 (1922) y Venator-Santiago (2015). Sobre el contexto colonial puertorriqueño, véase Cosme Morales (2019, 2021, 2022 y 2024).

A continuación examinaremos los elementos de cada tipo de penal con especial énfasis en sus similitudes y diferencias. Finalmente, expondremos las limitaciones hermenéuticas surgidas y elaboraremos posibles recomendaciones normativas.

2. El femicidio: la aproximación argentina

La ley 26.485 de Argentina, titulada «ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales», representó un avance significativo en la legislación argentina al abordar de forma integral la problemática de la violencia de género (ley No. 26.485, 2009). Promulgada el 1 de abril del 2009, esta legislación establece un marco normativo que no solo reconoce la violencia contra las mujeres en sus múltiples manifestaciones, sino que también fija obligaciones para el Estado, la sociedad civil y otros actores en cuanto a su prevención, sanción y erradicación.

El artículo 2 de la ley No. 26.485 aspira a la «eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida». Esto implica el reconocimiento del «derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia». Por esto, que busca crear condiciones que tienen por objetivo «sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos». Como parte de ese objetivo, se busca el «desarrollo de políticas públicas de carácter interinstitucional sobre violencia contra las mujeres» y al mismo tiempo la «remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres». Esta legislación es de orden público y tiene aplicación en todo el territorio nacional argentino. Esto subraya su carácter imperativo y obligatorio, con excepción de disposiciones procesales que se regulan en su título III.

En cuanto a los derechos protegidos, la ley reconoce un abanico amplio, en línea con los compromisos internacionales asumidos por Argentina, como la «convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer»³ (en adelante, «CEDAW») y la «convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (convención de Belém Do Pará)» (convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979; convención de belém do pará, 1994). Estos derechos incluyen, entre otros, el acceso a una vida libre de violencia y discriminación, la seguridad y salud personal, y la integridad física, psicológica, sexual y económica (ley No. 26.485, art. 3, 2009). La ley también establece el derecho de las mujeres a la dignidad e identidad, abarcando tanto el espacio físico como el digital (ley No. 26.485, art. 3[d], modificado por ley No. 27.736, 2023).

La legislación ofrece una definición de violencia contra la mujer que contempla cualquier acción u omisión que, motivada por una relación desigual de poder basada en el género, afecte la vida, libertad, dignidad o integridad física, psicológica, sexual o económica de la mujer. En específico, el artículo 4 de la referida legislación dispone:

Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, por acción u omisión, basada en razones de género, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito

³ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 18 de diciembre de 1979.

público como en el privado, en el espacio analógico o digital, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, participación política, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes (ley No. 26.485, art. 3[d], modificado por ley No. 27.736, 2023).

Estamos ante un tipo penal amplio que atiende la violencia directa e indirecta en contra de la mujer. No tan solo tipifica el acto violento en contra de la mujer, sino las actuaciones circundantes en su contra a través del daño hacia terceros. En ese sentido, consideramos que la ley No. 26.791 marca un hito en el sistema jurídico argentino. Esto se debe a que la ley No. 26.485 incluye el feminicidio como una figura específica en el código penal que puede perseguirse específicamente.

A nivel doctrinal esta ley modifica el artículo 80 del código penal argentino. Este artículo establece la pena de reclusión o prisión perpetua para determinados tipos de homicidios especialmente agravados. Entre las novedades introducidas, el artículo 80 tipifica el feminicidio como un homicidio agravado cuando una mujer es asesinada por un hombre en un contexto de violencia de género. Asimismo, es importante destacar que:

[s]e entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como la persona se siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado en el momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o función corporal a través de los medios farmacológicos, quirúrgicos, o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido (ley No. 26.743, 2012).

En 2012, tras intensos debates, el congreso argentino aprobó la ley No. 26.791, que modificó el artículo 80 del código penal para incluir el feminicidio como un homicidio agravado. (código penal de la nación argentina, art. 80, modificado por ley No. 26.791, 2012). Es evidente que al tipificar el feminicidio como agravante del homicidio se cataloga este fenómeno fáctico como uno de especial consideración para ser atendido legislativamente. En otras palabras, el legislador identificó lo que entiende que es un problema que merece consideración normativa. En vista de lo anterior, se puede colegir que este enfoque deja atrás lo que es una neutralidad de género para formular una política pública penal que atienda la desigualdad entre el hombre y la mujer.

Como se puede apreciar de la norma, el inciso 11 estableció la modalidad para casos en los que el hecho sea perpetrado por un hombre en contra de la mujer y mediare violencia de género. Considero que este enunciado expone un asunto controversial doctrinalmente, dado que plantea un sujeto activo específico (el hombre) en relación con el género de la víctima (la mujer). Los tipos especiales improprios requieren que el autor del delito posea una cualidad particular, lo que en este caso sería la identidad de género masculina del agresor. En ese sentido, este diseño contrasta con la base del derecho penal de acto, que tradicionalmente busca castigar conductas en lugar de condiciones personales del autor.

Podría argumentarse que esta clasificación del sexo es cuestionable ante el principio de isonomía. Ahora bien, la ley No. 26.791 parte de la premisa de que el feminicidio no es simplemente un acto de violencia individual, sino una manifestación de una estructura de poder desigual y arraigada en la sociedad argentina. Por tanto, al tipificar el feminicidio como que los homicidios de mujeres motivados por relaciones desiguales de poder, se configura una política que define esto, no como crímenes aislados, sino síntomas de una

realidad sistémica de desigualdad que requiere una respuesta específica del ordenamiento jurídico penal.

Nos parece altamente llamativo que la ley No. 26.791 introduce el concepto de femicidio vinculado en el artículo 80, inciso 12. Este tipo de homicidio agravado se aplica en situaciones en que el agresor da muerte a una persona cercana a la mujer como lo son un hijo o un familiar con el fin de infilir dolor y sufrimiento a ella. Este agravante responde a un patrón identificado en el cual los perpetradores de violencia de género buscan no solo ejercer control sobre la mujer, sino también causar daño a su entorno emocional.

En consecuencia, la inclusión del femicidio vinculado en el código penal argentino refleja la realidad de que la violencia de género no se limita a la agresión directa contra la mujer, sino que puede expandirse a quienes conforman su círculo íntimo como parte de un abuso continuado.

El artículo 80 también incluye el agravante de odio por motivos de género, orientación sexual, identidad de género o su expresión en su inciso 4. Esta disposición permite sancionar homicidios motivados por prejuicios de género con la pena máxima.

El odio de género, en este caso, se convierte en un agravante y un avance hacia la protección de minorías de género y reafirma la importancia de un enfoque que contemple las distintas formas de discriminación interseccional.

La ley No. 26.791 también establece limitaciones a la aplicación de circunstancias atenuantes en casos de feminicidio reincidente. De acuerdo con la ley, los jueces no pueden aplicar reducciones de pena cuando existen antecedentes de violencia de género por parte del agresor hacia la víctima.

La tipificación del feminicidio también sitúa a Argentina en línea con las recomendaciones internacionales que promueven la adopción de medidas legislativas específicas para combatir la violencia de género. La CEDAW, en su observación general No. 19, hace un llamado a los Estados a adoptar leyes que sancionen la violencia de género en todas sus formas, y a establecer sanciones que reflejen la gravedad de esta problemática. (CEDAW, recomendación general No. 19, 1992). Al incorporar el feminicidio en su código penal, el Estado responde a este llamado, adoptando un enfoque legislativo que reconoce el impacto de la violencia de género en la vida de las mujeres y en la sociedad en su conjunto.

Finalmente, consideramos que la legislación argentina sobre feminicidio integró la perspectiva de derechos humanos al derecho penal y ofreció una respuesta firme a la violencia de género. La norma argentina sanciona con severidad los homicidios motivados por género y actúa como medida preventiva al enviar un mensaje claro de que la discriminación y el odio no serán tolerados.

Este marco jurídico, en otras palabras, reafirma el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y consolida el compromiso del Estado argentino con la justicia de género. Al incluir los crímenes de odio por razones de género y prohibir atenuantes en casos de reincidencia, la ley refuerza la protección efectiva de las víctimas y promueve un cambio cultural hacia la igualdad y el respeto.

3. El feminicidio: la aproximación puertorriqueña

Antes de 2020, Puerto Rico carecía de una legislación específica que atendiera el fenómeno del feminicidio en Puerto Rico. Todo delito contra la mujer se atendía como si fuese un delito de asesinato más. No es hasta el 2020 que se legisló la ley No. 157-2020 que tiene el objetivo de enmendar el artículo 93 del código penal puertorriqueño, ley No. 146-2012, para incluir circunstancias adicionales bajo las cuales se entenderá cometido el asesinato en primer grado cuando la víctima es una mujer. En ese sentido, estableció que el asesinato bajo la modalidad de feminicidio requería que el sujeto pasivo fuese mujer y que el delito se cometiera en una de cuatro circunstancias (ley No. 40-2021, 2021). La primera circunstancia es que se «haya intentado establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima». La segunda es que al momento del asesinato se mantenga o en el pasado se haya mantenido con la mujer alguna relación familiar, conyugal, convivencia, intimidad o noviazgo. La tercera circunstancia es que sea resultado de una reiterada violencia en contra de la mujer. Por último, que «existan antecedentes penales de cualquier tipo de violencia doméstica o por acecho en contra» de la asesinada.

Al año siguiente, en el 2021 se aprobó la ley No. 40-2021 para enmendar el artículo 93(e) y añadir un nuevo inciso (f) a la ley No. 146 de 2012, código penal de Puerto Rico a los fines de reconocer y establecer el feminicidio y transfeminicidio como conductas que constituyen el delito de asesinato en primer grado.

De esta manera se expandió el concepto y se tipificaron una serie de circunstancias en particular. La siguiente tabla muestra y compara ambas modalidades.

Tabla 1. Comparación entre el feminicidio y el transfeminicidio en el código penal de Puerto Rico (ley No. 40-2021).

Circunstancia	Feminicidio (art. 93 «e»)	Transfeminicidio (art. 93 «f»)
1. Delito concurrente	La muerte ocurre al perpetrarse maltrato, maltrato agravado, restricción de libertad o agresión sexual conyugal bajo la ley No. 54-1989.	Idéntica disposición.
2. Violencia sexual	La víctima presenta signos de violencia sexual de cualquier tipo.	Idéntica disposición.
3. Lesiones o mutilaciones	El victimario infinge lesiones o mutilaciones previas o posteriores a la muerte, o realiza actos de necrofilia.	Idéntica disposición.
4. Antecedentes penales	Existen antecedentes por delitos de violencia o agresión en ámbitos familiar, laboral, escolar, académico u otros.	Idéntica disposición.

5. Actos de violencia previos	El sujeto realizó actos o manifestaciones de violencia contra la víctima, denunciados o no.	Idéntica disposición.
6. Relación con la víctima	Existió o se intentó establecer una relación sentimental, conyugal, de pareja, amistad, convivencia, intimidad, afectiva, de noviazgo o de confianza.	Idéntica disposición, aplicable a toda relación afectiva o de hecho.
7. Amenazas o acoso	Existen datos sobre amenazas, acoso, acecho o lesiones del victimario contra la víctima.	Idéntica disposición.
8. Aislamiento	El victimario privó a la víctima de comunicación verbal, escrita o visual con otras personas antes de la muerte.	Idéntica disposición.
9. Disposición del cuerpo	El cuerpo fue abandonado, expuesto o depositado en un lugar público.	Idéntica disposición.
10. Relación de poder	Existió o existe relación laboral, docente u otra que implique superioridad, ventaja o poder del victimario.	Idéntica disposición.
11. Presencia de hijos/as	El asesinato ocurrió en presencia de las hijas o hijos de la víctima.	Idéntica disposición.
Sujeto pasivo	Mujer.	Persona cuya identidad o expresión de género, real o percibida, no corresponde con la asignada al nacer.
Identificación penal	El delito de asesinato se identifica como feminicidio.	El delito de asesinato se identifica como transfeminicidio.

Posteriormente se aprobó la ley No. 71-2024 que enmienda el inciso (a) del artículo 93 del código penal que versa sobre los grados del asesinato para adicionar como asesinato en primer grado con una pena de 99 años de cárcel la siguiente conducta de estrangulamiento, sofocación o asfixia posicional. Asimismo, agrega a los incisos (e) y (f) recién reseñados en la tabla para adicionar como feminicidio o transfeminicidio la muerte que se le dé al sujeto pasivo de mujer o persona cuya identidad o expresión de género, real o percibida, no corresponde con la asignada al nacer, mediante estrangulamiento, sofocación o asfixia posicional o agresión sexual conyugal

contemplados en la ley No. 54 de 15 de agosto de 1989 o que la víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo o signos de estrangulamiento, sofocación o asfixia posicional de cualquier tipo.

Por lo que se puede apreciar, el feminicidio y transfemicidio ocurren en once circunstancias, de acuerdo con el derecho positivo puertorriqueño vigente. Lo que distingue el feminicidio del transfemicidio es que el primero ocurre cuando la víctima es mujer y el segundo cuando la víctima «sea una persona cuya identidad o expresión de género, real o percibida, no corresponda con aquella asignada al nacer». (ley No. 40-2021). Veamos ahora cada circunstancia.

Una de las primeras modalidades que la legislación recoge es el feminicidio o transfemicidio que ocurre en el marco de un acto de violencia doméstica, definido en la «ley para la prevención e intervención con la violencia doméstica», ley No. 54 de 15 de agosto de 1989. Así, la ley destaca la relación directa entre la violencia doméstica y el asesinato en circunstancias donde existe la violencia física y psicológica en relaciones de pareja. En particular, se dice: «[...]a muerte haya ocurrido al perpetrarse algún delito de maltrato, maltrato agravado, maltrato mediante restricción de la libertad, estrangulamiento, sofocación o asfixia posicional o agresión sexual conyugal contemplados en la ley 54» (código penal de Puerto Rico art. 93, 33 L.P.R.A. § 5142, 2012).

La «ley para la prevención e intervención con la violencia doméstica» dispone que el maltrato ocurre cuando una persona emplea fuerza física, violencia psicológica o económica, intimidación o persecución en contra de su cónyuge, excónyuge, o persona con quien haya tenido una relación consensual (ley No. 54-1989, 8 L.P.R.A. §§ 602, 631). Esta conducta tiene como propósito causar daño físico o emocional significativo a la víctima, o bien afectar negativamente sus bienes personales. En Puerto Rico no se requiere un patrón de conducta repetitivo para que se configure este delito, lo que amplía el alcance de protección a las víctimas. Así, el legislador reconoce que actos aislados, pero severos también pueden constituir una grave amenaza a la seguridad y bienestar de la persona afectada.

Por otra parte, la ley introduce el concepto de maltrato agravado que abarca situaciones en las que el maltrato ocurre bajo circunstancias que agravan el riesgo o daño a la víctima. Por ejemplo, este tipo penal aplica en contextos del uso de armas, de la provocación de lesiones graves, o cuando el acto se realiza en presencia de menores. Además, el maltrato se considera agravado si el agresor viola lo que se conoce como una orden de protección u obliga a la víctima a consumir sustancias o participar en actos sexuales no deseados.

Otro aspecto fundamental de la ley es la tipificación del maltrato mediante restricción de la libertad. Este delito se configura cuando el agresor coarta la libertad de la víctima mediante coacción, amenazas o manipulación psicológica. El legislador reconoce aquí el efecto devastador de esta forma de violencia psicológica, que impacta directamente la autonomía y la seguridad personal de la víctima, exponiéndola a un estado de sumisión y dependencia.

Finalmente, la ley clasifica el estrangulamiento, la sofocación y la asfixia posicional como conductas de alto riesgo dentro del ámbito de la violencia doméstica. La legislación puertorriqueña considera estos actos como delitos graves, independientemente de si dejan lesiones visibles.

En este contexto, el legislador también aborda la agresión sexual conyugal . Se reconoce que una relación de pareja o conyugal no justifica la coerción en actos sexuales y se considera delito el acto de forzar a un cónyuge, excónyuge o pareja consensual a participar en actividades sexuales sin su consentimiento. Esto implica, el uso de la fuerza, intimidación, sustancias químicas que alteren la capacidad de decisión de la víctima, o el provecho de una incapacidad mental.

Por lo tanto, cuando la muerte de una mujer ocurre en el contexto de cualquiera de estas modalidades de maltrato antes descritas, entonces se concluye que estamos ante caso de feminicidio.

Por otro lado, la evidencia de violencia sexual sobre el cuerpo de la víctima también es un factor determinante en la tipificación de feminicidio o transfeminicidio. La exposición de motivos de la «ley para la protección de las víctimas de violencia sexual en puerto rico», indica que «[d]esde la perspectiva penal, la violencia sexual está contemplada en la ley 146-2012, según enmendada, conocida como «código penal de Puerto Rico de 2012», el cual tipifica la agresión sexual, acoso sexual, los actos lascivos y el incesto como delitos» (ley No. 54-1989, 8 L.P.R.A. §§ 602, 631).

Un ejemplo de violencia sexual es el delito de agresión sexual establece sanciones severas para actos de penetración sexual o actos orogenitales cometidos en diversas circunstancias. Entre las situaciones que configuran este delito se encuentran: cuando la víctima es menor de dieciséis años, sufre de una incapacidad mental que le impide comprender el acto, o es compelida mediante fuerza, intimidación o amenazas graves. En el contexto del feminicidio, la presencia de estos elementos de agresión sexual en el cuerpo de la víctima permite concluir que hubo una intención deliberada de someter y violentar su autonomía y dignidad antes de su muerte, enmarcando el crimen no solo como un asesinato, sino como un acto de control extremo sobre la víctima.

El código penal también aborda situaciones en las que el consentimiento de la víctima es anulado o disminuido por el uso de sustancias hipnóticas, narcóticas o similares. En casos de feminicidio donde se evidencia el uso de estas sustancias, el crimen se interpreta como un acto intencional en el que el agresor, además de ejercer violencia sexual, busca reducir a la víctima a un estado de vulnerabilidad extrema para luego proceder con el asesinato.

Otra modalidad significativa de violencia sexual es el incesto que sanciona con una pena de reclusión fija a quienes, teniendo un parentesco cercano con la víctima, realizan actos de penetración sexual o actos orogenitales. En estos casos, el agresor no solo violenta la integridad sexual de la víctima, sino que lo hace desde una posición de cercanía y, muchas veces, de autoridad, lo que agrava el delito.

El bestialismo representa otra modalidad de violencia sexual extrema. Aunque rara vez se asocia con el feminicidio, su inclusión en el código penal señala un reconocimiento de la deshumanización total que conlleva esta práctica. Para propósitos del ordenamiento puertorriqueño, el bestialismo implica un acto de penetración sexual con un animal y, en el contexto del feminicidio, su presencia puede evidenciar la intención del agresor de humillar y degradar a la víctima a un nivel extremo antes de causarle la muerte.

El código penal también tipifica los actos lascivos los cuales consisten en conductas sexuales que buscan satisfacer los deseos del agresor sin llegar a la penetración. Estos actos, aunque no alcanzan la gravedad de una agresión sexual, representan violencia sexual que puede culminar en feminicidio.

Un tercer aspecto que la ley reconoce como modalidad agravante es la presencia de lesiones, mutilaciones o actos de necrofilia. Según la real academia española (RAE, 2023), el término necrofilia se define como «atracción por la muerte o por todo lo relacionado con ella». Estas acciones reflejan un ensañamiento que excede el mero acto de quitar la vida, mostrando un odio visceral y un desprecio por la dignidad de la víctima.

Asimismo, la existencia de antecedentes penales del agresor por delitos de violencia amplía el contexto de riesgo y peligro que rodeaba a la víctima. Este tipo de historial permite contextualizar el asesinato dentro de un patrón prolongado de abusos y amenazas.

Por el otro lado, aun cuando no existan denuncias previas, los actos de violencia esporádicos o reiterados también configuran una modalidad agravante. Esta inclusión en la ley permite que los patrones de violencia se tomen en cuenta independientemente de la documentación formal. Esta modalidad salvaguarda a las víctimas invisibilizadas y asegura que la falta de denuncia no exima al agresor de responsabilidad.

Además, otro elemento que define el feminicidio es el intento del agresor de establecer o restablecer una relación con la víctima. Al incluir esta modalidad, la ley reconoce que la violencia de género a menudo surge en un contexto de relaciones afectivas, donde el agresor intenta perpetuar una relación de dominio a través del asesinato.

Igualmente, las amenazas, el acoso y el acecho también son signos precursores de un feminicidio, y su presencia contribuye a caracterizar el asesinato como un acto intencional. Otra modalidad relevante es el aislamiento de la víctima, donde el agresor la priva de contacto con su entorno social. Esta conducta de coerción demuestra una intención de controlar emocional y físicamente a la víctima, reduciendo sus posibilidades de buscar ayuda.

Otro aspecto es el abandono del cuerpo de la víctima en un espacio público. Este acto denota una falta de respeto por la víctima incluso después de su muerte, mostrando que el feminicidio es un crimen no solo contra la persona, sino también contra su dignidad y memoria. Al exponer el cuerpo, el agresor busca también ejercer una especie de control póstumo, extendiendo la violencia más allá de la muerte misma. Otra modalidad es la existencia de una relación de poder o superioridad entre el agresor y la víctima subraya el abuso de autoridad como factor en el feminicidio. Finalmente, la modalidad de feminicidio que ocurre en presencia de los hijos de la víctima destaca el impacto intergeneracional de la violencia de género.

En conjunto, estas once modalidades buscan capturar la complejidad de la violencia de género y dotar al sistema jurídico de herramientas para sancionar estos actos como feminicidio o transfeminicidio.

Ahora bien, el análisis de la legislación penal puertorriqueña muestra que muchas de las circunstancias específicas del feminicidio y el transfeminicidio podrían, efectivamente, ajustarse dentro de las modalidades generales de asesinato en primer grado. La violencia extrema, la crueldad, y el uso de métodos letales, tales como la sofocación, el estrangulamiento, y la violencia sexual, son características que ya agravan un asesinato y lo elevan a primer grado en el Código penal puertorriqueño. Estos elementos, por su naturaleza, reflejan la intención del legislador de sancionar severamente los crímenes que implican altos niveles de brutalidad, control o abuso.

No obstante, ¿cuál es la función diferenciadora del feminicidio y el transfeminicidio en términos penales con otros tipos que recoge el ordenamiento jurídico? Aunque la

categoría de feminicidio visibiliza el contexto de género, en términos prácticos, las modalidades de asesinato en primer grado ya abarcan los mismos actos materiales sin importar el género de la víctima.

Se podría argumentar que una de las razones para la creación de esta clasificación específica parece estar relacionada con evitar que estos crímenes se clasifiquen como asesinato atenuado. El asesinato atenuado en Puerto Rico es un tipo penal que reduce la pena a casos en los que la muerte ocurre como consecuencia de una «*perturbación mental o emocional*» o de una «*súbita pendencia*», con una explicación o excusa razonable.

Podría argumentarse que, al clasificar el feminicidio como una modalidad de asesinato en primer grado, la Asamblea Legislativa intentó cerrar la puerta a defensas basadas en perturbaciones emocionales o arrebatos impulsivos que reducirían la responsabilidad del acusado.

Así, aunque el dar muerte a una persona a propósito o con conocimiento, lo que sucede en muchas de las modalidades de feminicidio y transfeminicidio, podría argumentarse que la distinción en su tipología busca garantizar que estos crímenes no se consideren en circunstancias atenuadas.

Ahora bien, en un análisis más profundo del feminicidio y el transfeminicidio surge una interrogante crítica: ¿cómo se clasifica el asesinato de una persona que nació mujer pero que, en su vida adulta, se identifica y vive como hombre trans?

Por un lado, el feminicidio se suele entender como el asesinato de una mujer en un contexto de violencia de género, lo cual implica en términos generales a una mujer cisgénero. En este sentido, el feminicidio se estructura alrededor de la victimización de una persona cuya identidad de género y presentación corresponden con el género femenino tanto en términos registrales (asignado al nacer) como en términos sociales. Ahora, ¿qué ocurre cuando el asesinato es de una persona que nació mujer, pero se identifica y vive como hombre trans, y que aún podría enfrentarse a dinámicas de opresión de género basadas en su biología o presentación percibida, cae bajo esta clasificación? Podría argumentarse que al no considerar la experiencia de vida y el contexto de violencia experimentado por una persona transmasculina se pasaría por alto que ciertos crímenes contra hombres trans derivan de actitudes misóginas y transfóbicas. Aunque, se puede argüir que estas personas quedan protegidas bajo la categoría de transfeminicidio.

Ahora bien, el transfeminicidio es concebido en el código penal como el asesinato de personas cuya identidad o expresión de género no coincide con la asignada al nacer. Bajo esta definición, se puede argumentar que esto incluye a un hombre trans, ya que su identidad de género difiere de la femenina asignada al nacer. Sin embargo, la palabra «transfeminicidio» parece estar vinculada para abarcar la violencia contra personas transfemeninas (personas asignadas hombre al nacer que se identifican como mujeres). La aplicación del transfeminicidio a hombres trans introduce entonces un debate sobre si el contexto de opresión de género está correctamente capturado, ya que la violencia dirigida hacia personas transfemeninas y transmasculinas responde a factores sociales y de género distintos.

Esta distinción entre feminicidio y transfeminicidio, basada en la identidad de género registrada o vivida, no está exenta de problemas prácticos e incluso de vaguedad. En ese sentido, se determinar si la identidad de género de la víctima en función tanto de su

documentación oficial (identidad registral) como de su identidad de género percibida o asumida en su vida diaria (identidad extraregistral)⁴.

Ahora bien, el feminicidio y el transfeminicidio buscan visibilizar y condenar la violencia basada en el género y la identidad de la víctima. Sin embargo, estos tipos penales deben considerar las complejidades y variaciones en las experiencias de género para evitar que la identidad registral o extraregistral de la víctima genere confusiones en la tipificación del crimen. Por último la legislación enfrenta retos constitucionales en torno al debido proceso de ley, igualdad ante la ley y la presunción de inocencia. Estos elementos se discutirán más adelante.

4. Un análisis comparado

Debemos comparar las jurisdicción argentina de la puertorriqueña por medio de un análisis que destaque las diferencias y similitudes al tratamiento del fenómeno de la violencia de género. En ambos Estados, se reconoce que es un acto jurídico que debe atenderse penalmente, peor las definiciones y conceptos se diferencian en ciertos aspectos que veremos a continuación.

En primer lugar, en argentina, la ley 26.791 modificó el artículo 80 del código penal argentino donde incluye el feminicidio como directo y el concepto de «femicidio vinculado», que incluye a personas cercanas a la víctima, como hijos o familiares, quienes son asesinados con el fin de infilir dolor emocional a la mujer. En la regulación puertorriqueña, se clasificaron las conductas de feminicidio y el transfeminicidio como formas específicas de asesinato en primer grado con múltiples posibilidades fácticas.

A pesar de estas similitudes, los marcos de Argentina y Puerto Rico presentan diferencias fundamentales, especialmente en cuanto a la definición y estructura del feminicidio en relación con el género del agresor y la víctima. En Argentina, la legislación de feminicidio parte de una definición tradicional de violencia de género: el agresor debe ser un hombre, y la víctima debe ser una mujer, en un contexto de violencia machista. Esta configuración implica que el feminicidio en Argentina es una modalidad especial de homicidio agravado en la cual el género masculino del agresor es un factor determinante, lo cual limita la aplicabilidad del feminicidio en situaciones donde, por ejemplo, la agresora es una mujer. Este diseño también tiene su base en la perspectiva de que el feminicidio es la expresión de una relación de poder desigual entre hombres y mujeres, profundamente enraizada en la estructura patriarcal.

Por otro lado, la ley No. 40-2021 en Puerto Rico adopta un enfoque más inclusivo al no especificar el género del agresor, lo que permite que el feminicidio se aplique en una gama más amplia de situaciones de violencia de género. Además, la legislación puertorriqueña introduce el transfeminicidio, que abarca el asesinato de personas cuya identidad de género no corresponde con la asignada al nacer, lo cual muestra una disposición a integrar en el derecho penal una mayor sensibilidad hacia las identidades de género diversas. Este concepto es particularmente significativo en Puerto Rico, donde el transfeminicidio permite reconocer la violencia de género en un sentido más amplio y proteger también a personas transgénero y de género no conforme que se ven afectadas

⁴ Véase Cosme Morales (2021) para un análisis de las distinciones entre identidad registral y extraregistral en el contexto jurídico puertorriqueño.

por la violencia patriarcal. Sin embargo, el enfoque inclusivo de Puerto Rico introduce complejidades adicionales al sistema judicial, al requerir que los casos de feminicidio y transfeminicidio consideren tanto la identidad de género registral o extraregistral como la identidad de género asumida y vivida de la víctima.

Cabe destacar un elemento adicional en el caso de Puerto Rico. El 31 de octubre de 2025, el tribunal de apelaciones de Puerto Rico, foro intermedio entre el tribunal de primera instancia y el tribunal supremo, declaró inconstitucional el artículo 93(e)(5) del código penal de Puerto Rico que dispone que se considera feminicidio todo asesinato en el cual la víctima es una mujer cuando al cometerse el sujeto haya realizado actos o manifestaciones esporádicas o reiteradas, de violencia en contra de la víctima, independientemente de que los hechos fueran denunciados o no por la víctima. (Pueblo v. Santiago Alvarado, TA2025CE00195, 2025).

El foro intermedio afirmó que la redacción del artículo 93(e)(5) del código penal adolece de vaguedad al tomar en cuenta como parte de sus elementos los «actos o manifestaciones esporádicas o reiteradas de violencia en contra de la víctima». El tribunal de Apelaciones concluyó que este lenguaje configuró una conducta indeterminada que donde «actuaciones físicas o expresiones lingüísticas susceptibles de configurar cualesquiera de los otros delitos del Código Penal, hasta actuaciones o expresiones jurídicamente permitidas, pero interpretadas como violentas; todo al arbitrio desmedido de algún policía o juzgador» (Pueblo v. Santiago Alvarado, TA2025CE00195, 2025). Para el panel del Tribunal de Apelaciones «el lenguaje maleable del estatuto puede acoger desde un ademán visceral hasta una canción antiestética como acto o expresión violenta, respectivamente», sin que exista alguna pertinencia evidenciaria para comprobar la denuncia ni algún límite temporal (Pueblo v. Santiago Alvarado, TA2025CE00195, 2025).

Además del argumento de vaguedad, el foro intermedio expuso que el referido artículo 93(e)(5) del código penal establece una clasificación sospechosa por razón de sexo violatoria de la constitución puertorriqueña «en la medida en que solo contempla como víctima del delito a una mujer». (Pueblo v. Santiago Alvarado, TA2025CE00195, 2025). Adujo que el Estado «no demostró que la clasificación por sexo sea el medio menos oneroso disponible para resguardar el bien jurídico que constituye la vida de una mujer», pues «en todos los códigos penales anteriores, la vida de las mujeres ha estado contenida como un bien jurídico protegido en el delito de asesinato» (Pueblo v. Santiago Alvarado, TA2025CE00195, 2025).

Por el otro lado, y con humildad intelectual, somos del criterio que bajo el sistema jurídico argentino probablemente no se llegaría a la misma conclusión bajo su propia normativa. Bajo el art. 75 inc. 23 de la constitución nacional y los tratados internacionales con jerarquía constitucional o supraconstitucional, como la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, 1979) posiblemente se entendería que el feminicidio no violaría el principio de igualdad, sino que lo concretiza en la sanción de la violencia que se comete en el marco de relaciones desigualitarias de poder.

Asimismo, al considerar el impacto social y jurídico de ambos enfoques, se observa que cada legislación responde a realidades distintas, propias de los contextos culturales y sociales de cada país. En Argentina, la regulación del feminicidio enfatiza la violencia de género en el contexto patriarcal y define el feminicidio como un crimen donde el agresor, necesariamente hombre, actúa bajo una relación de poder machista en contra de una mujer. Este enfoque permite una respuesta contundente frente a la violencia hacia las

mujeres, mientras visibiliza las relaciones desiguales de poder en una sociedad marcada por estereotipos de género.

En contraste, Puerto Rico intenta reflejar una comprensión más amplia de la violencia de género mediante la inclusión del transfeminicidio, que busca proteger tanto a mujeres cisgénero como a personas transgénero y de género no conforme. Aunque este avance responde a una creciente conciencia sobre la violencia que enfrentan las personas trans y no conformes con el género asignado al nacer, plantea el desafío de establecer criterios claros que eviten interpretaciones dispares en función de la identidad registral o extraregistral de la víctima. Como ya se pudo apreciar con la declaración reciente de inconstitucionalidad de uno de sus artículos.

Ambos enfoques presentan limitaciones inherentes, y es posible que se requieran futuros ajustes legislativos para reflejar de manera más precisa las realidades cambiantes de la violencia de género. En Argentina, la protección integral podría beneficiarse de una revisión que incluya explícitamente a personas transgénero y no conformes en su ley de feminicidio, mientras que en Puerto Rico se podrían desarrollar pautas claras para la interpretación de identidades registrales y extraregistrales. En última instancia, estas leyes deben evolucionar junto con los cambios en las percepciones sociales sobre el género y la violencia de género para lograr una protección efectiva y equitativa para todas las personas afectadas por esta violencia estructural.

5. Conclusión

Somos del criterio que el feminicidio es la forma más extrema de violencia de género. Es el asesinato de una persona por razones injustificadas y relacionadas por ideologías machistas o misóginas. Esta realidad humana se le debe hacer frente por medio del castigo, de la identificación, denuncia y desmantelamiento de las premisas que se construyen sobre esas ideas. Tanto en Puerto Rico como en Argentina, las leyes reflejan esa urgencia. Aunque jurídicamente viven en realidades distintas, ambos Estados enfrentan el desafío de proteger la vida de las mujeres y reconocer la raíz estructural de esta violencia.

Ahora bien, de que vale con tipificar el feminicidio si el sistema judicial y de administración de la justicia no cambia, no se adapta o no encausa ¿De qué sirve una ley si no transforma las prácticas que sostienen la desigualdad? Las penas más severas son importantes para muchas personas, pero su verdadero valor está en provocar un cambio real y si no se consigue, se debe de reevaluar.

Por el otro lado, debemos ser conscientes de que la lucha contra el feminicidio no puede constituir un asidero para violar derechos humanos, el debido proceso de ley, la igualdad jurídica ni poder desviar el principio de legalidad. Por tal razón, la recomendación es que la técnica legislativa sea adecuada, clara y libre de interpretaciones que se presten a la ambigüedad y arbitrariedad. En ese sentido, el fenómeno puertorriqueño reciente debe evaluar si en efecto cumple con sus normativas internas constitucionales.

Bibliografía

- Alicia Deus, & González, D. (2021). *Análisis de legislación sobre femicidio/feminicidio en América Latina y el Caribe e insumos para una ley modelo*. ONU Mujeres y MESECVI.
- Balzac v. Porto Rico, 258 U.S. 298 (1922).
- Código penal de la Nación Argentina, art. 80, en la redacción dada por la ley N.º 26.791, *Femicidio – Código penal. Modificaciones. Su incorporación* (2012).
- Código penal de Puerto Rico, art. 14, 33 L.P.R.A. § 5014 (2012).
- Código penal de Puerto Rico, art. 22, 33 L.P.R.A. § 5035 (2012).
- Código penal de Puerto Rico, art. 92, 33 L.P.R.A. § 5141 (2012).
- Código penal de Puerto Rico, art. 93, 33 L.P.R.A. § 5142 (2012).
- Código penal de Puerto Rico, art. 130, 33 L.P.R.A. § 5191 (2012).
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). (2021). *Infographic: Violencia contra la mujer en América Latina y el Caribe*. Recuperado de https://www.cepal.org/sites/default/files/infographic/files/c2300197_boletin_1_violencia_esp_web.pdf
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), 9 de junio de 1994, 33 I.L.M. 1534. Recuperado de <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 18 de diciembre de 1979, 1249 U.N.T.S. 13. Recuperado de <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>
- Cosme-Morales, J. A. (2019). *Expulsión del Comisionado Residente de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos de América*. Revista de Derecho de Puerto Rico, 59, 1–45.
- Cosme-Morales, J. A. (2021). *Arroyo v. Rosselló: The Impact on Puerto Rican Labor Law*. University of Puerto Rico Business Law Journal, 12, 1–15.
- Cosme-Morales, J. A. (2021). *Palmyra Atoll: America's 51st State?* Southern University Law Review, 49, 97–130.
- Cosme-Morales, J. A. (2022). *The Centenary of Balzac v. Porto Rico: Second-Class Citizenship in the Context of the Presidential Vote*. Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, 91, 913–942.
- Cosme-Morales, J. A. (2024). *Balzac v. Porto Rico y el Atolón Palmyra: un sin sentido insular*. Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, 93, 657–690.
- Daros, W. R. (2018). *Feminicidio: Violencia de género desde Argentina*. Beoiberística, 2(1), 217–221. <https://doi.org/10.18485/beoiber.2018.2.1.15>
- Ley N.º 26.485 (1 de abril de 2009, Arg.). *Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales*. Recuperado de <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150000-154999/152155/texact.htm>

- Ley N.º 26.743 (24 de mayo de 2012, Arg.) [Derecho a la Identidad de Género], *Boletín Oficial* 32.404.
- Ley N.º 26.791 (2012, Arg.) [Modificación del Código Penal en materia de femicidio].
- Ley N.º 26.791, art. 80, inc. 12 (2012, Arg.).
- Ley N.º 27.736 (23 de octubre de 2023, Arg.) [Modificación del art. 3(d) de la Ley N.º 26.485].
- Ley Núm. 40 de 27 de agosto de 2021, *Código penal de Puerto Rico*, art. 93, 33 L.P.R.A. § 5142 (2024).
- Ley Núm. 54 de 15 de agosto de 1989, *ley para la Prevención e Intervención con la Violencia Doméstica*, 8 L.P.R.A. §§ 602, 631.
- Ley Núm. 71-2024 (P.R.).
- Ley Núm. 148-2015, *ley para la Protección de las Víctimas de Violencia Sexual en Puerto Rico*, 8 L.P.R.A. §§ 1281–1288 (2015).
- Organización de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres). (2024). *Preguntas frecuentes: Tipos de violencia contra las mujeres y las niñas*. Recuperado el 2 de noviembre de 2024 de <https://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/faqs/types-of-violence>
- Real Academia Española. (2025). *Feminicidio*. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 4 de marzo de 2025 de <https://dle.rae.es/feminicidio>
- Real Academia Española. (2025). *Necrofilia*. En *Diccionario de la lengua española* (23.ª ed.). Recuperado de <https://dle.rae.es/necrofilia>
- United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). (2022, febrero). *Asesinatos de mujeres y niñas por parte de su pareja u otros miembros de la familia* (U.N. Doc. 02/2022).
- Venator-Santiago, C. R. (2015). *Puerto Rico and the Origins of U.S. Global Empire: The Disembodied Shade*. Routledge.

Responsabilidad penal de vehículos autónomos en casos de accidentes de tránsito

Una mirada jurídico penal al derecho comparado y aspectos problemáticos en el derecho penal del *Civil Law*

Carlos F. Espinoza Cordero¹

Resumen

Este artículo jurídico tiene como objetivo analizar los modelos de responsabilidad penal en sucesos de tránsito ocasionados por vehículos autónomos, cuando estos afectan bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento. Asimismo, se desarrolla el caso Tesla y la toma de posición jurídico penal, a partir de la casuística internacional. Por otro lado, las instituciones jurídicas de riesgo permitido e imputación objetiva.

Sumario

1.- Introducción | 2.- Definición de términos básicos | 3.- Casuística comparada respecto de los vehículos autónomos: caso tesla, caso Uber, entre otros | 4.- Riesgo permitido en los vehículos autónomos | 5.- Toma de posición en la responsabilidad penal en los vehículos autónomos, a propósito del caso Tesla y Uber | 6.- Conclusiones | 7.- Bibliografía

Palabras clave

inteligencia artificial (IA) – vehículos autónomos – responsabilidad penal – riesgo permitido – seguridad vial

¹ Doctorando (Universidad Nacional de Mar del Plata). Magíster en Derecho en ciencias penales (Universidad San Martín de Porres). Abogado (Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, Huaraz-Ancash). Fiscal adjunto provincial del distrito fiscal de Lima Centro. Colegiado en el Ilustre Colegio de Abogados de Ancash y autor de diversos artículos a nivel nacional e internacional. Correo electrónico: cfec23@gmail.com

1. Introducción

La irrupción de la inteligencia artificial en el ámbito del transporte plantea desafíos urgentes para los sistemas jurídicos contemporáneos. En particular, la utilización de vehículos autónomos introduce un nuevo paradigma en el análisis de la responsabilidad penal por sucesos de tránsito. Este artículo tiene como objetivo analizar la posibilidad y los límites de la imputación penal en estos escenarios, centrándose en los niveles de automatización avanzados (4 y 5) y en la función que cumplen distintos actores, como los fabricantes, programadores y operadores del sistema.

