

ILEGALIDAD DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA*

ILLEGALITY OF THE DEPRIVATION OF LIBERTY OF CHILDREN AND ADOLESCENTS IN THE PROVINCE OF CÓRDOBA

*Alejandro Berrotarán** Juan Bautista López****

Resumen: En este trabajo abordaremos la situación legal de las niñas, niños y adolescentes (NNA) menores de 16 años que se encuentran privados de su libertad en la provincia de Córdoba en virtud de la aplicación de la ley 9944. Para empezar, aportaremos información basada en informes oficiales que evidencia que existen niños y adolescentes de dicha franja etaria, privados de su libertad en la provincia de Córdoba. Posteriormente, mostraremos que la medida legalmente establecida, que impide la externación por la sola voluntad de NNA, implica una privación de la libertad. Luego se hará un abordaje específico del artículo 87 inciso f) y se argumentará por qué el supuesto allí previsto no puede considerarse una medida punitiva ni una cautelar y por qué una medida protectora dispuesta en favor de los NNA, con las características fijadas en la ley, deviene en ilegítima. Por último, se harán consideraciones finales sobre el tema abordado.

Palabras-clave: Privación de la libertad - Interés superior del niño - Procedimiento Penal juvenil - Medidas protectorias - Derechos de las niñas, niños y adolescentes.

* Trabajo recibido el 28 de junio de 2020 y aprobado para su publicación el 28 de agosto del mismo año.

** Alejandro Berrotarán. Abogado (Universidad Nacional de Córdoba/UNC). Becario Doctoral de CONICET (CIJS). Maestrando en Derecho y Argumentación (UNC) (contacto: alejandroberrotaran@derecho.unc.edu.ar).

*** Juan Bautista López. Abogado (Universidad Nacional de Córdoba/UNC). Profesor auxiliar de Derecho de los Recursos Naturales (Derecho - UNC). Maestrando en Derecho y Argumentación (UNC) (contacto: uan.bautista.lopez@unc.edu.ar).

Abstract: In this work we will address the legal situation of children and adolescents under 16 years old who are deprived of their liberty in the province of Córdoba by virtue of the application of the Law 9944. To begin with this approach, we will provide information based on official reports that show that there are children and adolescents of this age group deprived of their liberty in the province of Córdoba. Subsequently, we will show that the legally established measure that prevents removal by the sole will of the child implies a deprivation of their liberty. Next, a specific approach will be made of the article 87 (f) and it will be argued why it cannot be considered a punitive or a precautionary measure and why a protective measure in favor of children, with the characteristics set out in the law, becomes illegitimate. Lastly, final considerations will be made on the topic addressed.

Keywords: Deprivation of liberty - Best interests of the child - Juvenile criminal procedure - Protective measures - Rights of children and adolescents.

Sumario: I. Introducción. II. Situación fáctica de los niños, niñas y adolescentes privados de su libertad en Córdoba. III. Análisis del artículo 87 inciso f) de la ley 9944.

I. Introducción

Recientemente a través de la modificación de la ley provincial 9944 se introdujeron importantes avances en materia de promoción de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (NNA) de la Provincia de Córdoba. La reforma introducida por la ley 10637 incorporó, entre otras modificaciones, límites a la cantidad de tiempo que un NNA puede estar privado de su libertad en virtud de una medida de provisoria de coerción o de resguardo y la incorporación de la figura del Abogado del niño. Si bien estos cambios significan un avance en cuanto a la protección y promoción de los derechos de este colectivo, por las razones que se presentarán en este trabajo, la privación de la libertad a NNA menores de 16 que todavía posibilita el artículo 87 inciso f) resulta contraria al sistema jurídico de protección integral de NNA de fuente nacional e internacional.

En este sentido, en este trabajo se abordará la situación fáctica en la que se hallan los NNA internados en virtud de la ley 9944 y la legalidad de su privación de la libertad a partir de los compromisos institucionales asumidos por el Estado provincial y nacional en diferentes normas nacionales y tratados internacionales¹.

(1) Agradecemos al Programa de Ética y Teoría Política de la Universidad Nacional de Córdoba por las sugerencias y correcciones al presente trabajo.

II. Situación fáctica de los niños, niñas y adolescentes privados de su libertad en Córdoba

En la actualidad en la provincia de Córdoba existen NNA no punibles en razón de su edad (menores de 16 años) privados de su libertad en virtud del artículo 87 inciso f)² de la ley 9944 (ex inciso e)), aplicable a estos casos por la remisión efectuada por el artículo 94 de la misma normativa. Cabe recordar que estos menores no son punibles, por lo que, ante la comisión de un ilícito, no son sometidos a un proceso penal *stricto sensu*, sino que se inicia el procedimiento especial previsto en el capítulo II, del título VII de la ley mencionada (arts. 92 y ss.).

Es el mismo Poder Judicial de Córdoba, quien, de forma clarificadora, mediante un informe del año 2016 titulado “Adolescentes Privados de la Libertad conforme al Procedimiento Penal Juvenil por presunta infracción a la Ley Penal en Córdoba Capital”³ nos acerca una perspectiva sobre la magnitud del número de NNA menores de 16 años privados de su libertad. En este sentido, el Centro de Estudios y Proyectos Judiciales del Tribunal Superior de Justicia hace explícitamente referencia a que los adolescentes se encuentran “privados de su libertad”. Entre las estadísticas arrojadas por el estudio se extrae que entre enero y diciembre de 2016, en Córdoba Capital fueron privados de su libertad 1.132 NNA, de los cuales, el 0.1% tenía 10 años; el 0.2%, 12 años; el 2%, 13 años; el 8%, 14 años y el 19%, 15 años. Es decir que un 29.3% de los NNA privados de su libertad en 2016 en Córdoba capital fueron menores de 16 años. De esta manera, en el año 2016, más de 300 NNA menores de 16 años fueron privados de su libertad.

La jurisprudencia local da cuentas de la situación de privación de la libertad en la que se encuentra el mencionado colectivo. Así, en el fallo de los autos caratulados “Hábeas Corpus Correctivo presentado por Legisladores Provinciales en favor de jóvenes internados en el Complejo Esperanza” (Expte. 3496654), el Juez Penal Juvenil de 4ta. Nominación, González de Solar, establece que en el Complejo Esperanza los NNA allí ubicadas están privadas de su libertad. Así, si bien el mencionado magistrado negó la existencia de ilegítimo agravamiento en las condiciones en que se cumple la privación de la libertad de los niños y adolescentes de este complejo, acepta en la sentencia que estos, sin realizar distinciones entre mayores y menores de 16 años, se encuentran efectivamente privados de su libertad.

(2) Artículo 87.- Medidas provisorias. El Juez puede disponer: (...) f) Su atención integral y excepcional en un establecimiento cuyo régimen incluya medidas que impidan la externación por su sola voluntad una vez evaluada fehacientemente la ineficacia de las alternativas previstas precedentemente. En este supuesto la niña, niño o adolescente debe permanecer bajo este régimen el menor tiempo posible, el que no puede exceder los seis (6) meses, salvo que el Juez requiera autorización en forma fundada, remita todos los antecedentes que obraren en la causa a la Cámara de Niñez, Juventud y Violencia Familiar y ésta otorgue la correspondiente prórroga cuando -evaluados todos los antecedentes- la estime imprescindible para el cumplimiento de la finalidad tuitiva.

(3) Informe Disponible en: www.justiciacordoba.gob.ar/cepj/Estudios/FileArchivo.aspx?id=129 Fecha de última consulta: 25 de junio de 2020.

Además de estas fuentes, las condiciones materiales y las rutinas a las que se hayan sometidos los NNA en el Complejo Esperanza dan cuentas de la situación de privación de la libertad en la que este grupo se encuentra. Así, los NNA no punibles se encuentran confinados en habitaciones con horarios de ingreso y salida. Estas habitaciones se encuentran en un pabellón que cuenta con un salón de usos múltiples con enlaces (rejas) que se cierran y se abren en determinados horarios. Estos NNA tienen además una rutina normada en la que se establece un horario para despertarse, desayunar, almorzar, cenar y para hacer las diversas actividades que se realizan en el Complejo, no gozando de una libertad de circulación en él. A la presencia de “enlaces”, que separan el exterior del complejo del interior del módulo IV (ex instituto San Jorge), se le suma la presencia, en el espacio entre el enlace y el exterior, de un habitáculo en donde un guardia del establecimiento, a través de una ventana, observa y controla lo que sucede adentro. De esta manera, se puede observar que los NNA no punibles ubicados en el módulo IV, se encuentran en condiciones de encierro con semejantes rigurosidades y restricciones a las de los módulos donde se encuentran jóvenes punibles (ubicados en el módulo I, ex Instituto Nuevo Sol, y módulo II, ex instituto Horizontes) y a las de aquellos lugares donde se ejecutan las penas de los adultos.

Por lo expuesto, se puede afirmar que en la Provincia de Córdoba existen NNA menores de 16 años encerrados en estos establecimientos, por aplicación de la medida dispuesta en el artículo 87 inciso f) de la ley 9944, configurando dicho encierro una ilegítima privación de la libertad conforme a lo que seguidamente se expondrá.

III. Análisis del artículo 87 inciso f) de la ley 9944

La posibilidad del juez penal juvenil de imponer la privación de la libertad ambulatoria a aquellos menores de 16 años se encuentra jurídicamente justificada en la norma prevista por el artículo 87 inciso f) de la ley 9944 de esta provincia de Córdoba por remisión expresa del artículo 94 del mismo cuerpo normativo.

A. Internación como privación de la libertad

Es preciso ahora analizar si la medida legalmente establecida en el artículo 87 inciso f), que impide la externación por la sola voluntad del NNA, constituye una medida que implica una privación de la libertad. En efecto, se intentará mostrar que el artículo de la ley en cuestión, justifica la privación de la libertad descrita en el apartado anterior. Para evaluar esto es necesario analizar qué entiende nuestro ordenamiento normativo por privación de la libertad de un NNA.

La ley 26061 en su artículo 19 precisa que será considerada privación de la libertad toda ubicación del NNA en un lugar de donde no pueda salir por su propia voluntad. Este mismo criterio es adoptado por el Sistema Internacional de las Naciones Unidas y por nuestro derecho interno, estableciéndose que no solamente

debe considerarse privación de libertad a la denominada pena privativa de libertad, sino también a toda aquella modalidad de prisión, detención, encarcelamiento o internación en establecimientos de los que no se permita la externación a los NNA por su propia voluntad. Al respecto, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, particularmente su Regla N° 11.b) define: *“Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad...”*. Por su parte, la CIDH en su documento *“Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas”* establece que por privación de libertad se entiende *“... cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no solo a las privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas”*. En esta misma línea, la CSJN sostuvo: *“Que otra característica, no menos censurable de la justicia penal de menores es que se ha manejado con eufemismos. Así, por ejemplo, los menores no son, por su condición, sujetos de medidas cautelares tales como la prisión preventiva ni tampoco privados de su libertad, sino que ellos son ‘dispuestos’. ‘internados’ o ‘reeducado’ o ‘sujetos de medidas tutelares’. Estas medidas, materialmente, han significado, en muchos casos, la privación de la libertad en lugares de encierro en condiciones de similar rigurosidad y limitaciones que aquellos lugares donde se ejecutan las penas de los adultos. En la lógica de la dialéctica del derecho de menores, al no tratarse de medidas que afectan la ‘libertad ambulatoria’, aquellas garantías constitucionales dirigidas a limitar el ejercicio abusivo de la prisión preventiva u otras formas de privación de la libertad aparecen como innecesarias”* (Cons. 26, M., D.E. y otro s/robo agravado por uso de armas en concurso real con homicidio calificado. CSJN, 7/12/2005).

