

El Derecho penal en tiempos de cambios

Serie • Ciencias Penales y Criminológicas • Junio de 2016 • 8

Libro Homenaje al profesor
Luis Fernando Niño

Coordinador
Dr. Arnel Medina Cuenca

Serie indexada en la plataforma jurídica Global vLex.com



Coordinador: Dr. Arnel Medina Cuenca (Cuba)

Edición y corrección: Lic. Ramón Caballero Arbelo

Diseño interior y de cubierta: Di. Mario Villalba Gutiérrez

Emplane digital: MSc. Daylín Rodríguez Javiqué

Sobre la presente edición:

© Dr. Arnel Medina Cuenca (Cuba), 2016.

© Editorial UNIJURIS, 2016.

El Derecho penal en tiempos de cambios.

Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño

Serie: Ciencias Penales y Criminológicas No. 8 de junio de 2016.

ISBN 978-959-7219-38-5

Unión Nacional de Juristas de Cuba

Sociedad cubana de Ciencias Penales

Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana

Redacción y Administración

Calle 21 No. 552, esq. D, Apartado Postal 4161, Plaza, C.P. 10400,
La Habana, Cuba. 30 de junio de 2015.

Teléfonos: (53)7832-9680/7832-7562; Email: unjc@unjc.co.cu

Web: www.unjc.co.cu

ÍNDICE

Exordio / 1

Dra. Mayda Goite Pierre

¿Dolo eventual o culpa temeraria? / 6

Dr. Luis Fernando Niño

La omisión impropia en el Derecho penal Argentino Ámbitos de aplicación y relación de los artículos 106, 107, 79 y 80 C.P. Criterios interpretativos para delimitar los supuestos de omisión impropia dolosa punibles” / 27

Dr. Carlos Caramuti

El Derecho penal y la Filosofía / 53

Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni

Derecho Penal, pena y garantías en su ejecución / 67

Dr. Lorenzo Morillas Cueva

Actores, factores y procesos en el camino de la abolición universal de la pena de muerte / 98

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Luis Arroyo Zapatero

Límites de la Política Criminal / 108

Dr. Ramón de la Cruz Ochoa

Las garantías democráticas en tiempos de cambio: legalidad y culpabilidad / 121

Dr. Juan Carlos Carbonell Mateu

El renacimiento del pensamiento totalitario: la doctrina del Derecho penal del enemigo / 135

Dr. José L. González Cussac

Genocidio, jurisdicción universal y criminología cautelar / 156

Dr. Matías Bailone

La complicidad civil en los delitos de lesa humanidad / 170

Dr. Javier Augusto De Luca

**Mercado y Administración Pública / Criminalidad Económica
y corrupción política / 191**

Dr. Juan M. Terradillos Basoco

**El Derecho penal, corrupción pública
y la corrupción privada / 224**

Dra. María Acale Sánchez

**Lavado de activos e infracciones al deber: ¿Deberes de
control a la sociedad civil, con riesgo de sanción penal?
Una mirada al Ecuador / 255**

Dra. Mayda Goite Pierre

Mg. RR.II. Mónica Palencia Núñez González

**Homicidio en ocasión o con motivo de un robo
(artículo 165 del Código Penal Argentino) / 284**

Profesor Gustavo L. Vitale

**El colaborador con la justicia en el ordenamiento jurídico
español / 296**

Dr. Ignacio F. Benítez Ortúzar

**Globalización, violencia e inseguridad ciudadana
en tiempos de transformaciones del Derecho penal / 347**

Dr. Arnel Medina Cuenca

**Retos y perspectivas de la reforma procesal penal
en América Latina / 376**

Dr. Daniel Erbetta

El juicio oral en Cuba / 396

Dr. Juan Mendoza Díaz

**La *non reformatio in peius* en el nuevo juicio.
Un análisis desde la casación penal cubana / 423**

Dr. Rodolfo Máximo Fernández Romo

**Alcances y límites de la reparación por daño moral
a víctimas del delito en México. Estudio de caso / 444**

Dra. María de Jesús Camargo Pacheco

Dra. María del Rosario Molina González

Dra. María Teresa Gaxiola Sánchez

Exordio

“La utopía está en el horizonte. Camino dos pasos, ella se aleja dos pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá. ¿Entonces para qué sirve la utopía? Para eso, sirve para caminar”. Con estas palabras de Eduardo Galeano comencé mi intervención el día 6 de julio del 2015 en el Aula Magna de la Universidad de La Habana, en ocasión de la apertura de la XI edición Escuela de Verano de La Habana sobre Temas penales contemporáneos en homenaje al **Dr. Luis Fernando Niño**. Fue una linda tarde de Julio en la que se juntaban como cada año el inmenso calor cubano, con las veraniegas lluvias que caen para hacer más agotadoras las jornadas al levantar humo del caliente asfalto y a la vez para que saliera un hermoso arco iris, que presagiaba una andanza llena de luces y colorido. Sí, sirvió la “utopía” para que nuevamente la Sociedad cubana de Ciencias penales de la Unión Nacional de Juristas de esta pequeña isla cubana, inmensa por los hombres y mujeres que la habitan, tuviera el privilegio de reunir a un selecto grupo de penalistas de Iberoamérica, interesados en debatir sin “tapujos” el presente y el futuro de la Criminología y de las Ciencias penales y es, que esta ESCUELA se ha convertido en espacio idóneo para el debate y la reflexión, siempre de la mano de un gran maestro, ellos han sido en estos años los doctores Lorenzo Morillas Cueva, Juan Carlos Carbonell Mateu, Eugenio Raúl Zaffaroni, Ramón de la Cruz Ochoa, Juan Terradillos Basoco y en esta oportunidad el Dr. Luis Fernando Niño.

Nuestro homenajeado al que además se le dedica el libro “El Derecho penal en tiempos de cambio” es juez de Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Doctor en Derecho *cum laude* de la Universidad de Salamanca, **profesor del ILANUD**, Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, con sede en San José de Costa Rica, desde 1986, **miembro** del Consejo Directivo del Instituto Brasileiro de Ciências Criminais con sede en São Paulo (Brasil), **académico de número** de la Academia Argentina de Ética en Medicina, **autor** de múltiples libros de Derecho Penal, Criminología y Bioética y de artículos de Derecho penal y Criminología publicados en Argentina, Brasil, Cuba, Ecuador, España, Italia, México, Uruguay y Venezuela, entre muchos atributos y fue acertada la idea de hablar de “cambios” en su

libro homenaje, porque Niño cuenta entre sus múltiples méritos haber organizado la primera Maestría en Criminología en la Argentina, porque temprano entendió que la base de un buen Derecho penal, son los fundamentos criminológicos que garanticen propuestas con respaldo científico y que el enfrentamiento al delito va más allá de lo penal, tal como señalara, en una entrevista que concedió al periódico **Página 12**, cuando respondió a la pregunta ¿cuáles considera que son los caminos para que haya menos delitos? Y dijo “Un paso esencial son las políticas generales que tiendan al pleno empleo y a una distribución más racional de las riquezas. Este es un flanco importantísimo, pero debe ir acompañado por mayor presencia policial en la comunidad, que no significa un control represivo sino una mejor integración de las fuerzas de seguridad con la población”.

El también profesor Catedrático en la asignatura “Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y de Postgrados en las Universidades Nacionales de Lomas de Zamora y del Comahue, y de Belgrano (Argentina), del Zulia (Venezuela) y del Instituto de Ciencias de la Seguridad de la Universidad de Salamanca (España), aboga por desterrar el pensamiento inquisitivo de las prácticas procesales, afirmando que “No hay buen inquisidor que al mismo tiempo pueda ser buen juez”. “Si el Ministerio Público Fiscal está interesado en el descubrimiento de los delitos, y una fuerza de seguridad es su auxiliar en materia de investigación de delitos, por su perfil profesional, se necesita de otra figura que esté interesada en el control de las garantías constitucionales de los individuos. Si no, se rompe el equilibrio y la tendencia del juez instructor será a investigar sin límites.”

En estos tiempos de “cambio” el slogan de “mano dura” ha marcado el imaginario social tras el discurso político y ante la pregunta ¿Qué opina al respecto?, responde que En los Estados Unidos se colocó al alcalde Giuliani como un ejemplo para la sociedad occidental. Pero lo que colaboró decisivamente para bajar la tasa de criminalidad en Nueva York y en todos los Estados Unidos es el sostenido crecimiento de la economía norteamericana y el pleno empleo. No fue la “mano dura”. La “mano dura” sirvió para cometer excesos como sodomizar a inmigrantes en alguna delegación policial. **Donde entra la fuerza, la razón sale por la ventana.** Si aspiramos a vivir en una república tenemos que dotar de racionalidad a todos los actos de gobierno. ¿Por qué, entonces, la “mano dura” está privilegiada en el discurso político? Porque desde el punto de vista político es más fácil atacar los efectos que las causas. Desde un punto de vista cívico, lo racional es atacar las causas y no los efectos, dijo el profesor.

Efectivamente la Criminología tiene un gran reto en nuestros días, a saber aportar “luces” en el enfrentamiento a la nueva delincuencia, marcada por características *sui generis* y por formas diferentes de comisión del delito, donde la organización criminal ocupa el centro de la actividad y el incremento económico el objetivo esencial, de ahí que los esfuerzos académicos para encontrar respuestas son ineludibles, imprescindibles, inevitables e inexcusables, con lo cual los “cambios” en el pensamiento son la prioridad en los estudios penales y en eso nuestro homenajeado es paradigma.

Debe ser esa la causa por la que tantos “amigos” y “discípulos” de Niño acudieron comprometidos a la convocatoria y han querido acompañar este homenaje en “tiempos de cambios”.

La obra se compone de cuatro segmentos metodológicos. Derecho penal y Filosofía, Política criminal, Criminología y Victimología, Instituciones del Derecho penal sustantivo e Instituciones del Derecho procesal, por lo que podemos afirmar que se trata de un pensamiento holístico en pos del interés común por la perdurabilidad del Derecho penal al servicio de la sociedad desde un prisma de respeto a los derechos y a las garantías.

Las temáticas recogen un amplio espectro de reflexiones, que ninguna de ellas escapa a la necesidad de construcciones modernas, sin abandonar el anclaje dogmático que las diseñó, pero que están urgidas de un pensamiento transformador a fin de que tenga utilidad en el nuevo escenario delictivo, por ello “mentes lúcidas” comprometidas no con el futuro del Derecho penal, sino con su efectividad están dispuestas e interesadas en aportar fórmulas, tendentes a la modernización de las instituciones jurídico penales, pero ante todo a la reflexión oportuna sobre los aportes de la Política Criminal y la Criminología, que logren “iluminar” a los políticos en el empeño de un “diseño” racional del Derecho penal y a los operadores del “uso” razonado y legítimo de ese diseño, para el bien de la sociedad y la preservación de los derechos y garantías de todos los ciudadanos, no importa el rol que tengan en el “esquema procesal”.

Entonces, la sola importancia de este encargo académico y la preeminencia del homenajeado lograron unir a los autores que distinguen esta obra y que los cito en orden alfabético: **Dr. Arnel Medina Cuenca**, Profesor Titular de Derecho penal y Vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Vicepresidente de la Sociedad cubana de Ciencias Penales; **Dr. Carlos Caramuti**, Catedrático de la Universidad Nacional de Tucumán (Argentina) y Juez de la Cámara Penal de dicha Provincia. Ex Presidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal; **Dr. Daniel**

Erbetta, Profesor Titular Ordinario de Derecho Penal, Director del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Nacional de Rosario, Ministro de la Corte Suprema Justicia de la provincia Santa Fe; **Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Eugenio Raúl Zaffaroni**, Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Secretario General y fundador de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología (ALPEC). Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires, **Miembro de Honor de la Sociedad cubana de Ciencias Penales**; Profesor **Gustavo L. Vitale**, Profesor Titular de Derecho penal de la Universidad Nacional del Comahue, Argentina. Defensor Público Interamericano de la Asociación Latinoamericana de Defensorías Públicas; **Dr. Ignacio F. Benítez Ortúzar**, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Jaén; **Dr. Javier Augusto De Luca**, Titular Asociado de Derecho Penal y Procesal Penal, UBA. Ex Presidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal. Presidente del Grupo Argentino de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal; **Dr. José Luis González Cussax**, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valencia (España); **Dr. Juan Carlos Carbonell Mateu**, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valencia (España). **Miembro de Honor de la Sociedad cubana de Ciencias Penales**; **Dr. Juan M. Terradillos Basoco**, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz (España). **Miembro de Honor de la Sociedad cubana de Ciencias Penales**; **Dr. Juan Mendoza Díaz**, Profesor Titular de Derecho Procesal y Vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Presidente de la Sociedad cubana de Derecho Procesal; **Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Lorenzo Morillas Cueva**, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Granada. Presidente del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología. Sección Granada. **Miembro de Honor de la Sociedad cubana de Ciencias Penales**; **Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Luis Arroyo Zapatero**, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Castilla-La Mancha. Presidente de la International Society of Social Defence; **Dra. María Acale Sánchez**, Catedrática de Derecho penal de la Universidad de Cádiz, España; **Dra. Mayda Goite Pierre**, Profesora Titular de Derecho penal, Vicerrectora de la Universidad de La Habana y Presidenta de la Sociedad cubana de Ciencias Penales; **Dra. Marily Rafaela Fuentes Águila**, ex Juez de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular. Profesora Auxiliar a tiempo parcial de Derecho penal y Procesal penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana; **Dra. María de Jesús Camargo Pacheco**, Docente e investigadora del Departamento de Ciencias Sociales, Universidad de Sonora, México, Titular de las asignaturas de Seminario

de Derecho Penal I y II; Dra. **María del Rosario Molina González**, Docente e investigadora del Departamento de Ciencias Sociales, Universidad de Sonora, México, Titular de la asignatura de Seminario de Derecho Procesal Penal; Dra. **María Teresa Gaxiola Sánchez**, Docente e investigadora del Departamento de Ciencias Sociales, Universidad de Sonora, México, Titular de la asignatura de Seminario de Derecho Civil I y Derecho de Familia, Presidente de la Academia de Derecho en la misma institución; **Dr. Matías Bailone**, Profesor de Criminología y de Derecho Penal Internacional de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Nacional de La Matanza. Argentina; **Mg. RR.II. Mónica Palencia Núñez**, Profesora de Derecho Penal de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil e investigadora de la UCG. Ecuador; **Dr. Ramón de la Cruz Ochoa**, Profesor titular de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Presidente de Honor de la Sociedad cubana de Ciencias Penales; **Dr. Rodolfo Máximo Fernández Romo**, Profesor Titular de Derecho Procesal penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana y Director del Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas. A todos muchas gracias, sus aportes han sido imprescindibles para desafiar los “cambios”.

Finalmente me permito recomendar la lectura de esta obra, no sólo a los comprometidos con la Criminología y el Derecho penal, sino a todos los que por alguna razón o rol social, sienten la necesidad de encontrar pautas en el camino para una buena justicia, entonces termino con Bolívar “La justicia es la reina de las virtudes republicanas y con ella se sostiene la igualdad y la libertad”.

DRA. MAYDA GOITE PIERRE

PRESIDENTA DE LA SOCIEDAD CUBANA DE CIENCIAS PENALES
EXDECANA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y VICERRECTORA DE LA
UNIVERSIDAD DE LA HABANA.

¿Dolo eventual o culpa temeraria?

DR. LUIS FERNANDO NIÑO*

Una necesaria aclaración:

No es usual que el homenajeado escriba en su propio Libro Homenaje, pero en la Serie Ciencias Penales y Criminológicas, que publica la Sociedad cubana de Ciencias Penales, ya desatendimos esta tradición una vez, con la publicación, del libro: “El Derecho penal de los inicios del siglo XXI, en la encrucijada entre las garantías penales y el expansionismo irracional”, Libro Homenaje al Dr. Ramón de la Cruz Ochoa, presidente de Honor de la Sociedad cubana de Ciencias Penales, Serie No. 1, de mayo de 2014, en que a solicitud del homenajeado, se publicaron dos excelentes artículos de su autoría.

Cuando de nuevo, se nos presenta, en la preparación de la Serie Ciencias Penales y Criminológicas No. 8, de junio de 2016, atendiendo a una consulta que nos realizara el homenajeado, decidimos apartarnos de los tradicionalismos, a tono con el título de la obra, e insertar la Conferencia Magistral que nos impartió el querido profesor Luis Fernando Niño, el lunes 6 de julio de 2015, en el Aula Magna de la Universidad de La Habana.

Esa es la razón por la que aparece escrita en la forma en que fue leída, sin atenerse a los requisitos editoriales que cumplen los demás artículos.

DR. ARNEL MEDINA CUENCA
COORDINADOR

* Juez de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional del Poder Judicial de la Nación. Catedrático de Derecho penal y Procesal penal de la Universidad de Buenos Aires. Miembro de Honor de la Sociedad cubana de Ciencias Penales. luisitoninio@gmail.com

En primer lugar, deseo agradecer la oportunidad de dirigirme a Ustedes, estimados colegas cubanos, en el marco de las actividades dispuestas para esta semana, que será para mí inolvidable.

El primer detalle a considerar cuando abordamos el tópico del dolo y de la culpa –desde hace décadas situados por la doctrina penal mayoritaria en el nivel analítico de la tipicidad, y otrora considerados por ella en el estamento de la culpabilidad– es la diferente manera de tratar el tema por parte del legislador en cada país.

En algunos casos, como el del Código penal argentino, vigente desde 1922, pero reducido poco menos que a escombros por las innumerables reformas sobre su texto, **no** existe una definición explícita de **dolo** ni de **culpa**.

En otros cuerpos de leyes, como el portugués y el cubano, se optó por plasmar definiciones de ambas clases de tipicidad.

Algunos códigos modernos brindan una tercera alternativa, el español de 1995 entre ellos, texto en el cual el legislador ha preferido limitarse a apostrofar, en el artículo 5º, que “no hay pena sin dolo o imprudencia”; pero sin definirlos, dejando esa labor a la doctrina y la jurisprudencia. Así reza el artículo 5º de este último.

En el lusitano de 1982, tras aclararse que solo es punible el hecho practicado con dolo o –en los casos especialmente previstos en la ley– con negligencia (artículo 13), se procede a una meticulosa definición de ambas especies de la tipicidad legal.

De tal suerte, en el inciso primero, del artículo 14, se expresa que “obra con dolo quien, representándose un hecho que comporta un tipo de delito, actúa **con** intención de realizarlo”. En el inciso segundo, se prescribe que “obra, asimismo, con dolo quien se representase la realización de un hecho que comporta un tipo de delito como consecuencia **necesaria** de su conducta”; y en el inciso tercero se delinea lo que nosotros, comúnmente, hemos denominado hasta el presente dolo eventual, al expresar que, “cuando la realización de un acto que comporta un tipo de delito fuere **representada como consecuencia posible** de la conducta, hay dolo si el agente actuare **conformándose** con aquella realización”.

En tanto, en el artículo 15, se expresa que “obra con negligencia quien, por no proceder con el cuidado al que, según las circunstancias, está obligado y del cual es capaz: a) se representare como posible la realización de un hecho que comporta un tipo de delito pero **actuar sin conformarse** con esa realización; o b) no llegare siquiera a representarse la posibilidad de realización del hecho.

En el Código penal de la República de Cuba de 1987, Ley No. 62 de 29 de diciembre –también con todas sus reformas a cuestras, como bien saben Ustedes– se optó, asimismo, por definir expresamente las modalidades típicas. Y así, en el inciso primero de su artículo 9 se lee que “el delito puede ser cometido intencionalmente o por imprudencia”. En el segundo se define que “el delito es **intencional** cuando el agente realiza consciente y voluntariamente la acción u omisión socialmente peligrosa y ha **querido** su resultado, **o** cuando, **sin querer el resultado, prevé la posibilidad de que se produzca y asume este riesgo**”. En tanto que, en el tercero, se expresa que “el delito se comete por imprudencia cuando el agente previó la posibilidad de que se produjeran las consecuencias socialmente peligrosas de su acción u omisión, pero **esperaba, con ligereza, evitarlas, o** cuando **no previó** la posibilidad de que se produjeran a pesar de que **pudo o debió haberlas previsto**”. Por último, en el cuarto inciso, se describe la preterintencionalidad; pero, a diferencia del tratamiento clásico de esa mixtura de dolo y culpa, se la conmina con la sanción más severa, correspondiente al resultado más grave que el querido, si el agente pudo o debió prever dicho resultado, en lugar de legislarse en la Parte Especial del código, como figuras atenuadas, las más comunes de esa clase de tipicidad, tales como el homicidio preterintencional o el aborto preterintencional.

Aquí me detengo para apuntar, dentro del elenco de los códigos penales cuyos autores entendieron necesario u oportuno dejar definido qué debe entenderse por delito doloso o intencional, al único de carácter internacional propiamente dicho que ha logrado operatividad, el Estatuto de Roma, redactado para el funcionamiento de la Corte Penal Internacional, con sede en La Haya. Y lo hago para señalar que no es cierto, a mi criterio, que en ese Estatuto, destinado a los más graves crímenes contra la Humanidad, se haya incluido el llamado “dolo eventual”, como se ha alcanzado a afirmar en medio de la contienda desatada en torno a esta clase o categoría típica en mi país¹.

El zarandeado artículo 30 del Estatuto en cuestión se refiere exclusivamente al **dolo directo de primer grado y al de segundo grado o de consecuencias necesarias**; y lo hace de una manera que no debería

¹ DURRIEU FIGUEROA, Roberto, *Crítica a la eliminación del dolo eventual en el Anteproyecto de Código Penal*, Publicaciones Estudio Durrieu, Buenos Aires, 2014.

dejar duda en cuanto a sus alcances. Veamos primero la versión en Español: “**Artículo 30. Elemento de intencionalidad.** 1°. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan **con intención y conocimiento (y allí, la versión española reitera, innecesariamente la frase “de los elementos materiales del crimen”).** Pero prosigamos: 2°. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien: a) En relación con una conducta, **se propone** incurrir en ella; b) En relación con una consecuencia, **se propone causarla** o es consciente de que **se producirá en el curso normal de los acontecimientos.**

En la versión inglesa, bajo el epígrafe “Mental element” se expresa con esa misma necesariadad, a través de la frase “that *it will occur* (que ocurrirá, o que va a ocurrir) in the ordinary course of events”. Lo mismo que en la versión francesa, bajo el epígrafe “Élément psychologique”, se requiere “consciente que celle-ci adviendra (advendrá, sucederá) dans le cours normal des événements.

Para no dejar dudas, en el párrafo 3° de ese mismo artículo 30 se prescribe que “a los efectos del presente artículo, por «**conocimiento**» se entiende: la **conciencia** de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el **curso normal de los acontecimientos**”. Y si aún cupiera algún margen de dubitación en cuanto a las exigencias del texto del Estatuto para reputar doloso o intencional un comportamiento, el precepto termina advirtiéndolo que “las palabras «a sabiendas» y «con conocimiento» se entenderán en el mismo sentido”. Luego, no hay lugar allí para el llamado dolo eventual.

No se me escapa que existió un pronunciamiento preliminar, por parte del órgano encargado de la instrucción del sumario, en el caso “Lubanga”, el 29 de enero de 2007, en el que se interpretó que la referencia cumulativa de intención y conocimiento del artículo 30 englobaría al dolo directo, en sus dos grados y al *dolus eventualis*. Pero me permito advertir, al tenor de la clara letra del artículo 30 del Estatuto, que se trató de una hermenéutica que forzaba el sentido literal de los términos legales que acabamos de evocar, en un sentido contrario a diversos principios delimitadores del poder punitivo, tales como los de legalidad estricta y cierta, *ultima ratio* y *pro homine*.

Tal vez, contra lo esperable, haya gravitado decisivamente, en los primeros intérpretes del Estatuto, la extrema gravedad de los crímenes que dieron lugar a la creación de la Corte Penal Internacional, y –en especial– de aquellos que, en el caso concreto, fueron imputados a Thomas Lubanga Dyilo, consistentes en alistar y reclutar a niños

menores de quince años, en la [República Democrática del Congo](#), entre 2002 y 2003, y utilizarlos para participar activamente en hostilidades, enviarlos a los frentes de combate o emplearlos como guardias o –incluso– como esclavos sexuales.

Lubanga resultó finalmente condenado, el 14 de marzo de 2012. Y esta primera condena de la Corte Penal Internacional, tras diez años de su puesta en marcha, suscita tres breves comentarios vinculados al tema que nos convoca hoy, antes de proseguir nuestro itinerario.

En primer lugar, no era necesaria la interpretación extensiva de la Cámara preliminar para imputar a Lubanga claros delitos de dolo **directo de primer grado**. En segundo término, flaco favor haremos los jueces a aquellos axiomas del Derecho penal propios de un Estado constitucional de Derecho si no analizamos concienzudamente y –en su caso– corregimos los desbordes de la siempre latente pulsión autoritaria en nuestras normativas y nuestra praxis judicial. Y por último, ligado a lo anterior, la condena recibida por Lubanga por tales crímenes de guerra fue a ¡**atorce años de prisión!**, de los que se le descontaron los **seis** de prisión preventiva; y eso debería guiarnos a mirar hacia adentro y reflexionar respecto a las respuestas penales enormes, a menudo esperpénticas, que los legisladores latinoamericanos, al conjuro de las coyunturas políticas o económicas, acostumbran a perpetrar sobre nuestros códigos, con sus constantes reformas de “ley u orden”, pontificando que con mayor represión disminuirá el delito. A todos nos cabe el sayo; y el control de constitucionalidad de las leyes debería ser más expeditivo frente a esos excesos.

Vuelvo al tópico específico del dolo eventual y la culpa temeraria.

La ausencia de una definición explícita de dolo y culpa por parte del codificador argentino ha dado lugar a diversas interpretaciones de la doctrina nacional. Y considero que lo rico del caso, tanto para los legisladores como para los juristas y los magistrados de otros países, es aproximarse al intenso e inacabado debate desplegado en mi país, en razón del movimiento de reforma integral del Código penal actualmente en curso, para replantearse **hasta qué punto es válido mantener una definición legal como la del dolo eventual y equiparar su respuesta sancionatoria a la del dolo directo –de primero o segundo grado–** si es que hemos de respetar aquellos principios delimitadores del poder punitivo ya mencionados, y otros tales como el de proporcionalidad y humanidad de las penas.

Básicamente, podrían agruparse los distintos puntos de vista de la doctrina penal argentina en **dos** principales: el **tradicional** buscó construir la conceptualización de **dolo**, mediante la extracción de ciertas palabras del artículo 34, inciso primero, del Código penal,

referido –en rigor– a las causas de inimputabilidad, invirtiendo el sentido de las frases empleadas por el codificador en dicho precepto, que hablan, obviamente, de comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones, y concluyendo que el **conocimiento del hecho** sumado a la **comprensión de la criminalidad**, vale decir, de la relevancia jurídico-penal de tal hecho, darían por resultado la definición buscada.

En realidad, y seguramente Ustedes lo habrán advertido, esa concepción clásica es deudora del hoy superado esquema causalista que, como sabemos, ubicaba al dolo y a la culpa en el renglón de la culpabilidad, junto con la imputabilidad, vale decir, la capacidad psíquica de tal culpabilidad.

Frente a esta artificiosa y arcaica construcción teórica, la posición de juristas como Eugenio Raúl Zaffaroni, profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires, vicepresidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal, ex ministro de nuestra Corte Suprema y flamante ministro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, rescata el concepto de **dolo** de la fórmula de la **tentativa**, inserta en el artículo 42 de aquel cuerpo de leyes, que comienza con la frase: “el que, **con el fin de cometer un delito determinado**, comienza su ejecución [...]”.

Esta última hermenéutica aparece –a todas luces– más correcta, toda vez que no acude, para erigir el elusivo concepto de dolo, a inversión alguna de los términos de la ley, ni aísla las palabras del voluminoso artículo 34 que, para la otra concepción, se estimaban útiles; y –además– capta precisamente un elemento nuclear del aspecto subjetivo de la tipicidad dolosa, vale decir, el **fin**.

Quiero dejar en claro aquí, antes de continuar, aunque más tarde regresemos sobre el punto, que, personalmente, **no** comulgo con las tesis normativistas que desalojan del ámbito del dolo el clásico binomio del conocer y el querer, que se conforman con el conocer y hasta con la mera posibilidad de conocer, y que acaban lindando con las peligrosas metáforas mezguerianas de la “ceguera frente al Derecho”. Si hemos de hablar de ceguera, prefiero las ficcionales, como la del recordado Ensayo de José Saramago o la del conmovedor “Informe sobre ciegos” de Ernesto Sábato.

Ahora bien, volviendo al tema, si el dolo es, entonces, el **fin** de cometer un delito determinado, habida cuenta de que no existe en el mismo código una consideración específica semejante a aquella que contiene el artículo 14, inciso tercero, del código portugués, o el artículo 9, inciso segundo, del Código penal cubano, es harto discutible que el llamado dolo eventual quede caracterizado dentro de la

fórmula escogida, por cuanto no parece que sea lo mismo actuar con el **fin** de cometer un delito determinado que obrar **conformándose** simplemente con una consecuencia –representada, pero apenas **posible**– de la conducta abordada, o asumiendo el riesgo de su hipotética producción. Y de esa falta de montaje conceptual, de esa carencia de ensamble se alimenta el criterio de aquellos teóricos que entienden que esa modalidad de dolo no tiene lugar en el marco legal descrito.

Pero aun para los juristas cubanos o portugueses, y también para los españoles, es válido despojarse de respuestas dogmáticas y replantearse sanamente **a qué se está llamando dolo** en sus respectivos códigos.

Si recurrimos en primer lugar, al Diccionario de la Real Academia Española, instituto oficial de la lengua castellana, hallamos en él la acepción jurídica de dolo, que se expresa en los siguientes términos: “Dolo (del Latín, *dolus*). En los delitos, **voluntad deliberada** de cometerlo, a sabiendas de su carácter delictivo”.

“A sabiendas”, todos lo sabemos, es una locución adverbial del idioma español que significa “intencionalmente, con pleno conocimiento y deliberación”; y que, como recién hemos visto, es usada en el texto del Estatuto de Roma como equivalente de “intencional”.

También es posible acudir a los diccionarios de Latín Jurídico vertido al Español, como el del jurista y magistrado uruguayo Nelson Nicolliello, o el del catedrático mexicano Germán Cisneros Farías, en los que se lee que “*dolus*” significa “daño intencional”, o “propósito intencional de causar daño o perjuicio a otro”, respectivamente.

Cabe decir también que, si consultamos el clásico Diccionario de la Lengua Portuguesa de la Editorial Porto, nos encontramos con el concepto de **dolo** como “actitud conscientemente tomada en el sentido de venir a cometer un acto criminal o una infracción”. Y, si volvemos a cruzar el Océano Atlántico, en el no menos clásico Diccionario de Aurélio Buarque De Hollanda, de Brasil, nos topamos con la definición de dolo como “acto criminoso cometido consciente y deliberadamente, además de “astucia o artificio empleado para engañar y perjudicar a alguien”, “fraude” y “mala fe”.

Sobre la base de esas definiciones, me permito señalar que también se presenta claramente objetable la subsunción, bajo el marco semántico de la voz “dolo”, la situación descrita en el artículo 9, inciso segundo, del Código penal cubano. No es respetuoso del significado de los vocablos que se emplean, adjudicar intencionalidad a quien “**sin querer el resultado, prevé la posibilidad de que se produzca y asume este riesgo**”. Ni parece proporcionado reservar la misma escala

penal a ese sujeto que al que “realiza **consciente y voluntariamente** la acción u omisión socialmente peligrosa y ha **querido** su resultado”.

Lo propio sucede con el mencionado artículo 14, inciso tercero, del Código penal portugués, cuando incluye como especie del dolo la actitud de quien tan solamente **se representa la mera posibilidad de realización** de un hecho que comporta un tipo de delito, y simplemente “**se conforma con la eventualidad** de aquella realización”. Y aquí enfatizo la frase “se conforma con la **eventualidad** de aquella realización”, dado que el codificador luso, por obvia economía del lenguaje, habla de conformidad con la realización, por parte del agente, en tanto que, a la hora de actuar, este solo prevé la **eventual** ocurrencia del hecho como **posible** consecuencia de su acción.

Dejando, entonces, a un lado las teorías normativistas que reducen el contenido del dolo a su aspecto cognoscitivo o cognitivo, y reniegan, así, de la consideración de su aspecto subjetivo complementario (el volitivo o conativo), o –incluso– avanzan alegremente hasta resolverse en una mera “probabilidad de actuar de acuerdo con la ley”, si hemos de concordar, apenas, en que el dolo se compone de un conocer y de un querer, es criterioso concluir que solo cabe calificar de conducta dolosa aquella en la que el agente opera con la conciencia de la **producción segura o prácticamente segura** del resultado típico de peligro o lesión de un bien jurídico ajeno, y con la voluntad deliberada de actuar, sea que aquel resultado constituya la meta, el blanco, el objetivo concreto de su acción, sea que aparezca como una consecuencia **necesaria** de esta última.

Repito: es claro que las respectivas situaciones son diferentes, en términos de derecho positivo, si comparamos los textos de códigos como el portugués o el cubano y el argentino, toda vez que, en los dos primeros, el codificador decidió plasmar las cláusulas de equivalencia que recordamos. Pero creo que, aun en esos casos, valdría la pena que los intérpretes de la ley –desde la academia a los estrados judiciales– reflexionen acerca de la virtual inconsecuencia de reservar el mismo marco punitivo para el dolo directo que para el llamado “dolo eventual”, cuando desde la propia construcción semántica se puede advertir la distancia existente entre la voluntad consciente y deliberada de venir a cometer un delito y esa mixtura de vislumbre y aquiescencia que el creador de la ley ha querido agrupar en ese mismo precepto.

Me permito recordar, en este sentido, al señalar esa distancia entre ambas posturas existenciales frente a la realidad trascendente al sujeto y postular la inconveniencia de suministrarles el mismo tratamiento jurídico-penal, nada menos que a José Martí, apóstol indiscutido

de Cuba y prócer de toda América, quien, incursionando con pie firme en terreno filosófico –y autorizado para ello por su vasta cultura–, acertó al afirmar que “método bueno filosófico es aquel que, al **juzgar al hombre** lo toma en todas las manifestaciones de su ser; y no deja en la observación por secundario y desdeñable lo que, siendo tal vez por su confusa y difícil esencia primaria, no le es dado fácilmente observar².

Vuelvo ahora al horizonte jurídico argentino. Sebastián Soler, tal vez el más reverenciado maestro del Derecho penal de mi país en el siglo xx y de gran influencia en toda la América del Sur, traductor e introductor, en su momento, de las obras de Franz von Liszt y Ernst Beling a la lengua castellana, supo reconocer que, cito textualmente, “el problema consistía –y consiste– en saber si también [...] es dolosa la actitud de quien, comprendiendo la criminalidad del acto y teniendo la capacidad genérica de dirigir su acción, ha obrado, mas no con el deliberado propósito de producir cierto efecto, sino –solomanteniéndose en una actitud de **indiferencia** ante la posibilidad de producirlo o no producirlo”. A esa cuestión, Soler responde, dogmáticamente y sin ulterior argumentación: “a nuestro juicio, esta cuestión debe ser resuelta en el sentido de que la ley tanto abarca al dolo directo como al dolo eventual” (!). Así expresado, pues, es una falacia, un *argumentum ad auctoritas*, consistente en defender algo como verdadero porque quien lo afirma tiene autoridad en la materia. *Magister dixit*, decían los pitagóricos.

Otro autor clásico de la literatura jurídica argentina, el profesor de la Universidad de Córdoba, Ricardo Núñez, muy influenciado en su época por Edmund Mezger, frente al llamado dolo eventual decidía recalar prioritariamente en el aspecto subjetivo, con matices próximos al Derecho penal de ánimo, al referirse a un “estado anímico delictivamente reprochable”, argumentando –textualmente– que **no** se puede hacer un reproche a la voluntad de quien, ante la posibilidad concreta de que su acción resulte un delito, la emprende guiado por la **esperanza** de que eso no suceda. Contrariamente, postulaba Núñez que “el ánimo reprochable característico del dolo eventual puede ser ya el simple estado anímico de la sola indiferencia ante la representación de la probabilidad de que ocurra el delito, como el

² MARTÍ, José: *Obras Completas*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1975, tomo 19, pp. 364-365.

de la indiferencia con fines egoístas o malvados". Por disquisiciones semejantes transitaron otros autores de aquella que fue llamada "escuela clásica" del penalismo argentino, como Carlos Fontán Bailestra. No obstante, esa franca equiparación de la mera indiferencia con aquella otra conjugada con fines egoístas o malvados tampoco mereció explicación alguna por parte del profesor cordobés ni de la mayoría absoluta de los restantes publicistas dedicados al tópico.

Tan solo el profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires, David Baigún, hubo de destacar en su hora, incidentalmente, que quien **acepta** una **consecuencia** meramente **eventual** de su acto, obrando con **indiferencia**, actúa **sin intención** de obtenerla, razón por la cual **no es correcto** hablar de "intención indiferente" o de "indiferencia intencional", afirmación –en sí misma– contradictoria.

Si nos situamos en el siglo XXI, el Tratado más frecuentado por las nuevas generaciones de penalistas argentinos, y por buena parte de los latinoamericanos, es el redactado por el ya mencionado profesor **Zaffaroni**, con la colaboración de los profesores Alejandro Alagia y Alejandro Slokar.

A pesar de los avances en distintos desarrollos teóricos, en él se mantuvo la categoría del dolo eventual, intentando ajustar –valga aclararlo– los términos de su concepción.

Veamos: allí se expresa que "habrá **dolo eventual** cuando, según el plan concreto del agente, la realización de un tipo es reconocida como **posible**, sin que esa conclusión sea tomada como referencia para la **renuncia** al proyecto de acción" siempre y cuando esa posibilidad mantenga correspondencia con los datos de la realidad.

"Se trata –prosiguen los autores– de una resolución en la cual se acepta **seriamente** la posibilidad de producción del resultado [...] posibilidad considerada por el agente como **parte del plan**", y que distingue al dolo eventual de la imprudencia consciente, sin importar si acepta de buen o de mal grado el resultado, siendo suficiente que se conforme con él".

En términos sustancialmente análogos se pronuncia **Maximiliano Rusconi**, en su *Manual de Derecho Penal*, Parte General. Sin embargo, este último autor reconoce paladinamente que el dolo eventual presenta déficit de legitimidad frente al dolo de consecuencias necesarias, por la ausencia de certeza, y frente al dolo directo, por la ausencia de dirección precisa de la voluntad hacia el resultado lesivo, situación que genera dudas en la doctrina a la hora de definir la frontera entre tal categoría y la culpa consciente.

Contra la subsistencia de la categoría del dolo eventual se yerguen contemporáneamente autores como el profesor **Alberto Binder**, fundador y vicepresidente del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Sociales y Penales (INECIP), de gran influencia en la región hispanoamericana, particularmente en Centroamérica, quien, en su "Introducción al Derecho penal" argumenta, con tono vigoroso, lo siguiente: "o existe dolo (y el dolo es solamente dolo directo) o existe culpa. No son necesarias categorías intermedias, que forman nuevas clases de tipos abiertos, que violan el principio de legalidad".

Así también **Mariano Gutiérrez**, en su libro *Contra el dolo eventual* reconviene en estos términos: "la distinción que proponen es de imposible prueba y, por tanto, por más que aparezcan lógicamente perfectas, no serán de ninguna utilidad".

En idéntica dirección inscribe su criterio el catedrático de la Universidad Nacional del Comahue, en la Patagonia argentina, Dr. **Gustavo Vitale**, en su obra *Dolo eventual como construcción desigualitaria y fuera de la ley. Un supuesto de culpa grave*. Según él, para la concepción teórica mayoritariamente admitida hoy en nuestro país, la diferencia entre dolo y culpa va a depender de la apreciación judicial acerca de la "aceptación **indiferente**" del resultado lesivo, o bien de la "**confianza**" en su no producción.

En verdad, reflexiona Vitale, esta enorme vaguedad entre las categorías que hoy se conocen como "dolo eventual" y "culpa con representación" justifica tan solo diferenciar, por las mismas razones, distintos grados de **culpa**, en el marco de la legislación argentina actual". Y agrega seguidamente: "si es que existe una zona limítrofe entre esas categorías (por ser categorías bien próximas), no se justifica que una de ellas sea tratada por la ley con escalas tan diferenciadas [...] debiendo dirigirse la discusión a establecer grados de culpa y, en tal caso, diferenciar la magnitud de la actuación culposa y así poder proporcionar la pena, del mejor modo posible, dentro de la escala penal prevista". Conocimiento de la producción segura (o prácticamente segura) de los elementos típicos y voluntad final de realizarlos son dos componentes esenciales de todo concepto de dolo que respete los límites mínimos impuestos al poder punitivo por una teoría penal elaborada a partir de la ley penal y de las **normas supremas**, afirma Vitale.

Valga incorporar aquí un excursus. No está de más mencionar, en consonancia con esa alusión a las "normas supremas" que, a través de la reforma constitucional operada en 1994 sobre el texto histórico de 1853, en la República Argentina, los diez Tratados Internacionales de Derechos Humanos más importantes quedaron investidos de jerarquía constitucional, con la ex-

presa aclaración de que deben ser entendidos como complementarios de los derechos y garantías reconocidos en el texto de aquella Ley Fundamental; formulación normativa cuya real dimensión aún no ha sido exhaustivamente explorada por la doctrina y la jurisprudencia.

Por tanto, cuando se hace referencia a normas supremas, en plural, se invoca la letra de la propia Constitución y las normas de Derecho Convencional promovidas de tal manera al máximo nivel normativo.

También corresponde resaltar que, basado en la teoría y la práctica constitucional de los Estados Unidos de Norteamérica, cuya norma suprema inspiró, durante todo el siglo XIX a los nuevos poderes constituyentes de las ex-colonias hispanoamericanas, el sistema judicial que impera en Argentina –y en buena parte de los países del área– reconoce el control difuso de constitucionalidad de las leyes. Vale decir que cada juez, todo juez, tiene la facultad de verificar, en el momento de aplicar la ley con respecto a un caso concreto, si tal aplicación contraviene o no cualquier norma constitucional, o bien, en nuestros días, una norma convencional asumida por el Congreso Nacional como parte del bloque de constitucionalidad. Si así fuese, el juez o magistrado tiene la facultad de inaplicar la ley, con efecto limitado al caso concreto; y sujeto, claro está, a los recursos formalmente instaurados por las leyes procesales de los ámbitos federal o provincial, según corresponda por la naturaleza del asunto. La Corte Suprema es el máximo intérprete de la constitucionalidad de las leyes, y sus decisiones, por la autoridad del órgano del cual emanan, poseen un efecto que trasciende al mero caso concreto. Los jueces de las instancias inferiores deben dar cuenta de su conocimiento de tales decisiones; pero pueden apartarse de ellas frente a un nuevo caso, siempre que aporten nuevos argumentos.

Esa particularidad, que podría dotar de una enorme dinámica al sistema, se ve cotidianamente neutralizada por el apego a las rutinas burocráticas y a la falta, aparente o real, de independencia externa e interna de los jueces y magistrados de las instancias inferiores. Pero ese poder-deber de control existe, y permitiría, en caso de existir un precepto que reservase la misma respuesta punitiva consignada de cara a una conducta dolosa a aquella en la que se dieren cita la sola previsión de un resultado y la mera aceptación de su virtual ocurrencia, cuestionar su constitucionalidad, a la luz de principios de jerarquía constitucional y convencional, tales como el de racionalidad de los actos de gobierno, de igualdad ante la ley, de legalidad y de proporcionalidad.

Regreso al tema central. Aun entre aquellos autores actuales que abogan por un concepto de dolo desprovisto del aspecto volitivo tradicionalmente aceptado, encontramos a quienes, condescendiendo a adoptar –por mera hipótesis– la óptica tradicionalmente mantenida sobre el punto, se reconoce que, y vuelvo a citar textualmente: “si se

sostiene que el dolo es conocimiento de las circunstancias que integran el tipo objetivo **más la voluntad** de realización, surge la siguiente perplejidad: ¿por qué se califica como dolosa una conducta en la cual el autor no tuvo, ni por acaso, la voluntad de realizar el tipo (caso del llamado dolo eventual)”. Así escribe Gabriel Pérez Barberá, profesor de la Universidad Nacional de Córdoba, discípulo de Claus Roxin y acérrimo normativista. Y concluye: “una solución posible a esos interrogantes es llevar hasta las últimas consecuencias la definición obtenida a través de los datos empíricos respectivos, y sostener, por ejemplo, que, si **no** ha habido voluntad, **no** se puede verificar la presencia de **dolo**. Ergo, todo caso usualmente calificado como de dolo eventual, constituye, en verdad, un caso de **imprudencia**”.

Por su parte, más riguroso en su posición férreamente normativista, y volcando el dilema que aquí analizamos en dirección opuesta a la sostenida por Binder, Vitale y Gutiérrez y admitida hipotéticamente por Pérez Barberá, el discípulo de Günther Jakobs, profesor Marcelo Sancinetti, colega de la Universidad de Buenos Aires, equipara en gran medida la culpa consciente y el dolo, señalando así que “si lo contrario a un deber de cuidado define al tipo de la acción imprudente, y, además, se requiere que el autor se dé cuenta de la situación que le impone un deber de cuidado que no observa, el autor de un delito culposo actúa con una **voluntad** que, en su estructura, no se diferencia del dolo de los delitos dolosos; porque el autor del delito culposo, obra con voluntad de **realizar el tipo objetivo**, que es, aquí, **infringir un cuidado**. Trátese de un dolo menor, de la asunción de un riesgo (no de un daño)” se preocupa por aclarar, al menos, el colega Sancinetti.

Desde las antípodas del normativismo, reacciona y redobla su postura Gustavo Vitale. “La única solución posible en el Derecho penal argentino, es calificar como culposos los casos que hoy son denominados como de “dolo eventual” (para los cuales, sin explicación válida alguna, la mayoría propugna aplicar la penalidad más severa, prevista para el obrar doloso”. Y remata: “conforme con esto, el hoy llamado «dolo eventual» podrá ser denominado «culpa grave», «culpa temeraria», «culpa con indiferencia», «culpa con asentimiento», o como quieran llamarla, pero nunca «dolo eventual», pues, como fue dicho, ella no reúne los caracteres mínimos de toda actuación dolosa. En consecuencia, debe aplicarse a ellos la escala penal –menos severa– prevista legalmente para la culpa (en la medida en que exista en la ley el tipo penal culposo que prohíba dicha conducta)”.

Ciertamente, la situación es asaz semejante a aquella que el jurista español José Arturo Rodríguez Muñoz, discípulo de Luis Jiménez De

Asúa y catedrático de Valencia durante veinticinco años, destacaba medio siglo atrás, en momentos en que se daba a la tarea de anotar, no por casualidad, el Tratado de Derecho penal de Edmund Mezger.

A partir de la ausencia de la palabra “**dolo**” en el Código español de esa época, Rodríguez Muñoz, apuntaba que el fundamento subjetivo de la imputación que pudiera ser llamada de “primer grado” era la “**intención maliciosa**”. Y cuando esa intención maliciosa faltaba, explicaba textualmente lo siguiente: “Nos hallamos, de tal modo, ante un título subjetivo de imputación que, por ser más restringido, no se corresponde de manera alguna con el dolo [...] no es posible incluir dentro de su propia esfera los casos de duda que la Dogmática considera como de *dolus eventualis*”.

Y culminaba su disquisición afirmando, con respecto a la legislación hispana de su época: “Aquí, en virtud de la fórmula «**imprudencia temeraria**», la misma ley viene a compensar los efectos de su primer título subjetivo de imputación. Las consecuencias prácticas de tal sistema podrán ser aplaudidas o censuradas; pero lo cierto es que no sería lícito negar que nuestro código ha procedido aquí con lógica armonía. Frente a otras legislaciones, lo genuino de la nuestra consiste, precisamente, en que, a cambio de restringir el ámbito de lo que, en aquellas, integra la imputación a título de dolo, amplía en consecuencia la esfera de la imputación allí realizada a título de culpa. Y, precisamente, el núcleo cambiante está constituido por el dolo eventual. Pues [...] el calificativo de «**temeraria**», atribuido a una conducta, refleja exactamente lo propio y característico de los casos de *dolus eventuales* [...] No hay, por tanto, ninguna dificultad: antes bien, puede afirmarse que, en nuestro Derecho, lo que procede es la inclusión de los casos de *dolus eventualis* en la «imprudencia temeraria» del parágrafo primero del artículo 563”.

Corresponde recordar aquí que fue apenas en 1995, con la reforma integral del Código español, que la impropia amplitud del sistema de *numerus apertus*, según el cual todos los hechos dolosos tipificados eran susceptibles, como principio, de comisión imprudente, tuvo su fin a través del nuevo artículo 12, instituyente del sistema opuesto, por cuanto declara que las acciones u omisiones imprudentes solo serán castigadas (*sic*) cuando expresamente lo disponga la Ley”.

Ahora bien: ¡cuánta fineza de análisis la revelada por el profesor Rodríguez Muñoz, en plena dictadura franquista, propiciadora, como toda dictadura, de expansionismos punitivos!

Y aquí me permito introducir una nueva digresión. Vale la pena reflexionar sobre esa voz alzada en la noche de aquel autoritarismo en nuestros días, cuando las democracias deben soportar sobre sí la rígida dictadura del

mercado y de sus serviciales amanuenses de los medios de des-información masiva. Tal como buena parte de los aquí presentes sabrán, soy catedrático de la Universidad de Buenos Aires, pero también soy Juez de la Cámara Nacional de Casación en el fuero criminal del Poder Judicial de la Nación.

Y, a veces, en mi función como magistrado, me pregunto si tantas teorías expansivas del Derecho penal, nacidas y acicaladas en los círculos áulicos universitarios y replicadas con entusiasmo en las sedes judiciales, no tendrán su real fuente nutricia en las sutiles presiones de esos dos componentes de nuestra realidad social.

Por lo pronto, el viernes 12 de setiembre del pasado año, el profesor Eric Hilgendorf, catedrático de la universidad alemana de Würzburg, nos confió, en la sede de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, que la acción de los medios masivos de difusión es un factor de gran influencia en la sociedad germana, de la que realmente nadie queda al margen, alimentando lo que también él acertó a llamar "populismo punitivo".

Si esto es así, y si desde el propio mundo académico se acrisolan teorías aprovechables por parte de políticos extraviados de su rol de intermediarios entre el poder y las reales necesidades de los ciudadanos, alucinando un mundo más seguro a partir de políticas represivas, debemos preocuparnos más aún.

Si con eso no bastara, tras casi medio siglo de trabajo en el poder judicial, subiendo en el ascensor, piso tras piso, día tras día, viendo las caras y las vestimentas de nuestros forzados clientes cotidianos, continúa asaltándome la idea de que somos una clase social juzgando a otra, en el marco del capitalismo periférico, hipótesis que permitiría sostener que ese complejo proceso de expansionismo punitivo reconoce destinatarios bastante determinados.