La hipótesis que guía este trabajo es que, a pesar de la ausencia de conciencia en los sistemas de IA, es posible establecer modelos de responsabilidad penal indirecta que permitan una respuesta jurídica adecuada ante daños ocasionados por estos vehículos. Para ello, se empleará una metodología dogmática-jurídica y un análisis comparado de normativa y jurisprudencia internacional, con el fin de proponer líneas argumentativas que contribuyan a la discusión actual.

El artículo se estructura en cinco partes: la definición conceptual de los vehículos autónomos y sus niveles de automatización; el análisis de casos emblemáticos como Tesla y Uber; el estudio del riesgo permitido y la imputación objetiva; la discusión sobre la posibilidad de atribuir responsabilidad penal; y finalmente, una propuesta de modelo mixto de responsabilidad adaptado a los retos de la conducción automatizada.

La cuarta revolución tecnológica, especialmente con la inteligencia artificial aplicada a los vehículos autónomos (VA), plantea importantes desafíos jurídico-penales. Casos como Uber y Tesla en Estados Unidos ejemplifican estos retos. ¿Quién asume la responsabilidad penal en accidentes causados por vehículos con automatización de nivel 5?

El avance de la inteligencia artificial ha dado lugar a sucesos de tránsito provocados por vehículos autónomos. Esto obliga a replantear aspectos del derecho penal, ya que tradicionalmente se reconoce la imputación solo a personas humanas.

Mediante la presente investigación se busca desarrollar los modelos de responsabilidad penal en casos de accidentes por vehículos autónomos que ocasionen afectaciones a los bienes jurídicos protegidos normativamente. Por ello resulta de vital importancia contribuir con un planteamiento de posibles soluciones jurídico-penales a partir del sistema procesal del Civil Law.

2. Definición de términos básicos

a. Vehículos autónomos

Ahora bien, uno de los elementos nucleares en el análisis de si existe o no una responsabilidad penal por sucesos de tránsito, de los vehículos autónomos, es su definición conceptual, en como esta ha ido evolucionando con el avance de la tecnología y sobre todo de la inteligencia artificial (en adelante, «IA»).

En ese sentido el coche autónomo puede definirse como un vehículo sin conductor, o sin necesidad de ser conducido, que puede circular, bien de forma autónoma, bien siendo controlado de manera remota por un tercero².

Asimismo, también, se define como vehículo autónomo aquel que puede circular sin intervención humana por vías que no han sido diseñadas específicamente para este tipo de vehículos y por las que circulan colectivamente ciclistas, peatones, y otros usuarios de vehículos. Emplean sistemas de automatización que llevan a cabo total o parcialmente la llamada tarea de conducción dinámica (*dynamic driving task*, «DDT»).

Por otro lado, el «coche autónomo» es un vehículo a motor equipado con un sistema de IA que permite conducirlo sin ninguna intervención humana, es decir, con delegación total en los sistemas del automóvil. Los coches autónomos son capaces de imitar las capacidades humanas de manejo, conducción y control. Como vehículo autónomo, puede percibir el medio que le rodea y navegar en consecuencia³. De tal manera, que en la actualidad los vehículos autónomos han tenido una evolución en automatización, conforme la IA ha ido avanzando para ello tenemos lo siguiente:

i. *Vehículos autónomos (VA) y sus niveles de automatización conforme la IA y su autonomía*

Conforme a la Comisión de Ética de la Conducción Automatizada y Conectada (Federal Ministry of Transport and Digital Infrastructure, 2017), se prevén 5 niveles de automatización de los vehículos, desde el nivel 0 hasta el nivel 5. Como se observa en la Figura 1, estos niveles se definen de la siguiente manera:

- a) Nivel 0: sin automatización en la conducción. El ocupante realiza la totalidad de las acciones y no tiene asistencia alguna. El ocupante tiene el dominio completo del auto.
- b) Nivel 1: asistencia en la conducción. El ocupante tiene un grado de asistencia en la conducción.
- c) Nivel 2: automatización parcial. El vehículo cuenta con control de movimiento tanto longitudinal como lateral. No tiene detección de objetos ni respuesta ante objetos. Es necesaria la presencia del ocupante.
- d) Nivel 3: automatización condicionada. Se requiere la presencia del ocupante, quien debe estar atento para intervenir. El auto puede decidir cuándo realizar un cambio de carril o frenar para evitar un choque con otro vehículo.
- e) Nivel 4: automatización elevada. No se requiere la intervención del ocupante en ninguna situación. Es el propio coche el que controlará el tráfico, el entorno, determinará los caminos o rutas a seguir, y puede responder ante situaciones imprevistas.

² Iturmendi Morales, 2016, pp. 1–11. Por su parte, el estudio *Self-Piloted Cars: The Future of Road Transport*, presentado ante el Parlamento Europeo en 2016, distingue entre vehículos automatizados y autodirigidos: «For this report we will identify ‘automated vehicles’ as those that use on-board equipment to perform one or more driving tasks automatically and ‘self-driving vehicles’ as those public or private vehicles designed to drive autonomously, without the control of a human driver». En esta misma línea se pronuncia la Subdirección General de Gestión de la Movilidad al definir el vehículo autónomo como «todo vehículo con capacidad motriz equipado con tecnología que permita su manejo o conducción sin precisar la forma activa de control o supervisión de un conductor, tanto si dicha tecnología autónoma estuviera activada o desactivada, de forma permanente o temporal» (*Instrucción 15/V-113*).

³ Barrio André, 2018, p. 2.

f) Nivel 5: automatización completa. El vehículo tendrá la capacidad, bajo demanda, de realizar a través de la interfaz por la que se introducirán las órdenes, de ir a cualquier lugar sin necesidad de volante, pedales o mandos.

Al mismo tiempo, García (2022) respecto a la conceptualización del vehículo autónomo, señala que es todo vehículo con capacidad motriz equipado con tecnología que permita su manejo o conducción sin precisar la forma activa de control o supervisión de un conductor, tanto si dicha tecnología autónoma estuviera activada o desactivada, de forma permanente o temporal.

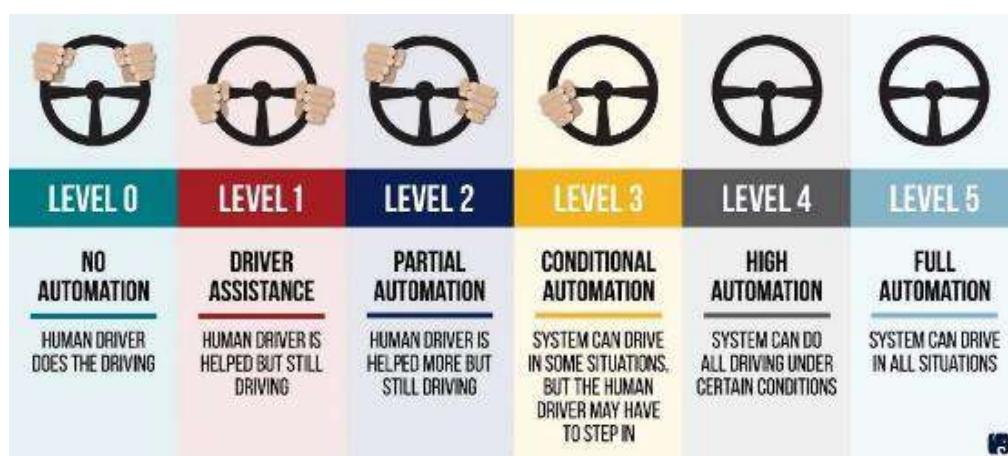
A estos efectos, no tendrá consideración de tecnología autónoma aquellos sistemas de seguridad activa o de ayuda a la conducción incluida como equipamiento de los vehículos que para su manejo o conducción sí requieran necesariamente control o supervisión humana activa.

García (2022) también menciona que, un coche autoconducido, también conocido como vehículo autónomo o coche sin conductor, es un tipo de vehículo que utiliza una combinación de sensores, cámaras, inteligencia artificial (IA) y software avanzado para navegar, controlar y conducir por sí mismo sin necesidad de intervención humana. Los coches autónomos pueden percibir su entorno, tomar decisiones y realizar tareas de conducción como acelerar, frenar y girar el volante⁴.

Son objeto de esta instrucción aquellos vehículos que incorporan tecnología con funciones asociadas a los niveles automatización 3,4 y 5 recogidos en la Figura 1.

A continuación, de manera gráfica véase la siguiente:

Figura 1 Niveles de automatización



Fuente: Deutscher Ethikrat. (2017, June 13).

ii. Accidentes de tránsito

Es el que ocurre sobre la vía y se presenta súbita e inesperadamente, determinado por condiciones y actos irresponsables potencialmente previsibles, atribuidos a factores humanos, vehículos preponderantemente automotores, condiciones climatológicas,

⁴ García (2022).

señalización y caminos, los cuales ocasionan pérdidas prematuras de vidas humanas y/o lesiones, así como secuelas físicas o psicológicas, perjuicios materiales y daños a terceros⁵.

iii. Responsabilidad penal

Al respecto, al ser vehículos automatizados que poseen niveles de IA, las mismas que van desde el nivel 0 hasta el nivel 5; sin embargo, no existen actualmente máquinas conscientes, la autonomía que poseen es de forma analógica y no equivalente a la humana, por ello a lo largo de esta breve investigación, se tendrá en consideración la dogmática penal como punto de partida, si estas podrían ser pasibles de responsabilidad penal o pasibles de imputación jurídico – penal, ya que en la actualidad el usos de los vehículos autónomos implica también algunos riesgos que deben ser tomados con cautela. En ese contexto surge la inquietud del suscrito acerca de la responsabilidad sobre las acciones de estos vehículos, particularmente aquellos que han sido partícipes de un suceso de tránsito con consecuencias penales.

iv. Inteligencia artificial

La línea matriz de la evolución de los vehículos automatizados es la IA, por ello Espinosa (2021) refiere que cuando las máquinas pueden emular al ser humano realizando tareas cotidianas de una forma «inteligente»⁶.

Por su parte, la IA, se podría considerar resumidamente como un desarrollo avanzado de la Informática, donde las decisiones que el sistema ejecuta para resolver su propósito son lógicas, inferidas, tomadas por un algoritmo que aprende y cambia, que ha sido creado por un programador para que haga precisamente eso, aprender y tomar decisiones con el objetivo de resolver su propósito, desde un punto de vista legal abarca «sistemas basados en máquinas — diseñados para funcionar con diversos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras su despliegue⁷.

En definitiva, en base a lo vertido anteriormente, podríamos considerar que la Inteligencia Artificial es la combinación de algoritmos planteados con el propósito de crear máquinas que presenten las mismas capacidades que el ser humano, como son los vehículos automatizados nivel 5, sin necesidad de que el ser humano se encuentre al volante.

v. Inteligencia artificial y derecho penal

En cuanto a la IA y el Derecho Penal, para Miró Llinares, F. (2018). Inteligencia artificial y justicia penal: Más allá de los resultados lesivos causados por robots. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3.^a Época, (20), 87-130, refiere que para poder adoptar un concepto científico que acepte que ciertas IAs autónomas, independientemente de la interacción humana, puedan llegar a «cometer/decidir» acciones dañinas/de riesgo, cabría pensar en una responsabilidad penal propia de las mismas, a nada que las asociásemos en su causación a algún grado de reprochabilidad propia.

⁵ ¹ Instituto Nacional de Estadística y Censo de Panamá. (s.f.).

⁶ Espinosa, A. M. (2021).

⁷ Asimismo, puede verse «Delitos por/con inteligencia artificial: presente y futuro» (2024, 5 de abril).

En cierta medida el término IA es una mezcla de eufemismo y desiderátum. Eufemismo porque si bien no hay nada de problemático en la expresión ‘sistemas para el tratamiento y análisis automático de la información’, que es de aquello de lo que realmente estamos hablando, tampoco hay en ello nada evocador como sí lo hay en la expresión ‘Inteligencia Artificial’. Y desiderátum porque detrás de esos sistemas hay algo más que el tratamiento de información, hay una voluntad de que sean inteligentes, capaces de tener o imitar procesos cognitivos propios de los seres humanos, y ello pese a que todavía no conocemos bien el funcionamiento real de la mente ni tampoco está claro qué es eso de la inteligencia humana (Miró Llinares, 2018, p. 90)⁸

vi. Derecho penal

Se toma a consideración las formas de autoría y participación en el delito, las más usadas y que podrían encajar en la problemática que se viene analizando en la presente.

a) Autor: Según Donna (2002), cuando se habla de autor, se hace referencia «al sujeto a quien se le puede imputar el hecho como suyo, aquel que lo realiza y del que puede decirse que ese ‘hecho le pertenece’ en su generalidad» (p. 9). Asimismo, en los delitos de dominio de hecho, la autoría se puede inferir del dominio que tiene el sujeto sobre el accionar delictivo, es decir, que posee un poder de conducción de todos los acontecimientos de forma tal que le es posible encauzarlo hacia el objetivo determinado (Villavicencio, 2006, p. 45).

b) Coautor: El artículo 23 del código penal peruano establece que «[el] que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción» (código penal peruano, 1991, art. 23). Para Maximiliano Rusconi (2016), la coautoría implica una división de trabajo correspondiente a la ejecución del hecho típico en el marco de un plan común (p. 72).

c) Cómprlice: El artículo 25 del código penal regula al cómplice, indicando que «[el] cómplice se limita a favorecer un hecho ajeno y, como el instigador, no toma parte en el dominio del hecho» (código penal peruano, 1991, art. 25). Asimismo, la complicidad puede definirse como aquella contribución o auxilio al hecho, anterior o simultáneo, que ha sido útil para la ejecución del plan del autor (Villavicencio, 2006, p. 50). Se dice que el partícipe primario o cómplice necesario es aquel que realiza, obrando dolosamente, un aporte sin el cual el hecho doloso ajeno no habría podido cometerse, lo que plantea el interrogante del momento de la contribución (Parma, 2016, p. 33).

3. Casuística comparada respecto de los vehículos autónomos: caso Tesla, caso Uber, entre otros

Con el avance de la IA, y la incursión en los vehículos automatizados, ha traído una serie de problemas para la sociedad, lo que ha surgido en la necesidad que el derecho penal moderno se encargue de solucionar los interrogantes jurídico-penales que surjan de las consecuencias por sucesos de tránsito. Así pues, en la casuística internacional se

⁸ Miró Llinares, 2018.

han producido sucesos de tránsito que vale la pena revisar y tener en consideración a fin de plantear posibles soluciones jurídico-penales.

a. San Francisco, EE. UU (Caso Cruise, 2023)

El 2 de octubre de 2023, alrededor de las 9:30 p.m., una peatona cruzaba un paso de cebra en el bullicioso cruce de 5th y Market Streets en San Francisco, con el semáforo en rojo. Un conductor humano la atropelló y huyó, lanzándola al carril adyacente, donde un robotaxi autónomo de Cruise (propiedad de General Motors) la impactó a baja velocidad (aproximadamente 7.7 mph). El vehículo no detectó que la víctima estaba debajo y, siguiendo su programación para «alcanzar una condición de riesgo mínimo» (requerida por regulaciones de California y la guía federal de la NHTSA), intentó girar y apartarse del tráfico, arrastrándola unos 20 pies (6 metros) antes de detenerse. La mujer fue liberada con herramientas de rescate y hospitalizada con lesiones graves, pero no fatales.

Después de una colisión, los vehículos automáticos de Cruise están diseñados para realizar una maniobra para minimizar los riesgos de seguridad en la medida de lo posible dentro del contexto de la conducción. Esto se denomina 'lograr una condición de riesgo mínimo' y es requerido por las regulaciones de California y alentado por la guía federal de vehículos autónomos. La maniobra específica, como detenerse de inmediato, apartarse del carril de tráfico o salir del tráfico después de salir de una intersección, depende en gran medida del contexto de conducción y de las capacidades del vehículo de Cruise en ese momento (Del Castillo, 2023, para. 12).

Este incidente destaca el «problema del trolley» en IA: ¿debe el algoritmo priorizar la seguridad vial general (evitando obstruir el tráfico) sobre la integridad inmediata de la víctima? No hubo cargos penales directos contra Cruise, pero la compañía admitió en 2024 haber presentado un informe falso a la NHTSA (omitiendo el arrastre), lo que derivó en una investigación del Departamento de Justicia por obstrucción. La California DMV suspendió las operaciones de Cruise en el estado, ilustrando la tensión entre innovación y responsabilidad corporativa. Posible solución: Reformas legislativas para exigir «frenos de emergencia in situ» en colisiones con peatones, con responsabilidad penal por negligencia algorítmica (similar a delitos de omisión imprudente en el código penal español, arts. 195-199).

b. Arizona, EE. UU (Caso Uber, 2018)

El 18 de marzo de 2018, cerca de las 10:00 p.m., Elaine Herzberg, de 49 años, empujaba su bicicleta por una carretera oscura en Tempe, Arizona, vestida de negro y fuera de un cruce peatonal. Un Volvo XC90 autónomo de Uber, operando en modo self-drive a 40 mph (64 km/h), la detectó solo 1.3 segundos antes del impacto (debido a fallos en los sensores LIDAR y radar, que no clasificaron el objeto como peatón fuera de un cruce). La «safety driver», Rafaela Vásquez, estaba distraída viendo un video en su teléfono y no intervino. Herzberg murió en el acto, convirtiéndose en la primera fatalidad por vehículo autónomo.

La NTSB concluyó que Uber falló en protocolos de seguridad (e.g., no calibró sensores para peatones en entornos oscuros) y que Vásquez fue negligente. En 2020, Vásquez fue imputada por homicidio negligente, pero en 2023 se declaró culpable de *endangerment*, recibiendo 3 años de probation. Uber evitó cargos corporativos tras un acuerdo civil con la familia de Herzberg; Arizona suspendió sus pruebas autónomas.

En definitiva, ante este hecho cabe realizarse la pregunta ¿responsabilidad del «safety driver» (como en delitos de imprudencia grave) o del fabricante por diseño defectuoso? Este caso subraya la «brecha de supervisión humana». Solución propuesta: Modelos de imputación por «culpa por omisión» al programador o empresa, inspirados en el Informe de la Comisión de Ética sobre Conducción Automatizada (Alemania, 2017), que exige priorizar peatones en algoritmos.

c. California, EE. UU (Caso Tesla, 2018)

El 23 de marzo de 2018, en Mountain View, California, un Tesla Model X en modo Autopilot colisionó a 70 mph contra una barrera de concreto en la salida de la US-101 hacia la Highway 85. El conductor, Wei «Gary» Huang, de 38 años (ingeniero de Google), murió en el incendio posterior. El sistema no detectó la barrera (debido a un diseño defectuoso que no reconocía bordillos elevados) y Huang estaba distraído (posiblemente usando el teléfono). La NTSB atribuyó la culpa compartida: Autopilot falló en mantener el carril y alertar, pero Huang excedió los límites del sistema (no apto para curvas cerradas).

No hubo cargos penales contra Tesla, pero la familia demandó por «producto defectuoso»; Tesla ganó en apelación en 2023, argumentando error humano. Similar al caso de Joshua Brown (2016, Florida), donde Autopilot no frenó ante un tráiler cruzado, matando al conductor distraído.

En el caso, expuesto cabe realizarse la siguiente interrogante: ¿Imprudencia del usuario o negligencia del fabricante por sobrepromocionar Autopilot como «autónomo»? En derecho penal, evoca el art. 109 CP español (imprudencia profesional). Solución: Obligar a «kill switches» manuales y etiquetado claro de limitaciones, con sanciones por publicidad engañosa (similar a la Directiva UE 2019/520).

d. Michigan, EE. UU

El 28 de mayo de 2023, en Mecosta County, Michigan, una mujer de 41 años de Ottawa County activó el Autopilot en su Tesla Model 3 en una avenida principal. El vehículo se desvió a la derecha, salió de la carretera, rodó varias veces y chocó contra un árbol. La conductora, única ocupante, sufrió lesiones menores y fue hospitalizada en Spectrum Health Big Rapids; afirmó que el sistema falló sin intervención suya.

No se reportaron cargos penales, pero el caso se sumó a investigaciones de la NHTSA sobre Autopilot (más de 50 fatalidades verificadas hasta 2024). Tesla argumentó posible distracción del usuario.

Similar al caso Huang, plantea si el «modo asistido» exime de responsabilidad al conductor. Solución: Integrar «monitoreo ocular» obligatorio (como en Super Cruise de GM) y responsabilidad solidaria fabricante-usuario.

4. Riesgo permitido en los vehículos autónomos

En el presente acápite, se recorrerá de manera somera los alcances de la imputación objetiva, el riesgo permitido aplicable en los vehículos autónomos o automatizados; ya que el sólo hecho de conducir un vehículo autónomo o automatizado, se genera en la

sociedad un riesgo que no puede constituir una permisión para cometer atentados contra bienes jurídicos normativizados. La diligencia del conductor no sólo se expresa en una conducción en estricto respeto de las normas de tránsito, sino también en evitar la lesión de bienes jurídicos penalmente tutelados de mayor valor que la seguridad vial, como lo es, la vida, la integridad, etc.

a. Imputación objetiva

En la doctrina de la imputación objetiva pueden examinarse eventuales responsabilidades penales atribuibles a los elaboradores del software por graves deficiencias o al fabricante del vehículo por relevantes irregularidades cuando, con conocimiento de los riesgos que conllevan y de los probables resultados lesivos, hayan omitido deberes elementales de cuidado permitiendo la circulación de los vehículos automatizados en esas condiciones.

Por lo cual el ente investigador tendría como hipótesis de estudio, plantearse la vía de prever expresamente la responsabilidad penal de la persona jurídica, que, aunque ya se ha introducido en el código penal mediante la llamada responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, sin embargo, no se encuentra prevista para los delitos imprudentes, que son los que interesan en este artículo de investigación.

b. Riesgo permitido en vehículos autónomos

Al respecto, Günther Jakobs señala que el riesgo permitido debe cumplir dos requisitos: unas consecuencias positivas de mayor calado que las negativas y una indeterminación de las potenciales víctimas del riesgo que impone⁹; en ese ínterin, debe considerarse que con la llegada de la IA es evidente que surge nuevos riesgos para la sociedad, en el caso de los vehículos autónomos, estas van a reducir los riesgos por sucesos de tránsito, por lo tanto existe suficiente razón para que sean permitidos en vehículos autónomos y en definitiva los beneficios vendrían a ser mayores que los riesgos.

Hilgendorf considera que en materia de conducción automatizada es posible recurrir a la teoría del riesgo permitido.

La fabricación y venta de los vehículos automatizados es actualmente una actividad socialmente permitida. Son muchos los países que han regulado esta actividad. Por lo expuesto, es posible afirmar que los riesgos que se deriven también son permitidos. ¿Qué ocurre cuando el necesitado incumple con el deber de autoprotección?

Para el resto de los sistemas de IA la recomendación plantea una responsabilidad subjetiva. El operador no tendrá que rendir cuentas si

«se observó la diligencia debida a través de la realización de las siguientes acciones: la selección de un sistema de IA adecuado para las tareas y las capacidades pertinentes, la correcta puesta en funcionamiento del sistema de IA, el control de las actividades y el mantenimiento de la fiabilidad operativa mediante la instalación periódica de todas las actualizaciones disponibles (art. 8. 2 b)»¹⁰

⁹ Jakobs, 1997, p. 244.

¹⁰ The Conversation, 2021.

Igualmente hay una exoneración o reducción de la responsabilidad si el daño se debe total o parcialmente a la actuación de la persona afectada o de alguien que actúa bajo su responsabilidad.

5. Toma de posición en la responsabilidad penal en los vehículos autónomos, a propósito del caso TESLA y UBER

En relación a la casuística comparada, cabe plantearse la interrogante si es posible atribuir responsabilidad penal a los vehículos autónomos, y si cabe también realizar disagregación de responsabilidad de la IA con respecto del conductor o pasajero a bordo de un vehículo auto pilotado. Pues Balaguer (2024) señala que una sentencia americana dilucidaba si un conductor podía ser responsable por exceder el límite de velocidad debido a un fallo de funcionamiento del sistema de velocidad de crucero si no existía voluntad de delinquir. El tribunal de apelación de Kansas dictaminó que un conductor no puede eludir las obligaciones de conducción (y la responsabilidad por sus efectos) que normalmente llevaría a cabo él mismo delegando a sistemas informáticos o mecánicos el control del vehículo y la responsabilidad en su lugar.

Ante ello, es fundamental establecer una definición precisa de la responsabilidad penal en los vehículos autónomos en caso de accidentes o fallos del sistema artificial. Esto implica determinar quién asume la responsabilidad en situaciones donde un vehículo autónomo se ve involucrado en un accidente, ya sea por un error en el sistema autónomo, una negligencia del fabricante o una intervención humana incorrecta¹¹. A priori parece claro que ésta no podrá atribuirse al conductor –por falta de dominio del hecho– en el caso del nivel 5 que es una automatización completa, donde el vehículo realiza todas las funciones de conducción en todas las situaciones, viales y ambientales, y no requiere la atención humana en ningún caso que no requieren de aquélla figura.

En relación a una probable atribución de responsabilidad a los vehículos autónomos, debemos tener en cuenta que el derecho penal, y en especial el concepto de la culpabilidad está basado en la existencia de un ser humano, en el cual se discute su libre albedrío o no y su motivación en la norma, en tanto aquí no existe una persona para analizar si actuó de una manera incorrecta sino un ser incorpóreo que actúa como un ser humano pero no lo es, ante ello debemos partir que el bien jurídico protegido y prioritario debe ser la seguridad vial en su concepción sistémica y el acceso de todos, a la circulación segura y eficiente con estos nuevos vehículos; sin embargo, con el avance de la IA en los vehículos autónomos, que ya es una realidad en el mundo, el vehículo autónomo en el nivel 5, no requiere la presencia del ser humano, por ende, quien transgredió la norma es el vehículo automatizado. Desde la óptica del derecho penal, teniendo en cuenta a Navarro-Michel (2020) quien refiere que en los casos de niveles de automatización van desde la ausencia de automatización (nivel 0) hasta la automatización completa (nivel 5). Los distintos niveles se basan no sólo en lo que el vehículo es capaz de hacer o no hacer, sino, sobre todo, en quién monitoriza el entorno y en el papel que tiene el conductor en los distintos niveles, si es que tiene alguno, ante ello somos de la posición que la responsabilidad del conductor en los tres primeros niveles, el conductor debe monitorizar el entorno de la

¹¹ Araolaza, 2024.

conducción parece clara. Si pudo prever el resultado y no lo hizo, responde a título de culpa o dolo eventual.

Por lo tanto, si una persona está manejando un vehículo que tiene un asistente automático de conducción en los tres primeros niveles, lo activa y se pone a realizar cualquier tarea que no sea conducir, estaría actuando de forma ilícita, es decir contrario a derecho, y, por lo tanto, es posible de responsabilidad penal. Es innegable el nexo causal entre su conducta y el resultado acaecido.

a. Construcción de modelos de responsabilidad penal, atribuibles a vehículos autónomos

En pleno auge de la IA, además con la llegada de los vehículos autónomos, y dada su escasa regulación jurídico penal en el derecho comparado, resultaría desde el punto de vista normativo penal en «inimputables»; es decir que no se le podría atribuir responsabilidad penal, dado que los vehículos autónomos carecen de los elementos esenciales que tiene toda persona humana como es la conciencia.

Siendo ello así, cabe realizarse la pregunta si podrían existir modelos de responsabilidad penal que se puedan aplicar a los vehículos autónomos, buscando respuestas a quien debería de asumir la responsabilidad penal, el conductor, el programador, el vendedor, el creador del vehículo autónomo, lo cual en la primacía práctica de la investigación fiscal resulta bastante compleja, toda vez que el fiscal tendría que determinar el problema, como se produjo el suceso de tránsito, en los cuales estarían inmiscuidos factores humanos y tecnológicos como la inteligencia artificial, asimismo se realice una pericia de accidentología vehicular, en los cuales se podría determinar las causas del accidente y finalmente, por cuestiones de tecnología autonomizada resulta poco probable y engorroso hallar donde estuvo el error y poder subsanarlo.

Siendo así, a continuación, se desarrollará algunos modelos de responsabilidad penal en vehículos autónomos, que se han venido desarrollando por la dogmática actual, este autor toma como referencia sobre algunos modelos que podrían incluirse dentro de la legislación nacional (Vigil *et al.*, 2017).

b. Los vehículos autónomos como sujetos imputables

Como punto de partida, tendríamos en cuenta si los VA causan lesión o daños a una persona o en su defecto a las cosas y/o objetos, en casos de sucesos de tránsito. Está claro que el derecho penal debe cumplir la función preventiva, lo cual es especialmente aconsejable y factible en relación con las tecnologías avanzadas, como la IA. Es probable que en un futuro no muy lejano se implemente una fuerte intervención del ius puniendo a fin de que se regule el funcionamiento permitido de los sistemas de IA aplicado a los VA según sus niveles de automatización, exigiendo la reducción del riesgo del sistema de IA a límites tolerables. Algunos autores trabajan la posibilidad de readaptar la teoría del delito a la fenomenología criminal de la IA en los VA. Por ejemplo, reconducir la culpabilidad a terrenos más objetivos u objetivables, lo que, alegan, contribuiría al mismo tiempo a resolver algunos problemas actuales de imputación –subjetiva- de los seres humanos.

En el ámbito de la responsabilidad penal en la conducción autónoma, Grandi (2024) plantea una perspectiva innovadora sobre la imputación de la inteligencia artificial (IA).

Su argumento se basa en un supuesto teórico que considera a la IA como un ser con capacidad de culpabilidad, lo que le permite sostener que esta toma todas las determinaciones y actúa en consecuencia, relegando al humano a un rol de simple pasajero. Esta postura le permite responder afirmativamente a la pregunta sobre si el sujeto presente en el vehículo autónomo (VA) puede ser responsable por un resultado lesivo a un tercero derivado de la conducción autónoma.

«En este primer modelo parto del supuesto de que la IA es un ser con capacidad de culpabilidad y sobre esa base sostengo que ella toma todas las determinaciones y actúa en consecuencia, siendo el humano solo un pasajero. Esta postura es la que me permite responder sí el sujeto que está en el VA puede ser responsable por el resultado lesivo a un tercero producto de la conducción autónoma» (Grandi, 2024, p. 45).¹²

La primera solución consistiría en atribuir personalidad jurídica a los sistemas de software que controlan los vehículos autónomos, lo que evitaría el cambio de las convenciones, pero también plantearía preguntas sobre la distribución de las responsabilidades respecto a entidades que, en lo fundamental, no responden a la culpa de la misma manera como lo hacemos los humanos¹³.

Soy de la opinión que antes de ponderar los argumentos favorables a la imputación penal a los VA, hay que asumir que la aceptación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas parece que podría facilitar, al menos de forma aparente, el camino hacia la responsabilidad de los entes de IA en los VA. Pero también es cierto que en ambos casos se parte de presupuestos diferentes que no hacen tan sencillo el traslado en bloque de las teorías sobre la responsabilidad de aquellas para fundamentar la imputación penal de éstos.

c. Los vehículos autónomos como sujetos inimputables

Si el vehículo autónomo ha sido utilizado por una persona humana ésta podría ser responsable penalmente como autor directo (p. ej., delitos dolosos de homicidio, de lesiones o de daños, según sea el caso), pues él realiza materialmente la acción típica en la medida en que el vehículo autónomo hubiera sido utilizado como un instrumento o herramienta para cometer el delito.

Grandi (2024) con este posicionamiento lo que se busca es que la IA, si bien es responsable, no es punible, pero a su vez permite que aquellos que usen de esta puedan llegar a tener sanción penal por ello planteo el supuesto del vehículo autónomo como instrumento para cometer delito.

La construcción de este modelo de responsabilidad penal, si se responsabilizaría al vehículo autónomo, se saca al ser humano del asiento del conductor. Y si el automóvil promete ser responsable de la operación de manejo, entonces, en pocas palabras, lo es. Pero aquí surge el estado de la cuestión, pues los vehículos autónomos para el Derecho Penal, no tendrían la culpabilidad, en razón a la conciencia y por ende no serían pasibles de atribución de responsabilidad penal. Toda vez que la dogmática penal señala que solo los seres humanos son pasibles de imputación de responsabilidad penal.

La culpabilidad, como elemento esencial del delito, consistente en un reproche jurídico-penal al sujeto activo del delito al haber obrado de manera típica - antijurídica,

¹² Grandi, 2024.

¹³ Colom, s.f.

tampoco se vería satisfecha en relación con los vehículos autónomos, pues este juicio de reproche no produciría ningún efecto sobre su actitud respecto al delito cometido, es decir, una vez realizado un hecho respecto al cual el vehículo autónomo «conoce» que es contrario a la ley penal. La culpabilidad supone al mismo tiempo como presupuesto, aunque haya sido tradicionalmente objeto de profundas y a veces irreconciliables discusiones entre los penalistas, el libre albedrío del ser humano. En el momento actual las decisiones que toman los vehículos autónomos son el resultado de un proceso algorítmico fundamentalmente causal, lejos de interferencias de naturaleza axiológica, por lo tanto, carecen de un máximo nivel de autonomía.

Sin embargo, la tecnología de los vehículos autónomos continúa avanzando día a día, con ello se advertiría con mayor razón que el vehículo, y no el operador humano, violó la ley. Para ello habrá que construir la moderna dogmática penal, a fin de incluirse programas de políticas de seguridad y garantías, que, en caso de incumplimiento por parte de las compañías fabricantes, sus miembros podrían ser responsables penales de la comisión de delitos de sus productos.

d. Los vehículos autónomos y la corresponsabilidad con el conductor

En el caso de que se produzca un accidente con un vehículo autónomo, si deseabas buscar el sujeto activo del delito habría varios como: el fabricante, el desarrollador del software, mecánicos, propietarios, entre otros, resulta complicado atribuir responsabilidad penal. En el caso de un vehículo convencional, aun habiendo un accidente por causas técnicas, la responsabilidad siempre se va a derivar al conductor. Luego tendrá que ser él quien reclame a la compañía el problema que haya surgido. Los vehículos autónomos obligan a replantear la dogmática penal, más aun teniendo en cuenta que en sociedades avanzadas y de primer mundo, ya es una realidad.

De tal manera, como punto de partida los vehículos autónomos, tienen niveles de automatización que van desde la ausencia de automatización (nivel 0) hasta la automatización completa (nivel 5), por ello se va a plantear este tercer modelo de responsabilidad penal, que lo denominaré, el sistema mixto. Pues en la actualidad todavía nos encontramos en una fase de discusión sobre la razón de ser de la responsabilidad penal de los vehículos autónomos que es todavía preliminar y necesariamente provisionales serán las conclusiones y propuestas que puedan plantearse a continuación, la única finalidad que busco es contribuir a la discusión de la dogmática penal. Por tal motivo, me mostraré prudente en mis reflexiones.

En ese sentido, estando a los tres primeros niveles de automatización, el conductor o propietario del vehículo autónomo será responsable en casos de sucesos de tránsito, donde se afecten bienes jurídicos tutelados, toda vez que tiene el control humano del vehículo, actúa con conciencia y voluntad. En los otros tres niveles de automatización se establecería responsabilidad penal a la empresa rentante del vehículo autónomo, en los que se identificará a sus miembros conforme al programa de política de seguridad y garantía, en donde deberá detallarse el nombre del funcionario privado a cargo de la seguridad del vehículo autónomo, siempre y cuando que por fallas del vehículo autónomo se produzcan sucesos de tránsito con lesión o daños a una persona o en su defecto a las cosas y/o objeto.

De tal manera al establecerse una responsabilidad legal de la empresa rentante del vehículo autónomo en caso de infracciones o accidentes, este programa de seguridad y

garantía será mejor aceptada por los potenciales clientes y el vehículo autónomo recibirá un mayor respaldo. En todo caso, el programa de seguridad y garantía planteado en la presente, deberá establecer las políticas y procedimientos internos, que tenga como propósito asegurar que se cumplan las normas, procedimientos de elaboración de vehículos autónomos, y la prevención frente a eventuales sucesos de tránsito, fijando el umbral mínimo exigido para que un automóvil pueda ser clasificado como autónomo¹⁴.

Por consiguiente, en el sistema mixto esbozado, las consecuencias probables de responsabilidad penal en caso de vehículos autónomos en términos generales y de lógica jurídica, no podrían ir más allá de como sucede en el caso de los menores de edad, o menos aún en cuanto a sanciones se trata. La posibilidad de que ésta se regule en el ordenamiento jurídico, facilitaría acciones de política criminal, reajustes normativos, programas de política de seguridad y garantía, capacitación en temas de uso de los vehículo autónomo, teniendo en cuenta los niveles de automatización, como parte de las políticas públicas que establezca cada estado, no solo se trata de plantearse desde un punto de vista dogmático y normativo, sino, además de agregar a la cultura tecnológica que todos tenemos derecho a recibir la información necesaria como parte del derecho humano.

Finalmente, en otra investigación se profundizará, cuando los vehículos autónomos sean los causantes por sucesos de tránsito de lesión o daños a una persona o en su defecto a las cosas y/o objeto; es decir por una posible «autonomía propia», lo que colisiona con la ética los derechos y la justicia, pues entraría a tallar diversas instituciones del derecho penal, como el estado de necesidad de los vehículos autónomos, ya que estas pueden estar programados para que en determinadas ocasiones específicas maten, la sociedad moderna debe estar preparada para que al momento que se den estas situaciones tener una posición jurídico - penal al respecto.

e. Marco normativo en el derecho comparado

La regulación de la aplicación de la IA en el vehículo autónomo es aún precaria, debido al avance a pasos agigantados de la tecnología artificial, no obstante, que cada vez está más cerca el momento en que los diferentes ordenamientos jurídicos tengan que posicionarse sobre qué ocurrirá con las responsabilidades penales en casos de sucesos de tránsito ocasionado por los vehículos autónomos, para lo cual a continuación, se hace un recorrido efímero del marco normativo en el derecho comparado.

i. Convención de Viena

En marzo de 2014, se aprobó una enmienda a la Convención de Viena sobre tráfico vial de 1968, introduciendo un nuevo apartado en el artículo 8, que regula las condiciones de conducción. Esta enmienda aborda específicamente los sistemas de vehículo que influyen en la conducción y no cumplen con los requisitos establecidos en la Convención, permitiendo su uso solo si dichos sistemas pueden ser anulados o desactivados por el conductor en cualquier momento (United Nations Economic Commission for Europe, 2014)¹⁵. Esta disposición busca garantizar que la responsabilidad última recaiga en el conductor humano, preservando el principio de control humano sobre el vehículo,

¹⁴ Martín, 2023.

¹⁵ United Nations Economic Commission for Europe [UNECE], 2024.

incluso en presencia de tecnologías avanzadas como la IA. Esta norma resulta crucial en el contexto del derecho penal moderno, ya que establece un marco legal que podría determinar la imputación de responsabilidad en casos de accidentes causados por vehículos autónomos, un tema que ha ganado relevancia con el aumento de incidentes como los casos Tesla, Uber y Cruise analizados previamente.

Por lo tanto, la enmienda de 2014 a la Convención de Viena no es solo un ajuste técnico, sino un pilar potencial para estructurar la responsabilidad penal en el contexto de la IA. Su integración en la tesis permite argumentar a favor de una regulación que equilibre la innovación tecnológica con la accountability, especialmente en jurisdicciones como Perú o España, donde los códigos penales podrían adaptarse para incluir la «imprudencia tecnológica» como categoría específica.

ii. Unión Europea (UE)

Con fecha abril de 2016, se firmó el primer texto de la Unión Europea sobre el tema: la «*Declaración de Ámsterdam*» sobre cooperación en el campo de la conducción automatizada y conectada. Este documento planteaba el objetivo de promover un marco normativo para el despliegue de la conducción automatizada y conectada, y señalaba que debería estar disponible en 2019. También se señalaba que en la agenda de reformas que debería incluir la legislación al respecto debería estar, además de un marco legal específico para esta tecnología, cuestiones relevantes como la privacidad y la protección de datos o la ciberseguridad¹⁶.

iii. Uruguay

Según el Estudio Pagliaro (s.f.), en Uruguay no existe regulación específica para la responsabilidad en accidentes de tránsito involucrando vehículos autónomos, lo que genera un vacío normativo en el derecho penal. El análisis se centra en vehículos cuasi-autónomos (niveles 2 y 3 de la escala SAE), donde la responsabilidad recae principalmente en el conductor humano por imprudencia, pero anticipa desafíos mayores para sistemas totalmente autónomos (nivel 5), donde el nexo causal podría diluirse, convirtiendo al usuario en un mero pasajero y planteando interrogantes sobre la imputación a programadores o empresas.

