

COORDINADORES

Marcelo D. Lerman

Leandro A. Dias

Investigaciones en derecho penal y teoría del derecho

Alejandra Verde



Editores
del Sur

Investigaciones de **derecho penal** **y teoría del derecho**

Colisión de deberes. Concurso aparente de normas. Defensa penal. Accesoriedad limitada, dolo y culpabilidad. Encubrimiento, receptación y tenencia de estupefacientes. Obligatoriedad de los fallos plenarios. Conceptos de patrimonio. COVID y otros contextos de emergencia. Promesa anterior, complicidad y lavado de activos

Alejandra Verde



Contenido

Presentación	19
--------------------	----

SECCIÓN I: TEORÍA DEL DERECHO Y DERECHO PENAL

A. Colisión de deberes en derecho penal

¿Disolución de colisiones de deberes jurídicos? Recensión a Ivó Coca Vila, <i>La colisión de deberes en Derecho penal</i>	27
I. Introducción	27
II. Descripción de la tesis	28
1. Objeto y estructura de la obra	28
2. La tesis central de Coca Vila.....	30
2.1. Su punto de partida teórico: la negación de los conflictos de deberes jurídicos y sus consecuencias sistemáticas.....	30
2.2. Ponderación entre razones de obligación	33
2.3. El marco conceptual de la crítica al principio del interés preponderante	33
2.4. Crítica al principio del interés preponderante y propuesta de reemplazo	35
2.5. El problema particular del conflicto vida contra vida: la legitimación de la solución del problema ante los ojos de quien va a morir	38
III. Crítica de la tesis	39
1. Presentación	39
2. Imprecisiones de la exposición inicial.....	40
3. Un método más fino para ponderar entre deberes jurídicos.....	41
4. ¿Inexistencia de conflictos entre deberes jurídicos?	42
5. ¿Conflictos entre razones de obligación y no entre deberes jurídicos?	44
6. ¿Exclusión del tipo en caso de colisión de deberes?	52
IV. Conclusión	54
Bibliografía	55

Fundamento y límites de la impunidad por colisión de deberes en derecho penal	
A propósito de “Normas penales y conflictos de deberes”, de Juan Pablo Alonso	57
I. Introducción	57
II. La posición de Alonso	58
1. Condena bajo cualquier supuesto	61
2. Condena bajo un supuesto y absolución bajo el otro.....	62
3. Absolución bajo cualquier supuesto	63
III. Análisis crítico de la posición de Alonso	64
IV. Conclusión	74
Bibliografía	75

B. Inconsistencia entre normas

Tenencia de estupefacientes y receptación. Inconsistencias entre normas y despenalización	79
I. Introducción	79
II. Inconsistencias lógicas entre normas: parcial-parcial	84
III. El campo de aplicación propio de cada norma	86
IV. Superposición del campo de aplicación de las normas	89
V. Solución legal a este tipo de inconsistencias: concurso aparente de normas.....	91
VI. Derogación de formulaciones normativas: complejidad y problemas	93
VII. ¿Cómo se debe interpretar el fallo “Arriola” de la CSJN?	96
VIII. La relación entre la regla de clausura del derecho penal y la derogación.....	98
IX. Soluciones posibles	100
Bibliografía	101
Jurisprudencia.....	102

Ni tenencia de estupefacientes ni encubrimiento.

Comentario a la Sentencia n° 14 del 11/05/2014, dictada por la Cámara del Crimen de Cuarta Nominación de la ciudad de Córdoba	105
I. Descripción del caso	105
II. La argumentación del tribunal.....	107
III. Marco legal y jurisprudencial	110
IV. Apreciaciones críticas y solución adecuada del problema	112
1. Superposición del campo de aplicación de las normas.....	112
2. Solución legal a este tipo de inconsistencias: concurso aparente de normas.....	113
3. Una interpretación coherente de “Arriola”	115