Pero prosigamos con nuestro recorrido. En el libro *Estructura básica del Derecho penal*, publicado casi una década más tarde que el Tratado anteriormente aludido, el professor **Zaffaroni** entregó una nueva aproximación al tema del dolo eventual y la culpa temeraria.

En el aspecto subjetivo del tipo activo doloso, mantuvo la concepción del dolo como representación y voluntad, vale decir, un aspecto cognoscitivo o intelectual y otro conativo o volitivo, recalcando que aquello que otorga unidad a todos los elementos del dolo es la **finalidad**, puesto que puede haber conocimiento sin finalidad, pero no a la inversa³.

³ Para lograr un desarrollo eficaz de su teoría y comprender el sentido

Dentro del aspecto cognoscitivo, se entiende, conforme a este esquema, que los conocimientos del agente respecto a los elementos del tipo objetivo deben ser efectivos y actuales.

de ese desenvolvimiento de cara al tema, cabe reactualizar algunos conceptos previos. Para ZAFFARONI y para aquellos que compartimos, en términos generales, su construcción dogmática, el tipo penal reconoce dos funciones, que operan en dos pasos sucesivos. En primer lugar, la función sistemática, primaria, que sirve para descartar las conductas inocuas y, por ende, afirmar en el mundo real, llegado el caso, la presencia de un **espacio problemático** compuesto por la acción y el resultado típico, que se verifica con la objetividad típica tal como resulta del tipo aisladamente considerado: exteriorización de la conducta, mutación del mundo, causalidad, y los datos fenoménicos relevados (que son los elementos eventualmente requeridos). Ese espacio problemático –a su vez– permite vislumbrar la probable existencia de un *pragma* **conflictivo**. Dicho tipo objetivo sistemático requiere también la objetiva imputación al agente de su obra como propia, por cuanto no podrá haber *pragma* conflictivo si la mutación no puede ser imputada a un sujeto, como obra de su autoría. Esa condición de la tipicidad legal o sistemática, situada anteriormente por ZAFFARONI fuera de ese ámbito, hace parte de él, en el esquema de su última obra, y es llamada por el autor dominabilidad. La restante función del tipo, establecido ya el espacio problemático y, con él, una eventual conflictividad, consiste en la verificación del tipo objetivo conglobante, integrado con los elementos requeridos para afirmar, precisamente, la conflictividad del *pragma*. Esos elementos surgen de la consideración del mismo tipo objetivo, pero ahora conglobado en la totalidad del orden normativo (sin consideración de los preceptos permisivos, con los cuales se completa el orden jurídico, pero que solo serán tomados en cuenta en el nivel de la antijuridicidad). Así, por ejemplo, una conducta activa dolosa será típica legal o sistemáticamente, por reunir los requisitos de exteriorización de la conducta, mutación del mundo, causalidad y los datos fenoménicos relevados en el precepto, además de la dominabilidad, esto es, de la posibilidad de imputar aquella mutación al agente como obra de su autoría, como “obra propia”. Mas, para confirmar la tipicidad **penal**, esto es, que ese espacio problemático se revela como un *pragma* conflictivo, habrá de pasar por la operación de conglobación consistente en descartar las siguientes condiciones: a) que sea una conducta ordenada o fomentada por una norma que prevalezca en el caso concreto; b) que sea una conducta privada, sin trascendencia a terceros; c) que sea una conducta insignificante o bagatelar; d) que sea una conducta acordada o consentida por el titular del bien jurídico formalmente afectado, tratándose de bienes disponibles.

Dentro del aspecto conativo, mantuvo, empero, la división tripartita tradicional, de **dolo directo** –de primer y segundo grados–, y **dolo eventual**, caracterizando a este último del siguiente modo, que me adelanto a señalar que encuentro insatisfactorio: “(e)n el dolo eventual (también llamado indirecto o condicionado) el agente se representa la posibilidad de producción del resultado, pero **encubre** su **voluntad realizadora** acudiendo a una **infundada esperanza** de que no se produzca. La voluntad realizadora existe en la psique del agente pero este apela al recurso de **no saber lo que sabe**, mediante una esperanza infundada, de modo que la representación de esta posibilidad no le hace desistir”.

Ahora bien: para trazar la frontera entre el llamado dolo eventual y la culpa consciente o con representación, Zaffaroni aduce que “cuando objetivamente existe dominabilidad y el agente **Cree fundadamente** que evitará la producción del resultado, solamente hay negligencia temeraria, en la forma de culpa consciente”. Y añade: “Las dificultades para distinguir el dolo eventual de la negligencia solo pueden darse entre el dolo eventual y la **negligencia consciente**, y únicamente en los casos en que haya tipicidad objetiva sistemática, a la que califica de «**negligencia temeraria**»”.

En procura de esclarecer definitivamente esos conceptos, es preciso abordar el tratamiento de los tipos culposos según esta misma visión. Al describir el elemento de la previsibilidad, Zaffaroni manifiesta: “existe una negligencia cuya gravedad elimina toda duda respecto de la violación de un deber de cuidado y de la previsibilidad del resultado: es aquella que se presenta cuando el juzgador, colocándose en la posición de un tercero observador *ex ante*, hubiese afirmado, presumido o tenido claro indicio de la exterioridad de un plan dirigido a la producción del resultado. En este supuesto, la culpa o negligencia es **temeraria** (existe un tipo objetivo doloso sistemático). La previsibilidad (posibilidad objetiva de previsión del resultado) es, en tal caso, muy clara y está implícita en la dominabilidad”.

Finalmente, en el abordaje del componente **subjetivo** del tipo culposo, sostiene que “si la conducta objetivamente temeraria es, además, consciente, se plantea el problema de la distinción con el dolo eventual”, que tan solo podrá ser resuelto acreditándose que el agente **rechazó la posibilidad de producción del resultado, confiando, seriamente, en su evitación.**

Este parece haber sido el último intento de Zaffaroni de mantener la noción de **dolo eventual**.

El 13 de febrero de 2014, una comisión multipartidaria presidida por el mismo profesor dejó en manos de la Presidenta de la República Argentina un Anteproyecto de Reforma Integral del Código penal.

Independientemente de las polémicas suscitadas por la presentación de ese texto, movilizadas por intereses políticos electoralistas de la más baja ralea, lo cierto es que el documento se yergue como un punto de partida fundamental para que, tras el correspondiente debate parlamentario, la sociedad argentina pueda contar con un cuerpo legal armónico y moderno, que sustituya al maltratado código vigente. Y actualmente existen foros, eventos, cursos y conferencias dedicadas al trascendente tema.

El voluminoso instrumento en cuestión aborda sin rodeos el tema que hoy nos convoca, y vale observar cuánto evolucionó el propio Zaffaroni con respecto al llamado *dolo eventual*.

En la densa Exposición de Motivos, la mayoría absoluta de la comisión (cuatro miembros sobre cinco) apunta lo siguiente: “la exigencia de que en el *dolo* la voluntad deba ser *directa* tiende a resolver un problema que ocupa a la doctrina desde hace más de un siglo y que no ha tenido solución satisfactoria hasta el presente: el llamado *dolo eventual*. La jurisprudencia nacional ha sido aún más contradictoria que la doctrina, en particular en los casos de homicidios de tránsito y similares, donde parece que la trascendencia mediática del caso es la que decide la calificación, determinando una diferencia abismal en la pena. Doctrina confusa –más de siete u ocho teorías ensayadas y criticadas se han intentado– y jurisprudencia vacilante, cuando se juegan grandes diferencias de pena, no proveen seguridad ninguna”.

“Además, debemos tener en cuenta que el concepto de *dolo eventual* puede ser manipulado en cualquier tipo penal, o sea que lo que se ha puesto de manifiesto con su juego arbitrario en el homicidio y las lesiones, puede extenderse a cualquier ámbito de la materia punible, con alcances tan insospechados como intolerables: estafas, hurtos, delitos sexuales, etc.”

“Por tales razones se propone eliminar el concepto y en los tipos culposos volver a la vieja fórmula de Feuerbach –fuente de inspiración de Tejedor– y distinguir, según la gravedad de la norma de cuidado infringida, entre una culpa simple y otra *temeraria*, con una penalidad mayor para esta última, como se verá en la parte especial”.

Basados en ese raciocinio, esos cuatro de los cinco miembros de la comisión concordaron en la redacción del primer artículo del Anteproyecto de Código en los siguientes términos:

“Artículo 1°. Principios. 1. *Constitucionales y de derecho internacional*. Las disposiciones del presente Código se interpretarán de conformidad con los principios constitucionales y de derecho internacional consagrados en tratados de igual jerarquía. 2. Se aplicarán con rigurosa observancia los siguientes principios, sin perjuicio de otros

derivados de las normas supremas señaladas: a) *Legalidad estricta y responsabilidad*. Solo se considerarán delitos las acciones u omisiones expresa y estrictamente previstas como tales en una ley formal previa, **realizadas con voluntad directa**, salvo que también se prevea pena por imprudencia o negligencia. No se impondrá pena ni otra consecuencia penal del delito, diferente de las señaladas en ley previa". Y luego continúan los principios generales.

Vale destacar que el Anteproyecto introduce el concepto de **culpa temeraria** en el artículo 83, referido al homicidio culposo, elevando la escala de cinco a ocho años de prisión, conforme con **dos** criterios a valorar por el Juez: a) la jerarquía del deber que incumbía al agente; b) el grado de violación de ese deber en el que hubiere incurrido. En consonancia con ese precepto, también se aumenta la pena en las lesiones graves o gravísimas cuando se hubiere obrado con culpa temeraria, conforme al artículo 95, inciso tercero, con un máximo de cinco años, 150 días de multa y ocho años de inhabilitación. Y, en un terreno muy específico, el de las fuerzas armadas y de seguridad, también se alude a la culpa temeraria en las figuras culposas de responsabilidad del superior por hechos de los subordinados (artículo 74, inciso segundo).

Por su parte, el quinto miembro de la comisión, el diputado neoliberal Federico Pinedo, inscribió su disidencia en los siguientes términos: "No se comparte el uso del término "voluntad directa" para los delitos dolosos, con lo que –conforme la exposición de motivos– se pretende eliminar el uso del concepto de "dolo eventual". Un importante sector de la doctrina jurídico-penal actual otorga preeminencia al aspecto cognoscitivo del dolo, del que **deduce la voluntad**". Y, acto seguido citó un párrafo del profesor catalán Ramón Ragués I Vallès, de su libro *El dolo y su prueba en el proceso penal* (Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1999, p. 519): "Concurre dolo cuando un sujeto ha actuado, pese a atribuir a su conducta la concreta capacidad de realizar un tipo penal".

Basado en ello, el diputado prosigue diciendo: "Se sostiene así que si el autor **conoce** que su conducta entraña un riesgo de peligro o lesión a un bien jurídico y **actúa**, lo hace con **dolo**, por lo que no nos parece adecuado caracterizarlo solo como *voluntad*".

Con todo, añade el legislador disidente, "compartimos la preocupación acerca del modo en que se suele emplear el concepto de *dolo eventual* en materia de accidentes de tránsito. Pero creemos que este es un punto que se resuelve adecuadamente con la incorporación de la *imprudencia temeraria* en los delitos de homicidio y lesiones culposas, y el consecuente aumento en tales casos de la pena básica del tipo por imprudencia (ver artículos 83, inciso segundo y 95, inciso tercero)".

Como vemos, acepta la introducción de la categoría de la culpa temeraria pero pretende añadirla al elenco clásico, vale decir, sin descartar al llamado dolo eventual como modalidad típica. El lema parece ser: sigamos expandiendo el sistema penal, que es la panacea para todos los males sociales.

Así está planteado el tema; no es ocioso apreciar que, tal como paladinamente lo señala el propio diputado Pinedo, el sector de la doctrina penal que él destaca **deduce la voluntad del conocimiento**. Luego, ese sector parece echar por tierra uno de los axiomas basilares del Derecho penal acorde con un Estado Constitucional de Derecho, aquel que sentencia que, en nuestra materia, **el dolo no se presume, sino que debe probarse**. El ya recordado profesor cordobés Ricardo Núñez, aunque cautivo de su tiempo, supo apuntar en su hora que “el **conocimiento** y la **intención** en los cuales el dolo consiste, son **hechos**, aunque de naturaleza psíquica, y –como tales– tienen que ser **probados** por el juez, lo mismo que los otros hechos que fundamentan la imputación delictiva”.

La dificultad probatoria no puede salvarse reduciendo a la mitad los requisitos, disponiendo que con solo estimar acreditado el conocimiento ya basta para hablar de dolo.

El tema trasciende los límites de nuestra disciplina; y obliga a cuestionar, desde la Filosofía del Derecho, si estamos dispuestos a abandonar la explicación intencional de las acciones humanas. Porque si ese es el caso, desde cualquiera de las doctrinas que intentan mantener la misma consecuencia jurídico-penal para el dolo y para el llamado “dolo eventual”, llamarán intencional a cualquier acción que ocasione unas consecuencias riesgosas o perjudiciales para terceros por el solo hecho de que hayan resultado previstas o –aun– pasibles de previsión.

Tal como recientemente ha advertido Manrique Pérez, “atribuir responsabilidad por aquello que el agente ocasiona, y no por lo que el agente hace, se aleja del ideal liberal y retoma un tipo de imputación propio de las sociedades primitivas”⁴.

Prever la sola **posibilidad** de que se produzca un resultado y **asumir el riesgo** conjetural de su producción no equivale a **quererlo**; y

⁴ PÉREZ MANRIQUE, María Laura, *Acción, dolo eventual y doble efecto*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012, p. 25.

de esa diferencia también debería hacerse cargo, a mi modesto entender, el legislador cubano, para cerrar el paso –cito textualmente– “a las caprichosas volubilidades hermeneútics”, como supo prevenir –ni más ni menos que– José Martí⁵.

Termino glosando una vez más al Apóstol de la cubanía: “*Criticar, no es morder, ni tenacear, ni clavar en la áspera picota, no es consagrarse impiamente a escudriñar con miradas avaras en la obra bella los lunares y manchas que la afean; es señalar con noble intento el lunar negro, y desvanecer con mano piadosa la sombra que oscurece la obra bella. Criticar es amar*”.

Agradezco a los estimados colegas la atención dispensada.

⁵ MARTÍ, José, *Obras Completas, op. cit.*, tomo 7, p. 100.

La omisión impropia en el Derecho penal argentino*. Ámbitos de aplicación y relación de los artículos 106, 107, 79 y 80 del Código penal. Criterios interpretativos para delimitar los supuestos de omisión impropia dolosa punibles

DR. CARLOS CARAMUTI**

Sumario

1. Introducción. Acción y omisión. Tipos activos y omisivos. Omisión propia
2. Distintas posiciones sobre el tratamiento jurídico penal de la omisión impropia
3. La situación en nuestro Derecho vigente. Interpretación del alcance de los artículos 79 y 106, CP. Alcance de cada uno respecto a las muertes causadas en posición de garante

* Entre los días 26, 27 y 28 de septiembre de 2012 tuve el honor de ser invitado por mi amigo Luis NIÑO a participar como panelista del Primer Congreso Académico organizado por la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional de la República Argentina y que tuviera lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires. El tema del panel giraba en torno a los “Delitos omisivos impropios”. En esa oportunidad, esboqué algunas ideas sobre la problemática. Mi propósito no era agotarla, sino tan solo buscar un criterio dogmático restrictivo sobre la aplicación de esa modalidad delictiva en el Derecho penal argentino, partiendo de los textos vigentes. El tema despertó mi interés, por lo que guardé el esbozo que había escrito, con el propósito de profundizarlo en algún momento. Las ocupaciones y avatares de la actividad diaria hicieron que ese proyecto quedara abandonado a la espera de una circunstancia más propicia. La oportunidad llegó de nuevo de la mano del amigo Luis, quien me pidió participar con una contribución al libro que se editará en su homenaje; convite que acepté más que gustoso. Así fue como desempolvé aquellas embrionarias ideas e intenté profundizarlas. El fruto es el presente trabajo en el que, al igual que en aquel panel, no pretendo agotar el tema, sino proponer a la crítica de la comunidad científica un criterio de interpretación restrictivo de la omisión impropia, fundado en los textos vigentes del código penal.

**Catedrático de la Universidad Nacional de Tucumán (Argentina) y Juez de la Cámara Penal de dicha Provincia. Ex Presidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal. caramuticarlossantiago@gmail.com

4. Argumentación sobre la base del paradigmático caso de la madre que no amamanta a su hijo. Interpretación sistemática del artículo 106 con el 79, CP.
5. Interpretación histórica de ambos delitos
6. Compatibilidad de la interpretación histórica con la redacción del artículo 106, CP.
7. No aplicación de la agravante del artículo 80, CP. Prohibición de doble desvaloración
8. Aplicación al criterio propuesto a las demás posiciones de garante del artículo 106, CP.
9. Conclusiones finales

1. Introducción. Acción y omisión. Tipos activos y omisivos. Omisión propia

Es un lugar común afirmar que los delitos se pueden cometer por acción o por omisión según que la acción típica consista en un hacer (comportamiento activo o positivo) o en un no hacer (comportamiento negativo u omisivo). Suele llamarse a los primeros delitos de acción u comisión y a los segundos delitos de omisión¹.

Correlativamente habría tipos activos (comisivos) y tipos omisivos, tanto en sus variantes dolosas como culposas², a los que corresponderían, respectivamente, normas fundantes prohibitivas e imperativas, expresándose estos en la forma de infracción de una “prohibición de hacer” (delitos de comisión) o en la forma de “des-

¹ FRÍAS CABALLERO, Jorge – Godino y Godino, *Teoría del delito*, Hammurabi, Buenos Aires, 1993, p. 205; RIGHI, Esteban, *Derecho Penal. Parte General*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 108; STRATENWETH, Gunter; *Derecho Penal. Parte General I*, “El Hecho Punible”, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 120 y 453; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, tomo III, “El delito”, Editorial Losada S. A., Buenos Aires, 1950, 5ª edic. actualizada, p. 386.

² BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 225.

obediencia a un mandato de acción” (delitos de omisión)³. Es decir, que existirían dos técnicas de individualizar conductas penalmente relevantes. Prohibiendo la realización de algunas conductas u ordenando la realización de otras, bajo amenaza de pena.⁴

La regla es que los tipos penales contengan descripciones de conducta formuladas positivamente, es decir, que describan comportamientos activos, definidos positivamente. Son, en principio menores en número, excepcionalmente previstos en los códigos penales, los tipos penales que describen omisiones⁵. Cuando ello ocurre se les llama omisiones propias o delitos de omisión propia⁶.

A su vez, los denominados tipos activos suelen contener descripciones que implican causaciones de resultados o de acciones que las causan o se dirigen a ello. A este respecto, se discute si esos tipos, a los que se anteponen, fundamentándolos, normas prohibitivas, pueden ser también realizados mediante una omisión; más propiamente, si estas normas pueden ser infringidas omitiendo o si admitirlo implicaría violentar el principio de legalidad⁷. Se denomina a estos

³ Cfr; BACIGALUPO, Enrique, *op. cit.*, p. 533; RIGHI, *op. cit.*, p. 355; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, tomo III, “El delito”, Editorial Losada S. A., Buenos Aires, 1950, 5ª edic. actualizada, pp. 386 y 387.

⁴ Cfr; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA y Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, 2000, p. 542; ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal*, tomo 3, Ediar, Buenos Aires, 1981, p. 447.

⁵ Cfr; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, tomo. 3, p. 458, STRATENWERTH, *Derecho Penal, Parte General I*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 457; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, tomo III, “El delito”, Editorial Losada S. A., Buenos Aires, 1950, 5ª edic. actualizada, p. 386.

⁶ Cfr; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Eugenio, ALAGIA y Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *op. cit.*, p. 547; BACIGALUPO, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1994; STRATENWERTH, Gunter; *op. cit.*, p. 457; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *op. cit.*, p. 389; RIGHI, Esteban. *op. cit.*, p. 357.

⁷ Cfr; RIGHI, Esteban, *op. cit.*, pp. 355, 358 y 367 y ss.; STRATENWERTH, Gunter; *op. cit.*, p. 459; MOLINA, Gonzalo, Javier. “Constitucionalidad de los delitos de omisión impropia en el sistema penal argentino”, en “XI Encuentro de Profesores de Derecho Penal de la República Argentina”, Rosario, junio de 2011, Javier Augusto de Luca (coordinador), Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, La ley, 2013, pp. 131 y ss.

casos omisión impropia o delitos de comisión por omisión. El caso típico es el homicidio, ejemplificándose con la madre que mata a su hijo en edad lactante, omitiendo amamantarlo o dejándolo abandonado donde, con seguridad, no podrá recibir ningún tipo de asistencia sustitutiva; ejemplo paradigmático cuya mención, desde los clásicos, no falta en casi ningún autor que se haya interesado en el abordaje del tema.

En ellos, la acción típica o el resultado se provoca mediante una omisión de la persona obligada jurídicamente a evitarlo, situación a la que la doctrina hoy dominante denomina posición de garante; y deber de garante o de garantía a la obligación que emerge de esa posición⁸.

2. Distintas posiciones sobre el tratamiento jurídico penal de la omisión impropia

Existen distintas posturas sobre la tipicidad de estos supuestos, a los que algunos autores consideran verdaderos tipos no escritos⁹. Podríamos esquematizarlas, con la relatividad de cualquier simplificación de esa naturaleza, del siguiente modo:

- a) La que podríamos llamar **tesis amplia**, conforme con la cual siempre es equivalente la realización activa u omisiva de los tipos pro-

⁸ Cfr; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR, p. 548; ROMEO CASABONA, Carlos María, “Límites de los delitos de comisión por omisión”, en *Omisión e imputación Objetiva en Derecho Penal*, Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho Penal, en homenaje al profesor Claus Roxin, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid. Ministerio de Justicia e Interior (Centro de Estudios judiciales), Madrid, 1994, pp. 5-6, donde se caracteriza la posición de garante como elemento de la autor, basada en la estrecha vinculación con el bien jurídico originada por diversas fuentes; STRATENWERTH, Gunter; *op. cit.*, p. 459; RIGHI, *op. cit.*, p. 363.

⁹ Cfr; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR. *cit.*; RIGHI, Esteban, *op. cit.*, pp. 356 y 357.

hibitivos^{10 11}. Como de inicio se advierte la desmedida amplitud que podrían adquirir los tipos¹², pretenden restringir el círculo de posibles autores mediante modalidad omisiva impropia a quienes tengan el deber de actuar en determinadas condiciones de peligro para el bien jurídico y acotando las posibles fuentes de dicho deber (inicialmente la ley y el contrato, para agregarse luego el actuar precedente)¹³. Las doctrinas modernas pretenden acotar (¿o ampliar?) aún más los deberes que podrían generar responsabilidad penal realizando omisivamente tipos activos, acudiendo a lo que se denomina posición de garante; reemplazando la teoría de las fuentes formales por la de las fuentes materiales¹⁴. La corriente que hoy parece dominante distingue entre los garantes de protección

¹⁰ Así, por ejemplo MEZGER, citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, tomo III, “El delito”, Editorial Losada S. A., Buenos Aires, 1950, 5ª ed. actualizada, p. 386: “todo delito puede ser cometido no solo por medio de una actividad positiva, sino también mediante una omisión”, lo que da lugar a los delitos llamados en Alemania de “omisión impropia” y que luego se ha preferido llamar de comisión por omisión.

¹¹ *Cfr.* CREUS, Carlos, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, pp. 149 y ss., para quien la corrección jurídica de la causalidad permite incluir en ella toda condición típica de un resultado, sea esta la de producirlo cuando no se lo debía producir o la de no impedirlo cuando se lo debía impedir.

¹² Pues, como señala ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, p. 448, “la afirmación de que la norma antepuesta al tipo activo está enunciada prohibitivamente, en tanto que lo está preceptivamente la que se antepone al tipo omisivo, no implica que puedan trasvasarse. Ello es inadmisibles por la amplitud que la norma enunciada prohibitivamente cobra en su enunciado preceptivo que, incuestionablemente, excede su alcance prohibitivo. La razón de la mayor amplitud de lo prohibido en el enunciado preceptivo no es una cuestión que pueda explicarse por el mero empleo de la lógica, sino que responde a una limitación del lenguaje. [...] Lo que es posible hacer, sin riesgo de extender el contenido de lo prohibido es reducir todos los enunciados preceptivos a prohibitivos; si se ordena una conducta se prohíben las que son diferentes (la inversa es inadmisibles)”.

¹³ STRATENWERTH, Gunter; *op. cit.*, p. 459; MOLINA, Gonzalo, *op. cit.*, pp. 139-140; RIGHI, Esteban. *op. cit.*, pp.366 y 368.

¹⁴ *Cfr.* ROMEO CASABONA, Carlos María, nota 7; STRANTENWETH, Gunter; *op. cit.*, p. 460; MOLINA, Gonzalo, *op. cit.*, pp. 141-143.

de determinados bienes jurídicos (o de determinadas personas) frente a cualquier peligro que los amenace y los garantes de control de ciertas fuentes de peligro¹⁵.

Con esta posición se sostiene que, bajo ciertas circunstancias, la omisión de evitar el resultado por parte de un/a garante, está comprendida en el sentido del verbo típico (tipo de interpretación), aunque el tipo de texto esté redactado, en apariencia, como si prohibiera solo comportamientos o causaciones activas. Es decir, bajo la aparente fundamentación de una norma prohibitiva. Ello requeriría, sin embargo, de una identidad estructural de la omisión en cuestión con la correspondiente comisión activa para admitir esa forma omisiva de realización típica. Tal parece ser la posición de Silva Sánchez¹⁶ y, en nuestro Derecho de Gonzalo Molina¹⁷.

¹⁵ Cfr; JAKOBS, Günter, *El concepto jurídico penal de acción*, Edición Civitas; STRATENWERTH, Gunter; *op. cit.*, p. 460; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Editorial BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2010, 2ª ed. actualizada, pp. 463-464.

¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Editorial BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2010, 2ª ed. actualizada, pp. 460-466 y ccds. Ello es recepcionado por el artículo 11 del Código español de 1995, que requiere equivalencia según el sentido del texto de la ley, entre omisión y causación. Para el autor citado, “la identidad estructural es una exigencia derivada de la existencia, tras los preceptos legales de los tipos de resultado, de dos normas, de lo que se deduce la necesidad de hallar elementos de identidad” entre sus respectivos objetos; lo que permitiría, según la interpretación del autor, “la reducción de la comisión por omisión a un escaso número de supuestos. Con ello pretende una restricción teleológica –paralela a la producida en la comisión activa– en el ámbito del “sentido literal posible” del término “matar” en su vertiente omisiva. Las omisiones de sujetos en posiciones de responsabilidad que la aplicación del criterio de identidad estructural deje fuera del concepto de comisión por omisión, deben pasar a constituir el grupo de omisiones “de garante” o de “gravedad intermedia” (serían las previstas en el artículo 106 del CP argentino –abandono–), “para las que se propone una tipificación expresa como calificaciones de las omisiones puras generales” (como sería la omisión de auxilio del artículo 108 del CP argentino).

¹⁷ MOLINA, Gonzalo, *op. cit.*, p. 144. También existen autores que, aunque no en todos los casos, consideran algunos supuestos de omisión como propias realizaciones de tipos activos, más que modalidades de omisión impropia o comisión por omisión.

b) En oposición a la enunciada precedentemente, y atendiendo a las dificultades de precisar esas posiciones de garantía y su origen, se alzan las que podríamos llamar **tesis restrictivas**. Estas niegan que los tipos activos puedan ser ejecutados omisivamente y exigen la formulación de tipicidad expresa para cada tipo omisivo, en la parte especial de los códigos¹⁸. Si dicho tipo no existe, la omisión no resulta punible. Fundan esa posición en la invocación de un supuesto disvalor de acto diferente (menor) que encerraría la omisión con relación a la omisión y en la necesidad de respetar el principio de legalidad, tanto en su sub principio ley escrita –porque los tipos omisivos impropios serían tipos no escritos–, como en el sub principio *lex certa* –ya que la posición de garantía es de muy difícil precisión–¹⁹.

La violación al principio de legalidad tendría lugar porque, se dice, la omisión no causa y, solo acudiendo a la analogía, podría penárseles bajo un título que prohíba la causación de un resultado.

Para esta posición los problemas de legalidad no se solucionan con la existencia de una fórmula general de conversión en la parte general, a la que aludiremos en el punto siguiente.

Estas discusiones, que surgieron en la dogmática extranjera, especialmente alemana y española, se repiten nuestro derecho. La concepción tradicional que admitía la posibilidad de comisión por omisión fue objeto de críticas similares a las ya enunciadas, especialmente por las objeciones constitucionales desde la perspectiva del principio de legalidad.

La tesis opuesta, que niega la equiparación de la omisión con la comisión y la posibilidad de cometer omisivamente los tipos formulados como de causación (tipos activos), también es objeto de importantes críticas, en tanto, se dice, generaría importantes la-

¹⁸ Cfr; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR, *op. cit.*, pp. 553-554.

¹⁹ Cfr; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR, *op. cit.*, pp. 548-554; MOLINA, Gonzalo, *op. cit.*, pp. 143-144, reconoce la existencia del cuestionamiento en esos dos aspectos, pero entiende que ambos cuestionamientos pueden ser subsanados.

gunas de punibilidad²⁰, originando injusticias y desprotegiendo bienes jurídicos fundamentales frente a omisiones de quienes están obligados a tutelarlos. El ejemplo paradigmático (aunque no el único) al que se recurre es la madre que deja morir a su hijo (¿lo mata?), al dejar de amamantarlo u otras omisiones similares como cuando no lo levanta, dejándolo ahogarse en la bañera, cuando este se hunde bajo el agua.

Las objeciones constitucionales a la equiparación entre omisión y omisión y a la posibilidad de cometer omisivamente delitos comisivos parecen haber preponderado en nuestro país. En efecto, los dos últimos anteproyectos de reforma, introdujeron, en la regulación del hecho punible y en los principios generales respectivamente, sendas disposiciones generales que parecen proscribir esa equiparación.

Así, el Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización del Código Penal de la Nación, elaborado en el año 2006, por una prestigiosa comisión de juristas, creada por el Ministerio de Justicia de la nación, establecía en su artículo 43 que “Solo son punibles las acciones u omisiones dolosas descriptas en la ley, a menos que también se disponga pena para las culposas”²¹. Al explicar los fundamentos y alcances de esta norma en la exposición de Motivos redactada por la comisión, se dijo que “En orden al sistema del hecho punible se ha establecido expresamente, de manera precisa y compatible con el principio de legalidad y su derivado de culpabilidad, que solo son punibles las acciones u omisiones dolosas descriptas en la ley a menos que también se disponga la pena para las culposas. De ello derivan dos consecuencias: (a) no existe equivalencia entre acción y omisión; por ello, en orden a los delitos omisivos –en especial, los llamados delitos improprios de omisión– solo su tipificación en la parte especial habilita la punición. Con

²⁰ MOLINA Gonzalo, *op. cit.*, p. 144.

²¹ “Anteproyecto de ley de Reforma y Actualización del Código Penal de la Nación”, Ediar – Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, Buenos Aires, 2007, con presentación de Luigi Ferraioli, p. 116.

fundamento en el principio de legalidad que exige máxima taxatividad. [...]”²².

Por su parte, con redacción aún más contundente, el Anteproyecto de Código Penal de la Nación de 2014, cuya elaboración se debe a una Comisión encargada por el Poder Ejecutivo y presidida por Eugenio Raúl ZAFFARONI, programa en su artículo 1.2, apartado a), bajo la rúbrica principio de legalidad, que “solo se considerarán delitos las acciones u omisiones expresa y estrictamente previstas como tales en una ley formal previa [...]”²³.

Ninguno de los mencionados anteproyectos contiene una cláusula general de equivalencia de la omisión similar a las de los códigos español y alemán²⁴, que permita extender a ellas la punición contemplada en los tipos activos. Por ello se entiende que solo una previsión expresa en la parte especial permitiría penar esas omisiones.

Sin embargo, también dentro de esta posición existen variantes que admiten que ciertos casos límite estarían comprendidos en los alcances de la prohibición, aunque sin llamarlos omisión impropia. Tal la posición de Javier De Luca en su disertación en el panel sobre la materia en el XI Encuentro de Profesores de Derecho Penal en la ciudad de Rosario en el año 2011, sobre la cual volveré luego²⁵.

- c) Existe también una **posición intermedia** que no considera necesaria la previsión expresa específica de tipos omisivos paralelos a los activos, cada vez que se quiera penar la omisión, satisfaciéndose

²² *Op. cit.*, p. 58.

²³ “Anteproyecto de Código Penal de la Nación”, Infojus, Argentino de Información Jurídica, marzo de 2014, p. 335. Pese a la mayor contundencia en cuanto a la redacción del artículo proyectado, en la exposición de motivos nada se explica respecto a la no admisión de la omisión impropia, a diferencia de la fundamentación del anteproyecto de 2006, que fue explícita y categórica al respecto.

²⁴ Que trataremos en el punto siguiente.

²⁵ DE LUCA, Javier Augusto. “Qué hacer con la omisión”, en XI Encuentro de Profesores de Derecho Penal de la República Argentina, Rosario, junio de 2011, DE LUCA, Javier Augusto (Coordinador), Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, La ley, 2013, pp. 96-96.

en cambio con una fórmula general de equivalencia en la parte general del Código penal. A este sistema responden los artículos 11 del Código penal español y 13 del alemán.

Así, el primero dispone que: “Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado solo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor²⁶, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar²⁷. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente²⁸.”

Por su parte, el § 13 del Código penal alemán dice: “Comisión por omisión: (1) Quien omite evitar un resultado que pertenezca al tipo de una ley penal, solo incurre en un hecho punible conforme con esta ley, cuando deba responder jurídicamente para que el resultado no se produjera²⁹, y cuando la omisión corresponda a la realización del tipo legal mediante una acción³⁰. (2) La pena puede disminuirse conforme con el § 49, inciso 1.

Como puede advertirse, existe una importante diferencia, pues mientras el Código penal español no distingue la intensidad de punición del delito según se cometa activa u omisivamente, el alemán faculta la reducción de la pena para el último supuesto, con lo que parece admitir un menor contenido de injusto. En mi criterio, se trata en el texto alemán, de una verdadera extensión de la tipicidad y de la punibilidad, similar a la que ocurre con la tentativa y

²⁶ Serían los deberes de garante del bien jurídico.

²⁷ Serían las denominadas fuentes formales del deber de actuación en salvaguarda del bien jurídico.

²⁸ Contemplaría la injerencia como fuente del deber de actuar o generadora de la posición de garante.

²⁹ Consagraría la posición de garante.

³⁰ Referiría a la exigencia de equivalencia valorativa, aunque la equivalencia estaría relativizada por la posibilidad de atenuar la pena que consagra en la oración final.

la complicidad, supuestos en los que también se reconoce la existencia de un menor contenido de injusto³¹.

La categorización de posiciones no pasa de ser una simplificación explicativa, ya que existen numerosas variantes dentro de cada una de ellas. Así, por ejemplo, hay quienes sostienen, que pese abarcar los tipos activos (o de causación) la posibilidad de ser cometidos omisivamente por un autor garante, creen conveniente, incorporar una fórmula general que despeje cualquier objeción constitucional.

3. La situación en nuestro Derecho vigente. Interpretación del alcance de los artículos 79 y 106, CP. Alcance de cada uno respecto a las muertes causadas en posición de garante

Zaffaroni³², que niega la admisibilidad de omisiones impropias no escritas y que los tipos activos puedan comprender la punición de omisiones, afirma, que en nuestro Derecho, no existe la denunciada laguna de punibilidad, al menos para el paradigmático caso de la madre que deja morir a su hijo. Asevera que ello es así porque el artículo 106, CP, sanciona severamente a la madre que abandona a su hijo, a resultas de lo cual ocurre su muerte (tercer párrafo de la norma penal citada), supuesto, que con la agravante del artículo 107, CP, permite penar a la madre con una pena de hasta 20 años de prisión, solo levemente inferior a la del homicidio simple (artículo 79, CP) que contempla un máximo de 25 años de esa clase de pena. Y el mínimo sería de seis años y ocho meses, contra ocho del homicidio, explicándose la inferior pena en el menor contenido injusto de las omisiones con relación a las acciones.

³¹ En efecto, el Código penal alemán prevé respecto a la tentativa una reducción facultativa de la pena en su artículo 23.2; en tanto para la complicidad la disminución punitiva es obligatoria (artículo 27.2).

³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, 2000, pp. 551-552.

En mi opinión, pese a coincidir en que, en general, las omisiones encierran menor contenido de disvalor que las acciones, no existen obstáculos, sin violentar el sentido del texto normativo del artículo 79, CP, para considerar incluidas en el tipo de homicidio, *algunas* omisiones, con las limitaciones que enseguida precisaré, cuando las mismas son *utilizadas como medio para matar*. Ello supone, en mi opinión, que el sujeto activo actúe con *dolo directo*.

Argumentaré con el ejemplo de la madre por ser el más paradigmático y el que, tradicionalmente, ha preocupado a la doctrina, pero entiendo que la posición que sustento es aplicable también a los demás casos en que es admisible la denominada, impropriamente, omisión impropia. Digo impropriamente, porque entiendo, que en definitiva, solo se trata de un modo de realizar el tipo o de ejecutar la acción típica.

Por el contrario, entiendo que el artículo 106, que sanciona el abandono, en la agravante de su tercer párrafo, se refiere a (solo a) supuestos en que la muerte es abarcada por el dolo eventual del omitente, por las razones que expondré enseguida. Por ello entiendo que los casos en que la muerte pueda imputarse a la omisión, a título de esa clase de dolo, no encuadran en el artículo 79, CP. Este solo comprende, respecto a las omisiones en posición de garante, las causadas con dolo directo, en que la omisión es utilizada, intencionadamente, como medio para el homicidio. Aunque debo aclarar, desde un inicio, que creo que en este caso no se aplica, respecto a la madre, la figura agravada del artículo 80, inciso 1, porque ello implicaría, por las razones que luego explicaré, una doble desvaloración de la misma circunstancia. Primero, para fundamentar la posición de garante y el deber de actuar o evitar la muerte, necesaria para incluir la omisión en el tipo del artículo 79, y después, para legitimar la aplicación de la agravación de la escala penal. Entiendo que esa adecuación al artículo 79 y no al 80, por la prohibición de doble desvaloración, se aplica no solo al caso de la madre, sino a cualquier otro supuesto de causación de la muerte por omisión en posición de garante con dolo directo de homicidio. Lo estimo así, porque en todos ellos, conforme con los criterios que emergen del artículo 106, CP, se trataría de verdaderos casos de indefensión de la víctima (incapaz de valerse) aprovechada por el omitente para matar (o sea alevosía), que se tienen en cuenta para fundar la posición de garante a los efectos del artículo 79, lo que no podría volver a computarse como circunstancia agravante conforme con el artículo 80, inciso 2, del Código penal.

A diferencia del criterio que acabo de enunciar, para SANCINETTI³³ el criterio distintivo entre el abandono agravado por muerte y el homicidio doloso del artículo 79, realizado por medio de una omisión, no debe establecerse en función de la clase de dolo (como según el mismo reconoce, había insinuado en su Teoría del delito y disvalor de acción) sino del grado del riesgo para la vida, incierto y general o inespecífico –abstracto– en el artículo 106, o característico –cierto, concreto– en el homicidio. A su vez, considera que la acción de abandono supone tomar distancia espacial respecto a la víctima, con lo que comprendería una acción y no una omisión. Las omisiones, que en su interpretación, tendrían lugar cuando el sujeto activo no se retira, sino sigue presente junto a la víctima, pero sin prestarle el auxilio necesario, serían supuestos de homicidio doloso. Volveré luego sobre este punto.

4. Argumentación sobre la base del paradigmático caso de la madre que no amamanta a su hijo. Interpretación sistemática del artículo 106 con el 79, CP

Me detendré en el análisis del paradigmático caso de la madre a la luz de la regulación del artículo 106 del Código penal argentino³⁴, para extraer, luego, algunas conclusiones generales de esa regulación. Esa norma comienza diciendo, en su primer párrafo, que el que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona

³³ SANCINETTI, Marcelo, “Abandono de personas y homicidio por omisión”, en *Jurisprudencia de la casación penal*, tomo 1, pp. 247 y ss.

³⁴ Para una mayor claridad expositiva, creo útil transcribir la norma mencionada: ARTICULO 106.- “El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de 2 a 6 años”.

“La pena será de reclusión o prisión de 3 a 10 años, si a consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima”.

“Si ocurriere la muerte, la pena será de 5 a 15 años de reclusión o prisión”. (Artículo sustituido por el artículo 2 de la Ley No. 24.410 B.O. 2 de enero de 1995).

incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de 2 a 6 años. La situación de la madre se encuentra contemplada en el supuesto de quien abandona a su suerte una persona incapaz de valerse (tal la situación del niño en período de lactancia), debiendo esta cuidarlo, prestarle alimentos, considerando sus necesidades específicas según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo, asumiendo su responsabilidad parental para su protección, desarrollo y formación integral, mientras sea menor de edad y no se haya emancipado; obligaciones y responsabilidades que surgen de los artículos 646, incisos a y b, 638 y ccds del Código civil y comercial de la nación.

A diferencia de la colocación en situación de desamparo, compatible con una acción positiva³⁵, el abandono se trata, a mi criterio, de una clara omisión; pese a lo que, a este respecto, expone Sancinetti³⁶, quien abona la opinión de quienes lo consideran una acción, pues exigiría poner distancia espacial con la víctima. Es que, se aleje o no el sujeto activo, el peligro para la vida o la salud, si concurren las demás condiciones de la norma, se crea como consecuencia del incumplimiento de los deberes de mantener o cuidar, es decir, de una omisión. La posición de garante y el consiguiente deber de realizar la acción omitida surgen de la ley expresa, conforme con las normas supra citadas del Código civil y comercial de la nación.

Para la consumación del delito en esta forma básica, debe surgir ese peligro para la vida o la salud, tratándose de un delito de peligro concreto; es decir, que no basta el abandono si ese riesgo no surge. No se trata de un riesgo general e inespecífico como pretende Sancinetti, ni de un peligro abstracto que surja por el mero abandono sin tomar recaudos para conjurar los riesgos previsible. Esa interpretación parece pasar por alto la expresa exigencia normativa: “el que pusiere en peligro la vida o la salud” dice el texto. Y aunque el autor citado se ampara en la supuesta exigencia adicional de poner distancia espacial, no lo hace para restringir la punibilidad cuando ella no concurre, sino para ampliarla considerando homicidio en comisión por omisión, la permanencia junto a la víctima con omisión de asistencia.

³⁵ D’ALESIO, Andrés José. Código Penal comentado y anotado, editora Buenos: La Ley, 2004. p. 94.

³⁶ SANCINETTI, Marcelo, *op. cit.* pp. 247 y ss.

En los párrafos segundo y tercero del artículo 106, se prevén sendas agravantes para los casos en que, como consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o salud de la víctima (reclusión o prisión de 3 a 10 años) u ocurriere la muerte (5 a 15 años de reclusión o prisión), aumentándose, a su vez, en un tercio del máximum y del mínimum cuando el delito fuera cometido por los padres contra sus hijos y por estos contra aquellos o por el cónyuge (artículo 107).

Centrándonos en el caso de la muerte, como lo anticipé, entiendo que comprende los casos en que, al abandonar, con conciencia del peligro, concurre dolo eventual respecto de aquella. Pasaré a fundamentar por qué.

Entiendo, en primer lugar, que la agravante no incluye la causación culposa de la muerte, supuesto en el cual habrá concurso ideal entre abandono simple (artículo 106, primer párrafo) con homicidio culposo (artículo 84, CP). Digo que se trata de un concurso ideal porque la conducta que, en ese caso, produciría la muerte, sería el abandono, constituyendo, a su vez, esa conducta (omisiva) la infracción al deber de cuidado característica de la tipicidad imprudente. Es decir, que estaremos ante una sola y misma conducta, un hecho en los términos del artículo 54, CP, que encuadra en más de una figura o sanción penal (artículo 106, tercer párrafo y 84 del Código penal).

Afirmo que la agravante del tercer párrafo del artículo 106, CP, prevé una pena mucho mayor (cinco a quince años), que la que correspondería aplicando las reglas del concurso ideal (artículo 54, dos a seis años de privación de libertad), por ser la escala penal mayor la correspondiente al artículo 106, con relación a la del artículo 84, CP. Desproporción aún mayor con el aumento previsto por el artículo 107 con respecto a la madre (seis años y ocho meses a veinte años): más del triple del mínimo y más del máximo!!! Aunque en menor medida, esa desproporción se mantiene aún si aplicáramos las reglas del concurso real (artículo 55, dos a once años): más del triple del mínimo y casi el doble del máximo.

La comparación ensayada y la aplicación del principio de proporcionalidad me persuaden de que las muertes causadas imprudentemente por la omisión (el abandono), no se encuentran alcanzadas por el tipo penal de abandono seguido de muerte, debiendo, en ese caso, aplicarse las reglas concursales. Solo cabe, a contrario, concluir que el mismo se refiere a muertes dolosamente causadas.

Sin embargo, con el giro “ocurriere”, la muerte no parece compatible con el dolo directo, esto es con los casos en que el sujeto actúa con el fin de matar. Cuando el sujeto se propone matar, no ocurre la

muerte como consecuencia de su conducta, sino que mata. Ello me convence de que en el párrafo tercero del artículo 106, se encuentran abarcadas las muertes causadas por el abandono con dolo eventual, en tanto las causadas con dolo directo o necesario (dolo directo de primero o segundo grado)³⁷ realizan el tipo de homicidio del artículo 79 del Código penal.

En estos casos, la fundamentación del deber de actuar, que permite equiparar estas omisiones (abandono) a la causación activa de la muerte, surge de la posición de garante legalmente fijada por la legislación civil, en cuanto regula la obligación de los padres de cuidar y alimentar a los hijos menores³⁸. Mandato de actuación recogido, a su vez, por el primer párrafo del artículo 106, al sancionar el abandono de la persona incapacitada de valerse *a la que se deba mantener o cuidar*. Es decir, que las posiciones de garante del artículo 106, son las mismas que se pueden aplicar respecto al artículo 79 para equiparar las omisiones a las acciones, cuando aquellas son utilizadas como medio *para matar*.

La concurrencia de la posición de garante, con el dolo directo de homicidio, permite la equivalencia valorativa o, más propiamente, desvalorativa entre acción y omisión, que posibilita encuadrar esta última en un tipo penal, percibido, en principio, como activo; pero cuyo tenor literal admite, sin forzamientos, subsumir estos supuestos de realización dolosa a través de la utilización de la omisión de la acción debida como medio para cometer el homicidio.

³⁷ Sigo aquí la clasificación de ZAFFARONI, Eugenio Raúl, – ALAGIA – SLOKAR, en su *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 498-499. Conforme con ella, el dolo directo de primer grado es el caso en que la voluntad abarca la producción del resultado típico como fin en sí, también denominado dolo inmediato. En el dolo directo de segundo grado o mediato, el resultado típico es una consecuencia necesaria de los medios elegidos, que deben ser abarcados por la voluntad tanto como el fin mismo. En ambos casos el sujeto quiere directamente la producción del resultado. En el dolo eventual o indirecto, pese a querer los medios, el resultado solo es tomado en cuenta como posible, pero incluido, solo indirectamente, en la voluntad realizadora.

³⁸ Artículos 646, incisos a y b, 638 y ccds. del Código civil y comercial de la nación y transcriptos *supra*.

5. Interpretación histórica de ambos delitos

La interpretación propuesta es coherente con el alcance histórico y tradicional del homicidio en los autores clásicos (Carrara) y con la interpretación histórica de nuestra doctrina (Tejedor, Moreno, Gómez, etc.) que consideraban alcanzadas bajo el título de homicidio doloso las causaciones intencionales de la muerte, por medio de omisiones, en caso como los analizados.

Así, Carrara³⁹, comienza la explicación del abandono o exposición, excluyendo precisamente estos casos, en que se omite para matar. Textualmente dice: “puede exponerse o abandonarse a una criatura impotente *con el fin de darle muerte*. Ahora bien, como es cierto que el título de homicidio surge apenas se ocasiona voluntariamente la muerte injusta de un hombre, cualquiera que sea el medio elegido para *tal fin* (directo, indirecto, positivo o negativo), está claro que cuando la exposición o el abandono aparecen como *dirigidos voluntariamente* a quitar la vida, el título de exposición desaparece dentro del título de homicidio o infanticidio voluntario, consumado o intentado, según el resultado que se obtenga”.

Agregando, en otra parte de su obra: “no puede haber motivo para conservar el tipo especial de exposición de niños cuando consta, por la intención homicida del agente, que aquella no era sino un medio elegido para extinguir la vida de la criatura odiada; y esa intención puede constar muy bien, ya por explícitas e indudables manifestaciones del culpable, *ya* por la soledad o lejanía del lugar del abandono, ya por la crudeza de la estación, o por haber cometido el hecho durante la noche, o por otras circunstancias de modo, o por otras razones concluyentes. Entonces, sin lugar a dudas, la mayor importancia del objeto jurídico hace surgir el título de homicidio, y absorbido en este desaparece el hecho del abandono”.

Algo similar ocurre con Moreno⁴⁰, quien al explicar la redacción originaria del artículo 106, expresa que “para que exista abandono y no un delito más grave, es necesario que solo concurra la dejación

³⁹ CARRARA, Francesco *Programa de Derecho Criminal*, vol. II, Editorial Temis, Bogota, Colombia, 1956 parágrafo 1377 y ss.

⁴⁰ MORENO, Rodolfo (hijo). *El Código Penal y sus antecedentes*, tomo IV, editora H.A. Tomás. Bs. As. 1923, p. 124.

de una persona librada a su propia suerte, mediando las obligaciones del caso. Cuando el abandono implica colocar al sujeto en una situación particularmente peligrosa *con el objeto de* dañarlo, el delito se aprecia por sus consecuencias o por la intentona. [...] Si el *propósito* se consuma, habrá homicidio, o tentativa si no se produce la fatal consecuencia por motivos ajenos a la voluntad del agente. Hay que tener siempre en cuenta para caracterizar el delito, las circunstancias y los *propósitos*". Agregando luego "Pero cuando tal abandono no es sino *un medio para* cometer un delito más grave, por ejemplo cuando se verifica con *el propósito de matar*, el delito será el de homicidio, o el de tentativa del mismo"⁴¹.

El criterio expuesto parece coincidir también con el criterio de Jiménez De Asúa⁴², para quien a los medios materiales puestos en obra para producir el resultado muerte o lesión, y que pueden consistir tanto en una actividad como en una pasividad o inercia *encaminada a lograrlo*; agregando en otra parte del texto⁴³ que la madre que dolosamente y *con deliberado propósito* de causar la muerte de su hijo no lo amamanta ni le proporciona alimentos, comete un asesinato. Con cita de Soler expresa que "para ella, la omisión (no amamantar) no es más que *un medio para* matar. El hecho es un homicidio; tanto le valiera a la madre haber estrangulado al hijo".