El artículo 18 del código penal uruguayo establece que el mínimo grado de responsabilidad es la culpa o imprudencia, definida como no prever un resultado previsible o violar leyes y reglamentos (código penal del Uruguay, 1934, art. 18). En este contexto, si el conductor activa un asistente automático y se distrae (por ejemplo, usando un dispositivo móvil), responde por culpa o dolo eventual, ya que crea un peligro ilícito al no mantener el dominio del vehículo (Estudio Pagliaro, s.f., para. 5).

Se conducirá con prudencia y atención, con el objeto de evitar eventuales accidentes, conservando en todo momento el dominio efectivo del vehículo, teniendo en cuenta los riesgos propios de la circulación y demás circunstancias del tránsito (Ley N° 18.191, 2007, art. 24¹⁷).

En resumen, el derecho penal uruguayo aplica principios generales de imprudencia para casos actuales, pero urge una reforma legislativa para armonizar con avances

¹⁶ Vigil, 2017.

¹⁷ Ley N° 18.191. (2007). *Ley de Tránsito y Seguridad Vial*.

tecnológicos, evitando impunidad en escenarios de autonomía plena. Esto podría inspirarse en modelos como el alemán incorporando responsabilidad objetiva por defectos algorítmicos.

iv. España

En España, lo más cerca que se ha estado de una regulación sobre la materia ha sido a través de una «*instrucción de la dirección general de tráfico*» de noviembre de 2015 en la que autorizaba las pruebas o ensayos de investigación realizados con vehículos de conducción automatizada en vías abiertas al tráfico en general. Esta Instrucción -que permitió que por primera vez un fabricante (PSA Peugeot Citroën) probara este tipo de tecnología en España en un trayecto que iba de Vigo a Madrid-, establece la exigencia de suscribir un contrato de seguro de responsabilidad civil y la superación de un procedimiento de certificación en servicio técnico acreditado a la hora de realizar estos ensayos. Además, la Instrucción incluía una tabla en la que se recogían los diferentes niveles de automatización, lo que también implicaría diferentes etapas normativas.

García (2022) destaca que, en España, las pruebas y ensayos de investigación con vehículos de conducción automatizada en vías abiertas al tráfico están regulados bajo el marco legal establecido por la Instrucción 15/V-113. Esta norma se fundamenta en el Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, que aprueba el Reglamento General de Vehículos (RGV). Según este reglamento, el artículo 47 otorga a la Dirección General de Tráfico (DGT) la autoridad para emitir autorizaciones especiales destinadas a fabricantes, fabricantes de segunda fase y laboratorios oficiales que realicen ensayos extraordinarios (García, 2022, p. 34). Esta regulación es un paso inicial para normalizar el uso de tecnologías de IA en el transporte, pero su enfoque se limita a autorizar experimentos, sin abordar directamente las implicaciones penales derivadas de accidentes durante estas pruebas.

En el contexto de la tesis sobre IA y responsabilidad penal, esta regulación española es relevante porque delimita las condiciones bajo las cuales se prueban tecnologías autónomas, pero deja un vacío en cuanto a la atribución de culpabilidad en caso de resultados lesivos. Por ejemplo, si un vehículo en ensayo choca debido a un fallo algorítmico, la falta de un protocolo penal específico podría dificultar la imputación, similar a los dilemas observados en el caso de San Francisco (2023) con Cruise, donde la maniobra post-collision generó controversia (Del Castillo, 2023, para. 12).

Así mismo, la Instrucción 10/TV-66 vino a establecer el procedimiento específico de solicitud y concesión de dichas autorizaciones¹⁸.

v. Estados Unidos

En EE.UU., el país donde la jurisprudencia tiene peso propio, los despachos especializados ya se preparan para una batalla legal sin precedentes: fabricantes (Tesla, Waymo, Cruise), aseguradoras y víctimas chocarán en tribunales para decidir quién paga cuando un algoritmo falle.

¹⁸ García, 2022.

Los expertos legales temen la complejidad de este asunto y trabajan con paciencia para establecer criterios definitivos sobre quién será responsable de los deslices del coche autónomo (Ramos, 2022).¹⁹

vi. Texas, EE.UU.

Texas es el estado más agresivo con los robotaxis, de acuerdo a la siguiente normativa:

- SB 2807 (1-sept-2025): permiso estatal obligatorio + plan de interacción con primeros respondedores.
- HB 3026 (2025): el propietario responde solidariamente por fallos de software o hardware.

Determinar la responsabilidad puede implicar a fabricante, desarrollador o propietario; en algunos casos todos comparten culpa (Varghese Summersett, s. f.).²⁰

vii. Reino Unido

Marín (2023) informa sobre un proyecto de ley en el Reino Unido que transforma la responsabilidad penal en el contexto de vehículos autónomos. Según el artículo, se establece una nueva normativa que redefine la imputación: «El proyecto de ley otorga inmunidad a las personas frente a procesos penales cuando un vehículo autónomo se conduce solo, ya que no tiene sentido responsabilizar a la persona que está detrás del volante» (Marín, 2023, para. 3)

Sin embargo, el conductor seguirá siendo responsable de mantener el seguro del vehículo y de certificar su correcta carga, lo que asegura que ciertas obligaciones civiles permanezcan vigentes a pesar de la inmunidad penal (Marín, 2023, para. 4).

viii. Marco normativo en el Perú

A diferencia de Estados Unidos y Europa, en nuestro país no hay ninguna norma que regule a los vehículos autónomos. Si bien en nuestro país se desconoce el número de vehículos autónomos existentes, es de esperar que, en un futuro no muy lejano, estarán circulando por las calles de Lima y que se vuelva algo común ver transitar por las diferentes arterias de esta ciudad.

En ese sentido, será necesario legislar o de cualquier forma establecer reglas claras que respondan a la interrogante planteada, así como implementar mecanismos y procesos que atiendan estas cuestiones de manera justa. El desafío del derecho y de los operadores jurídicos en este sentido es enorme, toda vez que la IA avanza a la velocidad de la luz, mientras se va regulando en un extremo, la IA ya nos sacó amplia ventaja.

¹⁹ Ramos, 2022.

²⁰ Varghese Summersett. (s. f.).

6. Conclusiones

La creciente autonomía de los vehículos plantea desafíos ineludibles para el Derecho Penal. Como se ha explicado previamente, el modelo tradicional de imputación, centrado exclusivamente en sujetos humanos, requiere una revisión profunda ante los riesgos que emergen de los sistemas de IA. Aunque los vehículos autónomos no son imputables en sentido estricto, esta característica no puede derivar en impunidad cuando se ocasionan daños, lo que exige un replanteamiento normativo para garantizar justicia.

En este sentido, este trabajo defiende la necesidad de desarrollar esquemas normativos que permitan imputar responsabilidad penal tanto a personas jurídicas como naturales involucradas en la cadena de diseño, programación y comercialización de estos sistemas. Además, resulta esencial establecer garantías efectivas para las víctimas, así como mecanismos de control técnico y ético que supervisen el funcionamiento de los algoritmos, asegurando que se minimicen los riesgos asociados a su uso.

Una mirada crítica al empleo del Derecho Penal frente a la tecnología obliga a considerar su carácter subsidiario y su naturaleza de última ratio, evitando soluciones punitivas apresuradas que puedan desbordar su función. Por ello, se propone un modelo mixto de responsabilidad que combine la imputación penal indirecta con una regulación administrativa estricta y políticas públicas enfocadas en la prevención y la seguridad. Este enfoque busca responder con justicia y proporcionalidad a los nuevos escenarios impuestos por la era de la IA en el transporte.

Si se pretendiera atribuir responsabilidad penal directamente a los vehículos autónomos, ello equivaldría a empoderar a las máquinas de manera similar a como se entrena la autonomía de las personas en una autoescuela. Reflexionando profundamente, estos centros no solo enseñan técnicas de conducción, sino que también forman a los individuos en conceptos éticos, legales, sociales, económicos y culturales (ELSEC), permitiéndoles demostrar su solvencia al volante. Según Bahón (s.f.), esta analogía sugiere que los vehículos autónomos podrían beneficiarse de un proceso equivalente de entrenamiento supervisado para alinear su comportamiento con principios humanos, evitando decisiones arbitrarias o éticamente cuestionables (para. 3).

Con respecto a la institución u organismo encargado de investigar penalmente los sucesos de tránsito, la instalación de «cajas negras» o Event Data Recorders (EDR) en los vehículos autónomos podría ser de gran utilidad. Estos dispositivos registrarían si, en el momento del siniestro, conducía el sistema informático o el conductor humano, además de identificar fallos o disfunciones del sistema. Por ello, resulta imprescindible regular su uso y los datos que recogen desde una perspectiva normativa, asegurando transparencia y acceso a la evidencia en procesos judiciales.

Asimismo, es fundamental considerar los niveles de automatización de los vehículos autónomos, que van desde el nivel 1 hasta la plena automatización (nivel 5). En los casos de conducción automatizada condicionada o altamente automatizada (niveles 2 a 4), donde el conductor puede retomar el control ante contingencias o riesgos, ya sea por iniciativa propia o a solicitud del sistema de IA, es posible, en términos hipotéticos, identificar infracciones de deberes de cuidado que fundamenten un injusto por imprudencia. Esta evaluación sería clave para determinar la responsabilidad penal, dependiendo del grado de intervención humana requerido.

Finalmente, se propone adoptar un sistema mixto como modelo de responsabilidad penal en casos de conducción automatizada, adaptado a los distintos niveles de automatización de los vehículos autónomos. Este enfoque integrador busca equilibrar las exigencias del derecho penal con las particularidades tecnológicas, promoviendo un marco normativo que responda a la complejidad de la IA en el transporte, asegurando tanto la protección de las víctimas como la innovación responsable.

7. Bibliografía

- Araolaza, C. (2024, 29 de abril). El uso de vehículos autónomos y su marco legal. *LetsLaw*. <https://letslaw.es/el-uso-de-vehiculos-autonomos-y-su-marco-legal/>
- Balaguer, D. (2024). *Algoritmos de necesidad en vehículos autónomos: Configuración ética y supuestos derivados de responsabilidad penal*. Universidad Rey Juan Carlos.
- Bahón, C. A. (s. f.). Los vehículos autónomos también deberían ir a la autoescuela. *The Conversation*. <https://theconversation.com/los-vehiculos-autonomos-tambien-deberian-ir-a-la-autoescuela-133705>
- Tomorrow.City. (2022, 22 de junio). *Coches autónomos y accidentes: ¿Son más o menos seguros que los vehículos con conductor?* <https://www.tomorrow.city/es/tasa-de-accidentes-coches-autonomos/>
- Colom Planas, J. L. (2015, 15 de agosto). Análisis jurídico de los vehículos autónomos: Tecnología, ética y regulación. <http://www.aspectosprofesionales.info/2015/08/analisis-juridico-de-los-vehiculos.html>
- The Conversation. (2021, 8 de junio). Si un vehículo autónomo tiene un accidente, ¿quién es el responsable? *La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/tecnologia/si-un-vehiculo-autonomo-tiene-un-accidente-quien-es-el-responsable-nid08062021/>
- Del Castillo, C. (2023, 27 de octubre). Freno al robotaxi: Lo que un atropello de San Francisco adelanta sobre el coche autónomo. *Eldiario.es*. https://www.eldiario.es/tecnologia/freno-robotaxi-atropello-san-francisco-adelanta-coche-autonomo_1_10627725.html
- Diario La Ley. (2024, 5 de abril). *Delitos por/con inteligencia artificial: Presente y futuro*. <https://diariolaleylayne.next.es/dll/2024/04/05/delitos-por-con-inteligencia-artificial-presente-y-futuro>
- Donna, E. A. (2002). *La autoría y participación criminal*. Rubinzal Culzoni.
- Espinosa, A. M. (2021). Responsabilidad penal de la inteligencia artificial (IA): ¿La próxima frontera? *Revista IUS*, 15(48). <https://doi.org/10.35487/rius.v15i48.2021.706>
- Espinosa, R. A. G., & Niemann, J. T. (2021). Vehículos autónomos y estado de necesidad: Análisis desde la perspectiva del peatón sujeto a una situación de peligro. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 10(2), 103–122. <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2021.57874>
- Fernández, M. (2023, 30 de mayo). El piloto automático de Tesla, bajo lupa: Habría provocado un nuevo accidente de tráfico. *El Español*.

- https://www.elespanol.com/omicrono/tecnologia/20230530/piloto-automatico-tesla-provocado-nuevo-accidente-trafico/767673550_0.html
- García, J. M. (2022, 1 de marzo). Conducción autónoma y responsabilidad. *Abogado Martín*. <https://abogadomartin.es/conduccion-autonoma-y-reponsabilidad>
- Navarro-Michel, M. (2020). La aplicación de la normativa sobre accidentes de tráfico a los causados por vehículos automatizados y autónomos. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12(1), 941–961.
- Marín, R. (2023, 9 de noviembre). El Reino Unido responsabilizará penalmente a los fabricantes de autos autónomos en caso de accidentes. *Infobae*. <https://www.infobae.com/america/mundo/2023/11/09/el-reino-unido-responsabilizara-penalmente-a-los-fabricantes-de-autos-autonomos-en-caso-de-accidentes/>
- Martín, P. (2023, 16 de noviembre). Futuros accidentes de coches autónomos: Reino Unido eximirá de culpa a los usuarios. *El Confidencial*. https://www.elconfidencial.com/motor/nueva-movilidad/2023-11-16/coche-autonomo-accidente-conduccion-culpa-gran-bretana_3774534/
- Miró Llinares, F. (s.f.). Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots. Revista de Derecho Penal y Criminología, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Recuperado de <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/26446>
- Parma, C. (2016). *Teoría del delito*. Ediciones Jurídicas de Santiago.
- Prego, C. (2019, 3 de mayo). El otro gran reto de los vehículos autónomos: Aclarar las responsabilidades en caso de siniestro. Xataka. <https://www.xataka.com/automovil/otro-gran-reto-vehiculos-autonomos-aclarar-responsabilidades-caso-siniestro>
- Rusconi, M. (2016). Derecho penal: Parte general. AdHoc.
- Varghese Summersett. (s. f.). *Self driving*: Abogados de accidentes de coche de Texas. <https://versustexas.com/es/personal-injury/self-driving-car-accidents/>
- Villavicencio, F. (2006). Derecho penal: Parte general. Grijley.
- Vigil, A., Vigil, A., & Vigil, A. (2017, 28 de agosto). ¿Qué leyes habría que cambiar antes de que llegue el coche autónomo? Cinco Días. https://cincodias.elpais.com/legal/2017/08/07/juridico/1502093470_669276.html

El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar

Fundamento del injusto, forma del tipo e imputación subjetiva

Gastón R. Berenguer¹

Resumen

En este trabajo se realiza un análisis dogmático del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, con la referencia del derecho positivo nacional y supranacional vigente, las opiniones de la doctrina nacional y alemana y la jurisprudencia argentina. En particular, se analiza el fundamento del injusto con aportes de la filosofía del derecho; las consecuencias que derivan en materia de imputación jurídico-penal del hecho de que se trate de un delito de infracción de deber, como, por ejemplo, sobre la irrelevancia de distinguir entre acción y omisión, así como sobre la delimitación entre autoría y participación desde una posición diferente al dominio del hecho. Además, se critica la pretensión de la doctrina dominante de caracterizar el desvalor de resultado de este tipo penal como un delito de peligro abstracto. Por último, se analizan en detalle los requisitos de la imputación subjetiva en este tipo penal, argumentando sobre la inconveniencia de seguir, de manera estricta, la distinción tradicional entre el conocimiento propio del dolo y la conciencia de lo injusto en un tipo legal fuertemente arraigado en la estructura de valores básicos de la sociedad.

Sumario

1.- Fundamento del injusto: ¿protección de la familia? | 2.- La forma del tipo | 3.- Imputación subjetiva | 4.- Bibliografía

Palabras clave

incumplimiento de los deberes de asistencia familiar – Convención sobre los Derechos del Niño – delito de peligro abstracto – principio de legalidad

¹ Abogado (Universidad Nacional de La Plata). Especialista en Derecho Penal (Universidad Torcuato Di Tella). Asistente letrado en el Ministerio Público Fiscal de Neuquén por concurso de oposición y antecedentes. Dedico un especial agradecimiento al profesor y maestro Dr. Mauricio Ernesto Macagno. Además de tener en cuenta en el texto sus aportes sobre la problemática del bien jurídico colectivo, fueron consideradas sus valiosas sugerencias sobre la correspondencia con el Derecho positivo de algunas de las ideas expuestas. Correo electrónico: gaston_berenguer@outlook.com.

1. Fundamento del injusto: ¿protección de la familia?

La doctrina y jurisprudencia probablemente mayoritaria sostienen que el bien jurídico protegido por el delito previsto en la ley 13.944 (arts. 1 y 2) es la familia². Como argumentos, señalan que la familia es una institución que «jurídica y naturalmente» se diferencia de los bienes del individuo, fundamentando la necesidad de su protección autónoma en el valor de esta institución como medio elemental de la integración del individuo en la comunidad³. Asimismo, se ha rechazado su caracterización como delito contra la persona, con el argumento de que el tipo del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia no exige constatar un daño físico o psíquico, ni la creación de una situación de peligro concreto de que ello suceda, aspectos estos que vendrían a caracterizar el injusto típico de los delitos contra la persona⁴.

Desde otra perspectiva, afín a la posición que aquí se intentará defender, un sector de la doctrina ha identificado el bien protegido con el derecho a la prestación de asistencia que corresponde al sujeto pasivo, en virtud de la relación especial que posee con el autor⁵. Esta perspectiva contribuye a caracterizar con mayor precisión el injusto del delito de incumplimiento, porque el significado social del comportamiento criminalizado, lo que cuenta como quebrantamiento de la norma, o sea, como perturbación social, no se logra capturar en su justa dimensión sin reparar en que el autor infringe un deber especial de protección, que incluso existe ya *antes* del comportamiento recogido en la ley 13.944, en la medida en que se trata de las exigencias elementales de un papel social (por ejemplo, el papel de padre)⁶. El sentido de este deber y de la regulación legal que lo contiene es, pues, garantizar las condiciones *mínimas* de la existencia del niño (lo que incluye lo corporal y espiritual) y las del mayor impedido⁷.

De acuerdo con lo señalado, la falta de prestación económica que, en sentido amplio, castiga la ley 13.944, solo comporta una lesión *jurídica* si, y solo si, quebranta un derecho del sujeto pasivo a la prestación de ayuda (luego: perturbación social). Desde la perspectiva del autor, la condición enunciada presupone un especial vínculo jurídico con el sujeto pasivo, que, por su indisponibilidad, permanencia y reconocimiento jurídico extrapenal, recibe el nombre de *institución*⁸. Quien pertenece a una institución posee un

² Cfr. Núñez, 1965, pp. 16, 17 y 22; Soler, 1987, p. 400 y ss.; sobre jurisprudencia, véase, por ejemplo, Cabral, 1962. Voto en «*Aloïse*», C.N.C.C., en pleno, 13/11/1962, con cita de Peco (el valor del precedente se analizará más adelante, al examinar el aspecto objetivo del injusto); C.N.C.C., en pleno, «*Guersi, N. M.*», 31/07/1981; en contra, C.N.C.C., Sala VI, «*Pardo Blacutt, J. L.*», causa n.º 26.143, 25/04/2005 («La ley no protege el bien jurídico ‘familia’»).

³ Núñez, 1965, p. 16.

⁴ Núñez, 1965, p. 22.

⁵ Donna, E. A. (2003). *Derecho penal. Parte especial* (2.^a ed., Tomo II-A, pp. 414–417). Rubinzal-Culzoni. Con cita de Baigún, David, quien expresamente rechaza a la familia como el bien protegido; y de Gonzales Aquilano, C. A., & Pereyra, J. R. (2022). *Delitos derivados de las relaciones de familia* (1.^a ed., p. 34). Hammurabi, con cita de Villanueva y Da Vita en el mismo sentido que en el texto, y p. 37, donde resumen su posición respecto del bien protegido.

⁶ Esta es una característica general de los «delitos de infracción de deber», categoría fundada por Roxin. Al respecto, véase: Roxin, 1997, p. 338 y 2014, p. 179.

⁷ Sobre el estándar de cuidado exigible en el Derecho penal, en la responsabilidad institucional, véase: Jakobs, G. (1997). *Derecho penal. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. de la 2.^a ed. alemana [1991] por J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Apartado 29, n.º margen 60, p. 995). Marcial Pons

⁸ Cfr. Córdoba, 2015, pp. 102–103. Este trabajo posee un gran valor pedagógico para quien desee introducirse en la perspectiva de Jakobs, que sitúa el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la infracción de un deber y su correlato en la libertad de organización o en la pertenencia a una institución (deberes negativos y positivos, respectivamente).

estatus especial, por cuanto, como obligado institucional, no solo debe asegurar -evitar- que de su ámbito de organización no se realicen peligros para terceros (deber negativo), como concreción del principio *neminem laedere* (art. 1716 del código civil y comercial de la nación, en adelante «CCyCN»), sino que, además, «el obligado debe configurar un mundo -parcialmente- común con el tutelado»⁹. Ejemplo: el padre no solo debe abstenerse de lesionar a su hijo, deber que incumbe, en cualquier caso, a toda persona frente al prójimo, sino que es también responsable de su desarrollo y formación integral (art. 638, CCyCN), de manera que el incumplimiento de este deber significa no tanto (o, no solo) la lesión de un bien, como podría ser la vida o la salud del hijo, sino la lesión de un derecho de la persona, a exigir el cumplimiento estricto del rol de padre.

Para concluir con esta sección, se puede sintetizar lo dicho de la siguiente manera: el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar protege, prioritariamente, las expectativas vinculadas con el bienestar del integrante más vulnerable de una relación jurídicamente regulada; lo hace, asegurando bajo sanción el aporte de una prestación susceptible de apreciación pecuniaria¹⁰.

a. El valor de la familia frente a la ley 13.944

La manera en que se delimitó el fin de la regulación, en el punto previo, exige ahora dilucidar qué lugar que ocupa la familia frente al injusto que contienen los tipos legales de la ley 13.944. Entre otras razones, porque, como es sabido, la Constitución Nacional reconoce a la familia, desde la reforma de 24 de octubre del año 1957, como *bien protegido* (art. 14, bis, CN). Asimismo, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre del año 1989, otorga un lugar preminentemente a la familia, considerándola como *grupo fundamental de la sociedad y medio natural* para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños (quinto párrafo del preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño)¹¹.

Sin embargo, aunque es innegable que la familia constituye un *bien* en el ordenamiento jurídico argentino, ello no resta validez a la idea de que el bien protegido por la ley 13.944 es el derecho de asistencia, de carácter pecuniario, que tiene el sujeto pasivo en virtud del *especial vínculo jurídico* que posee con el autor. En efecto, fundamento del deber de garantía -del lado del autor- es un vínculo jurídico originado, según el caso, en el parentesco -natural, por adopción o por técnicas de reproducción humana asistida-, la tutela, curatela y la guarda¹². Mas aun, en sentido estricto, es la propia ley que regula el contenido de tales vínculos, esto es, que constituye a sus integrantes en personas, en titulares de derechos y deberes, la fuente del deber de garantía en todos los supuestos que contempla la ley 13.944, es decir, el CCyCN¹³. Así, los padres están obligados a cuidar de sus hijos, lo que incluye, entre otras cosas, prestarles alimentos (art. 638 y 646, inc. a,

⁹ Fundamental: Jakobs, 1997, pp. 266, 993 y 994. Véase también 2003-1, p. 167.

¹⁰ En la terminología de Pawlik, discípulo de Jakobs, el reconocimiento jurídico-penal de este tipo de expectativas encuentra su correlato en la responsabilidad derivada de las «competencias de fomento». Al respecto, véase: Pawlik, 2016, p. 11.

¹¹ La Convención sobre los Derechos del Niño fue ratificada por el Estado argentino en 1990 mediante la ley 23.849 e incorporada a la Constitución Nacional en 1994, en el artículo 75, inciso 12.

¹² Cabría reflexionar si, desde la interpretación sistemática propuesta, quedan incluidos como sujetos activos, es decir, como «padres», los progenitores afines, ya que en el derecho civil poseen una obligación alimentaria subsidiaria, pero, al margen de esto, son en definitiva progenitores también (arts. 672 y 676, CCyCN).

¹³ En relación con los deberes de garantía de protección derivados de relaciones personales estrechas, véase: Hilgendorf & Valerius, 2017, p. 275.

CCyCN); el tutor y guardador, tienen a su cargo el cuidado del pupilo y guardado, respectivamente, lo que incluye su persona y patrimonio (arts. 104, primer y último párrafo; 640, inc. c; 612 y 657, CCyCN). El curador tiene la función de cuidar a la persona y bienes del incapaz de hecho (art. 138, CCyCN)¹⁴.

Ciertamente, las dudas que suscita la idea de la familia como objeto de protección no son recientes. En Alemania, por ejemplo, los penalistas utilizaron una expresión por demás ilustrativa, a saber: *delitos vagos* (*vage Verbrechen*), para contemplar aquellas infracciones que inciden sobre colectividades de individuos que carecen, como tales -en cuanto colectividades-, de personalidad jurídica¹⁵. De igual manera, en el ámbito de la filosofía moral, ha recibido severas críticas el llamado *colectivismo*, es decir, una concepción que sostiene que no solo los seres humanos son titulares de intereses dignos de protección, sino también entidades supraindividuales que no son reducibles a los intereses de sus integrantes¹⁶. En particular, las críticas se pueden sintetizar diciendo que el colectivismo contradice el «principio práctico supremo», esto es, la segunda formulación del imperativo categórico de Kant¹⁷, y, por tanto, sienta las bases para la defensa de posiciones autoritarias, al menos cuando no queda claro su nexo con las «relaciones microsociales», es decir, con los bienes del individuo¹⁸. Mas aun, ni siquiera podría verse en la familia un *bien jurídico intermedio*, es decir, una condición necesaria de la existencia del derecho de sujeto pasivo, pues ello no explica la subsistencia del deber, por ejemplo, en los supuestos de divorcio o disolución de la familia respecto de los hijos, e incluso subsiste en los casos de privación de la responsabilidad parental (art. 704, CCyCN)¹⁹.

En definitiva, considerar a la familia como objeto de la infracción contribuye a desmaterializar el injusto del delito de incumplimiento, el cual, como se dijo más arriba, solo se explica en el contexto de una relación jurídica entre dos *personas*, esto es, entre dos entes titulares de derechos y deberes, uno de los cuales tiene el derecho de reclamar para sí, ante el otro, el cumplimiento de una prestación²⁰. Si, entonces, el sujeto pasivo sufre algún menoscabo en su existencia, ello solo cuenta como perturbación social en tanto y en cuanto el autor falta a la solidaridad jurídicamente mandada: cuidar del sujeto pasivo, aunque mas no sea *en la medida* exigida por el tipo legal, esto es, en una medida económica. Sea como fuere, el autor desconoce, a través de su hecho, los deberes que se derivan de su pertenencia a una institución, es decir, de la responsabilidad parental y figuras afines (tutela, curatela, guarda).

Ahora bien, aunque el concepto de familia no permite fundamentar, con precisión, el injusto del delito de incumplimiento, sí contribuye, en cambio, a legitimar políticamente criminalmente los tipos legales de la ley 13.944. En efecto, el hecho de que se perciba

¹⁴ Se dejan sin mencionar los deberes del cónyuge, nacidos del matrimonio y no de la familia, porque el inciso «d» del artículo 2 de la Ley 13.944 perdió validez desde la derogación del sistema de divorcio basado en la culpa.

¹⁵ Cfr. Jiménez de Asúa, 1992, p. 92.

¹⁶ Nino, 2017, p. 119.

¹⁷ Kant, 2015, pp. 81–83.

«Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio» (la cursiva no me pertenece). Para Kant, dicho principio constituye «la condición suprema limitativa de la libertad de las acciones de todo hombre» (p. 83).

¹⁸ Cfr. Macagno, 2016, pp. 17, 5, 14.

¹⁹ Sobre los bienes intermedios, véase también: Macagno, 2016, pp. 8, 16. Este último ejemplo me lo sugirió el Profesor Macagno, quien con toda razón lo considera el ejemplo más contundente de lo que pretendo decir en el texto.

²⁰ Este entendimiento se corresponde con la definición de familia contenida, por ejemplo, en la Ley 26.485, art. 6, que hace referencia a los vínculos jurídicos originados en el parentesco, matrimonio, uniones de hecho, etc.

como *necesaria* la criminalización del incumplimiento a los deberes de asistencia familiar, no solo en Argentina sino también en el derecho comparado, sugiere, en primer lugar, que se trata de una norma que *dirige* la comunicación²¹; esto significa, principalmente, que la comunidad no tolera el desconocimiento de la solidaridad elemental que ha de primar en determinados vínculos: entre padres e hijos -naturales o adoptivos-, entre el tutor y el pupilo, etc.²² Como decía Hegel, «el hombre no puede, en consecuencia, aparecer sobre la tierra sino en el seno de un rebaño», es decir, «la realidad humana no puede engendrarse sino en tanto que socialmente»²³; pues es en relación a un otro que el hombre obtiene su *reconocimiento* como ser humano, o sea, como ser individual y autónomo; más en esa relación primigenia entre dos existencias humanas tiene lugar un fenómeno de peculiar importancia para el Derecho, entendido como esquema de coordinación social, a saber: el hombre aparece frente al otro en una relación de dominio o sumisión²⁴. En otras palabras, no solo comporta la familia, desde siempre, el entorno en el cual el individuo se desarrolla en su potencialidad, adquiriendo paulatinamente mayor autonomía, sino que es allí donde comprende que todo orden social comienza con deberes²⁵; deberes ligados a la supervivencia del grupo, lo que sin dudas se corresponde con las funciones básicas de la familia, a saber: la solidaridad familiar, o sea, la ayuda reciproca mediante la división de tareas, la educación y, fundamentalmente, la socialización de niños²⁶. Así pues, aun cuando los modelos de familia han mutado, la familia sigue constituyendo el entorno natural en el cual todo niño toma contacto con las expectativas básicas del mundo social -no dañar a otro-, esto es, internaliza la noción de límite, elemental para la vida en conjunto. En este sentido, cabe advertir como esta idea se ve reflejada en la Convención de los Derechos del Niño desde el preámbulo²⁷. Finalmente, frente al resto de los supuestos que contempla la ley 13.944 sigue siendo fundamental la idea de solidaridad familiar y, por consiguiente, los deberes que en ella se fundan, pues, en definitiva, se trata de relaciones sustitutivas, o sea, equivalentes a la relación paterno-filial desde el punto de vista del deber de asistencia que las rige.

En resumen, desde este trasfondo social el conjunto de figuras delictivas de la ley 13.944 cobra *realidad*, es decir, no se trata solo de coacción, sino, precisamente, de un orden normativo: la ley 13.944 refleja el «entendimiento general» sobre lo que cabe esperar en una sociedad²⁸.

²¹ Jakobs, 2000, p. 345.

²² Referencias sobre la tipificación del delito de incumplimiento en el derecho comparado en: Gonzales Aquilano & Pereyra, 2022, pp. 31–33.

²³ Kojève, 2006, pp. 12, 15. (La cita corresponde a lo escrito por Hegel en el capítulo IV, Sección A, de su obra *La Fenomenología del Espíritu*, 1807, cuya transcripción abre el libro de Kojève).

²⁴ Kojève, 2006, p. 15.

²⁵ Jakobs, 2000, p. 342.

²⁶ Medinq & Roveda, 2016.

²⁷ Especialmente ver párrafos 6 (la familia como grupo fundamental de la sociedad) y 7 (la familia como medio del desarrollo de la personalidad; es decir –cabe agregar– como medio para formar personas, i.e., titulares de derechos y deberes antes que meros sistemas psicofísicos. Esta exemplificación con el derecho positivo me fue sugerida por el Profesor Macagno).

²⁸ Jakobs, 2000, p. 345.

2. La forma del tipo

a. Delito de infracción de deber

En la sección previa se expuso cuál es el contexto social, preconfigurado por el Derecho, que permite definir como infracción normativa, esto es, como lesión jurídica, el no proporcionar los medios indispensables para la subsistencia de un ser humano: solo puede cometer este delito quien tiene un deber positivo, institucionalmente asegurado, de cuidar especialmente de un bien frente a peligros, incluso frente a peligros que el obligado institucional no ha causado²⁹. Si bien este cuidado se diversifica en diferentes funciones, en el tipo de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar se encuentra asegurado solo en su faz económica. La relación entre el autor y el bien no surge, pues, del comportamiento que criminaliza el art. 1 y 2 de la ley 13.944, sino que existe antes³⁰. Dicho con otras palabras, el deber de prestar los medios indispensables para la subsistencia del hijo, adoptado, pupilo e incapaz es un deber extrapenal, porque su fuente es la obligación de protección que establece el derecho civil, como sector del ordenamiento jurídico que predetermina cómo deben relacionarse padres e hijos, adoptantes y adoptados, tutores y pupilos, curadores e incapaces, entre sí.

Una de las consecuencias principales, derivada del hecho de tratarse de un delito de infracción de deber, consiste en que la distinción entre acción y omitir pierde sentido³¹. Ejemplo: la negación de la ayuda económica puede obedecer al abandono -omisión-, o bien a la disipación del obligado especial -acción-, y, sin embargo, ello no cambia en nada la circunstancia de que el garante ha defraudado las expectativas que la norma pretende asegurar: el fundamento de la punición no está ligado a una forma *específica* de comportamiento, sino a la vulneración de las exigencias de un papel social. En consecuencia, aunque la norma habla de *substraerse*, con ello no se describe un específico acto de organización del obligado especial, sino un apartamiento de su deber extrapenal que puede asumir formas variadas³².

A la luz de lo referido, no sorprende que la incorporación del art. 2 bis (ley 24.029) a la ley 13.944 haya merecido críticas, en la medida en que describe diferentes modalidades elegidas por el autor para incumplir con la prestación económica su cargo³³. Empero, ello no debe llevar a confusión: se trata de modalidades que constituyen un tipo calificado, en razón, especialmente, de la actitud (malicia) con la que el autor ejecuta su comportamiento. Cabe reiterar, el injusto encuentra ya su fundamento en relación con el alcance del deber que incumbe al autor, a saber: contribuir, prestación económica mediante, a garantizar las condiciones mínimas para la subsistencia del sujeto pasivo. El autor falla, pues, en su deber de configurar, al menos parcialmente, un mundo vital en

²⁹ Jakobs, 1997, p. 1027; p. 791; y el mismo, «Sobre el concepto de delito contra las personas» (nota 9), p. 167.

³⁰ Satzger, 2016, refiere expresamente al parágrafo 170 del StGB, que contempla el tipo de violación del deber de prestar alimentos, explicando por qué es un delito especial y no un delito de propia mano, aunque las consecuencias en materia de autoría y participación sean las mismas.

³¹ Jakobs, 1997, p. 791; Roxin, 1997, p. 179; p. 181 (con el ejemplo del delito de administración o gestión desleal); y p. 187.

³² Nestler, 2022, refiere al mandato de determinación, *nulla poena sine lege certa*: «Así, el legislador utiliza con bastante frecuencia cláusulas generales para abarcar muchos acontecimientos vitales en simultáneo». El uso de una cláusula general de este tipo no viola per se el mandato de determinación; de igual modo: Hilgendorf-Valerius, 2017, p. 10.

³³ Cfr. Donna, 2003, p. 431 («...en definitiva, el autor procura mediante otros medios no hacer frente a la satisfacción de los deberes alimentarios»).

común con el titular del derecho; en la prestación de un servicio que se le exige en forma *adicional*, esto es, junto al deber -general- que pesa sobre todo ciudadano de no dañar a otro, o, dicho de otra manera, de respetar la esfera de libertad del prójimo.

La consecuencia que cabe derivar de lo hasta aquí dicho es la siguiente: dado que estamos ante un delito de infracción de deber, la propia estructura del tipo impone prescindir del *dominio del hecho*, como criterio para delimitar, en este delito, entre autores y partícipes, sin que pueda argüirse menoscabo alguno al principio *nullum crimen sine lege*. Ello se explica, en primer lugar, porque el tenor literal del tipo penal no describe un comportamiento externo específico, sino el apartamiento del deber de asistencia económica³⁴. En segundo lugar, la propia praxis indica que el autor prototípico de este delito no tiene, en la mayoría de los casos, un dominio real sobre la incolumidad del bien protegido. Ejemplo: el padre que se desentiende por completo de su hijo al coincidir, su nacimiento, con el divorcio de la madre del niño, no tiene más posibilidades *reales* de contribuir a la subsistencia del niño que los abuelos que ven a este de manera frecuente, o que la pareja actual de la madre del niño que convive con él. No es correcto, entonces, afirmar la existencia, en un caso como este, de un «dominio de protección sobre el bien jurídico vulnerable y puesto en peligro» como «dominio sobre el fundamento, origen, razón o causa del resultado»³⁵; porque ello significa ignorar que el dominio del hecho ha de ser verificado por la vía empírica, y no inferido normativamente de la función o rol (*jsocial!*) que ostenta el autor³⁶. Lo dicho queda demostrado en los supuestos en que el titular del deber se sirve de un *extraneus*, que no reúne en su persona la cualidad subjetiva exigida por el tipo, para cometer el hecho (instrumento doloso no cualificado). Ejemplo: quien, siendo padre, tras ser intimado judicialmente, le pide a su mejor amigo, asesor financiero, que «desvie» los activos y demás bienes que integran su patrimonio. Ciertamente, es dable afirmar que el sujeto de atrás (*intraneus*) quiere el hecho como propio, más el acontecimiento en que se materializa el apartamiento del deber alimentario, no existiendo coacción alguna, estaba «en las manos» del sujeto de adelante (*extraneus*), es decir, una medida considerable de dominio de configuración estaba en su control. En una palabra, la autoría no se fundamenta en el ejercicio efectivo de dominio del hecho, sino en el deber de manutención que tiene el autor para con el sujeto pasivo. Por lo tanto, en el último ejemplo, el *extraneus* solo puede responder como partícipe, a pesar de que en un delito *común* habría sido, sin dudas -como mínimo- coautor.

b. Contenido del comportamiento típico

³⁴ Cfr. Gonzales Aquilano & Pereyra 2022, p. 39 («apartarse de la obligación de prestar los recursos económicos necesarios para la satisfacción alimentaria»); Donna, 2003, p. 421 («apartarse o separarse del deber de proporcionar el sustento»).

Este punto de partida, que incluso se corresponde con la sistemática de la Ley 13.944, no se ve reflejado, sin embargo, ni por la doctrina citada ni por la jurisprudencia al fijar el alcance de la norma. En efecto, es habitual ubicar el punto de conexión para la punibilidad en una omisión, cuando, en realidad, de lege lata lo relevante no es la configuración externa del comportamiento del autor, sino el incumplimiento de un deber. Por supuesto, el incumplimiento de un deber implica una omisión, del mismo modo que la comisión de un delito implica la omisión de observar la norma prohibitiva. Lo relevante es, empero, lo que indica la omisión: el incumplimiento del deber de contribuir a la manutención de un bien o del deber de no dañar al prójimo, respectivamente.

³⁵ Shünemann, 2018, 101–102 y ss.

³⁶ En contra del intento de basar en los delitos de infracción de deber la distinción entre autoría y participación, siempre en el dominio del hecho, véase: Roxin, 1997, p. 182 («el dominio...precisamente no se observa o ejerce en la realización de delitos de infracción de deber») y n.º margen 280, p. 185 («no se deduce la «voluntad de autor» de elementos subjetivos o del dominio del hecho, sino del deber de proteger...»).

Ya se expuso que la ley 13.944 conmina con una pena el incumplimiento de un deber positivo, pues el autor, debido a su pertenencia a una institución está obligado a realizar en favor del sujeto pasivo una prestación de servicio. La garantía jurídico-penal de esta prestación, empero, se circunscribe a la faz económica. En otras palabras, el deber de asistencia que la ley 13.944 pone en cabeza del autor se satisface en medida pecuniaria. Ahora bien, puesto que el contenido de la relación jurídica entre el autor y el sujeto pasivo ha sido regulado -concretado- por fuera del Derecho penal, es preciso determinar el contenido del deber consultando el contenido de la obligación alimentaria del Derecho civil, con las salvedades que luego se harán, especialmente en lo que atañe al alcance del deber, pues el legislador penal ha restringido, en beneficio del autor, el objeto de la infracción a lo *indispensable* para la existencia del tutelado.