De esta forma, y conforme las definiciones mencionadas, el supuesto contemplado en el artículo 87 inciso f) que establece la imposibilidad de externación del NNA por su sola voluntad, constituye una privación de la libertad de la persona.

B. Ilegitimidad e inconstitucionalidad de la medida prevista por el artículo 87 inciso f) de la ley 9944

De acuerdo a lo mencionado anteriormente, la medida prevista en el artículo 87 inciso f) de la ley 9944, es una medida que implica la privación de la libertad del NNA. Esta privación podría ser considerada desde una naturaleza teleológica como

una medida de tipo punitiva, cautelar o protectora (en resguardo del menor). A continuación, se argumentará por qué no puede considerarse una medida de naturaleza punitiva ni de tipo cautelar y por qué una medida de naturaleza protectora o de resguardo dispuesta en favor de los NNA, con las características fijadas en la ley, deviene en ilegítima.

Medida como sanción penal

El Derecho Penal, y su especialidad, el Derecho Penal Juvenil, importan desde una perspectiva subjetiva, el derecho del Estado a establecer, imponer y ejecutar penas. Esta facultad sancionadora se desarrolla a través del proceso penal, único instrumento habilitado para ello, por lo que resulta imprescindible la existencia de un proceso previo, valga la redundancia, para que pueda imponerse la pena a un sujeto por la comisión de un hecho tipificado como delito.

A fin de establecer un límite al *ius puniendi* del Estado, las normas internacionales de derechos humanos exigen la fijación de una edad mínima a partir de la cual sea posible atribuir responsabilidad y aplicar sanciones penales. En ese sentido la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) dispone que es un deber de los Estados Partes “el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad de infringir las leyes penales” (CDN artículo 40.3.a)).

Esta obligación fue cumplimentada por nuestro país a través del decreto-ley 22278 que establece el Régimen Penal de la Minoridad y en su artículo 1º expresa que no es punible el menor de 16 años por hechos cometidos antes de cumplir esa edad.

La renuncia a la persecución penal de menores de 16 años por parte del Estado responde, según la Doctrina de Protección Integral de Derechos que inspira la CDN, a criterios de política criminal del Estado y no a la falta de capacidad o discernimiento del niño, niña o adolescente, pues éstos mantienen su capacidad plena para comprender y guiar sus actos, como así también para responsabilizarse por ellos.

Su exclusión del proceso penal solamente implica una renuncia del Estado al ejercicio de la coacción estatal pero nunca podrá importar una expulsión de los menores de 16 años del sistema de garantías previsto por el ordenamiento jurídico. Los niños, aun los no punibles, son titulares de los derechos y garantías de todo ser humano frente a la persecución penal del Estado y por ello deben garantizarse respecto al menor no punible los principios establecidos por los artículos 18, 19, 75 inciso 22 CN; 3º, 4º, 37.b), 40 -CIDN; 7º CADH; art. 19 ley 26061; Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas 1, 2, 11.b) y concordantes) y las Reglas de Beijing (Regla 19).

De lo antedicho, surge que la medida de privación de la libertad del NNA adoptada conforme al artículo 87, inciso f), de la ley 9944 de la Provincia de Córdoba, no puede justificarse como pena pues el Estado ha renunciado a cualquier tipo de intervención punitiva respecto de los menores de 16 años.

Medida de tipo cautelar

El artículo 100 de la ley 9944 establece medidas cautelares para resguardar el proceso, sólo contra menores sometidos efectivamente a un proceso penal (mayores de 16 años), expresando que: *“La privación cautelar de libertad de una niña, niño o adolescente sometido a proceso penal sólo puede disponerse excepcionalmente como último recurso y por resolución debidamente fundada cuando no hubiere otros medios eficaces para asegurar el proceso, en los términos y formas que establecen los artículos 281, 281 bis, 281 ter y 336 de la ley N° 8123-Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba- (...)”*. Esta última remisión es efectuada a los artículos de la ley adjetiva que regulan específicamente el instituto de la prisión preventiva como medida cautelar para asegurar los fines del proceso penal al cual se someten las personas mayores de edad. Sin embargo, los NNA menores de 16 años no pueden estar sometidos a un proceso de tipo penal, debido a que el Estado argentino renunció a su punibilidad, por lo que no es posible establecer contra estos una medida de tipo cautelar tal y como se encuentra definida por la ley 9944. De esta forma, la privación de la libertad dispuesta en el artículo 87 inciso f) no puede ser de tipo cautelar.

Medida de protección en favor de los NNA (de resguardo)

Descartadas las alternativas anteriores, cabe evaluar si la privación de la libertad establecida en la medida bajo análisis es de tipo protectora o de resguardo en favor de las NNA. La anterior redacción del artículo 82 de la ley 9944 determinaba que el objeto primordial del proceso penal juvenil (en el cual se enmarca el artículo 87 inciso f) era *“la protección y asistencia integral de las niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal”*. Asimismo, el primer párrafo del artículo 87 aclaraba que el juez podía disponer provisoriamente *“en interés del NNA”*, las medidas contenidas en dicho artículo. Bajo tales enunciados, es que, el antiguo texto explícitamente reconocía la naturaleza protectora de las medidas contenidas en el artículo 87.

A partir de la modificación operada mediante la ley 10637, los enunciados referidos sufrieron cambios. Así, en el artículo 82 se modificaron los fines que orientan al proceso penal juvenil y en el 87 se eliminó el interés del NNA como fundamento de las medidas que luego se enuncian. De tal modo, en el texto actual, el fin protectorio en favor de los NNA que orienta la imposición de las medidas del artículo 87, no se enuncia de manera explícita como se lo hacía antes de esta reforma.

Sin embargo, es posible sostener que dicho fin continúa implícitamente presente por las siguientes razones. En primer lugar, si bien se efectuó la modificación del artículo 87 en los términos señalados, las medidas, y en particular la ahora establecida en el inciso f), continúan formuladas en idénticos términos que antes de su modificación. Con lo cual, si las medidas siguen siendo las mismas, y antes tenían el fin de resguardar y proteger al menor, nada permite suponer que ahora, aunque se haya suprimido tal alusión explícita, su finalidad haya variado. En segundo lugar, el capítulo en el cual se encuentra contenido el reformado artículo

87, se titula “Cautelares de *resguardo*”, dando cuenta explícita del fin de resguardo o protección del NNA que orienta estas medidas. En tercer lugar, expresamente se menciona en el inciso f) la “finalidad tuitiva” que cumple tal medida. Por último, la lectura integral de cada una de las medidas contenidas en el artículo 87, da cuenta de que el derecho a resguardar mediante estas cautelares no es otro que el propio derecho del NNA. De esta manera, solo resta concluir que la medida prevista en el artículo 87 inciso f), tiene como fin la protección y el resguardo del NNA.

C. Aplicación de la ley 26061

Es preciso destacar que en materia de protección de derechos de NNA en nuestro país rige la ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Esta ley en su artículo 1 establece que su objeto consistirá en “la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte”, y a su vez destaca que “la omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces”. Al respecto esta ley establece la obligatoriedad de su aplicación al disponer en su artículo 2: “Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles”. En este mismo sentido, la ley provincial 9944 destaca que “los derechos y garantías que se enumeran en la presente norma deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías reconocidos en el ordenamiento jurídico provincial, nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte” (artículo 1) y a su vez de manera clara destaca que la ley nacional 26061 es de “aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas comprendidas en la presente norma” (artículo 4).

De acuerdo a lo mencionado, el seguimiento y respeto por las disposiciones surgidas de la normativa nacional son un imperativo para los gobiernos provinciales y las normas provinciales, incluso procedimentales, que sobre la materia se dicten no pueden vulnerar los derechos reconocidos en aquella. Los límites establecidos por el Congreso Nacional cobran especial relevancia “en los casos en que las normas de forma involucran cuestiones relacionadas con la protección especial de los derechos fundamentales de niños y niñas, configuradas como un piso mínimo e indisponible para las provincias en el marco de sus ordenamientos locales”⁴ ya que “los principios contenidos en las normas de derechos humanos deben ser respetados por todas las regulaciones, tanto nacionales como

(4) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés - FAMÁ, María Victoria - HERRERA, Marisa. *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, comentada, anotada, concordada*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 45.

*locales*⁵. En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversos fallos (“Correa, Bernabé c. Barros, Mario B” 22/6/1923; Netto, Ambrosio v. Empresa de Ferrocarriles de Entre Ríos, 03/9/1924; “Spinetto, Luis Alberto c. Vincent, Miguel” 11/6/1968; entre otros) donde ha establecido, por vía pretoriana, que las normas procesales que resultan imprescindibles para el goce de los derechos son constitucionales, entran en la competencia del Congreso de la Nación y deben ser respetadas por las provincias.

De esta manera, cualquier normativa provincial que implique vulneración de los derechos o garantías previstas en la normativa nacional aplicable resulta inconstitucional, de acuerdo al principio de jerarquía constitucional del artículo 31 de la Constitución Nacional, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Prohibición de medidas protectorias que impliquen la privación de la libertad

Prohibición establecida por el artículo 41 de la ley 26061

La argumentación que a continuación se desarrollará establecerá que la posibilidad otorgada por la ley 9944 de establecer la privación de la libertad del NNA para su protección resulta contraria a la normativa nacional aplicable y deviene, por ello, en inconstitucional.

Primero es preciso resaltar que la medida establecida en el artículo 87 inciso f) de la normativa provincial encuadra en el supuesto fáctico de las medidas excepcionales de protección del NNA establecidas en la ley 26061. Al respecto, esta última normativa establece -en el artículo 39- que se podrán aplicar medidas excepcionales en protección a los NNA cuando éstos “*estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio*”. En el mismo sentido, la medida establecida en el artículo 87 inciso f) establece que ésta sólo se podrá aplicar cuando una evaluación determine que las demás alternativas establecidas en los incisos anteriores resulten ineficaces, fijando un orden creciente y progresivo de intervención estatal⁶. Las demás alternativas son:

- “a) La guarda a cargo de integrantes de su familia o de terceros, sujeta a condiciones que preserven o restauren derechos que estarían amenazados o vulnerados;

(5) LLOVERAS, Nora - SALOMÓN, Marcelo. *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2009, pp. 68-69.