Más específicamente dice Soler que mientras en los delitos de omisión, lo punible es la omisión misma; en los de comisión por omisión, la omisión en sí misma puede no ser punible: lo es cuando se ha hecho un medio para cometer. El hecho de la madre de no amamantar al hijo no es punible (no es un delito de omisión); pero la madre que *para matar* al hijo (resultado positivo y comisivo) resuelve abstenerse de amamantarlo (omisión) y lo ejecuta, realiza un delito de comisión por omisión⁴⁴.

⁴¹ *Ibidem*, p. 128.

⁴² JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *op. cit.*, p. 391.

⁴³ *Ídem*, pp. 407 y 409.

⁴⁴ SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*, tomo 1, segunda edición, TEA, Buenos Aires, 1976, p. 293.

6. Compatibilidad de la interpretación histórica con la redacción del artículo 106, CP

Por otra parte, el criterio es avalado por el artículo 106, CP, que quiso contemplar supuestos específicos de omisión impropia con resultado muerte, habiéndolo hecho, a mi criterio, con una redacción que no comprende su causación con dolo directo; ello se revela por la utilización de la expresión “*ocurriere*”, inapropiada para aludir a esa especie de dolo.

En efecto, la expresión *ocurriere*, así como su similar “*resultare*”, empleada respecto al grave daño a la salud en el párrafo precedente, son más compatibles con un resultado que sobreviene sin que haya sido objeto de la intención del autor, que cuando es directamente querido por este (dolo directo). Es decir, cuando obra con ese propósito. Y, como por la gravedad de la pena y el principio de proporcionalidad, tampoco puede referirse al resultado causado imprudentemente, concluyo que solo abarca la causación de dicho resultado con dolo eventual.

Como no resulta razonable pensar que pueda pensarse la forma de dolo menos grave (dolo indirecto) y excluirse la más grave (dolo directo), una interpretación sistemática permite apreciar que los supuestos de dolo directo de homicidio, mediante abandono, quedan incluidos en el artículo 79 del Código penal, lo que, como señalé, es coherente con la interpretación histórica del delito de homicidio y con el criterio de Soler⁴⁵.

Sancinetti⁴⁶, critica el criterio subjetivo de distinción entre homicidio y abandono según el contenido del dolo, afirmando que se basa en una concepción tradicional de que el dolo pudiera tener un elemento volitivo autónomo, que implica una actitud emocional altamente manipulable por el intérprete y sin ningún control racional de la afirmación judicial de su concurrencia; conduciendo, dice, a un derecho penal de ánimo, pues ante el mismo conocimiento cierto de un autor de crear determinada clase de riesgo, decidiría la punición su actitud emocional o anímica respecto al resultado, a pesar de que no es esto

⁴⁵ Ver notas 31 a la 36.

⁴⁶ SANCINETI Marcelo, *Op. cit.*, pp. 310 y ss.

lo que tiene que interesarle al Derecho. Dice que, con ese criterio, estará más cerca del actuar doloso aquel que generase un riesgo escaso mientras tuviera el elemento “volitivo”, que otro autor que creara un riesgo elevado, pero sin actuar con ese difuso elemento volitivo.

Considera, en cambio, que la distinción debe hacerse conforme con el grado y determinación del peligro, inespecífico en el abandono, determinado y cierto en el homicidio. Estima que si el peligro necesario para la imputación del abandono fuera el mismo que para la del tipo de homicidio doloso, no sería posible distinguir una puesta en peligro dolosa de la vida, con conocimiento de ese peligro (dolo de peligro), de la tentativa de homicidio o del homicidio consumado, según ese peligro se concretara, o no, en el resultado muerte. Por ello, con cita de PUPPE⁴⁷, encuentra que esa distinción solo puede darse a nivel del tipo objetivo, a través del distinto grado de concreción del peligro creado por el abandono.

Textualmente dice: “la única posibilidad de una distinción entre «ambos dolos» (dolo eventual de lesión y dolo de peligro), sin recurrir a elementos emocionales altamente manipulables, reside en que, al momento de la acción típica de un delito de peligro” (así considera el abandono) “no esté definido el modo en que se produciría el resultado, o no esté suficientemente concretada la víctima o las circunstancias del hecho final, etc., es decir, en suma, si los delitos de peligro concreto se fundamentan en el *peligro abstracto creado por la acción anterior* y en que el autor, al momento de concluir su acción u omisión, no puede tener una representación más acabada de cómo podría realizarse o concretarse el peligro o solo puede ser consciente de un peligro *posible*, pero no suficiente para la imputación por dolo de lesión”. Con cita de Puppe concluye que el dolo de un delito de lesión debería distinguirse del dolo de peligro, en función del grado de peligro que conoce o se representa el sujeto (específico o inespecífico respecto al resultado o su modo de producción). Llevado eso al abandono afirma que incluso si se entendiera que el artículo 106 requiere que se haya producido un peligro concreto para la persona abandonada, la situación de riesgo creado por el abandono tiene que

⁴⁷ PUPPE, Ingeborg, *La distinción entre dolo e imprudencia*, traducción de Marcelo Sancinetti, de la contribución de la autora al *Nomos Kommentar*, 3ª edic., Hammurabi, Buenos Aires. 2010.

ser todavía una situación de peligro abstracto, al menos al momento de la acción⁴⁸.

El criterio propuesto por el profesor Sancinetti, puede ser válido para delimitar ya en el tipo objetivo, supuestos que no podrán constituir homicidio doloso, sin necesidad de analizar el tipo subjetivo, pero no se diferencia de supuestos similares en el ámbito de la ejecución activa del tipo. Así, en el caso del sobrino que envía al tío al bosque durante una tormenta u otros similares que, aun con mayor concreción y proximidad del peligro, este no alcanza un grado suficiente para caracterizar la acción realizada como típica de matar o de su tentativa. Esa ausencia de peligro suficiente y, consecuentemente, de tipicidad objetiva no puede suplirse (ni en la acción, ni en la omisión), por ninguna intención o dolo directo de matar, elemento subjetivo que ni siquiera habrá que entrar a considerar. Pero, en sentido inverso, la suficiencia o gravedad del riesgo no puede permitir sustituir el dolo cuando de tipos dolosos se trata. Aun cuando pueda servir para probarlo, teniendo en cuenta, que tratándose de datos subjetivos, solo podemos inferirlos de los datos externos del comportamiento (activo u omisivo) y la situación contextual en que el mismo se ejecuta⁴⁹.

Exigir un elemento volitivo en el dolo no implica ningún derecho penal de ánimo, porque la punición nunca podrá fundarse en la sola intención. Siempre deberán concurrir, previo a ese análisis, todos los elementos del tipo objetivo: acción u omisión en posición de garante, más resultado que signifique la concreción de un riesgo jurídicamente desaprobado y suficientemente concreto para poder serle imputado objetivamente al autor, conforme con las exigencias de dicho tipo; o, en otros términos, para que la conducta concreta encuadre en el tipo en cuestión. Si el riesgo falta o el que produjo el resultado no es el que proviene de la acción u omisión del acusado, ninguna intención podrá suplir esa ausencia. Si, en cambio, aquel concurre y se concreta en ese resultado, ello solo aún no será suficiente, y el elemento volitivo adquirirá relevancia para determinar la clase de dolo presente y, cuando el tipo requiera determinada especie del mismo, para establecer el correcto encuadramiento de la acción u omisión de

⁴⁸ SANCINETTI, Marcelo, *op. cit.*, pp. 315-316.

⁴⁹ Como lo reconoce el mismo SANCINETTI, Marcelo.

que se trate. En nuestro caso, respecto al homicidio simple (en caso de dolo directo) o abandono agravado por muerte de la víctima (en caso de dolo indirecto o eventual).

Es que las exigencias objetivas y subjetivas de la tipicidad no son intercambiables sino acumulativas. Todas deben concurrir en la conducta (sea activa u omisiva), conforme con las exigencias típicas para habilitar el ejercicio de poder punitivo.

Esto es coherente con los textos de CARRARA y MORENO referidos supra para afirmar la inclusión de ciertos casos de omisión en el delito de homicidio. Se refieren respectivamente a “cuando por las circunstancias de modo *consta la intención*, es decir, que la exposición no era sino el *medio elegido para* extinguir la vida de la criatura” (CARRARA) o a “cuando el abandono implica colocar al sujeto en una situación particularmente peligrosa *con el objeto* de dañarlo”. Formulados en términos actuales, deben concurrir tanto la situación particularmente peligrosa como el dolo directo. No basta una sola de ellas.

7. No aplicación de la agravante del artículo 80, CP. Prohibición de doble desvaloración

Demostrado entonces que en el artículo 79 del Código Penal Argentino queda abarcada la causación omisiva de la muerte del hijo por el abandono (omisión) de la madre, utilizada como medio comisivo (dolo directo), analizaré por qué no se aplica la agravante del vínculo del artículo 80, inciso 1, de dicho código.

Sucede, que en estos casos, dicho vínculo fundamenta la equivalencia de la omisión (de esa omisión, la de la madre), y permite el consiguiente encuadramiento del hecho resultante como homicidio doloso en los términos del artículo 79, CP, ya que no cualquier omisión sino solo la de un garante puede permitir ese encuadramiento; y en la medida en que sea causal de la muerte y utilizada como medio. Por ello, la fundamentación de dicha posición de garante y del consiguiente deber de actuar en protección del bien jurídico, evitando el resultado muerte, en el ejemplo el vínculo materno, integra el tipo básico. Consiguientemente, esa misma circunstancia no puede fundamentar, también, la aplicación de la agravante porque ello implicaría una violación a la prohibición de doble desvaloración, manifestación sustancial del *ne bis in idem*. Ocurriría lo mismo que cuando se pretende utilizar o invocar una circunstancia o elemento constitutivo del tipo, como agravante a los efectos de la individualización de la pena dentro de la escala legal asignada a dicho tipo.

Podría sostenerse que la tesis precedente es contradicha por el artículo 107, CP, que respecto al abandono, agrava la pena para los padres que lo cometan contra sus hijos.

Sin embargo, la situación es diferente en este caso, porque para considerar al sujeto activo incurso en el tipo de abandono, el primer párrafo del artículo 106 (abandono simple), fundamenta la posición de garante respecto al bien jurídico vida de la persona incapacitada en la obligación de mantener o cuidar que tenga a al respecto el sujeto activo, sin especificar la naturaleza del vínculo o de la situación de la que nace esa obligación. Por ello, la agravante del artículo 107, al especificar determinadas posiciones de garantes (el vínculo parenteral) como merecedoras de una mayor sanción, no implica doble desvaloración: esa cualidad especial agravante no fue tomada en cuenta para fijar el contenido de injusto del tipo básico.

8. Aplicación al criterio propuesto a las demás posiciones de garante del artículo 106, CP

Hasta aquí he analizado la situación de la madre respecto al hijo, porque constituye el caso paradigmático de la problemática vista. Sin embargo, estimo que lo que he dicho se aplica también respecto a las demás posiciones de garante que puedan encuadrar en el artículo 106 del Código penal⁵⁰. Siempre que se abandone a su suerte a una persona incapaz de valerse por sí misma y a la que el sujeto activo deba mantener o cuidar o a la que haya incapacitado, para matarla, es decir, cuando el abandono constituya un medio utilizado intencionalmente para matar, la omisión en cuestión (o el otro hacer distinto a la acción debida), encuadrará en el artículo 79 del Código penal como homicidio simple y no en el artículo 106 del mismo código, que solo comprende la causación de la muerte con dolo eventual.

Podría argumentarse, que al así hacerlo, se parificarían situaciones con distinto contenido de disvalor, en un doble sentido. En primer lugar, se penarían con la misma escala penal, homicidios que en caso de cometerse activamente tendrían distinto encuadre, por

⁵⁰ Por ejemplo, la nacida respecto a la persona a la que el propio sujeto haya incapacitado.

ser calificado el ejecutado por la madre en función del artículo 80, inciso 1. La respuesta a esa primera objeción es que ello se explica, precisamente, como un reconocimiento normativo por el ordenamiento jurídico al distinto contenido de disvalor existente entre comisión y omisión; más elevado en la primera que en la segunda.

En segundo lugar, porque se aplicaría la misma escala penal a la madre que a los demás supuestos comprendidos en el artículo 106, CP, en los que no concurra la situación agravante del vínculo.

Sin embargo, entiendo que ello no es así, pues en todas las posiciones de garantía contempladas en el artículo 106 y aplicables al 79 para fundamentar la punición de omisiones bajo tal título, se presupone que la víctima está incapacitada de valerse por sí misma y, por ende, indefensa frente al abandono, y esa circunstancia es intencionalmente utilizada por el autor para matarla. En los casos de acción, se trataría de un homicidio agravado por alevosía en los términos del artículo 80, inciso 2, CP. Pero respecto a la omisión, como el aprovechamiento de esa circunstancia de indefensión de la víctima *para* cometer el homicidio forma parte del fundamento de la equivalencia de la omisión del obligado, esa situación integra el tipo básico. De ese modo, tampoco en este caso, esa circunstancia puede fundamentar, a su vez, la aplicación de la agravante de alevosía sin incurrir en violación a la prohibición de doble desvaloración.

La tesis que propongo es compatible con el criterio que sostiene que en la omisión se aprecia un menor contenido de injusto que en la comisión⁵¹, ya que la equivalencia de estos casos permite encuadrar la omisión realizada con dolo directo, en los términos del homicidio simple, en circunstancias que, respecto al comportamiento activo dan lugar a la sanción como homicidio calificado. Y, respecto a los supuestos de dolo eventual, con una pena que, aunque grave, es inferior a la del homicidio simple.

⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR, *op. cit.*, p. 553.

9. Conclusiones finales

Consecuencia de lo que vengo exponiendo es, que la inclusión en el artículo 79 de los supuestos de omisión en posición de garante, cuando la víctima se encuentra incapacitada para valerse por sí misma y depende para su subsistencia del cumplimiento del deber del sujeto activo y este omite *para* matar, encuentra anclaje normativo, no solo en el sentido del tipo de interpretación de dicha norma, sino también en la interpretación sistemática con el artículo 106, con respeto al principio de legalidad y al menor contenido de injusto de la omisión. Resulta innecesario e, incluso, inconveniente, la existencia de una fórmula general. Digo esto porque las fórmulas generales se prestan a ser utilizadas a modo de comodín para extender la punibilidad a situaciones no comprendidas con claridad en los tipos penales específicos.

Entiendo que del texto del mencionado artículo 106 emerge un criterio normativo restrictivo, que limita los supuestos de posición de garante que pueden justificar penar omisiones respecto a tipos formulados, en principio, prohibitivamente (o a los que se antepone una norma prohibitiva). Al exigirse la incapacidad de la víctima, debe tratarse de supuestos de verdadera situación de indefensión de esta, donde la subsistencia del bien jurídico o su lesión, depende exclusivamente de la decisión del sujeto activo, quien se encuentra obligado a protegerlo y, violando ese deber, se vale de esa indefensión para lesionarlo. Es decir, que solo podrían incluirse omisiones con dolo directo y siempre que concurren esas circunstancias: una especie de aprovechamiento de la situación de desprotección del bien jurídico (vulnerabilidad del sujeto pasivo) y de la posición privilegiada del sujeto activo frente a este. Una verdadera situación de dominio.

No se trata de una construcción analógica, sino de la deducción de un criterio normativo que surge de la regulación legal del abandono, que permite concluir que los tipos activos comprenden, en el sentido de su formulación, la comisión omisiva; pero únicamente en las condiciones señaladas (dolo directo con

aprovechamiento de la vulnerabilidad del sujeto pasivo respecto al activo).

Por ello debe excluirse, siempre, la posibilidad de penar las formas omisivas impropias con dolo eventual, salvo, que como en el caso del abandono seguido de muerte, exista un tipo específico que así lo prevea.

En efecto, si, conforme con la interpretación precedente, los supuestos de omisión con dolo eventual están excluidos del tipo doloso activo más grave del Código penal (homicidio), no resulta razonable penar esa modalidad en otros tipos activos menos graves. Y, como no hay un tipo específico omisivo que contemple esa especie de dolo, esa modalidad omisiva no podrá ser penada.

El Derecho penal y la Filosofía*

DR. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI**

Por vez primera debo exponer las relaciones entre el derecho penal y la filosofía ante quienes no se interesan especialmente por el derecho penal, sino, justamente, ante quienes estudian filosofía. No me resulta sencillo colocarme en el lugar del otro y responder la consabida pregunta: ¿Qué hacen los penalistas con nuestro saber? Con las limitaciones del caso, intentaré explicar algunas cosas, sólo para proporcionar una idea muy general.

La primera dificultad es el prejuicio intelectual del encasillamiento, que hace que todo lo referido a la represión punitiva se le pregunte al penalista, presuponiendo que el penalista domina la *cuestión criminal*. Esto es falso, porque el penalista puro sabe muy poco o casi nada acerca de la *cuestión criminal*.

La *cuestión criminal*, o sea, la realidad acerca del control social punitivo, de la forma en que se reparte el poder punitivo, en que funcionan las agencias de ese poder y demás datos de la realidad, son materia de otras disciplinas: sociología, historia, ciencia política, antropología, etnología, psicología, etc.

* El presente texto corresponde a las notas ordenadas de las conferencias con el mismo nombre pronunciadas en la Facultad de Filosofía de la Universidad Nacional de Córdoba y en la Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación de la Universidad Nacional de La Plata en agosto de 2015. El autor lo remite como contribución al merecido Libro Homenaje al Profesor Luis Fernando Niño, Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Derecho Penal, a entregar en la Universidad de La Habana, en julio de 2016.

** Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Secretario General y fundador de la *Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología (ALPEC)*, 2011. Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires. Miembro de Honor de la Sociedad cubana de Ciencias Penales.

eraulzaffaroni@gmail.com

Nadie abarca todo ese saber, aunque ese conjunto heterogéneo de conocimientos que permiten arrimarse a la realidad del control social punitivo, suelen reunirse en algo que se llama *criminología*, y que en algún momento se pretendió considerar que era *una ciencia interdisciplinaria*. Es claro que no existen *ciencias interdisciplinarias*, pues cada una tiene sus propios métodos, sus horizontes de proyección y sus sistemas de comprensión o, por decirlo de alguna manera más gráfica, los libros, por suerte, siempre están separados. La *criminología* existe, pero no es *una ciencia*, sino el conjunto de todos los aportes que diversas ciencias o saberes hacen al conocimiento del control social punitivo, cada uno desde su respectivo ámbito de conocimiento.

¿Y el penalista qué hace, qué sabe, de qué se ocupa? La respuesta debe vencer una segunda dificultad, que no resulta ahora de ningún prejuicio, sino del uso polisémico –por no decir *equivoco*– de la expresión *derecho penal*. Esto es tan problemático y difundido, que es lo primero que debe explicarse a quien se acerca a la materia: (a) Cuando decimos *el derecho penal no prohíbe tal o cual cosa*, nos referimos a la *ley penal*, que es obra de un legislador, es decir de un político. (b) Cuando decimos *el derecho penal no puede resolver este problema*, hablamos del ejercicio mismo del poder punitivo, es decir, el que ejercen los policías y las otras agencias ejecutivas del estado, o sea, las agencias encargadas de la coerción misma. (c) Cuando decimos *el derecho penal no registra antecedentes de esto*, hablamos de las sentencias, es decir, de qué resuelven los jueces, o sea, a la llamada *jurisprudencia*. (d) Recién cuando decimos *el derecho penal no estudió este problema*, estamos hablando del *penalista*, del jurista penal, del doctrinario.

Es en este último sentido que me referiré aquí al vínculo de la filosofía con el derecho penal, es decir, con la doctrina jurídico-penal, con los sistemas interpretativos que construimos los penalistas en nuestro gabinetes y en el silencio de nuestras bibliotecas.

¿Pero qué es lo que hace esta teoría penal? ¿Para qué se hace y para qué sirve?

El penalista toma las leyes (la Constitución, los tratados internacionales y las leyes propiamente penales) y las *interpreta*, en el marco total del *orden jurídico*, construye para eso un *sistema*, con el objeto de lograr una aplicación más coherente, para que las decisiones en los casos particulares no sean contradictorias entre sí, para que las decisiones judiciales sean menos irracionales y antojadizas si se quiere y, sobre todo, más previsibles.

Analiza exegéticamente los textos, los desmonta por así decir, construye conceptos más generales y de ese modo elabora una teoría, un sistema. ¿Para qué? Para que los operadores del aparato jurídico

lo usen y apliquen a los casos particulares, es decir, que elabora un programa *político* para el ejercicio del *poder jurídico (judicial) del estado*.

Otro objetivo de esta teoría penal es el formativo, es decir, facilitar el aprendizaje de la materia en la tarea de entrenar a los futuros operadores de las agencias jurídicas.

Es posible que el saber de los juristas tenga también otro efecto, pero de carácter tangencial. Al elaborar una teoría coherente, suelen ponerse de manifiesto contradicciones irreductibles en la letra de la ley, oscuridades en los textos o errores incluso materiales, que un legislador responsable (cada día hay menos en el mundo actual) los puede tomar en cuenta y corregir legislativamente. Además, si se trata de códigos, por lo general su proyección se encarga a juristas. Pero este es un efecto tangencial y accidental, no propio de los objetivos centrales de la tarea del penalista, que siempre son: programar jurisprudencia y facilitar la formación de los operadores.

En esta tarea propia, el penalista no puede prescindir de la filosofía. Aquí topamos con la voz *filosofía*, y no ignoro el uso dispar –y a veces disparatado– que se hace de ella, como tampoco las discusiones entre los filósofos. Por eso me limitaré a aclarar que cuando me refiero a que el penalista no puede elaborar su doctrina sin apelar a la filosofía, sólo quiero decir que no lo puede hacer (a) sin una determinada *concepción antropológica* ni (b) prescindiendo de una *teoría del conocimiento*.

Con esto estoy lejos de afirmar que todo penalista tenga claras estas vigas maestras. Lo único que aseguro es que si el penalista pretende construir una doctrina o teoría más o menos coherente, *debe comenzar por tener clara una concepción de lo humano y una teoría del conocimiento*.

Las teorías jurídico-penales que han dejado huella lo lograron merced a que partieron de estos cimientos, aun cuando en muchas ocasiones se haya tratado de concepciones antropológicas aberrantes o de teorías del conocimiento insostenibles por sus resultados prácticos y políticos y, aunque sea para rechazarlas y aún repudiarlas, mal que nos pese, cuando estuvieron así fundadas, siempre nos es menester recordarlas.

Esto es inevitable, porque una doctrina penal, como programa político que es (de ejercicio del poder jurídico), no puede tener coherencia si carece de una concepción básica de lo humano y no se vale de una teoría del conocimiento adecuada a su objetivo. No hay programa político mínimamente racional sin estas premisas. El resto es *jurisconfusión*, que se pierde en las toneladas de papel que, en beneficio de los bosques, se podrían haber ahorrado sin lamentar su ausencia.

Así señalada la tarea del penalista, pueden ustedes pensar que toda ciencia es *interpretativa* y, por lo tanto, la doctrina penal también lo es, siendo las leyes sus objetos de conocimiento, lo que también pensaron algunos penalistas, garantizándose de este modo la condición de *científicos*.

No entraré en discusiones al respecto (y menos postularía una separación neta entre *Natur-* y *Kulturwissenschaften*) y tampoco discutiré siquiera si la labor del penalista es *científica*, pero lo cierto es que, por lo menos, debe reconocerse una diferencia fundamental con otros saberes: el saber de la doctrina jurídico-penal no es progresivo y acumulativo. Hay idas y vueltas, avances y retrocesos y, además, todo depende desde qué perspectiva se valore algo como avance o retroceso.

Los andirivienes¹ de la doctrina penal son prácticamente milenarios, tanto como la antigüedad de los esfuerzos jurídicos sistemáticos en la materia.

Aunque la manualística corriente engaña limitándose a poco más de dos siglos, lo cierto es que este saber arrancó hace mil años en las universidades del norte de Italia, cuando los príncipes comenzaron a retomar el papel de víctimas y el monopolio de la venganza (se conoce esto como *expropiación o confiscación del conflicto*, por oposición a las soluciones reparadoras de los germanos y a la decisión por lucha, ordalía o *prueba de Dios*). En ese momento, en las universidades, comenzaron a teorizar en torno de este ejercicio de poder de los oficiales –o jueces– de los príncipes.

Los primeros penalistas se llamaron *glosadores*, porque ante la falta de leyes decían comentar las leyes imperiales romanas, o sea, las más represivas de la antigua Roma, recopiladas por orden de Justiniano, un emperador de Constantinopla (conforme a lo que se denomina la *recepción del derecho romano*). Lo que la Europa medieval recibía en materia de leyes penales, eran los *Libris terribilis* del famoso *Digesto* (colección de Justiniano), que eran las mismas leyes imperiales con que los romanos habían perseguido a los cristianos.

En realidad, los glosadores no comentaban mucho, sino que exponían los argumentos y sus contrarios y daban su opinión. La doctrina penal de los glosadores era bastante confusa y simplista, pero

¹ En italiano en el original: vaivenes, idas y venidas.

comenzaron a elaborar cierto sistema, con un fondo algo aristotélico o cercano, que entendía que la pena debía ser una respuesta a la culpabilidad del infractor y a la gravedad del ilícito. Puede verse en esta primera y rudimentaria sistemática de los glosadores y posglosadores, la semilla de un *derecho penal de culpabilidad*, retributivo, con medida, que presuponía la libre determinación de la persona.

Pero en el siglo XIII aparecieron los primeros criminólogos etiológicos (estudiosos del origen o causas del delito o del mal), que fueron los demonólogos, casi todos dominicos, que desarrollaron la ideología que legitimaba a la inquisición. Para eso, éstos retomaron la cosmovisión agustiniana, la pervirtieron y dedujeron conclusiones totalmente misóginas. Entendían que la mujer era un ser biológicamente (genéticamente) inferior que, por serlo, se prestaba a pactar con Satán (que en hebreo significa *enemigo*).

La criminología biológica de los demonólogos entraba en contradicción con la doctrina retributiva de la culpabilidad de los glosadores: si la mujer era inferior, menos inteligente que el hombre, comprendía menos, no podía ser más reprochada que el hombre, que era más inteligente. ¿Cómo se la podía penar con mayor severidad si era menos consciente del mal? En razón de su peligrosidad: surge así el *derecho penal de peligrosidad*, si bien eran menos culpables que el hombre, eran más *peligrosas*.

Aunque la Iglesia Romana prácticamente dejó de quemar brujas en el siglo XV, en 1497, como coletazo final, se publicó un manual que sintetizaba el saber penal de los criminólogos peligrosistas (el famoso *Martillo de las brujas* o *Malleus maleficarum*), que fue rápidamente adoptado por los tribunales laicos, que dependían de los príncipes y siguieron quemando brujas en cantidad, en particular en la Europa central alemana (en el Sacro Imperio Romano Germánico, se las quemaba por disposición de la *Constitutio Criminalis Carolina* de Carlos V).

En el siglo XVI un médico protestante, Johan Wier o Weyer, publicó un libro afirmando que las brujas eran enfermas *melancólicas* (la melancolía se convertirá luego en *histeria*) y que, por ende, debían ser libradas a los médicos y sacadas de la jurisdicción de los tribunales. Esta fue la primera tentativa de los médicos por apoderarse de la hegemonía del discurso penal y, por ende, de patologización total del delito. De esta forma, lo que Wier proponía era la pena terapéutica, o sea, que inventó las *medidas de seguridad para inimputables*, que en los siglos posteriores dieron lugar a los manicomios judiciales.

En 1631, un jesuita poeta y teólogo, Friedrich Spee von Langenfeld, publicó un libro (*Cautio criminalis*) en que no discutía la existencia de las brujas ni se metía en planteo teórico alguno a su respecto, sino que

verificaba que la quema de brujas era producto de la corrupción de los príncipes, de sus funcionarios mafiosos (de lo que hoy llamamos *autonomización policial*), de los teóricos delirantes y que, en definitiva, su persecución configuraba un crimen muy similar al cometido por Nerón con los cristianos. Este libro es la primera crítica dura al ejercicio del poder punitivo, convirtiéndose Spee en el padre de lo que hoy llamamos *criminología crítica*.

En estas posiciones, o sea, *derecho penal de culpabilidad o de peligrosidad, reproche jurídico o peligrosidad policial, pena retributiva o pena curativa, ser humano culpable o patológico, crítica al poder punitivo como arbitrariedad corrupta de los poderosos o funcional a éstos*, están planteadas todas las cuestiones que se discutirán en los cuatro o cinco siglos sucesivos hasta el presente, aunque, por cierto, en ese curso se hayan refinado e incluso mezclado, oscurecido y confundido los conceptos.

Todas estas discusiones se sintetizan hasta hoy en una eterna pregunta básica: ¿Para qué se pena? ¿Para qué sirve la pena?

En el siglo XVIII el Iluminismo retomó a Spee (aunque casi no lo mencionó, salvo Leibniz y Thomasius) y trató responder a esta pregunta haciendo uso de la *razón*. ¿Pero qué significaba esta *razón*, esta *racionalidad* primero iluminista y luego liberal?

Era la *racionalidad cartesiana*, que separaba tajantemente al humano de la naturaleza, dejando a ésta en condición de objeto a dominar, en el sentido de Francis Bacon: *saber es poder, poder para dominar, la ciencia siempre quiere saber acerca de un objeto para dominarlo*. Sin proponérselo se introdujo de este modo la semilla de la discriminación y del racismo.

En esa relación baconiana de sujeto-objeto, el objeto está siempre debajo, es algo que se lanza contra el sujeto (*ob-yecto*), algo que hay que vencer, y cuando el objeto de conocimiento es otro humano, corre igual suerte, como luego en la antropología colonialista racista del siglo XIX.

Por otra parte, el *saber para poder* baconiano se acumula sobre el *sujeto* y lo *sujeta*, lo aplasta (*sub-yecto*), tremenda metáfora de la tecnología de dominación de la naturaleza, que hoy pone en peligro la subsistencia de la especie.

Pero el saber baconiano es acumulativo, progresivo, se acrecienta en tiempo lineal, que es nuestra concepción civilizatoria del tiempo, la del industrialismo y de la tecnología, es lineal, el tiempo como flecha. Y la pena no puede escapar a este destino: Nietzsche tenía razón: la pena es *venganza* contra el tiempo, me vengo porque no puedo hacer que lo que fue no haya sido: me pasé de estación y el tren no para más, sigue hasta el infinito.

El liberalismo que siguió al Iluminismo se esforzó por limitar la pena dándole racionalidad, para lo cual desarrolló finamente las ideas retributivas cuya simiente provenía de los viejos glosadores, ahora con ideología predominantemente contractualista. Por eso estaba inhabilitado para reconocer que la pena siempre, en diversa medida, tiene algún contenido de venganza, porque ésta no es racional. (Sólo en tiempos del nazismo, Roland Freisler, uno de los peores criminales de su tiempo disfrazado de juez, lo reconoció con frontal brutalidad).

Para eludir la venganza el liberalismo se vio obligado a obviar toda la realidad del poder punitivo, todo dato social empírico, y optar por la construcción de *cómo debía ser el estado y el derecho* y de allí deducir *cómo debía ser la pena*. El mayor nivel de fineza racionalista fue el de Kant, aunque cabe señalar también a Hegel, con un concepto diferente de *razón*.

Estas *grandes deducciones* siguen en pie hasta la actualidad. Los penalistas las suelen llamar *teorías absolutas de la pena*, conforme a una clasificación que hizo Anton Bauer, un penalista de Göttingen, que en 1830 clasificó las respuestas en *absolutas* (las deducciones) y *relativas o preventivas*, generales (para intimidar o disuadir) o especiales (para neutralizar al infractor). Hasta hoy se maneja la bicentenaria clasificación de Bauer en el penalismo contemporáneo.

Este intento de legitimar cierta medida de pena para limitar el poder punitivo, propio del liberalismo, ha dejado en la doctrina penal los vicios del *deductivismo* tanto como de la presunción indiscutible del *preventivismo*.

En efecto, desde el liberalismo hasta hoy el penalista suele decidir primero para qué y cómo *debe ser la pena*, para luego y en base a esa decisión construir toda su teoría penal, conformada de acuerdo con ese *deber ser* que, por supuesto, *no es*. Lo grave es que la teoría que construye sirve para que los jueces impongan penas, que se cumplen como en la realidad *son* y no como cada penalista imagina que *deben ser*.

A veces me imagino algo así como una enorme convención de penalistas de los dos últimos siglos –vivos y muertos– y al viejo Bauer paseando con una bandeja de posibles funciones de la pena, de la que cada cual elige una para construir su teoría, sin que falten glotonas que se quieren comer toda la bandeja y construyen doctrinas por entero incoherentes y nebulosas, faltas de cualquier base antropológica.

Pero no todo fue tan lineal siquiera, pues cuando la burguesía europea logró desplazar a la nobleza (o la hija del *principe di Salina* se casó con el hijo del burgués rico), el liberalismo y el contractualismo

pasaron de moda y volvió la vista hacia el viejo Wier con la patologización biologista del delito.

Las policías, que habían nacido para ocupar los territorios colonizados, se trajeron a las grandes metrópolis para controlar sus territorios suburbanos, ocupados por las *clases peligrosas*, producto de la concentración urbana, pero este nuevo orden policial carecía de discurso. Los médicos –que tenían en discurso pero no el poder–, se aliaron con ellas y dieron lugar al llamado *positivismo penal*, con penas preventivas medidas según la *peligrosidad*, producto de la patología o inferioridad de los infractores al *orden*.

Los médicos, en este maridaje con las policías (el más *taquillero* fue Lombroso, pero cada país europeo tuvo su propio médico legisla: Lacassagne en Francia, Gall en Austria, Pritchard en Inglaterra, etc.) enmarcaron sus teorías reduccionistas en el marco general del colonialismo británico trazado por Herbert Spencer. El racismo hizo su entrada triunfal y el derecho penal se degradó a un orden policial sobre *inferiores y degenerados* biológicos, el mismo reduccionismo racista que legitimó los genocidios del neocolonialismo sirvió para legitimar el control social punitivo policial de las grandes metrópolis.

Si bien el marco de este derecho penal no pensante, reduccionista, racista y policial, no era otro que el del neocolonialismo, cabe precisar que este grosero eurocentrismo biologista también se alimentó desde el idealismo, por cierto que mucho más finamente, con el *Geist* hegeliano, cuya filosofía de la historia es una auténtica glorificación del colonialismo y del neocolonialismo.

No sé bien si Hegel, pero por lo menos el penalismo inspirado en Hegel sostenía que a los infractores pertenecientes al intragrupo de los que habían alcanzado la *autoconsciencia* (el momento del *espíritu subjetivo*), correspondía retribuirles su culpabilidad, en tanto que los del extragrupo no podían ser penados, porque al no superar ese momento, no podían llegar al momento dialéctico del *espíritu objetivo* y, por ende, sus acciones no tenían relevancia jurídica. De este modo combinaron penas retributivas para los culpables (*gente como uno*) y *medidas de seguridad* para los otros (locos, indios, habituales, profesionales, etc.).

En su vertiente más reaccionaria esto fue derivando en el penalismo fascista italiano, con el código de Rocco y sus teóricos, asentado sobre la *doble vía* (al infractor de le retribuía la culpabilidad con la pena y se le neutralizaba la peligrosidad con la medida, o sea que los glosadores se combinaban con Weyer).

El reduccionismo biologista, por su parte, se fue mezclando con un funcionalismo sistémico delirante enraizado con el mito de la *raza*

superior –común a casi todos los pueblos europeos, que disputaban su raíz *nórdico-germánica*- y dio lugar, finalmente al *derecho penal del nazismo*. El *sistema* era la *comunidad del pueblo*, formada por todos los *arios alemanes*, de la cual emanaba el *derecho* y, por ende, la pena debía servir para conservar la pureza del *sistema*, eliminando a los traidores alemanes intrasistémicos (enemigos declarados), pero no a los extrasistémicos (enemigos naturales no alemanes, judíos, gitanos, etc.), porque a éstos los eliminaban directamente por vía policial.

Al sobrevenir el desastre, con millones de muertos pobres en melanina y en su propio territorio, el eurocentrismo entró en pánico: se había retorcido y había causado su propio genocidio interno. Cundió el espanto, el miedo que impulsa la razón, y se subieron a las leyes internacionales principios elementales de antropología jurídica: *todo ser humano es persona*.

No fue la meditación, la reflexión, menos el amor ni el pensamiento que hicieron eso, sino el miedo. El derecho penal se constitucionalizó y de internacionalizó por temor. La antropología jurídica básica pasó a ser un mandato legal y dejó de ser una libre elección del penalista.

Pero la doctrina penal, hasta el presente, no logra deglutir del todo este cambio y hace esfuerzos inmensos por tratar de eludir sus consecuencias. ¿Cómo lo puede hacer frente a un mandato supremo y expreso en la ley positiva? Mediante una teoría del conocimiento que le permita neutralizar el mandato constitucional e internacional. Así lo viene haciendo por vía del neokantismo sudoccidental y de las otras versiones *de normativismo puro*.

Una teoría del conocimiento que limite su horizonte al campo del *deber ser*, obstruyendo cualquier dato proveniente del campo del *ser*, es el instrumento ideal para obviar el mandato supremo, pues por esta vía construye un sistema coherente, lógicamente completo, sin contradicciones, pero agotado en lo que *debe ser*, desentendido por completo de *lo que es*. Como el objetivo de esta doctrina penal es la no contradicción del sistema, eleva la lógica a ontología.

Al mismo tiempo esto permite que la doctrina penal se vista de *ciencia*, con cierta vocación *fisicalista*, porque arrimándose en alguna medida al neopositivismo y al mismo positivismo lógico, saltando de Kant al *círculo de Viena*, aparece cercana a una *ciencia dura*, con lo que siente que adquiere más dignidad académica.

Esta elusión del mandato supremo quizá tenga raíces más lejanas, pero modernamente proviene de Alemania, donde predominó en el penalismo entre 1933 y 1945, permitiendo que la mayoría de los penalistas se mostrasen como asépticos, científicos puros, ajenos a la

política, lo que, por un lado les permitía cubrirse de imputaciones y, por otro, recluirse en sus gabinetes para racionalizar interpretativamente las más aberrantes leyes penales del nazismo

La más difundida versión de esta táctica fue la apelación al neokantismo sudoccidental, que hizo del derecho penal una *Kulturwissenschaft*, en un mundo que se entendía como caótico y al que sólo se permitía comprender mediante el orden impuesto por los *valores*. ¿Qué son para los neokantianos los *valores*? No son, sino que simplemente, *valen*. Dejan en suspenso otra pregunta: ¿Para quién valen?

Por cierto, en este período hubo una corriente nazista minoritaria que, enfrentada al neokantismo, sostenía la politización del derecho penal desde la perspectiva sistémica a que me he referido (el sistema era la *comunidad del pueblo*, la *Volksgemeinschaft*). Era despreciada por los *asépticos* (porque los comprometía demasiado políticamente), pero en cuanto a la politización, era correcta: no es posible hacer un saber penal válido para cualquier concepción del ser humano y del estado, cada teoría penal debe adecuarse a un modelo de estado y éste a una concepción del ser humano. Su concepción antropológica era aberrante, repugnante, pero en esto era correcta.

Cabe precisar que la doctrina penal de nuestros días discute más o menos los mismos parámetros: por un lado un *normativismo más o menos puro*, por otro un ensayo *sistémico*. Expurgando mezclas y confusiones, nos quedan esas bases de construcción de los sistemas de interpretación.

Este es, pues, en la más estricta síntesis, el largo entramado de la teoría del derecho penal y la filosofía, en el sentido antes señalado. Como verán no es sencillo y pareciera que se halla hoy en un callejón sin salida, que reitera circularmente las mismas cuestiones. ¿Será eso inevitable, o la propia filosofía podrá proporcionar una salida?

Veamos. Signos positivos hay. Ante todo, nuestro tiempo ha demostrado que, como lo sostenía Marx, el derecho en general tiende a ser un instrumento de las clases dominantes, pero lo novedoso es que esto no parece ser hoy una fatalidad del derecho, sino sólo un accidente.

La paradoja actual es que los intereses más elitistas de cualquier parte del planeta son los que se esfuerzan por hacer del derecho penal un instrumento suyo, es decir, por reafirmar la idea marxista. Por el contrario, las clases subordinadas y las minorías discriminadas son las que procuran desvirtuarla, usándolo para abrir o ampliar los espacios de igualdad. Semejante paradoja se explica, porque la antropología jurídica introdujo un caballo de Troya en las viejas estructuras jurídicas.

En efecto: la consagración medrosa de una antropología jurídica elemental en las leyes máximas provocó una contradicción interna que permite este juego en la doctrina. En tanto que una buena parte elude la cuestión mediante un normativismo -a veces férreo, por imperio del contraste grosero con la realidad que golpea sus puertas-, otra se esfuerza por llegar a lo mismo mediante un puro culto al *ser*, aunque deformado por una forzamiento de la sociología sistémica, a veces incoherentemente cerrado con una cita de autoridad hegeliana. Por suerte, otras posiciones *eficientistas*, aún no han impactado en la labor de nuestros penalistas.

Lo cierto es que en el plano de lo normativo (leyes máximas) está consagrado el principio antropológico básico: *todo ser humano es persona*, lo que implica que *todo ser humano debe ser tratado como persona*. En el plano de la realidad, verificamos que nunca esto está del todo cumplido.

El *ser* y el *deber ser* se separan e históricamente nunca han coincidido del todo en ningún lugar, sin que sepamos si la coincidencia perfecta será alguna vez posible, en especial en cuanto al principio de igualdad. Por otra parte, queda siempre una duda ontológica: si hay un *deber ser* es porque hay un *ser* que no es, o al menos, que aún no es. Cuando algo *es*, el *deber ser* sale sobrando.

Pero al menos hay un *deber ser* consagrado, que cumple una función heurística, nos dice hacia dónde debemos marchar, en qué sentido debemos proyectar las decisiones de los operadores jurídicos, y hay un grado de realización social que nos dice dónde estamos parados, es decir, desde dónde debemos partir para marchar en la dirección del *deber ser*.

Si orientamos nuestras construcciones para que los operadores, conscientes de su punto de partida actual, es decir, incorporando los datos sociales que indican el grado de *realización social* de la premisa antropológica, verificando el grado relativo de *realización del deber ser en el plano de la realidad social*, decidan coherentemente impulsarlo en el sentido del deber ser normativo, veremos que vamos por el buen camino.

Sólo se trata de eludir el *reduccionismo normativista* (cualquiera sea la limitante teoría del conocimiento de que se valga) que puede llevar a una construcción alucinada y negadora de la realidad del mundo, y al mismo tiempo también el *reduccionismo más o menos sociologizante*, que nos puede conducir a decisiones *pragmáticas* y *eficientistas* aberrantes.

De este modo habremos evitado dos consecuencias gravísimas de los reduccionismos: por un lado la pretensión de ignorar el *ser*; por

otro el de pretender que *del ser sale el deber ser*. Es verdad que en ciertos sentidos esa pretensión puede ser legítima, como creo que en alguna medida lo pone de manifiesto Hans Jonas, pero creo que en otro nivel discursivo, lejano al de la labor específica del penalista.

Eludir los extremos no significa ignorarlos, sino no neutralizar su contrario: no podemos ignorar lo *normativo* (porque no sabríamos hacia dónde marchar) ni lo *social* (porque no sabríamos desde dónde partimos). Precisamente, los ignoran cualquiera de las dos absolutizaciones extremas, puesto que de este modo está ignorando la otra.

Por cierto que en el plano doctrinario habrá quien pretenda construir sistemas que empujen al *ser* con más o menos energía, pero al menos todas las doctrinas jurídico-penales así orientadas siempre irán en el mismo sentido. Creo que esta es la vía de escape del círculo en que se mueve hoy la doctrina penal.

¿Y la pena? ¿Qué respondemos a la función de la pena? ¿Para qué sirve en el marco de este planteo?

Todas las teorías de la pena (la bandeja de Bauer) son falsas o bien, si alguna vez cumplen alguna de esas funciones, eso no permite generalizarlas. En el plano sociológico sabemos que tiene múltiples funciones, pero nunca una sola y definida. No es verdad que la pena no sirva para nada, sino que sirve para muchas cosas, demasiadas quizá y no siempre buenas, pero no las tenemos todas claras.

Sin embargo, hay un dato histórico y sociológico que no podemos ignorar, pues es verificable a lo largo de los siglos y en todo el planeta: cada vez que el poder punitivo –la pena– se desborda, hay un genocidio. *No ha habido genocidio que no haya sido cometido por las agencias del poder punitivo o con su intervención decisiva*. Y como se ha dicho, precisamente la antropología jurídica elemental ha llegado a las leyes máximas nacionales y planetarias por pánico al genocidio o a otras matanzas estatales. En todo genocidio, el poder punitivo y el crimen más grave incurrir en el escándalo de superponerse e identificarse.

La pena está allí, es un hecho político innegable, un *factum* irreductible a la razón, que puede ser más o menos irracional, pero nunca del todo racional, porque en definitiva y por definición llega tarde, cuando el daño está hecho, y porque, además, aún en los casos más graves, no deja de tener al menos un resabio de venganza.

Lo único que sabemos a ciencia cierta es que hay que *limitarla y contenerla* para evitar el genocidio, y esta es la *función del derecho penal, del ejercicio del poder jurídico de contención*. Se ilusionan quienes creen que el poder punitivo lo elige el legislador, lo realizan los jueces y las policías se limitan a cumplir las órdenes de éstos. Nada es más falso

en la realidad: el poder punitivo lo deciden las policías, que seleccionan a los candidatos a la criminalización. Los jueces sólo disponen de un limitado poder de contención: obturan el paso del poder punitivo más irracional, permiten el tránsito y avance del menos irracional y, también, pueden disponer de una luz amarilla que indica la conveniencia de aguardar para decidir con más calma. Ejercen la función de un *semáforo* que regula el paso del poder punitivo, seleccionando conforme a su mayor o menor grado de irracionalidad.

Una última cuestión: ¿Si la pena no es racional, por qué no hacerla desaparecer?

Ha habido muchas propuestas en ese sentido, antiguas y modernas. Entre las antiguas se encuentran todas las vertientes del anarquismo que, en definitiva, son *jusnaturalismos radicales* nutridos de diferentes puntos de partida filosóficos e ideológicos: liberal, socialista, cristiano, positivista.

Entre las propuestas modernas, en las últimas décadas del siglo pasado surgió el llamado *abolicionismo*, que también reconoce diferentes bases filosóficas: fenomenológicas, marxistas, culturalistas, quizá otras más.

Hacer desaparecer al poder punitivo, si es que un día es posible, es una tarea que excede con mucho a la pobre y limitada función de la doctrina penal, que sólo se propone proyectar jurisprudencia.

La propuesta abolicionista importa un profundo cambio civilizatorio, porque nuestra civilización tiene introyectado el tiempo lineal y, vuelvo a recordar a Nietzsche, que hablaba con un caballo pero a veces daba en la tecla: así como lo expresó en su Zarathustra, la venganza no desaparecerá mientras no cambiemos nuestra idea del tiempo, porque *die Rache ist gegen die Zeit*².

Cada quien puede pensar y militar por un cambio civilizatorio, pero no le pidamos eso a la doctrina penal, cuya función inmediata y humana es mucho más limitada. El poder punitivo es como la guerra, se puede deslegitimar todo lo que se quiera, pero allí está, es un *factum*. Más aún: no sé si tenía razón Michel Foucault o Carl von Clausewitz, pues entre la guerra y la política, no sé bien cuál es continuación de cuál. Pero como de momento todo indica que no podemos eliminar ninguna de ambas, para la guerra tenemos la Cruz

² En alemán en el original: la venganza es contra el tiempo.

Roja Internacional que la limita, y para la política tenemos a los operadores jurídicos que la limitan. Lo único que los penalistas podemos hacer es proyectar la acción limitadora de la Cruz Roja del momento de la política.

En esta civilización y en el mundo actual al menos, la modesta misión de la doctrina penal no puede ser otra que la de contener el desborde de la punición y, de este modo, prevenir el genocidio.

En la actualidad, la pena ha alcanzado su máximo de irracionalidad. Como hace años lo señalara la criminóloga canadiense Ruth Morris, se convirtió en una *cuestión de fe*, en una *idolatría* que tiene sus integristas, fundamentalistas y fanáticos, que no sólo la legitiman en cualquier extensión, rompiendo todas las barreras doctrinariamente construidas en tiempos anteriores, sino que *creen* que es posible resolver todo con ella (desde curar la drogadicción hasta salvar el Amazonas), la creen *omnipotente*.

Frente a esa *fe idolátrica irracional* nos inclinamos por el *agnosticismo penal*, sabemos que la pena sirve para varias cosas, no todas buenas, que nunca es del todo racional y que lo importante para la construcción teórica no es inventarle funciones ni elegir una accidental de ella y alucinar su generalización, sino limitarla y contenerla.

La limitación y contención de la pena es una tarea *racional* frente al peligro del genocidio y, por ende, una doctrina penal con ese objetivo, necesariamente también puede ser racional, como lo es el derecho internacional humanitario para el momento de la guerra.

Por ese camino podemos reconstruir la doctrina penal, proyectando la labor contentora de los operadores jurídicos dentro de un marco doctrinario más general, que impulse incesantemente el *ser de la realización social* hacia el deber ser del trato como *persona* de todo ser humano. Esto es lo racional, aunque lo que contengamos nunca lo sea del todo.

Derecho penal, pena de prisión y garantías en su ejecución*

LORENZO MORILLAS CUEVA**

Es criterio reiterativo en las múltiples Declaraciones Internacionales al respecto mostrar la preocupación de las Instituciones de este tipo sobre la difícil combinación entre respeto y defensa de los derechos humanos y la necesaria protección penal de la sociedad. Los principios programáticos en los que la primera de las afirmaciones se basa están fijados en las iniciales y definitivas proclamaciones de aquellas. De esta forma, a modo de ejemplo, tanto en el Preámbulo de la Carta de Naciones Unidas como en la Declaración de Derechos Humanos se afianzan, como no puede ser de otra manera, las premisas básicas de la consolidación de los derechos humanos fundamentales y, en consecuencia, de la dignidad y el valor del ser humano basados en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las distintas y diferenciadas Naciones, con los sobresalientes objetivos, innegables y aplaudibles, de construir las condiciones suficientes para garantizar la justicia y el respeto a las obligaciones derivadas de las normas internacionales y locales –eso sí, desde mi comprometido criterio, siempre bajo parámetros innegociables de una Justicia accesible, transparente, moderna, ágil y rápida, bien dotada en personal, en infraestructuras y en medios técnicos, garantista, comprometida y respetuosa, como servicio público, con la dignidad de la persona, con las víctimas y con los más desfavorecidos. Una justicia, igual para

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, DER2012 35860 “Variables para una moderna política criminal superadora de la contradicción expansionismo-reduccionismo de la pena de prisión”, cuyo Investigador Principal es el Dr. Morillas Cueva.

** Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Granada. España.
lorenzom@ugr.es

todos, que haga justicia pero que también se haga justicia con ella¹, de promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto amplio de libertad². Difíciles de negar o limitar estos pronunciamientos se haga desde la ideología que se haga o del sistema político que se mantenga, con excepción de algunos crueles y totalitarios que han tenido y desgraciadamente siguen teniendo presencia en la historia y en su triste realidad. Otra cosa es como se entiendan, desarrollen o protejan aquellos.

En general, la preocupación y respuestas en tal sentido y a nivel internacional están más orientadas al tratamiento de los penados en los Centros Penitenciarios que a la propia esencia, justificación, alcance y utilización de la pena de prisión que es, en definitiva, la que lleva a los ciudadanos a ser privados de libertad. Queda claro, al menos desde mi punto de vista, que la tendencia dominante en las diversas legislaciones es la de una mayor rigurosidad presencial y aplicativa de la pena de prisión, como más adelante se verá. A pesar de los esfuerzos, innegables pero poco eficaces, en atacar la raíz del problema, llevados a cabo por las Organizaciones Internacionales con, en demasiados casos dubitativas reglas y normas en materia de prevención del delito y tratamiento del delincuente, sobre todo en estas últimas mayoritariamente atendidas, no se logran trasladar a los derechos internos políticas eficaces de minimización del alcance y uso de la pena de prisión. Reconocida esta última por la Regla 3 de las Reglas Mínimas 2015/16, obviamente añade si son justificadas, término de difícil concreción y no menos utilización subjetiva, y necesarias para “el mantenimiento de la disciplina”, no sin antes reconocer que la prisión y las demás medidas privativas de libertad, cuyo efecto es separar a una persona del mundo exterior, son aflictivas “por el hecho mismo de que despojan a esa persona de su derecho a la autodeterminación al privarla de libertad”, pero su objetivo programático va dirigido a que el sistema penitenciario no deberá agravar los sufrimientos

¹ Con mayor amplitud, en tal sentido, *vid.*: MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Algunas reflexiones sobre la justicia desde la perspectiva de un penalista”, En *FORO FICP*. N° 3, diciembre 2013, pp. 15-42.

² Por todas, *vid.*: Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 17 de diciembre de de 2015 –Distr. General 8 de enero de 2016-70/175 Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela) (en adelante Reglas Mínimas 2015/16).

mientos inherentes a tal situación. En todo caso lo que se advierte en la realidad normativa concreta es un uso abusivo de dicha pena y, en consecuencia, de los pocos éxitos de las alternativas a ella, lo que se manifiesta en un relevante expansionismo del Derecho penal y de la propia pena criticado y generador de honda preocupación tanto en niveles garantistas como de compromiso doctrinal.

En este último sentido, se aprecian dos rutas esenciales en el estudio científico del Derecho penal, en su concreto desarrollo: por un lado, el análisis de la teoría jurídica del delito, pilar esencial del objeto de la Ciencia punitiva, y sobre el que a través de la historia se ha profundizado con mayor intensidad; por otro, el de sus consecuencias jurídicas, es decir, el relativo a las penas y a las medidas de seguridad. Las primeras han adquirido en las últimas décadas un especial protagonismo que ha llevado a las segundas a tener casi un carácter testimonial en los Textos legales, con lo que se ha fortalecido la dedicación de los especialistas en su valoración y estudio presentándose a un nivel equiparable a la teoría general del delito. Con razón Jescheck-Weigend han afirmado que la configuración jurídica y la aplicación real de las sanciones penales determinan el espíritu de un sistema jurídico-penal, acaso, incluso, de forma más intensa a como lo hacen las normas generales sobre los presupuestos de la punibilidad³. Ciertamente es que el modelo de penas y los fundamentos básicos que lo sustentan en la amplitud garantizadora de principios fundamentales limitativos del *ius puniendi* en un Estado social y democrático de Derecho son una realidad práctica y conceptual de necesaria referencia y con exigencia, cada vez más, de una valoración intensa y prioritaria para romper, de esta manera, ciertas torpezas históricas de alejamiento por parte de un sector de la doctrina en relación a esta institución jurídico-penal⁴.

En consecuencia, del propio concepto de que se parta, de su justificación y fines dependerá, en gran medida, la propia idea de

³ Vid, entre otros: JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas, WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed, trad, OLMEDO CARDENETE, Miguel, Granada, 2002, p. 796.

⁴ En tal línea, y en atención a la función del Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho derivada de la propia pena, *vid*, por todos: MIR PUIG, Santiago, *Derecho Pena. Parte General*. 10ª ed., Barcelona, 2015, pp. 100 y ss.

Derecho penal que se sustente, sobre el entendimiento inicial de que la función de éste, como ya he advertido, depende de la que se le asigne a la pena, y más especialmente a la de privación de libertad, como el medio más característico de la intervención penal⁵. Por lo dicho, es conveniente, asimismo, señalar que no todo lo anterior ha de concebirse con un sectario automatismo sino que, por el contrario, es fundamental y, por ello mismo, adecuado, reflexionar sobre el alcance de semejante componente de la estructura punitiva, lo que ha llevado a profundos e interesantes debates propiciados desde las más encontradas posiciones ideológicas y dogmáticas.

Lo que se presenta meridianamente claro es que la pena, y dentro de ella la de privación de libertad, es el instrumento más utilizado por una sociedad donde parece que crecen los peligros, hasta convertirse en una sociedad de riesgo, y donde las reacciones a determinadas convicciones generalmente asentadas en premisas mediáticas son la de exigir una más intensa y rígida lucha contra la criminalidad que inevitablemente camina hacia una intensificación de los medios de reacción punitivos. Además, los gobiernos y, en consecuencia, las legislaciones, se muestran interesadamente sensibles a trasladar dichas demandas a los textos penales, cuando no a incentivarlas⁶. Semejante comprensión egoísta de la instrumentalización del Derecho penal y de su consecuencia jurídica más relevante, la pena de prisión,

⁵ Sobre esta idea *vid*, MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “La función de la pena en el Estado social y democrático de Derecho”, En *Revista Internacional de Legislación y Jurisprudencia*, Vol 4, 2013, pp. 1 y ss. También, acerca de la misión y legitimación del Derecho penal y de sus consecuencias: MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Sistema de Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos de Derecho Penal. Ley Penal*, 3ª ed., Madrid, 2016, pp. 85 y ss.

⁶ *Vid*, con mayor profundidad: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís, “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *Actualidad Penal*, nº 1, 2001, pp. 2 y ss. El mismo autor, añade junto al concepto de riesgo, el de expansionismo, como otra de las ideas motrices del debate sobre la modernización del Derecho penal, incluso este sufre una transformación de la expansión modernizadora del derecho punitivo en una expansión securitaria e intensiva, no tanto extensiva, lo que incide en los Códigos penales. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”. En *Derecho penal y política transnacional*. Coords. Bacigalupo, S-Cancio Meliá. Barcelona 2005, pp. 256-260.

lleva a lo que algunos autores denominan populismo punitivo y que concretan en un uso abusivo del Derecho penal por las estructuras de poder bajo el paraguas de tres afirmaciones sostenedores: a) más penas y de mayor intensidad reducen el delito; b) las penas ayudan a reforzar el consenso moral existente en la sociedad; c) las presuntas ventajas electorales derivadas de lo anterior oscurecen otras consideraciones garantistas y de eficacia del propio Derecho penal⁷. Ninguna de estas tres hipótesis son completamente verificables sino todo lo contrario pues muestran una forma de entender el Derecho penal moderno como un instrumento político, retribucionista y alejado de los postulados más básicos de un *ius puniendi* concebido como última *ratio* del Ordenamiento jurídico sobre premisas garantistas.

Referencia de esta no justificada y, en ocasiones, perversa tendencia es la evolución que se ha producido en el sistema anglosajón, fundamentalmente en los dos países de mayor influencia en este campo: Estados Unidos e Inglaterra. Inicialmente, en los años sesenta, se exhiben como impulsores de una atractiva política criminal de tratamiento individualizado para pasar, al poco tiempo, de manera radical y ante las pretendidas carencias de aquélla a un modelo de imposición de penas en atención casi exclusiva al criterio del injusto o del mal causado que es, además y preocupantemente, dirigida, con provecho de los sectores dirigentes, hacia una progresiva intensificación de las sanciones penales y un consecuente alargamiento de las privaciones reales de libertad, cuando no, y todavía, en casos graves, de la misma vida, en algunos Estados del primero de los países señalados. Introducción de cánones retribucionistas que llevan a una desproporcionada dureza ausente, frecuentemente, de parámetros racionales y humanitarios en la determinación de la pena y alejados de algunas de las garantías básicas de los ciudadanos, aunque estos hayan delinquido y la sociedad se tenga que defender ante ataques de tal naturaleza a sus bienes jurídicos más preciados.

Este emergente populismo punitivo, ya situado expresamente en EEUU, es valorado sobre sus fuentes creadoras por Tonry y resumido por Larraurri Pijoán⁸ y que adapto a este escrito: a) premisa: el

⁷ Por todos, *vid.*, al respecto: LARRAURRI PIJOAN, Elena, "Populismo punitivo y penas alternativas a la prisión", En *Derecho penal y política transnacional* cit., pp. 284-285.

⁸ *Ídem*, pp. 284-286.

aumento del índice de delitos en EEUU –década de los 90-; contra-premisa: incorrecta la consecuencia porque se puede actuar de otro modo. b) premisa: opinión pública intensamente punitiva; contra-premisa: explicación no asumible ya que ni la opinión pública es monolítica y, además, la iniciativas políticas al respecto preceden a la opinión pública. c) premisa: rentabilidad electoral; contra-premisa: no está demostrado que la etiqueta de “blando” incida directamente en una pérdida de elecciones –curiosamente en España ha sucedido todo lo contrario pues las grandes reformas del Texto punitivo, en su inmensa mayoría expansionistas en relación los delitos y a las penas, han concluido con la pérdidas electorales de los partidos que las propiciaron. Así, Código de 1995, reformas de 2003, reforma de 2010, reforma de 2015-; d) premisa: exigencia de legitimación de los gobiernos en momentos de crisis que llevan a la obligación de “hacer algo”; contra-premisa: no necesariamente la vía para neutralizar dicha situación ha de ser la del populismo punitivo, pues otros países en circunstancias parecidas no han optado, al menos exageradamente por esa hipótesis. e) premisa: percepción de una sociedad de riesgo que tiene que “defenderse” fundamentalmente con el Derecho punitivo; contra-premisa: igual respuesta que en la anterior. f) premisa: motivos históricos; contra-premisa: la más débil, al menos para mí, de las expuestas, siendo todas bastante objetables, pues aquella no puede mediatizar ni orientar las reacciones punitivas modernas.

En tal sentido los datos estadísticos son elocuentes. A título de muestra, y como referencia indicativa sigo con EEUU, comparo la ratio de población en prisión por 100.000 habitantes: 693 –a finales de 2014-. En la misma América del Norte, extraigo los de Canadá -144. Finales de 2014-. En Europa, por ejemplo, a la cabeza está Reino Unido: Inglaterra/Gales, aunque a gran diferencia de EEUU -147. Abril 2016-, después, de entre los seleccionados España -133. Marzo de 2016-, Italia -88. Abril 2016-, Alemania-76. Noviembre 2015-, Suecia -53. Marzo 2016-. En Centro América –México 212. Junio 2015-. En América del Sur, Venezuela -159. Mayo 2015-, Argentina -160. Finales 2014-, Chile -245. Marzo 2016-, Brasil -307, finales de 2014-. En Asia, China -118. Mitad 2015-, Japón 47 –Mitad 2015-. En África, Mozambique -57. Junio 2015, Angola – 95 –Agosto 2015-, Marruecos -222. Abril 2015-. En Oceanía, Australia -152. Junio 2015-, Nueva Zelanda – 202. Abril 2016-⁹. Se pone nuevamente de manifiesto con estos actualizados

⁹ Fuente: World Prison Brief. 2016.

números la permanente y desmesurada utilización de la pena de prisión en EEUU.

Como ha escrito Silva Sánchez, en términos generales, se advierte la disposición legislativa a ofrecer respuestas selectivas en función de la percepción social del correspondiente hecho delictivo como fuente de inseguridad subjetiva; no tanto en función de la gravedad del hecho en términos axiológicos, impregnada, además, por dos recientes pero posiblemente ya permanentes en el tiempo corrientes doctrinales que asientan con rotundidad expansiva el clásico principio *nullum crimen sine poena*, la de la lucha contra la impunidad, impunidad cero, y la del derecho de la víctima al castigo del autor ¹⁰.

Semejante orientación legislativa, impulsada, además, por ciertos sectores de la ciencia penal alemana, se extiende como ola furiosa también por el viejo continente transformando poco a poco las ideas aperturista que configuran la estructura penal en un cierto neoconservadurismo que parecía superado, al menos en sus fundamentos más radicales. Realidad que no parece ser frenada ni en aquellos países, como España, en los que han accedido al poder político grupos con convicciones históricamente progresistas que precisamente por ello, y por su vínculo ideológico más comprometido con situaciones de este tipo, han de estar teóricamente más cercanos a la idea de intervención mínima y a las del garantismo penal, integrador y recuperador de los ciudadanos que delinque sobre políticas sociales y criminales sustentadas en mecanismos alternativos, en la medida de lo posible, a la pena de prisión.

Ante esta ondulante progresión de modificaciones legislativas, el especialista, en este caso el científico del Derecho penal, ha de estar alerta para reaccionar ante los posibles excesos punitivos con propuestas sólidas que se enmarquen en el respeto a los principios básicos del Estado social y democrático de Derecho para conseguir sobre esa interesante base legitimadora propuestas político-criminales que mejoren el sistema tanto del Derecho penal en general como el de penas, en particular. Las ideas personales que completan este estudio

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “¿Política Criminal del legislador, del Juez, de la Administración Penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código Penal”. En *La Ley*, 1998, p. 1451. Asimismo: *En busca del Derecho Penal. Esbozo de una teoría realista del delito y de la pena*. Montevideo-Buenos Aires, 2015, pp. 83 y ss. Con carácter general, vid: VILAJOSANA, Josep María, *Las razones de la pena*. Valencia, 2015, pp. 25 y ss.

pretenden ser un análisis comprometido de la actualidad de estas últimas sobre la base de reflexiones críticas que sitúen las premisas donde se mueven las coordenadas fundamentales de alternativas sólidas para un futuro inmediato.

Nada mejor para conseguir semejante objetivo que adelantar, con la brevedad que requiere un análisis de estas características, mi posición personal sobre la teoría de la pena y aludir a los, que según mi opinión, son principios básicos que han de marcar el sistema de penas en un Derecho penal de garantías.

Con relación a lo primero es conveniente advertir que parto con afirmaciones dadas por sabidas en torno a los históricos debates sobre retribución-prevención en relación al fundamento y a los fines de la pena que van desde los más concienzudos defensores de las nuevas especies de retribucionismo actualizado en las plumas de tendencia jakobsiana hasta las utópicas y fracasadas predicciones abolicionistas, en ocasiones brillantes por solidarias, que ven la pena como injusta, inútil y hasta perjudicial, pasando por todo el cargamento de teorías unitarias, preventivas, preventivo generales positivas y demás¹¹.

Esta dicotomía entre lo pretendido y lo realizado ha llevado a severas disfuncionalidades en el ámbito punitivo y penitenciario. La casi obsesiva tendencia doctrinal, de la que formo parte, de plantear y desarrollar, en una búsqueda interminable pero absolutamente necesaria, una política criminal superadora de las contradicciones expansionistas-reduccionistas de la pena de prisión, conduce a notables aportaciones no bien entendidas por los órganos de poder y control social desubicados generalmente en una pretensión totalizadora de seguridad colectiva perturbadora, en demasiados casos, de los necesarios fines preventivos de la pena de prisión, de su pretensión reduccionista y de la coherente materialización de verdaderas alternativas a su excesiva aplicación.

Eso no quiere decir que se abandone la ya tradicional y, sin embargo, vigente idea de considerar a la susodicha pena como un impor-

¹¹ Con mayor amplitud, *vid*: MORILLAS CUEVA, Lorenzo, "Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro", En *"Los Derechos Humanos. Libro Homenaje al Excmo. Sr. D. Luís Portero*, Granada, 2000, pp. 643 y ss. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *La función...*cit., pp. 24 y ss. MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito.*, 5ª ed., Madrid, 2011, pp. 57 y ss.

tante mecanismo de control social que se asienta y fundamenta en la pacífica convivencia de los ciudadanos y se legitima en su necesidad, “amarga necesidad” a la que la que se refirió el Proyecto Alternativo de Código penal alemán, de tanto éxito en la doctrina científica y de tan poca proyección en las normas positivas, incluidas las alemanas. Pero tampoco supone una asimilación de los estándares expansionistas tan proclives a los poderes constituidos.

Llegados a este momento, conviene, para completar en la medida de lo posible, la información, proyectar el estudio en realización hacia el ámbito internacional en el que parece desprenderse de las múltiples resoluciones que tratan el tema una mantenida línea de consejos, no especialmente asumidos, de carácter reduccionista. Así, y remontándose en el tiempo a Concepción Arrenal, ya en su Informe presentado al Congreso Penitenciario celebrado en San Petersburgo en 1890, aun dirigido en este aspecto a los presos preventivos, su contenido mostraba una realidad ampliable a todos los internos en los Centro Penitenciarios del momento. Escribía la insigne penitenciarista que “la complicidad más directa en los delito, la más repugnante, la más atentatoria a la justicia porque se ejerce en su nombre, es la acción depravadora de las prisiones; puesto que es costosa, difícil, obra de siglos, organizarlas como deben de estar, sería fácil suprimirlas en gran parte, si fácil fuera suprimir los errores y las preocupaciones”¹². Tan duras palabras no exentas de cierta ingenuidad dialéctica estaban dirigidas a una auténtica reforma de las prisiones y del uso de la propia pena que presentaba una serie de ventajas que en opinión de la autora eran del máximo interés: a) no corromper en la cárcel evitando, además, la nota de infamia de haber estado preso; b) reducir los presos con lo que se podría reformar las cárceles de tal forma que tanto los edificios como el personal correspondieran a su objeto; c) las cárceles reformadas no serían depravadoras; d) las economías obtenidas serían grandes; e) la sociedad continuaría utilizando el trabajo de los presos en libertad; e) la familia de los procesados o condenados pero en libertad no se verían en la miseria¹³.

¹² ARENAL, Concepción, *Informes presentados en los Congresos Penitenciarios de Estocolmo, Roma, San Petersburgo y Amberes*. 1ª ed., Fundación Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2012, p. 157.

¹³ *Ídem*, pp. 158-160.

Deslizante con esta posición, Concepción Arenal ya planteaba igualmente las necesarias alternativas en concreto a la penas de prisión de corta duración –las entendía como menores de un año– con las siguientes posibilidades: a) la amenaza, que consiste en notificar al procesado la pena en que ha incurrido cuya ejecución se suspende, pero que cumplirá muy agravada en caso de reincidencia; b) imposición de penas pecuniarias, siempre que se pueda en justicia; es decir, cuando el penado, dada la índole del delito tenga posibilidad de pagarlas, graduándolas según los casos; c) privación de ciertos derechos civiles y políticos y de ciertas ventajas, privación que ha de durar que “debe durar por solo el tiempo de la pena suspendida”; d) que la pena pecuniaria se destine preferentemente a resarcir al perjudicado; e) que la protección de los Gobiernos a las sociedades de patronato para los que salen de prisión, conviene que sea más decidida con respecto a los penados que no han sido presos¹⁴.

Parece evidente y loable el sentido que la autora le da tanto al sistema penitenciario como a la utilización de la pena de prisión en una simbiosis que esclarece cuando llega a afirmar que “no es posible que el mejor sistema penitenciario de buenos resultados con leyes que cooperen al delito o con penas con exceso e injusticia”¹⁵. Propuesta en la que los jueces y el procedimiento judicial a seguir tienen asimismo una especial trascendencia, que al no ser objetivo de este trabajo me impide extenderme con mayor intensidad en el pensamiento de la autora pero que quiero resaltar porque igualmente es relevante¹⁶ en cualquier propuesta al respecto.

He pretendido iniciar esta presentación de propuestas internacionales de la mano de la insigne autora gallega, pues a pesar de haber pasado dos largos siglos de su magnífica obra y sensible compromiso con un sistema penitenciario más avanzado, manifiesta precisamente

¹⁴ *Ibidem*, pp. 173-176.

¹⁵ *Ibidem*, p. 187.

¹⁶ Concepción Arenal en su papel argumental asume que para la aplicación equitativa de la pena debe dejarse gran latitud al juez, a fin de que pueda sentenciar según las circunstancias individuales del acusado, y no sacrificarle a la letra de la ley. *Vid.* con mayor extensión: MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “¿Pasa la legitimación de la pena de prisión en una sociedad democrática por una política criminal reduccionista, *Revista Internacional de Derecho y Jurisprudencia*, Vol. 8, Diciembre 2014, pp. 3-4.

los inicios de un amplio debate que llega a nuestros días con parecida actualidad y sin haber conseguido eficaces y definitivas soluciones tanto a nivel local como internacional sobre una pena de prisión, dubitativa en su fundamento, parca en sus alternativas, excesiva en su expansionismo, tanto en su uso como ejecución.

A nivel internacional, con más dudas que realidades, semejante línea interpretativa ha tenido sino éxito al menos cobertura importante. De tal forma, desde Naciones Unidas –que afirman con reiteración su preocupación desde hace tiempo “por que se humanice la justicia penal y se protejan los derechos humanos” así como poniendo de relieve “la importancia fundamental de los derechos humanos en la administración diaria de la justicia penal y la prevención del delito”¹⁷- se ha propiciado numerosas resoluciones al respecto fundamentalmente relacionadas con Derechos Humanos, o en las variables de derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos en referencia a las personas privadas de libertad –por ejemplo, el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de Naciones, en Resolución 217 A de 10 de diciembre de 1948 fija que los Derechos proclamados en dicha Declaración afectan a todas las personas¹⁸ o el artículo 9 (interdicción de la arbitrariedad para ser detenido, preso o desterrado), 10 (igualdad, audiencia y justicia ante Tribunales independientes e imparciales en vía penal), 11 (presunción de inocencia, principio de legalidad en los delitos y en las penas), o, de parecida manera al susodicho artículo 2, el artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales (Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, o el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos (Asamblea General en la Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966) que amplía considerablemente en cuanto a concreción y desarrollo los parámetros enunciados por los citados

¹⁷ Reglas Mínimas 2015/2016.

¹⁸ Dice el artículo 2 en su número 1: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. Por lo que cabe interpretar que en ese toda persona está incluida aquella que está privada de libertad, en relación con todos los demás derechos.

artículos 9, 10 y 11 de la Declaración. De especial interés para este trabajo es el artículo 10 en el que se señala expresamente el régimen penitenciario, la finalidad esencial de la ejecución de la pena de prisión, la necesaria separación entre procesados y condenados privados de libertad y de menores y adultos en tal situación¹⁹- y que inciden con posterioridad al principal problema que se está analizando en esta reflexión, la propia realidad de la pena de prisión. Mas sin ser factores directamente reduccionistas de la mencionada pena sí ejercen como garantías de los ciudadanos que evitan su ingreso en prisión de manera discrecional y arbitraria, por lo que de tal forma se ésta limitando el uso, en tales hipótesis en sentido contrario, irracional, de la reiterada pena de prisión.

No obstante lo anterior, de gran importancia para el sistema penitenciario mundial y para el reconocimiento, en demasiadas ocasiones oscurecimiento cuando no destrucción, de las garantías y derechos de los internos en Centros Penitenciarios, también se pueden encontrar disposiciones que marcan la forma de entender la pena de prisión y su alcance, dibujando esa controvertida línea entre expansionismo y reduccionismo.

En tal sentido cobran especial protagonismo los diferentes Congresos de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente. El primero de ellos – Ginebra, 22 de agosto a 3 de septiembre de 1955-, por ejemplo, supone, en sus conclusiones y en la aprobación de Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos una importante guía de gran trascendencia mundial en torno a esta cuestión pues se ha desarrollado como una referencia básica en relación a la administración general de los establecimientos penitenciarios, en línea con las Declaraciones programáticas previas citadas

¹⁹ Artículo 10: 1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas; b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento. 3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

y que la propia Naciones Unidas manifiesta en una valoración subjetivamente optimista que “han sido reglas mínimas universalmente reconocidas para la reclusión de presos y han tenido un gran valor e influencia como guía, en la elaboración de leyes, políticas y prácticas penitenciarias”. Pretensión no completada, y en su aplicación concreta deficitaria en muchos países, sin embargo es cierto que impulsó en torno al tratamiento de los reclusos y a las medidas sustitutivas de la prisión textos particularizados de importante significado, como más adelante se verá –algunos ejemplos, Procedimientos para la aplicación efectiva de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos, , conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad, Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal-.

El segundo – Londres, de 8 al 19 de agosto de 1960,-, más relacionado con la cuestión que trato aunque igualmente impregnado de cuestiones penitenciarias, estuvo fundamentalmente dirigido a la delincuencia derivada de los cambios sociales consecuencia del rápido desarrollo económico, incluida la de menores. Entre sus muchas Recomendaciones cabe destacar la referida a las penas cortas privativas de libertad.

En dicha Recomendación, que ya actúa sobre un discutible núcleo de la pena de prisión, se plantean dos importantes bloques: por un lado, el estudio mismo de tal pena de corta duración, su vigencia y eficacia –contagio moral debido a la influencia corruptora de la promiscuidad con criminales con penas de media o larga duración, efecto correctivo o intimidatorio inexistente, falta de valor educativo-; por otro, medios de sustitución en ese momento utilizados y propuestas de futuro. En tal sentido la Recomendación no deja de ser titubeante en sus planteamientos al partir de la idea de que aun aceptando la fuerte contestación a la pena de prisión de corta duración su supresión total sería difícil, lo que no empece “la conveniencia de sustitución por otras penas que no tengan los efectos nocivos que a menudo se le atribuyen a las penas cortas de privación de libertad”. Sobre semejantes argumentaciones de manera conclusiva afirma, en una valoración que parece, al menos a mí me lo parece, excesivamente relativista, aunque hay que tener en cuenta el momento cronológico en que se produce, lo siguiente: a) la pena corta privativa de libertad, especialmente la muy corta, debería evitarse en todo lo posible, pero no abolirse totalmente; b) la pena corta no debería aplicarse en una forma general, sino en los casos concretos en los que haya de resultar

eficaz por la razón de las circunstancias, sean personales o de otra índole y en caso de imposición, el condenado debería ser enviado de preferencia a un establecimiento abierto o semiabierto o especial para esta clase de reclusos y, en todo caso, separado, de los otros penados; c) tales penas, en la medida de lo posible, deberían reemplazarse por otras sanciones o medidas no privativas de libertad –se enumeran, a título de ejemplo no como únicas, hasta dieciséis; d) la ejecución de estas sanciones o medidas ha de tener la mayor flexibilidad posible, siempre que sea compatible con la finalidad de la pena. Como puede observarse se está ante un documento que, a pesar de sus limitaciones y dudas, mantiene abierto un camino de especial trascendencia para la valoración utilitarista de la pena de prisión, aunque únicamente sea de la de corta duración e, incluso, dentro de ella de las más recortadas conceptualmente.

En este planteamiento de ejemplos puntuales cabe pasar al sexto Congreso²⁰- Caracas, del 25 de agosto a 5 de septiembre de 1980- en el que sin entrar en estimación valorativa de la pena de prisión o de sus posibles alternativas, el marco temario sobre el que se desarrolló, bajo la nominación de “la prevención del delito y la calidad de vida”, fue precisamente las previsiones de dicha prevención basada en las circunstancias sociales, culturales, políticas y económicas del país antes que en las represivas punitivas. Así lo destaca en el Informe, en apoyo de la Declaración de Caracas, en cuyo punto 1 se asume que “el éxito de los sistemas de justicia penal y de las estrategias para la prevención del delito, especialmente en vista del aumento de nuevas y sofisticadas formas de delincuencia y las dificultades que enfrenta la administración de justicia penal, depende ante todo de los progresos que se realicen en el mundo para mejorar las condiciones sociales y para elevar el nivel de calidad de la vida, de esta manera resulta indispensable revisar las estrategias tradicionales para combatir el delito basadas exclusivamente en criterios jurídicos”.

²⁰ El tercero – Estocolmo, del 9 al 18 de agosto de 1965- analizó las relaciones entre la delincuencia y la evolución social; El cuarto – Kyoto, del 17 a 26 de agosto- trató sobre mejor planificación de la prevención del delito para el desarrollo económico y social; en el quinto – Ginebra, del 1 al 12 de septiembre- se aprobó la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes-.

Sí se plantea con mayor intensidad la función de la pena y la promoción de sanciones no privativas de libertad como alternativas en el importante octavo Congreso²¹ - celebrado en La Habana del 27 de agosto al 7 de septiembre- en el que se aprueban normas, entre otras, referidas a reglas mínimas de las Naciones Unidas para las medidas no privativas de libertad. En el Informe provisional del Secretario General que luego daría lugar a la propuesta del Congreso a la Asamblea General de Reglas mínimas para las medidas no privativas de libertad se parte de la base de que pese a los esfuerzos encaminados a disminuir la aplicación y presencia de la pena de prisión ésta sigue siendo la piedra angular de los sistemas penales actuales, lo que no oculta las numerosas desventajas de la prisión, tanto para el delincuente como para la sociedad por lo que a nivel mundial y de las instituciones internacionales se procura encontrar medidas sustitutorias no privativas de libertad que han de ser sanciones sin privación de libertad “fiabiles”. Este último es el objetivo en torno a este tipo de penas elaborado en el susodicho Congreso y que supone un paso importante en esa especial dicotomía entre pena de prisión y alternativas no privativas de libertad. Se abre de este modo y a nivel internacional institucional la trascendente vía de las alternativas a la prisión, esbozada con ambiguo relativismo con anterioridad.

Sobre semejante previsión congresual se eleva el documento a la Asamblea de Naciones Unidas que en Resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990 aprueba las reiteradas Reglas mínimas de Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio) en las que se proclaman como objetivos fundamentales los siguientes: a) concreción de una serie de principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de libertad, así como salvaguardias mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión –opción descriptiva donde se diseña la idea de utilización de medidas diferentes a las penas privativas de libertad

²¹ El séptimo Congreso – Milán, del 26 de agosto al 6 de septiembre- complementa el anterior sobre la Prevención del delito para la libertad, la justicia, la paz y el desarrollo, con aprobación de instrumentos como reglas mínimas para la administración de la justicia de menores o los principios básicos relativos a la independencia de la justicia o el Acuerdo sobre el traslado de reclusos extranjeros y recomendaciones.

junto a un desarrollo garantista en relación al individuo²²;- b) fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente en lo que respecta al tratamiento del delincuente, así como incrementar entre estos el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad –intento de combinar dos premisas básicas en el desarrollo de la respuesta penal: integración social con responsabilidad de los sujetos que cometen delitos en su relación con la sociedad-; c) aplicación teniendo en cuenta las condiciones políticas, económicas, sociales y culturales de cada país, así como los propósitos y objetivos de su sistema de justicia penal –respeto a la soberanía de cada país, pero sobre las bases anteriormente fijadas-; d) por otro lado, y en el objetivo 4, se alerta a los Estados Miembros para que se esfuercen por alcanzar un equilibrio adecuado entre los derechos de los delincuentes, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito –trilogía a conseguir esencial para mantener una adecuada ponderación entre las tres partes intervinientes en un conflicto punitivo-; e) como, consecuencia de lo anterior, y en el objetivo 5, se señala que los Estados Miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente –parámetros esenciales que resumen con precisión la tendencia y objetivos claves de Naciones

²² El punto 8.2 de las Reglas fija las siguientes medidas: a) sanciones verbales, como la amonestación, la reprensión y la advertencia; b) libertad condicional; c) Penas privativas de derechos o inhabilitaciones; d) Sanciones económicas y penas en dinero como multas y multas sobre los ingresos calculados por días; e) Incautación o confiscación; f) Mandamiento de restitución a la víctima o de indemnización; g) Suspensión de la sentencia o condena diferida; h) Régimen de prueba y vigilancia judicial; i) Imposición de servicios a la comunidad; j) Obligación de acudir regularmente a un centro determinado; k) Arresto domiciliario; l) Cualquier otro régimen que no entrañe reclusión; m) Alguna combinación de las sanciones precedentes. Incluso se alude en el punto 9.2 a la aplicación de medidas posteriores a la sentencia como: permisos de salida y centros de transición, liberación con fines laborales, distintas formas de libertad condicional, remisión, indulto.

Unidas al respecto²³. El alcance esencial de esta Declaración se centra, desde la perspectiva de estas líneas, en el implícito reconocimiento del uso excesivo de la pena de prisión y la consecuente posibilidad del uso de alternativas no privativas de libertad a dicha pena.

Han transcurrido veintiséis años desde la mencionada fecha en la que Naciones Unidas formuló las reiteradas Reglas Mínimas y los documentos previos en los que se situaba el amplio debate sobre la pena de prisión y sus posibles alternativas no privativas de libertad, con interesantes propuestas que han incidido de manera desigual en los Ordenamientos internos de los países miembros, y la realidad práctica y normativa sigue siendo parecida con una utilización importante y, en la mayoría de los casos, prioritaria de la pena de prisión. Ciertamente es que los posteriores Congresos y otras declaraciones de Naciones Unidas han profundizado sobre el tema, más en la concreción de nuevas formas de delincuencia, de respuestas a las exigencias de adaptación social de la prevención delictiva y, en el ámbito estrictamente relacionado con la prisión, con especial atención a los mecanismos y garantías penitenciarias. De destacar, en este último sentido, el 11º Congreso –Bangkok, del 18 al 25 de abril de 2005- en cuya Declaración nominada como la ciudad sede, presta concreta atención no solo al sistema penitenciario –“30. Recomendamos que

²³ Sorprende, no obstante, la amplitud con que en el número 2 se señalan a las personas a las cuales se aplicarán las susodichas reglas, que son las sometidas a acusación, juicio o cumplimiento de una sentencia, en todas las fases de la administración de la justicia penal, lo cual lleva a designar “delincuentes”, a los efectos de las Reglas a estas personas “independientemente de que sean sospechosos o de que hayan sido acusados o condenados”. Complicada identificación entre esta trilogía de posibilidades procesales a efectos de aplicación de estas penas o medidas alternativas, que evidentemente son más apropiadas, en la mayoría de los casos, que la privación de libertad.

Así, por ejemplo, el 9º Congreso –El Cairo del 28 de abril a 5 de mayo de 1995- bajo el slogan “Menos crimen, más justicia: seguridad para todos” se centró esencialmente en la cooperación internacional y en la asistencia técnica de carácter práctico para fortalecer el imperio de la ley, con temas como “Sistemas de justicia penal y de policía” “Medidas contra la delincuencia organizada y transnacional”. El 10º -Viena del 10 al 17 de abril de 2000- aprobó la Declaración de Viena sobre medidas contra la corrupción en el plano internacional, en cuyo Manifiesto número 22 reconoce, entre otras, la importancia del sistema penitenciario.

la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal considere la posibilidad de revisar la idoneidad de las reglas y normas en relación con la administración penitenciaria y los reclusos”- sino también incluso a las bondades de una novedosa justicia restaurativa que influya en la previsión reduccionista de la pena de prisión – “32. Para promover los intereses de las víctimas y la rehabilitación de los delinquentes, reconocemos la importancia de seguir elaborando políticas, procedimientos y programas en materia de justicia restaurativa que incluyan alternativas del juzgamiento, a fin de evitar los posibles efectos adversos del encarcelamiento, de ayudar a reducir el número de causas que se presentan ante tribunales penales y de promover la incorporación de enfoques de justicia restaurativa en las prácticas de justicia penal, según corresponda”-.

Especial interés en la línea que nos ocupa tiene el 12º Congreso celebrado en Salvador de Bahía (Brasil), del 12 al 19 de abril de 2010- por la atención que le presta a estas cuestiones en la importante Declaración de Salvador sobre “Estrategias amplias ante problemas globales: los sistemas de prevención del delito y justicia penal y su desarrollo en un mundo en evolución” avalada con posterioridad por la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de 21 de diciembre de 2010. Cinco variables de diferente naturaleza, algunas son meros proyectos de estudio, son proclamadas en el texto: a) reconocimiento del sistema penitenciario como uno de los elementos principales del sistema de justicia penal y en consecuencia utilización de las reglas y normas de la propia Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos como fuente de orientación a fin de elaborar o actualizar los códigos nacionales de administración penitenciaria; b) revisión de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos con el objetivo de reflejar en ellas los recientes avances de la Ciencia penitenciaria; c) atención especial a las medidas de tratamiento de las mujeres detenidas y sometidas a medidas privativas o no privativas de libertad; d) necesidad de reforzar las medidas sustitutivas de la prisión, como pueden ser, el servicio comunitario, la justicia restaurativa y la vigilancia electrónica, así como apoyar programas de rehabilitación y reinserción y los destinados a corregir las conductas delictivas y los programas de educación y formación profesional para los reclusos; e) limitar, cuando corresponda, el recurso a la prisión preventiva²⁴.

²⁴ Números 48 a 52 de la Declaración.

Se llega de esta manera al último de los Congresos, el 13º, Doha del 12 al 19 de abril de 2015, celebrados hasta la fecha de publicación de este escrito. Marca una tendencia revisionista y complementaria de los anteriores, reiterativa y acrítica. En su Declaración programática alude a que se han reunido para “reiterar nuestro compromiso común de defender el estado de derecho y prevenir y combatir la delincuencia en todas sus formas y manifestaciones, en los planos nacional e internacional; garantizar que nuestros sistemas de justicia penal sean eficaces, imparciales, humanos y responsables; facilitar el acceso a la justicia para todos; crear instituciones eficaces, responsables e imparciales e inclusivas a todos los niveles, y aumentar el principio de la dignidad humana y a observancia y respeto universales de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

De interés para mi objetivo es el contenido dado a las letras j) y k) del punto 5 dirigido nuevamente a las mejoras del sistema penitenciario, en cuanto a educación, trabajo, atención médica, rehabilitación, reinserción social, prevención de la reincidencia en relación a los reclusos así como adoptar y fortalecer políticas de apoyo a las familias de los internos. Junto a ello se proclama la voluntad de promover y alentar el uso de medidas sustitutivas de la prisión –con la temerosa cautela de “cuando proceda” que es obvia pero innecesaria y que muestra, al menos en mi interpretación, una débil convicción del uso sustitutivo del encarcelamiento. Más aún cuando en la letra k) nuevamente vuelve a la idea de la revisión de las políticas penales, de la utilización de las sanciones no privativas de libertad, de medidas prácticas para reducir la prisión preventiva, pero en clave de hacer frente al hacinamiento en las cárceles y no en el más adecuado y de fondo de la utilización excesiva de la pena de prisión en las legislaciones de los países integrantes de Naciones Unidas- y someter a examen o reformar los procesos de justicia restaurativa y de otro tipo con el objetivo de conseguir una satisfactoria reinserción.

Se llega así a la ya mencionadas Reglas Mínimas 2015/16, documento último hasta este momento, posiblemente el más completo y definitorio de las políticas penitenciarias impulsadas por la Asamblea General. Solo añadir, en síntesis, las reglas básicas que programan el resto del texto: a) todos los reclusos serán tratados con el respeto que merece su dignidad y valor intrínseco en cuanto seres humanos, no serán sometidos a torturas o tratos inhumanos o degradantes y se velará en todo momento por su seguridad; b) no habrá discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole; c) los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia, para ello se arbitrarán las medidas

necesarias para la reinserción de los ex reclusos; d) el régimen penitenciario procurará reducir al mínimo las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad.

De lo expuesto, con la brevedad necesaria en un escrito de estas características, cabe deducir como primera valoración positiva el interés de Naciones Unidas, al menos formalmente, por estas cuestiones de vital importancia para el propio sistema interno e internacional de Justicia penal. Y ello lo afirmo porque son indicadores, cierto es que no especialmente profundos, del camino a seguir para una adecuada política criminal garantista y protectora de los principios básicos que han de marcar los fines de la pena en general y de las alternativas a la de prisión en particular en un Estado social y democrático de Derecho con las ingentes variables con que pueden desarrollarse en el derecho positivo local de tan diversos componentes y sistemas políticos y jurídicos del catálogo de Estados que constituyen la Institución: respeto a los derechos esenciales de los penados a los que se les aplique una pena alternativa; participación de la sociedad en la realización de la justicia penal para de esta forma incrementar su comprensión por semejantes opciones; combinación de la dicotomía, a veces difícil de conseguir y comprender, entre seguridad y prevención de delito con formas más imaginativas y adecuadas que la pena de prisión, lo que conduce a una conveniente y necesaria ponderación entre derechos de los penados o investigados, víctimas e intereses sociales; políticas de justicia penal adecuadas a tales objetivos, reduccionismo de la pena de prisión, respeto a los derechos humanos de los condenados, atención a las demandas de justicia social y los objetivos resocialización.

La atención de Naciones Unidas a estas cuestiones se bifurca, como he señalado, en una serie, concreta, de Acuerdos, Recomendaciones, Consideraciones, Informes, Reglas, algunos ya citados expresamente, a veces muy repetitivas, excesivamente burocratizadas y que, posiblemente, no encaren el problema nuclear de la pena de prisión con toda la intensidad a desear desde una perspectiva minimalista y no expansionista de tal sanción penal. Dos son las perspectivas desde las que se parte. Por un lado, planificar estrategias generales para reducir el ámbito del sistema de justicia penal y evitar de tal forma e indirectamente el uso del encarcelamiento; por otro, plantear la utilización de medidas sustitutivas en todas las fases del sistema de justicia penal, que cabe concretarlas en tres: a) fase anterior al juicio –basadas fundamentalmente en actuaciones prejudiciales y a evitar, en la medida

de los posible, los efectos nocivos de la prisión preventiva²⁵; b) fase de la sentencia –es posiblemente la más destacada en la que se intensifican las posibilidades de evitar la prisión, sobre un cuadro interesante de supuestos²⁶; c) fase de carcelación/excarcelación anticipada de los reclusos sentenciados y privados de libertad –se combinan las hipótesis de permanencia en prisión, las más tratadas desde la perspectiva del derecho penitenciario tan frecuentemente considerado en las proclamaciones de Naciones Unidas con las de apertura gradual a la libertad del penado, a veces, con cierta confusión conceptual al combinar lo que son permisos penitenciarios, verdaderas alternativas de libertad, como la remisión sin condiciones, o simples causas de extinción de la responsabilidad penal²⁷–.

²⁵ Cuestión ésta tratada con cierta frecuencia en las propuestas internacionales, como resumen ejemplificativo destacar como hipótesis alternativas: comparecer ante un tribunal en un día concreto o según lo que ordene el tribunal en el futuro; abstenerse de interferir en el curso de la justicia, incurrir en una conducta determinada, ir, o no ir, a determinados lugares o zonas, o aproximarse a personas concretas o reunirse con ellas; permanecer en una dirección específica; presentarse diariamente o de forma periódica ante un tribunal, la policía u otra autoridad; entregar el pasaporte u otros documentos de identificación; aceptar la supervisión de un organismo de someterse a vigilancia electrónica; o entregar fondos u otros tipos de propiedad como garantía de que comparecerá ante el juez en el momento del juicio, o que mantendrá una conducta determina mientras éste no se celebre.

²⁶ Destacar entre ellos: sanciones verbales, como la amonestación, la reprobación y la advertencia; libertad condicional; penas privativas de derechos o inhabilitaciones; sanciones económicas y penas en dinero, como multas y multas sobre los ingresos calculados por días; incautación o confiscación; mandamiento de restitución a la víctima o de indemnización; suspensión de la sentencia o condena diferida; régimen de prueba y vigilancia judicial; imposición de servicios a la comunidad; obligación de acudir regularmente a un centro determinado; arresto domiciliario; cualquier otro régimen que no entrañe reclusión; alguna combinación de las sanciones precedentes.

²⁷ Se refieren fundamentalmente desde la suavización del régimen carcelario para permitir que el recluso tenga un contacto limitado con la so-

Con semejante perspectiva el susodicho Manual, asimismo a manera de síntesis reflexiva de las diversas propuestas de Naciones Unidas al respecto, afirma como explicación a la posible utilización de medidas alternativas varios supuestos a tener en cuenta: a) el encarcelamiento como forma de castigo cabe ser mostrado como ajeno a las tradiciones culturales locales de ciertos países que durante milenios han recurrido a formas alternativas de combatir el delito; b) parece demostrado, por otro lado, que semejante privación de libertad puede ser contraproducente si se pretende rehabilitar y reinsertar a los condenados a delitos menores así como para determinados grupos vulnerables de la población²⁸.

Estas dos parciales afirmaciones sustitutivas de la pena de prisión chocan con la realidad práctica no solo de un observador objetivo sino también de Naciones Unidas al aseverar el mismo Manual que en todo el mundo se recurre cada vez más al encarcelamiento como forma general de castigo, “aunque hay pocas pruebas de que su mayor utilización mejore la seguridad pública”²⁹, lo que provoca en demasiadas ocasiones graves problemas de hacinamiento y conculcación de las normas básica de Naciones Unidas y otras que exigen un trato de respeto a la dignidad y a los valores inherentes de su condición de seres humano para los reclusos, es decir, a los derechos humanos de todos los ciudadanos sea cual sea su situación.

La dimensión europea del tema es parecida, aunque tiene la ventaja inicial de una mayor homogeneidad de los países miembros, de

ciudad aplicándole un régimen de libertad condicional en la comunidad, hasta las libertades anticipadas sin condiciones: permisos y centros de transición, liberación con fines laborales o educativos, distintas formas de libertad condicional, remisión, indulto. En esencia en las Reglas de Tokio -Asimismo en el Manual de principios básicos y prácticas prometedoras en la aplicación de medidas sustitutivas al encarcelamiento (Naciones Unidas, Nueva York 2010, pág. 2 y 31 a 66- en adelante Manual-) se diferencian estas tres hipótesis de actuación... *Vid*, con amplitud: MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Aspectos generales de la pena de prisión. Alternativas y sustitutivos”, En *La aplicación de las alternativas a la pena de prisión en España*, Dir: Morillas Cueva-Barquín Sanz, Ed. Defensor del Pueblo, Madrid, 2013, pp. 34-40.

²⁸ *Manual...cit*; p. 3.

²⁹ *Ídem*.

los fines a conseguir y de los modelos de Estado compartidos. Tanto es así que se habla de una auténtica vertebración del nuevo Espacio Penitenciario Europeo que va bastante más allá de un simple sistema de traslado de personas condenadas y en la que la política criminal en relación a las penas, y en concreto a las privativas de libertad, ha querido evolucionar hacia una conciencia, relajada desde mi punto de vista, de humanización de dichas penas sobre los cimientos de actuar en razón a parámetros de sustitución de la prisión o de previsiones condicionales de condenas o de libertades, en la idea final de utilizar lo menos posible la prisión. Mas, como dice Baras González parece, como, según él, queda demostrado –nosotros afrontaremos dicha demostración páginas más adelante– que las reformas penales de los veinte últimos años llevadas a cabo en los Códigos penales europeos ponen de manifiesto un evidente alejamiento de semejante pretensión programática³⁰. Por su parte, Morgenstern simplifica el alcance y ubicación de la política criminal europea actual en un lugar intermedio entre un “giro punitivo” y una “contención al punitivismo”, en la que algunos países están más inclinados al primero de los factores y otros en la resistencia a aquél³¹. Mapelli Caffarena, en relación concreta a los diferentes sistemas de penas desarrollados en los países europeos admite que, la mayoría de ellos, cuentan con unos aceptablemente racionales y humanos, concebidos estrictamente y orientados a las ideas de prevención especial³².

En 2004 la Unión Europea, dentro, según ella misma manifiesta, de su política e interés por ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia (artículo 29 del Tratado de la Unión Europea), estimó pertinente a través de la Comisión analizar si las diferencias nacionales en materia de penas suponían un obstáculo a la consecución de aquél objetivo e igualmente examinar si esas diferencias planteaban problemas a la cooperación judicial entre los Estados miembros. Con esta perspectiva, la intencionalidad del documento, publicado como Libro

³⁰ BARAS GONZÁLEZ, Marcos. *El espacio penitenciario europeo*, Madrid, 2013, p. 210.

³¹ MORGENSTERN, Christine “Estándares europeos sobre penas y medidas comunitarias”, En *Penas comunitarias en Europa*, Editorial Larrauri-Blay, Madrid, 2011, p. 20.

³² MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias...cit.*, p. 44.

Verde sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la Unión Europea –dado en Bruselas el 30 de abril de 2004– era mostrar unas reflexiones sobre semejante materia para en un segundo momento, más amplio en su temporalidad, pronunciarse de manera “más fundamentada”, esto es, a la luz de las reacciones y comentarios al susodicho Libro Verde, sobre la utilidad y viabilidad de una propuesta legislativa que, eventualmente y en cierta medida, desembocara, por una parte, en una aproximación de las normas aplicables a las penas en general y, por otra, en el reconocimiento mutuo de las penas privativas de libertad y las penas alternativas en la Unión Europea.

Y esto es lo que sucede con posterioridad y que marca la política criminal comunitaria al respecto. Interesante es, como planteamiento previo a la materia que estoy en valoración, resaltar, en este momento procedimental, los esfuerzos, comunitarios, inacabados, para conseguir una auténtica cooperación judicial que articule las medidas y propuestas más adecuadas para hacer frente a la delincuencia internacional incentivada por la necesaria mayor libertad que la proclamada movilidad europea produce en su versión negativa. Necesidad para la Unión de garantizar la protección en clave de seguridad para los ciudadanos europeos, para las víctimas de los delitos y la atención a los sujetos que cometen delitos³³. En tal línea es de mencionar sobre un enfoque de la UE acerca del Derecho penal de la comisión de libertades civiles, justicia y asuntos del interior, la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de abril de 2012 (A7-0144/2012) en la que se marcan principios tan importantes para la comprensión del sistema

³³ En este sentido, en la ficha Técnica sobre cooperación judicial en materia penal se estructura como resultados de semejante objetivo los desarrollados en: A) marco institucional (Tratado de Lisboa –más efectividad, responsabilidad y legitimidad en el espacio de libertad, seguridad y justicia-, Programa de Estocolmo – nuevo programa plurianual para el periodo 2010-2014, en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia-), B) Asistencia judicial mutua en materia penal; C) Reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal; D) Orden de detención europea; E) Aproximación de las legislaciones; F) Eurojust, Red Judicial Europea y los equipos conjuntos de investigación; F) Derechos procesales; H) Hacia una política de Derecho Penal de la UE. “La cooperación judicial en materia penal”. *Fichas técnicas sobre la Unión Europea*. 2015. Alessandro Davoli, 04/2014.

de penas como el de respeto pleno a los derechos fundamentales de las personas sospechosas, acusadas o condenadas, el de proporcionalidad entre la pena y la infracción penal cometida, culpabilidad, seguridad jurídica, irretroactividad y de *lex mitior*, non bis in idem, presunción de inocencia, intervención mínima referido tanto a los delitos como a las penas.