Puesto que, en definitiva, en todas las hipótesis contempladas por la ley 13.944 el criterio rector es la solidaridad que debe primar en relaciones familiares o cuasifamiliares, es decir, la ayuda reciproca entre sus integrantes, la doctrina dominante define el contenido de los *medios indispensables para la subsistencia*, de modo coincidente con el mensaje del Poder Ejecutivo al presentar el proyecto de ley, enunciando los cuatro rubros de la obligación alimentaria civil, a saber: a) subsistencia; b) habitación; c) vestuario; d) asistencia médica³⁷. Es preciso advertir, en este punto, que los rubros mencionados se corresponden con la extensión que posee la obligación alimentaria *entre parientes*, conforme lo previsto en el art.541, CCyCN. Mas allá de esto, se trata de un punto de partida correcto, fundado en una interpretación teleológica -fin de la norma-, sistemática -interacción con el resto del ordenamiento jurídico- e histórica -voluntad original del legislador- de los supuestos de hecho definidos por la ley 13.944.

El comportamiento punible adquiere contornos específicos en la hipótesis contemplada en el artículo 1 de la ley 13.944, es decir, cuando el sujeto pasivo es un niño, o sea, una persona menor de dieciocho años, y el autor su progenitor, ya sea natural, por adopción o por voluntad procreacional (art.558, CCyCN). En efecto, el fin de protección que persigue la norma, desde una perspectiva actual, no puede prescindir del carácter reforzado que adquiere la asistencia económica necesaria para la subsistencia, en la relación entre padres e hijos menores de edad (art.646, inc. a y 659 CCyCN)³⁸. Ello se impone tanto en virtud de la regulación civil, cuanto de la regulación internacional que rige la materia, y, por tanto, se trata de una interpretación que deviene imperativa desde el punto de vista sistemático-constitucional. No es correcto argüir, en este aspecto, que el mandato de determinación, como consecuencia del principio de legalidad en sentido estricto, impone una interpretación *restrictiva*. En tanto se trate de una comprensión abarcada, primero, por el sentido literal -método gramatical- y, segundo, defendible desde alguno de los métodos de interpretación aceptados, como el fin de protección de la norma -método teleológico-, y el método sistemático, ninguna norma supralegal impone la opción por la inteligencia más restrictiva de la punición. Esta es la opinión dominante en materia de hermenéutica jurídica, con respecto a las condiciones de aplicación del *lenity principle*³⁹. En efecto, lo que es indispensable para la subsistencia de un niño comprende, debido a su mejor interés (art.3, Convención sobre los Derechos del Niño), la prestación económica que permita su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (art.27, Convención sobre los Derechos del Niño); a ello apunta la especial extensión que el

³⁷ Cfr. Núñez, 1965, pp. 32–33, nota al pie 54. Este autor habla de «núcleo cuasi familiar» en la p. 23.

³⁸ Medina & Roveda, 2016, p. 796. Pérez, 2024, p. 486: «El impago de la pensión de alimentos de hijos menores como principal manifestación de la violencia económica y la necesaria reparación integral del daño».

³⁹ Ortiz Urbina Gimeno, 2009, pp. 174–175.

Derecho civil le asigna al deber alimentario en beneficio de niños: a) manutención; b) educación; c) esparcimiento; d) vestimenta; e) habitación; f) asistencia; g) gastos por enfermedad; h) gastos para adquirir una profesión u oficio (art. 659, CCyCN). Por lo demás, esta es una inteligencia basada en el uso jurídico del lenguaje, por lo que tiene la ventaja de garantizar la seguridad jurídica en el entendimiento futuro de la norma, frente al arbitrario o cuanto menos cambiante uso ordinario del lenguaje, tal como apunta Nestler⁴⁰. Por lo tanto, desde la perspectiva aquí defendida, cabe estimar equivocada, a mi juicio, la opinión de Nuñez, para el cual la obligación asistencial se rige por el criterio «*ad necessitatem, non ad utilitatem*»⁴¹. Este entendimiento normativo, además, no contradice el significado que posee el vocablo «indispensable», en sus dos acepciones, según la definición del Real Academia Española; aquello que «que no se puede dispensar» o «es necesario» en el caso de un niño, es lo que se acaba de describir, desde una perspectiva sistemática.

En el resto de las hipótesis, esto es, entre el hijo mayor -cualquiera sea la filiación- y su padre -impedido- (art.2, inc. a y b -in fine-, ley 13.944); entre el tutor y el pupilo; entre el curador y el incapaz, y, finalmente, entre guardador y guardado, la extensión del deber que tiene el autor ha de limitarse a los cuatro rubros enunciados más arriba. La diferencia se impone, fundamentalmente, por razones sistemáticas. En efecto, el hijo mayor de dieciocho años tiene un deber de colaboración y cuidado para con sus progenitores (art.671, inc.c, CCyCN), pero en materia de alimentos se circscribe a lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica (art.541, CCyCN). En el caso de los tutores, curadores y guardadores, lo propio se impone a partir de una comprensión armónica de las normas involucradas. Así, por un lado, ellos no están alcanzados por la obligación alimentaria (arts. 119 -tutela-; 138 -curatela-; y 104, último párrafo, in fine -guarda-, CCyCN), y la función de cuidado difiere sensiblemente del conjunto de deberes que entraña la responsabilidad parental. En la tutela y la guarda, por ejemplo, el CCyCN, a diferencia del Código de Vélez Sarsfield, circscribe sus deberes a la esfera patrimonial, es decir, a la administración de los bienes del pupilo y guardado, respectivamente⁴². Por lo tanto, sería irrazonable, además de violatorio del principio de legalidad, atribuirle al deber del tutor, curador y guardador el mismo alcance que tiene -por razones normativas- el deber de los progenitores con respecto a sus hijos menores de edad. La transgresión al principio de legalidad estaría dada por implicar una comprensión que va más allá del sentido literal *jurídico* de lo que es indispensable para la subsistencia del pupilo, incapaz y guardado, y, por tanto, una integración del tipo penal (prohibición de analogía)⁴³.

c. El aspecto objetivo del injusto. Configuración de la lesión al derecho

En virtud del principio de hecho⁴⁴, todo delito ha de consistir, como mínimo, en la realización de un movimiento corporal: *cogitationis poenam nemo patitur*⁴⁵. Se trata, como es

⁴⁰ Nestler, 2022, p. 78.

⁴¹ Núñez, 1965, p. 33.

⁴² Medina & Roveda, 2016, pp. 839 y ss.

⁴³ Sobre la distinción, en el método gramatical, entre sentido literal coloquial y sentido literal jurídico, véase: Hilgendorf & Valerius, 2017, p. 14; Nestler, 2022, p. 78.

⁴⁴ Hilgendorf & Valerius, 2017, p. 13.

⁴⁵ Jakobs, 1997, p. 205; De la Fuente Cardona, 2024, p. 220: «El concepto material de delito en la doctrina alemana de postrimerías del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX. En contra de la tesis de la ruptura de Amelung».

sabido, de una consecuencia lógica del principio de legalidad en sentido estricto, que encuentra acogida, en la República Argentina, en los artículos 18 -*nullum crimen sin lege proeria-* y 19 -principio de reserva- de la Constitución Nacional⁴⁶. En pocas palabras, puesto que el concepto de delito encierra una *perturbación social*⁴⁷, todos los tipos legales deben enunciar, con la mayor precisión posible, los presupuestos -circunstancias de hecho- que permitan al juzgador, en última instancia, vincular su valoración normativa con una infracción *culpable*, esto es, con un comportamiento valido -si bien fugazmente- como *expresión de sentido*⁴⁸. La doctrina dominante, empero, desde antaño identifica lo que cuenta como expresión de sentido con la *lesión a un objeto de bien jurídico* (vgr., la vida, la salud, la propiedad), es decir, con una modificación *empírica* (de cosas, del cuerpo, del regular funcionamiento del Estado, etc.) del mundo exterior que puede adquirir, en principio, tres formas, a saber: a) una lesión; b) un peligro concreto, y, c) un peligro abstracto⁴⁹. A su vez, la distinción entre las modalidades «b» y «c» es relevante, sobre todo, porque según una parte de la doctrina los delitos de peligro abstracto no debieran formar parte del Derecho penal en virtud de su escaso contenido de injusto y culpabilidad.

La opinión dominante, como ya se mencionó, es que el delito de incumplimiento atenta contra la familia; ergo, que la familia es el *bien jurídico protegido* y que se trata, en lo que atañe al aspecto objetivo del injusto, de un delito de peligro *abstracto*, por cuanto el sentido literal de la norma no exige que el sujeto pasivo experimente un estado de indigencia *a causa* de la omisión del autor, ni, por tanto, que corra peligro efectivo su vida⁵⁰. Ciertamente, como ya lo anticipó Soler, en esta materia: «son poco útiles las distinciones de tipo naturalista o sociológico»⁵¹. En otras palabras, el Derecho penal erige en bienes jurídicos aspectos de la realidad que no siempre consisten en una sustancia. Así, a diferencia del tipo de homicidio, en que se protege la vida, y cuyo resultado consiste en la destrucción de la conciencia de una persona, no ocurre lo mismo, por ejemplo, con el falso testimonio, en que se atenta contra la *administración de justicia*, o con la falsedad de documentos, que atenta contra la *fe pública*. La naturaleza del bien, por lo tanto, condiciona la forma de protegerlo⁵². Así, en estos casos no cabría hablar con propiedad de lesión, en el sentido de la *destrucción* o daño a una sustancia, y, sin embargo, cabe preguntarse ¿se trata, entonces, de delitos de peligro *abstracto*? Habitualmente así se los considera; pero está claro, como ya apuntaba Soler con el ejemplo de la fe pública, que se trata de casos en que la ley penal ve una *lesión* o *daño* al bien protegido⁵³. En este sentido, Kindhäuser ha ofrecido argumentos de peso en favor del carácter autónomo del injusto de los delitos de peligro, es decir, con prescindencia de la probabilidad de daño, al entender que los bienes jurídicos son afectados en su función de medios del libre desarrollo del individuo.

⁴⁶ Jiménez de Asúa, 1992, p. 405.

⁴⁷ Jakobs, 2009, p. 17.

⁴⁸ Lesch, 2016, pp. 99, 103, 113.

(La idea del delito como expresión de sentido exige reconocer que el delito y la pena constituyen hechos sociales vinculados a la manera de discurso y respuesta; que, por tanto, el autor, con su hecho, propone una reestructuración del Derecho, es decir, de las expectativas que las personas tienen al entrar en contacto entre sí, reconocidas en el orden jurídico estatal; LESCH, p. 99, nota al pie 431, y p. 103, nota al pie 459).

⁴⁹ Lesch, 2016, pp. 15–16.

⁵⁰ Cfr. Jiménez de Asúa, 1992, p. 449.

⁵¹ Soler, 1987, p. 196.

⁵² Así, Kindhäuser, 2009,, pp. 3, 16 (en esta última con el ejemplo de la administración de justicia).

⁵³ Soler, 1987, pp. 197–198.

La digresión previa se justifica porque, en definitiva, si mediante el delito de incumplimiento el legislador hubiera pretendido proteger la vida, se trataría de una figura superflua; dicho bien encuentra protección en más de un tipo de la parte especial, tanto dolosos como culposos. Además, sería muy difícil distinguir este delito del tipo legal de *abandono de personas* (art.106, CP), en que pueden ser autores los mismos sujetos activos, y que comporta, según la opinión mayoritaria, un delito de peligro *concreto* para la salud⁵⁴. Este es un buen punto de partida para analizar críticamente, en el siguiente punto, uno de los fallos de mayor erudición en la materia, dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (en adelante, «CNACrim. y Corr. de la Capital Federal»).

d. El caso «Aloise»

La pregunta que la CNACrim. y Corr. de la Capital Federal respondió en el caso «Aloise» fue la siguiente: «*¿es el delito reprimido por la ley 13.944, un delito de peligro concreto o de peligro abstracto?*» Como se ve, desde el inicio el tribunal descartó que se tratara de un delito de lesión, en el sentido de la producción causal de un daño físico o psíquico a la persona del beneficiario⁵⁵. Asimismo, en el voto que principia la decisión, el del juez Cabral, se advierte una premisa importante del razonamiento del tribunal, a saber, el delito de incumplimiento es un delito de omisión *propia*, por cuanto la ley 13.944 criminaliza la pura infracción a una norma de mandato, sin exigir la producción de un resultado separable de la omisión, en tiempo y espacio; ergo, el Dr. Cabral concluyó que se trata de una figura de peligro abstracto, en tanto no lo excluye «la caridad de terceros ni el hecho de que otras personas, también obligadas, presten al necesitado los medios indispensables para la subsistencia tal como por lógica se desprende del art.3 de la ley en cuestión». Antes de proseguir, es menester hacer una observación, pues ya la premisa del razonamiento del Juez Cabral exhibe un error, a saber: que los delitos de omisión propia -suponiendo que esta sea la forma del tipo de incumplimiento- carecen de resultado, que constituyen, de este modo, el reverso de los delitos de mera actividad⁵⁶. Por lo que ya se dijo al comienzo del punto anterior (supra, «2.3»), todo delito exige un principio de exteriorización, como mínimo un movimiento corporal, en virtud del principio de hecho, solo que, en el caso de las omisiones propias, como enseña Roxin, el resultado coincide temporalmente con la omisión⁵⁷. Quien no presta ayuda a una persona que se encuentra en peligro (art.108, CP), por ejemplo, no solo infringe una norma de mandato, también

⁵⁴ Soler, 1987, p. 191.

⁵⁵ A los fines del análisis que sigue, entiéndase por peligro, con Kindhäuser, 2009, pp. 11–13: «a la posibilidad de un acontecimiento lesivo cuya producción no es deseada por quien habla», constituyendo un elemento característico de la noción de peligro la «inseguridad» o «casualidad», o sea, la incapacidad del sujeto para evitar intencionadamente el menoscabo. Por consiguiente, en los delitos de peligro abstracto, el legislador considera que de modo general la conducta prohibida trae aparejada esa posibilidad de lesión.

⁵⁶ En palabras del Juez Cabral: «...la afirmación de que la infracción prevista en la Ley 13.944 es de peligro abstracto se apoya fundamentalmente en la circunstancia de tratarse de un delito de omisión -y no de comisión por omisión-, es decir, de un delito cuya configuración no requiere la producción de ningún resultado externo material o de peligro concreto».

⁵⁷ Roxin, 1997, p. 761. «En el caso de la omisión, aunque no existe movimiento corporal desde el punto de vista óntico, ello no impide la posibilidad de imputar un estado de cosas desde criterios normativos, como lo es la posición de garante; para el Derecho penal la acción y la omisión son, como dice Roxin, «manifestaciones de la personalidad» (*idem*, p. 755).

En otras palabras, no es autor de un delito quien se erige en causal de una pérdida, sino quien resulta competente por su evitación. Esta idea permea prácticamente toda la teoría de la imputación objetiva (véase, sobre esta idea, el trabajo de Jakobs citado infra, en la nota al pie 61).

provoca un resultado, en el sentido de que constituye un factor -negativo- que perpetua un estado de hecho, a saber: la posibilidad de concreción del peligro. Más allá de esto, seguramente lo que induce a error, siempre que se piensa en una omisión, es su potencialidad como factor causal. Descartada la idea -metafísica- de «fuerza operativa real» incluso para la comisión, no existen razones para no seguir la fórmula desarrollada por Engisch, de la causalidad como condición -positiva o negativa- conforme a leyes naturales; por tanto, una omisión puede ser una *parte necesaria de un conjunto de condiciones suficientes* para explicar un estado de cosas, por ejemplo, la situación de necesidad del beneficiario de la prestación alimentaria⁵⁸.

En el voto de los jueces Black y Fries Caballero se expresa un aspecto relevante del tipo de incumplimiento, consistente en que el sentido literal del precepto, al igual que el mensaje del Poder Ejecutivo, permiten afirmar que el sujeto pasivo ha de encontrarse en una situación de necesidad, esto es, *necesitado* de amparo para subsistir⁵⁹. Se trata, en definitiva, de un elemento del tipo que ha de ser comprobado en cada caso individual por el juzgador. A pesar de lo dicho, hay que advertir que es poco útil, sino absolutamente infructuoso, discurrir en disquisiciones sobre la naturaleza del peligro implicado en la situación de necesidad. Así pues, ello es fundamental para no confundir la *satisfacción civil*, es decir, la posibilidad de remediar las consecuencias externas del delito, con la *restitución penal*⁶⁰. Aunque esta distinción es fundamental siempre en una relación funcional entre delito y pena, es especialmente pertinente recordarla en el delito de incumplimiento, no solo por el contenido material del comportamiento típico, sino porque la praxis demuestra que, por lo general, de manera paralela al proceso penal por este delito transcurre un proceso de familia pensado para obtener el cumplimiento de la deuda alimentaria con los instrumentos más amplios del derecho privado. En este escenario, aunque la pena siempre se dirige contra una existencia exterior -por ejemplo, contra un sujeto que deliberadamente incumplió con el deber de alimentos en favor de su hijo necesitado-, su función restitutiva se cumple con relación al único *mal* que puede remediar, esto es, con respecto al significado social del comportamiento punible⁶¹. El que incumple la prestación alimentaria, ciertamente, lesiona un derecho de la persona; pero, al mismo tiempo, afirma con su hecho una máxima, es decir, un principio subjetivo del obrar, que resulta irritante, o, como mínimo, inquietante para la sociedad⁶². Esa máxima se objetiva de modo especialmente prístino en la hipótesis básica del art.1 de la ley 13.944; con su hecho el autor desconoce a su hijo como persona, como ser digno y merecedor de atención; lo trata, pues, como «entorno indiferente»⁶³. Este aspecto del delito de incumplimiento es el que ha de ser *anulado* con la pena, demostrando que la sociedad observa en la infracción culpable de la norma una transgresión de la solidaridad elemental que ha de primar en el vínculo entre el autor y tutelado, como valor de la generalidad.

⁵⁸ Engisch2008, p. 64.

Por no tener en cuenta lo observado en el texto, Nuñez, 1965, p. 28, nota al pie 36, critica la opinión de Soler, que exige una situación de necesidad en el sujeto pasivo, reprochándole: «Pero ¿Cómo puede un delito de omisión..., sin transformarse en un delito de comisión por omisión, encontrarse en relación causal con un resultado, como es la situación de peligro concreto?».

⁵⁹ Cfr. Soler, 1987, p. 405.

⁶⁰ Lesch, 2016, p. 96, nota al pie 406.

⁶¹ Lesch, 2016, pp. 94, 95, 96, 111, 113.

⁶² Kant, 2015, p. 70, nota al pie 9: «La máxima es el principio subjetivo del obrar...es, pues, el principio según el cual obra el sujeto».

⁶³ Jakobs, 2001, p. 39. (Con el ejemplo de qué comunica el autor de un homicidio).

Frente a esto, no resulta adecuado apelar a la distinción, carente de contenido real, entre moral y bienes⁶⁴. Este es un tema intrincado que merece un tratamiento aparte, pero es dable llamar la atención, como lo hizo Jakobs con referencia al derecho penal alemán, que también nuestro ordenamiento penal «conoce una serie de delitos en los cuales es la irritante incorrección de la conducta la que constituye la razón de la prohibición, sin que pudiera identificarse otro bien fijo»; pensemos, por ejemplo, en los delitos contra animales (ley 14.346); en el delito de exhibiciones obscenas (art.129, CP), o, finalmente, en el hecho de quien ayuda a otro a cometer suicidio (art.83, CP)⁶⁵.

En definitiva, aunque podría verse cierta identidad entre el planteo que aquí se propone y la tesis de que el delito de incumplimiento entraña un peligro abstracto, ello sería una identidad en el resultado. Mas importante, a los fines de una correcta aplicación del tipo bajo análisis a los casos individuales, es, sin lugar a duda, la atención en la fundamentación; solo ella pone el acento, al decir de Pawlik, en «el horizonte social del derecho», es decir, en la dañosidad social que comporta este delito y que justifica su criminalización en amplios países⁶⁶. La idea de un peligro abstracto, en cambio, por lo menos en lo que atañe al delito de incumplimiento, ensombrece dicho horizonte, y no permite considerarlo, por lo menos *prima facie*, como constitutivo de un injusto autónomo. Ello no quita, desde luego, que el juzgador lleve a cabo una reducción teleológica del tipo penal si en el caso concreto se descarta por completo una situación de necesidad en el sujeto pasivo. Mas aquí faltaría, como se dijo más arriba, un presupuesto del tipo penal, y, por tanto, dejaría de subsistir el deber del autor, lo que podría ocurrir, como señala el Juez Fries Caballero, en la siguiente situación: «un sujeto de modestos recursos económicos abandona a su mujer e hijos menores que tienen, por su parte, considerable fortuna, sin preocuparse sin más por su suerte. Se ha dicho por todos, con exactitud, que en esta hipótesis el delito no existe».

En la siguiente y última sección se analizará el aspecto subjetivo del delito, sin el cual no puede haber, *strictu sensu*, injusto, como así también la especial correlación que se deriva, a partir de la forma del tipo (punto 2.1, supra), entre injusto y culpabilidad.

3. Imputación subjetiva

La doctrina dominante sostiene, con acierto, que el delito de incumplimiento es un delito doloso. En este sentido, el hecho de *substraerse* connota una decisión por parte del autor, que ha de conocer los presupuestos facticos de su obligación como garante; por ejemplo, quien sabe que es padre o madre de un niño, probablemente sabe que *debe* ocuparse de él⁶⁷. Esto podría ser suficiente, a la luz del tenor literal del art.1, ley 13.944, para imputarle subjetivamente el hecho material consistente en el no cumplimiento de la prestación alimentaria. En otras palabras, para adscribirle al autor su infracción de deber como injusto doloso. Al respecto, el elemento vinculado a la *decisión* del autor es idéntico

⁶⁴ Véase Pawlik, 2016, p. 6: «Dado que todo bien, sea bien jurídico o no, expresa una determinada moralidad y, por lo tanto, los bienes y las moralidades son categorías intercambiables, una contraposición entre los bienes jurídicos, por un lado, y las meras inmoralidades por el otro, está condenada desde un comienzo al fracaso»; en contra, Kudlich, 2016, p. 196.

⁶⁵ Jakobs, 2001, p. 32.

⁶⁶ Cfr. Pawlik, M., *op. cit.*, p. 9.

⁶⁷ Cfr. Zielinski, 2003, p. 34.

a su conocimiento de la situación de hecho⁶⁸. En particular, al conocimiento de su rol (padre, tutor, curador, etc.) y de las expectativas normativas vinculadas a él.

Así pues, aunque estrictamente la imputación de dolo no exige, en los delitos especiales, que el autor conozca el deber derivado de su pertenencia a una institución, resulta poco útil distinguir, sobre esa base, entre el dolo y la conciencia de lo injusto⁶⁹. Si, por ejemplo, el autor sabe que es padre, que ha recibido un reclamo de la prestación por parte de la madre del niño, no tiene un conocimiento a secas, puramente factico, sino que comprende el significado socialmente relevante de su comportamiento⁷⁰. Por lo pronto, en la primera hipótesis del tipo (art.1, ley 13.944), cabe reputar anómalo un supuesto de *error de mandato*, es decir, que el autor desconozca debido a una equivocada valoración jurídica que su *estatus* no comprende la obligación de alimentar a su hijo. Los tipos de la ley 13.944 reflejan, pues, la estructura normativa de la sociedad, es decir, lo que se espera mínimamente que suceda en determinadas relaciones⁷¹. Ello es irrefutable, aunque siempre cabe la posibilidad de un caso límite. Ejemplo: A provee a su hijo, B, de alimentos, vestido, habitación y de un medicamento de venta libre para tratar su estado gripe. Sin embargo, se niega a pagar una consulta médica. La gripe de B deriva en una neumonía.

Ciertamente, A tiene conocimiento de su rol y de la situación de hecho relevante que involucra a B -necesidad-. Cabe preguntarse, entonces: ¿Cumplió A con el cuidado mínimo relevante y, por tanto, con el contenido de la prestación alimentaria? Aun si la respuesta fuera negativa -dudoso-, atento el carácter reforzado del deber jurídico en la primera hipótesis, no sería descabellado que el autor no conciba su comportamiento como una perturbación socialmente relevante, según el fin de protección de la ley 13.944; ergo, incurre en un error de mandato que recibe el mismo tratamiento que un error de prohibición (art.34, in fine, CP)⁷². Al respecto, especialmente en la relación paterno filial, el autor está vinculado por un deber de informarse, de manera que, como regla general, cabe partir de la evitabilidad de su error, lo que podría fundamentar tan solo una disminución de la pena (inevitable en caso de haber recibido un asesoramiento jurídico equivocado).

En el resto de las hipótesis, en cambio, especialmente con respecto al tutor, curador y guardador, cabe reputar no improbable un error de mandato, en razón de que su rol no incluye un deber de alimentar al pupilo, incapaz o guardado (ver, supra, «2.2»). Por otra parte, si el autor conoce su vínculo jurídico con el sujeto pasivo, que este se encuentra en una situación de necesidad, todavía es necesario evaluar su capacidad individual para cumplir la prestación alimentaria. En este sentido, la circunstancia de que no tenga medios económicos no constituye, *per se*, una circunstancia que excluya el dolo (evitabilidad). Hay que distinguir, por ejemplo, si el autor renunció a su empleo, en cuyo caso no parece razonable desechar la imputación subjetiva con el argumento de que falta el elemento *volitivo*, y, por tanto, que el autor, conociendo su rol y la necesidad del tutelado, se encontró imposibilitado de proveer a su subsistencia. En este sentido, debe

⁶⁸ Zielinski, 2003, p. 42: «El contenido del querer es siempre idéntico al conocimiento de las circunstancias de la acción y de sus consecuencias».

⁶⁹ Zielinski, 2003, p. 48 «...no hace falta que el autor conozca el deber que proviene de su posición especial»; y p. 59: «él tiene que reconocer el contexto de acción del que se trata...el autor no tiene por qué conocer su deber de actuar».

⁷⁰ Al respecto, Jakobs, 2009, p. 13: «Los elementos que describen una posición de garante...son elementos normativos del tipo que no pueden concebirse aislados del contexto existente de las expectativas normativas. Esto resulta relativamente claro en relación con el status de una obligación positiva».

⁷¹ Jakobs, 2009, p. 18.

⁷² Hilgendorf & Valerius, 2017, p. 284.

recordarse que la autoría se fundamenta, en este delito, en el deber especial de protección que tiene el autor frente al tutelado, el que trae consigo la obligación de trabajar para cubrir sus necesidades básicas. En otras palabras, no se trata de un mero deber *formal*, sino que está lleno de contenido. Con este entendimiento, la C.N.C.C sostuvo, en el caso «De la Torres», que: «cuando se trae hijos al mundo la persona queda obligada a atender sus necesidades y obligada a trabajar para ello. La renuncia al trabajo, más aun con las deudas existentes, en nada justifica la conducta del imputado, que habrá de responder por el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar»⁷³. Por lo demás, aunque en este ejemplo se repara en el motivo de la abstención material del autor, probablemente ligado a una actitud de desconsideración, ello solo tendría incidencia en la medida de la culpabilidad, entendida esta en sentido normativo, o sea, como reproche jurídico-penal. Además, si de pronto el autor, tras la renuncia a su empleo, tuviera como estado mental un *no pensar*, siendo co-conciente de su rol institucional (p. ej., que es madre), es decir, de que aun así tiene la obligación de proveer los medios indispensables, el ordenamiento jurídico argentino no presenta el problema de otros códigos, como el alemán (§16, StGB), que recepta un concepto psicológico de dolo⁷⁴. En efecto, pocas veces se repara en que el CCyCN define una clase de dolo, el *dolus indirectus*, cuando dice: «El dolo se configura por la producción de un daño...con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos» (art. 1724, CCyCN). Este concepto de dolo permite superar los casos de ceguera ante los hechos, tradicionalmente imputados como hechos imprudentes. Por la misma razón, y de modo inverso, cabe reputar inexistente el dolo, así como la capacidad en el caso concreto de evitar la infracción del deber, cuando el autor está afectado por una incapacidad económica total, insuperable y no provocada por él, como con razón lo sostuvo la C.N.C.C en el caso «Tagliaferro»⁷⁵. En una situación como esta, no resulta adecuado ya lingüísticamente decir que el autor *incumplió* su deber, o que se mantuvo indiferente a la subsistencia del tutelado.

Por último, y a diferencia del art.2 bis de la ley 13.944, los supuestos de hecho descritos en el art. 1 y 2 se conforman con la actuación con *dolus directus* de segundo grado, es decir, basta con el conocimiento de la situación de hecho relevante, en que cobra sentido el deber de realizar la prestación económica. Dicho en otros términos, el tipo de los arts.1 y 2 no requiere que el autor se aparte por un motivo o con una actitud específica como, por ejemplo, con malicia o perversidad, del deber a su cargo. Basta, como dice NUÑEZ, que pudiendo satisfacer la obligación, no lo haga voluntariamente, aunque no lo preordene⁷⁶.

En cambio, el art.2 bis (insolvencia alimentaria) de la ley 13.944 describe, a mi juicio, una *intención*, es decir, exige *dolus directus* de primer grado, pues el autor se propone como meta de su acción el incumplimiento de la obligación alimentaria; quiere, pues, realizar el tipo⁷⁷. Empero, lo que realmente distingue este tipo calificado es la *malicia* con que el autor se aparta de la obligación alimentaria. En este sentido, la malicia constituye un

⁷³ C.N.C.C., Sala 1, 3/06/02, «De la Torre, Raúl Mario», causa n.º 20.453. Puede leerse el fragmento relevante en Gonzalez Aquilano, C. A., & Pereyra, J. R., *op. cit.*, pp. 184–185.

⁷⁴ El §16(1) del *StGB* (Código Penal alemán) establece: «Quien en la comisión de un hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal, no actúa dolosamente. La punibilidad por la comisión culposa permanece intacta». La cursiva me pertenece.

⁷⁵ C.N.C.C., Sala VI, «Tagliaferro, Jorge Agustín», 22/10/2007, en Gonzalez Aquilano, C. A., & Pereyra, J. R., *op. cit.*, p. 76.

⁷⁶ Nuñez, 1965, p. 31. Recuérdese, sin embargo, la precisión efectuada en el texto (*supra*, nota 69) sobre el sentido que tiene la decisión del autor, para no incurrir en confusión cuando se habla de voluntariedad, como lo hace Nuñez.

⁷⁷ El art. 2 bis fue incorporado a la ley 13.944 por ley 24.029, publicada en el Boletín Oficial el 18/12/1991.

elemento de la actitud interna, o sea un estado de ánimo del autor al realizar el comportamiento que lesiona el bien protegido (incumplir la obligación de alimentos), que fundamenta un mayor grado de responsabilidad penal. En verdad, tal estado de ánimo es independiente del injusto, que se configura, como regla general, con el incumplimiento consciente de la prestación económica⁷⁸. La consecuencia de esto, desde el punto de vista sistemático, es que la malicia comporta un elemento subjetivo que corresponde a la culpabilidad, y, por ello, en la praxis ello significa que en caso de participación de un *extraneus*, por ejemplo un prestanombre (ver el ejemplo del punto 2.1, supra), si solo concurre la actitud maliciosa en el obligado especial -garante-, y el participante desconoce este aspecto, o sea, la maldad que impulsa al autor, aquel solo podrá ser sancionado por el tipo de los arts. 1 y 2 de la ley 13.944. Así pues, se produce un *desplazamiento* de la escala penal con respecto al participante, debido a que no se verifica el presupuesto factual de la comunicabilidad de las circunstancias agravatorias de la punibilidad (art. 48, in fine, CP), circunscrito a cualidades personales (solo los elementos subjetivos que pertenecen a la culpabilidad son, pues, personales). Por lo demás, el considerar la malicia como elemento de la culpabilidad es la única forma de mantener la armonía con los tipos legales del art. 1 y 2 de la ley 13.944, pues de otra manera la hipótesis de insolvencia fraudulenta sería redundante; después de todo, el núcleo valorativo fundamental del injusto de este delito ya se encuentra perfilado en las primeras dos disposiciones, salvo diferencias de detalle en la forma específica de agresión. Sin perjuicio de lo dicho, como toda disposición interna que tiene el efecto de agravar la penalidad, es de dudosa validez desde el punto de vista constitucional, en particular en un Derecho penal de acto.

Por último, en la acción de disminuir *fraudulentamente* el valor de los bienes se trata de una modalidad de que se sirve el autor para incumplir la obligación alimentaria, y no de un elemento subjetivo del tipo. En una palabra, aquí la ley 13.944 caracteriza el comportamiento con mayor detalle, protegiendo el derecho del sujeto pasivo contra una forma específica de menoscabo; el ámbito de protección del tipo -*objetivo!*- adquiere un contorno más preciso⁷⁹. No obstante, en el obrar de modo fraudulento esta implícita una intención, de manera que esta variable del delito previsto en el art. 2 bis de la ley 13.944 también exige dolo directo.

Finalmente, resta decir que el delito de incumplimiento es un *delito permanente*, pues el estado de consumación, alcanzado con el primer incumplimiento, se prolonga en el tiempo hasta que ocurra alguna de las siguientes circunstancias, que dan lugar al agotamiento, a saber: 1) el autor voluntariamente reasume su deber alimentario; 2) el autor cesa en su abstención por imposición judicial; 3) según el caso, cuando el menor cumple 18 años (art. 1, ley 13.944); 4) o por haberse extinguido la causa de la incapacidad en el caso de que la víctima sea mayor. Esta particularidad del *iter criminis* hay que tenerla en cuenta, procesalmente, tanto para establecer hasta dónde llega el dolo del autor en cada caso individual como para determinar el comienzo del plazo de prescripción de la acción penal (art. 63, in fine, CP).

⁷⁸ Véase Roxin, 1997, p. 312 (criterio para distinguir los elementos subjetivos que pertenecen al injusto respecto de aquellos que pertenecen a la culpabilidad), y n.º margen 78, p. 315 (sobre los elementos de la actitud interna, con expresa mención de la malicia).

⁷⁹ Cfr. Roxin, 1997, p. 30.

4. Bibliografía

- Córdoba, F. J. (2015). Delitos de infracción de deber. *Revista En Letra Derecho Penal*, Año 1, N.º 1.
- De la Fuente Cardona, F. S. (2024). El concepto material de delito en la doctrina alemana de postrimerías del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX. En contra de la tesis de la ruptura de Amelung. *Revista InDret -Penal-*.
- Donna, E. A. (2003). *Derecho penal parte especial* (2.ª ed., Tomo II-A). Rubinzal Culzoni.
- Engisch, K. (2008). *La causalidad como elemento de los tipos penales* (1.ª ed., trad. de M. Sancinetti). Hammurabi. (Obra original publicada en 1931)
- Gonzales Aquilano, C. A., & Pereyra, J. R. (2022). *Delitos derivados de las relaciones de familia* (1.ª ed.). Hammurabi.
- Hilgendorf, E., & Valerius, B. (2017). *Derecho penal, parte general* (1.ª ed., trad. de la 2.ª ed. alemana, 2015, por L. A. Diaz & M. A. Sancinetti). Ad-Hoc.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal. Parte general, fundamentos y teoría de la imputación* (Trad. de la 2.ª ed. alemana, 1991, por J. Cuello Contreras & J. L. Serrano Gonzales de Murillo). Marcial Pons.
- Jakobs, G. (2000, 15 de noviembre). Sobre la génesis de la obligación jurídica. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 23.
- Jakobs, G. (2001). ¿Qué protege el derecho penal, bienes jurídicos o la vigencia de la norma? *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 7(11).
- Jakobs, G. (2009, octubre). Dolus malus. *Revista InDret -Penal-*.
- Kant, E. (2015). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1.ª ed., trad. M. García Morente). Losada. (Obra original publicada en 1785)
- Kindehäuser, U. (2009). Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal. *Revista InDret -Penal-*.
- Kojève, A. (2006). *La dialéctica del amo y del esclavo en Hegel* (1.ª ed.). Leviatán.
- Lesch, H. H. (2016). *El concepto de delito: las ideas fundamentales de una revisión funcional* (1.ª ed.). Marcial Pons.
- Medina, G., & Roveda, E. G. (2016). *Manual de derecho de familia* (1.ª ed.). Abeledo Perrot.
- Nestler, N. (2022). La interpretación de tipos penales: métodos de interpretación y metodología de la interpretación. *Revista En Letra Derecho Penal*, Año VII, N.º 13.
- Nino, C. (2017). *Ocho lecciones sobre ética y derecho para pensar la democracia* (1.ª ed.). Siglo Veintiuno Editores.
- Nuñez, R. C. (1965). *Tratado de derecho penal, parte especial, Tomo V, vol. I* (2.ª ed.). Marcos Lerner.
- Ortiz Urbina Gimeno, I. (2009). Principio de legalidad e interpretación de la ley penal. En P. Ziffer (Dir.), *Jurisprudencia de Casación Penal* (pp. 174–175). Hammurabi.
- Pawlak, M. (2016). El delito, ¿lesión de un bien jurídico? *Revista InDret -Penal-*.

- Perez, A. P. (2024). El impago de la pensión de alimentos de hijos menores como principal manifestación de la violencia económica y la necesaria reparación integral del daño. *Revista InDret -Privado-*, p. 486.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (2.^a ed., trad. de la 2.^a ed. alemana, 1994, por D. M. Luzon Peña et al.). Thomson Reuters.
- Roxin, C. (2014). *Derecho penal. Tomo II, Especiales formas de aparición del delito* (1.^a ed., trad. de la 1.^a ed. alemana, 2003). Thomson Reuters.
- Satzger, H. (2016). Los delitos de propia mano. En K. Ambos, M. L. Böhm & J. Zuluaga (Eds.), *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania* (Vol. 1, Serie CEDPAL, pp. 126–127). Gottingen University Press.
- Schünemann, B. (2018). Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción de deber en los delitos especiales. *Revista de la Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Perú*, N.^o 81, pp. 101–…
- Soler, S. (1987). *Derecho penal argentino. Parte general* (Tomo II, 5.^a ed.; Tomo III, parte especial, 4.^a ed.). Obra en cinco tomos.
- Zielinski, D. (2003). *Dolo e imprudencia. Comentario a los §§15 y 16 del Código Penal Alemán* (trad. M. Sancinetti, 1.^a ed.). Hammurabi.

Jurisprudencia

- C.N.C.C., en pleno. (1962, 13 de noviembre). Aloise, Miguel A.
- C.N.C.C., en pleno. (1981, 31 de julio). Guersi, Nestor M.
- C.N.C.C., Sala VI. (2005, 25 de abril). Pardo Blacutt, Jose Luis (Causa n.^o 26.143).
- C.N.C.C., Sala 1. (2002, 3 de junio). De la Torre, Raul Mario (Causa n.^o 20.453).
- C.N.C.C., Sala VI. (2007, 22 de octubre). Tagliaferro, Jorge Agustín

La caza ilegal como delito de peligro abstracto en el derecho penal argentino

Julián Lentijo¹

Resumen

La caza furtiva de fauna silvestre, prevista en la ley 22.421, constituye un delito ambiental orientado a la protección de la biodiversidad como bien jurídico de interés público. El eje del debate se centra en su naturaleza: si se trata de un delito de resultado, que exige la captura o muerte del animal, o de un delito de peligro abstracto, consumado con la mera acción de cazar sin autorización. Este trabajo sostiene la segunda postura, en línea con la finalidad preventiva de la norma, la definición legal de «cazar» como perseguir o apresar fauna y la jurisprudencia que promueve una tutela anticipada del ecosistema. Se analiza el tipo penal en su articulación con el código penal, la doctrina nacional y el reciente fallo del superior tribunal de justicia de Corrientes, que ratifica la configuración del delito aun sin resultado material. Asimismo, se examina el derecho comparado en España, Alemania y Brasil, donde también se consagra la tipificación como delito de peligro. Finalmente, se propone una lectura funcional que refuerce la eficacia del tipo penal como herramienta de conservación.