(6) PAPA, Hernán Franco - RUSTÁN, María Victoria (2018). “¿Cárcel o calle? Una mirada desde el punitivismo al Derecho Penal Juvenil de la Provincia de Córdoba”, *Revista Argumentos*, Núm. 6 julio-agosto 2018, pp. 53-65.

- b) La aplicación de los institutos previstos en el Capítulo I cuáter del Título VII de la presente Ley;
- c) Su atención integral a través de programas, proyectos o centros de protección integral cuando la niña, niño o adolescente careciere de familia o de terceros en condiciones de cumplir eficientemente la guarda y apoyar la medida no privativa de libertad;
- d) La atención de la especial problemática de salud o de adicciones que pudiere presentar;
- e) La permanencia en el domicilio bajo la supervisión de la Autoridad de Aplicación”.

Es decir que, según se infiere de la norma, la posibilidad de internación prevista en el inciso f) tendrá lugar cuando el NNA esté previamente privado de un medio familiar o que el respeto a su interés superior exija el apartamiento de este medio familiar. Conforme puede observarse, es el mismo supuesto fáctico que permite la aplicación de las medidas excepcionales dispuestas en la norma nacional 26061.

La ley 26061 establece un límite claro para el establecimiento de las medidas protectoras del artículo 39, es decir, ante casos en donde el NNA esté privado de medio familiar o su interés superior implique el apartamiento de este medio. Así, el artículo 41 de esta norma establece que “e) *En ningún caso, las medidas de protección excepcionales pueden consistir en privación de la libertad*”.

Teniendo en cuenta que la medida estipulada en el artículo 87 inciso f) de la ley 9944 encuadra en el supuesto de hecho contemplado para la disposición de las medidas excepcionales dispuestas en el artículo 39 de la ley 26061, es razonable concluir que las limitaciones previstas para estas últimas medidas, restringen también a la medida del artículo 87 inciso f). De esta manera, al permitir el artículo 87 inciso f) de la ley 9944 la privación de la libertad del NNA, este artículo resulta contrario a la normativa nacional aplicable.

Interés superior del niño

Aun cuando no existiese la disposición legal referida (artículo 41 de la ley 26061), la adopción de la medida prevista por el artículo 87 inciso f) de la ley 9944 (léase privación de la libertad), tomada en favor de la niña, niño o adolescente, contraría el interés superior del niño como principio rector del sistema argentino de protección integral de NNA reconocido en nuestra Constitución Nacional. En este sentido, la norma legal que autoriza esta medida es contraria al derecho convencional incorporado al bloque de constitucionalidad (en particular, vulnera el compromiso asumido internacionalmente en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y en la Convención sobre los Derechos del Niño)

por lo que el acto que la dispone resulta ilegítimo y la ley en cuestión deviene en inconvencional e inconstitucional.

En efecto, la aludida medida resulta un resabio del otrora vigente régimen legal basado en el “paradigma de la situación irregular”, derogado a partir de la puesta en vigencia de la ley 26061⁷. Así, con la sanción de esta última ley, el ordenamiento jurídico argentino, recepitó el paradigma de la Protección Integral de los Derechos del Niño y Adolescente. La diferencia entre ambas concepciones es sustancial: de un objeto de intervención tutelar, sin discernimiento y con un Estado encargado de esta tutela, se evolucionó para considerarlos como sujetos de derechos, con capacidad, y con el Estado como garante de tales derechos. A esta circunstancia se le agrega el compromiso asumido internacionalmente de adoptar medidas eficaces para el goce de estos derechos. El estatus de la niña, niño o adolescente transita así desde un lugar pasivo, sujeto al paternalismo estatal, a un sujeto que cuyos derechos en tanto seres humanos deben ser atendidos desde un enfoque que contemple su situación de desarrollo y vulnerabilidad, replicando en deberes estatales reforzados. Esto implica la supresión de toda potestad de los jueces de disponer de los NNA por motivos tutelares. La intervención estaba antes dirigida a las niñas, niños y adolescentes vagabundos o en condiciones de mendacidad, considerados abandonados moral y materialmente, lo que decía generar una situación antisocial y peligrosa, pues se consideraba que serían quienes con posterioridad iban a cometer delitos contra la sociedad si no se les prestaba atención a tiempo. La solución implementada era aislarlos para que cambien su conducta, siendo la privación de libertad mediante el uso de institutos de rehabilitación, la medida por excelencia.

El respeto al interés superior del niño como rasgo central del sistema integral de protección de NNA, a la luz del nuevo paradigma, colisiona con una medida de resguardo como lo es la prevista en el artículo 87, inciso f) de la ley 9944. Aun cuando ésta se fundamente en la supuesta protección del NNA, la utilización de este tipo de institutos para su rehabilitación social acarrea un grave perjuicio en su persona. Así la sala tercera de la Cámara Nacional de Casación Penal en los autos caratulados “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ recurso de casación”, sostuvo: *“Hoy en día admitimos que todo lugar del que no se pueda salir por propia voluntad es privativo de libertad, y que toda privación de la libertad produce una paulatina aniquilación subjetiva. En estas condiciones ya no podemos hablar de “intervenciones que protejan”*.

A todas luces, el artículo 87 inciso f) prevé una medida de tipo protectorio o de resguardo que implica la privación de la libertad, con los consecuentes efectos nocivos que ello trae aparejado en los NNA. Esto resulta palmariamente contrario

(7) En el mismo sentido PAPA, Hernán Franco - RUSTÁN, María Victoria (2018) señalan que el anterior artículo 87 inciso E.) “lleva al Poder judicial nuevamente a enrolarse, aunque por momentos, en el paradigma anterior de la situación irregular que por dicha ley 9944 se pretende superar”, en “¿Cárcel o calle? una mirada desde el punitivismo al Derecho Penal Juvenil de la Provincia de Córdoba”, ob. cit., p. 60.

al sistema vigente de protección integral de los NNA y las normas convencionales y constitucionales, cuyo fin se plasma en el principio del interés superior del niño. Este principio se encuentra expresamente receptado en los arts. 5 inciso b) y 16, párrafo 1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y artículo 3, párrafo 1 de la Convención de los Derechos del Niño, ambos de jerarquía constitucional según el artículo 75 inciso 22) de la Constitución Nacional. En tal sentido, el mencionado principio exige, en armonía con la normativa convencional citada y la ley nacional 26061 y provincial 9944, el respeto del pleno desarrollo personal, armónico e integral de sus derechos en su medio familiar, social y cultural, y el respeto de su centro de vida entendido este como la “residencia o lugar donde ellos hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia” (artículo 3, incisos c) y f) de la ley provincial 9944 y artículo 3 incisos c) y f) de la ley nacional 26061).

En conclusión, aun en el caso de considerar que la medida del artículo 87 inciso f) de la ley 9944 es dispuesta en favor de los NNA para su protección, esta medida es de carácter ilegítima no sólo conforme a lo previsto en la ley nacional 26061 puesto que ésta implica una privación de la libertad de los NNA prohibida expresamente como medida de protección por dicha norma, sino también por ser opuesta al interés superior del niño como principio rector del sistema legal argentino de protección integral de NNA reconocido en los instrumentos convencionales que conforman nuestro bloque de constitucionalidad.

IV. Conclusión

En la Provincia de Córdoba hay niñas, niños y adolescentes menores de 16 años privados de su libertad en virtud de la aplicación del artículo 87 inciso f) de la ley 9944. Tal y como se argumentó, dicha privación de la libertad no puede estar fundamentada como una medida punitiva ni como una medida cautelar tendente a garantizar los fines del proceso en virtud de que el colectivo mencionado no puede estar sujeto a un procedimiento penal. A su vez, se presentaron razones por las cuales la privación de libertad de los NNA es opuesta a lo establecido por la ley nacional 26061 y contradice el principio constitucional del interés superior del niño. En este sentido, se ha mostrado que el artículo 87 inciso f) de la ley 9944 es contrario a los compromisos legales asumidos por el Estado provincial y el Estado nacional.

La reciente sanción de la ley 10637 implicó algunos avances loables para los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Sin embargo, no podemos dejar de resaltar que no solo se dejó pasar una oportunidad importante para modificar la facultad otorgada por esta ley para privar de la libertad a NNA menores de 16 años, sino que además implicó la supresión de fines expresamente enunciados por la normativa que orientaban el proceso penal juvenil desde una directriz protectoria.

La situación social abordada, es decir la situación de las niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal, requiere respuestas que trascienden el objetivo

del presente trabajo. Necesariamente es preciso un abordaje multidisciplinario para dar solución a la grave situación de las personas menores de edad en conflicto con la ley penal. Nuestra contribución en este sentido es dejar en claro que la privación de la libertad de los NNA no punibles en razón de su edad no es una solución legalmente permisible a este problema. Cualquier solución que ideemos debe ser compatible con los principios de promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes con los que como sociedad estamos comprometidos.

PENSAR EL DERECHO: EL MÉTODO DE CASOS ALEMÁN*

THINKING THE LAW: THE GERMAN CASE LAW

*Anna Richter***

Resumen: Dentro de cada tradición jurídica se encuentran particularidades y modos de pensar y presentar el derecho que solo se aplican en un ámbito jurídico reducido, aunque su metodología podría ser interesante para un entorno más grande. Uno de esos métodos es el método de casos, tal como se lo entiende en Alemania. Este es una herramienta que se vincula primordialmente con la enseñanza del derecho, tanto en las clases como en las instancias de evaluación, pero es más que eso: es una manera de pensar el derecho que brinda la posibilidad de estructurar el razonamiento jurídico, trazar conexiones entre diferentes problemas jurídicos, incorporar discusiones teóricas a la solución de casos reales o ficticios y resaltar puntos difíciles o relevantes para la solución del caso. Con todo ello, el método de casos permite que los lectores y las lectoras puedan seguir el razonamiento del o de la agente que realiza el análisis mediante el método de casos. El trabajo pretende presentar el método de casos alemán como un razonamiento que se puede aplicar tanto en la enseñanza como en el ejercicio de la profesión y aunque esa mirada particular sobre el derecho tiene sus orígenes en Alemania, espero que pueda ser de utilidad para las y los juristas de Argentina.

Palabras-clave: Método de casos alemán - Derecho penal alemán - Derecho comparado.

Abstract: Every legal tradition offers different particularities and ways of thinking and presenting the law that only are applied in a

* Trabajo recibido el 20 de abril de 2020 y aprobado para su publicación el 1 de junio del mismo año. La autora agradece a Valentina Pedernera y Bruno Rusca por los valiosos comentarios y aportes al presente trabajo.