4. El caso "Camissa"	117
V. Conclusión	120
Bibliografía	121
Jurisprudencia:.....	122

C. La validez de las normas

Acerca de la inconstitucionalidad de las normas que prescriben la obligatoriedad de los fallos plenarios	125
I. Introducción	125
II. Características definitorias y antecedentes normativos de los fallos plenarios	127
1. Características definitorias de los fallos plenarios	127
2. Antecedentes	129
III. La obligatoriedad de una norma y su constitucionalidad. Validez formal y material de las normas	132
IV. Un problema de coherencia: conflictos entre el artículo 10 de la Ley 24.050 y otras normas de jerarquía superior y principios constitucionales	137
1. La función del juez. El método judicial argentino	137
2. ¿De qué modo el Derecho obliga al juez?	141
3. Entonces, ¿es inconstitucionales el 2º párrafo del artículo 10 de la Ley 24.050?	144
V. Conclusiones.....	149
Bibliografía	151
Jurisprudencia.....	153

SECCIÓN II: PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL

Defensa penal y encubrimiento: ¿conductas profesionalmente adecuadas?	157
I. Introducción	157
II. Planteo del problema.....	161
1. Distinciones	161
2. El problema	164
2.1. Nociones de encubrimiento	164
2.2. La defensa penal	166
III. Soluciones posibles: ¿conducta atípica o típica pero no antijurídica?	167

IV. Toma de postura	169
V. Conclusión	173
Bibliografía	174
Jurisprudencia.....	176
“Promesa anterior” y conductas posdelictuales	177
I. Introducción	177
II. El derecho positivo y su interpretación mayoritaria	179
1. La evolución legislativa y las propuestas de reformas	180
2. La interpretación dominante de esas modificaciones legislativas.....	182
3. La delimitación entre complicidad en el delito previo y encubrimiento posterior según la doctrina dominante.....	185
III. Promesa anterior: ¿complicidad o encubrimiento?.....	187
IV. ¿Cambió la norma la reforma?	189
V. Balance provisional.....	191
VI. Promesa anterior y lavado de activos	192
VII. Conclusión	195
Bibliografía	195
Dolo en la culpabilidad y la accesoriedad limitada: posturas inconciliables. Un ejemplo a partir una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (Argentina).....	197
I. Introducción	197
II. Marco legal y posiciones doctrinarias sobre autoría y participación.....	198
1. Preliminar	198
2. Teorías subjetivas de la participación	200
3. Teorías objetivas de la participación: formales y materiales	201
3.1. Teoría objetivo-formal de la participación	202
3.2. Teoría del dominio del hecho	204
III. La postura del Tribunal Superior de Córdoba (TSJ) en materia de autoría y participación	206
1. La autoría según el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: criterios para delimitar entre autor, coautor y autor mediato.....	208
2. Criterio para delimitar la coautoría de la complicidad según el TSJ de Córdoba.....	209
3. Partícipes en sentido estricto: clases y criterios delimitadores. La postura del TSJ de Córdoba.....	214

4. Los delitos especiales y las teorías de la participación criminal	218
IV. La accesoriadad de la participación	220
1. Clases de accesoriadad	221
2. Accesoriadad limitada: ¿a qué?	222
V. Las teorías puestas en aplicación concreta: la jurisprudencia del TSJ de Córdoba.....	223
1. Descripción de un caso	223
2. Delito de pago con cheques sin provisión de fondos: un delito especial propio.....	226
3. La posición del TSJ de Córdoba en el fallo “Farchetto”: apreciación crítica	227
VI. Conclusión	230
Bibliografía	231
Jurisprudencia.....	233

SECCIÓN III: PARTE ESPECIAL DEL DERECHO PENAL

El concepto de patrimonio en derecho penal.