Sumario

1.- Análisis del tipo penal en la ley 22.421 y relación con el código penal | 2.- Doctrina: la caza furtiva como delito de peligro abstracto | 3.- Jurisprudencia nacional | 4.- Derecho comparado: legislación penal ambiental en España, Alemania y Brasil | 5.- Conclusiones | 6.- Bibliografía

Palabras clave

derecho ambiental – fauna silvestre – protección de la fauna – caza furtiva – delito de peligro abstracto

¹ Abogado y procurador (Universidad Nacional del Nordeste, «UNNE»). Especialista en abogacía del estado, asesoramiento jurídico (ECAE – PTN). Especialización en Evaluación ambiental (UNNE, *trabajo final en proceso de evaluación*). Diplomado en Práctica profesional y judicial (UNNE). Diplomado en Ambiente y Derechos Humanos (Universidad Metropolitana para la Educación y el Trabajo). Diplomado en Gestión para la conservación y el uso sostenible de los humedales (Universidad Nacional de San Martín). Diplomado en Derecho indígena (UNNE). Diplomado en Derecho administrativo disciplinario (ECAE – PTN). Director regional NEA de la Administración de Parques Nacionales. Autor de *Estrategias de la política moderna* (2025) Middletown, Delaware, Estados Unidos. Correo electrónico: julian_lentijo@hotmail.com

1. Análisis del tipo penal en la ley 22.421 y relación con el código penal

La ley 22.421, en su capítulo VIII «de los delitos y sus penas», tipifica diversos delitos contra la fauna silvestre. El tipo básico de caza furtiva o ilegal se encuentra en el artículo 24, que establece:

Será reprimido con prisión de un (1) mes a un (1) año y con inhabilitación especial de hasta tres (3) años, el que cazare animales de la fauna silvestre en campo ajeno sin la autorización establecida en el artículo 16, inciso a).

Esta figura penal exige entonces dos elementos objetivos: (a) cazar animales de fauna silvestre, y (b) hacerlo en campo ajeno sin la autorización del dueño o legítimo poseedor (la autorización a que refiere el art. 16 inc. a de la misma ley). Se advierte que la norma penal remite a una condición extra-penal (el requisito administrativo de permiso del propietario), por lo que estamos ante una ley penal en blanco que se integra con la normativa de caza deportiva en cada jurisdicción. Sin embargo, más allá de esa particularidad, el núcleo del tipo es la acción de “cazar animales de fauna silvestre” fuera de los supuestos permitidos.

Es importante subrayar la definición legal de «caza» que brinda esta ley, pues de ella se desprende la naturaleza del delito. El artículo 15 de la ley 22.421 define la caza como:

la acción ejercida por el hombre, mediante el uso de artes, armas y otros medios apropiados, persiguiendo o apresando ejemplares de la fauna silvestre con el fin de someterlos bajo su dominio, apropiárselos como presa, capturándolos, dándoles muerte o facilitando estas acciones a terceros.

En otras palabras, la ley considera «cazar» tanto el perseguir como el atrapar o matar animales silvestres, siempre que se haga con la intención de someterlos al dominio humano. Esta concepción amplia incluye explícitamente la persecución de la pieza antes de su captura, abarcando así la fase preparatoria inmediata del apoderamiento.

A partir de esta definición legal, el superior tribunal de justicia de Corrientes (en adelante, «STJ de Corrientes»), sala penal (2025), sostuvo que «cazar no quiere decir capturar al animal, sino realizar actos dirigidos a su captura» (sent. 70/2025, consid. II, párr. 3). El tipo penal se integra entonces con una conducta positiva (la actividad de caza, esto es, el acto de buscar/perseguir la fauna) y una conducta omisiva (la falta de autorización del dueño del campo) (Buompadre, s. f., § I.1). La acción típica es el verbo «cazar», en el sentido dinámico de llevar a cabo cualquier acto de acecho, acechanza, persecución o captura sobre animales salvajes, con la finalidad de apropiarlos. No se exige que esa finalidad se concrete efectivamente en la aprehensión o muerte del animal; basta con la ejecución de la actividad de caza prohibida para que el delito se configure en todos sus extremos.

Desde la perspectiva del código penal argentino, la conducta de caza furtiva no se encuentra tipificada en el código de fondo sino en esta ley especial. No obstante, al ser un delito penal, le resultan aplicables las disposiciones de la parte general del código penal (salvo disposición en contrario de la ley especial). Así, por ejemplo, rigen las reglas sobre tentativa, concurso de delitos, culpabilidad, etc. Cabe destacar que, si se considerase que la caza furtiva requiere la captura del animal como resultado, entonces perseguir sin éxito a la presa podría encuadrar en la tentativa de delito (art. 42 del código penal de la nación

argentina, en adelante «CP»). Sin embargo, como veremos, la interpretación prevaleciente es que el tipo penal se consuma sin necesidad de resultado material, por lo que esos actos preparatorios finales ya constituyen el delito consumado y no una mera tentativa. En rigor, la estructura del tipo penal absorbe la fase de tentativa: al definir «caza» como persecución o captura con fin de dominar al animal, equipara la tentativa acabada con la consumación típica (Zaffaroni, 2002: 523).

Por otro lado, la relación con el código penal también se evidencia en la posible concurrencia de este delito con otros tipos penales. En la práctica, no es infrecuente que quien practica caza furtiva incurra simultáneamente en delitos vinculados, por ejemplo, la tenencia o portación ilegítima de arma de fuego (art. 189 bis CP) cuando utiliza armas de guerra o no registradas para cazar. De hecho, en el caso jurisprudencial que analizaremos, los cazadores furtivos también fueron condenados por portación de arma de guerra de uso prohibido, en concurso real con la infracción a la ley 22.421. Esto muestra que la caza ilegal puede aparecer concatenada con otras figuras delictivas, sin que ello reste autonomía al delito ambiental en sí mismo.

En síntesis, la ley 22.421 incorporó al ordenamiento penal argentino un tipo específico de caza ilegal o no autorizada, de naturaleza federal pero aplicable en todo el país (mediante adhesión provincial), cuyo objeto jurídico tutelado es la fauna silvestre y, por extensión, el equilibrio ecológico. A diferencia de los delitos clásicos contra la propiedad (v.gr. el abigeato, que tutela ganado doméstico del dueño), aquí la fauna silvestre se concibe como *res nullius* (cosa sin dueño hasta su captura) pero de valor público. La exigencia de permiso del dueño del fundo opera como un mecanismo de control de la caza para proteger la fauna; sin ese permiso, la caza se reputa ilegítima y lesiva del interés colectivo en la conservación. Todo ello, sumado a la definición legal de «cazar», conduce a entender el delito como formal o de peligro, consumado por la simple conducta de cazar sin autorización, tal como desarrollaremos a continuación.

2. Doctrina: la caza furtiva como delito de peligro abstracto

La calificación de la caza ilegal como *delito de peligro abstracto* significa que la ley presume ex ante un peligro para el bien jurídico (fauna silvestre/biodiversidad) en la mera acción prohibida, *sin necesidad de acreditar un resultado lesivo concreto* (muerte o captura de un espécimen) para perfeccionar el ilícito. En los *delitos de peligro abstracto* o *delitos formales*, la conducta se castiga por su sola realización, dado que por su naturaleza pone en riesgo un interés protegido, aun cuando ese riesgo no se traduzca en un daño inmediato verificable. Se oponen a los *delitos de resultado* (o *materiales*), en los cuales sí se exige un daño efectivo (p. ej., en un homicidio el resultado es la muerte). Nuestro código penal incorpora numerosas figuras de peligro abstracto -v.gr. conducción peligrosa (arts. 193 bis, 202 CP), tenencia de arma de guerra sin autorización (art. 189 bis CP), delitos ambientales, etc.- cuya legitimidad se ha justificado por la necesidad de prevenir daños graves mediante la prohibición anticipada de conductas de riesgo.

En el caso de la caza furtiva, sostengo su carácter de delito de peligro abstracto, consumado con el *acto de cazar sin autorización* independientemente del resultado. Esta postura se apoya en varios argumentos:

Literalidad y sistemática de la ley 22.421: como vimos, la propia ley define la acción de cazar de modo amplio, incluyendo la persecución con intención de captura. Esto muestra la *ratio legis*: penalizar la actividad de caza ilícita en sí misma, sin aguardar a que el animal sea efectivamente capturado o muerto. La «fase de agotamiento» del delito es la realización de esa actividad dirigida a la aprehensión de la presa. Así lo explica J. Buompadre (s.f.) «es suficiente para la configuración del tipo el hecho de llevar a cabo una actividad dirigida a la captura o muerte del animal, constituyendo esa realización la fase de agotamiento del delito»². En otras palabras, una vez que el cazador ejecuta actos materiales de caza prohibida (p. ej. internarse armado en propiedad ajena, acechando fauna) el delito está consumado; cualquier resultado posterior (matar o no una pieza) será irrelevante para la tipicidad, aunque sí podría incidir en lo probatorio o en la cuantificación de la pena.

Finalidad protectora del bien jurídico ambiental: la ley tiende a la *protección cualitativa y cuantitativa de la fauna silvestre*, declarada de interés público. Desde esta óptica, *esperar a que se produzca un daño efectivo* (ej. la muerte de un animal) *para recién entonces sancionar implicaría resignar en gran medida la tutela penal preventiva*. En cambio, tipificar la mera acción de cazar sin permiso permite intervenir penalmente antes de que la depredación se concrete, dando efectividad al mandato constitucional y legal de conservar la biodiversidad. La Exposición de Motivos de la ley subrayó que los animales silvestres son indispensables para el equilibrio ecológico y que los intereses particulares deben ceder ante el interés público superior en protegerlos. Esta lógica preventiva es congruente con concebir la caza furtiva como delito de peligro: *se castiga el acto que genera la situación de peligro para la fauna*, evitando que ese peligro se materialice en daños.

Integración con el régimen de tentativa: como ya indicamos, si se exigiera la captura o muerte como resultado, muchos casos de caza ilegal frustrada quedarían relegados al ámbito de la tentativa, con las dificultades probatorias y la reducción de pena que ello conlleva. En cambio, al definirse la consumación en la propia acción de cazar, *la tentativa prácticamente se equipara al delito consumado*, eliminando espacios de impunidad. Esto es particularmente importante en delitos de esta naturaleza, donde a menudo la intervención de la autoridad (guardaparques, policía, gendarmería) *impide in extremis* la concreción del resultado (se sorprende al cazador antes de que cobre la pieza). La configuración como delito de peligro abstracto *fortalece la eficacia disuasoria* de la norma: el cazador sabe que aun si no logra su presa, ya habrá incurrido en plena responsabilidad penal.

Doctrina clásica y comparada: La caracterización de la caza furtiva como delito de mera actividad tiene sustento también en la doctrina histórica. Francesco Carrara, en su clásico *programa de derecho criminal*, definía la caza ilícita como «todo acto voluntariamente dirigido al apoderamiento del animal» enfatizando que la esencia del ilícito radica en la intención de apropiarse de fauna ajena mediante actos de caza (Carrara, 1996: 516). Es decir, desde antaño se consideró punible la acción de cazar en sí misma, sin supeditarla al resultado de captura. En el plano nacional, autores especializados en derecho penal ambiental (e.g. J. Buompadre, N. Cafferatta, M. Pinto, entre otros) coinciden en calificar estos tipos como *ilícitos de peligro o de mera conducta*. Por ejemplo, Buompadre describe la caza furtiva como «delito doloso de peligro abstracto», donde «el momento consumativo coincide con la acción de cazar, no siendo necesaria el apresamiento del animal». Se excluye expresamente la posibilidad de forma culposa (imprudente) –solo se castiga el

² El superior tribunal de justicia de Corrientes, sala penal, sostuvo que «es suficiente para la configuración del tipo el hecho de llevar a cabo una actividad dirigida a la captura o muerte del animal, constituyendo dicha realización la fase de agotamiento del delito» (sent. 70/2025, consid. II).

dolo, incluyendo el dolo eventual— y no se requiere ningún resultado naturalístico más allá de la propia conducta típica. Esta unanimidad doctrinal robustece la interpretación legal en el sentido propuesto.

En suma, desde el punto de vista dogmático, *el delito de caza ilegal es un delito formal o de peligro abstracto*. Su consumación se produce con la conducta de cazar prohibidamente, la cual por sí sola se considera lesiva del bien jurídico porque crea un *riesgo no permitido* para la conservación de la fauna. No es necesario demostrar un peligro concreto (por ejemplo, que se haya puesto en riesgo a una especie determinada de fauna en peligro de extinción) ni menos aún un daño efectivo (animales muertos); basta la infracción a la norma de protección (cazar en lugar o tiempo vedado, o sin licencia, etc.) para que se configure el injusto típico. Esta calificación armoniza con la tendencia moderna del derecho penal ambiental, que recurre ampliamente a tipos de peligro abstracto como herramienta de tutela preventiva de bienes jurídicos difusos (v.gr. medio ambiente, salud pública). Asimismo, responde al *principio precautorio* consagrado en el art. 4º de la ley general del ambiente 25.675, según el cual la falta de certeza científica absoluta no debe utilizarse como razón para postergar medidas de protección ambiental. Penalizar tempranamente la caza clandestina opera en la línea de dicho principio, anticipándose al eventual daño ecológico.

Por último, debe aclararse que la configuración del delito de peligro abstracto en modo alguno violenta garantías ni principios penales, siempre que la conducta prohibida esté claramente delimitada (como lo está aquí: cazar fauna en campo ajeno sin autorización) y proteja un bien de indudable valor. La corte suprema de justicia de la nación ha avalado en general la validez de delitos formales en materia ambiental, dada la necesidad de proteger efectivamente bienes colectivos de jerarquía constitucional (art. 41 CN, derecho a un ambiente sano). Por ende, la interpretación que aquí se sostiene resulta acorde no solo con la letra de la ley especial, sino también con los principios generales y finalidades del ordenamiento penal contemporáneo.

3. Jurisprudencia nacional

La jurisprudencia argentina ha confirmado reiteradamente la concepción de la caza furtiva como delito de peligro que se consuma con el acto de cazar ilícitamente, sin exigir resultado. En particular, merece destacarse el reciente fallo de la sala penal del STJ de Corrientes del 5 de marzo de 2025, en la causa «Arnodo, Carlos M. y Miño, H.D. s/ infracción ley 22.421». Este caso versó sobre dos individuos sorprendidos cazando sin autorización en un campo privado de Corrientes (además portando armas de fuego prohibidas). El tribunal debió analizar, entre otros agravios, si correspondía condenarlos por el delito de caza furtiva aun cuando no hubiesen alcanzado a abatir ninguna presa al momento de ser aprehendidos.

El STJ de Corrientes confirmó las condenas y en su sentencia realizó un pormenorizado análisis del tipo penal, concluyendo enfáticamente que *el delito se había consumado con la sola realización de la actividad de caza no autorizada*, sin necesidad de captura de animal alguno. Los ministros señalaron que el art. 24 de la ley 22.421 «se integra con una conducta positiva (cazar) y una negativa (no contar con la debida autorización)», estando la acción típica dada por el verbo cazar en el sentido definido por el art. 15 de la ley. Citando ese art. 15, reiteraron que cazar implica perseguir o apresar fauna con el fin de someterla, y afirmaron: «cazar no quiere decir capturar al animal, sino realizar actos

dirigidos a su captura». En consecuencia –continúa el fallo– «tratándose de un delito de peligro abstracto, el momento consumativo coincide con la acción de cazar, esto es, cuando el sujeto activo lleva a cabo el acto de caza, no siendo necesaria la captura o apresamiento del animal». De este modo, el STJ de Corrientes correntino dejó claramente establecida la naturaleza de delito de pura acción de la caza furtiva: *la mera conducta de internarse en el fundo ajeno y desarrollar actividad cinegética prohibida basta para la consumación*, aunque el cazador no haya logrado pieza alguna.

En apoyo de esta conclusión, el fallo del STJ de Corrientes invoca expresamente doctrina y precedentes. Por un lado, hace referencia a las opiniones de Buompadre y Carrara (ya mencionadas) que avalan la punibilidad de la acción independientemente del resultado. Por otro lado, cita jurisprudencia provincial y nacional análoga. Si bien el fallo no detalla otros precedentes en extenso, vale recordar que tribunales provinciales y federales de Argentina han seguido el mismo criterio en casos semejantes. Por ejemplo, la cámara federal de apelaciones de Resistencia, en un caso de caza ilegal de un yaguareté (especie protegida), destacó que la eficacia del derecho ambiental requiere «medidas concretas que prevengan el daño» y sancionó la conducta de cazar sin adentrarse en si el animal había sido efectivamente ultimado. Asimismo, la Cámara Contencioso Administrativo Federal en 2022, al confirmar una sanción por tenencia no autorizada de fauna, clasificó estas infracciones como «ilícitos de pura acción u omisión...de índole formal», donde no se requiere dolo específico ni resultado para su configuración. Aunque este último precedente versaba sobre tenencia de animales (otro tipo de la ley 22.421), revela la misma idea: los ilícitos de la ley de fauna son *delitos formales* orientados a la protección objetiva del medio natural, más allá de la intención o del efecto material inmediato.

Volviendo al fallo del STJ Corrientes, es ilustrativo repasar las circunstancias probadas del caso y cómo el tribunal las valoró bajo la óptica del delito de peligro. Quedó acreditado que Arnodo y Miño ingresaron sin autorización al establecimiento rural «El Rezongo», vistiendo ropas de camuflaje y portando rifles con silenciador, «por lo que no cabe duda de que se encontraban desarrollando la actividad de caza» –afirma la sentencia. La defensa intentó alegar que sus defendidos se habían «perdido» y no estaban cazando en ese predio sino en el lindante (un coto habilitado), teoría que el Tribunal descartó por contradictoria con la evidencia (los imputados oficialmente de cazador y guía contratados, conocían la zona, traspasaron deliberadamente los alambrados que delimitaban la propiedad, etc.). Aun no habiéndose encontrado animales muertos en su poder, la sola constatación de que estaban cazando clandestinamente en lugar ajeno permitió tener por configurado el delito. El STJ Corrientes enfatizó que aceptar la tesis defensiva implicaría exigir probar lo imposible (la caza *«in fraganti»* del animal dentro del campo ajeno), cuando en verdad lo relevante es que «los mismos se encontraban cazando» –actividad ilícita ya consumada–, más allá de que hubieran o no alcanzado a abatir una presa en ese preciso sitio.

Este pronunciamiento local se alinea con la jurisprudencia nacional en la materia y aporta claridad expositiva al fundamento jurídico: *la protección penal de la fauna silvestre no puede supeditarse a la consumación del daño, porque perdería eficacia preventiva*. En tal sentido, el fallo citando doctrina señala que las leyes meramente «declarativas» en lo ambiental –que exponen el problema, pero carecen de efectos concretos– resultan ineficaces. Para que la norma penal ambiental tenga «vida concreta», debe aplicarse aun cuando el peligro no llegó a traducirse en daño consumado. En definitiva, el STJ Corrientes ratificó la condena de los cazadores, asentando jurisprudencialmente que en Argentina *la caza furtiva es un*

delito de peligro abstracto plenamente configurado con la acción de cazar sin permiso (y acumulable, en concurso real, con otros delitos concurrentes como la tenencia ilegal de armas en el caso).

Cabe mencionar que no se registran fallos de la corte suprema de justicia de la nación sobre este punto específico de la necesidad o no de resultado en la caza furtiva – probablemente porque no han llegado casos a su consideración, dado lo claro del texto legal–. Sin embargo, la corte suprema de justicia de la nación ha avalado en general la constitucionalidad de normas penales de protección de fauna. Por ejemplo, en «T. M. c/ Provincia de La Pampa» confirmó sanciones por infracciones de caza deportiva, reconociendo la potestad estatal de limitar el aprovechamiento de la fauna en miras al bien colectivo ambiental. Tales pronunciamientos, si bien indirectos, son coherentes con la visión de que el acento está en la protección del recurso faunístico y no en punir sólo un eventual apoderamiento (lo cual podría también encuadrar, en su caso, como hurto de ganado menor, pero ese es otro tema).

En resumen, la jurisprudencia nacional, reforzada por el reciente fallo del STJ Corrientes, respalda con firmeza la interpretación de que *el delito de caza ilegal se consuma por la mera acción de cazar en forma antijurídica*, sin esperar la consumación de un daño a la fauna. Esta línea jurisprudencial proporciona seguridad jurídica y orienta la labor de fiscales y jueces en todo el país al respecto.

4. Derecho comparado: legislación penal ambiental en España, Alemania y Brasil

La calificación de la caza furtiva como delito de peligro (formal) no es exclusiva de la Argentina, sino que se refleja también en otras jurisdicciones, donde las leyes penales ambientales buscan prevenir la depredación de la fauna antes de que se concrete el daño. A continuación, examinaremos brevemente la situación en España, Alemania y Brasil, tres sistemas jurídicos con enfoques similares en cuanto a tipificación de la caza ilícita, lo que refuerza la tesis aquí sostenida.

a. España

El código penal español, tras la reforma operada por la ley orgánica 1/2015, tipifica los delitos contra la fauna en los artículos 334 y 335. El art. 334 del código penal español sanciona al que «contraviniendo las leyes o disposiciones protectoras de la fauna», cace o pesque especies protegidas causando con ello un perjuicio grave a la conservación de las mismas, previendo penas agravadas si se trata de especies en peligro de extinción. Por su parte, el artículo 335 del código penal español abarca la caza de especies no amenazadas en circunstancias ilegales (por ejemplo, en época de veda, o empleando medios prohibidos). Un importante precedente reciente es la sentencia dictada por el pleno de la sala penal del tribunal supremo de 3 de noviembre de 2020 (STS 570/2020), que clarificó el alcance de estos delitos. En dicha sentencia, el tribunal supremo resolvió que cazar en períodos de veda constituye delito del art. 335.1 código penal español por tratarse de una conducta que «pone en peligro el bien jurídico de la biodiversidad». Es decir, aunque la especie cazada fuera cinegética (no protegida) y aunque solo se vulnerara una norma administrativa de temporada, la acción se considera delito porque *compromete la conservación de la biodiversidad*, sin requerir probar un daño concreto a poblaciones animales. Esta

decisión asentó doctrina en España: *la caza fuera de temporada (veda) o sin licencia es intrínsecamente peligrosa para el medio natural y por tanto punible penalmente como delito de peligro abstracto*. El tribunal supremo enfatizó que admitir lo contrario convertiría la infracción en un «mero incumplimiento formal» de normas administrativas sin relevancia penal, minando la eficacia disuasoria de la ley. Con esta interpretación, en España hoy se pena al cazador furtivo (por ejemplo, cazadores nocturnos en finca ajena sin permiso o en época prohibida) aun cuando la conducta no haya producido estragos tangibles en la fauna. La simple infracción deliberada de las normas de caza es suficiente, por su peligrosidad inherente, para integrar el delito. En la doctrina española, autores como Lafuente, Varela, y Quintano Ripollés han analizado este fallo, coincidiendo en que supone la afirmación del carácter *abstracto* del peligro en los delitos de caza furtiva, equiparándolos en la práctica a delitos de mera actividad orientados a la protección ecológica.

b. Alemania

En el derecho alemán encontramos una figura clásica de «caza furtiva» (*Jagdwilderei*) tipificada en el Código Penal (StGB). Concretamente, el §292 StGB establece que comete este delito quien, violando el derecho de caza ajeno, «persiga, capture, mate o se apropie» de animales silvestres sujetos al régimen cinegético de otro. Nótese que la ley alemana incluye expresamente el verbo *nachstellen* (perseguir/acechar) dentro de las conductas punibles, junto con *fangen* (capturar) y *erlegen* (dar muerte) a la pieza. Es decir, *la mera persecución de fauna sin autorización ya configura el delito*, incluso si el cazador furtivo no logra su objetivo. Se trata de un delito tradicionalmente ubicado entre los delitos contra la propiedad (porque originariamente tutela el derecho del titular del coto de caza), pero que en la práctica cumple también una función de protección de la fauna. La doctrina alemana debate si el §292 es un «*unternehmensdelikt*» (delito de empresa o de mera tentativa) o un «*abstraktes Gefährdungsdelikt*» (delito de peligro abstracto); en cualquier caso, lo cierto es que *no requiere resultado material*: la acción de cazar clandestinamente en terreno ajeno es punible per se. Por ejemplo, si un guardabosque sorprende a un furtivo *acechando* ciervos en la reserva con armas prohibidas, podrá imputársele *jagdwilderei* consumada, aunque no haya abatido ninguna pieza aún. Vale señalar que el bien jurídico protegido en Alemania combina un aspecto patrimonial (el derecho de caza del titular del coto) con el interés público en la gestión racional de la vida silvestre –sobre todo desde la reforma de leyes de caza tras la II Guerra Mundial–. En la práctica, la pena para la caza furtiva en Alemania puede llegar a 3 años de prisión o multa, subiendo en supuestos agravados (por ejemplo, si se actúa con arma de fuego, §292.2). Pero lo relevante para nuestro análisis es constatar que *la legislación alemana concibe la caza furtiva como delito de mera conducta*, punible por el *acto mismo de caer ilícitamente*, de modo análogo a la ley argentina 22.421. Esto muestra una convergencia en sistemas de raíz jurídica diferente (romanista vs. germánica) hacia la necesidad de reprimir anticipadamente la caza ilegal.

c. Brasil

La legislación brasileña dispone que «matar, perseguir, caçar, apanhar ou utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente» (Lei n.º 9.605/98, art. 29, caput; Brasil, 1998). Es decir, «matar, perseguir, cazar, capturar o utilizar especies de la fauna silvestre, sin la debida autorización» es delito ambiental en Brasil, penado con detención de 6 meses a 1 año y multa (pena que puede aumentar en circunstancias agravantes). Nótese que la ley brasileña lista expresamente verbos como *perseguir* y *cazar* junto a *capturar* o *matar*, equiparando todos esos comportamientos a efectos penales. Esto refleja claramente la intención de *sancionar la actividad de caza no autorizada desde su inicio*, no solo la consumación en sentido naturalístico. La inclusión de la persecución en la tipificación brasileña refuerza la idea de un delito de peligro: incluso si el animal no es finalmente atrapado o muerto, el simple hecho de perseguir fauna silvestre sin licencia ya viola la ley y se considera lesivo. En la aplicación práctica, los tribunales brasileños han condenado, por ejemplo, a cazadores sorprendidos dentro de reservas con armas y trampas, aunque no hubiesen alcanzado a capturar animales en ese momento. La orientación es claramente preventiva. Cabe señalar que Brasil, país mega diverso, ha suscriptos convenios internacionales como la convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres («CITES») y cuenta con una constitución (artículo 225) que impone al Estado el deber de defender la fauna. Todo ello se plasma en un régimen penal severo contra la caza ilegal, que en 1998 sustituyó normas anteriores más dispersas. Además, Brasil tipifica agravantes especiales si la caza implica especies amenazadas de extinción, si se emplean métodos crueles, etc., semejante a la distinción española entre especies protegidas y no protegidas. Pero en todos los casos, la estructura básica del delito es de peligro abstracto: la conducta prohibida (perseguir, cazar sin permiso) basta para configurar la infracción penal ambiental. La tentativa inacabada de caza (ej. salir al monte a cazar, pero no lograr presa) en realidad ya constituye el delito consumado por la amplitud del tipo. Esta política penal brasileña ha sido elogiada por su rigor en la tutela de la fauna, aunque también ha generado desafíos en cuanto a la necesidad de recursos para fiscalización. No obstante, a nivel conceptual confirma la tendencia regional: *la caza furtiva es criminalizada aun sin resultado, por el riesgo que entraña para la conservación de la vida silvestre*.

De este repaso comparativo se desprende que España, Alemania y Brasil –cada uno con sus particularidades– coinciden en tratar la caza ilegal como una conducta punible per se, sin supeditar la sanción a la causación de un daño efectivo inmediato. En España, la jurisprudencia del Tribunal Supremo habla explícitamente de «poner en peligro la biodiversidad» al cazar fuera de la ley, lenguaje que refleja el concepto de peligro abstracto. En Alemania y Brasil, las leyes incluyen la persecución dentro del verbo típico, equiparándola a la caza consumada. Esto robustece la interpretación efectuada del derecho argentino: lejos de ser una anomalía, *nuestro régimen de fauna sigue la línea general del derecho penal ambiental comparado, que opta por la prevención y represión temprana de la conducta dañosa*. Asimismo, demuestra que la protección penal de la fauna silvestre es un imperativo reconocido internacionalmente (con base en tratados como CITES y convenios de biodiversidad) que se instrumenta mediante tipos penales de peligro. Por tanto, sostener que en Argentina el delito de caza furtiva se consuma con la mera acción y no requiere resultado no solo es jurídicamente correcto a la luz de nuestra ley, sino que mantiene coherencia con las tendencias y buenas prácticas en otros sistemas jurídicos.

5. Conclusiones

Del análisis efectuado se desprenden con claridad los fundamentos jurídicos por los cuales el delito de caza ilegal previsto en la ley 22.421 debe ser considerado un delito de peligro (abstracto) y no un delito de resultado. En resumen, podemos concluir lo siguiente:

El tipo penal de caza furtiva (art. 24 ley 22.421) está diseñado como un delito de mera actividad. La ley define la acción de cazar en términos que incluyen la persecución con intención de captura, por lo que la consumación se alcanza con ese comportamiento. No exige la efectiva captura o muerte de la presa; dichos eventos no son más que posibles consecuencias posteriores, pero no condicionan la existencia del delito. La falta de autorización para cazar en campo ajeno es un elemento normativo cuya concurrencia convierte esa actividad en ilícita y punible.

La naturaleza de peligro abstracto se justifica teleológicamente y normativamente. Teleológicamente, porque la protección de la fauna silvestre –bien jurídico de naturaleza colectiva y ambiental– requiere anticipación penal para evitar su lesión irreparable. Esperar al resultado dañino sería contrario al fin conservacionista de la ley. Normativamente, porque así lo indica la ley al equiparar perseguir con capturar. El delito tutela un orden de gestión ambiental más que un objeto material individual; se agravia con la puesta en peligro a ese orden (el quebrantamiento de las reglas de caza sostenible).

La doctrina penal ha respaldado esta interpretación, enfatizando que el momento consumativo coincide con la acción típica y que nos hallamos ante un ilícito formal. Se ha argumentado que esta configuración fortalece la eficacia de la norma y no vulnera el principio de lesividad, dado que existe un bien jurídico claramente lesionado: la seguridad de preservación de la fauna (aunque la fauna sea *res nullius*, el Estado se arroga su custodia en interés de todos). No se penaliza una conducta inocua o imaginaria, sino un acto concreto que la ley presume peligrosamente ofensivo para un bien colectivo importante.

La jurisprudencia argentina, ejemplificada en el fallo del Superior Tribunal de Corrientes, confirmó de modo contundente que «no es necesaria la captura del animal» para que el delito de caza furtiva se configure. Este criterio, aplicado asimismo por otros tribunales, elimina cualquier duda interpretativa a nivel práctico y sirve de guía para la actuación judicial y fiscal: ante la comprobación de actividades de caza no autorizadas, corresponde tener por consumado el delito, aunque no se hallen piezas cobradas. La punición de tales conductas contribuye además a la prevención general, desalentando la caza clandestina al transmitir el mensaje de que «tirar al aire» en coto ajeno también es delito.

El derecho comparado (España, Alemania, Brasil) avala la misma orientación, lo cual refuerza la validez de considerarla un estándar en materia de delitos contra la fauna. Países con ricas tradiciones jurídicas han consagrado tipos penales equivalentes que se consuman con la infracción de las normas de caza, sin esperar resultados. Incluso la terminología empleada –conducta que pone en peligro la biodiversidad (tribunal supremo español)– es coincidente con la esencia de un delito de peligro abstracto. Esto demuestra que la calificación propuesta no es forzada ni aislada, sino congruente con una visión global de la tutela penal del ambiente.

En conclusión, la *caza ilegal o furtiva tipificada en la ley 22.421 es un delito de peligro abstracto, de consumación anticipada con la mera acción de cazar en forma antijurídica*. Esta categoría jurídica permite una protección efectiva de la fauna silvestre, alineada con el mandato constitucional (art. 41 CN) de garantizar el derecho a un ambiente sano para las generaciones presentes y futuras. Al penalizar al cazador furtivo por sus actos preparatorios finales –sin requerir la materialización del daño–, el legislador procura salvaguardar el equilibrio ecológico y la biodiversidad, bienes de altísimo valor cuya pérdida suele ser irreversible. La postura aquí fundamentada se apoya en la letra y espíritu de la ley, en la doctrina especializada, en la interpretación jurisdiccional y en la comparación con otros sistemas jurídicos, conformando un conjunto armónico de argumentos.

De *lege lata*, pues, no cabe duda que el delito se consuma en la acción; y de *lege ferenda*, difícilmente podría concebirse un esquema distinto sin debilitar la tutela de la fauna. Por todo lo expuesto, se debe descartar cualquier concepción del art. 24 ley 22.421 como delito de resultado y afirmar su carácter de delito de peligro abstracto o de pura actividad. Este entendimiento robustece la aplicación de la norma penal y contribuye a los esfuerzos más amplios de preservación de nuestro patrimonio natural, al dotar al derecho penal de un rol verdaderamente preventivo en materia ambiental.

6. Bibliografía

- Buompadre, J. (s.f.). *Los delitos contra la fauna silvestre en la República Argentina*. Rubinzal Online.
- Cafferatta, N. A. (Dir.). (2013). *Derecho penal ambiental: Doctrina, jurisprudencia y legislación*. Rubinzal Culzoni.
- Carrara, F. (1996). *Programa de Derecho Criminal (Tomo VI, Vol. IV)*. Temis.
- Liñán Lafuente, A. (2020). *El delito de caza furtiva en tiempo de veda: Comentario a la STS 3566/2020*. Revista de Derecho Penal y Criminología UNED, 24, 1–25.
- Lorenzetti, R. L. (2008). *Derecho ambiental (Cap. X: Principio de prevención y delitos ambientales)*. La Ley.
- Pinto, M. (2013, 27 de noviembre). *Técnicas y principios aplicables a las sanciones ambientales*. Suplemento Jurisprudencia Argentina.
- Tognola, N. (2012). *Hacia una tutela uniforme, moderna, eficaz e innovadora de las áreas naturales protegidas en la Argentina*. Revista de Derecho Ambiental, 31, 45–68

Legislación

- Congreso de la Nación Argentina. (1981). *Ley 22.421 de Protección y Conservación de la Fauna Silvestre*. Boletín Oficial, 16 de marzo de 1981.
- Congreso de la Nación Argentina. (2022). *Código Penal de la Nación Argentina* (texto según Ley 27.743).
- Brasil. (1998). *Lei 9.605/98 de Crimes Ambientais*.
- España. (1995). *Código Penal* (Ley Orgánica 10/1995, con reformas posteriores).

Deutsches Strafgesetzbuch [StGB]. § 292 Jagdwilderei

Jurisprudencia

Cámara Contencioso Administrativo Federal, Sala V. (2022, 25 de agosto). *Camacho, M. c/ Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible – Resolución 151/19.*

Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia, Sala Penal. (2023, 28 de abril). *Chagra, C. s/ infracción Ley 22.421.*

Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, Sala Penal. (2025, 5 de marzo). *Arnodo, C. y Miño, H. s/ infracción Ley 22.421* (Expte. LOF 8566/2, Sentencia N.º 70).

Tribunal Supremo de España, Sala 2^a. (2020, 3 de noviembre). *Sentencia 570/2020* (Recurso 5146/2019, caza en época de veda).

La responsabilidad civil derivada de daños generados en plataformas digitales en el contexto de violencia de género

Comentario al fallo «M L.E. c/ R.B. C.R. p/ daños derivados de violencia de género p/», GEJUAS 2, Mendoza

Abog. Cristian Gustavo Awad¹; Dr. Rodrigo Alejandro Gómez Torre²

Resumen

En el presente artículo analizamos el régimen de responsabilidad civil aplicable a los sujetos que, en el entorno de las *plataformas digitales*, actúan procurando ocultar su identidad para cometer un ilícito en Internet. Profundizamos sobre los efectos del daño en el ciberespacio de quienes aprovechando el anonimato relativo que brindan las redes, actúan en detrimento de los derechos de las mujeres. Para ello tomamos como caso testigo un proceso icónico de la jurisprudencia civil mendocina «M L.E. c/ R.B. C.R. p/ daños derivados de violencia de género p/» en donde como consecuencia de un delito amenazas coactivas (art. 149 bis, segundo párrafo, del código penal argentino y en el marco de la ley 26.485 de protección integral a las mujeres) se condena al demandado a indemnizar a la víctima, procurando una reparación integral por el accionar sistemático del sujeto activo del delito que durante años vulneró los derechos de la víctima (de quien fuera cónyuge), en diversas plataformas digitales.

¹ Abogado por la Universidad Nacional de Cuyo. Litigante en el fuero civil y con ejercicio profesional independiente. Miembro de la Federación de Colegios de Abogados y Procuradores de Mendoza. Titular de un estudio jurídico con sede en la ciudad de Mendoza, desde donde desarrolla su actividad principalmente en el ámbito del derecho civil y procesal civil, interviniendo en la representación y defensa de particulares en conflictos judiciales y extrajudiciales. Correo electrónico: awadcristian@gmail.com

² Abogado por la Universidad Nacional de Cuyo (República Argentina). Personal docente investigador postdoctoral de la Universidad de Salamanca (Reino de España). Investigador visitante postdoctoral del Centro de Estudios Sociales de la Universidad de Coimbra (República Portuguesa). Investigador senior del Grupo de estudios de Derecho autoral e industrial (GEDAI) de la Universidad Federal de Paraná (República Federativa del Brasil). Doctor en Derecho privado por la Universidad de Salamanca y la Universidad Pública de Navarra (Reino de España). Miembro del «Proyecto doctoral de alta formación en Ciencia Jurídica» de la Universidad Ca' Foscari de Venecia (República Italiana). Magíster en Asesoramiento Jurídico de Empresas por la Universitat Oberta de Catalunya (Reino de España). Docente de grado y posgrado de la Universidad Nacional de Cuyo (República Argentina). Miembro de la Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho Informático (FIADI). Docente invitado y colaborador de grado y posgrado en diversas universidades iberoamericanas. Correo electrónico: rgomeztorre@usal.es

Fallo comentado

Segundo Tribunal Judicial de Gestión Asociada en Civil, Comercial y Minas (GEJUAS 2) de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, “*M. L. E. c. R. B. C. R., s/ daños derivados de violencia de género*”, 31 de marzo de 2025, 13-06938348-8 (275184). [Repositorio](#).

Sumario

1.- Introducción | 2.- La violencia de género en internet y la reparación integral de la víctima, caso testigo | 3.- El daño en internet | 4.- Conclusiones | 5.- Referencias

Palabras clave

responsabilidad civil – violencia de género – plataformas digitales – daño en internet – reparación integral de la víctima

1. Introducción

Fraile raptor se suicida (Por telégrafo). Totana, 19. El 17 de septiembre, por la noche, fugase de su convento de capuchinos el padre Fulgencio Novelda, vicepresidente y profesor de Física del Colegio que ellos dirigen, llevándose consigo a la bellísima señorita María Josefa Mussó Garrigues, de quien había tenido escandalosa descendencia tres meses antes. Al ser sorprendido a su entrada en Lorca por un tío de ésta, el mencionado religioso atentó contra su vida, quedando muerto en el acto. Ella fue devuelta al seno de su familia.

El titular «*Fraile raptor se suicida*», en portada y con texto destacado, abría las noticias del 1 de diciembre del año 1910 del periódico español «*El Liberal*» en todo el Reino de España, salvo en la versión editorial para la región de Murcia³.

Los hechos de los que informaban a la población habían sucedido en la localidad de Totana y la crónica fue transmitida a la redacción *por telégrafo*; situación común para esa época. Por tal motivo, el rotativo no contaba con la identificación de la fuente de la noticia, pero al director⁴ del periódico «*El Liberal*» le pareció un hecho suficientemente importante como para titular y destacar el hecho en su portada. Más aún, si se tiene presente que se trataba nada más ni nada menos de una noticia que implicaba una relación moralmente reprobable, en donde se implicaba a un miembro del clero y a una mujer, o más bien a una niña de 15 años, a luz de la *convención sobre los derechos del niño* adoptada por la Asamblea General de la ONU en 1989.

Esa adolescente era la hija del alcalde-presidente del Ayuntamiento de Totana⁵, Murcia. Este sujeto, al tomar conocimiento de la noticia, viajó hasta Madrid para batirse a duelo con el director del periódico, el diputado liberal Miguel Moya, invitando a participar en el acto a cuantos redactores hubieran participado en la publicación.

El principal motivo que impulsaba al padre de la mujer ofendida a actuar era la absoluta falsedad de la noticia. Las crónicas del momento se dividían entre imputarle la difusión de la noticia a una broma gastada por unos exalumnos del colegio, aunque otros documentos, con mayor rigor histórico, hacen referencia a la rencilla política entre el progenitor de la niña y el director del periódico devenidos del resultado electoral obtenido por cada uno en las elecciones de alcalde de la ciudad.

Como fuere, terminó por ser el primer antecedente en la lengua castellana que encontramos en dónde, por intermedio de su progenitor, la joven mujer decide demandar a la editorial y al director del periódico. De esta forma se obtiene el primer precedente

³ Comunidad Autónoma donde se encuentra localizada la ciudad de Totana.