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, becaria postdoctoral de CONICET-CIJS, docente de la UES21 (contacto: anna.e.m.richter@gmail.com).

limited legal sphere, although its methodology may be of interest for a bigger audience. One of these methods is the German case law. It is a tool primarily connected with teaching law, in class and in assessment instances, but it is more than that: it is a way of thinking the law that provides the possibility to structure legal reasoning, trace connections between different legal problems, incorporate theoretic discussions into the solution of real or fictitious cases and highlight points that are difficult or relevant for the solution of the case. By that, the German case law allows the reader to follow the agent's reasoning as he or she realizes the analysis by means of the German case law. This article pretends to present the German case law as a reasoning applicable in teaching as well as in the pursuance of the legal professions. And although this particular view on law has its origins in Germany, I hope it also can be useful for Argentinian legal professionals.

Keywords: German case law - German criminal law - Comparative law.

Sumario: I. Introducción. II. El método de casos en la enseñanza del derecho. III. El método de casos como una manera de pensar el derecho III.1. Estructura general. III. 2. Estilo de dictamen y estilo de sentencia. III. 3. Estructuras específicas. IV. Conclusiones.

I. Introducción

Como es sabido, la comparación de diferentes ordenamientos jurídicos tiene muchos beneficios, puede arrojar luz sobre las diferencias en la normativa y resaltar las ventajas y desventajas de diferentes soluciones jurídicas para un mismo problema. De esta manera, el Derecho comparado nos permite adquirir una mirada más crítica sobre nuestro propio ordenamiento jurídico a la vez que nos brinda nuevos enfoques para encarar los problemas del derecho nacional.

Sin embargo, la utilidad del Derecho comparado no se limita al contenido material de las diferentes ramas del derecho. Más bien, la comparación de los ordenamientos jurídicos también puede iluminarnos sobre diferentes maneras de pensar el derecho y de enseñarlo, porque no existe un único método de transmitir los conocimientos del derecho y tampoco hay una única manera de razonar en el ámbito del derecho. Dentro de cada tradición jurídica se encuentran particularidades y modos de pensar y presentar el derecho que solo se aplican en un ámbito jurídico reducido, aunque su metodología podría ser interesante para un entorno más grande.

Uno de esos métodos es el Método de Casos, tal como se lo entiende en Alemania. Este es una herramienta que se vincula primordialmente con la enseñanza del derecho, tanto en las clases como en las instancias de evaluación, pero es más que

eso: es una manera de pensar el derecho que brinda la posibilidad de estructurar el razonamiento jurídico, trazar conexiones entre diferentes problemas jurídicos, incorporar discusiones teóricas a la solución de casos reales o ficticios y resaltar puntos difíciles o relevantes para la solución del caso. Con todo ello, el método de casos permite que los lectores y las lectoras puedan seguir el razonamiento del o de la agente que realiza el análisis mediante el método de casos.

El trabajo pretende presentar el método de casos alemán como un razonamiento que se puede aplicar tanto en la enseñanza como en el ejercicio de la profesión y aunque esa mirada particular sobre el derecho tiene sus orígenes en Alemania, espero que pueda ser de utilidad para las y los juristas de otros lugares.

II. El método de casos en la enseñanza del derecho

En la enseñanza del derecho se pueden encontrar por lo menos tres estilos diferentes, los que aquí llamaré la enseñanza mediante fallos, la enseñanza teórica y la enseñanza mixta. Esos estilos no solo se expresan en los manuales de derecho a los que recurren los estudiantes universitarios, sino también en la presentación del contenido en clase y en la forma de evaluar el aprendizaje en la carrera de derecho. Ha de aclararse que las clasificaciones aquí realizadas no siempre se encuentran de manera tan pura en la realidad. Más bien, son construcciones teóricas e ideales para aprehender la realidad. Así, la enseñanza del derecho en las diversas universidades puede presentar formas mixtas o matices de los tres estilos. En una misma universidad incluso puede haber cátedras que aplican estilos diferentes. Lo que aquí se pretende hacer es una presentación de los estilos que mayormente se aplican en la enseñanza del derecho, sin descartar que puede haber desviaciones de esas corrientes mayoritarias.

En la enseñanza mediante fallos, los conceptos clave del derecho son presentados recurriendo a fallos reconocidos de los altos tribunales. Este estilo pedagógico tiene sus orígenes en Estados Unidos, donde Christophorus Columbus Langdell, un profesor de la escuela de derecho de Harvard, en la segunda mitad del siglo XIX propuso enseñar el derecho mediante el análisis de fallos jurisprudenciales¹. Esta propuesta se basa en la percepción de que las sentencias judiciales no son ejemplos del derecho, sino que constituyen la fuente misma del derecho. Esa comprensión de los fallos como fuente del derecho generalmente se denomina *case law* y es defendida en el ámbito jurídico anglosajón del *common law*, donde el estudio de los fallos anteriores, los llamados precedentes, permite conocer no solo la aplicación del derecho, sino también su contenido. Este conocimiento del derecho se basa en la aplicación del razonamiento inductivo, según el cual se puede inducir los principios básicos del derecho de los fallos relevantes. Estos principios se expresan en la *ratio decidendi*

(1) ETCHICHURRY, H. "Por un método crítico de casos", en ROSSETTI, A. - ALVAREZ, M. (comp.) *Derecho a la vida, un análisis desde el método de casos*, Advocatus, Córdoba 2005, p. 52.

o el *holding* del caso, donde la justificación jurídica de la sentencia es presentada en la forma de una regla general y abstracta². Para determinar las normas vigentes en esos ámbitos jurídicos, el análisis de fallos es entonces de suma relevancia.

Un ejemplo para el estilo de fallos es el manual que usa la *Harvard Law School* en su curso de la parte general del derecho penal en el primer año de la carrera de derecho³. En él, los conceptos clave del derecho son presentados recurriendo a fallos reconocidos y las diferentes concepciones de esos conceptos que defendieron los tribunales en varias ocasiones. En Estados Unidos, no solo la presentación del material de estudio sino también la evaluación de los alumnos se basa en fallos. Así, los exámenes generalmente consisten en la solución escrita de un caso ficticio o real que se asemeja a los fallos vistos en clase⁴.

En el estilo de fallos, el foco está puesto en el análisis de fallos reales. Esto les permite a los estudiantes ver cómo los tribunales argumentan y resuelven casos, cómo el derecho funciona en la práctica y no solo en la teoría y les muestra que a menudo no existe una única solución para un caso, que la solución no se puede deducir de la ley como si fuera una ecuación matemática, sino que los jueces interpretan los textos legales y les dan su significado.

Una desventaja de esa manera de enseñar el derecho consiste en su falta de teorización y sistematización. Si se pone el enfoque principal en las soluciones judiciales, no hay mucho lugar para discusiones teóricas, las que generalmente son dejadas de lado por los jueces. Ni las discusiones teóricas ni las esquematizaciones se pueden aprender de fallos judiciales, porque estos se centran en un caso determinado y no permiten el tratamiento de cuestiones generales y abstractas.

Sin embargo, a menudo, tales discusiones son aclaratorias para entender el derecho como un todo y para comprender las conexiones entre diferentes conceptos. Lo mismo vale para la esquematización del derecho que puede ayudar a distinguir y ordenar diferentes tipos y niveles de problemas jurídicos. Además, el acercamiento teórico al derecho permite un enfoque prescriptivo y no solo descriptivo del derecho, pues posibilita un estudio crítico del derecho vigente y la propuesta de nuevas formas de resolver los problemas jurídicos.

(2) KRIELE, M. *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, 2a ed., LIT, Münster, 2004, p. 32.

(3) KADISH, J. D. - SCHULHOFER, S. J. - BARKOW, R. E. *Criminal Law and its Processes: Cases and Materials*, 10a ed., Wolters Kluwer, New York, 2016. Otro ejemplo, esta vez de Argentina es el libro de CARRIÓ, A. D. *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 5a ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2008, en el que presenta los principios básicos del derecho penal y procesal penal tal como fueron entendidos y aplicados por los tribunales argentinos.

(4) Los exámenes de la escuela de derecho de Harvard de los años 1870 a 1995 se encuentran disponibles en la siguiente página: <https://hollisarchives.lib.harvard.edu/repositories/5/resources/4539>, búsqueda del 14 de abril de 2020.

Una segunda manera de enseñar el derecho es la enseñanza teórica. Esta se aplica generalmente en las facultades de derecho de Argentina y de España. Allí, el foco está puesto en el aprendizaje de definiciones, la memorización de textos normativos y la presentación de diferentes teorías. Si se observan los manuales jurídicos usados en esas facultades, llama la atención su enfoque en tales cuestiones teóricas y en las discusiones dogmáticas⁵. Si bien se cita jurisprudencia, esa generalmente se encuentra en las notas al pie y no cobra un rol preponderante: se hallan pocos resúmenes de fallos o casos ficticios para ilustrar y enriquecer las discusiones teóricas. La evaluación reproduce este enfoque en la teoría, pues los exámenes consisten en preguntas específicas -a veces incluso a modo de un cuestionario de múltiple opción- que permiten determinar si el alumno ha aprendido de memoria los problemas jurídicos planteados de manera teórica, pero no se le exige solucionar un caso aplicando los conocimientos jurídicos a un nivel práctico.

Este método tiene la ventaja de permitir una evaluación rápida y simple de los conocimientos adquiridos, porque no requiere de la corrección de soluciones de casos. Sobre todo, en universidades que no disponen de mucho personal y donde los profesores no solo trabajan de docentes, sino que a la vez litigan o se desempeñan en el poder judicial, ese ahorro de trabajo es un punto a favor del método teórico. Asimismo, para los alumnos tiene la ventaja de permitir el aprendizaje de memoria sin requerir ulteriores esfuerzos, pero ello conlleva la desventaja de no brindar una adecuada preparación a la vida laboral, en la que la exacta definición del dolo es menos relevante que poder reconocerlo en la práctica.

El tercer modo de enseñar el derecho que aquí se presenta es el llamado método mixto o método de casos, que combina la enseñanza teórica con la solución de casos. Es el método generalmente aplicado en las facultades jurídicas alemanas y se basa en la presentación de los problemas jurídicos tanto de manera teórica como mediante casos. En los manuales, generalmente se menciona al inicio de un capítulo un caso real o ficticio en cuya solución se aplican las teorías o definiciones relevantes⁶. A diferencia del método de fallos, los casos presentados no necesariamente son reales. A menudo son casos inventados por los docentes y por los autores de los manuales con el único fin de ilustrar el problema jurídico en cuestión. En el marco de ese método, las opiniones defendidas por los altos tribunales no tienen la misma relevancia que en el método de fallos. Pues, no se trata de aprender y reproducir soluciones judiciales, sino de que los casos sirvan de ejemplo y para la aplicación de los conocimientos teóricos.

(5) Solo a modo de ejemplo: MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte general*, 10a ed., Reppertor, Barcelona, 2015; ZAFFARONI, E. R. - ALAGIO, A. - SLOKAR, A. *Manual de derecho penal, Parte general*, 2a ed., Ediar, Buenos Aires, 2006.