Un recorrido por las diferentes teorías del patrimonio como bien jurídico individual	237
I. Introducción	237
II. Derecho (penal) y delitos de cuello blanco	239
III. El patrimonio como bien jurídico	242
1. Diferentes concepciones de patrimonio en el derecho penal.....	245
1.1. El concepto jurídico de patrimonio.....	247
1.2. Concepto económico de patrimonio.....	248
1.3. Concepto económico-jurídico de patrimonio	251
1.4. Concepto personal de patrimonio.....	255
1.5. Toma de postura	260
IV. Conclusión	267
Bibliografía	267
Jurisprudencia.....	270

COVID y otros contextos de emergencia:

¿responsabilidad penal por decisiones políticas?.....	271
I. Introducción	271
II. ¿Responsabilidad penal por decisiones políticas?	277
1. Aclaraciones preliminares	277
2. Marco normativo aplicable.....	278

3. Problematización de supuestos	280
3.1. Delimitación de los casos a analizar	280
3.2. Planteo de casos hipotéticos	280
Bibliografía	285
Análisis del fallo: dolo y fin de lucro en el delito de receptación	287
I. Introducción	287
II. Los problemas que surgen del caso	288
1. Algunos detalles sobre el fallo	288
2. Exposición de problemas a tratar	290
III. El delito de receptación	290
1. Primeras aproximaciones	290
2. El delito de receptación en la legislación y doctrina argentinas	293
2.1. La opinión dominante	293
2.2. Crítica a la postura dominante argentina (I): el bien jurídico protegido	294
2.3. Crítica a la postura dominante argentina (II): una forma de encubrimiento	296
3. Toma de postura: el daño y la ilicitud material de la receptación	298
3.1. El daño	298
3.2. La ilicitud material	300
4. Algunas consecuencias dogmáticas de la tesis asumida: el dolo y el fin de lucro	304
IV. El dolo en la receptación	305
1. De lege lata	305
2. De lege ferenda	307
V. El fin de lucro en la receptación	309
VI. De la teoría a la <i>praxis</i>	312
VII. Colofón	314
Bibliografía	315
Jurisprudencia	318

SECCIÓN IV: DERECHO PROCESAL PENAL

Repercusiones probatorias del principio de inocencia. Violación al <i>in dubio pro reo</i> , al <i>onus probandi</i> y al trato de inocente en el Código Procesal Penal de Córdoba y en su actual interpretación	321
I. Introducción. Objeto del trabajo y planteo del problema	321

II. Principios jurídicos	323
1. Concepto	323
2. Clasificación de los principios jurídicos	326
III. Principio de inocencia	328
1. Concepto. Extensión	328
2. Corolarios del principio de inocencia.....	330
2.1. <i>In dubio pro reo</i>	330
2.2. <i>Onus probandi</i> o exclusión de toda carga probatoria para el imputado.....	334
2.3. Coerción personal durante el proceso: derecho del imputado a permanecer en libertad (excepcionalidad del encarcelamiento preventivo)	338
IV. Normas e interpretaciones del CPP de Córdoba que pasan por alto las repercusiones probatorias que se infieren de los tres corolarios del principio de inocencia.....	341
1. Afectación del <i>in dubio pro reo</i>	341
2. Afectación del <i>onus probandi</i>	343
3. Afectación al derecho del imputado a permanecer en libertad durante el proceso	350
V. Conclusiones.....	356
Bibliografía	358
Jurisprudencia.....	360

Presentación

Este libro reúne una serie de artículos que tuve la oportunidad de publicar en distintos momentos de mi carrera académica. Algunos son ya muy antiguos, escritos y publicados antes incluso de obtener las becas de doctorado del CONICET y del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD); otros fueron escritos –no todos publicados– durante mis estudios de doctorado; y otros ya con posterioridad a haber obtenido el título de doctora en derecho.

Creo que a muchos nos ocurre lo mismo con los artículos escritos en épocas de juventud: quisiéramos o no haberlos escrito o modificarlos por completo. Pues bien, los que quisiera no haber escrito no están en esta compilación. Y a los que quisiera modificar decidí incluirlos tal como fueron publicados o escritos en su momento, cohibiendo el deseo de mejorarlos. En primer lugar, porque no dispongo ya del tiempo para eso; y, en segundo lugar, porque prefiero someter esa producción a la crítica de lectores, que sin dudas será más aguda que la mía.