En concreto el sistema europeo penitenciario y, en especial, a los efectos de este trabajo, en relación a la pena de prisión y al encarcamiento como consecuencia de ésta, se asienta sobre una larga tradición individualizada y colectiva, nacida de manera relevante con la Ilustración y marcada en el Libro Verde³⁴. En la actualidad, con la entrada del siglo XXI, está orientado por múltiples Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa a través fundamentalmente del Comité Europeo en Problemas Criminales y el Consejo para la Cooperación Penológica, Resoluciones de la Comisión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Decisiones Marco del Consejo de la Unión Europea, tales como Decisión Marco 2005/214/JAI, 24 febrero 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias, Decisión Marco 2008/909/JAI, 27 noviembre 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea, Decisión Marco 2008/947/JAI, 27 noviembre 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas, Decisión Marco 2009/829/JAI, de 23 de octubre 2009, relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional, Directiva 2011/99/UE, de

³⁴ SNACKEN, Sonja y Dirk, VAN ZYL SMIT, señalan que en dicho periodo, en el que el objetivo de la pena pasó de ser el causar dolor de manera arbitraria, a una más deliberada corrección de los condenados, la pena de prisión resultó, por vez primera, un elemento clave del castigo, impulsadas las nuevas orientaciones, -que, según mi opinión, en todo caso no dejaron de ser correccionalista-retribucionistas-, de la mano de comprometidos penitenciaristas como Howard, entre otros. VAN ZYL SMIT, Dirk y Sonja, SNACKEN, *Principios de derecho y política penitenciaria europea. Penología y derechos humanos*. Valencia 2013, p. 32.

13 de diciembre de 2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la orden europea de protección³⁵.

Todas ellas, y otras más que se podrían citar como Decisiones, Recomendaciones, etc., marcan criterios, sobre los fundamentos antes esbozados, acerca esencialmente, como también pasa con las propuestas de Naciones Unidas, de la aplicación de la pena de prisión y de los aspectos penitenciarios de semejante cuestión sin obviar referencias a posibles alternativas y a los principios que deben ser limitadores del uso excesivo de semejante reacción penal y que no siempre y en todas las circunstancias cumplen tal objetivo.

Se detecta, pues, fundamentalmente, la pretensión de regularización de los diversos sistemas de la países miembros sobre denominadores compartidos en la idea del espacio común europeo en relación a las justicia penal, posiblemente más formalista que valorativo de las verdaderas exigencias de la realidad punitiva volcada hacia un expansionismo de bienes jurídicos a proteger, de delitos a sancionar y de utilización excesiva de la pena de prisión, a pesar de los planteamientos protectores de los derechos humanos de los penados y de la orientación de encuentro y cooperación entre las legislaciones internas o precisamente por ello. Sin embargo, y a pesar de esta apreciación genérica de la situación, algunos autores han fijado con mayor optimismo o posiblemente objetividad de las tendencias europeístas sobre tal trilogía y en lo que a este escrito atañe a la pena de prisión.

Así, Cid, ha resumido los principios básicos de la política criminal europea en materia de sanciones y alternativas a la prisión sobre dos relacionados intrínsecamente entre sí y que son soporte, al menos teórico, de semejante manifestación : por un lado, la prisión como *última ratio* en el sistema de sanciones – diversificado en dos orientaciones; a) la pena de prisión únicamente debe adoptarse cuando la gravedad de la conducta haga inapropiada cualquier otra sanción; b) la pena de prisión sólo es admisible cuando ninguna otra pueda

³⁵ Para más detalle *vid*, entre otros: GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, "Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales. Anexos". *Documentos del Grupo*, Málaga, 2005, pp. 91-297. VAN ZYL SMIT, Dirk y Sonja, SNACKEN, *Principios...cit*; pp. 42 y ss.

alcanzar el objetivo de la rehabilitación³⁶; por otro, las sanciones alternativas a la prisión han de ser la respuesta frente a la comisión del delito, asentadas sobre dos ideas: una, respeto a la libertad de la persona y evitar los efectos negativos del encarcelamiento; dos, estar en mejores condiciones que la pena de prisión de conseguir las finalidades del castigo³⁷.

El aceptable y pretendido equilibrio en la política criminal europea entre pena de prisión y alternativas a ella se me antoja más una declaración programática que un análisis detallado de las consecuencias e inoportunidad del uso desmesurado de aquella, pues la orientación nuclear de la programación europea al respecto no deja de mantener la dicotomía seguridad-pena de prisión con evidente inclinación hacia la dureza y frecuencia de ésta –no hay que obviar que la tendencia reconocida en el propio Libro Verde del fundamento de las penas privativas de libertad suponen una ecléctica mezcla entre retribución versus prevención general y prevención especial: establecer penas eficaces, proporcionadas y disuasorias y, cada vez con mayor frecuencia, fijar la duración mínima de la pena máxima.

Referente y clarificadora en tal sentido es la opinión del ponente, Cornelis de Jong, del Informe antes citado “sobre un enfoque de la UE acerca del Derecho penal” en cuya Exposición de Motivos, en clave ya de texto del Parlamento Europeo se alude de la siguiente manera: “Las disposiciones de Derecho penal se proponen con demasiada facilidad debido a sus supuestos efectos simbólicos y disuasorios: tratan de tranquilizar a los ciudadanos europeos convencidos de que la UE se toma en serio su seguridad y de dejar claro a los delincuentes potenciales que recibirán un severo castigo. Pero, en realidad, no es una disposición del Derecho penal en sí misma la que da lugar a una reducción de la delincuencia en la UE. La ejecución de las sanciones es igual de importante, si no lo es más; el mero hecho de que la UE haya adoptado una nueva legislación no hace que disminuya la cantidad de delincuencia. Solo si las disposiciones jurídicas son

³⁶ Cid, los estima como dos fundamentos distintos del reduccionismo: el modelo punitivo proporcionalista en el primer caso y el modelo rehabilitador en el segundo. CID, José, “La política criminal europea de sanciones alternativas a la prisión y la realidad española: una brecha que debe superarse”, En *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXX (2010), pp. 60-61.

³⁷ *Ídem*, p. 62.

claras y se corresponden con los sistemas nacionales existentes, la ejecución podrá ser eficaz. Es la combinación de la existencia de disposiciones de Derecho penal y de su cumplimiento lo que normalmente incide en la delincuencia". Al margen de las disfuncionalidades conceptuales que tal manifestación presenta visualiza un Derecho penal más simbólico que práctico, con prevalencia, dentro de la trilogía antes enunciada, de la prevención general, con programación de duras sanciones y con la exigencia de una eficaz ejecución.

No cabe negar que si únicamente se atiende a la declaración de principios básicos por los que ha de transcurrir la pena de prisión y el derecho penitenciario a nivel mundial y europeo las respuestas de Naciones Unidas y de la Unión Europea pueden calificarse, en términos generales, de aceptables incluso, como hacen Van Zyl Smit-Snacken, de mostrar una cierta política reduccionista basada en el principio del encarcelamiento como última medida que, sin embargo, su aplicación a nivel interno es bastante más problemática³⁸ por la tendencia a un expansionismo creciente en las normas nacionales. De tal forma lo ve un amplio sector de la doctrina que manifiesta su preocupación por lo que entiende imparable tendencia dominante en la legislación de todos los países hacia la incorporación de nuevos tipos penales, así como a una agravación de los existentes, y a una mayor rigurosidad presencial de la pena de prisión que puede ubicarse en el marco general de la restricción o la reinterpretación de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal³⁹. Expansionismo que, sin embargo, motiva otro consenso doctrinal sobre la valoración crítica de la eficacia de la pena de prisión basado en dos seleccionados fundamentos esenciales para la crítica: a) la constatación de que el incremento del uso de la prisión no ha impedido el incremento de la criminalidad; b) el encarcelamiento no es una pena que afecta solamente al individuo condenado sino que

³⁸ VAN ZYL SMIT, Dirk y Sonja, SNACKEN, Principio...*cit.*, p. 149.

³⁹ Por ejemplo Zaffaroni señala que en las últimas décadas se ha insistido en todo el mundo en aumentar la frecuencia de la prisión, fundamentalmente en Estados Unidos, como país referencia de cambio de perspectiva de la política criminal de la resocialización a la retribución enmascarada en la prevención general. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2005, p. 702.

arrastra a la familia cuando aquél es el sustento de ésta, como sucede en la mayoría de los casos de la población carcelaria⁴⁰.

Como se ha indicado, la utilización abusiva de la pena de prisión, y en consecuencia los discutibles éxitos de las alternativas a ella, sobre todo en la privación de libertad de media y larga duración, también parece una constante, sobre todo en determinados países. En dicho sentido, no han faltado las valoraciones más o menos radicalizadas. Intensa e interesante es la de Zaffaroni que llega a calificar la situación de fracaso de las ideologías de la resocialización y todo el conjunto de teorías preventivas especiales positivas, que coincide con la crisis del Estado providente, ante lo que resulta que en la realidad la prisión se convierte en un mero local de depósito de seres humanos deteriorados. "Se trata de una tendencia genocida que, en definitiva, se afilia a la prevención especial negativa, es decir, a la idea de la prisión como una eventual pena de muerte"⁴¹. Las radicalizadas precisiones del autor argentino necesitan ser limitadas, pero ponen de manifiesto una determinada concepción absolutamente crítica del desarrollo penitenciario; aunque el propio escritor las relativiza al añadir, a continuación, su percepción de que en pocas décadas la frecuencia de la prisionización disminuya debido al desarrollo tecnológico del control electrónico de conducta⁴²; una variable, sin duda,

⁴⁰ Vid, en esta línea: BENITO DURÁ, Mauricio, *Sistemas penitenciarios y alternativas en Iberoamérica. Análisis a partir de la situación de la criminalidad y las políticas criminológicas*. Editorial tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 259. El autor añade, además, en semejante idea de efectos negativos de la pena de prisión: es un elemento desbaratador de la familia, la edad de los privados de libertad supone la inmovilización de un sector importante de la población activa de un país que afecta a su capacidad de crecimiento, tiene devastadores consecuencias tanto para la población penitenciaria como para la población en general al constituirse en foco de enfermedades infecto contagiosas, hacinamiento y efectos negativos de él, elevado costo, contrasentido que supone querer educar o reeducar a una persona para la sociedad, manteniéndola aislada de la misma durante años (pág. 260). Además de esta puntual cita es aconsejable la lectura de libro para situar con cierta precisión las políticas penitenciarias y sistemas penitenciarios en Iberoamérica.

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual...cit.*, p. 702.

⁴² *Ídem*.

de cierto atractivo pero insuficiente para pilotar un cambio real de la situación descrita en torno a la pena de prisión.

En todo caso, se llegue a la interpretación que sea, la realidad es la vitalidad de la pena de prisión, su extensión y su especial importancia como mecanismo de crecimiento del Derecho penal actual, a pesar de las puntuales oscilaciones que puedan haber en su aplicación concreta en un determinado período de tiempo y de las indicaciones programáticas tanto de Naciones Unidas como de la Unión Europea. Semejante oleaje expansionista ha llegado también con fuerza, con demasiada, a España en los últimos años. Con rotundidad, en este sentido, se manifestó Téllez Aguilera⁴³ que al hilo de la criticable, pero ya casi lejana en el tiempo, Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas -que, en mi opinión, introdujo negativos criterios retribucionistas y es una clara muestra de descoordinación y de oportunismo legislativo⁴⁴; pero que, sin embargo, lo que es peor, supuso, así lo pienso, una muestra referencial de la nueva política criminal involucionista que se estaba diseñando en nuestro país haciendo, sus responsables, oídos sordos a coherentes y alternativas propuestas político-criminales de la Comisión de expertos en aquél momento creada precisamente para diseñar una planificada política criminal, como así se hizo, racional, garantista, respetuosa con los principios básicos del Estado social y democrático de Derecho, que precisamente por ello no tuvo especial éxito en las instancias del poder decisorio de aquél tiempo-, generaliza con acierto la situación que se vive a nivel de muchos Estados al poner de relieve cómo sobre la hipótesis del alejamiento del bagaje antirretribucionista, que floreció desde finales de los años setenta, por parte de los países de la Unión Europea por influencia, como ya se ha visto, de la política criminal americana cada vez más distanciada de los presupuestos preventivo-especiales, se constituye un neoconservadurismo penal que encuentra, amparado también por la crisis de la ideología del tratamiento penitenciario, un importante factor coadyuvante: la dramática visión que del

⁴³ TÉLLEZ AGUILERA, Abel, "La Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia", *La Ley*, núm 5837, 14 de agosto de 2003, pp. 2-3.

⁴⁴ *Vid*, con mayor detenimiento: MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Valoración...* *cit.*, pp. 44 y ss.

fenómeno criminal dan determinados medios de comunicación que no dudan en ofrecer una visión de la realidad distorsionada y catastrofista, lo que se ha venido en llamar la “realidad noticiada”, que, como señala Díez Gómez, puede tener más o menos relación con la realidad fáctica o con la judicial, pero que acaba convirtiéndose en la única conocida por los ciudadanos⁴⁵, y que llega a convertirse, por su reiteración, en un generador de alarma social y motivador de endurecimiento progresivo de la represión penal y de las políticas públicas al respecto.

Ante ello, y para finalizar estas reflexiones es preciso hacer algunas aseveraciones a modo de conclusiones. En primer lugar, a pesar de las generosas declaraciones tanto de Naciones Unidas como de la Unión Europea y de otras Instituciones Internacionales, la preocupante realidad punitiva es la vuelta a la represión penal, como instrumento para tratar y anular, que no resolver, problemas sociales cuyas soluciones han de venir por otras actuaciones menos gravosas para los ciudadanos pero más comprometidas para los poderes públicos. En segundo, consolidación de políticas punitivas que reduzcan tanto la utilización de la pena de prisión como, y en derivación, la población penitenciaria: despenalización, reducción al máximo del empleo y duración de la prisión preventiva, fomento de las penas no privativas de libertad, periodos de internamiento carcelario lo menos extensos posible, atención a la libertad condicional, respeto a los derechos humanos de los reclusos. En tercero, estimación de la pena de prisión, como la *ultima ratio de la ultima ratio*, confrontar frente al expansionismo una realista Política Criminal reduccionista. En cuarto, a pesar de los reparos, en la actual situación y con tales parámetros, la pena de prisión se muestra como un mal necesario – se le ha comparado por un sector de la doctrina, no sin falta de razón, como un enfermo terminal con salud de hierro- en cualquier sociedad como forma de actuación para prevenir conductas criminales, pero su real justificación ha de pasar por la exigencia de ser la única reacción posible para la protección de bienes jurídicos esenciales para la sociedad y para las exigencias de justicia social sobre la trilogía garantista y aseguradora, delincuente-sociedad-víctima, que así fortalece el Estado social y democrático de Derecho.

⁴⁵ DÍAZ GÓMEZ, Andrés, *Los sistemas especiales de cumplimiento. Determinación y cumplimiento de las penas privativas de libertad de la delincuencia organizada, terrorista y sexual*, Salamanca, 2015, p. 67.

Actores, factores y procesos en el camino de la abolición universal de la pena de muerte

PROF. DR. DR. H. C. MULT. LUIS ARROYO ZAPATERO*

Sumario

1. Introducción
2. Procesos de transición, de evolución y de integración
3. Los actores
4. Los organismos internacionales
5. Los hechos desencadenantes de los procesos de abolición

1. Introducción

En el año 2015 se revisa el grado de cumplimiento de dos relevantes iniciativas de las Naciones Unidas, la de los objetivos del milenio, establecidos por la declaración de la Asamblea General del año 2000 el de la resolución 62/149, de 2007, que reclamó una moratoria universal en la aplicación de la pena de muerte. Son dos asuntos diferentes pero muy relacionados. Los objetivos del milenio pretenden que los Estados y la comunidad internacional eviten dejar morir a millones de personas por hambrunas y epidemias de enfermedades curables. En la segunda iniciativa la mayoría de la de miembros de la Asamblea General reclaman que los Estados dejen de matar como pena de su sistema de justicia, ni siquiera en un proceso legal.

* Presidente de la International Society of Social Defence y Catedrático de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, España.

luis.arroyozapatero@uclm.es

Se trata en ambos casos de ideas de las Naciones Unidas, producto de los trabajos políticos y académicos de quienes protagonizan la vida de las Naciones Unidas como diplomáticos, funcionarios, expertos y miembros de organizaciones no gubernamentales que construyen un patrimonio cultural y político de la humanidad¹.

La cuestión de la abolición de la pena de muerte no se planteó en los primeros momentos de la vida de la organización. La paz se simbolizó precisamente con las ejecuciones de los criminales de guerra en Nuremberg y Tokio. El debate sólo dio comienzo en el curso de la elaboración de la Declaración universal de los derechos humanos en 1948, pero no se alcanzó ningún consenso y se prefirió no hacer mención al asunto al proclamar el derecho a la vida, carencia de consenso que se reprodujo en la elaboración del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, en 1966, en cuyo artículo 6 se llegaría a consagrar la legitimidad de la pena capital, aún cuando se formuló de tal manera que quedó sometida a ciertas restricciones y controles para los países que mantengan dicha pena en vigor, lo que ha permitido un notable control por parte de los diferentes instancias de las Naciones Unidas, hoy, especialmente, por parte del Consejo de Derechos Humanos.

En el momento de la adopción de la Declaración universal de derechos humanos en 1948 no más de una docena de países habían abolido la pena de muerte. En diciembre de 2014 son más de 106 los que lo han hecho, y no pocos son los países -39- que aún cuando la mantienen en sus leyes, no la ejecutan, pero en la actualidad todavía retienen y ejecutan la pena capital un grupo relevante de países, algunos de ellos tan relevantes en todos los órdenes como Estados Unidos, China y Japón². El estudio de los datos sobre la abolición en los diferentes países se debe completar con un estudio de las razones y factores que han impulsado la decisión en favor de la abolición legal o de facto de la pena capital.

¹ Sobre este asunto, con referencias, ARROYO ZAPATERO, Luis, BIGLINO, P. SCHABAS, William, (Edit.), *Hacia la abolición universal de la pena capital*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch. 2010.

² Ver últimos datos en HOOD, Roger and HOYLE, Caroline, *The death penalty, A worldwide perspective*, 5th. Oxford University Press, 2015, p. 16.

Una cartografía tradicional sobre la pena de muerte en el mundo es un instrumento de gran utilidad y puede trazar la transformación de los países de retencionistas en abolicionistas desde finales de los años 50. Pero la evolución de los colores del mapa político no transmitirá por sí solo suficiente información para comprender las razones y motivos de la evolución y las tendencias y obstáculos para la abolición. No será fácil obtener conocimientos para comprender mejor y orientar con eficacia esa armonización internacional del derecho penal que comporta la abolición de la pena de muerte en todo el mundo. Una cartografía moderna como la que desarrollan Jean-luis Halperin y Stefano Manacorda en el equipo formado por ambos entre el *Collège de France* y la *Ecole Normal Supérieure* de París pretende ser precisamente un instrumento de conocimiento y comprensión, capaz de producir una guía para la acción. Esos caminos de la armonización son también el modelo de interpretación de la evolución de los hechos jurídicos, especialmente los penales, que a modo de una teoría general ha elaborado en los últimos años Mireille Delmas-Marty, liderando un notable grupo de investigadores.

Mireille Delmas-Marty ha desarrollado un modelo de interpretación y construcción técnica de los procesos de armonización jurídica internacional y que conocemos por el nombre de "*les chemins de l'harmonisation*"³. A mi modo de ver un complemento imprescindible de los métodos tradicionales del Derecho comparado. La metodología de los *Chemins* puede proyectarse a numerosas asuntos concretos como lo que hoy se armonizan, construyendo nuevas realidades jurídicas: terrorismo, Derecho internacional penal, trata de personas, lavado de dinero, corrupción, etc., pero también a cuestiones que se desarmonizan o se "armonizan al revés", como es el fenómeno de la abolición universal de la pena de muerte, que parte de una situación de vigencia universal hace poco más de 60 años.

Se trata pues aquí de analizar en todo el contexto internacional el movimiento hacia la abolición de la pena de muerte en los países que

³ DELMAS MARTY, Mireille, PIEHT, M./SIEBER, U. *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising criminal law*, Société de Législation Comparée, Paris 2008.

lo han llevado a cabo, en los que la mantienen sin aplicarla y en los que la retienen:

- a) Los procesos singulares de abolición ensayando una clasificación sistemática de los mismos;
- b) Los actores que intervienen en los procesos, tanto públicos como particulares;
- c) Los factores que desencadenan la abolición y, en su caso, la moratoria. Todo ello se examinará en los procesos ya realizados como en los que la cuestión está viva. Del mismo modo se examinarán los procesos de los países que mantienen encarnizadamente la pena capital.

El objetivo es obtener referencias de utilidad para el proyecto cartográfico de la abolición. A la organización del análisis nos ayudan los procesos de mayor impacto de la abolición en la era contemporánea que pueden sintetizarse en tres modelos.

2. Procesos de transición, de evolución y de integración

A la altura de la elaboración de la Declaración Universal de Derechos Humanos, apenas media docena de países había adoptado la abolición⁴. Sin embargo es en los procesos constituyentes tras la segunda Guerra Mundial cuando se producen las aboliciones inicialmente más representativas: Alemania e Italia. En ambos países la abolición representa una reacción frente a los excesos homicidas del nazismo y del fascismo, una reacción cerrada porque repugna totalmente la muerte arbitraria y cruel infligida por el Estado. Otro momento relevante sin salir de Europa es el de la salida de algunos países de los viejos regímenes autoritarios, como el de España y Grecia, que comparten el rechazo a las numerosas ejecuciones capitales en su historia inmediata, especialmente en el caso de España. En Portugal

⁴ ANCEL, Marc, *The death penalty Part I: Evolution until 1960 and Part II: Evolution from 1961 to 1965*, Department of Economic and Social Affairs New York, United Nations. 1968, For and European context, see Marc ANCEL, *La peine de mort dans les pays européens. Rapport. Conseil de l'Europe*. 1962.

no tuvo lugar este fenómeno, pues la dictadura había mantenido la temprana abolición del siglo XIX y a la hora de hacer desaparecer a sus enemigos se valió de la ejecución extrajudicial y solo en contadas ocasiones⁵.

También se advierten procesos de abolición en *sistemas democráticos estables* como es el caso de Gran Bretaña y Francia. Es el primero de ellos la abolición es un proceso al que se llega con dos factores desencadenantes: los trabajos de la Comisión Real sobre la pena de muerte y el descubrimiento público de que la que resultó ser la última ejecución en la persona de Evans⁶ había sido fruto de un trágico error judicial, pues el autor de los crímenes por los que fue ejecutado el primero confesó su autoría y el de otros tantos crímenes más. Fue el impacto en la opinión pública el que inclinó la balanza política de la Comisión Real, pues esta misma no ofrecía conclusión concreta sobre el retencionismo o la abolición.

El caso francés es un prototipo de la decisión política contra la pena de muerte, inclusive con una opinión pública mayoritariamente a favor de la misma. Se trata del factor *Badinter*, un abolicionista compacto, en el que se conjuga el profesor "savant" y el abogado penalista especializado en casos capitales en los que ha puesto de manifiesto ante los jurados y la opinión pública los déficits de personalidad de origen familiar de la mayor parte de los casos capitales que impiden castigar con la pena máxima por adolecer los acusados de falta de culpabilidad plena.

De entre los procesos políticos de origen internacional son interesantes los de Turquía, Polonia y Letonia. El primero, como país significativo de la Convención Europea de Derechos Humanos, se vio

⁵ Sobre la singular historia del primer país abolicionista del mundo.

⁶ Un apasionante relato puede verse en el capítulo 10 de las *Adventures in Criminology* de RADZINOWICZ, Sir Leon, pp. 245 y ss. Con todo detalle, el mismo con HOOD, Roger A, *History of English Criminal Law*. Vol 5, *The emergence of penal policy*, 1986, pp. 661 y ss, HOOD, Roger y Caroline, HOYLE, *The death penalty, A worldwide perspective*, 4^a ed., Oxford University Press, 2008, p. 40 y sigs. Una presentación en español en Arroyo Zapatero, *La experiencia de la abolición de la pena de muerte en Gran Bretaña*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 62, Madrid 1981, pp. 47-66, ahora en *Clásicos españoles sobre la pena de muerte*, RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina, edit., UCLM, Ciudad Real, 2013, pp. 471 y ss.

siendo sometida a la presión reduccionista de la Pena de Muerte por obra del Tribunal de Estrasburgo y en un momento posterior, en su anhelo de integración en la Unión Europea, optó legislativamente por la abolición. Polonia, en los momentos previos a la plena integración en la UE experimentó reacciones contrarias a la orientación comunitaria, como el caso de la pena de muerte que fueron neutralizados por la previa gran decisión en favor de la integración y, posteriormente por el Tratado de Lisboa.

3. Los actores

En los procesos nacionales de abolición el protagonismo suele ser responsabilidad del Gobierno y de las mayorías parlamentarias. En ocasiones no destaca ningún actor especial en el proceso. Así, por ejemplo, en los casos de Alemania, Italia, España y Francia.

En ocasiones el protagonismo principal lo tiene un órgano judicial, como fue en Sudáfrica su Corte Suprema, que declaró la pena de muerte como una pena inhumana y degradante. Con mayor frecuencia se ha tratado de Tribunales regionales, tanto en Europa con el Tribunal de Estrasburgo, como en el caso de América Latina con la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La jurisprudencia establece en sus jurisdicciones una especie de cerco a la pena capital que sin hacer una declaración directa de vulneración convencional sí la proclama de modo indirecto, en especial como pena cruel inhumana y degradante. Así fueron los casos de Soering y de O'Calan. Su eficacia en relación a Turquía fue muy relevante. Aún más relevante ha resultado en los países abolicionistas, por ejemplo, en Chile y en Perú, en los que la Convención internacional proscribió la reintroducción una vez ha sido abolida. La moratoria en la República Rusa está en directa relación con el proceso de su incorporación al Consejo de Europa. El único país encarnizadamente retencionista, Bielorrusia, evita por esta y por otras razones su incorporación a la Convención Europea.

4. Los organismos internacionales

Los organismos internacionales han cumplido, y cada vez más, un papel estelar en el elenco de actores del proceso de abolición. El primer gran paso adelante lo dio la Comisión para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente de las Naciones Unidas, en especial en el *Crime Congress* de 1980 en Caracas, en el que se adoptó por una parte una propuesta de abolición y todo el aparato que

conocemos como salvaguardias, que se incorporaron al artículo 6 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y políticos de 1966 en los años sucesivos al mencionado Congreso y especialmente en 1989. De todos modos, ya anteriormente el Secretario General en su informe había manifestado que desde los años de fundación y el tiempo de la Declaración las Naciones Unidas habían pasado de ser observadores preocupados a partidarios de la abolición.

El propio Consejo de Europa siguió un proceso similar pero más completo y cerró la cuestión con la adopción del equivalente al 2º protocolo facultativo del PIDPyS (ICCPR), con el protocolo nº 6 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, hoy ratificado por todos salvo por Bielorrusia. La cláusula de cierre ha sido el Tratado de Lisboa y su abolición expresa.

El proceso concluyó provisionalmente con la adopción del 2º Protocolo facultativo al Pacto Internacional que establece la abolición salvo en tiempos de guerra, bien es cierto que en el año del optimismo global de 1989. Pero con posterioridad se ha visto refrendado con fuerza normativa y simbólica extraordinaria en las tres resoluciones del Consejo de Seguridad y la Asamblea General al renunciar a la pena de muerte como castigo de los delitos más graves -contra la humanidad y de guerra- en los Tribunales ad hoc de los años 90. La corona ha sido su reiteración en el Estatuto de Roma. Sus efectos sobre la legislación nacional se manifestaron especialmente en la abolición en Ruanda, pero sus efectos se despliegan desde entonces por todo África.

Un grupo de actores con un rol significativo ha sido el de los "académicos", tanto en la propia esfera universitaria como en su participación en órganos de orden político representativo. Como ejemplo de lo primero merece recuerdo, en el caso de España, mi Maestro Marino Barbero. Su lección magistral del curso académico 1963-1964 sobre la pena de muerte, clamando por su abolición y a meses de las ejecuciones del dirigente comunista Julián Grimau, que fue el último ejecutado del genocidio franquista. Fue el cierre del *primer* y *segundo* franquismo que dio paso a la versión "solamente" autoritaria del Régimen y dejó profundo recuerdo en la vida española. Todavía la máxima autoridad académica, el Rector de la Universidad de Murcia, vestía bajo su traje académico el uniforme del Partido del Movimiento. Se estremeció seguro cuando clamó Marino Barbero que si tras tantas razones en contra de la pena capital se empeñaban en mantenerla por su gran importancia, que fuera el propio Jefe del Estado quien la ejecutara con sus propias manos.

Otro académico que dedicó con éxito buena parte de su vida a la abolición fue el Presidente de la Société, Marc Ancel. Sus informes

para la Asamblea General de Naciones Unidas y luego para el Consejo de Europa han sido las piedras sillares del pensamiento abolicionista. Son de señalar también los académicos en quienes ha recaído en los últimos veinte años la responsabilidad del informe quinquenal para el Secretario General: Roger Hood y Willian Schabas. A caballo entre la academia y la política se sitúa sin duda Robert Badinter

Las ONGs se incorporan tardíamente al elenco de actores contra la pena capital pero cuando lo hicieron, en las vísperas de la globalización, su voz se escuchó en todas partes. Su campaña se tituló “cuando el Estado es el que mata” y desencadenó un movimiento que asumido monográficamente por *Ensemble contre le pene de mort, dio lugar al fenómeno de la World Coalition against the death penalty*, movimiento movilizador que junto con otros fenómenos ha dado lugar a la creación de la organización intergubernamental de la Comisión Internacional contra la pena de muerte en 2010 y que preside Federico Mayor Zaragoza en buenas compañías.

En el momento del informe de Amnistía Internacional se indicaba que 70 países habían abolido por ley o de facto la pena capital mientras que 100 la conservaban.

5. Los hechos desencadenantes de los procesos de abolición

En los procesos de abolición destacan hechos desencadenantes que tienden a ella, aunque hay otros que tienen el efecto contrario.

Entre los hechos desencadenantes de la abolición destacan los errores judiciales. Ya se ha mencionado el caso Evans, que condujo a la abolición en Gran Bretaña. Los numerosos casos de errores judiciales manifestados en Estados Unidos especialmente -pero no sólo- a partir fundamentalmente de la disponibilidad de pruebas de ADN y que hoy es reconocido y bien sistematizado en el *Death Penalty Project* es el hecho que más ha hecho progresar la abolición en USA. Más de 30 condenados a penas de muerte declarados inocentes hicieron tambalear a Gobernadores como el de Illinois E. Ryan, que narró Scott Turow. A continuación, con moratoria como esta o sin ella, 5 Estados del Norte de América han abolido la pena de muerte como reacción al horror de la ejecución de inocentes en los últimos 5 años.

El fenómeno general aversión social a la pena de muerte se debe fundamentalmente a la conciencia del riesgo de error y a la repugnancia de la crueldad en la ejecución. Pero en 2014 en el laboratorio norteamericano acaba de surgir un nuevo factor desencadenante que

ha estado a punto de hacer triunfar la abolición por referéndum en California: el coste económico para el Estado de los procesos penales con petición de pena capital. El *due process*, extremado en garantías en los casos capitales, multiplica los costes procesales, lo que replicado en miles de casos produce un rechazo en los que se preocupan del déficit público, lo que genera aliados extraños para la abolición.

Además de las guerras, de sus horrores, de las masacres, etc. Otro factor relevante en la época contemporánea ha sido la disolución de los bloques militares. Sus frutos más directos, vinculados al optimismo de 1989, son los ya citados de la Convención internacional de Derechos del Niño que ha llegado a excluir a éstos de los candidatos a la ejecución en países reacios a ello inclusive por la repugnancia a captar fuentes de valor jurídico en instancia internacionales como los Estados Unidos. También a ejecutantes encarnecidos como Arabia Saudí y China. La aprobación de las salvaguardias pertenece al mismo proceso.

También se pueden identificar hechos que desencadenan procesos sociales inversos, **favorables al mantenimiento** de la pena capital o su **reintroducción**, lo que incluye el recurso a la ejecución en los países abolicionistas de facto.

Crímenes horribles son los que han provocado el caso del abolicionismo de facto en Gambia. Son las numerosas violaciones despiadadas con o sin asesinato realizadas, o por vez primera conocidas, en la India lo que ha reforzado la repercusión social institucional de la pena capital en un país que sólo la había ejecutado una vez en los últimos años y solo por el atentado terrorista de Mumbai que produjo más de 70 asesinatos. Fue el terrorismo el hecho que desencadenó el intento de reintroducción de la pena capital en Perú.

Quizá podrían ser incluidos entre los hechos más que desencadenantes el mantenimiento de la vigencia de la pena capital el fenómeno religioso, de determinadas religiones, y el espíritu talión que no requiere para ser eficaz en la vida social de las letras del Libro. El talión es también un hecho sociológico atípico que opera por sí mismo, especialmente en la sociedad de los medios de comunicación de masas. Había que abordarlo en otro momento.

Todo lo expuesto muestra una grille de procesos, hechos y autores relevantes en la evolución del proceso de abolición. Completados con los muchos años que pueden aportar otros colegas más competentes que nos acompañan puede servir para la construcción de una cartografía.

Lo que impulsa los procesos de abolición no es solo la idea positiva de lo que denominamos derecho a la vida sino, sobre todo, la idea

y sentimiento de rechazo al trato cruel, a la causación de daño a otro. Se trata del sentimiento de rechazo a la tortura, al tratamiento cruel, al matar a sangre fría. El rechazo a la pena de muerte puede bien formar parte de una contemporánea "*éticosmopolitique*", que rechaza radicalmente todo matar a otro.

La cuestión más compleja radica en cómo definir y transmitir el rechazo de la pena de muerte y el fundamento de su proscripción. Una vez más, parece como si fueran las artes plásticas, incluida la fotografía y la literatura los medios más aptos para definir la emoción del rechazo a la muerte a sangre fría que comente el Estado con la pena capital y la solidaridad con el que se ve sometido a ella.

Francisco de Goya es el primer debelador de las penas crueles e inhumanas, así como de las crueldades de la guerra. El rechazo de la pena de muerte resulta en él manifiesto. Para encontrar manifestaciones de valor semejante hay que esperar a las modernas vanguardias y, muy especialmente, a los expresionistas alemanes de los años 20, bien recuperador en el centenario de la Primera Guerra Mundial, inspirados como Goya en los "desastres de la guerra".

No son pocos quienes hoy están a la búsqueda de una guía para la acción humana fundada en la búsqueda del bien común, en la solidaridad y en el rechazo de la crueldad con pretensión de búsqueda científica, más allá del universalismo ético kantiano y del pensamiento moral cristiano, incluido el programa de la "ética mundial" de Hans Kung. Dos orientaciones merecen ser destacadas: la aportación de Richard Rorty en su "contingencia, ironía y solidaridad" y la de Von Trotha, la primera primordialmente sobre la solidaridad y la segunda sobre la crueldad.

También la literatura es un medio idóneo para transmitir sentimientos además de ideas. En unos casos son las obras literarias, en otros es el pensamiento de sus autores, los intelectuales. Valga citar por todos a los que reúnen ambas condiciones tal y como lo propone Robert Badinter: Víctor Hugo y Albert Camus.

Pero componiéndose en Cuba este libro homenaje a Luis Niño, cualificado profesor y magistrado contra la pena capital, no puede concluirse sin la referencia a un indiscutido héroe de la Patria que desde la política y la literatura combatió la pena de muerte: José Martí.

Límites de la Política Criminal

DR. RAMÓN DE LA CRUZ OCHOA*

Un país sin límites en la POLÍTICA CRIMINAL TERMINA SIENDO UN ESTADO DESPÓTICO Y ARBITRARIO de ahí la importancia que todos los operadores del sistema penal conozcan claramente los límites que se deben obedecer y de la creación de serios instrumentos jurídicos para su defensa.

A continuación pasamos a exponer los límites fundamentales:

Principio de legalidad penal y Derecho al debido proceso

El poder penal en cualquier sociedad debe revestirse de claras restricciones para evitar excesos, sufrimientos y la violencia que inexorablemente conlleva el sistema penal. El Derecho penal debe cumplir la tarea de reducir la violencia social, mantener los niveles de criminalidad en grado aceptable pero también, la de asumir el fin de reducir la propia violencia punitiva del Estado. Los límites del control penal están establecidos en las Constituciones y las leyes y no sólo en el Derecho penal.

Todas las funciones de la dinámica penal, la de creación de la norma, la de aplicación de la norma y de ejecución de pena e incluso posteriormente el control preventivo del ex-convicto, deben estar formalizados legalmente. Es a través de él que encuentran debida expresión formal concreta los principios políticos criminales materiales que limitan el *ius puniendi* estatal tanto al nivel de la producción de normas como el de su aplicación y de su ejecución.

* Doctor en Ciencias Jurídicas, Profesor titular de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Presidente de Honor de la Sociedad cubana de Ciencias Penales. ramón.delacruz@infomed.sld.cu

En gran medida el Derecho penal moderno nace con el principio *-nullum crimen nulla poena sine lege-* y en especial la teoría del delito y de la pena.

La enunciación de este lema, conocido en la actualidad como el principio de legalidad penal, se debe a Fuerbach, quien lo enuncia ya en 1801 con la siguiente formulación: *nulla poena sine lege* (no hay pena sin ley), *nullum crime sine poena legales*, a todo hecho criminal le corresponde una pena legal. Se pueden encontrar antecedentes de él en la Carta Magna Inglesa que dice “Ningún hombre libre podrá ser detenido, ni preso, ni desposeído de sus bienes, ni declarado fuera de la ley, ni desterrado, ni perjudicado en cualquier otra forma, ni procederemos, ni ordenaremos proceder contra él sino en virtud de un juicio legal por sus pares y por la ley del país”.- Carta Magna Inglesa, Capítulo 39: Esta formulación del derecho “al juicio legal”, que se incluye en la Carta Magna entre las libertades otorgadas por el Rey Juan de Inglaterra en 1215 tiene el valor reconocido de consagrar un límite preciso al poder absolutista, lo cual era necesario para regular las relaciones del Rey con los nobles y demás capas de la sociedad, al imponer como requisito de la celebración de un juicio regular, que afecte a los derechos personales o patrimoniales, que sea conducido por la ley del país y que se desarrolle en forma legal.

La noción de juicio justo, juicio legal, que tiene su columna vertebral en el principio de legalidad, aparece comprendida en esta primera Carta Magna de las libertades europeas, la cual tuvo una honda significación e influencia en el continente.

Posteriormente la Declaración de Derechos de 1688 garantizaba también a todos los súbditos la protección contra fianzas y multas excesivas y castigos crueles e inusitados.

La Declaración de Derechos de Virginia, aprobada el 12 de junio de 1776 expresaba en su apartado octavo “que en todos los procesos criminales o de pena capital, el acusado tiene derecho a conocer la causa y naturaleza de su acusación y a ser confrontado con los acusadores y testigos, a aducir testimonios en su favor, y a un juicio rápido por un jurado imparcial, de doce hombres de su vecindad, sin cuyo unánime consentimiento, no podrá ser considerado culpable y nadie podrá ser obligado a dar testimonio contra sí mismo, ni ningún hombre podrá ser privado de su libertad, sino de acuerdo con el derecho del país o por el juicio de sus iguales”.

Esto se amplía en la lectura de las enmiendas 5ta. y 6ta. (1791) y 14ta (1868) de la Constitución Norteamericana de 1787.

Ninguna persona estará obligada, no se le podrá obligar en ninguna causa criminal a que testifique en contra de sí misma, no se le

privará de la vida, la libertad o la propiedad sin un procedimiento regular. (Enmienda V).

En todas las causas criminales el acusado tendrá derecho a un juicio rápido y público por un jurado imparcial del Estado y distrito donde se hubiere cometido el crimen, distrito que deberá ser previamente reconocido por la ley y a que se le informe de la naturaleza y causa de la acusación, a que se le caree con los testigos que declaren en contra suya, a que se obligue a comparecer a los testigos que tenga a su favor, y a tener un abogado que le defienda. (Enmienda. VI).

Ningún Estado podrá privar a persona alguna de la vida, la libertad, o la propiedad, sin un procedimiento jurídico regular ni podrá negar a persona alguna bajo su jurisdicción la igual protección de las leyes.

Las garantías jurídicas establecidas para asegurar la libertad de las personas, proclamadas por el artículo 7 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 como uno de los rasgos de la concepción revolucionaria de los derechos y libertades, estos 4 principios son: separación o independencia de poderes, independencia de la jurisdicción, sumisión del procedimiento penal a la legalidad, equidad de la pena y presunción de inocencia, permiten conexas de modo íntimo la noción del derecho al proceso justo y los derechos humanos y manifiestan el carácter de derechos irrenunciables como expresión necesaria del reconocimiento de la dignidad del hombre y sus libertades, constituyendo una de las cuestiones mayores de la Declaración, junto al Derecho de Asociación Política, la ley y la igualdad.

La Carta de la Organización de las Naciones Unidas, aprobada en 1945, es el primer documento internacional donde se plasma el reconocimiento internacional de los derechos humanos (Artículo 8) "toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley". El Artículo 10 establece que "toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente y con justicia, por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella, en materia penal". Artículo 11 "toda persona acusada de delito, tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público, en que se le haya asegurado todas las garantías necesarias para su defensa".

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado en Nueva York, en la sede de la O.N.U., el 16 de diciembre de 1966

imprime una ascensión en el camino de dotar de juridicidad a los textos internacionales de protección de los derechos humanos, al prever la existencia de un Comité de Control del cumplimiento del Pacto, y al permitir en un Protocolo adicional, el acceso de los ciudadanos de un Estado parte a dicho Comité mediante la interposición de denuncias.

El Art. 14 del Pacto de Nueva York desarrolla cuidada precisión al derecho de la persona a acudir a los tribunales y cortes de justicia en defensa de sus derechos o para la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal. Están tomadas del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, que se describen en el plano de las garantías procesales en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Aparece también en el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, aprobado en el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950.

El Convenio dio concreción a disposiciones fundamentales del Estatuto del Consejo de Europa en materia de Derechos Humanos y transformó en obligaciones jurídicas precisas varios de los preceptos proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

El artículo 6 del Convenio de Roma proclama el derecho de toda persona a un proceso justo, que se enuncie en el derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial establecido por ley.

En el apartado segundo, se declara el derecho a la presunción de inocencia que corresponde a todo acusado, hasta que legalmente se declare su culpabilidad, estableciéndose en el apartado tercero, un catálogo de derechos procesales en favor del acusado en un proceso penal, derecho a ser informado de la acusación, de forma detallada y en lengua propia, derecho a preparar la defensa, derecho a la asistencia letrada o a la asistencia de oficio, derecho concerniente a la prueba y a la asistencia de un intérprete.

Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, que comprende:

- Libre Acceso a la Jurisdicción y al Proceso en Instancias Reconocidas
- Prohibición Constitucional de Indefensión
- Derecho a Obtener una Resolución fundada que ponga fin al Proceso
- Derecho constitucional a la efectividad de la tutela judicial
- Libre Acceso a la Jurisdicción. Posibilidad de acudir a los jueces y tribunales para que estos ejerciten la potestad jurisdiccional

Derecho de Libre Acceso al Proceso. Derecho a escoger la vía judicial que se estime conveniente para la defensa de los derechos e intereses legítimos, sin que por supuesto necesariamente se produzca la resolución pretendida por el litigante en el proceso.

Derecho a ser parte en el Proceso Penal. Debe posibilitar el acceso de los interesados al proceso y en consecuencia el que se constituya en parte y promuevan la actividad jurisdiccional.

El derecho al debido proceso adquiere especificidad propia atrayendo hacia sí las instituciones jurídicas que permiten modular un juicio justo, respetuoso con los derechos fundamentales de los sujetos partícipes y en particular se articula en el artículo 24.2 de la Constitución Española, en el derecho al juez imparcial. El derecho a la defensa y asistencia letrada, el derecho a ser informado de la acusación, en el derecho a un proceso público, en el derecho a un proceso con todas las garantías, en el derecho a utilizar todos los medios de prueba, en el derecho a no declarar contra sí mismo, en el derecho a la presunción de inocencia y en el derecho que permite excluir el deber de testificar.

El derecho a la tutela judicial efectiva es sin dudas el derecho matriz que engloba y alimenta el derecho al proceso debido comprendido con amplitud y que permite precisamente el paso a través del acceso a la jurisdicción a la efectividad del derecho al proceso debido; y como se ha señalado toda vulneración del derecho al proceso debido por un órgano judicial implica desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva.

El derecho al proceso debido implica la actitud de los jueces de no poner trabas a la actividad procesal del litigante, pero concebido como derecho de prestación, su ejercicio implica necesariamente la actividad del poder judicial en la dirección del proceso en las condiciones requeridas por la Constitución.

El mantenimiento de este principio no ha sido pacífico en la evolución del Estado moderno. La escuela positivista italiana pretendía la sustitución del Derecho penal por la Defensa Social y por tanto las penas por medidas, propugnaban justamente que las medidas de defensa social podían aplicarse sin delito o crimen sólo por rasgos de peligrosidad social del sujeto y por tanto siempre retroactivamente. Pero ciertamente la mayor ruptura desde un punto de vista estatal con el principio se produjo en la época del Terror durante la Revolución francesa, en que se derogó el principio de *lex previa*, y en Alemania nazi al introducirse por ley de 28 de junio de 1935, la analogía en el Código Penal, lo que también sucedió en la U.R.S.S.

El resurgimiento de los derechos humanos y los principios garantistas con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial se hizo sentir también en el principio de legalidad penal. Es así como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 10-12-1948 señala que “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de aplicación del delito. Posteriormente en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales se recoge dicha formulación.

Actualmente está recogido en numerosos convenios internacionales además de los mencionados como los siguientes: Artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica de 22/11/1969 y el Artículo 40.2a de la Convención sobre los Derechos del Niño. Naciones Unidas de 20/11/1989.

Contenido del principio:

Nulla poena sine lege scripta

Nulla poena sine lege stricta

Nulla poena sine lege previa

Nulla poena sine lege scripta

No hay pena sin ley escrita, se hace alusión al rechazo de la costumbre como fuente de derecho penal, e igualmente a la jurisprudencia y a los principios generales del derecho.

La costumbre, la jurisprudencia, los principios generales del derecho, no constituyen una suficiente garantía al ciudadano, ya que él queda al margen, y evidentemente la base fundamental de la garantía penal es la posibilidad de participación del ciudadano en la creación de los delitos y las penas. Ello no quiere decir, que las demás fuentes generales del derecho no tengan incidencia en el Derecho penal, la tienen, pero en forma subordinada a la ley, salvo cuando no se trata de disposiciones que crean delitos y penas.

Principios de Legalidad

Nulla Poena sine previa lege Penale:

Imposibilidad de imponer judicialmente sanción por hecho no previsto, ni castigado en la ley, la ilicitud del hecho debe estar previsto por la ley preexistente. Las decisiones sobre leyes penales sólo pueden ser tomadas por órganos legislativos autorizados como tal constitucionalmente, en el caso de Cuba la Asamblea Nacional del

Poder Popular y el Consejo de Estado esto tiene dos objetivos: el político que expresa el predominio del órgano de dirección de elección directa por la población, en el caso cubano la Asamblea Nacional y su órgano permanente el Consejo de Estado que centraliza y controla el funcionamiento de los demás órganos del Estado lo que la convierte en garantía de seguridad jurídica del ciudadano, y el técnico que exige que el legislador utilice a la hora de formular los tipos penales cláusulas seguras y taxativas. Lleva implícito también las prohibiciones de no formular infracciones penales por Decreto.

Otro aspecto importante es que las normas jurídicas deben estar estructuradas con precisión y claridad, debe respetarse el principio de taxatividad, requiere que la formulación de los tipos se lleve a cabo mediante términos rígidos, en los que la discrecionalidad del intérprete quede reducida al mínimo. La precisión obedece a que si los tipos penales se formulan en términos amplios, ambiguos o generales, se traslada al juez, al momento de establecer la de una conducta a una norma, la tarea de determinar cuáles acciones son punibles.

Nulla poena sine lege stricta:

La ley penal debe ser estricta, cierta, significa un rechazo a la analogía como fuente creadora de delitos, con ello por una parte se asienta el imperio de la ley, pero también por otra se impide que en esta materia el juez se convierta en legislador, es un límite a la actividad judicial.

El primer Código Penal que la introduce es el danés en 1930, en su artículo 1: “Cae bajo la ley penal aquel acto cuyo carácter punible esté previsto por la legislación danesa o aquella acción enteramente asimilable a un acto de esta clase”.

El Código Penal soviético de 1926, en su artículo 16 señalaba: “Cuando algún acto socialmente peligroso no esté expresamente previsto en este Código, se determinará el fundamento y extensión de la responsabilidad por el parágrafo de este Código que prevea los delitos más análogos. En 1958 se volvió a la prohibición de la analogía, ésta fue cogida en el Código Penal de 1960.

Por su parte durante el régimen nazi en Alemania, por ley de 28 de junio de 1935 se modificaba el artículo 2 del Código Penal en los términos siguientes: “Será castigado el que cometa un acto que la ley declare punible o que merezca serlo con arreglo al pensamiento fundamental de una ley penal y al sano sentir del pueblo”.

El principio de *lex stricta* prohíbe también las llamadas clausulas generales, es decir, que no dan criterio de determinabilidad como

“sustancias nocivas para la salud” o “medicamento de cualquier clase”.

Es conveniente señalar que autores como Guissepe Maggió y Francesco Carnelutti recomendaban la creación de la norma que falta en presencia de un acto socialmente lesivo no expresamente previsto por la ley penal, señalando como modelo la experiencia soviética.

Nulla poena sine lege previa

Implica la irretroactividad de la ley penal, o la prohibición de retroactividad de la ley *ex post facto*. Se trata de impedir la arbitrariedad del legislador, una protección al ciudadano ante la posible intervención abusiva del Estado.

La ley más favorable al reo debe ser ultractiva respecto a la más desfavorable si es más antigua que esta y retroactiva si es más nueva.

La ley penal, por principio general debe ser entendida como aplicable a hechos cometidos después de su puesta en vigencia, con la sola excepción de la ley más benigna. Esta excepción se fundamenta en razones de política criminal, ya que en materia penal no deben imponerse más penas que las estricta y manifiestamente necesarias, de tal manera que si el hecho tipificado se despenaliza o se atenúa la gravedad de la sanción, no existen razones político-criminales válidas para mantener los criterios superados en afectación directa de un justiciable.