⁴ Miguel Moya y de Ojanguren (Madrid, 30 de mayo de 1856- San Sebastián, 19 de agosto de 1920) fue un periodista, académico y político español de corte liberal.

⁵ Ramón Mussó Cánovas, candidato y ganador de las elecciones a la alcaldía. En esas elecciones derrotó al director del periódico «*El Liberal*», quien, al momento de celebrarse los comicios para Diputado de las Cortes del Reino de España, obtuviera un escaño; rol que desempeñaba al tiempo de realizarse la publicación. Estos datos que se destacan, se lo hacen en vistas no sólo de comprender la posible motivación de la publicación, sino porque cuando el padre de la destinataria de las injurias viajó hacia Madrid para batirse a duelo con el director del periódico se encontró con el letrado Juan de la Cierva, quien le sugirió resolver el conflicto judicialmente. Conseguir el desafuero de un diputado, para proseguir un juicio penal (el único remedio jurisdiccional previsto en la norma para ese momento), podría resultar complejo. Por este motivo el abogado diseñó como estrategia procesal, reclamar una indemnización por daños y perjuicios; hecho inédito hasta ese momento. De este modo se desarrolló el primer caso del Reino de España en dónde se cuantificó el daño moral sufrido por una persona (léase niña/adolescente) por el menoscabo de su... «*bonra, honor y fama de mujer*» ... Texto replicado de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil del Reino de España. Autos STS 142/1912 - ECLI:ES:TS: 1912:142

ratificado por el tribunal supremo del Reino de España en donde se reconoce una indemnización por los daños morales sufridos.

Llama la atención algunos pasajes de la sentencia en donde se plasman los motivos que llevaron a ese órgano jurisdiccional a fallar de esta forma. A título de ejemplo, destacamos el fundamento patriarcal que sustentaba el razonamiento cuando se afirmaba

La honra, el honor y la fama de la mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima, y su menoscabo la pérdida de mayor consideración que puede padecer en una sociedad civilizada incapacitándola para ostentar en él la de carácter de depositaria y custodia de los sagrados fines del hogar doméstico, base y piedra angular de la sociedad pública, debiendo, por tanto, ser apreciados estos daños como uno de los más graves, que obliga a tenerlos en cuenta al legislador al legislar y a los Tribunales encargados por la ley de aplicar y de realizar la justicia con el propósito de remediarlos para procurar se fije una norma reguladora, estableciendo una responsabilidad civil, armonizada con los principios jurídicos que informan nuestro Derecho común, si no se quiere fomentar en la sociedad una negligencia suicida, cuál sería el abandono de un elemento social de primer orden como la mujer al capricho de la pública maledicencia.

El tiempo pasó, los modelos de negocio de los medios de comunicación cambiaron hasta llegar al punto en donde los principales actores de la segunda década del siglo XXI, las denominadas *plataformas digitales*, cooptaron el mercado de intercambio de información. En ese mercado se decantaron por crear y potenciar un sistema en dónde, al tiempo que se simplifica la creación y circulación de información, se facilita el anonimato de los creadores de contenido.

Lo que no se ha modificado en el siglo transcurrido entre el precedente español y el que nos convoca en este artículo; es la atracción por vender información que tiene por fin explotar la utilización de la figura de la mujer y sus roles/labores teóricamente asignadas por mandato social. Ello encubierto como arma de ataque para perseguir otros fines; sean estos económicos (venta de periódicos impresos, visitas, interacciones o *clickbait*), revanchistas (derivados de una elección política o del despecho por una relación que no se sucedió bien), o simplemente por ser la forma más elemental para agredir a un tercero (otro hombre) utilizando la figura de una mujer por el apreciada como medio para dar en el «flanco más débil». Afortunadamente lo que sí ha cambiado, es el lenguaje con el que las sentencias individualizan a las víctimas de este tipo de delitos; no podemos asegurar que sea una práctica unánime en los tribunales actuales, pero sí se destaca este hecho entre aquél precedente y el caso testigo que aquí analizaremos.

2. La violencia de género en internet y la reparación integral de la víctima, caso testigo

En fecha 31 de marzo del 2025, en la provincia de Mendoza, un juzgado de primera instancia condena al demandado a indemnizar a su ex esposa por los daños que le provocara mediante amenazas coactivas probadas en un proceso penal con sentencia firme⁶ (delito previsto en el art. 149 bis, segundo párrafo, del C.P., en el marco de la ley 26.485 de protección integral a las mujeres), sumado a hostigamientos, daños, acosos, persecución, insultos, desacreditaciones como profesional, mujer y madre respecto de la

⁶ Sobre este proceso se puede consultar Gómez Torre, 2023, pp. 149-160.

actora, efectuados incluso con posterioridad a la condena penal recaída, en los términos del art. 1737, 1738 y 1739 del código civil y comercial, y el art. 35 de la ley 26.485.

En el caso testigo que analizamos⁷, una mujer que estuvo unida en vínculo matrimonial por más de 20 años con el demandado, obtiene la exclusión del hogar y prohibición de acercamiento en un juzgado del fuero de familia de la provincia de Mendoza de quién fuera su cónyuge. En forma concomitante, observa que no consigue ingresar a su correo electrónico ya que, según su parecer, alguien había ingresado y, una vez dentro del banco de datos de acceso restringido, había cambiado su contraseña de ingreso.

Este hecho no sólo imposibilitó a la titular de las cuentas hacer uso de estas (e-mail y perfil de una plataforma digital), sino que el sujeto que accedió en forma ilegítima a esa base de datos personales, lo realizó⁸ como medio para la perpetración de otros delitos.

Desde esa plataforma y correo electrónico, se generaron contenidos injuriosos y calumniosos que luego se masificaron por la dispersión en diversas plataformas digitales. El victimario, se valió de esas cuentas *hackeadas* para abrir nuevas cuentas de correo electrónico y perfiles apócrifos en diversas plataformas. En todas esas plataformas, individualizaba a la víctima (o allegados a ella) como titulares de los perfiles de las nuevas cuentas. Desde esas cuentas, la original *hackeada* y las nuevas a nombre de la víctima (o de su vínculo íntimo), creaba y replicaba mensajes destinados al entorno social, familiar y laboral (entre ellos estudiantes de colegios secundarios) de quien fuera su cónyuge y madre de sus tres hijos. Todos estos mensajes estaban redactados, y complementados con material fotográfico y/o filmico falso, en detrimento de la intimidad y honor de la víctima del hecho por su condición de mujer y madre.

Estos hechos se complementaron con la creación de un perfil en una plataforma destinada a concretar encuentros sexuales. Desde allí, tomaba contacto con diversos usuarios para encaminarlos a concretar personalmente con la víctima las experiencias sexuales por él prometidas (haciéndose pasar por la víctima, claro está). Finalmente, el victimario, con identidad suplantada, denunció estos hechos en los centros educativos donde la víctima ejercía la docencia, aduciendo que esta corrompía y/o abusaba de los menores a su cargo, hecho que derivó en la pérdida del puesto laboral.

De esta forma, en palabras de la propia víctima del delito, su día a día se terminó por convertir en un infierno, ya que en forma indistinta había días que recibía contactos inesperados de hombres desconocidos con requerimientos sexuales (algunas veces por medio de llamadas a su teléfono personal/laboral, otras se apersonaban en el domicilio en el cual convivía con sus hijos menores de edad, entre ellos la hija menor del matrimonio que estaba transitando los primeros años de su adolescencia), otros, cuando

⁷ Nos referimos al expediente caratulado «M L.E. c/ R.B. C.R. p/ daños derivados de violencia de género P/» del segundo tribunal judicial de gestión asociada de la primera circunscripción judicial de la provincia de Mendoza, República Argentina.

⁸ Delito tipificado penalmente en el artículo 157 bis del código penal argentino de la siguiente forma: será reprimido con la pena de prisión de un (1) mes a dos (2) años el que:

1. A sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales;
2. Ilegítimamente proporcionare o revelare a otra información registrada en un archivo o en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la ley.
3. Ilegítimamente insertare o hiciere insertar datos en un archivo de datos personales.

Cuando el autor sea funcionario público sufrirá, además, pena de inhabilitación especial de un (1) a cuatro (4) años.

se reunía con su entorno social (amigas, padres y hermanos) le hacían saber que les había llegado un correo/posteo/fotos/videos o invitación de «ella», por los que daba a conocer actividades reprobables moralmente. Todos estos mensajes eran acompañados de los datos personales de la víctima (entre ellos profesión, domicilio personal y labores así como teléfono de contacto) por lo que, antes de comenzar a dictar sus clases en el nivel medio (colegios secundarios en donde se desempeñaba como docente), tenía que iniciar su jornada laboral recordándoles a los estudiantes que si recibían cualquier tipo de contacto con su nombre por medio de redes, ella no era la autora de ninguno de esos mensajes, fotos o proposiciones.

Frente a estos hechos, que ocurrieron en forma más intensa entre los años 2006 y 2012 (antes de la apoteosis del uso de las *plataformas digitales*) la víctima recurrió a varias dependencias públicas y privadas procurando solución o tutela. Como en el precedente español del siglo pasado, cobra importancia el asesoramiento letrado recibido y la estrategia procesal planteada⁹.

Por el tipo de delitos de los que indubitablemente era víctima (acceso ilegítimo a una base de datos personales), se insta una querella penal en la justicia federal para poder determinar la autoría de los hechos (con cierto grado de seguridad de quién podría llegar a ser el autor de todos estos hechos). Claro está que respetando todas las garantías constitucionales del victimario¹⁰, se llevó adelante un proceso penal para comprobar la autoría de los hechos.

Las pruebas de carácter técnico introducidas al debate penal terminaron de confirmar lo que la suma de indicios ya señalaba inequívocamente. En efecto, la investigación permitió conocer las direcciones IP (acrónimo anglosajón de Protocolo de Internet)¹¹ desde las que se accedía a las cuentas hackeadas de la víctima y a las apócrifas, así como los días y horarios de esos accesos.

Entre otra información, esos documentos incorporaron al proceso que las conexiones no se realizaban desde el domicilio del victimario (ni de sus espacios de trabajo), pero si demostraron un patrón; todas ellas se realizaban desde locales (denominados *Cybercafé*s) cercanos al domicilio del reo.

Se solicitó el acceso a las cámaras del Centro Estratégico de Operaciones (CEO) de la Policía de Mendoza y a las cámaras de seguridad de los locales titulares de los números de IP desde donde se realizaban las conexiones (indicando día y hora que anteriormente informaron desde el área legal de las *plataformas digitales* cuando se los ofició para que aporten datos sobre los posteos/mensajes dañinos enviados. De la exhibición de las filmaciones aportadas a la causa, tanto la víctima como diversos testigos que se personaron en el debate penal, confirmaron la presencia del victimario en los días y

⁹ El art. 1776 del CCCN dispone «condena penal. La sentencia penal condenatoria produce efectos de cosa juzgada en el proceso civil respecto de la existencia del hecho principal que constituye el delito y de la culpa del condenado». De modo que la sentencia penal condenatoria implica llanamente la imposibilidad de volver sobre las cuestiones fácticas ponderadas al momento de tener por configurado el hecho ilícito que compromete la responsabilidad del sujeto y el reproche a su conducta.

¹⁰ Por el uso y abuso de cada uno de los remedios procesales previstos en las normas de forma, el proceso penal demandó más de 10 años para que luego del pronunciamiento de la suprema corte de justicia de la nación, adquiriera firmeza la sentencia penal en el que se lo condenaba al reo por amenazas coactivas en el marco de la ley 26.485 de protección integral a las mujeres.

¹¹ Identificador numérico único asignado a cada interfaz o dispositivo conectado a una red basada en el protocolo de internet. número que tiene por funciones fundamentales la identificación de interfaz o dispositivo en la red y el direccionamiento geográfico o lógico que permite determinar la ubicación dentro de la red y la ruta de comunicación entre dispositivos.

horarios en que los Proveedores del Servicio de Internet informaron las conexiones que coincidían con los posteos y mensajes que constituyan nuevos hechos delictivos.

Entre otros extremos que no hacen al objeto de este artículo, el hecho de que el victimario haya reconocido en su declaración indagatoria que contaba con acceso a Internet en su domicilio particular y en sus puestos laborales, contrastado con los videos aportados a la causa y el reconocimiento como cliente habitual que hicieran del victimario los dependientes de los locales denominados cibercafé, terminaron por destruir el estado de inocencia que poseía el procesado.

Por este motivo se condenó al sujeto activo del delito a 3 años de prisión en suspensio sumado a la abstención de acercamiento a menos de 200 metros de la víctima y la obligación de realizar una capacitación o curso sobre Géneros y/o contra las Violencias por Razones de Género, con una duración mínima de 50 horas cátedra, a cargo de una institución académica pública. Del mismo modo se lo conminó a llevar a cabo los actos que resultasen útiles para dar de baja las cuentas apócrifas relacionadas a la actora.

Con la sentencia penal firme, en la estrategia procesal plasmada, tocaba el turno de solicitar una indemnización pecunaria por los daños y perjuicios que la víctima toleró durante más de 15 años. Por tal motivo, se solicitó una indemnización procurando la plena e integral reparación de los daños personales, psicológicos y morales sufridos por la actora, con más los intereses legales y en caso de corresponder la desvalorización monetaria causada por el fenómeno de la inflación, costos y costas que se originen, desde que esa cifra es debida y hasta el momento del efectivo pago.

Es de destacar que tanto el tribunal penal como el juzgado civil, al momento de ventilar la causa, echaron mano a lo preceptuado en forma expresa por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) específicamente en el Capítulo III Artículo 7 inc. F - norma de jerarquía constitucional conforme al art. 75 inc. 22 C.N- y a las reglas 11, 12, 67, 68, 69, 70, 76 y los principios consecuentes de la Acordada nro. 5/2009 por la cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación adhirió a las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad y finalmente lo establecido en el artículo 16 inciso H e I de la ley 26.485 (ley de orden público) conocida como Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. Se identifican todas estas normas ya que sin la presencia de un ordenamiento robusto y de la jerarquía que estas normas ostentan, difícilmente la víctima hubiera podido llevar adelante el titánico esfuerzo realizado (compartido en menor medida por sus letrados), para llegar a procurar la obtención de justicia en su caso concreto.

Se destaca este extremo porque se acreditó en sede penal que todas las acciones del victimario tuvieron como finalidad impedir que la víctima formara una nueva pareja, aislarla de sus amistades y allegados, ocasionarle perjuicios en su ámbito laboral y forzarla a consentir la entrega de determinados bienes que estaban en litigio en el marco de su separación y posterior divorcio, todo ello acompañado de la atribución de conductas sexuales consideradas socialmente disvaliosas según los patrones machistas imperantes, señalando que, por su condición de mujer y madre, dichas conductas resultaban impropias y repercutían negativamente en la crianza de los tres hijos que tenían en común.

Por este motivo, conforme a nuestro entender, la magistrada civil de primera instancia acierta cuando afirma que la aplicación de dicha perspectiva y el ordenamiento que la

enmarca, no resulta facultativa para el juez. Toda vez que lejos de ser una «ideología», responde a un imperativo legal y convencional para el juzgador o juzgadora. Tanto en la labor de valoración de las pruebas, como también la carga de la acreditación de los hechos fundantes, y no menos importante, de un análisis particular en cuanto a su impacto en torno a la real dimensión de los daños a reparar.

El artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional dio rango constitucional a tratados como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención de Belém do Pará y estos son claros en las medidas que exigen adoptar a los Estados (a todos sus órganos, incluido el judicial) frente a este flagelo.

Destacando que, en la mayoría de las situaciones de violencia de género, los hechos ocurren en la intimidad; la ley pondera de forma especial el relato de la víctima y de quienes la rodean, evaluándolo con flexibilidad y contexto. Ahora bien, como señala Ornella Piccinelli en su obra *Proceso civil con enfoque de géneros: ajustes en clave de igualdad*

no toda violación de un derecho humano cometido en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la Convención de Belem do Pará. Es menester que la condición de especial vulnerabilidad por el hecho de ser mujer haya sido el presupuesto de esa transgresión¹².

En el caso que nos convoca, destacamos que la sentencia penal establece prejudicialidad respecto del nexo causal en el ámbito puramente material o físico, ya que declaró existente el ilícito. Pero se destaca que la sentencia de ese fuero no avanza sobre el vínculo jurídico civilmente relevante, sobre el cual deberá el juez civil realizar propia ponderación¹³.

Al ponderarse el nexo jurídico del ilícito penal, el juzgado civil de primeria instancia destacó que, frente al brutal ataque cometido contra la actora por parte del demandado, el propósito y fin último de la sentencia civil era procurar el resarcimiento de la víctima del modo más oportuno posible, evitando mayores dilaciones que las ya ocasionadas por el demandado y sus letrados en la satisfacción de sus legítimos intereses.

Para ello se valió, entre las normas y antecedentes previamente enunciados, de la Ley 27.736. Ley conocida como Ley Olimpia en dónde se incluye a la violencia digital entre las modalidades de violencia contra las mujeres de la Ley 26.485 e incorpora como objeto de la ley el respeto de la dignidad, reputación e identidad, incluso en los espacios digitales¹⁴.

¹² Para mayor profundidad, consultar el antecedente jurisprudencial de la CIDH, Perozo y otros vs. Venezuela, sent. del 28/01/2009, numeral 291/296.

¹³ Al respecto, Borda destacaba que cuando se declara la culpa del condenado no podrá ya alegarse en lo civil la falta de culpa. Lo que no obstante es que el autor del hecho ilícito a que alegue y pruebe la culpa concurrente de la víctima. Borda 2008, p. 481 y ss., cfr. Alterini, 2016, p. 430 y sgte.

¹⁴ En la mencionada norma se define como incursas en violencia digital las conductas:-que atenten contra su integridad, dignidad, identidad, reputación, libertad, y contra el acceso, permanencia y desenvolvimiento en el espacio digital;-o que impliquen la obtención, reproducción y difusión, sin consentimiento de material digital real o editado, íntimo o de desnudez, que se le atribuya a las mujeres;-o la reproducción en el espacio digital de discursos de odio misóginos y patrones estereotipados sexistas;-o situaciones de acoso, amenaza, extorsión, control o espionaje de la actividad virtual, accesos no autorizados a dispositivos electrónicos o cuentas en línea;-robo y difusión no consentida de datos personales en la medida en que no sean conductas permitidas por la ley 25.326 y/o la que en el futuro la reemplace; acciones que atenten contra la integridad sexual de las mujeres a

Con todas estas herramientas jurídicas¹⁵, en el marco de un proceso legal en que se respetaron todas y cada una de las instancias y principios en que tutelan los derechos del demandado, se lo condenó a responder por los daños ocasionados a la actora en el marco de los aberrantes hechos de violencia de género que resultaron acreditados y peticionados por la actora.

Por tal motivo, el demandado fue condenado a responder por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados.¹⁶ Pero dadas las circunstancias del caso (hecho que se repite en la totalidad de las ofensas en la red de este tipo), es importante diferenciar el daño psicológico del rubro daño extrapatrimonial o daño moral.

Como bien se ponderó en la sentencia civil de primera instancia, el daño moral es el dolor o sufrimiento que pertenece a la esfera de la subjetividad. El *daño psicológico*, en cambio, se configura mediante una perturbación profunda del equilibrio emocional de la víctima, que guarda adecuado nexo causal con el hecho dañoso, y que entraña una significativa descompensación que altera su integración en el medio social¹⁷.

Sin embargo, no debe perderse de vista que estas alteraciones o secuelas psicológicas del sujeto damnificado son indemnizables cuando provocan incapacidad sobreviniente. Caso contrario, su resarcimiento debe ser valorado dentro del ámbito del daño moral, como un elemento más de ponderación del agravio sufrido¹⁸.

En el caso particular, se probó el profundo menoscabo psíquico sufrido por la actora con las respectivas incapacidades sobrevinientes. Por estas secuelas constatadas¹⁹, el demandado debió reparar la denominada *incapacidad vital* de la víctima²⁰.

través de las tecnologías de la información y la comunicación; o cualquier ciberataque que pueda surgir a futuro y que afecte los derechos protegidos en la ésta norma.

¹⁵ Destacando el art. 19 CN, el art. 35 ley 26.485 y la convención belén do para, CEDAW.

¹⁶ Compartimos la opinión por la que se afirma que en el derecho argentino sólo se establecen dos grandes categorías de daño: daño patrimonial y daño extrapatrimonial o moral. El primero está regulado por los arts. 1738, 1745, 1746 y concs.; el segundo en los arts. 1741 y concs. Cód. Civ. Y Com.

¹⁷ Para profundizar, consultar el precedente de la Cámara Civil y Comercial de San Rafael, L.S.C. N° 44, fs. 282/294, 31/07/2008. En precedentes jurisprudenciales se lo ha catalogado al *daño psicológico* como una alteración emocional que produce una lesión psíquica como patología detectable por la ciencia médica y psicológica, que causa en la víctima de un accidente de tránsito una incapacidad respecto a su actividad vital (Cam. Nac. Civ., Sala A, febrero de 2006)

¹⁸ Como precedentes jurisprudenciales de este razonamiento se pueden citar entre muchos otros los procesos de la Cnac. Civil Sala G, 9/02/99, Ed Nro. 48.981; C.Civil Mercedes, 15/06/2006, Expediente 109976.

¹⁹ Disminuciones físicas y psíquicas que permanecieron en la víctima luego de completado el período de recuperación, produciéndole un quebranto patrimonial indirecto, derivado de las limitaciones que presentó al reanudar sus actividades habituales resultando patente la imposibilidad total o parcial de asumirlas y cumplirlas adecuadamente, entrañando una minusvalía en la capacidad vital en comparación con su aptitud plena para el trabajo y demás proyecciones individuales y sociales, lo cual se establecieron en términos de porcentuales que traducen, aproximadamente, los grados de incapacidad comprobados a través de una pericia médica. Concretamente se determinó que la víctima poseía una incapacidad de grado crónico severo, cuyo porcentaje correspondía a un 35%, en función del Baremo de los Doctores, Castex y Silva.

²⁰ Criterio orientado a la reparación integral por el cual el objetivo de una indemnización por daños es el siguiente: cuando un sujeto haya padecido un menoscabo injusto, en su patrimonio o en su persona, debe recibir una indemnización con características tales que permita que el estado de cosas actuales sea razonablemente coincidente con el estado en el que se encontraba antes de sufrir el daño. El fin es restablecer el equilibrio perturbado por el suceso dañoso, sus efectos nocivos, de la manera más completa posible, ubicando a la víctima en la situación que se encontraba antes del hecho, y por ende desmantelando sus efectos perjudiciales. Sappia, 2017, p. 99 y sig.

a. Cuantificación del daño

Ahora bien, tanto en el siglo pasado como en el actual, el núcleo del proceso por daños y perjuicios se centra en la cuantificación del daño. En el caso analizado por los daños devenidos de la actuación del condenado (civil y penalmente) en *plataformas digitales*, el criterio rector de la reparación integral constitucionalmente consagrado en el artículo 19 de la Carta Magna, impone ponderar los rubros indemnizatorios consistentes en obligaciones de valor conforme a lo normado en el artículo 772 del Código Civil y Comercial de la Nación, en la fecha más cercana a la sentencia.

En este caso la magistrada civil de primera instancia adoptó una cuantificación específica de la incapacidad vital por medio del uso de la fórmula de valor presente con ingresos futuros receptada en artículo 1746 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Frente a la situación laboral de la víctima al momento de obtener sentencia en el proceso civil, jubilada, se determinó como base el salario mínimo vital y móvil a la fecha de la sentencia como criterio aceptable para la cuantificación de la incapacidad vital padecida.

Así, la cuantificación del daño por la incapacidad vital padecida se obtuvo de la edad de la actora al momento del primero de los hechos delictivos perpetrados por el demandado (45 años) y el porcentaje de incapacidad establecido por la perito (35%), el salario mínimo vital y móvil a la fecha de pronunciarse la sentencia (\$ 296.832). Con estos insumos se procedió a calcular el monto total del rubro conforme a la denominada fórmula Méndez²¹.

Al momento de calcular el daño moral²² -daño extrapatrimonial refrescando la diferenciación que realizamos previamente- debemos recordar que en lo que atañe a su acreditación, se juzga probado por el solo hecho de la acción antijurídica y la titularidad del derecho de la accionante²³. Por lo que se trata de valorar el padecimiento que experimenta una persona por el accidente y también las consecuencias posteriores en cuanto impliquen un desmedro de su personalidad, o de la vida de relación²⁴.

En el análisis del caso, la magistrada de primera instancia correctamente ponderó para tallar en la cuantificación del menoscabo sufrido por la víctima además la incidencia de los medios digitales o tecnológicos²⁵ que utilizó el demandado para proferir su coacción en el contexto de violencia de género. Valorando la totalidad de estos aspectos y

²¹ El cálculo mencionado arrojó el monto total de \$ 31.139.161,47; monto que se redondeó por parte de la magistrada en la procedencia del rubro por la suma de \$ 31.200.000 con más los intereses respectivos.

²² Se tiene dicho que el daño moral es una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. Una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquél al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial. Pizarro, Ramón D., Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 31.

²³ CNac. Civ. , Sala F, 9/10/1995 «Ortelli, Luis A. c. FF AA, s. Daños y Perjuicios»

²⁴ La Tercera Cámara Civil, de la Primera Circunscripción judicial de la Provincia de Mendoza en los autos N° 33568, Piñeiro Marcelo Andrés c/ Geoia Julio y Ots. p/ D. y P. de fecha 18/05/2012 disponía que a través del «daño moral» se tiende a reparar los padecimientos espirituales que no se refieren a la incapacidad de la víctima, sino a los sufrimientos soportados durante el accidente, el periodo de recuperación y los derivados de sus secuelas, como asimismo la alteración disvaliosa del estado de ánimo, la angustia y la tristeza.

²⁵ Sobre este tema nos extenderemos en el siguiente acápite, en la doctrina comparada, al analizarse el daño moral devenido del uso de las tecnologías de información y comunicación, existen autores que afirman que se ha producido un cambio de paradigma para entrar al análisis y valoración por violación de los derechos de la personalidad en redes sociales directas e indirectas. Cantoral Domínguez, 2020, pp. 163-182.

recurriendo al criterio de satisfacciones sustitutivas establecido por el artículo 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación, se cuantificó el rubro en una suma equivalente al momento de la sentencia, al valor de un vehículo de mediana categoría Okm²⁶.

Finalmente, el demandado también debió responder por los gastos en los que la víctima debió incurrir como consecuencia de los daños sufridos²⁷.

Para cerrar el acápite del caso testigo que analizamos en el artículo, quisieramos

hacer especial hincapié en el compromiso de la magistrada de primera instancia al respecto de las normas constitucionales y supranacionales tendientes a combatir el flagelo de la violencia de género. La magistrada civil de primera instancia, muy por el contrario a la técnica discursiva del precedente español analizado, culmina su sentencia citando a la gran jurista argentina Graciela Medina cuando afirmaba

No basta con sancionar penalmente, ni con impedir civilmente la continuidad de la violencia, sino que es imprescindible que tanto los dañadores como quienes contribuyen con su conducta a agravar el daño o a prolongarlo en el tiempo deben responder por los perjuicios sufridos por las víctimas de violencia sexual o doméstica de una manera integral y eficaz

y recayendo en una sentencia justa, al tiempo que deja de lado discursos estereotipados sobre «el carácter de depositaria y custodia de los sagrados fines del hogar doméstico, base y piedra angular de la sociedad pública» sanciona a los letrados que asistieron en el proceso civil al demandado, por la actitud procesal dilatoria, así como la incorporación de frases a lo largo del pleito que revictimizaban a la actora²⁸.

3. El daño en internet

Teniendo presente que en la sociedad -y en el mercado- se tiende a cosificar la figura de la mujer, las nuevas tecnologías con sus modelos de negocio han explotado esa variante facilitando el obrar de los victimarios. Se afirma esto debido a la cantidad ingente de material de ese tipo de connotación que circula en internet, al tiempo que se hace más difícil la identificación del autor de esos contenidos. Todo eso mientras que el sujeto activo del delito percibe más distante la sensación de estar perpetrando un ilícito.

²⁶ Parámetro de satisfacción expresamente solicitado por la actora que terminó procediendo por la suma de \$ 46.000.000 a la fecha la sentencia con más los intereses respectivos.

²⁷ En el proceso quedó plenamente acreditado la necesidad de tratamiento psicológico y psiquiátrico de la accionante. Sesiones que la magistrada, haciendo uso de las facultades otorgadas por el artículo 90 inciso 7 del Código Procesal Civil y Tributario, estimó que se precisaron por un año y seis meses. Tomando que la perito psicóloga señaló que que el valor promedio de cada sesión psicológica particular es de \$12.000, llegó a la suma de \$ 864.000. En cuanto al tratamiento psiquiátrico, se estableció el valor de la consulta en la suma de \$ 19.700 arribando al monto de \$1.418.400, por igual período de tiempo. Por tal motivo precedió el rubro de gastos en servicios psicológicos y psiquiátricos por la suma de \$ 2.282.000 y los gastos por servicios jurídicos y conexos a los mismos por la suma de 306.988,75. Montos a los que deberá aplicarse el interés fijado en la sentencia desde la fecha de cada una de las erogaciones realizadas.

²⁸ Se sentenció a los letrados a tomar educación y formación en materia de género, puesto que ello les posibilitará incorporar herramientas que les serán de utilidad para el desarrollo de la vida en sociedad, y no repetir este tipo de conductas en futuras situaciones. Ponderando en forma expresa además que tal visión de género, no es un mero paroxismo o ideología, sino una cuestión de derechos humanos requerida en todos los operadores del derecho, abarcando no sólo a funcionarios judiciales y magistrados, sino también a quienes ejercen la abogacía en nuestros Tribunales. Respaldando su decisión en antecedentes la jurisprudencia nacional (cámara apelaciones en lo civil, comercial, familia y minería general roca Sentencia 215 - 15/10/2024 - definitiva Expediente RO-08372-C-0000 - E.L.E. c/ Hernández Carlos Rubén S/ daños y perjuicios (ordinario).

El caso testigo analizado tiene especial trascendencia no sólo desde la lucha contra la violencia de género, sino también desde la dogmática jurídica, ya que se debió interpretar diversas realidades para luego armonizarlas con institutos jurídicos -alguno de orden público- que informan al derecho positivo argentino tanto en el fondo -normas sustanciales- como en la forma -normas procesales-.

Uno de los elementos centrales que estuvo presente en los diversos procesos judiciales -administrativos, laborales, civiles y penales, con sus incidentes y apelaciones- que tuvo que enfrentar la víctima, fue la incidencia del tiempo transcurrido entre todos y cada uno de los hechos que vino tolerando, hasta el efectivo pronunciamiento del organismo pertinente en el proceso concreto.

Nos referimos a este extremo, no sólo por la percepción de la víctima de violencia de género que siente que la justicia cada vez se le hace más lenta, costosa -económica y emocionalmente- e inalcanzable²⁹; sino porque la asistencia letrada del victimario utilizó este elemento -el del paso del tiempo- no sólo como técnica de desgaste y revictimización de la mujer, sino también para intentar explotar las soluciones jurídicas que plantea el instituto de la prescripción, precepto jurídico fundamental que informa al derecho y que tiene vínculo inescindible con el transcurso del tiempo.

Ahora bien, el tiempo transcurre en un espacio o lugar determinado siendo este binomio fundamental al momento de analizar y aplicar una resolución judicial a un caso concreto. Sin embargo, en este tipo de hechos realizados en *internet o redes sociales* al analizar el tiempo y espacio debemos tener presente algunas apreciaciones. Más aún cuando estos elementos son basales para la aplicación de la prescripción.

En primer lugar, advertimos -para dejar por sentado un hecho sumamente simple y evidente- que *el ciberespacio o el mundo digital es real en el sentido de que existe*. Destacamos esto en contraposición a aquellas afirmaciones -probablemente devenidas de un razonamiento analógico y no digital- que sostienen la existencia de un mundo real y uno virtual o digital. Contraponiendo lo real a lo virtual/digital como si fueran dos especies diferentes, cuando la realidad abarca tanto lo ocurrido en el mundo analógico, material o físico como lo que acontece en el ámbito digital -que cada día mayor trascendencia en los espacios personales de cada integrante de la sociedad-.

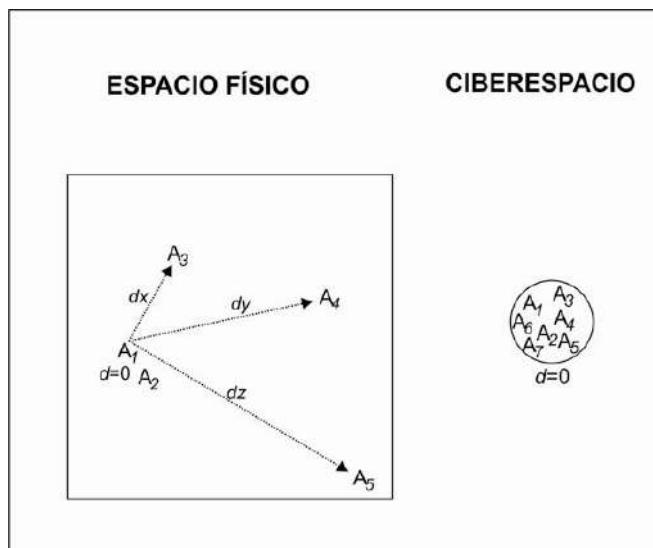
Entendemos que esa equivocada diferenciación entre lo real y lo virtual, deviene de una mala interpretación de una *especie nueva* de espacio y tiempo. Especie que es invisible a nuestros directos sentidos y en el que las coordenadas espacio-tiempo adquieren otro significado y ven redefinidos sus alcances y límites.

Destaca Fernando Miró Llinares (2011, p. 07:6), que *el ciberespacio supone la contracción total del espacio (de las distancias) y, a la vez, la dilatación de las posibilidades de encuentro y comunicación entre personas*. Por lo que *Internet ha contraído el mundo acercando a un mismo lugar interactivo a personas que pueden estar en coordenadas espaciales separadas por miles de kilómetros*. Mientras el espacio se contrae, la intercomunicación se expande. Por lo que para aquellos hechos que son desarrollados en la realidad material o física se precisa que dos personas ocupen prácticamente el mismo espacio al mismo tiempo -imagínese el lector dos sujetos intentando comunicarse en el espacio físico o dos sujetos que participan en un ilícito,

²⁹ Más aún si tiene al alcance de su mano la posibilidad de *tomar justicia por mano propia* y utilizar los medios digitales que las diversas plataformas le brindan, para entrar en la misma lógica del victimario; léase, injuriar o calumniar a una persona desde una o varias cuentas (reales o falsas) para llevar adelante lo que ha venido a denominarse *escraches en las redes* y así, delito mediante, sentir algún tipo de alivio en su día a día.

siendo uno el sujeto activo y el otro pasivo-, en la realidad digital esos elementos son indistintos; ya que el hecho -la comunicación o incluso el delito- se puede concretar en el mismo tiempo o en tiempos separados, y en el mismo (ciber)espacio, aunque resultando indiferente los distintos espacios geográficos -o la distancia física que exista entre ambos-.

Gráfico 1. Espacio físico y Ciberespacio



Fuente. Miró Llinares, F. (2011). *La oportunidad criminal en el ciberespacio: aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen*.

Ya a comienzo de siglo, Heehin Lee y Jonathan Liebeneu (2000: 47) observaban que si *Internet ha supuesto la creación de un nuevo espacio, también puede afirmarse que en él cambia el tiempo, su percepción social, así como la forma en la que el mismo tiempo se organiza*. Es por esto por lo que es fundamental tener presente estos extremos para meritarse la magnitud e importancia del daño, al momento de la cuantificación, cuando los hechos fueron materializados por medio de las nuevas tecnologías. Ello es así, tanto por la inmediatez del daño como por permanencia de este en el (ciber)espacio, ya que la víctima la percibe en todos los espacios físicos, mientras que la fijación del daño perdura en el tiempo.

Como destacaba Miró Llinares, la contracción del espacio deriva en el aumento de la importancia del tiempo, mientras que en el mismo momento se comprime el tiempo necesario para la efectivización del hecho comunicativo constitutivo, en el caso testigo analizado, de un ilícito. Así, el tiempo que se necesita para la comunicación entre dos personas separadas por un espacio físico, en el ámbito digital se contrae -por la carencia de esa distancia- y la intercomunicación resulta inmediata.

Por lo tanto, aquello que en el espacio físico tradicional -aquel que los neófitos de la tecnología denominan mundo real- demanda mucho tiempo, puede ser materializado en forma inmediata en el ciberespacio -mundo virtual o digital para el colectivo mencionado-. De este modo, es que la víctima experimenta una *aceleración subjetiva de la vivencia del tiempo*, debido a que en el ámbito de Internet los hechos suceden mucho más rápido.

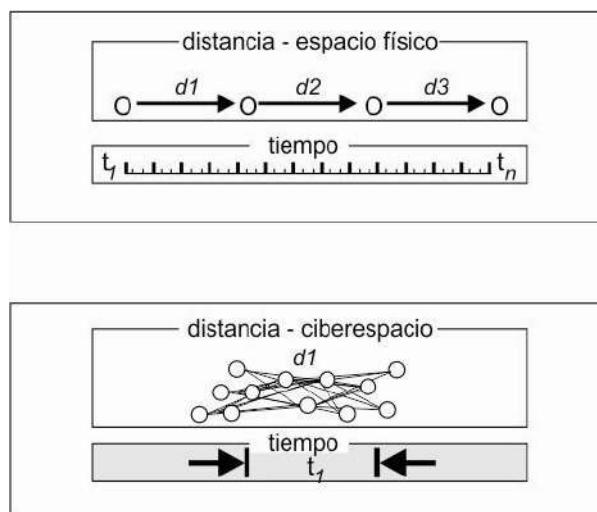
Ante esta contracción temporal, nos encontramos que en el espacio geográfico ese hecho repercute en forma expansiva en las relaciones sociales de la víctima, del victimario y de terceros ajenos a esa relación. Antonhy Giddens, en su monografía titulada *The Consequences of Modernity*, obra que data de los años 1990, tomando parcialmente insumos

intelectuales de Torsten Hägerstrand, desarrolla una teoría de espacio-tiempo en la sociedad contemporánea.

La importancia del espacio-tiempo constituye una de las principales propiedades estructurales de los sistemas sociales. Esto se debe a que las formas de conducta sociales se reproducen inveteradamente en un tiempo y en un espacio determinado; he aquí la importancia de estos hechos delictivos que afloraron en la actualidad ya que «se estiran» por amplios segmentos del espacio-tiempo físico. Así, las limitaciones de una agresión individual proferida en el *ciberespacio* trasciende a la agresión individual proferida en el espacio físico; justamente por la elasticidad que poseen las relaciones sociales en el espacio y tiempo luego de la masividad del acceso y uso de las nuevas tecnologías en la sociedad actual; en donde no se precisa recorrer una distancia para concretar la comunicación o la ejecución de un ilícito, y que esto repercute directamente en la disminución del tiempo y así como en el aumento de las posibilidades de contacto con múltiples personas.

Entendemos que el siguiente cuadro es ejemplificador de lo expresado en los párrafos precedentes y de las diferentes vivencias que experimenta una víctima al sufrir coacciones en el espacio físico o en el espacio digital.

Gráfico 2. Comparación de coacciones en el ciberespacio y en el espacio físico



Fuente. Miró Llinares, F. (2011). *La oportunidad criminal en el ciberespacio: aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen*.

En el caso testigo, por las dificultades fácticas y técnicas para comprobar la autoría del ilícito -devenidas en gran medida de la facilidad para anonimizarse que brindan las diferentes plataformas para actuar en ellas y desde allí generar contenido para volcar en Internet- los tiempos procesales se alargaron; siendo este uno de los elementos que, tanto en el proceso civil como en el penal, el equipo jurídico del demandado procuró utilizar en favor del reo.