(6) Solo a modo de ejemplo: WESSELS, J. - BEULKE, W. - SATZGER, H. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 49a ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2019.

Detrás de este método se encuentra una manera particular de sistematizar y argumentar en el derecho que por un lado representa la actividad jurídica en la práctica y por el otro lado permite la inclusión de discusiones teóricas y la priorización de cuestiones difíciles que plantea el caso específico. En el marco del método mixto, los exámenes consisten en la solución de casos, donde no solo se evalúa la reproducción del conocimiento teórico, sino también su aplicación al caso concreto, así como su transmisión, es decir la argumentación y priorización de los puntos complicados por sobre los fáciles.

Las ventajas de ese método consisten en permitir tanto un acercamiento al pensamiento de la práctica mediante la solución de casos y el constante uso del código como al pensamiento crítico mediante la ponderación de los efectos de diferentes teorías a los resultados de los problemas planteados. Además, permite evaluar no solo el aprendizaje de memoria, sino también el pensamiento propio y crítico del alumnado. Sin embargo, también tiene desventajas. Para los docentes, a quienes la evaluación de los casos les requiere de mucho tiempo y para los alumnos también, dado que generalmente les cuesta aprender esa forma de sistematizar y argumentar, porque difiere del razonamiento aplicado en la escuela.

III. El método de casos como una manera de pensar el derecho

Además de ser una manera de enseñar el derecho, el método de casos comprende una manera particular de pensar el derecho, pues, en él, los problemas jurídicos se resuelven recurriendo a una sistematización y argumentación específica.

Si bien el método de casos es aplicado en Alemania a todas las ramas del derecho, aquí se presentará solo su uso en el derecho penal. Por ello, la argumentación y, especialmente, la sistematización aquí descrita se limita a esa área jurídica.

En lo que sigue, presentaré el método de casos recurriendo a problemas jurídicos conocidos y discutidos en la dogmática y la jurisprudencia penal. Dado que aquí no me interesa la solución específica de los casos, sino la metodología que lleva a la solución, solamente mencionaré esos problemas sin pretender analizarlos o resolverlos.

III.1. Estructura general

La estructura que guía el pensamiento en el derecho penal viene dada por la teoría del delito, con lo que está sujeta a cambios según los desarrollos que se van dando en ella y según la corriente que sigue cada penalista. Sin embargo, hoy en día la gran mayoría de los penalistas concuerdan en la estructura básica, según la cual hay que distinguir entre la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y, por último, los demás presupuestos de punibilidad. Dentro de esa estructura se ubican todos los problemas encontrados en el nivel que les corresponde.

Con ello se da la siguiente particularidad: si se pretende por ejemplo analizar el caso de que Analía, de 13 años de edad, prende fuego las bolsas de basura que sus vecinos han dejado en la vereda, no se puede saltar directamente al dato de que Analía es menor de 16 años y, por ende, no es imputable según el Código Penal argentino. En su lugar, se debe seguir el esquema antes mencionado y verificar primero que al encender las bolsas de basura Analía cometió una acción penalmente relevante, es decir, una acción humana, externa y mínimamente manejable⁷. Luego ha de comprobarse que esa acción cumple con los requisitos de algún tipo objetivo, como por ejemplo el delito de daños según el art. 183 CP. Aquí habría que discutir si las bolsas de basura dejadas en la vereda son una “cosa ajena”, tal como lo exige el art. 183 CP, o si fueron abandonadas en el sentido del art. 1947 CCyC y por ello ya no pertenecen a nadie, con lo que su destrucción sería una acción atípica según el art. 183 CP⁸. Asimismo, se debería mencionar la cuestión de si el art. 183 CP exige que la cosa dañada tenga algún valor económico para poder formar parte del patrimonio de otro⁹ y, si se afirma la necesidad del valor económico, si las bolsas de basura poseen tal valor¹⁰. Si se superan esos problemas, habría que verificar la tipicidad subjetiva, es decir, el dolo de Analía y la antijuridicidad de su acción. Recién en el marco de la culpabilidad y después de haber comprobado que efectivamente existe una acción ilícita cometida por Analía, se plantea la pregunta por su imputabilidad, que aquí habría que rechazar por su escasa edad. Si, en cambio, se niega que las bolsas de basura puedan ser susceptibles de ser dañadas en el sentido del art. 183 CP, porque fueron abandonadas o porque carecen de valor económico, entonces el análisis termina con el tipo objetivo y se constata la atipicidad del comportamiento de Analía sin investigar su falta de culpabilidad por inimputabilidad. Es decir, siempre se sigue el esquema mencionado hasta llegar a su fin, constatando la punibilidad o hasta llegar a un punto en el que se determina la falta de punibilidad.

III. 2. Estilo de dictamen y estilo de sentencia

No solo la estructuración de los problemas a resolver, sino también la presentación está sujeta a una modalidad específica, el estilo de sentencia y el estilo de dictamen. El estilo de sentencia comienza con el resultado para después justificarlo¹¹.

(7) ROXIN, C. *Derecho penal. Parte general*, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Civitas, Madrid, 1997, p. 194 nm. 4.

(8) MACAGNO, M. E. “Los daños simples y agravados”, en VITALE, G. M. A. (dir.), *Código Penal comentado de acceso libre*, Asociación Pensamiento Penal, 2018, p. 10 s.; KINDHÄUSER, U. - HILGENDORF, E. *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, 8ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, § 242 nm. 14.

(9) Acerca de esa discusión, véase MACAGNO M. E. “Los daños simples y agravados”, en VITALE, G. M. A. (dir.) *op. cit.*, p. 8.

(10) KINDHÄUSER, U. - HILGENDORF, E., *op. cit.*, § 303 nm. 3.

(11) Acerca de la discusión sobre el valor económico de la cosa dañada véase: DONNA, E. *Derecho penal. Parte especial*, tomo II -B, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 846; MACAGNO, M. E. “Los daños simples y agravados”, en VITALE, G. M. A. (dir.), *op. cit.*, pp. 7 s.

De hecho, y a diferencia de las sentencias de los tribunales argentinos, al inicio de las sentencias penales alemanas se encuentra el veredicto y en lo que sigue se presentan los hechos, la prueba, las normas aplicadas y las conclusiones que llevaron a la sanción o absolución. Retomando el ejemplo de Analía, en el estilo de sentencia, la tipicidad objetiva de su acción podría expresarse de la siguiente manera:

Analía cometió un hecho objetivamente típico según el art. 183 CP, la destrucción de una cosa mueble totalmente ajena: al incendiar las bolsas de basura, las destruyó tal como exige el art. 183 CP. Esas bolsas de basura tenían una presencia física movable y por ende eran cosas muebles. Además, le eran totalmente ajenas, porque Analía no era propietaria de ellas. El resultado, esto es, la destrucción de las bolsas de basura, le puede ser adscripta a ella, dado que el prenderles fuego fue una condición sin la cual no se hubiera dado el resultado de su destrucción. Ese resultado le es objetivamente imputable, pues al someter las bolsas al fuego ella generó el riesgo no permitido de destruirlas y justo ese riesgo se realizó en el resultado: la destrucción de las bolsas de basura mediante incineración.

Este estilo de sentencia tiene la ventaja de presentar rápidamente las razones que llevaron a la decisión. Pero tiene la desventaja de que no se puede recapitular el razonamiento que realizó el agente, porque solamente muestra el camino que finalmente llevó a la conclusión, no las argumentaciones descartadas. Eso es de especial relevancia cuando diferentes teorías llevan a diferentes soluciones, como podría ser el caso respecto de la pregunta de si la basura tiene dueño y por ende es una cosa ajena para Analía o si fue abandonada y por ello no puede considerarse ajena.

El estilo de dictamen toma el camino inverso. No empieza con el resultado, sino con una pregunta o hipótesis. Luego se desarrolla todo el razonamiento realizado para responder esa pregunta y confirmar o rechazar la hipótesis inicial. De esta manera, no solo se puede demostrar la argumentación que llevó a la conclusión, sino también los razonamientos que finalmente fueron descartados. Así, se pueden incluir discusiones teóricas sobre puntos relevantes, aunque al final se tenga que elegir una de las posibles variantes o soluciones. Con ello, el estilo de dictamen permite priorizar las cuestiones relevantes o problemáticas, desarrollando en ellas diferentes argumentos o maneras de entender algún punto y las diversas soluciones a las que llevan, mientras que las cuestiones no discutidas se presentan más rápidamente y sin incursionar en teorías diferentes si estas llevan al mismo resultado.

El estilo de dictamen tiene una estructura clara que guía el razonamiento y que se repite en cada punto a comprobar. Para introducir esta estructura recurriré nuevamente a un caso, esta vez con dos variantes:

Variante 1:

A está cenando en un restaurante. Se levanta, agarra el abrigo de B del perchero, se lo pone, se sienta de nuevo en su mesa y sigue cenando.

Variante 2:

A está cenando en un restaurante. Se levanta, agarra el abrigo de B del perchero, se lo pone y se va a su casa.

¿El comportamiento de A en la variante 1 y 2 realiza el tipo objetivo del hurto, art. 162 CP?

Dentro del estilo de dictamen, cualquier análisis empieza con el título, en alemán *Obersatz*, que determina lo que se pretende comprobar. Ese título expresa el tipo penal, la forma de participación y de consumación, así como la calificación o alternativa si hay varias alternativas con las que se puede realizar el delito. Si no se indican explícitamente la forma de participación y de consumación, se entiende que se analizará si la persona en cuestión ha actuado como autora de un delito consumado. El título se refiere a una única persona, incluso si varias personas obraron conjuntamente, a un complejo de hechos, que una vez seleccionado es vinculante para todo el proceso de contestación de la pregunta formulada¹², y a una norma penal, que se supone correspondiente para el comportamiento anteriormente elegido. Aquí, por “norma penal” no necesariamente se entiende una única ley penal, pues para determinar la punibilidad de la instigación a un homicidio se necesitan por ejemplo los artículos 45 y 79 CP, mientras que el art. 183 CP comprende varios comportamientos, a saber, destruir, inutilizar, hacer desaparecer o dañar de otro modo. La norma penal se refiere por ende a todas las leyes o fragmentos de leyes necesarios para determinar la punibilidad de la acción en cuestión. Por ello, se debe indicar de la manera más exacta a qué leyes o partes de leyes se refiere el análisis, nombrando varias leyes e incluso mencionando las alternativas o frases exactas dentro de una ley.

Dado que el estilo de dictamen propone un análisis sin adelantar el resultado, el título debe formularse en una proposición condicional.

La consigna del caso arriba presentado ya adelanta qué tipo delictivo nos debe interesar aquí, el hurto según el art. 162 CP. Por ello, el título debería ser el siguiente:

A podría haber realizado el tipo objetivo del hurto, según el art. 162 CP.