Es claro, no obstante, que si he decidido publicar estos artículos así, “como estaban” (más allá de algunas pocas correcciones de forma), es porque creo que tienen al menos el valor de que muestran cuáles fueron los problemas que siempre despertaron mi atención como jurista, a saber: los conflictos o colisiones entre deberes, valores, etc., y las distintas clases de concursos que pueden presentarse entre leyes y hechos. Esto se ve con toda claridad en mi tesis doctoral (*La receptación como delito contra el mercado formal*, publicada por Marcial Pons en 2019) o en el trabajo sobre *Wahlfeststellung* o subsunción alternativa en la condena (que escribí y publiqué en *InDret* 1/2016). En aquella monografía dedico bastante espacio a la difícil cuestión de los denominados delitos posteriores copeados (que no es otra cosa que una forma de concurso de leyes); y en ese artículo me refiero a un tema que, en los manuales alemanes sobre la

parte general del derecho penal, es siempre incluido en el capítulo referido a concursos (de leyes), porque involucra, precisamente, al problema que se presenta cuando, tras el juicio, se sabe con seguridad que el imputado cometió un delito u otro pero se duda acerca de cuál de ambos, en concreto, cometió.

Estos intereses, como decía, se reflejan en los artículos incluidos aquí. Ello puede verse nítidamente en las primeras dos secciones del libro. En la primera se abordan problemas directamente relacionados con conflictos o colisiones entre deberes y normas. Así, en mi artículo “¿Disolución de colisiones de deberes jurídicos?” abordé críticamente la excelente tesis doctoral de Ivó Coca Vila sobre esta temática (véase su libro *La colisión de deberes en derecho penal*, Atelier, 2016). Y en mi artículo “Fundamento y límite de la impunidad por colisión de deberes en derecho penal” me ocupé, también críticamente, del tan sugerente trabajo de Juan Pablo Alonso sobre la supuesta existencia de una contradicción normativa entre dos tipos del Código Penal argentino: el del artículo 176, inciso 3º (conceder ventajas indebidas a un acreedor), y el del 302, inciso 1º (no abonar un cheque dado en pago).

Por otra parte, en el artículo “Tenencia de estupefacientes y receptación” critico una solución dada por jurisprudencia muy minoritaria a los casos de tenencia de estupefacientes para consumo personal, que entiende que, aunque estén (o porque están) de hecho “despenalizados” por el fallo “Arriola” de la Corte Suprema, quedan de todos modos capturados por el tipo penal de encubrimiento por receptación. Me ocupé entonces de negar que exista allí una posible inconsistencia entre normas. A la misma temática me dedico en el artículo siguiente: “Ni tenencia de estupefacientes ni encubrimiento”.

La cuestión de los conflictos normativos está muy vinculada, naturalmente, a la referida a la validez de las normas, pues aquellos, en definitiva, plantean el problema de cuál de las normas en conflicto es la que rige válidamente el caso. Pues bien, en el último artículo de esta primera sección del libro me ocupé, precisamente, de un problema de validez de normas, en particular de la que establece la obligatoriedad de los fallos plenarios.

En la segunda sección del libro, mi interés por conflictos o colisiones entre normas, deberes y valores se refleja claramente, también, en el artículo que la inicia: “Defensa penal y encubrimiento: ¿conductas profesionalmente adecuadas?”. Allí me refiero a la ardua problemática que aparece

en los casos en los que un abogado defensor ejerce la defensa de una persona sabiendo que es culpable: ¿debe ser responsabilizado por encubrimiento? Y si no, ¿no debe serlo porque su conducta es atípica o porque, pese a ser típica, está justificada? También aquí se presenta un claro caso de colisión entre valores y deberes: la de no ayudar a que otro pueda evitar, total o parcialmente, una pena y la de contribuir con la defensa en juicio.