Ahora bien, si se analiza el factor tiempo con las premisas que previamente enunciábamos, corroboramos que la realidad digital puede convertir en perenne lo que en el espacio físico es instantáneo y caduco. Los diversos posteos que en su conjunto configuraron las coacciones, quedaron fijados durante un tiempo indeterminado. Por ello, continuaron desplegando en forma constante los efectos en la víctima que el victimario perseguía, aunque su ejecución solo haya durado diversos lapsos que el

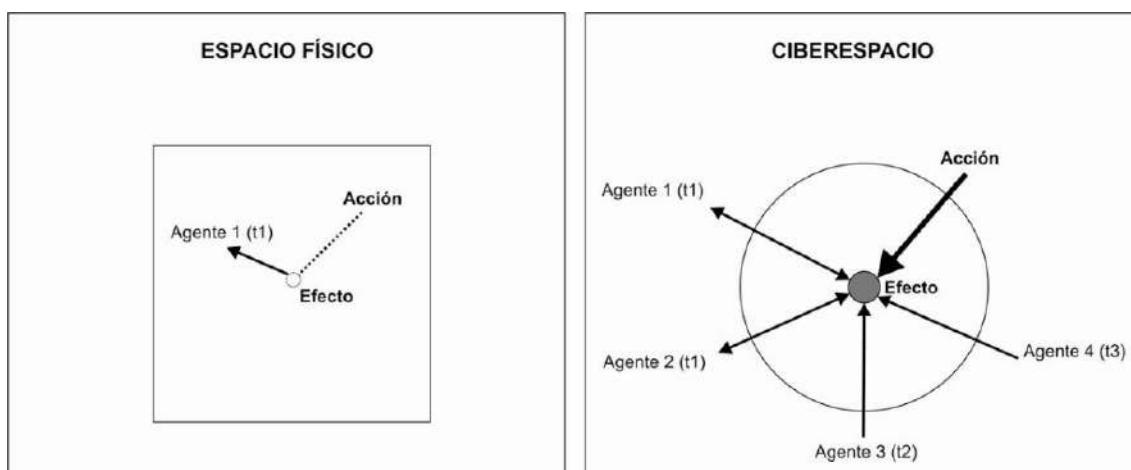
victimario destinaba semanalmente desde los locutorios o locales denominados cibercafés circundantes a su domicilio.

Esta situación tiene fundamental importancia a los fines del instituto de la prescripción, ya que el juzgador debe tener presente que mientras que en el ámbito físico las acciones producen efectos en un determinado momento, en el ciberespacio el efecto puede quedar fijado durante un tiempo indeterminado y afectar constantemente el bien jurídico que se pretende tutelar. Así, nuestra víctima, cuando ya habían transcurrido años de los primeros posteos, al momento de intentar rearmar su vida afectiva/sentimental/social, debía abordar en las primeras conversaciones más serias o profundas, el ineludible tópico de lo que se encontraba en diversas plataformas del ciberespacio para poder aclarar que no era ella la creadora de ese contenido, ni nada de lo allí plasmado reflejaba su individualidad dentro de la sociedad en la que pretendía desarrollar su vida luego de haber disuelto el vínculo matrimonial.

Así, el sujeto activo del delito consigue atentar contra el bien jurídico del sujeto pasivo del ilícito, no solo en el preciso momento en que se realiza el hecho, sino también en un momento posterior. Y esto se materializa no sólo con un colectivo determinado - pensemos en la posibilidad de incidir en vecinos, familiares o amigos en común situación que se acostumbra a dar en el ámbito físico- sino también en un colectivo indeterminado geográfica y temporalmente.

Complementando estas observaciones con el andamiaje legal destinado a dar protección integral, prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, como ocurrió en el caso en marras, obtendremos una herramienta jurídica acorde para interpretar la aplicación de los institutos tradicionales, como el de la prescripción, en un caso de ciberdelincuencia.

Gráfico 3. Efectos en el Espacio físico y en el Ciberespacio



Fuente. Miró Llinares, F. (2011). *La oportunidad criminal en el ciberespacio: aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen*.

Por esto, podemos concluir que en este tipo de delitos nos encontramos frente a la comisión de un delito de carácter continuado, más que frente a un ilícito de comisión instantánea, de efectos permanentes. Ello es así, no solo por la reiteración de la conducta desplegada por el sujeto activo en más de una ocasión -elemento objetivo-, sino también por la intención y voluntad del agente que la comete -elemento subjetivo- que están

dirigidas a la continuidad del ilícito. Finalidad que se constata por el medio empleado para la difusión permanente y la dificultad consecuente de que los efectos del delito cometido cesen en el tiempo.

Por ello, cuando se consigue comprobar que el ilícito no se agota en reiteradas violaciones a la intimidad o bases de datos personales, sino que dichos actos son el medio comisivo para perpetrar una situación de violencia de género, humillando y hostigando a la víctima, al exponerla y relacionarla con hechos que la configuran como generadora de contenido pornográfico, actos de prostitución o corrupción y abuso de menores; se puede comprender que fin del autor procura el menoscabo de la integridad psicológica y la alteración del desarrollo normal de la vida de la víctima, procurando con estos hechos tomar control sobre la propia vida de la víctima por el mayor tiempo posible y en la mayor cantidad de espacios geográficos posibles condicionándola en su vida personal, familiar, laboral y socioafectiva consecuentemente obligándola a hacer o tolerar algo contra su voluntad, lo que configura ese tipo de obrar en el delito de coacciones tipificado en el artículo 149 del Código Penal Argentino.

4. Conclusiones

Nuestra especie, la única dentro del reino animal que cuenta con la capacidad de comunicarse por medio de palabras, gramática y sintaxis para expresar ideas abstractas, avanzó aún más en la posibilidad de comunicarse cuando inventó un nuevo lenguaje, el binario.

Éste puede transmitir globalmente no solo palabras escritas, sino también todo tipo de datos o información; ya sea imágenes, audios, videos, documentos públicos, documentos privados e información personal de cada usuario de sistema que generalmente este no conoce y que comúnmente se los denominan *metadatos*.

Es así como la tecnología se incorpora a la vida diaria de las personas, y como el dios Jano muestra su cara alegre cuando por una erogación económica accesible por parte del usuario -o gratis como algunas personas o autores identifican la prestación de ciertos servicios digitales-, se consigue hablar inmediatamente con los seres queridos, se cierran contratos ahorrando tiempo e intermediarios y hasta se resuelve una emergencia mediante la utilización de estas tecnologías. Por otro lado, la cara triste del dios se ve cuando los avances tecnológicos son utilizados para perjudicar derechos de terceros aprovechando la falta de regulación normativa y el desconocimiento técnico/jurídico de la gran mayoría de quienes utilizan a diario estas herramientas.

Estos hechos jurídicos acarrean responsabilidades penales y civiles. Desde hace más de un siglo, como pudimos observar en los casos analizados, la aparición de nuevas formas de atentar contra bienes jurídicos básicos de las mujeres que viven en la sociedad occidental ha precisado de sapiencia y valor por parte de los diversos operadores jurídicos que tratan de encauzar estos hechos socialmente disvaliosos. En el ámbito civil, bajo la *responsabilidad por daños causados por bienes, servicios y productos digitales*, se replican -algunas veces en forma acertada, otras no tanto- ciertos principios y lógicas que fueron pensadas y creadas para el espacio físico.

En el precedente español, que data de 1912, se hizo civilmente responsable a un medio de comunicación por primera vez, mandando a indemnizar a la víctima por los daños morales ocasionados devenidos de la publicación injuriosa.

Quitando las perspectivas machistas volcadas en la sentencia del Tribunal Supremo de España, podemos apreciar que no sólo confirmó la sentencia del Tribunal de primera instancia y de la Audiencia de Madrid, sino que echando mano a las normas previstas en el medioevo por el rey Alfonso X -en particular la ley 21, título 9.^º, de la Partida 7.a perteneciente a Las Siete Partidas, del cuerpo legal redactado durante el reinado de Alfonso X el Sabio quien fuera rey de Castilla y León entre 1252 y 1284- elevó la condena pecuniaria fijada en las los tribunales de primer instancia hasta alcanzar las 150.000 pesetas de la época, una fortuna que debían satisfacer, de forma solidaria, el editor y el director del periódico «El Liberal».

El monto cuantificado, generó que el periódico publicara en uno de sus matutinos una tabla con las indemnizaciones fijadas en otros delitos para ilustrar la supuesta arbitrariedad del Supremo. Así, aducía en sus portadas, por la violación de una joven, un tribunal impuso 250 pesetas; 500 pesetas por corrupción de menores; 350 pesetas de indemnización por la muerte de un obrero para rematar que en el caso de su condena por «el yerro involuntario» de publicar «una noticia equivocada», se le imponía la absurda cantidad 150.000 pesetas.

Similar estrategia procesal ha tomado la defensa técnica del victimario en el presente caso. Al momento de redactar las presentes líneas, la causa civil se encuentra en la Cuarta Cámara de apelaciones en lo Civil de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza, procurando revertir la condena pecuniaria. Pero no sólo procura revertir la sentencia de grado por contrario imperio sino, disminuir la cuantificación del daño por considerarlo excesivo en comparación con otro tipo de indemnizaciones fijadas en los tribunales provinciales.

Quedará en manos de los tribunales de alzada confirmar la sentencia de primera instancia en todos sus extremos. Ello resulta más que razonable y, por ende, justo, ya que el mero hecho de la existencia del acto jurídico dañoso provocó un perjuicio que no debe recaer únicamente sobre la víctima.

En la jurisdicción española de hace más de un siglo, los tribunales de alzada aumentaron frente a cada remedio recursivo presentado por la defensa del demandado, el monto de la *indemnización pecuniaria* [fijada, ya que aducían] *nunca es bastante como resarcimiento absoluto de ofensas tan graves, al fin es la que se aproxima más a la estimación de los daños morales directamente causados a la joven Mussó y que llevan consigo, como consecutarios naturales y lógicos, otros daños, esto es, los materiales y los sociales*.

En la jurisdicción actual de la provincia de Mendoza, los principios procesales impiden que se aumente el monto fijado en primera instancia si el actor no apeló y planteó ese agravio. Estimamos que frente a un fallo ejemplar que en el juzgado de primera instancia supo tutelar los derechos en juego dentro de la sociedad contemporánea las instancias posteriores, que el demandado seguramente agotará, se debe mantener incólume lo resuelto en la instancia inferior, evitando cualquier retroceso en la reparación integral del daño sufrido por la mujer víctima de violencia de género.

5. Referencias

- Alterini, J. (2016). *Código Civil y Comercial comentado*. La Ley.
- Borda, G. (2008). *Tratado de derecho civil: Obligaciones* (5.^a ed., act. por A. Borda). La Ley.

- Cantoral Domínguez, K. (2020). Daño moral en redes sociales: Su tratamiento procesal en el derecho comparado. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Nueva Época*, 14(46), 163–182. E-ISSN 1870-2147.
- Giddens, A. (1990). *The consequences of modernity*. Polity Press / Basil Blackwell.
- Gómez Torre, R. (2023). Comentario de jurisprudencia: «Plataformas digitales como medios para la concreción de violencia digital en contexto de género». *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de Derecho Informático (segunda época)*, 13, 149–160.
- Lee, H., & Liebenau, J. (2000). Time and the Internet at the turn of the millennium. *TS*, 9(1), 43–56.
- Miró Llinares, F. (2011). La oportunidad criminal en el ciberespacio: Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen. *RECPyC*, 13-07, 1–55.
- Sappia, C. (2017). Incapacidad vital. En M. Juárez Ferrer (Dir.), *Cuantificación del daño. Parte general*. La Ley.

Jurisprudencia

- Cámara Civil de Mercedes. (15 de junio de 2006). *Expediente 109976*.
- Cámara Civil Tercera de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza. (18 de mayo de 2012). *Piñeiro Marcelo Andrés c. Geoia Julio y otros, s/ daños y perjuicios* (Autos N.º 33.568).
- Cámara Civil y Comercial de San Rafael. (31 de julio de 2008). *L.S.C. N.º 44, fs. 282/294*.
- Cámara Nacional Civil, Sala F. (9 de octubre de 1995). *Ortelli, Luis A. c. FF.AA., s/ daños y perjuicios*.
- Cámara Nacional Civil, Sala G. (9 de febrero de 1999). *Ed. N.º 48.981*.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia y Minería de General Roca. (15 de octubre de 2024). *E. L. E. c. Hernández Carlos Rubén, s/ daños y perjuicios (ordinario)* (Sentencia 215; Expte. RO-08372-C-0000).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009, 28 de enero). *Perozo y otros vs. Venezuela*, núms. 291–296.
- Segundo Tribunal Judicial de Gestión Asociada de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza. *M. L. E. c. R. B. C. R., s/ daños derivados de violencia de género*.
- Tribunal Supremo del Reino de España, Sala de lo Civil. (1912). *STS 142/1912* (ECLI:ES:TS:1912:142).

Autonomía sexual y consentimiento

Análisis del *stealthing* y su tratamiento en el derecho penal argentino

Por Gisela Paola Villalba¹

A través de un análisis de la jurisprudencia reciente, se estudian los desafíos probatorios y la influencia de la perspectiva de género en la determinación de la ausencia de consentimiento. Se discute además el fenómeno del *stealthing* y sus implicancias jurídicas en la autonomía sexual, resaltando la necesidad de un abordaje normativo específico.

delitos contra la integridad sexual – *stealthing* – consentimiento – Convención de Belém do Pará – libertad sexual

* * * * *

a. Introducción

El presente artículo analiza el consentimiento en los delitos contra la integridad sexual, con especial énfasis en sus vicios y en la valoración judicial de estos delitos en Argentina. A partir de un enfoque normativo y jurisprudencial, se estudia cómo la perspectiva de género ha influido en la manera en que se entiende el consentimiento en estos delitos, así como los desafíos que presenta su probanza en los procesos judiciales.

Uno de los principales problemas en la valoración del consentimiento radica en que su conceptualización es dinámica: el consentimiento no es un acto estático ni permanente, sino un proceso continuo que puede ser revocado en cualquier momento. Sin embargo, en el ámbito jurídico, su

interpretación ha variado, generando lagunas en la protección de las víctimas.

El artículo también aborda cómo ciertas prácticas, como el *stealthing*, ponen en evidencia la necesidad de repensar la configuración legal del consentimiento en los delitos sexuales. Se analizará un fallo reciente de la Sala 7 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, que abordó esta problemática desde un enfoque novedoso, incorporando estándares internacionales en materia de derechos humanos y perspectiva de género.

b. Desarrollo

i. El concepto jurídico del consentimiento

El consentimiento en los delitos contra la integridad sexual es un elemento central del análisis jurídico y ha sido objeto de

¹ Abogada especializada en derecho penal y procesal penal (UBA; UMSA). Actualmente se desempeña en el Poder Judicial de la Nación. Doctoranda en Ciencias jurídicas e investigadora en formación en la Universidad del Museo Social Argentino (UMSA), donde desarrolla investigaciones en género, derecho penal y derechos humanos. Correo electrónico: giselavillalba@gmail.com

debate en la evolución del derecho penal. En el contexto argentino, el consentimiento es clave para determinar la existencia de un delito sexual, tal como lo define el artículo 119 del código penal. Este artículo tipifica el abuso sexual y establece sanciones para quienes, mediante el uso de violencia, amenazas, abuso de poder o situaciones en las que la víctima no puede consentir libremente, llevan a cabo actos de naturaleza sexual.

El consentimiento cumple una función central al momento de distinguir entre un acto violento y una relación sexual acordada. Dado que se trata de la validación de una conducta que involucra directamente a quien la experimenta, únicamente puede otorgarlo la persona titular del bien jurídico tutelado². Sin embargo, este concepto no siempre se entiende de manera uniforme. Según la real academia española (rae), el consentimiento es la manifestación expresa o tácita de la voluntad de una persona para vincularse jurídicamente. Esta definición básica ha sido ampliada y reinterpretada en el derecho penal para abordar las particularidades de los delitos sexuales.

En el marco de los delitos contra la integridad sexual, el consentimiento se encuentra vinculado al derecho a la libertad sexual, es decir, el derecho de toda persona a decidir libremente sobre su cuerpo y su vida sexual. Esto incluye la posibilidad de retractarse en cualquier momento, y que dicho consentimiento no esté viciado por violencia, coerción o intimidación³. Sin embargo, como veremos, la ausencia de consentimiento puede presentarse de manera sutil, lo que complica su probanza en un proceso judicial.

Además, en el ámbito internacional, el consentimiento sexual es tratado como un componente esencial de la autonomía personal, reconocido en tratados internacionales como la *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer* «Convención de Belém do Pará» (ratificado por argentina

mediante la ley No. 24.632) y la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (CEDAW), ratificada en Argentina por la ley No. 23.179. Ambas normativas subrayan la importancia del consentimiento libre y consciente en la protección de los derechos humanos de las mujeres.

ii. Relación entre el consentimiento y la perspectiva de género

El análisis del consentimiento sexual desde una perspectiva de género pone en evidencia las desigualdades estructurales que afectan a las mujeres en el ejercicio de su autonomía sexual. En argentina, la ley No. 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, sancionada en 2009, reconoce que el consentimiento debe ser libre de presiones de cualquier tipo, ya sean estas físicas, psicológicas o económicas. La ley también obliga al estado a garantizar investigaciones judiciales adecuadas en los casos de violencia sexual, donde la ausencia de consentimiento es clave para determinar la existencia de un delito.

Un claro ejemplo de la complejidad del consentimiento en las relaciones sexuales se encuentra en el fenómeno del *stealthing*, una práctica que ha sido clasificada como una nueva forma de agresión sexual. El *stealthing* consiste en la retirada del preservativo antes o durante una relación sexual sin el consentimiento de la pareja. Se da en aquellos supuestos en que se consiente un acto sexual con protección y se lleva adelante sin ella. A pesar de que este acto vulnera el consentimiento previamente otorgado por la persona, en muchos países, incluida argentina, aún no existe una tipificación específica para sancionar esta conducta. Sin embargo, el *stealthing* encaja en la definición de los delitos contra la integridad sexual, ya que el consentimiento informado y libre de la persona afectada ha sido vulnerado, pues la voluntad de la persona para participar en el acto sexual

² Buompadre, 2024, p. 4.

³ *Idem*, pp. 4-5.

estuvo condicionada al uso del preservativo como requisito esencial del acuerdo.

Al modificarse unilateralmente esa condición, se altera sustancialmente el objeto del consentimiento otorgado. Es decir, la persona consintió un determinado tipo de práctica sexual —protegida— y no otra distinta. Esta alteración no es menor, ya que introduce riesgos no aceptados, como la posibilidad de transmisión de enfermedades de transmisión sexual (ETS) o un embarazo no deseado, afectando directamente su autonomía sexual y su integridad física y psíquica. En consecuencia, la conducta del agresor no solo transgrede los límites del consentimiento, sino que lo invalida completamente, encuadrando en los delitos contra la libertad e integridad sexual.

El consentimiento cumple una función central al momento de distinguir entre un acto violento y una relación sexual acordada. Dado que se trata de la validación de una conducta que involucra directamente a quien la experimenta, únicamente puede otorgarlo la persona titular del bien jurídico tutelado. El término *stealthing* proviene de la palabra en inglés, cuya traducción al castellano sería «sigilo». Dicho término «[...] En su acepción nativa, el diccionario de Cambridge define la palabra *stealth* como ‘movement that is quiet and careful in order not to be seen or heard’, que en nuestro idioma sería algo así como un movimiento silencioso y cuidadoso para no ser visto ni escuchado»⁴.

La CEDAW también establece estándares claros sobre la importancia del consentimiento en las relaciones sexuales. Según esta convención, los Estados deben eliminar todas las formas de discriminación y garantizar que las mujeres puedan ejercer su derecho a la autonomía sexual sin ser coaccionadas o intimidadas. En este sentido, el consentimiento sexual es visto como una manifestación de la autonomía de la persona, que no debe verse socavada por normas culturales o sociales.

Por su parte, el estatuto de Roma de la corte penal internacional, ratificado por

argentina en 2001, aborda de manera precisa el consentimiento en los delitos de violencia sexual. En su regla 70, se establece que el consentimiento no puede ser inferido del silencio o de la falta de resistencia de la víctima, ni de su relación previa con el agresor. Este principio es esencial en los casos de violencia sexual, ya que refuerza la idea de que el consentimiento debe ser explícito y libre de cualquier forma de coerción o violencia.

El artículo 119 del código penal argentino protege el derecho a la libertad sexual, garantizando a cada persona la posibilidad de decidir de manera libre y autónoma sobre su vida sexual. Este bien jurídico, que abarca tanto la libertad de decidir sobre el propio cuerpo como la posibilidad de no ser forzado a realizar actos sexuales no deseados, es uno de los más fundamentales dentro del derecho penal argentino.

La jurisprudencia argentina ha subrayado la importancia del consentimiento como un elemento esencial para la determinación de los delitos sexuales⁵. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, destacó que la libertad sexual es el derecho de cada individuo a decidir cuándo, cómo y con quién mantener relaciones sexuales, subrayando que el consentimiento debe ser libre de cualquier tipo de presión o coerción. Este enfoque refleja la importancia de proteger el derecho de las personas a ejercer su sexualidad de manera libre y autónoma.

En el marco internacional, existen diversas normativas que abordan el consentimiento en los delitos sexuales y que son aplicables en argentina. Una de las más relevantes es el convenio de Belém do Pará, que establece que los estados parte deben adoptar medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, incluida la violencia sexual. Este convenio, ratificado en argentina en 1996, subraya que el consentimiento sexual debe ser otorgado libremente y que cualquier relación sexual sin consentimiento constituye una forma de

⁴ cfr. Albareda, 2021.

⁵ Ver P., O. R. (Causa n.º 21638, Sala V, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, 2 de junio de 2004).

violencia que debe ser sancionada penalmente.

c. Análisis del fallo

Al respecto, quiero traer a este análisis un fallo reciente de la sala 7 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en la causa No. 9235/2024⁶, en el que se analiza la existencia del consentimiento inicial de la víctima para mantener relaciones sexuales, pero condicionado al uso de medidas de protección, como el preservativo. Sin perjuicio de ello, el imputado, en el marco de relaciones sexuales inicialmente consentidas, se quitó el preservativo que la víctima le había requerido expresamente utilizar y la accedió sin su consentimiento. Esta situación plantea un interrogante fundamental en torno a los alcances del consentimiento sexual: ¿puede considerarse válido cuando una de las condiciones esenciales bajo las cuales fue otorgado es alterada de forma unilateral?

i. Hechos del caso

El imputado, «M. G. K.», fue procesado por el delito de abuso sexual con acceso carnal, por haber mantenido relaciones sexuales con la víctima, L. I. S., quitándose el preservativo sin su consentimiento durante el acto. El hecho ocurrió en el domicilio del imputado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Aunque la relación sexual fue inicialmente consentida, la víctima había establecido como condición el uso de preservativo. El imputado, sin informarle, se quitó el profiláctico y continuó el acto sexual, lo que fue descubierto posteriormente a través de mensajes de WhatsApp donde él mismo admitió lo sucedido, generando que la víctima presentara la denuncia.

ii. El principal problema jurídico en el caso

El principal problema jurídico en el caso fue determinar si la conducta de «M. G. K.», de quitarse el preservativo durante el acto sexual sin el consentimiento de la víctima, reúne los elementos constitutivos del delito de abuso sexual con acceso carnal, conforme lo establecido por el artículo 119 del código penal argentino. Este artículo protege la libertad sexual de las personas y castiga la acción de someter a una persona a un acto sexual sin su libre consentimiento⁷.

El interrogante central es si la acción de quitarse el preservativo sin consentimiento puede ser considerada una violación de la autonomía sexual, aun cuando la relación sexual fue inicialmente consentida por la víctima.

iii. Fundamento jurídico

Los jueces integrantes de la sala fundamentaron su decisión en los siguientes puntos clave.

Consentimiento sexual y autodeterminación. El tribunal señaló que el consentimiento para una relación sexual debe ser informado y libre, y que el uso del preservativo era una condición explícita para la relación sexual. Al retirarse el preservativo sin consentimiento, el imputado quebrantó la libertad sexual de la víctima. Se citó el fenómeno conocido como “stealthing”, que consiste en la remoción del preservativo durante el acto sexual sin la autorización de la otra persona, lo cual constituye una forma de abuso sexual.

Mensajes de WhatsApp como prueba. La víctima aportó mensajes de WhatsApp en los que el imputado admitió haberse quitado el preservativo sin su conocimiento. Estos mensajes fueron considerados fundamentales para confirmar la versión de la víctima. Además, el tribunal evaluó que los mensajes del imputado no eran bromas,

⁶ CCC, Sala 7. (2024, agosto 29). *G. K., M. s/ abuso sexual* (Causa n.º 9.235/2024/CA1). Sentencia difundida por el servicio de correo electrónico de la Secretaría de Jurisprudencia y Biblioteca de la

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional.

⁷ cfr. D'Alessio, 2009, p. 66.

como él alegaba, sino confesiones claras de su conducta.

Credibilidad de la víctima. El tribunal dio gran importancia a la coherencia y consistencia del relato de la víctima en todas las declaraciones que prestó ante las autoridades policiales, en la oficina de denuncias del ministerio público y durante el examen forense. A su vez, descartó que la víctima tuviera alguna intención de perjudicar injustamente al imputado, dada la claridad de su relato y las circunstancias en que se conocieron y acordaron el encuentro.

Protección de la libertad sexual. Se enfatizó que el bien jurídico protegido por el artículo 119 del código penal es la libertad sexual, y que, en este caso, el consentimiento original de la víctima quedó viciado por la acción del imputado de quitarse el preservativo, violando así su autodeterminación sexual.

iv. Decisión del tribunal

El tribunal resolvió revocar la falta de mérito que había sido decretada previamente y dispuso el procesamiento de «M. G. K.» por el delito de abuso sexual con acceso carnal. No se dictó prisión preventiva dado que no se consideró que existiera riesgo de fuga o de entorpecimiento de la investigación por parte del imputado.

Uno de los puntos destacados del fallo es la manera en que el tribunal aborda la dificultad de probar la falta de consentimiento en ausencia de evidencia física. Siguiendo los lineamientos de la normativa internacional y los fallos de tribunales internacionales como la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso «M.C. c. Bulgaria», se puede observar que la falta de resistencia física no implica la existencia de consentimiento. Esto es un avance importante en la jurisprudencia argentina, al reforzar la idea de que la evaluación del consentimiento no debe depender únicamente de la existencia de signos visibles de violencia, sino que debe

tener en cuenta factores más sutiles, como la coerción psicológica o el miedo.

El fallo también enfatiza la importancia de adoptar una perspectiva de género en la evaluación del consentimiento, reconociendo que las víctimas de violencia sexual pueden encontrarse en situaciones donde no pueden expresar su negativa de manera explícita debido a presiones sociales, emocionales o psicológicas. Este enfoque es consistente con las obligaciones asumidas por Argentina en virtud de la Ley N° 26.485 y de normativas internacionales como el Convenio de Belém do Pará y la CEDAW.

Al vincular el presente fallo con los límites en la prueba del consentimiento, tal como lo analiza la Dra. Julieta Di Corleto⁸ en su trabajo sobre los «límites a la prueba del consentimiento en el delito de violación», es posible identificar algunas cuestiones relevantes. En su análisis, Di Corleto señala que uno de los grandes obstáculos para el acceso a la justicia de las víctimas ha sido la exigencia de corroboraciones externas del relato, como estudios médicos o lesiones visibles, lo que ignora las particulares del delito sexual y reproduce sesgos de desconfianza hacia la palabra de la víctima⁹. En el fallo, el tribunal otorga plena validez al testimonio de la víctima en base a coherencia, espontaneidad y reiteración, incluso ante la ausencia de evidencia física concluyente. A su vez, el fallo incorpora una comprensión dinámica del consentimiento, al considerar que su validez se encuentra condicionada a las circunstancias previamente pactadas por las partes.

En este sentido, el tribunal sostiene que el retiro subrepticio del implica una ruptura del consentimiento inicial, pues se trata de una modificación unilateral del acuerdo sexual que vulnera la autodeterminación de la víctima. Esta concepción resulta plenamente compatible con el enfoque de Di Corleto, quien afirma que el consentimiento no puede entenderse como un «sí» irrevocable, sino como un proceso continuo, revocable y siempre contextual.

⁸ Di Corleto, 2006.

⁹ *Idem*, pp. 418–420.

En este contexto, cabe destacar que, durante la búsqueda de antecedentes jurisprudenciales, se identificaron algunos casos anteriores al que se analiza en este artículo, los cuales serán objeto de un análisis más detallado en un trabajo posterior.

Ahora bien, regresando al tema el fallo refuerza la idea de que las pruebas de consentimiento deben enfocarse en el contexto de la relación y las dinámicas de poder entre las partes. Evitar los estereotipos sobre cómo debe actuar una víctima de violación y centrarse en la totalidad de las circunstancias es esencial para una interpretación más equitativa y sensible al género, tal como lo señala Di Corleto. Este enfoque ayuda a garantizar que el testimonio de la víctima sea respetado y que no se incurra en una revictimización al exigir pruebas adicionales que, en muchos casos, no existen.

d. Conclusión

i. El consentimiento y la libertad sexual: un enfoque central

El presente análisis del consentimiento en los delitos contra la integridad sexual revela la centralidad y complejidad de este concepto en el derecho penal argentino, así como su relación directa con la protección de la autonomía y la libertad sexual. La evolución del derecho penal ha implicado un reconocimiento creciente de que el consentimiento debe ser entendido no solo como un acto afirmativo explícito, sino como un proceso continuo y dinámico, libre de coerción, violencia o intimidación.

Sin embargo, a pesar de los avances legislativos y jurisprudenciales, persisten desafíos significativos, particularmente en la capacidad del sistema judicial para identificar y sancionar las violaciones al consentimiento de manera adecuada, justa y equitativa.

Uno de los aspectos más complejos de la interpretación del consentimiento es que este no se manifiesta únicamente de forma explícita o física, sino que también puede estar influenciado por presiones sociales,

psicológicas o económicas, especialmente dentro de las relaciones íntimas y estables. En este sentido, el análisis del consentimiento desde una perspectiva de género es fundamental para comprender las dinámicas de poder que muchas veces condicionan la autonomía sexual de las mujeres. Estas dinámicas pueden llevar a que el consentimiento se vea viciado por el miedo, la subordinación o las expectativas culturales, situaciones que el derecho debe reconocer y abordar adecuadamente.

ii. El *stealthing* como forma emergente de violencia sexual

El fenómeno del *stealthing*, por ejemplo, pone en evidencia cómo las formas de agresión sexual evolucionan, demandando una respuesta jurídica más clara y contundente. Aunque este acto de quitar el preservativo sin consentimiento aún no está tipificado específicamente en muchos países, incluida Argentina, la jurisprudencia comienza a reconocerlo como una violación a la autonomía sexual y un abuso de poder. Este tipo de casos resalta la importancia de que el sistema judicial sea capaz de interpretar el consentimiento no como un momento único, sino como un proceso que puede ser vulnerado en cualquier etapa de la relación sexual. La necesidad de crear tipificaciones más específicas para estas conductas emergentes, así como de fortalecer la capacidad de los jueces y fiscales para investigar y juzgar estos delitos, es un paso fundamental hacia una mayor protección de las víctimas.

Otro de los retos que enfrenta el sistema judicial es la dificultad para probar la falta de consentimiento en ausencia de evidencias físicas. Tal como se ha señalado en este artículo, la jurisprudencia internacional, incluyendo la corte europea de derechos humanos y la corte interamericana de derechos humanos, ha avanzado en establecer que la falta de resistencia física no implica automáticamente la existencia de consentimiento. Esto constituye un avance en la forma de abordar los delitos sexuales, ya que se reconoce que el consentimiento debe ser explícito y libre,

independientemente de la falta de signos visibles de violencia o resistencia.

A través de los casos analizados, queda claro que es imprescindible adoptar una perspectiva de género en la evaluación del consentimiento, reconociendo que las mujeres, en particular, pueden estar en situaciones donde no pueden expresar su negativa de manera clara debido a presiones emocionales, psicológicas o sociales. En estos contextos, las víctimas pueden acceder a relaciones sexuales que en realidad no desean, lo que dificulta la interpretación judicial de si hubo o no consentimiento real. Este enfoque, que promueve una visión más contextual y sensible al género, es esencial para garantizar que las mujeres no sean revictimizadas en el proceso judicial y que su testimonio sea valorado en su justa medida, sin exigir corroboraciones físicas innecesarias.

Asimismo, la adopción de marcos normativos internacionales, como la ley No. 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, el convenio de Belém do Pará y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), refuerza la obligación del estado argentino de garantizar investigaciones judiciales exhaustivas y justas en los casos de violencia sexual. Estas normativas subrayan la importancia de un consentimiento que sea verdaderamente libre y consciente, y colocan en el centro de la discusión la necesidad de avanzar en la formación y sensibilización de los operadores judiciales para abordar estos casos con una mayor comprensión de las dinámicas de poder que muchas veces condicionan la capacidad de las mujeres para ejercer su autonomía sexual.

iii. Un avance jurisprudencial relevante

En este sentido, el fallo reciente de la sala 7 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional representa un avance significativo en la interpretación del consentimiento en los delitos sexuales en argentina.

Al abordar la práctica del *stealthing* y reconocer que la retirada del preservativo sin el consentimiento de la pareja constituye una violación a la libertad sexual, el fallo refuerza la importancia de un consentimiento informado y dinámico en las relaciones sexuales. La decisión del tribunal de otorgar credibilidad al testimonio de la víctima, sin exigir pruebas físicas de resistencia, marca un precedente relevante para la jurisprudencia argentina y apunta hacia un sistema judicial más equitativo y sensible a las realidades de las víctimas de violencia sexual.

Sin embargo, a pesar de estos avances, aún queda mucho por hacer en términos de mejorar la capacitación de los operadores judiciales para que puedan abordar los delitos sexuales desde una perspectiva de género, reconociendo las dinámicas de poder y las formas sutiles de coerción que pueden estar presentes en las relaciones sexuales. La sensibilización sobre la importancia del consentimiento y la necesidad de proteger la autonomía sexual de todas las personas debe ser un eje central en la formación judicial.

En conclusión, el camino hacia una justicia más equitativa en los delitos contra la integridad sexual pasa por el reconocimiento pleno de la autonomía sexual y la importancia del consentimiento libre y consciente. El sistema judicial argentino ha avanzado, pero aún enfrenta retos significativos en su capacidad para proteger adecuadamente a las víctimas de estos delitos. Es necesario que continúe evolucionando, adoptando enfoques que prioricen el respeto a los derechos de las víctimas y que se adecúe a las nuevas realidades y desafíos que surgen en la interpretación del consentimiento y la libertad sexual.

e. Bibliografía

- Albareda, M. (2021, octubre 13). *El fenómeno del stealthing. Autonomía sexual y consentimiento personal*. Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ). <https://www.saij.gob.ar>

- Buompadre, J. (2003). *Derecho penal. Parte especial* (2.^a ed., Vol. I). Mave.
- Buompadre, J. E. (2013). *Los delitos de género en la reforma penal. Ley N.^º 26.791*. Revista Pensamiento Penal. <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/35445-delitos-genero-reforma-penal-ley-no-26791>
- Buompadre, J. E. (2017). *El delito de violación. Análisis dogmático de los elementos típicos tras las reformas de la Ley N.^º 27.352/17*. Revista Pensamiento Penal. <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/45386-delito-violacion-analisis-dogmatico-elementos-tipicos-tras-reforma-ley-27352>
- Buompadre, J. E. (2024). *Solo sí es sí, si no es sí es no. Violencia sexual y consentimiento*. Revista Pensamiento Penal. <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/91125-solo-si-es-si-si-no-es-si-es-no-violencia-sexual-y-consentimiento>
- Corigliano, M. (2006). *Delitos contra la integridad sexual*. Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología. <https://derechopenalonline.com/delitos-contra-la-integridad-sexual>
- Corte IDH. (2009). *Caso Campo Algodonero vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 16 de noviembre.
- Corte IDH. (2010a). *Caso Fernández Ortega vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 30 de agosto.
- Corte IDH. (2010b). *Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 31 de agosto.
- Corte IDH. (2013). *Caso J. vs. Perú. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 27 de noviembre.
- Corte IDH. (2022). *Caso Angulo Losada vs. Bolivia. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones*. Sentencia del 18 de noviembre.
- Creus, C. (2002). *El nuevo Código Penal Argentino*. Librería Cívica.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2024). *Causa n.^º 9235/2024. Sala 7, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional*
- Di Corleto, J. (2006). Límites a la prueba del consentimiento en el delito de violación. *Nueva Doctrina Penal*, 2006(b), 411–440.
- Donna, E. A. (2000). *Delitos contra la integridad sexual*. Rubinzel-Culzoni.
- Edwards, C. E. (1999). *Delitos contra la integridad sexual. Análisis de la Ley N.^º 25.087*. Depalma.
- Estrella, O. A. (2005). *De los delitos sexuales*. Hammurabi.
- Fernández Collado, C., & Dahnke, G. L. (1988). *La comunicación humana. Ciencia social*. McGraw-Hill.
- Figari, R. (2021). *Delitos sexuales* (2.^a ed.). Hammurabi.
- Fontán Balestra, C. (1992). *Tratado de derecho penal. Parte especial* (2.^a ed.). Abeledo-Perrot.
- Gherardi, N. (2016). Prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres: Más que un mandato legal. *Revista Pensar en Derecho*, (9). Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
- Gherardi, N., Durán, J., & Cartabia, S. (2012). La ley de protección integral contra la violencia hacia las mujeres: Una herramienta para la defensa en la Ciudad de Buenos Aires. En C. Chinkin (Ed.), *Violencia de género: Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres* (pp. 53–68). Defensoría General de la Nación.
- Gherardi, N., & Krichevsky, M. (2017). *La violencia no es negocio. Guía para prevenir y erradicar la violencia doméstica desde los lugares de empleo*. ELA - Equipo Latinoamericano de Justicia y Género.
- Monge Fernández, A. (2005). *Los delitos de agresiones sexuales violentas*. Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. (2010). *Derecho penal. Parte especial* (18.^a ed.). Tirant lo Blanch.
- Núñez, R. (1988). *Tratado de derecho penal* (Vol. III). Córdoba.

- Palacio, L. E. (2000). *La prueba en el proceso penal*. Abeledo-Perrot.
- Reinaldi, V. F. (1999). *Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino. Ley 25.087*. Marcos Lerner.
- Sánchez Santander, J. M. (2015). *Violencia de género: Delitos de género en el Código Penal Argentino. Estándares para una correcta reacción punitiva del Estado*. Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología.
<https://derechopenalonline.com/violencia-de-genero>

El fenómeno del doxing

Análisis e implicancias

Por Augusto Appolinari¹

El uso del «doxing» ha crecido exponencialmente con el auge y la diversificación de las plataformas de redes sociales en las últimas décadas, junto con la facilidad de acceso a información personal en línea, convirtiéndose en un fenómeno significativo dentro de la cultura digital contemporánea.

doxing – extorsión digital – derecho informático – delitos informáticos – nuevas tecnologías

* * * * *

a. Introducción

En los tiempos que transcurren, las nuevas tecnologías informáticas forman parte de nuestra vida cotidiana, estando presentes durante todo el día y en todo momento. Esta es la era de los *macrodatos*, dónde una enorme cantidad de datos personales se encuentran dispersos surcando la magnitud de internet.

Parafraseando al célebre sociólogo y filósofo Zygmunt Bauman, habitamos un mundo líquido y multicéntrico, un mundo en el que, a través de diversas redes de información, nos conecta con las realidades de otras personas, otros países, sus culturas y circunstancias, muchas veces descuidando nuestra propia situación, de la cual creemos tener el control y dónde esta misma realidad nos demuestra que lo tenemos menos de lo que creemos.

Las presentes líneas pretenden explorar las dinámicas del mundo digital, centrándose en una de las prácticas que las

nuevas generaciones han adoptado como habitual, y que en muchos casos se utiliza como un «arma» de ingeniería social para realizar ataques digitales mediante las nuevas formas de comunicación. En este artículo nos referiremos al llamado «doxeo» o «doxing».

Este análisis busca abordar el origen de esta práctica, su metodología, uso actual y análisis, así como los peligros a los que todo internauta está expuesto y consideraciones necesarias para reforzar nuestra seguridad informática.

El uso del «doxing» ha crecido exponencialmente con el auge y la diversificación de las plataformas de redes sociales en las últimas décadas, junto con la facilidad de acceso a información personal en línea, convirtiéndose en un fenómeno significativo dentro de la cultura digital contemporánea.

¹ Abogado graduado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Adscripto de la cátedra de Sociología General y del Derecho de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario. Correo electrónico: augustoappolinari@gmail.com

b. ¿Qué es el doxing?

El término «doxing» proviene de la palabra inglesa «documents» (documentos), más precisamente de su acrónimo («docs»), referida también como «dox»), su traducción «exponer dox» describe a la práctica de recopilar y publicar información personal sobre una persona sin su consentimiento, a menudo con la intención de acosarla o perjudicarla². Esta situación se ha vuelto común con el apogeo de internet y la utilización masiva de redes sociales, donde mucha información personal puede ser fácilmente accesible.