Así definido lo que se pretende comprobar, se formula una hipótesis que indica lo que el sujeto debería haber hecho para realizar lo determinado en el título. Esa hipótesis también se formula en condicional para expresar la posibilidad de que no se verifique lo supuesto. En el caso aquí presentado, la hipótesis debe comprender los elementos del tipo objetivo que A debe haber realizado para cumplir con el tipo objetivo del art. 162 CP:

(12) VALERIUS, B. *Einführung in den Gutachtenstil, 15 Klausuren zum Bürgerlichen Recht, Strafrecht und Öffentlichen Recht*, 2ª ed., Springer, Berlín, 2007, p. 13.

A debería haberse apoderado de una cosa mueble total o parcialmente ajena.

A continuación, se presentan las definiciones de todas las características delictivas incluidas en la hipótesis. Como cualquier definición, esta ha de realizarse en abstracto y no referida al caso particular en cuestión. En nuestro ejemplo habría que definir entonces los términos cosa, mueble, ajeno y apoderamiento. La definición de cosa mueble podría presentarse de la siguiente manera:

Son cosas muebles las que pueden desplazarse por sí mismas o por una fuerza externa¹³.

A la definición sigue la subsunción de los hechos concretos bajo los criterios abstractos anteriormente definidos. Para comprobar si los hechos concretos coinciden con las características normativas ha de argumentarse recurriendo a los hechos del caso.

En los casos fáciles en los que no hay duda de que el comportamiento en cuestión coincide con la norma, basta con mencionar una definición y realizar una subsunción rápida. Eso sería el caso en la variante 2. Allí, cualquier comprensión de apoderamiento va a llevar a la conclusión de que *A* efectivamente se apoderó del abrigo. Por ello, no hace falta presentar varias teorías de apoderamiento. Más bien, se elige una de ellas, la que le parece más convincente al autor o la autora y se subsume bajo ella:

El apoderamiento se compone de la sustracción de la cosa del poder de la víctima y de la adquisición de tal poder por el autor¹⁴. Al ponerse el abrigo y salir con él del restaurante, *A* sustrajo el abrigo del poder de *B* y al mismo tiempo adquirió poder sobre el abrigo, poder que ejerció al llevárselo a su casa. Por ende, *A* se apoderó del abrigo de *B*.

Si en cambio existen dudas sobre la concordancia de la norma con los hechos, especialmente porque existen diferentes interpretaciones de algún término del texto legal, han de presentarse las diferentes teorías de ese término y sus repercusiones en la solución del caso. Es decir, se define el término en cuestión según una teoría dada y se subsume el hecho bajo el término así interpretado. Luego se repite la definición y subsunción para las demás teorías, mostrando así cómo cambia el resultado según el significado que se le dé al término analizado. Por último, se elige una de las teorías presentadas, dando una razón para la elección:

Según la teoría de la *attrectatio*, el apoderamiento se realiza cuando el agente toca la cosa¹⁵. Entonces, *A* se habría apoderado del abrigo al sacarlo del perchero. Sin embargo, esta teoría plantea problemas cuando el agente toca un objeto todavía sin sacarlo de su lugar, pues ese comportamiento general-

(13) Así lo define el art. 227 del Código Civil y Comercial.

(14) MACAGNO, M. E. "Hurto simple", en VITALE, G. M. A. (dir.), *op. cit.*, p. 12.

(15) *Ibid.*, p. 9.

mente no es entendido como apoderamiento. Según la teoría de la *ablatio*, el apoderamiento requiere que el agente mueva la cosa a otro lugar¹⁶. Aquí, *A* se apoderaría del abrigo en el momento en el que lo lleva del perchero a su mesa. Esta teoría es demasiado amplia, porque llevaría a la afirmación del apoderamiento incluso si la camarera, bajo los ojos del *B*, lleva su abrigo a otro perchero porque el primero se ha llenado, aunque no diríamos que la camarera se apoderó del abrigo de *B*. Según la teoría de la disponibilidad, en cambio, el apoderamiento tiene dos elementos. Por un lado, requiere la sustracción de la cosa del poder de la víctima y, por el otro, la adquisición de ese poder por el agente¹⁷. Esta definición tiene la ventaja de centrarse en el ejercicio de poder sobre la cosa, tanto por parte de la víctima como por parte del agente, con lo que puede captar mejor las diferentes situaciones de apoderamiento que las teorías anteriores. Pues, el apoderamiento no depende de si el agente toca o mueve la cosa, sino que consiste en poder actuar sobre la cosa e impedir que otro, por ejemplo, la víctima, lo haga. Por ello, apoderamiento ha de entenderse en el sentido de la teoría de la disponibilidad. Por lo tanto, al sacar el abrigo del perchero, ponérselo y seguir cenando, *A* no se apoderó de él, porque en ningún momento le quitó a *B* el poder sobre el abrigo. *A*, *B* y el abrigo todavía se encuentran en el restaurante, un espacio limitado que puede alcanzarse con la vista, por lo que *B* podría levantarse de su mesa y pedirle a *A* que se saque el abrigo porque este le pertenece.

Aquí se ve que la diferencia entre la variante 1 y la variante 2 solo se da respecto del apoderamiento. En la variante 1 ha de discutirse el significado de apoderamiento y sus implicancias para el comportamiento de *A*, mientras que en la variante 2 tales análisis no son necesarios. Dado que una de las destrezas que se pretende ensayar y mostrar mediante el método de casos y el estilo de dictamen consiste en la priorización de los puntos relevantes y el tratamiento rápido de los puntos no cuestionados, en la solución de la variante 2 sería un error indagar en las diferentes teorías del apoderamiento, al igual que significaría una falta aún más grave no analizar los diversos significados de apoderamiento en la variante 1. El mero hecho de que existen diferentes definiciones para los términos en cuestión no es una razón suficiente para indagar en esas definiciones. Más bien, hay que ponderar si tales definiciones cambian la solución del caso o no. Las observaciones abstractas que no tienen una conexión directa con el caso, al igual que la presentación de teorías que no tienen relevancia para la solución del caso, son considerados errores que han de evitarse.

También ha de destacarse que la subsunción del hecho concreto se realiza bajo la norma y no bajo una teoría o una definición. La teoría o la definición sirven para interpretar la ley y determinar su significado, pero no son el objeto de referencia de la subsunción. Por ello, en la variante 1 de nuestro caso, la subsunción ha de

(16) *Ibid.*, p. 10.

(17) DONNA, E. *Op. cit.*, p. 32; MACAGNO, M. E., *op. cit.*, p. 11 y s.

determinar si el comportamiento de A -ponerse el abrigo de B, sentarse en su mesa y seguir cenando- cumple con el requisito del apoderamiento exigido en el art. 162 CP. Para ello ha de interpretarse el término apoderamiento mediante las diferentes teorías desarrolladas al respecto. En ese sentido, las teorías de apoderamiento son indispensables para resolver el caso, porque determinan cómo ha de entenderse el término clave “apoderamiento”, pero la subsunción ha de consistir en confirmar si el comportamiento de A coincide con la norma -entendida esta según una u otra teoría- y no si el comportamiento de A coincide con una determinada teoría.

A la subsunción sigue el resultado, que para la variante 1 sería:

A no realizó el tipo objetivo del art. 162 CP.

Para la variante 2, el resultado sería en cambio:

A realizó el tipo objetivo del art. 162 CP.

Este procedimiento de hipótesis, definición, subsunción y resultado se repite siguiendo los diferentes niveles establecidos por la teoría del delito, hasta responder la pregunta inicial establecida en el título.

Más allá de esas particularidades del estilo de dictamen, el estilo de escritura a emplear es el de cualquier trabajo científico, es decir, se aspira a un estilo neutral sin opiniones personales o polémicas y no se usan signos de interrogación o exclamación. Tampoco se explica el esquema aplicado, pues éste debe quedar claro por su pertinencia al caso. Si el autor o la autora considera necesario explicar por qué analiza una determinada cuestión en un determinado punto, es muy probable que haya algún error en la estructura y se debería buscar un esquema más convincente.

III. 3. Estructuras específicas

Como expuse arriba, la estructura general que ordena el razonamiento en el método de casos se divide en los cuatro niveles de la acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Para el análisis de la actividad delictiva de una persona como posible autora de un delito consumado doloso, el esquema completo es el siguiente: 1. La acción tiene que ser humana, externa y mínimamente manejable. 2. En el tipo se distingue entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo. En el tipo objetivo se analiza si se ha dado el resultado determinado por la norma penal -por ejemplo, una muerte-, en un objeto apto según los requisitos de la norma penal -de una persona-, mediante la acción descrita en la norma penal, lo que puede incluir el uso de una herramienta o una forma específica de comisión como la administración de veneno, aunque existen muchas normas penales que no determinan un comportamiento específico para alcanzar el resultado. En algunos casos el tipo penal también establece exigencias para el sujeto activo -ser funcionario público-. Además de la coincidencia con el tipo penal del resultado en un objeto mediante una acción por un sujeto activo, el resultado tiene que adscribirse al agente, mediante la causalidad y la imputación objetiva. El

tipo subjetivo comprende el dolo o la imprudencia respecto de todos los elementos del tipo objetivo y a veces también otros elementos subjetivos del tipo como las intenciones especiales. 3. La antijuridicidad se divide en los requisitos objetivos y subjetivos de la causa de justificación. 4. La culpabilidad comprende una situación motivacional normal, el conocimiento de la antijuridicidad y la imputabilidad. Los demás presupuestos de la punibilidad se componen de condiciones objetivas de punición como los delitos de acción previa o la prescripción del delito en cuestión y la ausencia de excepciones personales de la punibilidad como la inmunidad.

Este esquema sufre cambios cuando participan más de una persona, cuando se trata de una tentativa o cuando surge alguna otra desviación de un delito doloso cometido por un único autor. En el siguiente caso aparecen varias desviaciones de la estructura general que requieren adaptaciones en el esquema:

A quiere heredar la fortuna de su tío B, pero teme que B lo vaya a desheredar si se entera que A abandonó la universidad y ahora se gana la vida jugando al póker online. Por ello, A le promete al guardaparque G una recompensa muy alta si G mata a B cuando este esté cazando en los bosques patagónicos. G se muestra dispuesto a hacerlo y A le da un rifle con munición, así como una foto de B en su ropa de cazador. El fin de semana siguiente, G se esconde cerca de la cabaña de B en La Angostura. Escondido detrás de unos arbustos, ve cómo se acerca J, un amigo cazador de G, quien está en pleno traje de cazador, todo vestido de verde, con un gorro que le ensombrece la cara y lleva un rifle colgando de la espalda. G, pensando que se trata de B, mata de un tiro a J. Cuando se acerca al muerto, se da cuenta de su error, esconde a J, espera a que aparezca G y también lo mata de un tiro, otra vez escondido detrás del arbusto ya conocido.

¿A y G son punibles por las muertes de J y B?

Dado que hay dos sujetos activos, *A* y *G*, y dos víctimas, *J* y *B*, ha de responderse primero la pregunta por cómo empezar el análisis.