La Proporcionalidad

La pena debe ser adecuada al delito en alguna medida. El nexo entre la sanción y el ilícito penal debe ser previsto por el legislador e impuesto por el juez en relación con la naturaleza y la gravedad del otro. El principio de proporcionalidad es un corolario de los principios de legalidad y retributividad. El principio de proporcionalidad se afirma en la época de la Ilustración.

La gravedad del delito debe medirse por la entidad del daño, según la tesis objetivista y la otra subjetivista, que la mide por el grado de culpabilidad. En un sistema garantista deben acogerse ambos criterios en el sentido de que los límites de la pena tienen que variar tanto en relación con el daño como en relación a la culpa.

El principio de proporcionalidad se instrumenta mediante la realización del contrapeso de los intereses en conflicto involucrados en el supuesto concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar. Si

el sacrificio resulta excesivo la medida debía considerarse inadmisibles, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad. Se trata por tanto de un principio valorativo y puede ser considerado de contenido material, no meramente formal.

Resulta necesario atender tanto al fundamento como a los fines de la pena a la hora de determinar la proporcionalidad de la respuesta penal, tanto por razones de justicia como de eficacia.

El principio de *Ne bis in Idem*

Este principio tiene diferentes expresiones. Entre las más conocidas que un mismo delito no puede recibir más de una pena, que una misma agravante no puede ser apreciada más de una vez, que un mismo hecho no se puede castigar al mismo tiempo con pena criminal y sanción administrativa y un significado procesal, según el cual nadie puede ser enjuiciado dos veces por los mismos hechos.

El *non bis in idem* afecta por tanto a la aplicación de varias normas que se refieran a identidad de sujeto, hecho y fundamento.

El principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos

Tal como hemos visto anteriormente el Derecho Penal sólo debe proteger bienes jurídicos. La realización de hechos socialmente dañosos, es el contenido esencial de la infracción del orden jurídico que se conoce como delito. El principio del bien jurídico se corresponde con el principio "*nullum crime sine injuria*" o principio de la ofensividad.

Sin embargo surgen varias cuestiones importantes en lo que se refiere a la aplicación de este principio, el primero que si las ofensas contra bienes jurídicos deben ser concretas o si pueden ser abstractas en caso de la importancia y trascendencia de los intereses en juego: por ejemplo portar armas de fuego sin la correspondiente autorización.

Otro problema surge con la tentativa inidónea por los medios utilizados por el autor para cometer el delito o la inidoneidad del objeto sobre el objeto sobre el que el autor dirige su ataque. Estas son decisiones de política criminal que el legislador debe tomar oportunamente.

Principio de Intervención Mínima

Según este principio el Derecho penal debe ser la última *ratio* (el último recurso) de la política social del Estado para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves que pueda sufrir. La intervención del Derecho penal en la vida social

debe reducirse a lo mínimo posible. De este principio se deriva que sólo debe utilizarse en casos extraordinariamente graves (carácter fragmentario) y cuando no haya más remedio por haber fracasado ya otros mecanismos de protección menos gravoso para la persona (naturaleza subsidiaria).

Principio de la Responsabilidad Subjetiva

Se refiere a la imposibilidad de responsabilizar por su acción a quien ha actuado sin dolo ni culpa: nadie puede ser castigado sino por las consecuencias queridas (dolosas) o previsibles (imprudente) de sus propios actos.

Sería absolutamente arbitrario un Derecho penal que pretendiera exigir responsabilidad a las personas por cuestiones que no dependan en absoluto de su voluntad. Precisamente puesto que la producción objetiva de un determinado resultado lesivo para los bienes jurídicos no es suficiente para que el autor que ha producido un resultado pueda ser sancionado con una pena, es necesario que ese resultado haya sido querido por el autor o al menos haya sido previsible por él. Se excluye por tanto la responsabilidad objetiva, o sea, los resultados causados sin dolo ni culpa.

El Principio de Presunción de Inocencia

Previa oportunidad concedida al iniciado para ejecutar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. Requiere que la pena se aplique sólo al autor de un delito que haya podido comprender la antijuricidad de su comportamiento, así como que haya obrado sabiendo qué acción realiza, o haya infringido los deberes de cuidado que le incumben.

El principio de culpabilidad excluye la posibilidad de determinar la pena sólo, o fundamentalmente, por la peligrosidad del autor o por las necesidades de defensa social. La culpabilidad permite una función de la pena, pues limita al Estado en cuanto a la reacción por la comisión de un hecho delictivo, la gravedad del mismo, la importancia del bien jurídico afectado y el grado de culpabilidad demostrado en la comisión del hecho.

El Derecho penal basado en el principio de culpabilidad se ampara en la culpabilidad por el hecho y desecha la culpabilidad del autor en la que la racionalidad de la decisión estará condicionada por el mayor grado de controlabilidad judicial que el criterio adoptado ofrezca. Se es responsable por lo que se hizo y no por lo que se es.

Actualmente existe una opinión difundida en la doctrina y en el Derecho penal comparado, respecto a la incompatibilidad de las llamadas “culpabilidad por la conducción de la vida”, “culpabilidad por la peligrosidad del sujeto”, con el principio de culpabilidad de un Estado de Derecho, precisamente porque el positivismo penal que receptaron nuestros Códigos Penales Latinoamericanos, es incompatible con los principios y normas constitucionales que se fundamentan en la democracia, el pluralismo y el respeto por la dignidad del ser humano.

Por otra parte la potestad punitiva del Estado debe tener límites claros y precisos, que no se desdibujen fácilmente. Un derecho penal basado en la personalidad del autor y no en la culpabilidad por el hecho cometido puede excederse más fácilmente en sus potestades punitivas. Deriva de este razonamiento la trascendencia de establecer como corresponde a un Estado de Derecho, un Derecho penal basado en el principio de culpabilidad, que no sanciona la forma o conducción de la vida, sino sólo los hechos ilícitos, en procura de mayor objetividad en la aplicación de la norma penal y en mayor respeto a la dignidad del ser humano por la sola razón de serlo. El Derecho penal de culpabilidad no excluye que se tomen en consideración las circunstancias personales del sujeto activo al momento de fijar la pena, con lo cual, existe la prohibición de sobrepasar el límite de la culpabilidad, pero no se elimina el margen del juez para fijar la pena en el ámbito señalado por la norma, tomando en consideración la reincidencia del sujeto.

Otro límite que impone el principio de culpabilidad es la prohibición de sancionar la responsabilidad objetiva. La responsabilidad objetiva o culpa in vigilando, no se aplica en materia penal. Debe demostrarse la relación de culpabilidad entre el hecho cometido y el resultado de la acción para que sea atribuible y reprochable a un sujeto, sólo entonces puede imponerse una pena. En consecuencia, se prohíbe cualquier pena que se fundamente en el mero resultado, ya que debe demostrarse necesariamente una relación de culpabilidad entre el hecho cometido y el resultado de la acción, para que aquél le sea atribuido al sujeto activo; la realización del hecho injusto debe serle personalmente reprochable al sujeto para que pueda imponérsele una pena, a contrario, si al sujeto no se le puede reprochar en su actuación no podrá sancionársele penalmente.

La presunción de inocencia constituye un derecho fundamental de la persona vinculado básicamente a la prueba de los hechos durante el proceso penal. Dado que el acusado es en principio inocente, el fallo condenatorio contra el mismo sólo puede pronunciarse si de

lo actuado en el juicio oral se deduce la existencia de prueba que racionalmente pueda considerarse de cargo como para desvirtuar dicho punto de partida y que además la actividad probatoria haya sido obtenida regularmente, no bastando para condenar la simple duda en torno a si el inculcado realizó o no los hechos que se imputan (principio *indubio pro reo*).

La presunción de inocencia afecta también al Derecho penal sustantivo haciendo nulos aquellos preceptos penales en los que se establezca una responsabilidad basada en hechos presuntos o en presunciones de culpabilidad.

La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 recogió en su artículo 9 el postulado: “A ningún hombre puede llamársele reo antes de la sentencia del Juez, y la sociedad no puede retirarle la protección pública, sino cuando quede sentenciado que él violó los pactos bajo los cuales fue aceptado en la sociedad”.

La presunción de inocencia es una presunción “*iuris tantum*” que admite pruebas en contrario. La carga de la prueba está a cargo del Estado. La presunción de inocencia sólo será desvirtuada a través de un proceso donde el acusado tenga la posibilidad de ejercer su derecho a la defensa en la debida forma.

Principio de Hecho

Sólo pueden ser sancionados como delitos o faltas acciones u omisiones, esto es, comportamientos o actividades humanas que se exterioricen a través de hechos.

Del principio de hecho se derivan, dos consecuencias:

1. En primer lugar con el pensamiento no se delinque.
2. El principio de hecho impide que la forma de ser del autor pueda ser tomada en consideración como presupuesto del delito o de las circunstancias que comportan una agravación de la pena: sólo lo que la persona haga puede tener relevancia jurídica a los efectos indicados. Por ello nadie puede ser sancionado por tener una determinada personalidad, una determinada forma de ser e incluso ciertas inclinaciones delictivas.

El principio de hecho no impide, que las características personales del autor puedan ser tomadas en cuenta, por evidentes y obligadas razones de prevención especial en el momento judicial de la individualización de la pena.

Estos principios deben tener una incidencia decisiva tanto en la legislación penal como en la elaboración que la dogmática penal debe

efectuar respecto de los problemas atinentes a la teoría de la ley penal, a la teoría del delito y a la teoría de la pena.

Derecho a la Defensa

El fundamento del derecho de defensa no es otro, sino el propio principio de contradicción el cual resulta ser consustancial a la idea del proceso. La búsqueda de la verdad material, finalidad primordial del proceso penal, requiere que la evidencia, presupuesto ineludible de la sentencia y exigencia del principio pro reo, no se logre más que mediante la oposición o choque entre la acusación y la defensa.

Allí donde el sujeto pasivo del proceso penal no conozca la imputación de la que es objeto, no pueda manifestar frente a la misma sus propias opiniones y demostrar o recabar del juez los elementos de hecho y de derecho que constituyen sus propias razones, estaremos ante un procedimiento que encierra una autocomprobación o auto-defensa, pero nunca un verdadero proceso.

Por derecho de defensa puede entenderse el derecho público constitucional que asiste a toda persona física a quien se le puede atribuir la comisión de un hecho punible, mediante cuyo ejercicio se garantiza al imputado la asistencia técnica de un abogado defensor y se le concede a ambos la capacidad de postulación necesaria para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva y poder hacer valer dentro del proceso el derecho constitucional a la libertad del ciudadano.

La Declaración de derechos del Estado de Virginia 1776, preveía que en toda acusación criminal el hombre tiene derecho a conocer la causa y naturaleza de la acusación, a confrontar con los acusados y testigos a producir pruebas en su favor y a un juicio rápido.

El derecho de defensa del imputado comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal abierto para decidir acerca de una posible reacción penal, necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o atenúe. Estas facultades según el procesalista argentino Julio Maier son: facultad de ser oído; de controlar la prueba de cargo; de probar los hechos que alega; valorar la prueba producida y exponer razones, tácticas y jurídicas para obtener del Tribunal una sentencia favorable.

La particularidad del procedimiento penal reside en la obligatoriedad de la defensa técnica.

Estos como ya dijimos son ya universalmente aceptados al menos en teoría aunque en ocasiones frecuentes, en la práctica se violan.

Las garantías democráticas en tiempos de cambio: legalidad y culpabilidad

DR. JUAN CARLOS CARBONELL MATEU*

1. Vivimos un momento de crisis; de crisis financiera, pero también social y política. Pero el mismo concepto de crisis ha de ser ligado al de cambio y mutación ¿por qué no decirlo?, a la misma idea de obsolescencia de un modelo político, económico y vital. De la que, por cierto, es ontológicamente imposible salir aplicando “soluciones” basadas en el modelo obsoleto. De la crisis de un modelo sólo se sale a través de la metamorfosis, transformando aquello que la Historia ha superado, sin miedo al cambio y, eso también, sin pérdida de identidad e independencia y venciendo toda reacción, hasta cierto punto natural, hacia el autoritarismo y el regreso a posiciones superadas.

En el ámbito del Derecho penal, que es lo mismo que decir, de la concepción del Estado y de la vida, asistimos con enorme preocupación al auge del autoritarismo al que nos pretende conducir un modelo teórico basado en el pretendido carácter científico –y, por tanto, no democrático,- de la dogmática, que lleva coherentemente a legitimar una respuesta penal positiva igualmente dogmática, pretendidamente científica y por supuesto antidemocrática: hemos de conseguir, dicen, un Derecho penal eficaz y eficiente, que garantice el máximo de seguridad, que imponga un modelo único -ya se sabe, también esto es globalización- en el que la pretendida bondad del sistema esté por encima de cualquier cuestionamiento: ninguna tolerancia –la expresión de moda es “tolerancia cero” - para los enemigos del sistema.

* Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valencia (España).
Miembro de Honor de la Sociedad cubana de Ciencias Penales.

juan.carbonell@uv.es

2. Hace ya tiempo que se impone reflexionar sobre la situación del Derecho penal y la labor que a los penalistas nos corresponde y de resaltar la necesidad de asumir nuestro compromiso con el Estado de Derecho o, lo que es lo mismo, con la Libertad como valor superior. Es menester ahora cumplir con ese compromiso y no permanecer callados ante el muy profundo retroceso que se está produciendo en la mayoría de los países. La relativización de los principios liberales –en el sentido más digno de ese término–, el auge del Derecho penal del enemigo, la exacerbación de la peor manera de entender la seguridad y el correspondiente dominio de la peligrosidad como fundamento casi exclusivo y sobre todo ilimitado de la intervención punitiva son las notas características de una irrefrenable tendencia a la vuelta atrás hacia los momentos más oscuros del Derecho penal desde el período anterior a la Ilustración. Cada día es más evidente que corremos el riesgo de perder referencias fundamentales que creíamos logros inamovibles. Y, como vamos a ver, el principio de culpabilidad como expresión rotunda de la dignidad de la persona, que nunca puede ser privada de sus derechos y de su estatuto cívico si no es en virtud de que lo merezca tras incumplir los deberes que también como ciudadano le corresponden, y justamente en esa medida, está a punto de ser ignorado de forma tan grosera que puede anunciarse su paulatina desaparición.

Una sociedad democrática es, necesariamente, una sociedad plural, en la que la discrepancia es considerada un valor positivo. Y un Estado que responde a esa sociedad genera un Derecho al servicio de la libertad, la igualdad y el pluralismo. El Derecho penal de un Estado democrático constituye el instrumento último de tutela de los valores e intereses que le caracterizan. Puede, en fin, afirmarse que las normas punitivas suponen el límite al ejercicio de los derechos fundamentales, evitando que el abuso de la libertad pueda agredir los derechos y las libertades de los demás. Y tratan de reconducir las conductas de los ciudadanos hacia el terreno de lo tolerable por la mayoría. Toda sociedad, para convivir, requiere de una mínima homogeneidad de conductas: aquélla en la que se respetan los derechos ajenos. Y ese ha de ser el terreno al que me refiero. El Derecho penal, en suma, delimita el ámbito de homogeneidad que se exige, marcando el límite a la heterogeneidad, al pluralismo, como valor. Resulta obvio señalar que cuanto mayor sea el ámbito de reconocimiento de éste y menor, consiguientemente, el de la imposición de homogeneidad, más democrático será ese Derecho. Y que la máxima negación

de esos valores viene constituida por la carrera hacia la sociedad del pensamiento único.

La disyuntiva entre el Derecho penal liberal, hijo del Iluminismo, y el autoritario, descendiente directo de la Inquisición, es una lógica consecuencia de la lucha entre democracia y totalitarismo, entre laicismo y fundamentalismo y entre pluralismo e integrista. El gran valor a alcanzar es, según se afirma, la seguridad; valor que será contrapuesto a la libertad. La seguridad, sin embargo, no puede constituir por sí misma un valor: es menester predicarla de algo, puesto que se trata de un concepto de referencia. Son los derechos fundamentales de la persona los que deben estar por detrás de la idea de seguridad. Y, paradójicamente, son los que sufren hasta verse negados.

Nos recuerda recientemente **Tomás Vives** como “la contraposición entre seguridad material y libertad es y ha sido el santo y seña de todos los que se alinean bajo la consigna de ley y orden. De un lado, se alimentan las ansias de seguridad, que son compañeras inseparables de las circunstancias de fragilidad en que vivimos; y de otro, se cargan todas las inseguridades en la cuenta de la libertad. La seguridad no puede obtenerse porque ésta o aquella libertad constitucional limitan innecesariamente el poder del Estado para reprimir los daños que más daño causan”.

3. La pérdida de referencias valorativas o, lo que parece más real, la ocultación de las verdaderas, tiene su origen teórico en concepciones del Derecho penal pretendidamente asépticas. El funcionalismo sistémico se presenta como una doctrina de cariz sociológico en la que sólo importa cómo funciona el sistema y qué papel desempeña en él la respuesta penal frente a la insatisfacción de las expectativas. La norma se protege a sí misma. La consecución de la “prevención general positiva”; esto es, de la confianza de los ciudadanos en la vigencia y validez de las normas, se convierte en el “*leit motiv*” de las propias normas. No hace falta mayor justificación. Incluso desde posiciones pretendidamente progresistas se afirma que caminamos hacia un concepto de delito que, superando la vieja idea de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, ha de ser entendido “simplemente” como el cuestionamiento de la vigencia de la norma. Naturalmente, eso permite no cuestionar al servicio de qué o de quién hemos puesto el Ordenamiento jurídico. Desde esa perspectiva, la seguridad –y su inseparable antagonista, la peligrosidad– se convierte, contradiciendo lo que antes señalábamos, en el valor supremo. Que sean, ontológicamente, conceptos de referencia, no parece importar. Se trata de ocultar que toda norma, pero sobre todo la penal, es una decisión

política que juega con la libertad. Y que toda decisión política está al servicio de un interés. En Derecho la asepsia es imposible. En esas condiciones, la crítica resulta improcedente: la norma, que no admite más cuestionamiento que el de su corrección competencial, no tiene más función que la de regir: estamos ante la justificación teórica del pensamiento único y del reino de la homogeneidad absoluta: no hay espacio para la discrepancia ni, por consiguiente, para el pluralismo. Porque, precisamente éste discute la validez acrítica de la norma. Y, por eso, ésta –la norma como expresión armada del Poder– se dirigirá fundamentalmente contra quien la cuestione.

El resultado de todo ello es lo que ha venido a denominarse, incluso por quienes lo propugnan, *Derecho penal del enemigo*, concepto éste que tampoco es nuevo, pero que parecía desterrado desde hace muchos años. En tiempos del pre-nazismo, ya se preveía un trato diferenciado para quienes incurrieran en la *ceguera jurídica* (*Rechtsblindigkeit*) o en la *enemistad u hostilidad jurídica* (*Rechtsfeindlichkeit*). De esta forma quedaba negado uno de los fundamentos básicos del Derecho penal liberal: no se desvalora al autor sino al hecho: el único fundamento y objeto de la aplicación de las normas penales es la verificación de un hecho delictivo; de una conducta constitutiva de una agresión tipificada contra los valores e intereses de los demás. Y no puede ser de otra manera si partimos del principio general de libertad, en virtud del cual todo ciudadano tiene derecho al pleno desarrollo de su personalidad, con el único límite del que deriva del conflicto con los derechos ajenos y, de otra parte, todo aquello que no esté expresamente prohibido, es justo y se tiene derecho a hacerlo. Por el contrario, se tratará ahora de señalar que el delito no es sino un síntoma de la hostilidad del individuo, de su pertenencia al círculo de los *enemigos del sistema*, y frente a quien hay que intervenir negándole toda consideración como ciudadano. Se trata de un Derecho penal de autor: el viejo aforisma autoritario “ninguna libertad para los enemigos de la libertad” adquirirá su sentido más dramático, porque, al final, o la libertad se queda sin ningún amigo o éste va a ser considerado un anti-sistema. La utilización de un concepto tan profundamente ambiguo y tan manejable para el Poder como el de peligrosidad para fundamentar la represión, siquiera sea revestida de prevención, constituye el mayor peligro para el abuso de Poder y la negación de las libertades en la política penal contemporánea. No extraña, por eso, el auge de los conceptos de seguridad y peligrosidad y el abuso de las medidas de seguridad para imputables e inimputables: la culpabilidad, expresión del incumplimiento del deber, tiene límites, la peligrosidad no.

4. El terrorismo constituye en nuestros días el fenómeno más evidente de hostilidad al sistema. Naturalmente, también desde dentro de éste se producen agresiones, tales como la corrupción, el abuso de toda posición de poder y el fomento de la marginalidad, pero todo ello puede ser perfectamente asimilado: se trata tan sólo de efectos secundarios generados por el propio sistema. Y naturalmente también, el terrorista no es el único enemigo: el Derecho penal de autor va a ser aplicado a todo el que no reúna las características típicas –la tipicidad juega aquí un papel radicalmente opuesto al que le corresponde en el Derecho penal liberal- del ciudadano homologado: el inmigrante sólo será acogido si pertenece a una casta social y, sobre todo, económica, que le convierta en un igual, en un auténtico ciudadano. El lamentable espectáculo que está mostrando la pretendida cuna de la democracia, la Unión Europea, con la expulsión masiva de refugiados es una demostración palmaria.

En cualquier caso, es lo cierto que el terrorismo constituye una amenaza obvia para los fundamentos y, por tanto, la propia supervivencia del sistema establecido. Y también lo es que resulta lícita y plenamente justificada una respuesta penal sumamente dura para los hechos que podamos encuadrar bajo dicho rótulo. No parece razonable negar la evidencia de la necesidad de una política, también penal y hasta fundamentalmente penal, antiterrorista. Cuestión muy diferente es que dicha política haya de abarcar hechos y, sobre todo, autores que están bien alejados del acto terrorista, mientras que el terrorismo desarrollado desde el Poder, generalmente aunque no de forma exclusiva desde el Estado, queda por fuera de su ámbito.

Es curioso lo difícil que resulta encontrar definiciones legales de terrorismo, mientras que proliferan las políticas y las, por decir así, doctrinales. En su reunión celebrada en la Universidad de Granada en mayo de 2.005, se refería a esta cuestión el Grupo de Estudios de Política Criminal, al que me honro en pertenecer y que presidí durante algunos años, para el que “el acto terrorista constituye una negación de los derechos fundamentales a través de la utilización de la violencia como medio de terror por parte de estructuras organizadas con fines políticos. Estos elementos permiten diferenciar el terrorismo de la que pudiéramos denominar delincuencia violenta común pero también de la mera disidencia e incluso de quienes llevan a cabo una utilización esporádica o no planificada de la violencia. Es el uso sistemático de la violencia como forma de lucha política, fuera de los cauces democráticos, lo que fundamenta el desvalor jurídico, tanto en los casos en los que se pretende la modificación del sistema político como en aquellos otros en que se busca su preservación.”.

A mi entender, y permítaseme añadir una al catálogo de definiciones, el acto terrorista se caracteriza, en primer lugar, por la negación, mediante la violencia, del derecho fundamental de un tercero –la víctima-, en segundo lugar, por la utilización de tal ataque como amenaza que se pretende interponer en el proceso de formación de la voluntad, puesto que se advierte de su repetición, alterando de ese modo la toma de decisiones a quien le corresponde legítimamente, y todo ello con cualquier finalidad política, sea ésta lícita o ilícita. Si esta definición es correcta, deberían excluirse de la consideración de terroristas los actos que no se encaminan a alterar la libertad en la formación de la voluntad a través del terror, o los que no utilizan a ciudadanos como meros medios para la consecución de la aludida finalidad. Y, deberían, por el contrario, incluirse aquellos actos realizados desde el Poder que pretenden alterar la voluntad de los ciudadanos a través de la negación violenta de sus derechos fundamentales –especialmente, la vida- o el uso de la tortura, para la obtención de cualquier finalidad, sea lícita o ilícita.

*Naturalmente, el Terrorismo de Poder, que abarca el de Estado junto a otros, nace en el seno del sistema y sólo se considerará contrario al mismo desde una concepción ideal o, por mejor decir, desde un sistema lo suficientemente perfecto como para depurar sus propias desviaciones. Lo normal, por el contrario, será que ese terrorismo, lejos de ser definido como tal, sea reconocido como una simple consecuencia, en el fondo asimilable, de la lucha antiterrorista. En palabras de **Noam Chomsky** “el terrorismo sí funciona: es el arma de los fuertes. Es un error analítico muy grave decir, como se hace habitualmente, que el terrorismo es el arma de los débiles. Al igual que cualquier otro tipo de violencia, el terrorismo es fundamentalmente el arma de los fuertes. De hecho, lo es de un modo arrollador. Simplemente se dice que es el arma de los débiles porque el fuerte ejerce también el control sobre los sistemas de adoctrinamiento y porque su terror (el del fuerte) no cuenta como tal”. En lo que el aludido autor denomina método propagandístico de abordar el estudio del terrorismo “se empieza por la tesis de que el terrorismo es responsabilidad de un enemigo oficialmente designado. Entonces calificamos los actos terroristas de “terrorismo” sólo si pueden atribuirse (de forma “plausible” o no) al origen requerido: de lo contrario, deben ser ignorados, suprimidos o calificados de “represalia” o “autodefensa” ”.*

La política antiterrorista constituye, así, un terreno perfecto para el Derecho penal del enemigo. La complejidad del fenómeno, las conexiones de todo tipo que encierra, económicas, políticas, sociales, culturales, etc., hacen que la lucha contra el terrorismo se dirija a todo el entramado que rodea,

-o que pertenece a-, la organización o banda armada. Y eso ha incluido en España el cierre de medios de comunicación mediante un simple auto del Juez de Instrucción a través de la utilización de medidas cautelares excepcionales previstas tanto en el Código penal cuanto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o la ilegalización de un partido político considerado como un brazo de la organización terrorista, primero de manera también cautelar mediante auto judicial y después por decisión de la Sala Especial del Tribunal Supremo en aplicación de la Ley de Partidos Políticos, bendecido todo ello por el Tribunal Constitucional. Y siendo enormemente preocupante la más que discutible adecuación de tales medidas a la Constitución que se dice defender, lo peor es que nos estamos deslizando muy peligrosamente a través de una enorme mancha de aceite.

La tentación, a la que se sucumbe cada día, de utilizar en beneficio propio la dialéctica terrorismo-antiterrorismo invade absolutamente la vida política. El círculo de *enemigos* se acrecienta hasta alcanzar a todo discrepante. Y piénsese que si el Derecho penal del enemigo constituye una negación de los principios jurídicos más elementales, aún peor resulta su aplicación al Derecho procesal: ahí se produce la declaración como enemigo, pero a través de un proceso en el que parece partirse ya de esa consideración. La aplicación de medidas cautelares que niegan posibilidades de defensa o, sencillamente, la restricción de las posibilidades de ejercerla, convierten el proceso en un residuo inquisitorial incompatible con un auténtico procedimiento acusatorio. Como ponía en evidencia **Zaffaroni**, en su excelente lección magistral pronunciada con ocasión de su investidura como Doctor *honoris causa* por la Universidad de Castilla-La Mancha, las similitudes entre el proceso penal de la Inquisición arrancando delaciones, ciertas o inventadas, de brujería y el papel que en los actuales procesos se otorga a la declaración, cierta o inventada, del coimputado o del arrepentido, manifiestan el abandono de un procedimiento acusatorio y, por consiguiente, del Estado de Derecho cuando se trata de enjuiciar no ya al enemigo sino a aquél de quien se pretende tal denominación, desconociendo toda presunción de inocencia e ignorando, vuelvo a utilizar palabras de Tomás Vives que “las exigencias del juicio justo forman parte de las razones que justifican que una determinada versión de los hechos sea tenida por verdadera o, dicho de otra manera, el modo de obtención de la verdad forma parte de las razones que nos llevan a tenerla por verdad”.

5. Y es que la presunción de inocencia no es un “simple” principio procesal, sino la base y fundamento del Estado democrático. Un ciu-

dadano que no sea tratado como inocente es un ciudadano al que despojamos de sus atributos, de aquellos que conforman su dignidad, y de paso la del propio Estado basado en ella. Por eso, un Estado en el que no rija de manera seria la idea de que sólo la debida comprobación y declaración judicial “más allá de toda duda razonable” de la culpabilidad de un sujeto permite tratarle como tal culpable y que sólo eso permite negarle una libertad constitucional y alterar con ello su estatuto de ciudadano, no puede ser llamado Estado democrático; es más, no puede ser llamado Estado de Derecho.

Y la declaración de culpabilidad no puede tener por objeto una inclinación política, un comportamiento desviado de la norma general o una forma de conducirse socialmente excéntrica o simplemente diferente. A veces se pretende en esa denunciada tendencia a la imposición de lo “políticamente correcto” marcar a los ciudadanos con el mismo patrón, crear un auténtico modelo-tipo, en el que, por cierto, la expresión alcanza el significado inverso al que siempre tuvo: si siempre la tipicidad constituyó la excepción a lo tolerable, ahora se convierte en la norma de lo deseable. Es menester, por el contrario, reducir la intervención del Derecho penal a sus justos límites que, como nos recuerda **Ferrajoli** son los del “Derecho penal mínimo”. Sin que ello tenga que significar, por cierto, el recurso a diferentes velocidades o el olvido de la tutela de los intereses comunes o supra-individuales.

Por Derecho penal mínimo entiendo algo diferente: se trata de las mínimas limitaciones a la libertad –incluso a lo que hemos llamado “libertades constitucionales”- necesarias para asegurar éstas y las civiles. Debemos tender, en fin, a usar el Derecho penal justo en la medida en que sirva y sea necesario para garantizar las libertades de los ciudadanos. El Derecho penal es el principal instrumento de gestión de la libertad. Y jamás debemos pagar en libertad –toda intervención penal tiene un precio elevado- más de lo que obtenemos a cambio. Aunque sea para eso debemos recuperar la idea de “eficiencia”.

6. Llegados a este punto, parece oportuno detenernos en uno de los principios clásicos del Derecho penal que, como acabo de decir, está hoy fuertemente cuestionado por quienes afirman la autopoiesis normativa, en virtud de la cual no hay más objeto de tutela que la vigencia de la norma misma: el de la exclusiva protección de bienes jurídicos. Y es preciso empezar reconociendo que también la concepción clásica se encerró en un círculo vicioso. La tipificación de una conducta como delito, se dice con cierta pomposidad, sólo se justifica

si se protege con ello un bien jurídico. Pues bien, una concepción rigurosamente imperativa de las normas entenderá con facilidad que cualquier delito constituye una desobediencia y que el principio de autoridad es más que suficiente para colmar las exigencias de ofensividad. Basta con recordar otra vez el pecado original y buscar cuál fue el “contenido de injusto” del delito que cometieron Adán y Eva; de simple “desobediencia” al imperativo de no comer la fruta del árbol del Bien y del Mal, eufemismo que encierra el de no pensar por sí mismo y acatar, sin más, el mandato del Poder, sea divino o humano, pero sobre todo basta también, con recordar las manifestaciones más terribles del Derecho penal en la Historia, el Holocausto y los campos de exterminio, en los que también había un bien jurídico: el sano sentimiento popular encauzado a través de la voluntad del Führer y, por supuesto, la imposición de un pensamiento único y un modelo-tipo de ciudadano. Y es que no basta, desde esta concepción de la norma, con comprobar la existencia de un bien jurídico.

Se dirá, en cambio, que los partidarios de una concepción valorativa –o, por mejor decir, de la doble función de la norma- resultan más garantistas y consiguen limitar el ámbito de las normas penales. Pero, en realidad, sigue latiendo una confusión obvia. Cuando, tras la segunda Guerra Mundial, cuestiona **Jäger** la validez de ciertas prohibiciones penales como, en concreto, la homosexualidad entre adultos, lo hace sobre la idea de que existen “perversiones” (sic) sexuales de mucha mayor intensidad que quedan impunes por lo que, dice, se produce una incongruencia que demuestra la necesidad de la concurrencia de un bien jurídico previo a la norma, que concrete la realidad que ésta pretende tutelar. Lo que no aclara **Jäger** es quién determina las valoraciones previas a la norma y, sobre todo, a qué controles democráticos se someten dichas valoraciones. En el fondo, no se aprecian demasiadas diferencias con la afirmación llevada a cabo por **Welzel** –no mantenida en todas las ediciones de su manual- de que la función del Derecho penal no es la protección de bienes jurídicos sino la imposición de la ética social dominante. Seguimos, pues, intentando conseguir el ciudadano-tipo.

Por otra parte, tampoco quienes afirman que es la norma penal la que crea el bien jurídico parecen resolver el problema: si es la norma la que valora, siempre habrá un bien jurídico, y si el imperativo deriva de éste, seguiremos exactamente en el mismo punto de partida: el principio de autoridad y el puro capricho del legislador se convertirán en bienes jurídicos puramente autoritarios pero bienes jurídicos, al fin.

No se puede negar, por ello, coherencia, al último de los discípulos de Welzel. **Jakobs** prescinde del concepto de bien jurídico sin que, probablemente, nos resintamos demasiado de tal pérdida. La quiebra de las expectativas o la dañosidad social pueden cumplir, incluso de manera más satisfactoria, el papel asignado. O podrían, al menos, si no tuvieran la significación que Jakobs les otorga. Pero en el entramado autopoiético de la prevención general positiva y de la concepción de que la norma se justifica por sí misma como instrumento de protección del sistema y la imposición de la pena como acto de devolución de la confianza de los ciudadanos en el mismo, es absurdo hablar de valores y quimérico pretender limitar la extensión del Derecho penal. Por el contrario, el camino a la extensión o, como se le ha denominado, a la expansión está servido. Y no me refiero precisamente a que el Derecho penal se ocupe de la tutela social y de los bienes comunes, también mediante el Derecho penal hay que luchar por conseguir una mínima igualdad material que la pobreza o, mejor, la miseria en que vive buena parte de la población niegan y que forma parte del núcleo duro de la homogeneidad necesaria. Me refiero, por el contrario, al recurso al Derecho penal para imponer la vigencia de las normas a través de instrumentos que niegan la dignidad del ciudadano. Cuando el Preámbulo de la Ley de Reforma del Código penal español afirma que “[l]a necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas por la sociedad como justas, y que con esta finalidad, se lleva a cabo una profunda revisión del sistema de consecuencias penales que se articula a través de tres elementos: la incorporación de la prisión permanente revisable, reservada a delitos de excepcional gravedad; el sistema de medidas de seguridad, con ampliación del ámbito de aplicación de la libertad vigilada, e introducción de la regulación de la custodia de seguridad, como medida de seguridad privativa de libertad que puede ser impuesta, en supuestos excepcionales, a delincuentes reincidentes peligrosos y la revisión de la regulación del delito continuado.” está dando carta de naturaleza legislativa a la idea de que se reclama un Derecho penal máximo para que los ciudadanos recobren la confianza en la vigencia de las normas.

Y prueba de ello es el recurso a la cadena perpetua, institución absolutamente desconocida en la tradición penal española, y que se trata de una pena injusta, contraria a los principios penales: legalidad, necesidad, proporcionalidad, culpabilidad, humanidad de las penas, responsabilidad por el hecho, orientación a la readaptación social de las penas privativas de libertad; cuya introducción resulta particular-

mente inoportuna, innecesaria y disfuncional, y que es radicalmente opuesta a la concepción del Estado de Derecho fundado en la libertad como valor superior. Es, por el contrario, obediente a una perversa utilización del Derecho penal simbólico, de Derecho penal del enemigo y anclado en una concepción en la que se abandona el carácter protector de bienes jurídicos que corresponde al Derecho penal, por una función exclusivamente de prevención general positiva, que hace depender la libertad de los ciudadanos de la confianza –no importa por qué medios- de la vigencia de las normas. En ese sentido, y para disipar cualquier duda al respecto, cabe destacar la previsión que contenía el Anteproyecto enviado por el Gobierno al Parlamento de que: *no se suspenderá la ejecución de las penas privativas de libertad superiores a un año cuando aquélla resulte necesaria para asegurar la confianza general en la vigencia de la norma infringida por el delito.*

7. El abuso de la libertad vigilada y de la custodia de seguridad, rompiendo la clásica división entre una reacción penal frente a las acciones de los imputables y unas medidas aplicables a los inimputables peligrosos, ha alcanzado especial virulencia en Europa, fundamentalmente en Alemania, y ha sido parcialmente bendecida, aunque con limitaciones importantes, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El auge de la peligrosidad como fundamento de la intervención penal corre el riesgo de difuminar el principio de culpabilidad y, con él, los límites de la pena que ya no es tal sino que se convierte en medida de seguridad. Toda una nueva concepción del dualismo, en las que conviven penas y medidas, no excluyéndose o completándose como hasta ahora, sino acumulándose coetánea o sucesivamente. La Exposición de Motivos de la Reforma del CP español aclaraba que puesto que obedecen a fundamentos distintos –culpabilidad y peligrosidad- es lógico que se acumulen, sin que ello suponga merma alguna del principio *non bis in ídem*. Efecto fundamental de esta concepción es que a un mismo sujeto le pueden ser aplicados, penas, medidas, penas y medidas simultáneas o penas y medidas sucesivas; éstas, por cierto, sin mayor límite que el de la apreciación por el Juez o Tribunal de su peligrosidad potencial. Entre estas medidas figuraba, por ejemplo, el internamiento en un establecimiento psiquiátrico que, al no tener límite establecido al ser posibles las prórrogas sucesivas de cinco años indefinidamente, podía devenir una medida perpetua sin que la gravedad del hecho previamente cometido jugara papel alguno. Estábamos ante el descubrimiento tardío del Derecho penal soviético, del Gulag. Por fortuna, las Asociaciones de Discapacitados consiguieron lo que los teóricos del derecho penal estábamos lejos

de lograr: la tortuosa convivencia entre penas y medidas y el eventual carácter perpetuo de éstas desapareció durante la tramitación parlamentaria del proyecto español. Perdonen que haga referencias al debate en mi país. Lo hago porque creo que resulta significativo: por fortuna, el proyecto no ha prosperado en sus peores aspectos. Pero ha puesto de relieve cuál era la intención y hacia dónde vamos –o hacia dónde nos quieren llevar algunos-. Y es preciso advertir que tenemos construido, con razonable consistencia, un edificio garantista frente al Derecho penal de la culpabilidad. Pero ni tenemos ni parece previsible que sea posible alcanzar un nivel de garantías asimilable frente al Derecho penal de la peligrosidad ni, por cierto, frente al Derecho penal que busca la afirmación de la confianza de los ciudadanos en la vigencia de las normas y la presenta como su única fundamentación.

No es, insisto, casual que sea en el seno de esa doctrina donde se preconiza el Derecho penal del enemigo y donde se niega a un ser humano la categoría no ya de ciudadano, sino la de persona; donde se llega, en suma, al reino del no-Derecho, cuya más clara manifestación contemporánea se produjo –y se sigue produciendo, en cuanto no ha sido desmantelado- a menos de mil kilómetros de este lugar. Naturalmente, con el legítimo fin de salvar nuestro modo de vida. Nada nuevo bajo el Sol.

Y, sin embargo, el bien jurídico no puede morir. Antes recalqué una idea que me parece fundamental: toda norma penal responde a una decisión política: la de limitar la libertad para garantizar la libertad; toda prohibición de una conducta y la consiguiente amenaza penal comporta una injerencia del Estado en las vidas de los ciudadanos, y una evidente limitación al libre desarrollo de su personalidad. Que conduce a la imposición de la homogeneidad necesaria para la convivencia social. Pues bien, en un Estado democrático que proclama el pluralismo entre los valores superiores de su ordenamiento jurídico esa homogeneidad es exactamente la mínima imprescindible para garantizar el máximo de libertad de sus ciudadanos. Si antes hablamos del derecho penal como el instrumento básico de “gestión de la libertad” debemos ahora proclamar que detrás de una norma penal ha de haber una justificación, en términos de esa gestión, para prohibir esa conducta. Otra vez en palabras de Vives Antón (Fundamentos, 2, 829) “el bien jurídico no es sino un momento del proceso de justificación racional de la limitación de la libertad”. Y ¿no era esa justamente la función que pretendíamos asignarle?

No se trata, pues, de que sólo se puedan prohibir conductas que atenten contra un bien jurídico; se trata, por el contrario, de que sólo se pueden prohibir conductas que resultan intolerables en términos de libertad porque su reconocimiento como derecho implicaría la negación de las libertades de los demás. Y justamente por eso no se puede permitir un Derecho penal que vaya más allá de esa función, cuyos límites han de venir marcados por la Constitución política del Estado.

Así entendido, el bien jurídico es, pues, no un objeto, una cosa, sino una justificación de la limitación de la libertad. Es, en fin, la expresión de una libertad de los ciudadanos: mediante la conducta que se prohíbe se niega el ejercicio de una libertad individual o se obstaculiza la de todos. Una conducta que no sea trascendente para la libertad, formal o material en términos de justicia, de los demás no puede, desde esta concepción, ser prohibida. Y podría añadirse que en la medida en que la Constitución contiene un sistema de valores, tampoco deben prohibirse aquellas conductas que no sean susceptibles de alterarlo.

No se trata, en fin, de que haya un bien jurídico, sino de cuál sea éste, qué características comunes han de tener los bienes jurídicos si es que eso resulta posible, y si la intervención penal está fundamentada en términos de libertad. Por eso puede defenderse que sólo la necesidad de tutela de los valores o intereses con relevancia constitucional; esto es, que pertenezcan a ese sistema de valores, puede justificar una limitación de la libertad a través de un tipo penal y que sólo aquellas conductas que resultan trascendentes y perjudican concreciones de las libertades, sean individuales o colectivas, pueden ser típicas.

8. No quiero extenderme más; hacerlo comportaría quebrar las reglas de una "intervención mínima" tendente a proclamar el horizonte de la justicia, la libertad y el progreso como meta a conseguir. También el Derecho penal está en crisis, como lo está el Estado-nación del que en definitiva deriva; de cómo resolvamos esta crisis va a depender que las libertades resulten fortalecidas o que regresemos a la caverna en que, bajo la excusa de la seguridad, perdamos la dignidad. Dignidad, por cierto, que comporta la sumisión a la legalidad como expresión de la voluntad general. Y que ésta no limite la libertad más allá de lo estrictamente necesario para su propia tutela: saber cuáles son las reglas del juego, tener reconocida la capacidad de decidir libremente sin más límite que el imprescindible para que los demás

también puedan hacerlo, y ser, en fin, sujeto y no objeto de Derecho es el único concepto de seguridad democráticamente válido.

Pero resulta ineludible una reflexión sobre el papel que nos corresponde desarrollar a los penalistas, que somos, ante todo y parece obvio recordarlo, juristas. Se ha denunciado, entre otros por **Muñoz Conde**, el papel de distracción que en años cruciales de la Historia, en el momento más dramático para la dignidad del hombre jugó la pretensión de cientificidad de la dogmática penal: cuando se hace más importante debatir la posición del dolo que denunciar la violación sistemática de los derechos y la aniquilación masiva de seres humanos, porque “eso no va con la ciencia” se está actuando al menos con complicidad sino con cooperación necesaria en la mayor de las indignidades.

La brutal experiencia de aquellos hechos sirvió, al menos, para que se recuperaran durante algún tiempo las funciones de control a los poderes que corresponde a los juristas, otorgando a la Dogmática la tarea fundamental de velar por la libertad y por los derechos de todos, de intentar racionalizar las decisiones judiciales y de crear, en suma, un material teórico al servicio de la Justicia.

Pero, como decía al principio, vivimos un momento de crisis. Ni se cumple –porque no hay una Dogmática sino cientos de ellas- labor de racionalización alguna ni se controla a ningún Poder, sino que, ensanchando en lugar de reduciendo, el ámbito de aplicación de las leyes que limitan libertades, ponemos nuestra labor en contra justamente de aquél al que nos debemos: el ciudadano como ser libre dotado de dignidad.

Frente a esta especie de “traición a nuestra propia esencia”, de cruce a las líneas enemigas, por utilizar el estilo en boga, es menester recordar el compromiso de todo jurista con el Estado de Derecho y con la Ley como expresión de la voluntad general. Y si el fundamento de ese Estado de Derecho radica, precisamente, en la consideración del ser humano como persona libre, es con las libertades con quienes tenemos ese compromiso. Controlemos, pues, los abusos del Poder, y formulemos teorías, sistemas y ¿por qué no decirlo? dogmáticas preñadas de ese compromiso inalienable. Sólo así cumpliremos dignamente el papel que nos corresponde.

El renacimiento del pensamiento totalitario: la doctrina del Derecho penal del enemigo

DR. JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC*

Sumario

1. Consideraciones previas
2. La doctrina del *Derecho penal del enemigo*. Presupuestos y fundamentos: positivismo, funcionalismo y pensamiento autoritario
3. Aproximación crítica a la premisa central: *individuos, no-personas, enemigos*

1. Consideraciones previas

Como expresa el título de este trabajo, comparto una opinión bastante extendida, según la cual, el llamado ahora *Derecho penal del enemigo* no constituye una auténtica novedad teórica, sino que más bien representa una formulación nueva que se inscribe dentro de lo que conocemos tradicionalmente como pensamiento autoritario. Pero el pensamiento autoritario no es un todo monolítico, uniforme y estático, puesto que en su seno se integran diversas corrientes, que a su vez contienen múltiples facetas, matices, orientaciones, propuestas e iniciativas. En consecuencia, lo que aquí se pretende es una aproximación a sus fundamentos y consecuencias en el Derecho penal actual, que nos permita reflexionar acerca de su legitimidad.

Así, la teoría del *Derecho penal del enemigo*, entendida como una nueva reformulación del pensamiento autoritario, no debe ser examinada únicamente como un modelo alternativo al que comúnmente llamamos *Derecho penal liberal*. Pues aunque esta comparativa sea

* Catedrático de Derecho penal Universidad de Valencia (España)
jose.cussac@uv.es

necesaria hacerla, creo que sobre todo es imprescindible analizar la compatibilidad de ambas, esto es, el grado de coexistencia de tendencias político criminales y dogmáticas de uno y otro signo, dentro del mismo ordenamiento jurídico. Con otras palabras, es difícil encontrar –más allá de las formulaciones meramente teóricas- modelos puros de una y otra tendencia en las legislaciones positivas actuales. Es una obviedad a estas alturas de la discusión, recordar la existencia de leyes penales que, en concretos ámbitos del Derecho penal vigente, se aproximan o son expresiones de una u otra orientación. De modo que la novedad no estriba en la existencia de manifestaciones legales del Derecho penal autoritario, sino en todo caso en su recobrado ímpetu y en su renovada formulación teórica. En este sentido, incluso podría convenirse que a la conocida propuesta de Jakobs, que en buena parte se ha erigido en referencia del debate, le corresponde principalmente el mérito de difusión de la terminología.

Por ello comparto la opinión de quienes afrontan esta cuestión desde una perspectiva compleja, en el sentido de examinar la reformulación del *Derecho penal del enemigo* como un modelo alternativo, pero a la vez también estudiando los ámbitos legales vigentes elaborados desde presupuestos autoritarios.

Estrechamente ligado a la premisa anterior, estimo que la constatación en la realidad normativa de leyes, preceptos o medidas inspiradas en la idea de un *Derecho penal del enemigo* no posee, en todo caso, más que un valor meramente descriptivo, y por tanto nada dice acerca de su legitimidad y de su compatibilidad con los sistemas constitucionales hoy vigentes. En consecuencia, en cuanto juristas, no nos corresponde exclusivamente una tarea de descripción neutral de la realidad legal, sino que fundamentalmente nuestra función esencial estriba en explicarla conforme a parámetros normativos que descansan en una pretensión de racionalidad. En efecto, la *Ciencia* del derecho penal no responde ni a la pregunta de lo que puede hacerse, ni tampoco explica lo que es (plano ontológico), sino que ha de intentar ofrecer una respuesta racional *de lo que se debe hacer*. Su misión reside en comprender el significado (interpretación) y después ordenar (sistematizar) el conjunto de criterios de valor residenciados en las leyes penales. Así pues, es preciso recobrar las clásicas nociones diferenciadas de legitimidad, legalidad, eficacia y validez de las normas jurídicas.

En tercer lugar, insistir en los términos centrales del análisis jurídico, que no son otros que su adecuación al sistema constitucional.

En este contexto, las nociones de Estado de Derecho, democracia, derechos fundamentales y garantías constitucionales se erigen en la piedra angular a considerar. Y en este cotejo encontraremos junto a límites absolutos e infranqueables, decisiones u opciones que, aunque discutibles política o técnicamente, poseen un mayor o menor grado de compatibilidad con la Ley Fundamental. Expresado de otro modo: existe un marco constitucional que da cabida a múltiples políticas criminales con sus correspondientes iniciativas legislativas, y estas decisiones corresponden por completo al *legislador ordinario*. Ahora bien, mientras es legítima toda ley penal que discurra dentro de este espacio de juego, no puede desconocerse que la Constitución establece algunos límites absolutos al legislador ordinario y su reforma compete exclusivamente al *legislador constituyente*. De suerte que si el *legislador ordinario* rebasa estos límites, quiebra el sistema y consecuentemente esas leyes deberán ser declaradas inconstitucionales.

Y como corolario de lo anterior, he de subrayar que el marco de referencia de todo el Derecho penal es el sistema de derechos fundamentales, que hoy por hoy consagra un modelo llamado Estado de Derecho anudado a la idea de democracia. Por ello, las referencias a otros sistemas de organización social y política, como singularmente las dictaduras y tiranías, presentes o pasadas, poseen únicamente un valor dialéctico en la discusión y sin duda constituyen igualmente un parámetro histórico, en ocasiones no muy lejano, pero en modo alguno son los ejes centrales de la discusión. Por tanto, mientras sigamos conviviendo en el modelo democrático plasmado en el Estado de Derecho, éste, y sólo éste, es nuestro parámetro de referencia. Ahora bien, si se desea cambiar el sistema, o simplemente modificar la Ley Fundamental, debe hacerse abiertamente, sin ambigüedades ni subterfugios.

En último lugar, quisiera referirme ya a la moderna doctrina del *Derecho penal del enemigo*. Y quisiera hacerlo ahora exclusivamente en un plano de delimitación conceptual. Pues bien, a mi juicio asiste la razón a Muñoz Conde cuando señala que el *Derecho penal del enemigo* es una expresión bastante ambigua, por lo que sus defensores tendrían que aclarar mejor su contenido y significado, pues de otro modo genera un alto grado de inseguridad ya sea como explicación de un modelo total de intervención punitiva, o siquiera sea como justificación parcial de reformas o materias concretas. Mientras tanto no se desarrolle y precise, esta tesis se presenta como una construcción valorativamente ambigua, esto es, descriptiva, tecnocrática,

funcionalista, y que, aparentemente al menos, se acomoda tanto a un sistema democrático como a un sistema puramente autoritario¹.