El procedimiento comienza por parte de un *doxer* o *hacker* que recopila a partir de información identificadora básica de una persona en línea hasta información sensible, pasando desde su nombre real, dirección particular, lugar y domicilio de trabajo, números de teléfono personales, información de cuentas bancarias y/o tarjetas de crédito y otros datos financieros, correspondencia privada, antecedentes penales, fotos personales y cualquier otra información personal que pueda conseguirse en la red³. El paso posterior que el doxer o hacker realiza es divulgar al público esta información sin el consentimiento de la víctima. Previo a este paso, puede existir una instancia dónde el mismo doxer se comunique con la víctima a los fines de extorsionarlo antes de la publicación de los datos recopilados.

Los agentes que utilizan el «doxing» generalmente emplean técnicas «OSINT» también conocidas como «*inteligencia de fuentes abiertas*» con la cual recopilan información a través de herramientas permitidas que contienen datos públicos no preservados. Entre los fines del doxing suelen podemos distinguir:

a) Divulgar online información de identificación personal y privada de una persona.

b) Revelar información anteriormente desconocida de una persona privada online.

c) Divulgar información a una persona privada online que podría ser perjudicial para su reputación y la de sus socios personales o profesionales⁴.

Esta práctica se popularizó en la década de 1990 en comunidades en línea y foros, donde los usuarios comenzaban a «sacar» (o «doxear») información sobre otros, a menudo como una forma de acoso o venganza. La evolución de plataformas de redes hizo que ingresemos cada vez más datos a internet, aceptemos términos y condiciones, muchas veces sin siquiera leer, con lo cual, dejamos muchísimos rastros o *huellas digitales* en la red con cada registro.

Todos estos datos pueden ser utilizados de manera malintencionada por personas que buscan, a través de una conducta dolosa, extorsionar a un tercero recopilando los datos, exponiéndolos y/o viralizándolos, con el objetivo de que la víctima sufra de un «*linchamiento digital*».

En el último tiempo el doxing se ha convertido en una herramienta utilizada en las denominadas «*batallas culturales*», ya que los hackers rivales realizan ataques de doxing contra quienes tienen opiniones opuestas a su ideología. Los doxers buscan intensificar el conflicto que tienen con personas en línea llevándolo al mundo real y revelando información sensible de sus adversarios⁵.

La información recopilada puede emplearse de manera intimidatoria. El doxing no solo tiene que ver con la disponibilidad de la información, sino con cómo se utiliza para acosar o generar temor en la víctima. Por ejemplo, una persona que conoce el domicilio de una persona puede poner en riesgo su seguridad o la de su familia, quien tenga su número de celular o correo electrónico puede inundarlo con mensajes que dificulten y entorpezcan la comunicación con el círculo laboral e íntimo de la persona.

² Argentina.gob.ar. (2025).

³ Kaspersky. (s. f.).

⁴ Godino-Aldavez & Aldavez, 2024.

⁵ Kaspersky. (s. f.).

También la información puede utilizarse en casos de suplantación de identidad, es decir, cualquier persona con determinación y tiempo puede construir un perfil detallado de alguien. Esto resulta aún más sencillo si la víctima ha dejado su información relativamente accesible en línea.

Las razones detrás del doxing son diversas. En algunos casos, quienes lo realizan pueden sentirse agredidos o insultados por la persona que eligen como blanco y, como represalia, deciden buscar venganza. También puede ocurrir que alguien conocido por expresar opiniones controvertidas ataque a una persona con posturas opuestas. No obstante, esto suele suceder principalmente en debates con posiciones extremadamente polarizadas, más que en desacuerdos políticos comunes⁶.

Si bien, muchos de estos datos han sido ingresados por nosotros mismos, muchos otros pueden provenir de robos de bases de datos, filtraciones de seguridad o intromisión de personas que abusando de sus poderes o funciones que le permiten ingresar a base de datos, las cuales venden o utilizan en desmedro de terceros.

Sin importar la razón detrás del accionar, el propósito central del doxing es vulnerar la privacidad de las personas, lo que puede generarles incomodidad e incluso llevar a sufrir graves consecuencias.

c. ¿Nuestros datos personales están protegidos?

En nuestro país existen diversas normas que regulan nuestra información personal, siendo la más relevante, la ley No. 25.326 de protección de datos personales y su decreto reglamentario No. 1558/2001.

Es importante, como punto de partida, destacar en dicha ley, su segundo artículo distingue los conceptos de datos personales como aquella «información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables», y datos sensibles, como «datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones

políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual».

Todos estos datos, indistintamente, pero por preferencia de los doxers, aquellos datos sensibles, son el foco del objetivo de estos ataques recopilatorios, los cuales dejan en un estado de vulnerabilidad a la víctima, que queda expuesta ante el infinito público que puede tener una exposición en internet.

El inciso séptimo del artículo 4 de la mencionada ley hace referencia a que «[l]os datos deben ser destruidos cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes a los fines para los cuales hubiesen sido recolectados». Esto es muy importante, ya que ese dato que cumplió su función queda como parte de un residuo digital, el cual sigue merodeando el espectro de la red. Ahora bien, el incumplimiento de este inciso se da por parte de las corporaciones a las cuales el débito de este inciso interpela y en la mayoría de los casos, no lo cumplen.

Es interesante destacar lo establecido en el primer inciso del artículo 5 «[e]l tratamiento de datos personales es ilícito cuando el titular no hubiere prestado su consentimiento libre, expreso e informado, el que deberá constar por escrito, o por otro medio que permita se le equipare, de acuerdo a las circunstancias».

Aquí el problema reside, que muchas veces, como mencionaba anteriormente, al momento de registrarnos en determinadas redes o servicios informáticos, firmamos y aceptamos un acuerdo de «términos y condiciones» que, a razón de sinceridad, pocas veces leemos, y que si lo hacemos probablemente nos sorprendamos de la cantidad de datos personales que se recopilan y autorizamos dicha recopilación. Ahí es cuando comienza el dilema moral, de si realmente necesitamos esa red, servicio, etc. y queda en nuestra consideración aceptar y seguir adelante (entendiendo las consecuencias) o descartar el registro. Lamentablemente no existe la posibilidad de negociar individualmente con la plataforma que se recopila, y que no.

⁶ Kaspersky (s. f.).

Así mismo, el inciso 2c de dicho artículo excluye al consentimiento para recabar los siguientes datos «[s]e trate de listados cuyos datos se limiten a nombre, documento nacional de identidad, identificación tributaria o previsional, ocupación, fecha de nacimiento y domicilio».

Por su parte, los artículos 13 y 14 de la presente ley regulan tanto el derecho a la información como al acceso de los datos registrados. Disponen los artículos mencionados «[t]oda persona puede solicitar información al organismo de control relativa a la existencia de archivos, registros, bases o bancos de datos personales, sus finalidades y la identidad de sus responsables», «El titular de los datos, previa acreditación de su identidad, tiene derecho a solicitar y obtener información de sus datos personales incluidos en los bancos de datos públicos, o privados destinados a proveer informes».

En síntesis, toda persona, acreditando fehacientemente su identidad tiene derecho a exigir información sobre la existencia todo tipo de registros, sin importar si el banco de datos es público o privado.

Por su parte, el artículo 16 establece supuestos que garantizan el derecho de los titulares de datos personales a rectificar, actualizar, suprimir o someter a confidencialidad sus datos en un banco de datos, estableciendo también las obligaciones del responsable del tratamiento.

El mismo refleja el principio de *autodeterminación informativa*, eje central del derecho a la protección de datos, el cual consiste en la posibilidad que tiene el titular de los datos personales de controlar quienes serán destinatarios de dicha información y qué uso le darán, y se ejercita a través de los derechos de acceso, rectificación y cancelación⁷.

por último, la ley 25.326 sistematiza, a partir del artículo 33 y subsiguientes, una herramienta efectiva a la hora de tutelar la protección de los datos personales y es la figura del *habeas data*, el cual significa «tiene

sus datos» y lo que tiende a proteger es la privacidad o intimidad de las personas.

Dicha institución constituye una acción judicial que permite a cualquier persona proteger su derecho a la privacidad y al control sobre sus datos personales, y se encuentra amparado por el artículo 43 de la constitución nacional, además de la ley que analizamos.

Esta herramienta permite a los individuos acceder a la información, es decir, tomar conocimiento de sus datos personales asentados en bases de datos, qué datos personales están siendo recolectados, almacenados o tratados por bancos de datos públicos o privados. Admite rectificar o actualizar, corregir datos incorrectos, desactualizados o incompletos, suprimir o bloquear, y eliminar datos cuando su tratamiento sea ilegítimo o innecesario, salvo excepciones legales. Esta acción garantiza la autodeterminación informativa, protegiendo la intimidad de las personas y evitando abusos en el manejo de datos personales, clave en un contexto de creciente digitalización y recolección masiva de información⁸.

d. ¿Qué es la extorsión digital?

Según expertos de ciberseguridad, la extorsión cibernética es una forma generalizada de delito cibernético en la que los cibercriminales

chantajejan digitalmente a organizaciones o personas para obtener lo que quieren. Los cibercriminales pueden amenazar con filtrar datos, lanzar ataques cibernéticos, deshabilitar operaciones, evitar que los usuarios accedan a los datos o destruir los datos robados si la víctima no paga algún tipo de rescate.

⁷ Molina Quiroga, 2003.

⁸ Fernandez Delpech, 2014.

La extorsión cibernetica hace uso de numerosos métodos, uno de ellos, el doxing⁹.

e. ¿Cómo protegernos del doxing?

De acuerdo a profesionales de seguridad informática, todos los usuarios están expuestos a ser víctimas de doxing, teniendo en cuenta la facilidad de la búsqueda de información en línea. Cualquier publicación hecha en un foro, participaciones en redes sociales, entre otras, se encuentra disponible de manera pública, como así también cualquier búsqueda que se realice en una base o registro público.

Algunas de las recomendaciones para proteger la información son a través de las siguientes medidas:

- a) manejo de VPN o red privada virtual: constituye en el cifrado de la conexión y su encriptación, antes de dirigir a la red pública, lo cual permite al usuario navegar de forma segura y anónima.
- b) utilización de contraseñas seguras, las cuales deben ser renovadas periódicamente, así como también la adhesión a métodos de factores de doble autenticación.
- c) uso de software antivirus y antimalware, como método de detección temprana de intromisiones no deseadas.
- d) revisión de privacidad de redes sociales y de datos recopilados, evaluación de configuración y datos que requiere cada plataforma.
- e) eliminación de perfiles obsoletos, aquellos perfiles de redes que el usuario ya no utiliza, siguen siendo visibles y contienen información personal, en caso de ser posible, la recomendación es de eliminarlos¹⁰.

Todas estas acciones pueden completarse con una búsqueda de imagen inversa, es decir, controlar a través de un

buscador de confianza todos los datos personales que se encuentran expuestos en internet, revisar que datos se encuentran en línea y reforzar la seguridad de las redes o sitios que contienen dichos datos.

f. Conclusiones

En nuestro país, el fenómeno del doxing ha cobrado relevancia en los últimos años, especialmente en el contexto de la creciente violencia digital y el acoso en línea a través de diversas plataformas. Actualmente no existen leyes en nuestro ordenamiento jurídico específicas que tipifiquen penalmente y aborden la problemática como tal, es por ello que este acto actualmente es denunciado bajo otras figuras dependiendo el grado de intromisión y exposición.

Teniendo en cuenta que tanto la legislación actual, como la actuación de los diversos operadores, son insuficientes para ofrecer una protección efectiva a las víctimas o para prevenir estos ataques, es imperiosa la necesidad de tomar las riendas y abordar la temática desde una perspectiva legal y educativa, la cual es fundamental para proteger a las potenciales víctimas y mitigar el impacto negativo que estas prácticas pueden tener en la sociedad.

La falta de una figura específica que contemple al doxing y sus consecuencias, además es un llamado de atención a nuestros legisladores, los cuales deben comenzar a debatir, para regular e implementar estrategias más robustas que incluyan educación sobre ciberseguridad y derechos digitales, tomando en consideración que esta problemática refleja un inconveniente aún más amplio de violencia digital y acoso en línea. Es menester poner cartas sobre la mesa, ya que serán más los casos avizorando el acelerado desarrollo de la sociedad de la información que habitamos.

⁹ Keeper Security, 2024.

¹⁰ Kaspersky. (s. f.)

g. Bibliografía

- Argentina.gob.ar. (2025, junio). *¿Qué es el doxing y cómo podemos cuidarnos?* Ministerio de Justicia. <https://www.argentina.gob.ar/justicia/convosenlaweb/situaciones/que-es-el-doxing-y-como-podemos-cuidarnos> (recuperado 27/10/2024)
- Kaspersky. (s. f.). *Doxing: Definición y explicación.* Kaspersky. <https://latam.kaspersky.com/resource-center/definitions/what-is-doxing> (recuperado 27/10/2024)
- Godino-Aldavez, F., & Aldavez, M. L. (2024). *Doxing: Avance de las nuevas tecnologías y su falta de regulación en el ordenamiento jurídico argentino.* Hammurabi. <https://www.hammurabi.com.ar/godino-aldavez-doxing-avance-de-las-nuevas/> (recuperado 27/10/2024)
- Molina Quiroga, E. (2003). *Protección de datos personales como derecho autónomo: Principios rectores. Informes de solvencia crediticia. Uso arbitrario. Daño moral y material.* Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ). <http://www.saij.gob.ar/eduardo-molina-quiroga-proteccion-datos-personales-como-derecho-autonomo-principios-rectores-informes-solvencia-crediticia-uso-arbitrario-dano-moral-material-dacc030027-2003/123456789-0abc-defg7200-30ccanirtecod> (recuperado 29/11/2024)
- Fernandez Delpech, A. (2014). *Manual de derecho informático.* Abeledo Perrot.
- Keeper Security. (2024, 15 enero). *What is cyber-extortion?* Keeper Security. <https://www.keepersecurity.com/blog/es/2024/01/15/what-is-cyber-extortion/> (recuperado 27/10/2024)

El delegado de protección de datos (DPO)

Por Carlos Damián Becerra¹

La figura del delegado de protección de datos («DPO», por sus siglas en inglés) surge a partir de la incorporación del principio de *accountability* o responsabilidad proactiva en el Reglamento General de Protección de Datos («RGPD») de la Unión Europea. Este rol fue creado para facilitar el cumplimiento de las obligaciones en materia de protección de datos, rendir cuentas y actuar como intermediario entre las organizaciones, los titulares de los datos y las autoridades de control. El RGPD dispone que «al supervisar la observancia interna del presente Reglamento, el responsable o el encargado del tratamiento debe contar con la ayuda de una persona con conocimientos especializados del Derecho y la práctica en materia de protección de datos» (considerando 97 del Reglamento [UE] 2016/679). Realizar auditorías y dar respuesta a los ejercicios de derechos e incidentes de seguridad resulta esencial para un *data governance* efectivo

delegado de protección de datos – reglamento general de protección de datos – protección de datos personales – accountability – data governance

* * * * *

a. La designación de un delegado de protección de datos

La designación de un delegado de protección de datos (en adelante «DPO», por sus siglas en inglés) será necesario cuando la figura del DPO debe ser designada principalmente en tres circunstancias clave. En primer lugar, cuando el tratamiento de datos personales sea realizado por una autoridad o un organismo público, excepto en los casos en

que actúen los tribunales en el ejercicio de sus funciones judiciales.

En segundo término, resulta necesario contar con un DPO cuando la actividad principal del responsable o encargado del tratamiento implique la supervisión continua y sistemática de un gran número de personas interesadas, debido a la naturaleza, alcance y objetivos de dicho tratamiento.

Finalmente, la designación es obligatoria cuando el procesamiento se focaliza a gran escala en categorías especiales de datos, también conocidos como datos sensibles, o en información relativa a antecedentes

¹ Licenciado en administración. Abogado. Especialista en conducción de organizaciones militares terrestres. Especialista en estrategia operacional y planeamiento militar conjunto. Alumno en el posgrado de especialización en inteligencia estratégica (Centro de Altos Estudios Nacionales, «C.A.E.N»). Doctorando en derecho en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Experto en protección de datos de la Universidad SXXI. Correo electrónico: abogarelderecho@gmail.com

judiciales o infracciones penales, conforme a lo especificado en los artículos correspondientes de la normativa vigente.

Estas condiciones responden a la necesidad de que las organizaciones con alta exposición y responsabilidad en el manejo de datos personales cuenten con un profesional capacitado para garantizar el cumplimiento normativo, asesorar sobre las obligaciones legales y actuar como enlace con las autoridades de supervisión. Lo expuesto precedentemente es según el artículo 37 del Reglamento General de Protección de Datos (en adelante, «RGPD») de la Unión Europea².

b. Grupos empresariales u organismos públicos

«Un grupo empresarial podrá nombrar un único DPO siempre que sea fácilmente accesible desde cada establecimiento»³

El RGPD establece que «cuando el responsable o el encargado del tratamiento sea una autoridad u organismo público, se podrá designar un único DPO para varias de estas autoridades u organismos, teniendo en cuenta su estructura organizativa y tamaño»⁴

c. Funciones de un delegado de protección de datos

(a) Informar y asesorar al responsable o al encargado del tratamiento y a los empleados que se ocupen del tratamiento, de las obligaciones que les incumben en virtud del Reglamento y de otras

disposiciones de protección de datos aplicables;

(b) supervisar el cumplimiento de lo dispuesto en el reglamento, en otras disposiciones de protección de datos aplicables y de las políticas del responsable o del encargado del tratamiento en materia de protección de datos personales, incluida la asignación de responsabilidades, la concientización y formación del personal que participa en las operaciones de tratamiento y las auditorías correspondientes;

(c) ofrecer el asesoramiento que se le solicite acerca de la evaluación de impacto relativa a la protección de datos y supervisar su aplicación de conformidad con el artículo 3.

(d) cooperar con la autoridad de control;

(e) actuar como punto de contacto de la autoridad de control para cuestiones relativas al tratamiento, incluida la consulta previa a que se refiere el artículo 36, y realizar consultas, en su caso, sobre cualquier otro asunto⁵.

En conclusión, las funciones asignadas al DPO, tal como establece el artículo 39 del RGPD, lo positionan como un actor esencial para la gobernanza ética y legal del tratamiento de datos personales. No obstante, la efectividad de esta figura dependerá decisivamente de la autonomía, recursos, competencia y apoyo organizacional con que se le dote, así como de la madurez institucional respecto a la protección de datos en cada entorno específico.

² Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento General de Protección de Datos o «RGPD»). Regula el tratamiento de datos personales realizado por personas, organizaciones o empresas dentro de la Unión Europea

³ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo

que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (art. 37).

⁴ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (art. 37).

⁵ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (art. 39).

d. Responsabilidad penal del delegado de protección de datos

Los DPO no son personalmente responsables en caso de incumplimiento del RGPD. El RGPD deja claro que es el responsable o el encargado del tratamiento es quien está obligado a garantizar y ser capaz de demostrar que el tratamiento se realiza de conformidad con sus disposiciones. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD).

e. El delegado de protección de datos en Argentina

La resolución 40/2018 de la agencia de acceso a la información pública («AAIP»), al aprobar el documento *política modelo de protección de datos personales para organismos públicos*, recomienda a los organismos que implementen la figura del DPO. Expresamente, recomienda que para ello designen un agente de la planta permanente como delegado de protección de datos personales, que también se encargue de lo relacionado con el control de cumplimiento de la mencionada política⁶.

Dicha resolución; representa un avance normativo importante al recomendar la instauración de la figura del DPO en los organismos públicos argentinos, sugiriendo que sea un agente de planta permanente quien asuma esta responsabilidad. Desde una perspectiva comprometida con los derechos humanos, esta iniciativa es positiva porque reconoce la necesidad de resguardar datos personales en el sector público, un ámbito donde la información sensible de los ciudadanos está fuertemente expuesta y cuya protección es esencial para garantizar el derecho a la privacidad y a la intimidad.

Sin embargo, la recomendación oficial también refleja desafíos profundos que atraviesan la implementación práctica de esta figura en Argentina. La designación «recomendada» y no obligatoria, junto con

el hecho de que hasta fechas recientes solo un organismo público (el Registro Nacional de las Personas, y desde 2024 también la Agencia de Recaudación y Control Aduanero) cuenta con un DPO formal, evidencia la lentitud en la adopción de medidas concretas para garantizar este derecho fundamental.

Puede observarse un riesgo real de que la creación del DPO sea percibida como un formalismo administrativo más que como un compromiso genuino con la protección efectiva de las personas. Si el delegado carece de plena autonomía, soporte institucional y recursos suficientes, su capacidad para supervisar de manera independiente y rigurosa las prácticas de tratamiento de datos puede verse comprometida. Esto podría derivar en una protección débil frente a filtraciones, mal uso o negligencia, afectando derechos humanos esenciales.

En clave crítica, la consolidación de la figura del DPO debe estar acompañada de un fuerte impulso para promover la independencia institucional, la profesionalización y la transparencia. Se trata no solo de cumplir con una pauta técnica o normativa, sino de fortalecer el estado de derecho y la confianza ciudadana frente al manejo de información personal. El reconocimiento explícito de que el DPO actúa como interlocutor entre la autoridad de control y la organización, así como como garante del cumplimiento normativo, debe traducirse en garantías efectivas para que esta función no sea apenas formal sino realmente influyente en la protección de los derechos de las personas.

Por último, desde una mirada comprometida con los derechos humanos, la protección de datos personales en el sector público no puede limitarse a cumplir en letra con un documento modelo. Se debe avanzar hacia una cultura institucional que valore la privacidad como un derecho transversal, con capacitación continua, procedimientos claros y mecanismos

⁶ Agencia de Acceso a la Información Pública (AAIP). Resolución 40/2018. *Política modelo de*

protección de datos personales para organismos públicos, 4 de julio de 2018

efectivos de control y sanción ante incumplimientos. Solo así la Resolución 40/2018 podrá trascender su carácter declarativo y convertirse en una herramienta real para defender el derecho a la intimidad y prevenir abusos en el tratamiento de datos en el ámbito estatal argentino.

¿Qué tan realista es la implementación del DPO en el ámbito público argentino?

La implementación del DPO en el sector público argentino es un objetivo asumido en normativas y recomendaciones nacionales, como la Resolución 40/2018 de la AAIP. Sin embargo, la realidad muestra que la adopción efectiva de esta figura ha sido lenta y dispar. Hasta fechas muy recientes, eran prácticamente inexistentes las designaciones formales de DPO en organismos públicos, salvo excepciones puntuales como ARCA, que en 2024 se convirtió en el primer organismo del país en realizar una designación formal bajo este rol.

Los diagnósticos oficiales y de especialistas indican que muchos organismos carecen aún de políticas internas, manuales de procedimiento, planes de protección de datos y capacitación sistemática. La falta de estandarización y la necesidad de adaptar las recomendaciones nacionales a la realidad y necesidades de cada organismo o jurisdicción complican su implementación.

¿Existe riesgo de designaciones simbólicas, sin respaldo técnico ni autonomía?

Existe un riesgo real de que la designación del DPO en el sector público argentino se convierta en un trámite más formal que sustancial. Las recomendaciones y experiencias en talleres y capacitaciones han alertado sobre la posibilidad de que los organismos designen DPO sin brindarles suficiente autonomía, presupuesto ni capacitación técnica. Estos DPO podrían carecer de la capacidad real de actuar con independencia o de implementar cambios efectivos en la gestión de los datos personales, reduciendo su figura a un mero cumplimiento superficial de la normativa.

Las causas principales son

(1) Falta de personal especializado y presupuesto acotado para funciones de protección de datos;

(2) riesgo de designaciones recayendo en empleados sin la formación adecuada ni respaldo institucional;

(3) posibilidad de acumulación de funciones o conflictos de interés al asignar el rol a funcionarios con otras responsabilidades ajenas a protección de datos.

¿Qué desafíos plantea esta figura en términos de independencia institucional?

Uno de los retos críticos al implementar la figura del DPO es garantizar su independencia funcional dentro de estructuras estatales a menudo jerárquicas y politizadas

(1) *Jerarquía administrativa.* El DPO podría verse sometido a presiones de superiores o cargos políticos, lo que podría limitar su capacidad de supervisar o denunciar irregularidades.

(2) *Recursos insuficientes.* Sin presupuesto y personal propio, el DPO dependería operacionalmente de las áreas que debe supervisar, afectando su autonomía.

(3) *Conflictos de intereses.* Cuando el DPO es un empleado interno que desempeña otras tareas o carece de estabilidad laboral, es más vulnerable a condicionamientos de la gestión política o administrativa.

(4) *Falta de respaldo legal en la práctica.* Aunque la normativa prevé independencia, su efectividad requiere voluntad política, controles externos y procesos transparentes de selección, formación y remoción.

Dimensiones clave de la independencia que deben reforzarse

(1) Autonomía funcional y presupuestaria.

(2) Estabilidad en el cargo y protección frente a represalias.

(3) Acceso directo a las máximas autoridades del organismo.

(4) Formación continua y certificación técnica.

f. Bibliografía

Agencia de Acceso a la Información Pública (AAIP). (2018, 4 de julio). *Resolución 40/2018. Política modelo de protección de datos personales para organismos públicos.* <https://www.marval.com/publicacion/guia-de-fiscalizacion-en-materia-de-datos-personales-13919>

Agencia de Acceso a la Información Pública (AAIP). (2019, 22 de febrero). *Resolución 34/2019. Modificaciones de la Disposición 60.*

Agencia de Acceso a la Información Pública (AAIP). (2022, 1 de diciembre). *Resolución 240/2022. Modificación de las disposiciones de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales.*

Agencia de Acceso a la Información Pública (AAIP). (2022, 5 de diciembre). *Resolución 244/2022. Sanciones. Topes máximos.*

Agencia de Acceso a la Información Pública (AAIP). (2022, 15 de diciembre). *Resolución 255/2022. Mejores prácticas en la aplicación de la Ley 25.326.*

Agencia Española de Protección de Datos (AEPD). (s.f.). *¿Cuál es la responsabilidad de un delegado de protección de datos?* <https://www.aepd.es/es/preguntas-frecuentes/4-responsable-encargado-y-dpd/1-delegado-de-proteccion-de-datos/FAQ-0414-cual-es-la-responsabilidad-de-un-dpd>

Argentina. (2000, 30 de octubre). *Ley 25.326. Protección de datos personales.*

Argentina. (2001, 29 de noviembre). *Decreto 1558/2001. Reglamentación de la Ley 25.326.*

Unión Europea. (2016, 27 de abril). *Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento General de Protección de Datos).* *Diario Oficial de la Unión Europea,* L 119, 1–88.

La no registración de trabajadores y su configuración como delito penal

Por Carlos Dario Bottino¹

La columna analiza las consecuencias de las derogaciones introducidas por la *ley de bases y puntos de partida para la libertad de los argentinos* respecto de los derechos laborales y la legislación penal vigente.

derecho laboral – no registración de trabajadores – estafa laboral – responsabilidad penal del empleador – Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos

* * * * *

Es opinión de quien suscribe que con la entrada en vigencia de la *ley de bases y puntos de partida para la libertad de los argentinos* se ha abierto una puerta que tiene la potencialidad de modificar de forma profunda nuestra concepción de los derechos y garantías laborales y su relación con la legislación penal.

Que la mentada normativa dispone en su artículo 99

Deróganse los artículos 8º a 17 y 120, inciso a), de la ley 24.013; el artículo 9º de la ley 25.013; los artículos 43 a 48 de la ley 25.345; el artículo 15 de la ley 26.727 y el artículo 50 de la ley 26.844.

En el presente se analizará la consecuencia de la derogación de los artículos 8 a 17 y 120, inciso (a), de la ley 24.013, los artículos 43 a 48 de la ley 25.345, que normaban la obligación del empleador de realizar la registración de su empleado en el *sistema único de registro laboral* y a grandes rasgos las indemnizaciones previstas en el caso de falta de registración, registración

tardía, registración con remuneración menor a la percibida por el trabajador y falta de ingreso de las retenciones legales.

Hasta la derogación de la legislación analizada se encontraba prevista una sanción específica respecto de una conducta ilícita efectuada por el empleador, por lo que entiendo que no resultaba competente la legislación penal, a tenor que su aplicación resulta de última ratio y la existencia de ley específica en la materia a los fines de abordar la problemática.

En concordancia se expresaba la jurisprudencia

[...] Adviértase que la situación del trabajador no registrado es de total desprotección: no está cubierto por la legislación laboral ni de seguridad social, carece de cobertura médica asistencial para él y su familia y no tiene derecho al cobro de salario familiar, seguro de desempleo ni a la indemnización por accidentes de trabajo. Se trata, en consecuencia, de

¹ Jefe de despacho letrado de la Defensoría Pública Oficial de fuero universal de Puerto San Julián, provincia de Santa Cruz. Correo electrónico: bottinocd@gmail.com

un disvalor que ocasiona un daño apreciable al dependiente para cuyo resarcimiento el legislador ha establecido mecanismos específicos de reparación mediante la mencionada Ley Nro. 24.013 [...]²

Ahora bien, derogados los artículos sancionatorios específicos ya mencionados, nos encontramos ante una conducta que podría resultar pasible de sanción penal.

A mi juicio, la nueva configuración normativa detallada atenta contra la seguridad jurídica, abriendo la puerta a interpretaciones mucho más gravosas que las pretendidas originalmente con la legislación derogada por el decreto presidencial en cuestión.

Eugenio Raúl Zaffaroni (2024) en su artículo «los desafíos del derecho penal frente a la crueldad» refiriéndose al derecho penal dice lo siguiente:

[...] se trata de una rama del derecho que tiene por función garantizar la eficacia de todo el orden jurídico, pues debe poner límites a un ejercicio de poder político polimorfo que -como lo muestra la historia- si se desboca arrasa con todo el derecho.

Sin perjuicio que fue derogado el artículo 120, inciso (a) de la ley 24.013 (obligación de registración) no han sufrido la misma suerte el art. 79 de la ley de contrato de trabajo (ley 20.744) y el art. 12 del sistema integrado de jubilaciones y pensiones (ley 24.241)

Que el art. 79 de la ley de contrato de trabajo dispone

El empleador deberá cumplir con las obligaciones que resulten de esta ley, de los estatutos profesionales, convenciones colectivas de trabajo y de los sistemas de seguridad social, de modo de posibilitar al trabajador el goce íntegro y oportuno de los beneficios que tales disposiciones le acuerdan. No podrá invocar en ningún caso el incumplimiento de parte del trabajador de las obligaciones que le están asignadas y del que se derive la pérdida total o parcial de aquellos beneficios, si la observancia de las

obligaciones dependiese de la iniciativa del empleador y no probase el haber cumplido oportunamente de su parte las que estuviese en su cargo como agente de retención, contribuyente u otra condición similar.

A su turno el artículo 12 de la ley 24.241, en su parte pertinente dispone

«Son obligaciones de los empleadores, sin perjuicio de las demás establecidas en la presente ley: [...] c) Practicar en las remuneraciones los descuentos correspondientes al aporte personal, y depositarlos en la orden del SUSS; d) Depositar en la misma forma indicada en el inciso anterior las contribuciones a su cargo; e) Remitir a la autoridad de aplicación las planillas de sueldos y aportes correspondientes al personal; [...] i) Denunciar a la autoridad de aplicación todo hecho o circunstancia concerniente a los trabajadores, que afecten o puedan afectar el cumplimiento de las obligaciones que a éstos y a los empleadores imponen las leyes nacionales de previsión [...]»

Por tanto, no obstante, la supresión efectuada, por decreto, respecto de la obligación del empleador de registrar a sus empleados en el sistema único de registro laboral y las consecuencias legales de dicho incumplimiento, ello prima facie pareciera no incidir de forma alguna en la obligación del empleador de realizar las retenciones, contribuciones y depósitos respecto de los organismos de la seguridad social y el sistema integrado de jubilaciones y pensiones.

La conducta de no registrar a un trabajador y, consecuentemente, la omisión ilícita de efectuar los depósitos correspondientes a los aportes correspondientes para su seguridad social y jubilación, podría, a mi entender, encuadrarse en el delito de fraude a la administración pública, tipificado en el artículo 174, inciso 5, del código penal de la nación argentina.

El artículo 174 del código penal dispone en su inc. 5 lo siguiente: «Sufrirá prisión de dos a seis años: (...) 5º. El que cometiere

Expte N.º 43104/2003, en autos: A. O. A. c. L. L. A. y otro s/ despido, 26 de noviembre de 2008.

² Superior Tribunal de Justicia de La Pampa, H. G. J. M. y otro c. A. O. A. s/ ejecución de honorarios,

fraude en perjuicio de alguna administración pública».

Como ya se ha mencionado supra, el marco normativo argentino establece claras obligaciones para el empleador respecto de los trabajadores que se encuentran en relación de dependencia, entre los cuales se estipula el deber de efectuar los aportes previsionales correspondientes, los cuales se encuentran destinados al financiamiento del sistema de seguridad social constituyendo no solo una obligación fiscal sino también una garantía de protección para el trabajador.

La jurisprudencia se ha expresado al respecto en los siguientes términos: «[...] La norma encargada de establecer las personas que deben estar obligatoriamente inscriptas como personal dependiente, y como tales, efectuar aportes y contribuciones al S.I.J.P., es la ley 24.241 (art. 2, inc. 5). El art. 3 de la citada normativa indica de manera taxativa las personas que no están obligadas a incorporarse al sistema, así como aquellas que directamente se encuentran exceptuadas de inscribirse al S.I.J.P. [...]»³

En el caso que el empleador no cumpla con la obligación ya detallada, el Estado se ve directamente perjudicado en su patrimonio, ya que se lo priva de los fondos necesarios para sostener el sistema previsional y demás beneficios sociales.

La conducta incumplidora por parte del empleador puede ser considerada como fraude, ya que se encuentran dados los elementos típicos respecto de dicho ilícito, a saber: el engaño y el perjuicio.

El engaño se materializa mediante la falta de registración de la relación laboral, generando una apariencia de inexistencia del vínculo laboral ante los organismos de control y en consecuencia efectuando una omisión dolosa respecto de la retención, contribución y depósito de los fondos correspondientes a la seguridad social y el

sistema integrado de jubilaciones y pensiones.

El perjuicio patrimonial respecto de la administración pública resulta ostensible, dado que ésta se ve privada de los recursos económicos previstos por la legislación aplicable que deberían ingresar al sistema de seguridad social.

Habré de dejar constancia que también el empleador presuntamente se beneficiaría económicamente de si acción ilícita, ya que las sumas que corresponderían en concepto de retención y contribución se mantendrían dentro de su patrimonio.

En consecuencia, a mi entender, nos encontramos ante una acción típica (descripta en el ordenamiento penal como delito), antijurídica (contraria al ordenamiento jurídico) y culpable (voluntad del autor de efectuarla – dolo).

Saliendo del tipo penal, debo mencionar que la consecución de este posible ilícito tiene un alcance colectivo y social, ya que afecta la sostenibilidad del sistema previsional y la capacidad del Estado para cumplir con sus obligaciones sociales.

La conducta del empleador el cual, con conocimiento y plena voluntad, toma la decisión de no registrar a un trabajador a su cargo y omite de forma dolosa realizar los correspondientes aportes previsionales, puede ser considerada ardidosa, ya que nos encontramos ante una estrategia deliberada para eludir las obligaciones fiscales en pos de obtener un beneficio económico propio a expensas del Estado y del trabajador.

La consecuente omisión de efectuar los aportes previsionales y sociales no solo implica un incumplimiento de las leyes laborales y fiscales, sino que constituye un delito penal, debiendo encajarse esta conducta en la figura de fraude a la administración pública a tenor del engaño y el perjuicio económico contra el Estado a los fines garantizar la protección del sistema

³ Cámara Federal de la Seguridad Social, Capital Federal, C. E. y S. R. S.H. c. A.F.I.P. - D.G.I. s/ impugnación de deuda, 15 de junio de 2007.

de seguridad social y el respeto a los derechos laborales en la Argentina.

Aquí abre de llevar más allá el análisis respecto de la participación del empleado. En conversación con un colega respecto de la temática, este me plantea el siguiente interrogante: ¿El empleado no sería partícipe necesario en este supuesto ilícito perpetrado por el empleador? ¿No tendría el empleado la obligación de denunciar esta situación contraria a derecho?

Ante este planteo, mi postura es que ello no es correcto, ya que en la relación laboral el empleado resulta ser la parte más débil (principio protectorio del derecho laboral) y por tanto el acto de denunciar o no a su empleador por esta conducta ilícita resulta facultativo y no obligatorio, no existiendo disposición legal vigente que lo oblige en tal sentido.

Otra problemática respecto de la figura podría materializarse en la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de ilícitos, temática de extenso debate, la cual excede al presente.

Quedando claro el perjuicio para la administración pública, corresponde considerar si la omisión de efectuar el depósito de los aportes correspondientes para la seguridad social y jubilación, podría configurarse como delito de estafa en perjuicio del empleado.

Esta figura delictiva, tipificada en el artículo 172 del código penal, sanciona a quien mediante «engaños o ardides» obtenga un beneficio patrimonial en perjuicio de otro.

En el marco normativo de la república argentina, el empleador tiene la obligación de registrar formalmente a sus trabajadores y realizar los aportes previsionales y de seguridad social correspondientes (de conformidad con lo dispuesto en la ley de contrato de trabajo y el sistema integrado de jubilaciones y pensiones).

El incumplimiento efectuado respecto de dichas disposiciones no solo podría vulnerar derechos laborales del más débil de la relación laboral, sino que también podría constituir una acción delictiva si se acredita

la existencia de un ardid y un perjuicio económico concreto.

Los elementos típicos del delito de estafa resultan ser el ardid o engaño (configurado por la ocultación de la relación laboral y en la aparente normalidad de la situación ante el trabajador), el perjuicio patrimonial (el empleado queda privado de derechos fundamentales como la cobertura de seguridad social y aportes jubilatorios) y dolo del empleador (intención del empleador de obtener un beneficio, a saber, reducción de costos laborales y fiscales por evadir las obligaciones legales).

La falta de cumplimiento de los deberes detallados por parte del empleador, podría afectar gravemente el patrimonio del empleado, el cual, al no estar registrado, eventualmente pierde ingresos potenciales y futuros derivados de su jubilación y cobertura de salud.

Sin perjuicio de lo antes dicho, nos encontrariamos ante una figura más subjetiva, ya que el «perjuicio» que puede haber sido ocasionado al trabajador puede o no ser percibido en tales términos por parte de este, ya que existe la posibilidad que por diversas situaciones se encuentre «de acuerdo» o «a gusto» con su situación irregular.

Como conclusión del presente, podemos decir que la no registración de un trabajador y la omisión de los aportes previsionales, y ante la desaparición de una sanción específica ya detallada, pueden ser analizadas desde una perspectiva penal como un posible delito de estafa (contra el empleado) y fraude a la administración pública, ya que prima facie se encontrarían prima facie presentes los requisitos/elementos necesarios para la configuración de dichas figuras delictivas. Según mi criterio, conforme se encuentra diagramado nuestro sistema judicial, reconocer estas conductas descriptas como posiblemente delictivas resulta un paso necesario para garantizar la protección del patrimonio de la administración pública, de los trabajadores y la justicia en las relaciones laborales en la argentina.

Ahora bien, en un último acápite considero que la supresión de la sanción específica por decreto presidencial atenta contra la seguridad jurídica de todo el sistema de derecho, dando lugar a interpretaciones válidas como la presente que en la práctica podrían tener consecuencias mucho más gravosas que la pretendida originalmente y respaldada por el entramado social.

Bibliografía

- Bevel, T., & Gardner, R. M. (2008). *Bloodstain pattern analysis: Third edition with an introduction to crime scene reconstruction*. CRC Press.
- Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579 (1993).
- Bunge, M. (1960). Causality and modern science. *Nature*, 187(4732), 123–124. <https://doi.org/10.1038/187123a0>
- Locard, E. (1935). *Manual de técnica policiaca* (J. Moneto, Trad.). Maxtrol.
- Miranda, M. D. (2021). La huella en la técnica: La ciencia forense y la mirada del conocedor. *Sinergia de Ciencia Forense Internacional*, 3, 100203. <https://doi.org/10.1016/j.fsisyn.2021.100203>
- Raffo, O. H. (2009). *Tanatología: Investigación de homicidios* (1.a ed.). Universidad de Buenos Aires.
- Chisum, W. J., & Turvey, B. E. (2011). *Crime reconstruction* (2nd ed.). Elsevier.
- Innett, M. R., & Brooks, J. (2000). The significance of the principles of stratigraphy in forensic science. *Forensic Science International*, 112(1), 11–18. [https://doi.org/10.1016/S0379-0738\(00\)00233-3](https://doi.org/10.1016/S0379-0738(00)00233-3)
- Argentina. Ley No. 11.922. Boletín Oficial N.º 23.280, 23 de enero de 19.
- .