Cuando existen varios complejos de hechos¹⁸ es conveniente empezar con el hecho más grave, porque algunos de los hechos anteriores pueden desaparecer en el marco de las competencias. Aquí se puede distinguir entre la muerte de *J* y la muerte de *B*, pero ambos hechos son igualmente graves, por lo que la regla de la gravedad del hecho no da ninguna respuesta. En este caso, se procede cronológicamente, empezando por el primer hecho, por lo que se analizará primero la muerte de *J*.

En la muerte de *J* hay dos personas involucradas, *A* y *G*, por lo que hay que decidir con qué agente empezar. En este punto se revela la relación del esquema

(18) Por complejo de hecho se entiende un acontecimiento local- y temporalmente determinado que se presenta como una unidad, y que puede separarse de otros acontecimientos con las mismas delimitaciones locales y temporales, así, VALERIUS, B., *op. cit.*, p. 103.

del método de casos con las teorías penales defendidas en un determinado ordenamiento jurídico. Dado que en Argentina se defiende la accesoriadad parcial de la participación, es decir, que solo puede haber una participación punible si existe un hecho típico y antijurídico, ha de determinarse primero la existencia de tal hecho principal¹⁹. Eso significa para el esquema del método de casos que siempre se debe empezar con el análisis de la persona más cercana al hecho, en nuestro caso con las acciones de G. Si en cambio se defendiera un concepto de delincuente uniforme, como lo hace el legislador alemán respecto de la ley de convivencia²⁰, no habría un orden determinado para analizar las acciones de los partícipes.

Una cuestión ulterior que plantea el caso presentado es cómo ha de procederse ante un delito calificado, como aquí el homicidio calificado por recompensa remuneratoria y alevosía cometido por G. Respecto del tratamiento de delitos simples y calificados no hay un único orden a seguir. Se puede dividir totalmente el análisis, comprobando primero la realización del delito simple para luego analizar el delito calificado o se puede combinar el análisis, distinguiendo solamente en el tipo. En este último caso, se analiza primero el tipo objetivo del delito simple seguido del tipo objetivo del delito calificado, para luego indagar en el tipo subjetivo del delito simple seguido del tipo subjetivo del delito calificado. La acción, antijuridicidad y culpabilidad se analizan conjuntamente, sin distinguir entre delito simple y calificado. Ambos caminos son viables. Si se percibe un problema en el tipo del delito simple, es recomendable comprobar primero la comisión del delito simple antes de empezar con el análisis del delito consumado. Así, se evita el riesgo de empezar con la tipicidad del delito calificado si ni siquiera está dado el tipo del delito simple. Si en cambio la tipicidad del delito simple claramente está dada, es recomendable analizar los dos conjuntamente para evitar repeticiones innecesarias. Ante la duda es preferible comprobar primero el delito simple y luego el delito calificado, porque eso evita confusiones, aunque quizás signifique que se tengan que repetir algunos pasos en el análisis. Aquí se puede tomar el camino conjunto, pues el problema que presenta el caso -que G haya matado a J pensando que su víctima era B- no es particular al homicidio simple, sino que se presenta igualmente en el homicidio calificado. El caso no presenta problemas en el nivel de la acción penalmente relevante, por lo que se podría aplicar el estilo de sentencia para destacar la claridad del asunto.

El tipo objetivo también está dado, tanto respecto del homicidio simple como respecto del homicidio calificado. La calificación por promesa remuneratoria no

(19) BALCARCE, F. "Participación criminal", en LASCANO, C. (ed.), *Derecho Penal. Parte general. Libro de estudio*, Advocatus, Córdoba, 2005, pp. 539 s.; MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2015, p. 375 nm. 6.;

(20) Según el concepto de delincuente uniforme, cualquier persona involucrada causalmente en la realización del tipo objetivo es considerado autora, independientemente del peso de su contribución, así, WESSELS, J. - BEULKE, W. - SATZGER, H. *op. cit.*, § 13 nm. 506. La adopción de ese concepto en la ley de convivencia alemana (*Ordnungswidrigkeitengesetz*) se encuentra en su § 14.

presenta problemas, pero respecto de la alevosía se debería discutir -aunque no de modo demasiado extenso- si el hecho de que *J* lleva un rifle excluye la alevosía o no.

En el tipo subjetivo, en cambio, se halla un punto clave del caso presentado. Como es sabido, según el requisito de congruencia, el tipo subjetivo debe extenderse a todos los elementos del tipo objetivo. Por ello, la estructura de un delito consumado requiere que primero se compruebe el tipo objetivo antes de analizar el tipo subjetivo. Pues, sin haber determinado los elementos del tipo objetivo no se sabría qué debe comprender el tipo subjetivo. Aquí surge el problema del *error in persona* en el que incurre *G*, quien, pensando que está matando a *B*, mata a *J*. Aquí se debe recurrir al estilo de dictamen y poner de relieve la diferencia entre la evaluación objetiva en el tipo objetivo -solo se requiere que el agente realice el tipo objetivo, es decir, matar a una persona sin que importe quien es- y la evaluación subjetiva en el tipo subjetivo, donde ha de tenerse en cuenta lo que sabía y pretendía hacer el agente.

Según el tipo objetivo, *G* debería haber matado a alguien, lo que hizo. Ahora, en el tipo subjetivo ha de discutirse si el error en el que incurre *G*, pensar -y quererlo- que estaba matando a *B* si en realidad estaba matando a *J*, es relevante o no para la comprobación del dolo. Como es sabido, el *error in persona* no afecta el dolo si la valoración penal de la acción no cambiara si la percepción errónea del agente fuera correcta, es decir, si el error no se refiere a uno de los elementos del tipo objetivo. Si en cambio tal equivalencia típica entre el objeto imaginado y el verdadero objeto no está dada, es decir, el agente se imagina la lesión de una clase de objetos con determinadas características, pero lesiona otra cuyas características no están descritas en el tipo penal, ha de negarse el dolo²¹. La presentación clara a la que obliga el método de casos puede ayudar a determinar cuándo estamos ante un caso de equivalencia típica y cuándo no. Pues, en el tipo objetivo se han presentado todos los elementos del tipo y se han subsumido los hechos a ellos. Ahora resta analizar si el error en el que incurrió *G* se refiere a un elemento del tipo o no. Aplicando el estilo de dictamen, un breve análisis del tipo subjetivo podría tener la siguiente forma:

G tendría que haber actuado con dolo o imprudencia. A todas las formas del dolo les es común el requisito del conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo. El dolo directo se distingue de las demás formas del dolo en el sentido de que aparte del conocimiento también se exige que el agente quiera generar el resultado. Según el principio de correspondencia, ese “conocer y querer” debería extenderse a todos los elementos objetivos del tipo. Como se ha visto arriba, los elementos del tipo objetivo de los arts. 79, 80 inc. 2 y 3 CPO son la muerte de una persona causada por el agente con alevosía y por una promesa remuneratoria. *G* sabía que mataba a una persona desde un escondite y para cobrar la recompensa prometida por *A*. También que-

(21) LASCANO, C. “El tipo doloso de comisión”, en LASCANO, C. (ed.), *op. cit.*, p. 285 y s.; MIR PUIG, S., *op. cit.*, p. 274 nm. 132; WESSELS, J. - BEULKE, W. - SATZGER, H. *op. cit.*, p. 81, nm. 247 y ss.

ría realizar esos actos. Con ello, se podría concluir que G actuaba con dolo directo. Sin embargo, G no sabía que su víctima era J, pensaba que estaba matando a B. Con eso, G incurre en un *error in persona*, un error sobre la persona afectada. Según la teoría de la equivalencia típica, este *error in persona* es relevante cuando conlleva un error sobre un elemento del tipo objetivo. Como ya se ha constatado, G sabía que estaba matando a una persona, pues reconocía a J como tal. El hecho de que la víctima era J y no B no se refleja en los requisitos objetivos del tipo de los arts. 79, 80 inc. 2 y 3 CP, dado que la calidad de “tío de A” o “amigo de B” no se encuentran como elementos relevantes en los artículos mencionados. Con ello, la equivalencia típica entre el tipo objetivo que G pretendía realizar y el tipo objetivo que efectivamente realizó está dada, pues ambas se refieren al homicidio calificado según los arts. 79, 80 inc. 2 y 3 CP. Por ende, G actuó con dolo directo respecto de todos los elementos del tipo objetivo.

En la antijuridicidad y culpabilidad no aparecen mayores dificultades. La conclusión es que G es punible de un homicidio calificado según los arts. 79, 80 inc. 2 y 3 CP por haber matado a J.

Después de haber constatado la punibilidad de G, ha de analizarse la punibilidad de A por haber instigado a G a matar a J. Debido a la ya mencionada accesoriedad limitada de la participación, el tipo objetivo y subjetivo de la inducción están bipartidos: una parte se refiere al hecho principal, la otra al acto de inducción. Por ello, en el tipo objetivo ha de constatarse primero la realización de un hecho previo típico y antijurídico -la muerte de J causada por G-. Aquí se puede remitir a las observaciones hechas arriba respecto de la punibilidad de G. En un segundo momento, ha de verificarse la instigación de A según los requisitos establecidos en el art. 45 CP. El requisito de congruencia entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo repercute en el esquema del tipo subjetivo de la instigación, pues el dolo de A debe referirse tanto al hecho previo como a su propio acto de instigación.

En el análisis del dolo respecto del hecho previo se encuentran dos dificultades. Por un lado, ha de resolverse la cuestión de si el *error in persona* de G afecta el dolo de A. Aquí deberían discutirse las diferentes opiniones dogmáticas y sus resultados. Por el otro lado, ha de analizarse si el dolo de A se refería también a las calificaciones cometidas por G, la alevosía y la promesa remuneratoria. En el presente caso no hay indicios para dudar del dolo de A, por ello no habría que discutir la aplicación del art. 47 CP. Si, en cambio, el dolo de A no comprendiese alguno de los elementos calificantes, se debería mencionar el art. 47 CP y la disminución de la pena allí prevista.

En la antijuridicidad y culpabilidad no aparecen mayores dificultades. Con eso se puede concluir que A es punible por instigar a G al homicidio calificado según los arts. 45 2ª frase, 79, 80 inc. 2 y 3 CP.

Concluido el análisis del primer complejo de hecho compuesto por la muerte de *J*, ahora habría que indagar en el segundo complejo de hecho, la muerte de *B*, empezando otra vez con la persona más cercana al hecho, *G*, antes de analizar la contribución de *A*. Dado que aquí no surgen nuevos problemas estructurales, no se va a presentar el razonamiento respecto de la punibilidad de *G* y *A* por la muerte de *B*.