En el artículo “Promesa anterior y conductas posdelictuales” aparece otro problema de conflicto entre normas, en esta ocasión el que se produce en los supuestos en los que una persona promete al futuro autor de un delito que lavará el dinero que provenga de este y después cumple con dicha promesa, lavando efectivamente ese dinero: ¿debe imputársele lavado de activos o complicidad secundaria en el delito previo?

Por supuesto que gran parte de estos artículos están estrechamente vinculados no solo a los conflictos y concursos entre leyes y delitos, sino también a la problemática de las conductas posdelictuales y, entre estas, a las de encubrimiento y receptación. No podía ser de otro modo porque, como ya dije, mi tesis doctoral se ocupó precisamente de este último delito. Y es lógico, a su vez, que el interés en esos tipos penales de la parte especial se explique en el interés que siempre tuve, también, en cuestiones de autoría y participación. Porque tanto la receptación como las distintas formas de encubrimiento –y también el lavado de activos– se caracterizan no solo por ser delitos vinculados con otros (con el denominado “delito previo” o “precedente”), lo cual muestra su vinculación con los problemas concursales; además de ello, estos tipos penales se conectan con la problemática de la participación criminal: o bien porque exigen que el autor del delito posterior no hubiese participado en el previo (así, el encubrimiento y la receptación), o bien porque expresamente se admite la tipicidad del delito posterior incluso si hubo participación en el delito precedente (así, el “autolavado”). No debería sorprender, entonces, que mientras preparaba mi tesis doctoral me interesara también por los problemas de accesoriadad que se presentan en la participación criminal. De esto da cuenta, precisamente, el artículo que cierra esta segunda sección (“Dolo en la culpabilidad y la accesoriadad limitada”).

Que la tercera sección se abra con un artículo sobre los distintos conceptos de patrimonio se explica, nuevamente, por lo que escribí en mi tesis doctoral: sostuve allí también que la receptación es un delito que

compromete el mercado formal, no el patrimonio individual de las personas (como se afirma en Alemania) ni la administración de justicia (como se afirma en Argentina). Pues bien, para negar lo primero fue necesario investigar qué se entiende por “patrimonio” en Alemania, y es el resultado de esa investigación –lateral, si se quiere, para mi tesis– lo que quedó volcado en ese trabajo que publico aquí, titulado “El concepto de patrimonio en derecho penal”. Por su parte, una toma de posición interpretativa como esta exigía mostrar que el ánimo o fin de lucro tendría que formar parte de los elementos del tipo básico de receptación, y no de una tipicidad agravada, tal como lo resolvió el legislador en Argentina. Una crítica a esa decisión legislativa es lo que puede leerse en “Dolo y fin de lucro en el delito de receptación”, el artículo que cierra esta tercera sección del libro.

Antes, trabajo otro conflicto importante: la reciente pandemia provocada por el virus conocido como COVID-19 generó múltiples polémicas jurídicas. Una, por cierto, es la del *triage*, otra típica situación de colisión de deberes. Pero en el artículo “COVID y otros contextos de emergencia” me ocupó, principalmente, de otra: la que se plantea a partir del dilema de si corresponde criminalizar, o no, decisiones políticas que impactan en la propagación de esos flagelos o en su no mitigación.

Finalmente, la cuarta sección está dedicada íntegramente a un problema clásico de conflicto de valores propio del derecho procesal penal: ¿debe privilegiarse la presunción de inocencia o la seguridad del proceso? Y en función de esto, ¿cuáles son los límites de la prisión preventiva? ¿Cuáles son sus repercusiones probatorias? ¿Qué papel juegan en estas ponderaciones el estándar de prueba que impide condenar si subsiste una duda razonable y la regla conforme a la cual en casos de duda debe decidirse en favor de la posición del imputado? ¿Qué impacto tiene esto en ciertas normas procesales, como la que permite la reapertura del debate? Todo esto –y bastante más– es lo que aborda el último artículo del libro: “Repercusiones probatorias del principio de inocencia”.

Agradezco muy especialmente tanto a Marcelo Lerman y Leandro Días –directores de esta colección– como a Editores del Sur por su interés en publicar este libro.