Una vez enfocada mi aproximación a esta polémica, adelanto los aspectos básicos de su desarrollo. Se centra en evaluar su presupuesto central, anclado en la posibilidad de distinguir entre personas y no-personas, entre ciudadanos y enemigos. Aquí reside la clave del debate, esto es, en aceptar o no esta premisa mayor.

En otros trabajos anteriores ya me he ocupado del llamado *nuevo terrorismo*, al considerarlo el motor principal que a nivel internacional ha servido de excusa principal para el resurgimiento de las tesis autoritarias. Igualmente he expuesto como la idea de *seguridad* constituye la razón última que justifica la nueva política criminal emprendida para luchar contra el terrorismo y que a su vez se extiende rápidamente a otros ámbitos². Esta tendencia es constante en los últimos 25 años, y se aprecia tanto en las reformas legislativas recientes como en los dóciles giros de la jurisprudencia hacia interpretaciones cada vez más severas.

2. La doctrina del *Derecho penal del enemigo*. Presupuestos y fundamentos: funcionalismo y pensamiento autoritario

Como es de sobra conocido, en los últimos años se ha ido divulgando la doctrina denominada "*Derecho penal del enemigo*"

¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, "*De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*", Buenos Aires (*Hammurabi*), 2005, pp. 69 y 70.

² Por todos, ver los trabajos de BECK, Ulrich, "*La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*", Barcelona (*Paidós*), 2002; MAQUEDA ABREU, María Luisa, "*Políticas de seguridad y Estado de Derecho*", en Libro "*Serta In Memoriam Alexandri Baratta*", Universidad de Salamanca, 2004, p. 1287; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, "*El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*", en *Jueces para la Democracia* 49, marzo 2004; NAVARRO CARDOSO, Fernando, "*El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad*", en Libro "*In Memoriam Alexandri Baratta*", Universidad de Salamanca, 2004, p. 1131; PRITTWITZ, Cornelius, "*Stafrecht and Risiko, Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*", Frankfurt am Main (Klostermann), 1993.

(*Feindstrafrecht*)³. La terminología fue introducida por Jakobs a mediados de los años ochenta en varios trabajos y seminarios⁴. Inicialmente se estimó que esta doctrina únicamente se limitaba a ofrecer una descripción de algunas leyes penales, centradas en significativas áreas de delincuencia, en especial el crimen organizado y su variedad terrorista. Más tarde, se consideró que sus defensores llegaban incluso a admitir esta categoría, aunque de forma excepcional. Finalmente, algunos autores opinan que ahora ya no se mantienen las posiciones originarias, evolucionando hasta llegar a postular la necesidad de su implantación general. Este giro es consecuencia de la adopción de un modelo penal y procesal estrictamente funcionalista, donde parece propugnarse abiertamente la renuncia a los principios del Derecho penal liberal, situando como fundamento del sistema la idea de defensa de la seguridad del Estado y de la sociedad⁵.

Lo primero que ha llamado la atención de la misma es que, en síntesis, propone fijar una radical diferencia entre los ciudadanos (delinquentes comunes) y los enemigos (terroristas entre otros sujetos), lo que se traduce en una reducción o pérdida de garantías, en el adelantamiento de la línea de intervención punitiva, en relativizar las reglas de imputación y en una penalidad mayor. Se justifica este doble tratamiento en que éstos últimos, los enemigos, no son y no se

³ JAKOBS, Günter y Manuel, CANCIO MELIA, "*Derecho penal del enemigo*", Madrid 2003; PRITTWITZ, Cornelius, "*Krieg als Strafe-Strafrecht als Krieg*", Festschrift für K. Lüderssen; Baden-Baden 2002; PRITTWITZ, Cornelius, "*Krieg in Frieden?, Grund und Grenzen der Unterscheidbarkeit von Strafrecht und Krieg*" (trad. Fernando Navarro Cardoso: "¿Guerra en tiempos de paz? Fundamento y límites de la distinción entre Derecho penal y guerra"), *Revista Penal*, 14, 2004, p. 174.

⁴ Suele citarse el manuscrito de JAKOBS "*Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*", y los seminarios de Frankfurt y Berlín de 1985 y 1999. En opinión de PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, "*La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del enemigo tras el atentado de 11 septiembre de 2001*" (*Revista "Mientras tanto"*, n.º 83, 2002, p.79), el citado autor ya había esbozado este concepto en su trabajo "*Kriminalisierung in Vorfeld einer Rechtsgusverletzung*", en *ZStW*, 1997, p. 751 y ss.

⁵ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, "*Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal del enemigo*", en "*Jueces para la Democracia*", n.º 49, marzo 2004, p. 43.

comportan como auténticos ciudadanos, pues no se limitan sólo a infringir el Derecho, sino que fundamentalmente tratan de destruirlo y con ello persiguen acabar con el sistema social. Por consiguiente, han de ser tratados como enemigos, y no como ciudadanos. De aquí derivan la necesidad de elaboración de algo más que un Derecho penal singular, especial o excepcional para estos sujetos.

El más destacado teórico de la doctrina del *Derecho penal del enemigo*, Jakobs⁶, ha expuesto que el Derecho penal conoce dos polos de regulación. El primero representado en *el trato con los ciudadanos*, donde el Derecho penal espera la exteriorización de la conducta para reaccionar, y lo hace con la finalidad de que el castigo confirme la estructura normativa social. El segundo polo viene expresado en *el trato con el enemigo*, que debe interceptarse en seguida, incluso previamente a la exteriorización de sus actos y al que se castiga por su peligrosidad. El enemigo es visto como una *fuerza de peligro*, y como tal ha de ser tratado. Esta es la única manera de solucionar, a su juicio, el problema de los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana. Porque a quien no presta una *“seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no puede esperar ser tratado como persona, pues de lo contrario se vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas”*⁷.

Con más detalle, el *Derecho penal de los ciudadanos* define y sanciona infracciones de normas cometidas incidentalmente por individuos, en las que manifiestan abusos de poder en las relaciones sociales donde participan como ciudadanos. Pero se trata siempre de sujetos vinculados a las normas y sometidos al Derecho. Por esta razón pueden ser considerados, desde una perspectiva normativa, como personas, puesto que prestan una seguridad cognitiva suficiente de su comportamiento personal. Y por ello mismo también pueden ser tratados como personas y gozar de las garantías procesales básicas. Pero este *status* no puede aceptarse en quienes por su actitud, actividad o incorporación a una organización se apartan de forma no incidental,

⁶ JAKOBS, Günter, *“Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”*, en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *“Derecho penal del enemigo”*, Madrid 2003; y del mismo autor: *“Estudios de Derecho penal”*, Madrid 1997.

⁷ Ver la exposición crítica de DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *“Del Derecho penal liberal al Derecho penal del enemigo”*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, n.º. 14, 2004, p. 87.

sino definitiva, permanente y constante del Derecho. Porque quienes así se manifiestan, rechazan por principio la legitimidad del Estado, persiguen por tanto su destrucción y entonces no pueden ofrecer una garantía mínima (“seguridad cognitiva”) de su comportamiento. De modo que su rechazo y hostilidad al Derecho los transforma en permanentes y especiales fuentes de peligro. La conversión en *enemigos* nace por consiguiente de la imposibilidad de calcular, conforme a las expectativas normativas vigentes en la sociedad, el comportamiento de estos sujetos. Esta inseguridad para la comunidad se traduce en la necesidad de defensa actual y futura frente cualquier agresión⁸.

Como se ha dicho textualmente, los enemigos *no son personas*. Por eso se propone la compatibilidad de “dos Derechos”, uno para los ciudadanos y otro para los enemigos. Los ámbitos de delincuencia inmersos en esta categoría serían singularmente el crimen organizado y dentro del mismo muy significativamente los delitos de terrorismo; la delincuencia patrimonial profesionalizada; y, la violencia sexual reiterada. Justamente estas áreas de delincuencia ponen en evidencia, a juicio de sus defensores, la incapacidad de las soluciones ofrecidas por el Derecho penal y procesal liberal. Esta incapacidad es la que comporta la exigencia de darles un contenido diferente respecto del modelo tradicional, tratando de ofertar novedosas soluciones que resulten realmente eficaces.

Como ya adelanté, la doctrina dominante no considera la construcción del *Derecho penal del enemigo* como una auténtica novedad teórica, sino más bien como una nueva terminología que se inscribe dentro de la tradición del Derecho penal autoritario. Para demostrar esta afirmación, basta con recordar algunos de los referentes históricos a los que se ha vinculado.

Comenzaré con exponer algunas leyes recientes que han sido calificadas como exponentes, manifestaciones o ejemplos del *Derecho penal del enemigo*. Así, se ha destacado su cercanía a los fundamentos de las leyes especiales de las dictaduras Argentina y Chilena, entre otras, que desde el concepto de “enemigo interno”, subrayando su signifi-

⁸ JAKOBS, Günter, “La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente”, en “La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio”, Valencia (Tirant), 2004, p. 57 y ss. Del mismo autor, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS/CANCIO MELIÁ: “Derecho penal del...”, cit.

cado bélico, sirvió para definir a los disidentes políticos y justificar su persecución incluso militar. Igualmente ocurre en algunos países latinoamericanos en la lucha contra el narcotráfico⁹. Un segundo reconocimiento se ha visto en el concepto norteamericano de “combatiente enemigo”, la situación procesal de los retenidos en la base militar de Guantánamo y otras cárceles secretas, y en general en el conjunto de las reformas normativas contenidas en la Ley Patriótica USA¹⁰.

Entre los antecedentes de esta doctrina, fue Muñoz Conde el primero en destacar el paralelismo entre ésta y la propuesta por Mezger, aunque con otra denominación, dentro de la etapa nacional socialista: los “*extraños a la comunidad*”, que siendo equivalente a la moderna expresión “enemigo”, igualmente justificaba la aplicación de “dos Derechos penales”. De suerte que, junto a un “Derecho penal para la generalidad de ciudadanos, coexistía con un “Derecho penal especial” aplicable a grupos especiales de personas, como los delincuentes por tendencia. En este sector punitivo, sobraban las garantías y se recurrió a las sanciones indeterminadas e indefinidas. Sin embargo, no debe pasarse por alto que aquellas teorías de los “*extraños a la comunidad*”, de los “*asociales*” o de “*los seres carentes de interés vital*” nacieron en el seno de un Estado totalitario¹¹. Ninguna dificultad habría para efectuar esta misma vinculación con los sistemas punitivos

⁹ FARALDO CABANA, Patricia, “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en “Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización”, Valencia (Tirant), 2004, p. 311.

¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, “De nuevo... cit; p. 35 y ss. Ver también PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “La legislación de... cit; p. 79.

¹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, “El nuevo Derecho penal autoritario”, en “El Derecho ante la globalización y el terrorismo”, Valencia (Tirant) 2004, p. 161 y ss. También en “Edmundo Mezger y el Derecho penal de su tiempo”, 4^a edición, Valencia (Tirant), 2003, p. 230 y ss. Y finalmente en “De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo”, Buenos Aires (Hammurabi), 2005, p. 55 y ss. En un sentido muy similar se ha expresado ZAFFARONI, E. R.: “¿Es posible un Derecho penal del enemigo no autoritario?”, en “Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo”, Madrid (Thomson/Civitas), 2005, p. 1085.

de otras dictaduras de la época, o posteriores y con las tiranías teocráticas.

Si adoptamos una perspectiva más amplia, ya son muchos los autores que han expuesto los referentes filosóficos y políticos de esta doctrina. Se han buscado antecedentes clásicos, remontándose a Platón¹² y a Sócrates¹³, o a la escolástica de Tomás de Aquino. En todas estas referencias se recuerdan las tesis sobre hombres que podían perder su *status* como consecuencia de actos hostiles y entonces debían ser excluidos de la comunidad.

Este repaso histórico cobra especial significación en pensadores ilustrados. Así, como ha apuntado Gracia Martín¹⁴, en varios autores se encuentra una línea constante que, desde una perspectiva objetiva, diferencia entre unos hechos y otros, atendiendo para ello a criterios cuantitativos. Por ejemplo, merecerían un desvalor que excede el ordinario, el asesinato premeditado (Fichte), los crímenes de *lesa majestad* y los que atentan contra leyes fundamentales (Hobbes), y las infracciones esenciales del contrato social (Rousseau). Las citas de estos precedentes se repiten en otros autores, en particular en referencia a Hobbes y Rousseau, aunque tampoco faltan las reseñas a C. Smidth, o Garófalo, e imprecisas y controvertidas alusiones a diversos pasajes de las obras de Kant¹⁵.

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “¿Es posible un Derecho penal del enemigo no autoritario?”, en “Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo”, Madrid (Thomson/Civitas), 2005, p. 1085.

¹³ GRACIA MARTÍN, Luis, “El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo”, en “Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo”, Madrid (Thomson/Civitas), 2005, p. 455 y ss.

¹⁴ Ídem, p. 457 y ss.

¹⁵ Así, GRACIA MARTÍN, Luis, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 7, 2005.; PÉREZ DEL VALLE, Carlos, “Sobre los orígenes del Derecho penal del enemigo. Algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau”, en *Cuadernos de Política Criminal* nº 75, 2001, p. 597 y ss. ; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “La configuración del Homo sacer...”, cit., p. 1403; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “¿Es posible un Derecho penal del enemigo...”, cit., p.1085; DONINI, Maximo, “Il diritto penale di fronte al nemico”; ponencia presentada al Convengo “Delito politico e Diritto penale del nemico” (In memoria di Mario Sbriccoli), Trento, 10 y 11 marzo 2006.

Pero con este breve recorrido por la historia de las ideas conforme ha expuesto la doctrina, únicamente he perseguido destacar una idea principal: que la moderna construcción del *Derecho penal del enemigo* no constituye una novedad, sino que más bien es heredera de una tradición del pensamiento occidental instalada en el autoritarismo político. En este sentido debe insistirse, en que por esto mismo, salvo la terminología y ciertos matices, no puede considerarse en puridad una aportación original, puesto que mantiene los principios y fundamentos ya contenidos en la corriente citada. Es en este sentido es en el que puede hablarse de un *renacimiento*, en cuanto se comprueba una constante histórica que, por diversos argumentos, no considera la delincuencia como un fenómeno homogéneo. A partir de este entendimiento diverso del delito y del delincuente, surge la necesidad de establecer modelos diferenciados.

Dentro de este marco de pensamiento autoritario, podemos a su vez observar claras coincidencias con el denominado *funcionalismo sistémico* de Parsons y Luhmann, en la medida que participa de sus rasgos más definitorios. Así, presenta una construcción del sistema jurídico sumamente abstracto, orientado a servir a la integración o a la exclusión del individuo en la estructura social. El Derecho es entonces concebido exclusivamente como un mecanismo de control y configuración social, cuya finalidad última sería mantener las “desilusiones” sociales dentro de límites tolerables. Es decir, el Derecho no estaría destinado a resolver conflictos de intereses sino a asegurar el mantenimiento y la supervivencia del sistema¹⁶.

3. Aproximación crítica a la premisa central: individuos, no-personas, enemigos

Al comenzar este trabajo advertía que la doctrina del *Derecho penal del enemigo* puede afrontarse desde múltiples perspectivas. Pero aquí me he inclinado por incidir directamente sobre su legitimidad. Es decir, abordar el que en mi opinión constituye su fundamento último, para poder así discernir acerca de la justificación de una construcción pura y estricta de un *Derecho penal del enemigo*.

¹⁶ FEBRAJOLI, Luigi, “*Funcionalismo strutturale e sociología del Diritto nell’opera di Niklas Luhmann*”, Milano 1975, p. 51.

Por consiguiente dejo al margen la tarea de cotejar su reflejo más o menos directo en ciertas reformas o leyes vigentes. Esto es, no considero en este trabajo los reflejos indirectos de una determinada tendencia o los efectos parciales que sobre la legislación nacen del pensamiento autoritario inspirado en esta concreta elaboración. Y esta decisión del enfoque viene dada por dos razones. Primera, porque aunque comprobáramos su influencia en la realidad normativa, nada nos diría acerca de su racionalidad, de sus argumentos, de su pretensión de justicia. En segundo lugar, porque estas líneas descansan en una pretensión conceptual, no aplicativa, aunque ésta sea desde luego muy importante.

En este sentido la discusión debe partir, como ha subrayado Gracia Martín, de determinar si las reglas del *Derecho penal del enemigo* tienen sólo unas características especiales, no excepcionales, en razón de particularidades de los hechos o de sus autores, y parten de la consideración de sus destinatarios como personas responsables. O si por el contrario, las reglas del *Derecho penal del enemigo* renuncian a considerar a sus destinatarios como personas responsables. En el primer caso, estaríamos ante un simple sector especial del Derecho penal y entonces el término enemigo únicamente tendría un valor formal y semántico, o citando a Schünemann, el valor de una “metáfora engañosa”¹⁷. Por ello resulta clave aproximarse a su versión pura, o sea, a su viabilidad no como Derecho penal especial, sino como un Derecho penal autónomo y diferente del clásico. Aquí radica la importancia de estudiar sus presupuestos.

Así pues, en mi opinión, la trascendencia de este pensamiento sobre nuestro modelo de vida requiere un posicionamiento alejado del conformismo o del fatalismo histórico, y a la vez exige un debate teórico sobre el modelo total, antes que un análisis parcial de sus múltiples consecuencias. Por estas razones considero prioritario abordar su presupuesto central, anclado en la posibilidad de distinguir entre personas y no-personas, entre ciudadanos y enemigos. Aquí reside la clave del debate, esto es, en aceptar o no esta premisa mayor. Después de esta discusión ya podrá afrontarse el examen del impacto de esta doctrina sobre el sistema de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, y sobre las categorías de la teoría jurídica del delito y de las consecuencias jurídicas.

¹⁷ GRACIA MARTÍN, Luis.: “Consideraciones críticas... cit; p. 42.

La necesidad de este enfoque global de los presupuestos básicos del *Derecho penal del enemigo* ya ha sido formulado en la doctrina. Así, la principal línea de rechazo ya se ha apuntado desde la idea de la dignidad de la persona, además de su incompatibilidad con los fundamentos del Estado de Derecho, el sistema democrático e incluso con su consideración misma como Derecho.

En efecto Jakobs parte de la distinción entre individuos y personas. Los primeros, como animales inteligentes, pertenecen al orden natural y no aparecen motivados por deberes u obligaciones. Por el contrario, las personas no son algo dado por la naturaleza, sino construcciones sociales, y en cuanto elaboración normativa puede atribuirse o no a los individuos. Pero entonces comporta un régimen de deberes y derechos. Por consiguiente, todo individuo que no actúe vinculado a este régimen ha de ser excluido del concepto de persona¹⁸. Desde esta premisa, que parte de la diferenciación entre individuos (plano ontológico) y personas (plano normativo), se deriva luego, fácilmente, la distinción entre personas (ciudadanos) y no-personas o individuos (enemigos). Así pues, con otras palabras, se respalda la existencia de dos categorías: la persona empírica (individuo, no-persona, enemigo) y la persona normativa (ciudadano). En consecuencia, el hombre, el ser humano, no es el sujeto del Derecho penal, sino que lo es la persona, es decir, un concepto normativo. Las reglas de imputación jurídico penales se dirigen exclusivamente a las personas, mientras que las no-personas no son susceptibles a estas reglas. Frente a las primeras la pena se impone como consecuencia de la infracción y persigue el restablecimiento del orden jurídico. Pero frente a las segundas el castigo es pura coacción y su finalidad no es la confirmación de la validez de la norma, sino el aseguramiento cognitivo del peligro que comportan.

Pus bien, para un amplio sector de la doctrina esta concepción es incompatible con el Estado de Derecho y la idea de dignidad humana. Como exponentes de esta crítica frontal he seleccionado a dos de sus más representativos exponentes en lengua española.

Así, para Muñoz Conde, en síntesis, las reglas de imputación penal no pueden desvincularse de un determinado contenido valorativo que expresa un entendimiento del ser humano, la sociedad y

¹⁸ JAKOBS, Günter, "*Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*", Madrid (Civitas) 1996, pp. 15 y ss.

del Estado. Y el sistema democrático se apoya en el acuerdo y en el respeto con la dignidad humana, por lo que nadie puede ser excluido mediante su calificación como no-persona¹⁹. A su juicio, el *Derecho penal del enemigo* eleva la “razón de Estado” o la funcionalidad del sistema al único fundamento del Derecho penal: “*El Derecho es lo que es útil al Pueblo*”. De este modo el Derecho es lo que es funcional (útil) al sistema (Estado). Consecuentemente concibe el Derecho penal como un instrumento o arma para luchar contra el enemigo, pero sin que tener que someterse a límites o principios que pudieran debilitar su eficacia. Lo que importa es el sistema no las personas, lo que conduce a una paradoja: para supuestamente defender al Estado de Derecho se propone eliminar los principios y garantías que precisamente definen al Estado de Derecho. De ahí que concluya advirtiendo que esta construcción aparece como valorativamente ambigua y que aparentemente sirve igual en un sistema democrático que en uno autoritario.

Por su parte, Gracia Martín, aunque coincide con estos argumentos, no los considera suficientes por dos razones. Primera, porque desde la perspectiva del acuerdo social, nada impediría a sus integrantes tomar el acuerdo de excluir a determinadas categorías de individuos. Y segunda razón, porque considera que los discursos de Muñoz Conde y Jakobs discurren en planos paralelos al partir de paradigmas completamente distantes: el primero identifica persona y hombre, mientras que el segundo autor, como hemos visto, no lo hace, al despojar a ciertos hombres de su condición de personas. Por estos motivos la cuestión debe plantearse, a su juicio, en los siguientes términos. En primer lugar “*debe indagarse acerca de si para el Derecho penal es sostenible un concepto puramente normativo de persona, ya sea en el sentido particular de Jakobs o en cualquier otro*”. Y en segundo lugar, y aun cuando un concepto tal fuera sostenible, responder entonces a la pregunta de si “*el substrato que en todo caso habrá de quedar tras el despojo a alguien de la condición –exclusivamente normativa– de persona, esto es, el hombre empírico del campo de la experiencia (homo phenomenon en el sentido de Kant), no será portador ya de cualidades inmanentes determi-*

¹⁹ Ampliamente MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmundo Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 4ª edición, Valencia (Tirant), 2003, pp. 67 y ss.

nantes de una negación de validez y de legitimidad a toda actuación sobre él que viole tales cualidades"²⁰.

Continuando con la tesis crítica de Gracia Martín, después de una extensa argumentación apoyada en referencias clásicas, concluye señalando que el sujeto tanto de la imputación como del castigo no puede estar constituido por la persona normativa o jurídica, sino por el hombre como individuo humano. Porque la referencia valorativa de todo ordenamiento jurídico remite no a un concepto normativo de persona, sino más bien al substrato ontológico de la persona responsable y dicho substrato no puede estar constituido por nada más que por el hombre individual empírico. De modo que el punto de partida no es ninguna valoración previa de la que luego puedan derivarse estructuras lógico valorativas del ser humano, sino precisamente la inversa: *"la concepción del hombre como persona responsable, si no quiere ser una completa invención extraña al mundo real, es posible sólo a partir del reconocimiento en el hombre empírico de ciertas propiedades y estructuras ónticas previas que constituyen precisamente las condiciones mismas de la posibilidad de aquella concepción y no de otra distinta"*. Por ello concluye advirtiendo que el Derecho penal democrático ha de tratar a todo hombre como persona responsable y no puede por consiguiente ser lícito ningún ordenamiento que contenga reglas de negación objetiva de la dignidad del ser humano.

Pues bien, coincido plenamente con la crítica y los argumentos esgrimidos por Muñoz Conde, y también con los resultados a los que llega Gracia Martín, aunque no comparto su razonamiento. No comparto su razonamiento porque partimos de concepciones metodológicas completamente diferentes: la suya, por así decirlo, de base ontológica, la mía, por también simplificar, normativa. Pero más allá de esta inevitable disparidad, creo que el razonamiento de Gracia Martín es, dentro de su propia lógica interna, circular y en consecuencia se muestra insuficiente para cuestionar la tesis que combate. Ello porque a la vez que parte de un concepto ontológico previo de persona, afirma que *"mientras que las respuestas y reacciones del mundo físico-natural son necesarias e inapelables, las del mundo social sólo son contingentes, pues solo pueden ser entendidas como producto de convenciones*

²⁰ GRACIA MARTÍN, Luis, *"Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo"*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n^o 7, 2005, p. 33.

*entre hombres, es decir, de seres iguales (...)*²¹. La contradicción aparece, a mi entender, al afirmar, por una parte la existencia de estructuras ónticas previas que necesariamente vinculan al Derecho al definir a la persona; y por otra, negar que las acciones humanas sean equivalentes a hechos del mundo físico-natural. No alcanzo a entender dónde ni cómo ni cuándo ni por qué partiendo de un concepto ontológico, de pronto, introduce un criterio normativo subyacente: el sometimiento a las *convenciones*, esto es, a reglas. Esta dualidad o salto entre el mundo del ser y el mundo del deber ser, por expresarlo en términos clásicos, se aprecia claramente en este pasaje: “*Pero así como las respuestas y respuestas del mundo físico-natural no conocen nada acerca de su medida ni de su justicia, porque son así y no pueden ser de ningún otro modo, las del mundo social, por el contrario, en la medida que no son necesarias, si tienen que ser medidas con los criterios del valor, de la justicia y de la proporcionalidad*”²². Es por tanto la existencia de convenciones (reglas), y no de las estructuras previas, las que condicionan el concepto de persona. Y justamente la introducción de este criterio valorativo y normativo es el que distingue su pensamiento del criticado, que si es puramente *funcionalista* y parte de un concepto estrictamente natural de individuo.

Precisamente por esta coincidencia con los planteamientos básicos del *funcionalismo sistémico*, la fórmula de Jakobs es susceptible de recibir idénticas críticas. Me detengo únicamente en la referida al concepto de Derecho. Así, se considera que toda justificación de las normas es irracional, al negar o ignorar toda posibilidad de una fundamentación cimentada en discursos de la razón práctica. Por consiguiente trata los hechos y las normas -es decir, el plano lógico del ser y el del deber ser- como funcionalmente equivalentes. Es conocida la crítica de Habermas, al denunciar un proceder “*sospechoso en la conceptualización del Derecho positivo, ya que Luhmann no lo concibe como el producto de una simple decisión (decisionismo) pues entonces un conjunto de normas así justificado, sin ninguna referencia legitimadora, dejaría de ser funcional. Por ello se ve obligado a recurrir expresamente a la ideología como referencia del mismo, y aunque ésta se base en el irracionalismo, no deja de operar como una apoyatura axiológica –esto es con una llamada a los juicios*

²¹ Ídem, *op. cit.*; p. 43.

²² *Ibidem*.

de valor-, pero que se ve ideologizada"²³. En el caso de la justificación del *Derecho penal del enemigo*, o se apoya en un mero "decisionismo" (imperativo, mandato, desobediencia), o segunda posibilidad, para evitar su no funcionalidad, y sin dejar de afirmar la intrascendencia de los valores, acude a la ideología como último recurso (individuo, no-persona, enemigo), con lo que no introduce criterios racionales generales, sino los propios del intérprete. En este sentido, la concepción de la "conducta desviada" parte de una visión moralizante del hombre y de la sociedad, entendiéndola como una "falta de algo", en especial de carencia de pautas morales; como una especie de anomia (*anomos*), esto es, sin ley, carente de restricción, de templanza, forma o pauta. La consecuencia de esta concepción es la desaparición de cualquier manifestación de la libertad individual, ya que se difumina de modo total y absoluto cualquier atisbo de autonomía personal²⁴.

También conviene incidir en la naturaleza jurídica de la doctrina del *Derecho penal del enemigo*. Muchos autores no ha considerado esta cuestión, otros simplemente la han planteado pero sin contestarla²⁵, mientras que otros parecen negar tal condición²⁶. Particularmente me ofrece dudas su caracterización como Derecho la misma forma con que se plantea la solución del conflicto, pues más que solución es una disolución o negación del mismo. A este respecto la misma idea de Derecho conlleva la de conflicto, y ésta queda aquí completamente orillada al prevalecer la exigencia de exclusión de los no-personas. Unido a este argumento cabría plantearse si las soluciones que propone son reglas, esto es, directivas de conducta anudadas a una pretensión de validez. Podría pensarse tal vez que no, puesto que los enemigos ya están excluidos automáticamente del Derecho penal *ordinario* y entonces su alternativa, el *Derecho penal del enemigo*, no persigue regular sus conductas, sino exclusivamente prevenir los peligros que generan. En cualquier caso, más allá de estos interrogantes, lo que sí

²³ HABERMAS, Jürgen, "La lógica de las ciencias sociales" (trad. M. Jiménez Redondo), Madrid 1988, p. 382 a 387.

²⁴ GOULDNER, Alvin, "La crisis de la sociología occidental" (trad. N. A. Miguez), Buenos Aires 1979, p. 388.

²⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: "La expansión del Derecho Penal", 2ª edición, Madrid (Civitas) 2001, p. 163.

²⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco "De nuevo sobre...", cit., p. 67 y ss.; y, GRACIA MARTÍN, Luis, op. y loc. cit; p. 42 y 43.

parece claro es que la concepción de Jakobs concibe la infracción, en última instancia, como una mera desobediencia al poder establecido, en una trasgresión del mandato. Es en esta concepción donde asoma la característica fundamental de su doctrina: la sustitución de la pretensión de validez de las normas por una pretensión de verdad. De suerte que, tras este enfoque supuestamente científico del Derecho penal, se elude la discusión acerca de toda referencia valorativa. Es así como desaparece el valor central de todo ordenamiento jurídico: la idea de justicia, del que luego derivan aspectos parciales, como son los requerimientos de seguridad jurídica, libertad, eficacia, etc²⁷.

Así pues, si la idea de justicia constituye el valor central de todo ordenamiento jurídico, tiene que partirse de este concepto. En nuestra cultura el paradigma desde el que se ha de analizar la elaboración del *Derecho penal del enemigo* es desde el de los presupuestos del Estado de Derecho. Pues como resulta una obviedad, es en el que todavía seguimos conviviendo. De suerte que, mientras no se desee cambiar el modelo, el Derecho penal se halla insito en el marco de un conjunto de reglas, positivizadas y constitucionalizadas, que responden a esta concepción del individuo, de la sociedad, del Estado y del ejercicio de poderes, obligaciones y derechos.

Pero antes de apuntar esta crítica interna desde los parámetros propios de un Estado de Derecho, me parece necesario alegar una consideración en cierta forma más amplia, ya expresada al formular la crítica que comparte con el *funcionalismo sistémico* y su proceder sospechoso con la introducción de criterios ideológicos. En mi opinión, el punto de partida del *Derecho penal del enemigo*, diferenciando entre personas y no-personas, entre personas e individuos, entre ciudadanos y enemigos, es antes que nada, un regreso a la tribu, a la caverna y por tanto el fin del progreso de la humanidad. Supone un retroceso milenario en el mundo de las ideas, para llevarnos a la recuperación de las nociones de las culturas antiguas acerca de “los otros”, los que no pertenecen a nuestra tribu, a los que están fuera de la caverna. Nos propone un regreso a la noche de los tiempos, a construir dos sistemas: uno de reglas para los ciudadanos y otro precisamente para los enemigos, es decir, para los extraños, para los diferentes, para los que no son como nosotros, esto es, para los bárbaros, en su sentido

²⁷ Ampliamente VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, “*Fundamentos del sistema penal*”, 2ª edición, Valencia (Tirant) 2011, en especial pp. 663 y ss.

original. En este sentido, por ello mismo, previamente a discutir la cuestión sobre un concepto empírico o normativo de persona, estimo más importante desvelar el principio moral sobre el que descansa, en última instancia, una construcción de esta naturaleza. Y no he encontrado ningún principio moral que justifique esta tesis más allá de una ideología. Tampoco he hallado ninguna carta internacional de derechos donde pueda colgarse esta construcción. En este sentido, Gracia Martín, recuerda que la idea de dignidad del hombre, en la tradición del pensamiento jurídico occidental plasmada en las declaraciones de derechos, se distinga entre derechos de la persona, entendidos como sinónimos de individuo de la especie humana, y derechos del ciudadano, referidos a los pertenecientes a una determinada comunidad política. Los primeros se reconocen a todo ser humano por el mero hecho de serlo, mientras que los segundos si pueden ser objeto de limitación o restricción²⁸. Esta idea ya había sido subrayada por Ferrajoli, al recordar que desde la Declaración de Derechos de 1789, hombre y ciudadano representan dos estatutos jurídicos, uno anudado a los derechos fundamentales de la personalidad y que posee cualquier ser humano, y otro referido a la ciudadanía, limitado a los ciudadanos²⁹. Y como resulta obvio, la separación entre individuos y personas, con la negación de derechos fundamentales a los primeros, no se corresponde en absoluto a esta tradición³⁰.

Hasta ahora se ha convenido que el definido como enemigo tendrá que ser sometido a un Derecho penal excepcional, en el que sus derechos y garantías se verán seriamente recortadas. Pero el contenido y alcance de estos recortes no ha sido precisado. Por ejemplo,

²⁸ FEBRAJOLI, Luigi, *“Funcionalismo strutturale... op. cit; p. 41.*

²⁹ *“Derechos y garantías”, Madrid (Trotta) 2000, p. 98*

³⁰ En este sentido, puede decirse que, hablar de un *Derecho penal del enemigo* es una contradicción o un juego retórico, puesto que en sentido estricto sólo cabe hablar de “enemigo” dentro de una situación de guerra, y entonces lo que debe aplicarse no es el Derecho penal ordinario, sino la normativa internacional sobre “usos y costumbres de la guerra”. Y para ello, tal vez la Corte Penal Internacional debe y puede ser también un instrumento idóneo. De nuevo nos situamos antes dos únicas alternativas: los juristas debemos elegir entre las *over reaction* del Estado singular, esto es, entre la emergencia de un Derecho penal excepcional, o entre las instituciones del Derecho internacional fundamentalmente contenidos en el Convenio de Ginebra.

en relación a la libertad de expresión, a la libertad ambulatoria, a la integridad moral, al honor, o incluso a la vida e integridad física.

Este somero enunciado de derechos y libertades fundamentales que pudieran verse drásticamente aminoradas, comporta que esta doctrina contradice frontalmente el propio Estado de Derecho.

Conviene recordar que el Estado de Derecho, al descansar en la división de poderes, suministra la posibilidad de una legitimidad fundada en una racionalidad que garantiza la imparcialidad de los procedimientos legislativos y judiciales. Este tipo de *racionalidad procedimental* constituye la única dimensión posible para asegurar al sistema jurídico un momento de incondicionalidad y una estructura sustraída al ataque constante de la contingencia. Es entonces cuando podrá hablarse de una racionalización de los procedimientos institucionalizados jurídicamente³¹. De aquí la necesidad de establecer límites a la acción estatal, incluso si su intervención se justifica en aras de un mayor bienestar³², de tutelar la libertad o de garantizar la seguridad.

Por esta razón se ha afirmado que sólo el Derecho es el futuro de la democracia. De aquí la necesidad de elaborar el Derecho penal de un Estado de Derecho desde la idea de democracia. ¿Y por qué democracia?³³. Quizás porque como dijera Radbruch, es la única forma de gobierno apropiada para garantizar el Estado de Derecho³⁴. La democracia es simplemente un modo de ejercer el poder estatal, más exactamente la forma de ejercerlo mediante el poder del pueblo³⁵. Su núcleo reside en la soberanía popular y en su sentido formal no indica su contenido, sino sólo la forma de tomar decisiones en el ámbito

³¹ HABERMAS, Jürgen; "Escritos sobre moralidad y eticidad" (trad. M. Jiménez Redondo), Barcelona 1991, pp. 148-172.

³² Insiste en esta idea KEANE, John, "Democracia y sociedad civil" (trad. A. Escotado), Madrid 1992, pp. 12-20.

³³ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, "Derecho penal y teoría de la democracia", Cuadernos Jurídicos, 30, 1995, p. 10.

³⁴ RADBRUCH, Gustav, "Derecho por encima de las leyes y leyes que no son Derecho", en "Derecho injusto y Derecho nulo" (trad. J.M. Rodríguez Paniagua), Madrid s/f., p. 21.

³⁵ MACCORMICK, Neil, "Legal right and social democracy", Oxford 1982, p. 27.

político. La democracia por tanto es ante todo un método para tomar decisiones, y no apunta al *qué*, sino al *cómo* se ejerce el poder³⁶.

Ahora bien, la democracia no es un concepto de clase, sino que únicamente puede definirse respecto de un ideal. Y los ideales democráticos apuntan a su significado, a los valores relacionados con esta forma de gobierno. Es sobradamente conocido que los ideales democráticos se materializan en los derechos fundamentales. Derechos fundamentales que como ha expuesto Vives Antón “no son solamente garantías frente a los poderes públicos, ni concreción de una serie de valores sustantivos que la Constitución incorpora, sino que, tal vez de modo primario, representan las reglas básicas de procedimiento a las que ha de ajustarse la toma de decisiones en todo sistema democrático”³⁷.

Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales son la esencia misma de la idea de democracia, erigiéndose en los pilares desde los que se levanta el edificio del Estado de Derecho. Desde este entendimiento, la democracia aparece como un ingenioso sistema de asignación de poderes, con sus delicados equilibrios y sus medios de control. En su seno, el poder punitivo no escapa a este modelo y debe configurarse como orden externo necesario para garantizar la convivencia, desde la idea de libertad como valor supremo del ordenamiento jurídico. Y sin excepciones; ni siquiera la lucha contra el terrorismo puede escaparse fuera de los límites infranqueables de un Derecho penal de un Estado de Derecho *democrático*. En este extremo conviene recordar que el Estado de Derecho y sus garantías, es una cuestión de grado, dependiente del reconocimiento de los derechos fundamentales, de la precisión de los límites impuestos a los poderes

³⁶ ROSS, Alf, “Por qué democracia?”, (trad. R.J. Vermengo), Madrid 1989, pp. 24 y ss. En el mismo sentido DÍAZ, E.: “La justificación de la democracia”, *Sistema*, nº. 66, Madrid 1985, p. 28. También puede verse una justificación muy amplia en el trabajo de RAWLS, J.: “Las libertades fundamentales y su prioridad”, en “Libertad, igualdad y Derecho” (trad. G. Valverde Gefael), Barcelona 1988.

³⁷ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, “Reforma política y Derecho penal”, *Cuadernos de Política Criminal* 1, 1977, pp. 73 y ss; “Estado de Derecho y Derecho penal”, en “Comentarios a la ley penal”, tomo 1, Madrid 1982, p. 1; y “La reforma del proceso penal” en “La libertad como pretexto”, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1995, pp. 248 y ss.

públicos y del grado de efectividad de los controles de este sistema de garantías³⁸.

Por eso mismo, lo que cabe discutir en el seno de un Estado de Derecho es el grado de protección de los derechos y garantías, y el equilibrio y solución de los conflictos generados entre unos y otros. Pero a mi entender, lo que si queda fuera del debate, por constituir una contradicción lógica, es la existencia de una legislación sin sujeción a los controles y garantías constitucionales. La democracia sólo puede defenderse con la democracia. No puede aceptarse la tensión "amigo-enemigo", convirtiendo en un "bárbaro subhumano" o "fanático irracional" al terrorista o a cualquier otro ser humano calificándolo de enemigo. Desde aquí es fácil luego deslizarse por la criminalización del crítico como traidor, entrar en la tensión amigo-enemigo, aducir que la única respuesta que puede comprender es la fuerza, y en fin, dejarse llevar por políticas que lo justifican todo³⁹.

En otros trabajos anteriores constaté la incompatibilidad de la doctrina del derecho penal del Enemigo con el Estado de Derecho, mediante el análisis de la infracción con los principios y derechos fundamentales que constituyen la arquitectura esencial del mismo. En concreto, en relación a la presunción de inocencia, igualdad y no discriminación, legalidad y seguridad jurídica, y proporcionalidad, al considerarlos los pilares básicos del Estado de Derecho⁴⁰.

³⁸ FERRAJOLI, Luigi, "Il Diritto come sistema di garanzia", *op. y loc. cit.*

³⁹ Cfr, TERRADILLOS BASOCO, Juan, "Terrorismo y Derecho", Madrid 1988.

⁴⁰ Cfr, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, "La rinascita del pensiero autoritario n'ellintero dello Stato di Diritto: la doctrina del Diritto penale del nemico", en "Delitto politico e Diritto penale del nemico" (a cura di A. Gamberini e R. Orlandi), Bologna (Monduzzi) 2007, pp. 199-232; "Feindstrafrecht. Die Wiedergeburt des autoritären Denkens im SchoBe des Rechtsstaates", Berlin (Lit Verlag) 2007; "El renacimiento del pensamiento totalitario en el Estado de Derecho: la doctrina del Derecho penal del enemigo", Revista Penal nº 19, enero 2007, pp. 52-69.

Genocidio, jurisdicción universal y criminología cautelar*

DR. MATÍAS BAILONE**

Sumario

1. Introducción
2. El Genocidio: de neologismo a elemento de cooptación
3. La criminología de los crímenes de estado
4. La jurisdicción universal y el genocidio en un caso concreto

1. Introducción

Cuando llegué a Ciudad Real hace una década, la memoria de los argentinos en las dos Castillas se remontaba a las estancias doctorales de Stella Maris Martínez y de Luis Fernando Niño, y la influencia que ejercieron sobre los jóvenes profesores y avanzados estudiantes salmantinos. La biblioteca del gran maestro de maestros, Don Marino Barbero Santos, guarda aún, en la Universidad de Castilla – La Mancha, las tesis doctorales de tan importantes discípulos barberianos, marcadas, anotadas y elogiadas por su propia pluma.

* La presente es la reconstrucción de la conferencia brindada en las “Jornadas sobre Cuestiones actuales de Derecho Penal”, organizadas por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, el 14 de abril de 2015 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. A ello se debe su estilo coloquial y la ausencia de notas y comentarios marginales.

** Profesor de Criminología y de Derecho Penal Internacional de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Nacional de La Matanza (Argentina). www.matiashailone.com; matiasbailone@gmail.com

La generosa invitación de los colegas cubanos para formar parte de esta obra, me pone en el compromiso de honrar al discípulo latinoamericano de Don Marino, a uno de los exponentes más destacados de la generación de mi Maestro Raúl Zaffaroni, y a uno de los jueces más honestos y ejemplares que conozco. Su generosidad y su militancia judicial a favor de las libertades y las garantías, lo convierten en un modelo de jurista y de juez democrático. Sirvan estos párrafos que siguen, como modesto pero sentido homenaje a su magisterio.

2. El Genocidio: de neologismo a elemento de cooptación

El genocidio es el delito más grave que puede acometer un ser humano, el rompimiento del lazo social más profundo y duradero. La sombra de sus consecuencias se extiende temporal y capilarmente a través de toda una etapa muy compleja, que se da en llamar pos-genocidio, y que es la consumación de los deseos de reidentificación societaria del perpetrador y su clase.

Que esta figura es la más grave del catálogo punitivo de la modernidad, lo demuestran los códigos penales más avanzados de la actualidad, los tratados internacionales y la costumbre jurídica afianzada desde la segunda posguerra europea.

Hay una asociación muy simplista, pero no por ello menos extensa entre académicos y entre penalistas del derecho internacional, de simplificar la mirada sobre el genocidio como un conjunto de muertes violentas que se da en el contexto de luchas civiles o de procesos dictatoriales. El dato sobre la masificación de la producción de víctimas, de la simple pluralidad victimal, de matanzas barbáricas, ha sido un elemento de confusión permanente a la hora de brindar o pretender brindar un marco conceptual adecuado a este tipo de fenomenologías violentas. Así, se prefiere o se superpone al concepto de genocidio, el de masacres, 'limpiezas étnicas', crímenes de masa, políticidio, o el laxo concepto de delitos contra la humanidad o de lesa humanidad.

Es responsabilidad de los penalistas, que a veces han dejado el espacio académico y crítico del derecho penal internacional a los internacionalistas o los investigadores de los derechos humanos, el no haber propiciado un nivel de discusión madura acerca de estas situaciones extremadamente complejas, que requieren de diferenciación de experiencias históricas y de catalogación científica. Es también

responsabilidad de la política internacional, de los burócratas diplomáticos que viven al amparo de la financiación de Naciones Unidas, el hecho de sembrar mayor confusión que certeza a la hora de nombrar y de crear un plexo convencional que sólo sirve a los intereses de las potencias colonialistas. Prefieren dejar estas situaciones bajo un manto grisáceo de indefinición, para poder utilizar estos conceptos vacíos en la legitimación de sus incursiones bélicas y de agresión sobre países indefensos (no sólo el concepto de genocidio o de lesa humanidad, sino principalmente el de terrorismo, son usados para estos fines espurios).

El crimen sin nombre, el delito que mayores muertes violentas ha causado en toda la historia de la humanidad, fue nombrado por vez primera por un jurista polaco que intentó no sólo su "*nomen iuris*" sino además su conceptualización compleja. Raphael Lemkin fue quien en una obra de 1944 mencionó la necesidad de una nueva forma de nombrar este crimen bárbaro: el avance del Triple Eje sobre una Europa ocupada, que iba produciendo una masacre terribilísima con un formato de la modernidad. Lemkin identificó algo diverso, con respecto a las masacres de la antigüedad, aquellas donde el invasor no dejaba nada en pie, y donde se eliminaban a todos los que se podía, produciendo muertes en masa.

En las nuevas masacres de la modernidad, idealmente en los casos del genocidio armenio y del genocidio nazista de la segunda contienda bélica, se identificaba algo novedoso: la eliminación física no era el objetivo primordial de los planes genocidas, sino que a veces era el medio para obtener la finalidad principal de la mentalidad de los perpetradores, que era ni más ni menos, que la reorientación identitaria de la sociedad en donde opera el crimen. La eliminación física era el último medio, pero sólo un medio, para lograr modificar la sociedad de acuerdo a los patrones del perpetrador.

El nazismo da un ejemplo muy claro al respecto. Las primeras etapas del ascenso del Partido Nacional Socialista Obrero Alemán se concentraron en las políticas diplomáticas en las cuales se negoció con la Autoridad Palestina y con países de todo el orbe (República Dominicana fue el caso más exitoso) la expulsión consensuada de poblaciones judías de Alemania y de países del Este. El propio Adolf Eichmann fue el negociador con autoridades de la comunidad judía internacional. Es decir, el objetivo era modificar el grupo nacional alemán, a través de la erradicación de una parte del mismo, que serían los judíos alemanes, y para ello no necesariamente tuvieron que recurrir al comienzo a la simple eliminación física. Eso fue parte de

procesos posteriores y finales, la propia 'Solución final' y la previa construcción de las políticas concentracionarias se describen históricamente como resultado del fracaso de aquellos intentos consensuados de desplazar geográficamente a la población judía, así como a la gitana, homosexual, etc, que eran las comunidades que sufrieron la persecución racista y xenófoba del nazismo alemán.

Raphael Lemkin escribe sobre lo que sufre él y su comunidad en los años cuarenta, sienta las bases de este nuevo escenario mundial, y es convocado en la posguerra por la Asamblea General de Naciones Unidas para redactar el borrador de la futura convención internacional que sancionará y prevendrá este crimen atroz. Esa comisión de redacción estuvo integrada por tres de los más grandes juristas de su época: el propio Lemkin, el juez francés de Nüremberg Donnedieu de Vabres, y el presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal, el jurista rumano-italiano Vespasiano Pella.

La comisión trabajó arduamente en conciliar el impulso de Lemkin con el derecho internacional de su época, y a pesar de no haber tenido en cuenta dos grupos protegidos (la diversidad sexual y la discapacidad, ya que para ese momento histórico los países centrales criminalizaban la homosexualidad y la políticas eugenésicas eran bien vistas por la comunidad internacional), y de un apartamiento de los postulados originales del libro de 1944, el borrador de 1946 fue uno de los textos más importantes sobre la materia. La Asamblea General de Naciones Unidas aprueba el 11 de diciembre de 1948 un texto convencional que sirvió de muy poco para las experiencias históricas futuras, ya que lo hizo a la medida de los condicionamientos de ambos bloques bipolares de la guerra fría. Tanto los soviéticos como los Estados Unidos, no querían que sus propias aventuras colonialistas, sus gravísimos crímenes contra pueblos enteros, pudieran ser catalogados por el nuevo concepto estrella del derecho internacional.

De todas las limitaciones y cercenamientos que la Convención para la represión y prevención del Genocidio de Naciones Unidas que, como dijimos, fueron fruto de las presiones políticas de los países centrales, la más importante fue la exclusión de los 'grupos políticos' como grupos protegidos de la Convención. Esto es lo que más críticas ha suscitado entre académicos y activistas de derechos humanos, ya que como el propio Lemkin decía, casi todos los genocidios de la modernidad eran ideológicos, por lo que agrupaban a las víctimas desde el punto de vista político.

Dos caminos han trabajado sobre esta exclusión, uno jurisprudencial y otro académico. Uno es el conocido como método Garzón,

por la utilización que hizo el antiguo Magistrado de la Audiencia Nacional de España, Baltasar Garzón Real, en los casos de Chile y Argentina a finales de los años noventa. Allí se utilizó como categoría remanente el llamado ‘grupo nacional’, ya que sería la forma de englobar a las víctimas dentro de un conglomerado general, del que formaban parte y cuya estructura identitaria se quiso modificar con el propio proceso genocida. El otro es el intento de algunos sociólogos del genocidio, que argumentaron que el criterio para identificar a los grupos protegidos tiene que ser móvil y cambiante, como el propio sujeto organizador del genocidio, es decir, la mentalidad del perpetrador. Es en la mente del perpetrador donde está la categoría de aglutinamiento, y es allí, donde hay que abreviar *ex post facto*, para poder determinar la identidad del grupo.

Todas estas discusiones, polémicas y debates que se generaron con las experiencias históricas del siglo XX, suscitaron un campo académico propio desde la sanción de la Convención de Naciones Unidas, un campo polivalente y transdisciplinario, que incluyó a historiadores, a antropólogos y filósofos, pero principalmente a sociólogos, y que desde hace 40 años vienen trabajando sobre estos temas tan importantes.

Cuando Lemkin previó la necesidad de esta nueva nomenclación, de este novedoso concepto jurídico y sociológico, la gravedad del asunto estaba delimitada por los tremendísimos hechos históricos de su contemporaneidad. La posteridad no fue menos apabullante en el exceso del horror y en la peculiaridad de los crímenes de masas.

La llamada “conciencia de la humanidad”, el mentado “espíritu de la posguerra”, son entelequias que han gestado los propios [Estados] responsables de esas masacres, para petrificar en el pasado los “hechos atroces”, calificándolos así con adjetivaciones subjetivistas y marcándolos como eventos del pasado sin posibilidad de repetición o de generalización. Esa es la forma de garantizar la impunidad por los crímenes del futuro.