En el siguiente caso también se presentan particularidades que requieren adaptaciones en el esquema de análisis:

A y *B* son enemigos. Una tarde mientras *B* no está en casa, *A* entra con una llave falsa a la casa de madera de *B*, que está situada de manera aislada en un bosque. *A* intenta prender fuego a la mesa del comedor con una antorcha que había traído para ese fin, pero la mesa es de quebracho colorado y no prende fuego tan fácilmente. A punto de volverse a su casa, se acuerda del garaje de *B* y de los bidones de nafta que este guarda allí. Busca un repasador en la cocina, lo moja en nafta, lo coloca en el living y lo enciende. *M*, la mujer de *A*, lo siguió y lo convence de apagar el fuego. Con unos baldes de agua, *A* logra apagar el fuego que ya había incendiado una estantería, pero todavía no había afectado las paredes.

¿*A* es punible por incendiar la casa?

Empezando con el esquema general, se puede constatar que *A* al intentar prender fuego a la mesa del comedor con una antorcha y al colocar un repasador en el living y encenderlo ha realizado acciones penalmente relevantes. Sin embargo, si se sigue con el esquema general, se presenta la dificultad de que falta el resultado requerido por el tipo objetivo del incendio del art. 186 inc. 1 CP, porque la casa no se incendió. Estamos entonces ante un caso de tentativa que requiere otro esquema. En vez del tipo objetivo ha de comprobarse aquí primero que el delito en cuestión no ha sido consumado, pues, la tentativa solo puede surgir cuando falta el resultado típico.

El esquema alemán sigue ahora con el análisis de la punibilidad de la tentativa porque el Código Penal Alemán no prevé la punición de la tentativa en todos los delitos. Este punto es innecesario en el ordenamiento argentino porque el art. 42 CP prevé la punibilidad de toda tentativa. Esto demuestra que el esquema a aplicar siempre depende del ordenamiento jurídico en cuestión y nunca puede ser absolutamente general e igual para todos los países.

En la tentativa, la determinación del tipo penal específico a menudo no puede realizarse recurriendo a la acción efectuada, porque esta última no es lo suficientemente avanzada como para distinguirla de la realización de otros tipos penales. Así, el alzar una jarra de cerveza puede ser una tentativa de homicidio, de lesiones, de daños o simplemente un saludo. Por ello, a falta del resultado típico, ha de tenerse en cuenta la voluntad del agente y no la acción exteriorizada para determinar el

tipo delictivo correcto²². Este razonamiento también se expresa en el art. 42 CP, que reza “el que *con el fin de cometer un delito determinado* comienza su ejecución (...)”. Es entonces la voluntad del agente de cometer un hecho determinado la que determina el tipo delictivo a analizar.

Para el esquema de análisis de la tentativa, eso significa que el próximo paso consiste en el análisis del tipo subjetivo en la forma del dolo. Aquí, A sabía que sus acciones podían incendiar la casa y precisamente esa era su intención.

El siguiente escalón en el esquema del análisis de la tentativa es el tipo objetivo, que en la tentativa consiste en el comienzo de ejecución del acto ilícito. Pues, para la punibilidad de la tentativa no es suficiente que alguien quiera cometer un delito, es decir, que tenga dolo. Más bien, también se requiere alguna externalización de ese deseo que se ubica en el tipo objetivo. Por ello, se requiere que el acto de tentativa haya comenzado y haya superado el estado de un mero acto preparatorio no punible. Para la determinación del comienzo de la tentativa existen diversas teorías, que aquí llevarían todas al mismo resultado -al acercar la antorcha a la mesa A realizó un acto de tentativa- por lo que bastaría con citar una de ellas y aplicarla a los hechos.

En este momento también se analiza si la acción comenzada es idónea, inidónea o irreal para alcanzar el fin perseguido. La inidoneidad se puede dar cuando el sujeto, objeto o medio no cumplen con los requisitos establecidos en el tipo penal, es decir, el agente considera un elemento del tipo como dado que de hecho no está dado²³, mientras que en la irrealidad de la tentativa el agente asume erróneamente que su conducta está prohibida, aunque en realidad está permitida²⁴. Conviene determinar la idoneidad, inidoneidad o irrealidad de la tentativa ahora -y no antes- porque así se puede recurrir a las observaciones sobre la acción realizada y la finalidad con la que se realiza tal acción. Aquí, la acción de A, acercar una antorcha a una mesa de madera, es idónea para alcanzar su fin, incendiar la casa de B.

Una vez constatado el comienzo de la tentativa, se analiza la antijuridicidad y culpabilidad, al igual que en el esquema general.

Después de ello sigue un presupuesto de punibilidad particular de la tentativa, el llamado desistimiento voluntario regulado en el art. 43 CP. El desistimiento solo es posible si todavía se pudiera realizar la consumación del delito. Por ello, el primer requisito para el desistimiento es negativo: la tentativa no debe haber fracasado. El fracaso de la tentativa se da cuando el autor cree que ha hecho todo lo posible para alcanzar su fin, la consumación del delito, pero eso no ha sido suficiente para realizar el delito en cuestión. En la dogmática penal, se discuten sobre todo dos teorías para determinar el fracaso de la tentativa, la teoría de la consideración individual y la

(22) PUPPE, I. *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 2ª ed., Vandenhoeck & Rupprecht, Göttingen, 2011, p. 215.

(23) WESSELS, J. - BEULKE, W. - SATZGER, H. *op. cit.*, p. 195 nm. 619.

(24) *Ibid*, p. 196 nm. 621.

teoría de la consideración global. Dado que aquí las dos teorías llevan a resultados diferentes, habría que discutir las. Según la primera, ha de analizarse cada acto por separado que el agente, al comienzo de sus acciones, había considerado apto para alcanzar sus fines²⁵. Es decir, se tendría que distinguir entre la tentativa de incendio con la antorcha y la tentativa de incendio con el repasador. La tentativa de incendio con la antorcha tendría que considerarse fracasada, porque *A* hizo todo lo que tenía previsto hacer -acercar la antorcha a la mesa e incendiar así toda la casa- sin que haya podido alcanzar su fin, porque la mesa no prendió fuego. La tentativa con el repasador, en cambio, no habría fracasado, porque sin ulteriores intervenciones el fuego del repasador se hubiera extendido a toda la casa. Con ello, un desistimiento respecto de la antorcha no sería posible y *A* sería punible por tentativa de incendio por haber intentado prender fuego la mesa con la antorcha. Su segunda conducta -usar el repasador-, en cambio, no sería una tentativa fracasada, por lo que un desistimiento sería posible y se debería seguir con el análisis.

Según la teoría de la consideración global, se deben considerar todas las acciones del agente conjuntamente, si estas forman una unidad natural de acciones y no separarlas en fracciones²⁶. Aquí, *A* podría haber realizado su fin de incendiar la casa. Para ello simplemente debería haber dejado el repasado ardiente en el living. Por ende, su tentativa no fracasó y un desistimiento es posible.

Después de haber presentado las dos teorías y sus implicancias para el caso, se debería optar por una de ellas.

Además, se requiere una acción de desistimiento. Las exigencias que establece la dogmática penal para esa acción dependen de si nos encontramos ante una tentativa acabada o una tentativa inacabada. En la tentativa inacabada, el agente considera que las acciones tomadas hasta el momento del desistimiento no son suficientes para alcanzar el fin perseguido, por ello, el acto de desistimiento consiste meramente en cesar de actuar²⁷. En la tentativa acabada, el agente opina que ya ha cometido todos los actos necesarios y suficientes para cumplir con el objetivo propuesto, por ello el desistimiento requiere de acciones activas para impedir la realización del objetivo²⁸. El presente caso consiste en una tentativa acabada, porque según la percepción de *A* no se requerían más acciones por su parte para incendiar la casa. Al apagar el fuego con los baldazos de agua, *A* realizó una conducta activa exigida como acción de desistimiento.

Por último, la acción de desistimiento ha de ser voluntaria. La voluntariedad se afirma cuando el desistimiento se basa en una decisión autónoma y se rechaza cuando el desistimiento se basa en razones heterónomas, *i. e.* independientes de la

(25) *Ibid*, p. 200 nm. 629.

(26) *Ibid*, p. 200 nm. 629.

(27) *Ibid*, p. 201 nm. 631.

(28) *Ibid*, p. 201 nm. 631.

voluntad del agente²⁹. Si bien el impulso del desistimiento vino desde afuera, de *M*, *A* podía decidir libremente si aceptaba la propuesta de *M* y apagaba el fuego o si seguía con su curso de acción. Por ello, *A* desistió voluntariamente.

El análisis de la tentativa de incendio por *A* concluye con el resultado: según los arts. 43, 186 inc. 1 CP, *A* no es punible por tentativa de incendio.

IV. Conclusiones

Como se ha visto en el presente artículo, la estructura del método de casos no solo puede adaptarse para abarcar los problemas específicos de la tentativa, participación, omisión o de cualquier otro tipo delictivo especial, sino también se adecúa a las particularidades del ordenamiento jurídico argentino, aunque sus orígenes provienen de Alemania.

La estructura establecida por el método de casos establece cierto orden obligatorio determinado por las particularidades de cada ordenamiento jurídico o por la razonabilidad. Un ejemplo de esto último es el caso del análisis del hecho principal antes de la punibilidad de los partícipes en aquellos países en los que rige la accesoriedad parcial de la participación o la constatación de la falta del resultado típico antes del análisis de la tentativa. Pero también permite la adaptación a las opiniones del agente, por ejemplo, en la pregunta de si el error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación ha de tratarse como un error de tipo, un error de tipo permisivo o un error de prohibición. Según la decisión que se tome al respecto, el esquema de análisis requiere diferentes elementos en la antijuridicidad³⁰.

A los estudiantes el método del caso les permite un aprendizaje más activo y cercano al mundo laboral, porque requiere de la solución de casos, no la mera reproducción de datos aprendidos de memoria. Esa solución de casos les exige la separación de datos jurídicamente relevantes de datos meramente anecdóticos, la priorización de problemas difíciles sobre cuestiones claras y la aplicación de la ley al caso concreto mediante las teorías dogmático-penales. A quienes pensamos el derecho, sea como abogados litigantes, empleadas y funcionarios judiciales, docentes o investigadoras, nos permite la estructuración de nuestro razonamiento, dándole un lugar a cada problema jurídico y poniendo de relieve la conexión entre diferentes problemas, como la accesoriedad parcial de la participación con el hecho principal, el principio de correspondencia entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo o la repercusión de los errores en los diferentes niveles de la teoría del delito.

(29) DESPONTÍN, M. I. "Etapas de realización del delito", en LASCANO C. (ed.), *op. cit.*, p. 509.

(30) Véase al respecto, CÓRDOBA, F. "Error sobre presupuestos objetivos de una causa de justificación ¿error de tipo, de tipo permisivo o de prohibición?", *Lecciones y Ensayos* n° 59, 1994, p. 33 ss.

Es una herramienta útil para ordenar el razonamiento y la presentación de los problemas jurídicos, pero tampoco es más que una herramienta. El método de casos no puede resolver la disputa entre las diferentes teorías dogmático-penales, pero sí puede mostrar sus consecuencias, tanto en la estructura de la teoría del delito como sus repercusiones en el tratamiento de otros partícipes.