3. La criminología de los crímenes de estado

Desde que William Chambliss se dirigiera a la Asamblea de la Asociación Americana de Criminología, en su carácter de presidente de la misma, para mencionar un cierto olvido de los estudios criminológicos sobre un factor criminal muy importante, el actor estatal, se ha venido denunciando estas ausencias con cada vez mayor énfasis.

Era 1989 y la geopolítica imperial necesitaba un nuevo soporte discursivo que fundamentara sus aventuras militares y expansivas, y es el saber criminológico el que delimita el campo epistémico del llamado "State Crime".

Desde allí se ha venido suscitando, con los antecedentes de Frank Pierce y la necesaria genealogía sutherlandiana sobre la criminalidad de los poderosos, un campo nada homogéneo ni original, pero desde el que algunos discursos y praxis de las criminologías críticas cobraron valor para focalizar que nunca se había estudiado ni problematizado acerca de los delitos de los Estados.

Algunos trabajos pioneros, como los de William Laufer, Alex Alvarez, Wayne Morrison y en nuestro medio Eugenio Raúl Zaffaroni, señalaron que la criminología nunca tomó como objeto de estudio a las masacres, al genocidio y a los crímenes contra la humanidad. Luego esto continuó sobre un campo epistemológico en ascenso llamado "Criminología supranacional", por el carácter internacionalista de estos crímenes, o "Criminología de los crímenes de Estado". Posteriormente se vinculó a un campo que tenía un amplio desarrollo en las últimas dos décadas y que es la sociología que estudió el genocidio como proceso y constructo político social.

La obra de Wayne Morrison, como criminólogo, hace hincapié en cómo el genocidio quedó fuera del horizonte epistemológico de la ciencia criminológica. El autor neozelandés publica en 2006 su obra "Criminología, civilización y nuevo orden mundial", que gracias a la temprana recepción en el mundo hispano que hace Zaffaroni, se comienza a difundir como un libro clave y bisagra de las nuevas corrientes criminológicas. Zaffaroni se convierte en un importador cultural de altísima relevancia, al comentar ese libro en su versión inglesa, y al reescribir la historia de la criminología en clave cautelar en su monumental "La palabra de los muertos" (2011), en su premiado "Crímenes de Masa" (2010) y en su divulgativo "La cuestión criminal" (2011).

Zaffaroni mismo es el que ha hecho hincapié que en el siglo pasado las masacres estatales suprimieron la vida de cerca de cien millones de personas, o sea, uno cada cincuenta de la población del planeta, en tanto que las guerras causaron unos cuarenta y cinco millones de víctimas. Es decir que los estados mataron a más del doble de seres indefensos que todas las guerras juntas. Y todos los genocidios del siglo XX fueron cometidos por poderes punitivos, incluso los practicados por fuerzas armadas, pues cuando lo hicieron no fue en fun-

ción bélica sino punitiva. Por supuesto, esto no impide que todos los genocidas pretendan disfrazar a las masacres como guerras.

Los genocidios colonialistas y neocolonialistas también fueron cometidos por el poder punitivo. Casi no hubo guerras coloniales, sino simples ocupaciones policiales de territorios para organizarlos en forma de inmensos campos concentracionarios. La inmensa mayoría de las pretendidas guerras coloniales fueron pseudo-guerras, porque no hubo enfrentamientos entre fuerzas más o menos simétricas y, además, asumieron las características de guerras sucias, en las que no se respetaron las reglas de la guerra aduciendo que el enemigo salvaje no las conocía; tampoco se aplicó el derecho penal, porque los salvajes no eran delincuentes; luego, al igual que en la guerra sucia de la teoría del partisano de Carl Schmitt y de la seguridad nacional francesa y sudamericana, operaban en el vacío jurídico.

En último análisis, tampoco las masacres antiguas fueron cometidas en función bélica, porque tenían lugar cuando la guerra había cesado y el enemigo estaba vencido. Dado que no se había inventado la técnica policial de ocupación, para controlar el territorio, se terminaba masacrando a todos. Luego se fue desarrollando una técnica primitiva o prototécnica de ocupación territorial inspiradora de la verdadera o colonial, a la que respondieron, por ejemplo, la conversión forzada de la población islámica y la expulsión masiva de los judíos del sur español. A partir de la Revolución Mercantil hubo genocidios internos (herejes, brujas, disidentes) y externos (coloniales). La inquisición tenía funciones policiales, pero no de ocupación territorial, porque era anterior al colonialismo; por otra parte la inquisición romana no se proponía extender territorio sino centralizar el poder papal.

El control policial de territorio fue llevado de las colonias a las metrópolis en el siglo XVIII, como resultado del proceso de concentración urbana industrialista. La policía de ocupación territorial, clara manifestación del poder punitivo moderno, nació en las colonias y mucho más tarde llegó a las grandes ciudades metropolitanas, para controlar a los marginados concentrados en tiempos de graves conflictos por insuficiencia de capital en el período de la acumulación originaria.

La criminología nació entonces como legitimante del genocidio interno, con los demonólogos, que fueron los primeros etiólogos del mal, tal como Zaffaroni lo tiene estudiado en varias de las obras citadas. Siglos más tarde, en su etapa de reduccionismo biológico racista, pasó a cumplir la doble función de legitimar el genocidio externo y

el control interno de los inferiores –análogos a los colonizados -, entrando formalmente al campo académico en esta versión, producto de una alianza entre la policía urbana de las metrópolis (que tenía poder pero no discurso) con el estamento médico (que tenía discurso y no poder).

El derecho penal teórico pasó por alto los datos que verifican la peligrosidad genocida del poder punitivo, pues se manejó sólo con el deber ser de éste, lo que le permitió su parcial legitimación discursiva, neutralizada por la explotación que de sus contradicciones hicieron los totalitarios, que directamente impulsaron la venganza. De este modo, ignoró por completo su potencial genocida y reorganizador de la sociedad.

4. La jurisdicción universal y el genocidio en un caso concreto

Hace justamente cinco años, en una Buenos Aires que se levantaba álgida por el orgullo de estar dando el ejemplo en relación al juzgamiento y castigo del genocidio local, nos presentábamos a las puertas de la Cámara Federal de la Capital para entregar a sorteo la querella para investigar, en virtud del principio de jurisdicción universal, los crímenes de genocidio y lesa humanidad del franquismo en España.

La querella contra el franquismo es un hito de la justicia penal internacional y el resultado de una larga lucha de la España soterrada durante 40 años de posgenocidio y casi el mismo tiempo de democracia. Quiero homenajear a las víctimas del genocidio franquista, de ese fascismo dictatorial y asesino, que sumergió a España en un atraso de centurias y un régimen despótico que aún hoy se mantiene impune.

Una de las grandes enseñanzas de Barbero Santos, famoso penalista español que fuera maestro de Luis Niño y que siguió la senda humanista de los exiliados republicanos, en su especial interés en las relaciones interpersonales entre la política y el derecho penal, fue la de señalar el marco institucional de las diversas reformas punitivas, y cómo una dictadura sangrienta y genocida, como el llamado “régimen de Franco”, fue un lugar propicio para las peores manifestaciones punitivas y violatorias de los derechos humanos.

El 14 de abril de 2010, en el año del Bicentenario de la Revolución de Mayo y a 79 años de la proclamación de la Segunda República española, con un grupo de abogados y de militantes de derechos humanos, presentamos una querella (en la que estuve trabajando desde

2008 en España, con el asesoramiento y colaboración de Joan Garcés, y bajo la idea original de Emilio Silva y Ariel Jeréz, de la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica) para que un juzgado federal de la Ciudad de Buenos Aires (de acuerdo al artículo 118 de nuestra Carga Magna) investigue y juzgue los crímenes del franquismo, en virtud del principio de jurisdicción universal.

El primer querellante fue Darío Rivas Cando, un emigrante gallego de 95 años que desde el año 1952 estaba buscando los restos de su padre, fusilado por la falange el 29 de octubre de 1936 por haber sido alcalde republicano en Castro de Rei. La valentía de Rivas fue el estandarte detrás del cual se encolumnaron muchas familias españolas y argentinas que quisieron encontrar los restos de sus parientes, y el reconocimiento por parte del gobierno español de su calidad de víctimas. Más allá de que todavía hay muchos victimarios vivos y con buena salud, especialmente los torturadores y asesinos parapoliciales de los últimos años del franquismo, los asesinos del padre de Darío ya no están para poder responder ante la justicia. Pero los procesos judiciales, como escenarios performativos privilegiados, no están sólo para arribar a una pena, sino –en estos casos más que nunca– para la obtención de una verdad jurídica que instaure la memoria histórica.

Desde esa fecha, la causa 4591/2010 ha tenido una vida jurisdiccional compleja, pero muy buena acogida en los grupos de derechos humanos y en la prensa nacional e internacional. Los pedidos de captura y detención de la jueza federal Dra. María Romilda Servini de Cubría, que tuvieron un azaroso camino, y estaban dirigidos contra torturadores y asesinos del tardofranquismo, fueron demorados en suelo español, primero por nuestra embajada, y después por el gobierno español actual, que ha argumentado disparatadas justificaciones para eludir la acción de la justicia. Los abogados de la querrela, que conformamos un grupo plural y activo, y con verdadera militancia por los derechos humanos, hemos persistido en la lucha y la compañía a las víctimas, como la gran labor de Ana Messuti, de Carlos Slepoy, de Beinusz Szmuckler, de David Baigún, de Máximo Castex, de Ricardo Huñis, de Carlos Zamorano y Héctor Trajtemberg¹.

¹ Recién recordábamos la gran obra académica de Ana Messuti, que es la tesis doctoral que tanto elogió Ignacio Berdugo, y su compromiso con las

A seis años de la querrela contra el franquismo, podemos decir que es un triunfo de la jurisdicción universal. Este principio del siglo XVII que dice que cualquier juez de cualquier lugar del mundo puede actuar jurisdiccionalmente cuando el juez natural no lo hace, en los gravísimos y excepcionales casos de crímenes del derecho internacional, como el genocidio o los crímenes llamados contra la humanidad o de lesa humanidad. Este principio es una conquista de las víctimas de estos crímenes, es una victoria del humanismo por sobre la diplomacia que rige al derecho penal internacional de los países centrales.

Lamentablemente, seguimos prisioneros de un esquema colonialista en cuanto al desarrollo del instrumental del derecho penal internacional. Más allá de las críticas al proceso judicial militar de Nüremberg, claramente significó un momento fundante de la historia contemporánea, en la que quedó claro que esos “crímenes atroces” no pueden quedar impunes. Pero la historia que vino después, fue la cooptación de esas conquistas de la humanidad por parte del poder realmente imperante, la bipolaridad de la Guerra Fría y posteriormente el del hegemonismo imperial norteamericano.

En nuestro medio, la obra y el magisterio de Daniel Feierstein se han encargado de demostrar que sólo regresando al origen de la obra de Lemkin, de su legado jurídico, y de una comprensión cabal y sociológica del “proceso genocida”, se puede utilizar al derecho internacional para llevar justicia, verdad y memoria a las víctimas de estos crímenes estatales. Con Feierstein tenemos un seminario de doctorado en la Universidad de Buenos Aires, que ya llevamos tres años de continuidad, en la que pretendemos unificar los caminos sociológico y jurídico para el estudio de este crimen. Lo que es un poco ir contracorriente con la ortodoxia interpretativa de la convención de

víctimas, tanto en suelo español, como el trabajo realizado acá en Argentina en el Juzgado Federal N°1. Recuerdo cuando fuimos a buscar a Ezeiza a Asunción Mendieta, que cumplió 89 años en el vuelo que la traía a Buenos Aires, también recuerdo sus lágrimas cuando decía que por primera vez iba a declarar ante un juez, por el fusilamiento de su padre, por haber sido leal a organizaciones sindicales republicanas. En enero de 2016 se produce un hecho inaudito en la historia de España, esta querrela y esta declaración de Asunción Mendieta, hizo que se autorizara por la jueza argentina la exhumación de su padre, Timoteo Mendieta, lo que así se realizó.

Naciones Unidas y la forma en que los teóricos al uso del derecho penal internacional, abordan este tipo de problemáticas.

Desde la criminología cautelar entendemos al genocidio como un proceso, cuya finalidad real no es tanto el momento consumativo de la aniquilación física, sino que su verdadera esencia es la necesidad de reorganizar la sociedad en la que se produce ese crimen. La reidentificación societaria, de acuerdo al patrón cultural y político del perpetrador y su clase, es la razón por la que los genocidios se producen, por la que se eliminan sectores enteros de la sociedad.

Cambiar la identidad política de la sociedad es lo que el franquismo hizo con el genocidio planificado sobre una España republicana, laica, liberal, europeizante, cosmopolita, tolerante y respetuosa de los derechos fundamentales. De las “dos Españas”, una aniquiló a la otra, la eliminó físicamente, pero primordialmente la eliminó del patrón societario. Reorientó a la sociedad nacional, excluyendo los elementos que consideraba incompatibles con sus intereses de clase. El éxito de esa empresa de la llamada Guerra Civil y las posteriores cuatro décadas en las que el régimen genocida siguió consumando ese aniquilamiento totalizante, hicieron que la sociedad de la llamada “Transición” experimentara ese momento tan crucial para los genocidios, que es el momento pos-genocida, cuando se ven los resultados y las ganancias de tanto esfuerzo asesino.

Es Gregorio Morán quien se encarga, en uno de los más lúcidos libros políticos españoles y más vilipendiados por el régimen transicionista, de decir que la operación más exitosa de la transición española fue la de poner a todos en un pie de igualdad ante el pasado. Un proceso de desmemorización colectiva, no de olvido, sino de algo más preciso y voluntario, la capacidad de volverse desmemoriado. La generación dominante en España en 1975 logra instaurar la igualdad de los desmemoriados, la de quienes renacen ya en un estado de cosas que les benefician y que les pertenece. Una acumulación originaria que los pone en el lugar de los que dictan las órdenes y también los relatos del pasado.

El proceso de transición a la democracia no obligaba a extirpar la experiencia personal y su propia historia y responsabilidad en la catástrofe, sino que era una ‘sugerencia’ de obligado cumplimiento si se aspiraba a ser socialmente reconocido. Así surge una clase política que usufructúa los beneficios del pos-genocidio, y que se jacta –a la manera de Dostoievsky en los Hermanos Karamazov- que si el pasado no existe, todo está permitido.

El caso español es paradigmático, así como el del genocidio indonesio, del cual hay un documental fascinante y espeluznante que se llama "The Act of Killing", que siempre utilizo en mis clases, y que muestra esa faceta de las sociedades posgenocidas, donde el éxito de los victimarios es patente y todavía impune. Chile es otro caso, con una constitución escrita por el perpetrador mismo del genocidio, de acuerdo a su modelo societario, que fue el que instaló a sangre y fuego. Mientras sigan vigentes sus modelos de sociedad, el genocidio seguirá extendiendo su sombra ominosa sobre la contemporaneidad y sobre las víctimas.

Tenemos el orgullo nacional, que hace ya más de una década se inició en Argentina el camino de la justicia, de la verdad y de la memoria. Llevar a los estrados judiciales a los perpetradores, a los victimarios, también significó en paralelo desandar sus modelos de economía neoliberal y de política conservadora. Una cosa va unida a la otra, no hay forma de entender los procesos genocidas que comprendiendo la totalidad del fenómeno. Por eso en 2010, se quiso devolver a España, lo que el Juzgado de Instrucción N°5 de la Audiencia Nacional, en cabeza de la valentía y el coraje de Baltasar Garzón Real, hizo por Argentina y Chile: forjar procesos externos que sirvan para que el país de la catástrofe tome la causa por las astas y gestione ese proceso de regeneración de soberanía jurisdiccional.

La única forma de hacer caer los procesos abiertos por jurisdicción universal, es que el país de los jueces naturales, genuinamente juzgue y condene a los perpetradores. Que dignifique los tribunales de justicia nacionales. Que se comience a andar el largo proceso de instauración de memoria, verdad y justicia.

Los procesos genocidas buscan quebrar la solidaridad interna de las sociedades nacionales, buscan romper las relaciones de cooperación y autonomía. Y lo hacen a través de la instauración de sistemas de "terrorificación" de la sociedad, instigando a la delación generalizada y persecución al 'otro', cuya delimitación es el grupo al que se pretende eliminar.

Quizá estas peculiaridades son las que nos muestran la necesidad de seguir llamando "genocidio" a estos procesos y a los crímenes asociados a su fenomenología. La otra figura jurídica al uso, la de "crímenes contra la humanidad" –herencia de Nüremberg– sólo permite reflejar y comprender el delito cometido por el perpetrador, en tanto que el genocidio implica también la comprensión del propósito de la acción llevada a cabo por el sujeto activo, es decir, el tipo de identidad

societaria que se quiere suprimir, las características del grupo que se quiere eliminar, y así, comprender la transformación de la población en su conjunto, que la ausencia de los grupos exterminados (étnicos, nacionales, raciales, políticos u otros) produce en el tejido social.

La figura jurídica y sociológica del genocidio demanda activamente a la sociedad del pos-genocidio que reconozca las secuelas que produce en ella el aniquilamiento, evitando así que sea visto como un sufrimiento sectorial, como algo que le pasó a otras personas, y no a toda la sociedad.

Sobre esto querría decir muchas cosas más, pero me voy a limitar a decir algunas últimas palabras sobre cómo se trata esto en nuestro Anteproyecto punitivo nacional.

El Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina, cuya comisión de redacción presidió el Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni, que fue de conformación pluralista y que trabajó denodadamente en busca de los consensos necesarios para consumir el texto codificado, es uno de los modelos de vanguardia de legislación penal del que nos sentimos plenamente orgullosos. El trabajo previo que hicimos en 2008, con Zaffaroni, Luis Arroyo Zapatero, Adán Nieto Martín, Elías Carranza, José Saéz Capel, entre otros, en la Parte General del Anteproyecto para Bolivia, fue un insumo necesario de partida, pero de allí comenzó el arduo trabajo de la comisión argentina para unificar y traer seriedad a una legislación punitiva –como la actual– que está sumida en el caos y la descodificación.

Con respecto al genocidio, la comisión ha tenido una valiente posición vanguardista y en la línea de lo que vengo diciendo. Se contó con la asistencia de la “Asociación Internacional de Académicos del Genocidio”, y podríamos decir que es lo más avanzado y humanista que existe en proyectos de legislación. Sus tipos penales anteceden toda la parte especial, como el delito más grave y de mayor cantidad temporal de pena privativa de libertad.

Quizá la más arriesgada posición doctrinaria expuesta por la comisión, es la que no se limita a enumerar –como en *numerus clausus*– a los grupos protegidos, que es una de las características de la Convención, sino a incluir a cualquier grupo “identificado con criterio discriminatorio” dentro de la protección. Una larga discusión que surge en 1948, y que ha demostrado que una definición legal escueta como la de Naciones Unidas, sólo sirve para dejar fuera más de la mitad de las experiencias genocidas de nuestra era. Y que la única forma de entender el fenómeno, es que la definición y los contornos del grupo a exterminar lo da el propio perpetrador.

Se reemplaza el concepto de “intención” por el de “finalidad” y se deja entrever el carácter estatal de cualquier acción genocida, quizá decir con todas las letras que estos tipos de crímenes son sólo de producción estatal, hubiera sido más honesto, pero de difícil aprobación por parte de toda la comisión reformadora.

Para terminar, me gustaría decir que creo de avanzada y de vanguardia el Anteproyecto de Código Penal argentino que aún no tiene estado parlamentario. Que en este, como en todos los temas de la parte especial y de la parte general, se ha sistematizado, ordenado, modernizado una legislación hecha añicos. Que sería un gran gesto de madurez política, que todos los partidos y sectores, puedan apoyar esta iniciativa, para que se debata artículo por artículo en el parlamento nacional, y la sociedad toda pueda conocer la naturaleza y gravedad de sus leyes punitivas, que era una de las necesidades sociales que entendió magníficamente Beccaria hace 250 años.

La complicidad civil en los delitos de lesa humanidad

JAVIER AUGUSTO DE LUCA*

Sumario

1. Punto de partida
2. Los delitos internacionales son los comunes en un contexto dado
3. El caso argentino
4. Casos de otra naturaleza. La sociedad civil
5. Definición y orígenes de la complicidad civil en delitos de lesa humanidad
6. Problemas jurídicos
 - 6.1. Aporte banal o “conforme al rol”
 - 6.2. La prueba del conocimiento
 - 6.3. El contexto histórico
 - 6.4. La imposibilidad de actuar conforme a Derecho
7. Conclusiones

* Doctor en Derecho, Universidad de Buenos Aires. Titular Asociado de Derecho Penal y Procesal Penal, UBA. Expresidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal. Presidente del Grupo Argentino de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Miembro Comisión de Juristas del Digesto Jurídico Argentino. Miembro Comisión Redactora del Anteproyecto de Código Penal 2006. Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal. jabieraugustodeluca@gmail.com

1. Punto de partida

Esta breve presentación trata de los aportes a los crímenes internacionales tales como genocidios, de lesa humanidad o crímenes de guerra, o a las graves violaciones a los derechos humanos, que prestan sujetos civiles individuales, a título propio o como miembros de personas jurídicas, que no pertenecen a los aparatos organizados de poder oficiales o paraestatales. Intentaré separar el asunto de la complicidad e instigación del de las distintas formas autoría de las personas que pertenecen a esos aparatos de poder.

No se tratará aquí la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Debe adelantarse que en numerosos tratados internacionales se tipifica la complicidad en delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio¹.

2. Los delitos internacionales son los comunes en un contexto dado

Para que los delitos tradicionales sean considerados de lesa humanidad, u otros internacionales, deben haberse llevado a cabo como parte de un ataque generalizado y/o sistemático². Se excluyen los hechos aislados o aleatorios.

¹ Así, por ejemplo, en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes (artículo 4); Convención Internacional sobre Supresión y Castigo del Crimen del Apartheid (artículo 3.b); Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud (artículo 6); Convención sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (artículo 3.e); Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacionales (artículo 5.1.b); Convención sobre la Supresión del Financiamiento del Terrorismo (artículo 2.5.a); Convención Internacional sobre la Represión de los Atentados Cometidos con Bombas (artículo 2.3.a); Protocolo contra el Contrabando de Inmigrantes (artículo 5.1.b); Estatuto de la Corte Internacional de Ruanda (artículo 6) y de la ex Yugoslavia (artículo 7). Estatuto de la Corte Penal Internacional (artículo 25.3).

² Caso "Prosecutor vs. Tadic", Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, del 7 de mayo de 1997, apartados 647 y ss.

La generalidad es la existencia de un buen número de víctimas; y sistematicidad refiere a la existencia de un patrón o de un plan metódico. No es necesario que los dos requisitos se den acumulativamente. Así, el Tribunal Internacional para Rwanda sostuvo que el concepto “generalizado” puede ser definido como masivo, frecuente, de acción a gran escala, llevado a cabo colectivamente con seriedad considerable y dirigido a una multiplicidad de víctimas. Y el concepto “sistemático” puede ser definido como completamente organizado y consecuente con un patrón regular sobre la base de una política común que involucra recursos públicos o privados sustanciales³.

Se trata de injustos cometidos desde el aparato estatal, con un plan sistemático y generalizado de represión contra la población civil y, en muchos casos, acosos patrimoniales a las víctimas.

Las características de generalidad o sistematicidad que caracterizan la tipología del crimen contra la humanidad, no se vinculan o refieren a los tipos penales en particular sino al contexto en el que tienen ocurrencia⁴. Ello se puso en evidencia en los delitos sexuales cometidos contra víctimas de la represión ilegal⁵. Es que como dijo el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha sostenido que los crímenes en sí mismos no necesitan contener los elementos del ataque, es decir, ser generalizados o sistemáticos, pero deben formar parte de dicho ataque⁶.

Por ello, un acto ilícito que no sea de los habituales dentro del ataque, esto es, un delito que no sea de los prototípicos, ni de los expresamente planeados dentro del contexto de agresión, resulta un crimen contra la humanidad si objetivamente formó parte de ese ataque.

³ The Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu, case No. ICTR-96-4-T.

⁴ Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, causa 14168 bis, “Alonso, Omar y otros, recurso de casación”, resuelta el 20 de noviembre de 2013, registro 2063/13.

⁵ Vid, “Consideraciones sobre el Juzgamiento de los Abusos Sexuales cometidos en el marco del terrorismo de Estado”, elaborado por la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado y aprobado por Resolución PGN 557/2012, del 14 de noviembre de 2012.

⁶ Caso “Kayishema”, ICTR-95-I-T, del 21 de mayo de 1999, párrafo 135.

En consecuencia, para poner un ejemplo frecuente, no es relevante para esta categoría si la apropiación de bienes o de patrimonios constituyó una práctica generalizada o sistemática. La generalidad o sistematización como requisito de los crímenes contra la humanidad se refiere al ataque en general y no a cada clase de conducta.

En el caso argentino, este asunto se vio desde el principio. Jorge Rafael Videla, comandante en jefe del Ejército, cabeza de la dictadura y uno de los ideólogos del plan de represión, fue condenado como autor mediato de varios robos (26 hechos, en concurso real) cometidos por distintos subordinados mientras se ejecutaban otros delitos que sí formaban parte de la metodología nuclear empleada por el régimen, tales como violaciones a domicilio, secuestros y privaciones de la libertad (desapariciones), tormentos, homicidios, etcétera.⁷

Para probar el vínculo entre un delito y el plan sistemático debe observarse si la vulnerabilidad de la víctima frente a un crimen se ve acrecentada porque la conducta de su autor ocurre en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Es el parámetro de la protección frente al particular peligro que implica la múltiple comisión de crímenes perpetrados o tolerados por las autoridades (*de iure* o *de facto*).

Esto es lo que ocurre con ciertas conductas que se ven favorecidas o facilitadas por la existencia del ataque, precisamente porque no hay una autoridad dispuesta a evitarlas o a sancionarlas, ya que se trata de conductas cometidas al amparo del poder que sostiene la política de ataque generalizado o sistemático.

Ello no depende de si el delito en concreto fue ordenado por los mandos superiores, o no, porque las formas de violencia no se limitaron a un catálogo cerrado de conductas posibles, sino que existió un margen bastante amplio de dominio de los captores y de total indefensión y vulnerabilidad de las víctimas.

3. El caso argentino

La dictadura cívico-militar argentina (24 de marzo de 1976 al 9 diciembre de 1983), como primera medida de relevancia, dictó el

⁷ Ver la sentencia de la Cámara Criminal y Correccional Federal, en la colección de Fallos de la Corte Suprema de Justicia argentina, tomo 309, especialmente, las páginas 1610, 1612, 1639, 1649.

Estatuto y Reglamento del “Proceso de Reorganización Nacional”. La Constitución Nacional fue relegada a la categoría de texto supletorio. Las Fuerzas Armadas tomaron el control de todos los poderes del Estado, asumiendo así la suma del poder público.

Para realizar esos objetivos concibieron un plan que generó que a su amparo se cometieran delitos de toda clase, que excedían la declamada lucha contra la subversión que y en realidad tenían como propósito la implementación de un plan económico y de mutuo beneficio para los socios del sistema. Existieron muchos casos de esta índole que no se podrían explicar de otro modo.

Esos objetivos se conocieron expresamente el 29 de marzo de 1976 a través de un acta en la que se fijaban los propósitos del nuevo gobierno *de facto*. En su artículo 1, decía: “Restituir los valores esenciales que sirven de fundamento a la conducción integral del Estado, enfatizando el sentido de moralidad, idoneidad y eficiencia, imprescindible para reconstruir el contenido y la imagen de la Nación, erradicar la subversión y promover el desarrollo económico de la vida nacional basado en el equilibrio y participación responsable de los distintos sectores a fin de asegurar la posterior instauración de una democracia, republicana, representativa y federal, adecuada a la realidad y exigencias de solución y progreso del Pueblo Argentino”.

El llamado Plan Sistemático⁸ consistió básicamente en que durante un gobierno de facto, conformado por militares y civiles, se empleó el aparato estatal para desarrollar de manera sistemática y generalizada la represión contra distintos sectores de la población civil, identificados y seleccionados por sus ejecutores por su ideología política y antecedentes sociales, gremiales o sindicales, o por la mera sospecha de pertenecer a esos grupos humanos. Las acciones se desplegaron más allá de las estrictamente necesarias para impedir o repeler actos “terroristas” o “subversivos” ya que se extendieron a personas que no habían intervenido en tales actos y que no habían formado parte de asociaciones o agrupaciones no estatales que promovían hechos de violencia.

⁸ Está probado desde la sentencia de la Cámara Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal de diciembre de 1985, que condenara a los excomandantes en jefe de las Fuerzas Armadas. Fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Publicadas ambas en la colección de Fallos, en el tomo 309.

Las Fuerzas Armadas instrumentaron un plan clandestino de represión, que no se limitó a la represión de los actos de terrorismo. Por ese Plan se otorgó a los cuadros inferiores una gran discrecionalidad para privar de libertad a quienes aparecieran, según la información de inteligencia, como vinculados a la “subversión”. Esas facultades se extendieron a saqueos en las viviendas de los detenidos, a los interrogatorios bajo tormentos, al sometimiento de los detenidos a regímenes inhumanos de vida, a su mantenimiento en clandestino cautiverio y pérdida de la identidad, a la apropiación y sustracción de niños nacidos durante la detención de sus madres, entre otras cosas. También, se les concedió una gran libertad para apreciar el destino final de cada víctima, el ingreso al sistema “legal”⁹, la libertad o, simplemente, la eliminación física¹⁰.

⁹ A disposición del Poder Ejecutivo Nacional, porque regía el estado de sitio, o de la Justicia federal u ordinaria, e inclusive la justicia militar, si era del caso imputarles algún delito. A todo esto se le llamaba “blanqueo” y significaba para las personas que habían logrado salvar su vida.

¹⁰ Se le llama Plan Sistemático porque está probado que para el desarrollo de ese plan clandestino se emitían órdenes secretas y adoptó la siguiente metodología, que transcribo textualmente de la sentencia dictada en la Causa 13 por la Cámara Federal: “**a**) capturar a los sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia; **b**) conducirlos a lugares situados en unidades militares o bajo su dependencia; **c**) interrogarlos bajo tormentos, para obtener los mayores datos posibles acerca de otras personas involucradas; **d**) someterlos a condiciones de vida inhumanas para quebrar su resistencia moral; **e**) realizar todas esas acciones con la más absoluta clandestinidad, para lo cual los secuestradores ocultaban su identidad, obraban preferentemente de noche, mantenían incomunicadas a las víctimas negando a cualquier autoridad, familiar o allegado el secuestro y el lugar de alojamiento; y, **f**) dar amplia libertad a los cuadros inferiores para determinar la suerte del aprehendido, que podía ser luego liberado, puesto a disposición del Poder Ejecutivo nacional, sometido a proceso militar o civil, o eliminado físicamente. Esos hechos debían ser realizados en el marco de las disposiciones legales existentes sobre la lucha contra la subversión, pero dejando sin cumplir las reglas que se opusieran a lo expuesto; **g**) garantizar la impunidad de los ejecutores mediante la no interferencia en sus procedimientos, el ocultamiento de la realidad ante los pedidos de informes, y **h**) la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias realizadas eran falsas y respondían a

una campaña orquestada tendiente a desprestigiar al gobierno; i) la provisión desde los altos mandos de los medios necesarios, ropa, vehículos, combustible, armas, municiones, lugares de alojamiento de cautivos, víveres y todo otro elemento que se requiriera; j) que las órdenes impartidas dieron lugar a la comisión de un gran número de delitos de privación ilegal de la libertad, tormentos y homicidios, fuera de otros cometidos por los subordinados, que se consideró fueron consecuencia del **sistema** adoptado desde el momento en que los objetos se depositaban en los centros militares que utilizaban como base de operaciones los grupos encargados de capturar a los sospechosos. Que ese método no convencional de lucha, (fue) tomado de las experiencias proporcionadas por los oficiales de las OAS, y las luchas de Vietnam y Argelia, de organización celular, con grupos de oficiales vestidos de civil y en coches de uso particular, con impunidad asegurada y aptos para dotar de mayor celeridad a las tareas de inteligencia y de contrainsurgencia, que permitieron prescindir de la justicia, clasificar los prisioneros del ERP según importancia y peligrosidad de modo que sólo llegaran al juez los inofensivos. Este tipo de acciones, cuando las Fuerzas Armadas asumieron el Poder del Estado fue adoptado por los respectivos comandantes y objeto de órdenes verbales” (extraído de la sentencia de la Corte, en Fallos: 309:1689, voto del juez Fayt, concretamente desde la página 1773).

En 1987 el general Acdel Vilas en su declaración indagatoria ante la Cámara Federal de Bahía Blanca (causa 11/86), aportó el autodenominado *Plan del Ejército (Contribuyente al Plan de Seguridad Nacional –Secreto– Buenos Aires, Febrero 1976)*, del cual surgen elementos contundentes que ponen de manifiesto que nada de lo ocurrido en los hechos fue producto del azar o de la decisión unipersonal de sus ejecutores con fines particulares, sino que responde a un plan, concebido sobre una ideología, que permitía identificar a los enemigos como a todos aquellos que se opusieran políticamente a ella. Esa ideología es consecuencia de la concepción que de la llamada “guerra fría” se tenía en ese momento. En ese contexto ingresa en la Argentina la doctrina contrarrevolucionaria francesa por dos conductos: la misión militar oficial instalada en la sede del Ejército y los oficiales que ingresaron en forma clandestina para huir de las condenas a muerte por su participación en la OAS.

De allí surge la técnica de la división del territorio en zonas y áreas, la tortura como método de inteligencia de obtención de información, el asesinato clandestino para no dejar huellas y la utilización de algunos prisioneros para utilizarlos como agentes propios. Se sustenta en tres ejes fundamentales. a) El concepto del terror hacia la población como arma. b) Que el enemigo está dentro o forma parte de la población civil, es

En 1985, dos años después de terminada la dictadura, se enjuició y condenó a los integrantes de las ex Juntas Militares y se hicieron un par de juicios más. Pero decisiones políticas (leyes e indultos) interpusieron un *impasse* en los procesos de juzgamiento por los hechos delictivos de aquel período. Ya entrado el siglo XIX, las investigaciones y los juicios se reanudaron y ese es el estado actual de la cuestión.

Por ajustarse muy bien a los hechos, se recurrió a la teoría elaborada por el profesor alemán Claus Roxin, cuyo propósito fue el de fundamentar la autoría mediata de los comandantes en los hechos concretos de autores ejecutores, también responsables¹¹.

Se trata de supuestos donde la voluntad se domina a través de un aparato organizado de poder, cuya característica es la fungibilidad de los ejecutores, porque opera como un engranaje mecánico. Al hombre de atrás le basta con controlar los resortes del aparato, pues si alguno de los ejecutores elude la tarea, aparecerá otro inmediatamente en su lugar que lo hará, sin que se perjudique la realización del plan total.

decir, no tiene uniforme ni emplea distintivos que lo diferencian de los propios. c) Que la información es fundamental para la victoria armada que debe ser lograda a cualquier costo. En ese contexto, la separación del enemigo de la parte de la población que no es considerado tal, se transforma en una obsesión. Estas pautas permitieron el método represivo descripto. Propagaron esta forma de "guerra" que llamaron "moderna" y el ambiguo concepto de "subversión", entendido como todo aquello que se opone al plan de Dios sobre la tierra (Robin, Marie Monique, *Los Escuadrones de la Muerte: la escuela francesa*, Edit. Sudamericana, Buenos Aires, 2005, pág. 7/8).

¹¹ ROXIN, Claus, "Voluntad de Dominio de la Acción Mediante Aparatos de Poder Organizados", traducción de Carlos Elbert, en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, Editorial Depalma, Año 8, 1985, pp. 399 y ss.; también en *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, Editorial Marcial Pons, 1998, pp. 267 y ss.; últimamente en "La autoría mediata por dominio de la organización", publicado en *Revista de Derecho Penal, Autoría y Participación*, Buenos Aires, Editorial Rubinzal Culzoni, 2005, t. II, p. 9.

El valor de esta teoría consiste en que permite explicar cómo, frente a un mismo hecho, conviven varios autores que, sin embargo, no son coautores^{12 13}.

El “hombre de atrás” puede contar con que la orden por él dictada va a ser cumplida sin necesidad de emplear coacción o de conocer al que ejecuta la acción. Estos solo ocupan una posición subordinada en el aparato de poder, son fungibles, y no pueden impedir que el hombre de atrás, el “autor de escritorio”, alcance el resultado¹⁴. Hay un dominio sobre el aparato de poder¹⁵.

¹² En el supuesto que aquí analizamos, si se mira el fenómeno desde el dominio del sujeto de atrás, se puede apreciar que los ejecutores inmediatos no se presentan como personas individuales, sino como figuras anónimas y sustituibles. El ejecutor inmediato, si bien no puede ser desvinculado de su dominio de la acción es, al mismo tiempo, un engranaje –sustituible en cualquier momento– de la maquinaria del poder. Esta doble perspectiva es conocida, dominada, y es la que impulsa el sujeto de atrás. Aquí, el instrumento es el sistema mismo que el hombre de atrás maneja discrecionalmente. Hay un dominio sobre una voluntad indeterminada. El autor mediato, pese a no realizar por sí mismo la conducta típica del modo que lo haría un ejecutor directo, también es autor porque mantiene el dominio del hecho a través de un tercero, que se transforma en otro autor mediato o en un autor directo, según su posición en la cadena. En este caso, el determinador, al igual que en los demás supuestos de autoría mediata, dispone de recursos extraordinarios para dominar la acción del determinado: la fungibilidad.

¹³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Causa No. 44, “Camps”, sentencia del 2 de diciembre de 1986.

¹⁴ ROXIN, Claus, “La autoría mediata por dominio de la organización”, ya citado.

¹⁵ Cuando se dice que autor es el que domina un hecho o que es el que tiene las riendas de ese acontecimiento, se hace referencia a un concepto de significación común, ordinaria, de sentido común, comunicacional, que explica un fenómeno que todos podemos entender como “su obra” de acuerdo con nuestras condiciones de producción y de reconocimiento de expresiones de sentido. Pero a su vez ese dominio, en estos casos, lo es sobre un aparato, y no es un supuesto de coacción, engaño o error, por lo que la responsabilidad de los autores inmediatos no queda excluida. En la organización militarizada, aunque clandestina, las órdenes generales

Mientras tanto, los procesos penales seguidos contra los civiles que actuaron en complicidad con los integrantes de las Fuerzas Armadas, se hicieron más dificultosos por causas políticas, sociales, económicas y jurídicas.

4. Casos de otra naturaleza. La sociedad civil

La supremacía de las Fuerzas Armadas sobre el orden constitucional requería de factores económicos.

Numerosas investigaciones dan cuenta de colaboraciones de empresas privadas con el régimen militar, expropiaciones de otras y complicidades de grupos de poder transnacionales ajenos a la cuestión específicamente militar en temas relacionados con el ámbito financiero de la dictadura.

Así, casos de empresarios que permanecieron detenidos-desaparecidos o fueron torturados con el fin de expropiarles sus bienes y obligarlos a firmar transferencias en centros clandestinos, incluso ante escribanos, con rol activo de la Comisión Nacional de Valores, el Banco Central, el Poder Judicial y los bancos, que convalidaron operaciones de traspaso, balances o de financiación de esas ventas compulsivas.

Del otro lado, empresas y grupos económicos que colaboraron directamente con la dictadura, o la financiaron, porque obtenían

o específicas no implican coacción. Los autores mediatos de los estratos intermedios en la cadena de mandos y los ejecutores saben lo que hacen y pueden renunciar e irse a su casa sin ninguna consecuencia más o menos importante para ellos. No se registran casos de juicios sumarísimos para los desobedientes. Tampoco existe engaño porque lo que hacen es manifiestamente ilegal al entendimiento común: detener a alguien, romper toda su casa, apoderarse de los bienes personales, torturar, matar, no informar a los jueces ni a parientes, tirar a las víctimas al río o al mar, drogados, desde un avión, etc., etc., son todos procedimientos faltos de previsión en ley o reglamento militar alguno, de aquellos a los que tradicionalmente se refiere la doctrina al hablar de obediencia debida, jerárquica, en el ámbito militar. Es fundamental tener en cuenta que los autores intermedios y los ejecutores, tienen una predisposición mental a este tipo de hechos, porque participan ideológicamente de las metas del plan de exterminio.

beneficios de tal colaboración. Muchas incluyeron en sus directorios a militares que hacían de nexo con las autoridades de facto.

No fueron casos aislados, ni simples ilícitos independientes y violatorios únicamente de la propiedad individual, sino que formaron parte de una secuencia y metodología sistemática diagramada por el Estado con una evidente finalidad persecutoria, que fue más allá de las razones que puedan haber motivado las detenciones de quienes fueran a la postre despojados de sus bienes.

Las políticas de apropiación también cumplían con los objetivos económicos propuestos por la Junta Militar.

Son hechos que se conectan con los espurios intereses económicos que guiaran el respaldo y complicidad que, entre demás actores civiles, brindaran grandes grupos económicos nacionales y multinacionales a ese plan criminal.

Funcionarios de juzgados que asistieron a las sesiones de tortura, tomaron declaraciones en centros clandestinos de detención y obligaron a los detenidos, luego desaparecidos, a firmar declaraciones bajo la tortura o con amenazas de nuevas, si no firmaban. Jueces federales que no promovieron las investigaciones (encubrieron) de los asesinatos de personas por parte de las autoridades; que sistemáticamente rechazaban *habeas corpus* y archivaban las denuncias sobre desapariciones de personas, allanamientos a casas, y el robo de bienes, así como la omisión de iniciar las investigaciones sobre este tipo de hechos. Otros que favorecieron el ocultamiento y supresión de la identidad de menores, sustraídos a sus padres, detenidos o muertos, y no entregados a sus familiares biológicos supervivientes. Otros que validaban las declaraciones obtenidas mediante torturas, y que delegaban esa tarea en gendarmes o militares que participaban de los secuestros y las torturas. A los imputados se les formaba causas por la violación de la "ley antisubversiva" 20.840, en muchos casos con serias violaciones al debido proceso. Funcionarios y magistrados que denegaban información sobre los detenidos, y sobre los niños apropiados pese a la existencia de familiares. Jueces que actuaron con desidia deliberada al incurrir en graves falencias y omisiones en el desempeño de sus funciones, al no producir pruebas elementales y determinantes y disponer el archivo sin ordenar ninguna medida de prueba. Empresarios nacionales que denunciaron a trabajadores de su empresa a los militares por razones políticas y gremiales para que las autoridades desencadenaran operativos de represión que culminaran con sus secuestros. También la provisión de recursos materiales como vehículos para la ejecución de los secuestros, la autorización

de la presencia de personal jerárquico en los lugares donde los trabajadores fueron torturados, y la organización para garantizar la ejecución de las detenciones. Entregaron listados de los trabajadores con actividad sindical, que luego fueron secuestrados. Periodistas o titulares de medios de comunicación que indujeron los secuestros de militantes o de obreros con activa participación gremial, hoy desaparecidos. Sacerdotes que desde su rol acudían a los centros clandestinos de detención y mediante el acercamiento a las personas privadas de libertad intentaban establecer confianza y les dirigían falsas promesas de que si colaboraban con sus captores, recuperarían la libertad.

5. Definición y orígenes de la complicidad civil en delitos de lesa humanidad

Conforme con los diversos tratados internacionales citados en el punto anterior, el concepto común que está en todas las definiciones de complicidad civil es el de "facilitación", que comprende la complicidad, el encubrimiento y otras formas de colaboración. Como sabemos, nuestro Código penal (CP) distingue complicidad de encubrimiento, en ambos casos con dolo, pero a los fines que aquí interesan se incluye a ambos en la misma categoría. La complicidad es la ayuda, facilitación o contribución de cualquier orden a la comisión o tentativa de cometer un delito. La colaboración puede ser material o de apoyo psicológico o moral. Una acción o una omisión. En este último caso, especialmente de personas con ascendencia o influencia respecto a los autores, y cuya inacción puede significar un apoyo o asentimiento al crimen. Y puede darse antes, durante o después de cometido el delito. Para la imputación no tiene relevancia que las acciones sean externamente neutrales o cotidianas o lícitas en abstracto (ejemplo, comerciante que abastece a un campo de concentración), sino que en el contexto de acción delictiva pueda considerarse una forma de colaboración o ayuda al hecho principal. No es relevante que el cómplice se encuentre presente, o no, o cercano al lugar de los hechos.

En el aspecto subjetivo, el colaborador debe actuar con conciencia o intención de que su aporte supone una ayuda para la comisión del hecho principal, aunque no es necesario que conozca con precisión cuál es el delito que pretende cometerse o el que finalmente se cometió. No es necesario que se actúe con las mismas intenciones o móviles del autor principal. La prueba del elemento subjetivo del

cómplice surgirá de todas las circunstancias relevantes, a partir de pruebas directas, indirectas o circunstanciales¹⁶.

Esta noción de responsabilidad por complicidad dio contenido a la moderna responsabilidad por complicidad corporativa, por ayuda o facilitación para la comisión de delitos de lesa humanidad¹⁷.

6. Problemas jurídicos

6.1. Aporte banal o “conforme al rol”

Así, por ejemplo, en el caso “Tesch” del Tribunal de Nüremberg, el imputado alegó que su función era la de vender gas y, por tanto, que su aporte no podía ser punible porque había sido conforme al rol. Se dice que la falta del elemento objetivo no puede ser suplida por la

¹⁶ ÁLVAREZ NAKAGAWA, Alexis, “Estándares sobre la complicidad en el derecho penal internacional y la complicidad de los periodistas en graves violaciones a los derechos humanos”, en AA.VV., *Los juicios por crímenes de lesa humanidad, Enseñanzas jurídico-penales*, Editorial Didot, Bs. As., 2014, pp. 157 y ss. El origen de la responsabilidad por complicidad en graves abusos a los derechos humanos está en los juicios por crímenes de guerra y contra la humanidad después de la Segunda Guerra. Los principios de Nüremberg aprobados en 1950 (redactados por la Comisión de Derecho Internacional, por encargo de la Asamblea General de Naciones Unidas, y cuyo origen está en el Estatuto del Tribunal Militar de Nüremberg y la Ley 10 del Consejo de Control Aliado) ya prevén la punibilidad de la complicidad (Ppio. VII). Y en ella entran los civiles. Se juzgaron los casos de los industriales, los casos de los médicos y los casos de los juristas. Se parte de que los autores actuaron con amplia cooperación de políticos, médicos, hombres de negocios, y otros personajes, sin cuya ayuda no habrían podido cometerlos. Recuérdense, por ejemplo, las condenas dictadas por el Tribunal de Nüremberg a Bruno Tesch (por proveer de gas al campo de concentración en Auschwitz) o a Friedrich Flick (por usar trabajo esclavo de los campos de concentración y donar dinero a la comandancia de la SS).

¹⁷ BOHOSLAVSKY, Juan Pablo y OPGENHAFFEN, Veerle, “Pasado y Presente de la complicidad corporativa: responsabilidad bancaria por financiamiento de la dictadura militar argentina”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Vol. 10, Buenos Aires, 2009. Pueden verse los casos “Flick” (Nüremberg); caso “Whalter Funk”, caso “Krstic”, caso “Zyklon B”, caso “Franz van Anraat”, caso “Charles Taylor” (Corte Especial para Sierra Leona), caso “Tadic” (TPIY), caso “Sainovic” (TPIY), entre otros.

acreditación del subjetivo (el conocimiento de que el aporte es a un hecho criminal).

De esta manera, el principio de confianza en que –con nuestro aporte– los otros no cometerán delitos dolosos. Se trata de riesgos permitidos en la sociedad moderna, por adecuación social. Allí, la cooperación no dolosa en delitos dolosos es impune. Pero el principio de confianza no rige cuando una conducta fomenta o favorece la perceptible inclinación o propensión al hecho delictivo de un potencial autor doloso. Ejemplo la entrega de un cuchillo a quien se encuentra peleando con un tercero¹⁸.

Tampoco rige cuando existe una referencia de sentido delictiva. Donde el carácter de una acción es determinado por el fin al que sirve. Allí, el estándar de la adecuación social no es satisfactorio, porque no todas las acciones cotidianas o típicas de una profesión son neutras en todos los casos; su punibilidad depende del contexto o del “contenido del sentido”¹⁹. Son casos en que no hay un conocimiento seguro de producción del resultado, sino una reconocible predisposición o inclinación al hecho del autor²⁰. Es el sentido de favorecimiento o de una incitación a un comportamiento delictivo de un tercero. Se da cuando el aporte, que parece neutral, en realidad tiene el sentido de adaptación objetiva a los planes del autor. Para ello, es decisivo considerar el contexto delictivo en que el interviniente ofrece su prestación. *Idem* Günther Jakobs^{21 y22}, y Cancio Meliá²³. Cuando el aporte

¹⁸ ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, Parte General, tomo 1, traducción Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, Madrid, 1997, parágrafo 24, números 26, 27 y 28, pp. 1006 y 1007.

¹⁹ FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 252 y ss.

²⁰ ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, Parte General, tomo 2, *op. cit.*, 2014, parágrafo 26, número 218 y ss., pp. 291 y ss.

²¹ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 90.

²² “Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales «riesgo permitido», «prohibición de regreso» y «principio de confianza»”, en *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 217 y ss.

²³ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, pp. 82 y ss.; y FEIJÓO

del partícipe estuvo claramente direccionado a facilitar el hecho de los autores, es punible.

Ahora bien, en este marco se ubican los casos de individuos con poder social y económico, con vínculos promiscuos con los jefes de la dictadura que, desde ese lugar, realizaron aportes que objetivamente sirvieron para el secuestro de personas, la tortura y su desaparición.

6.2. La prueba del conocimiento

El contenido del dolo de la participación en delito de lesa humanidad lo constituye el conocimiento general acerca de que el aporte, con mucha probabilidad, puede ser utilizado para los fines criminales de quienes comandan, sin necesidad de que se sepa concretamente en qué hecho (en relación al día, horario, sujeto pasivo, etc.) se va a utilizar.

El cómplice facilita la acción del aparato de poder y no quiere saber lo que van a hacer con su aporte, porque no quiere ensuciarse las manos. Ese no querer saber, esa ceguera voluntaria a los hechos, es el dolo. En palabras vulgares “no quiero saber más, porque ya sé todo lo que tengo que saber” o “porque ya sé suficiente”.

Por eso mismo, la mera alegación de la ignorancia no sirve como defensa²⁴.

En algunas sentencias hubo retrocesos. Ejemplo el caso “Perisic”²⁵.

SÁNCHEZ, Bernardo, Límites de la participación criminal ¿Existe una ‘prohibición de regreso’ como límite general del tipo en derecho penal?, Comares, Granada, 1999, pp. 55 y ss.

²⁴ Caso Walther Funk del Tribunal de Nüremberg: se desempeñaba como ministro de Economía alemán en 1938 y era presidente del Reichsbank en 1939. Las SS enviaron a ese banco pertenencias sustraídas a víctimas en campos de concentración. Además, utilizó mano de obra esclava en fábricas. El Tribunal de Nüremberg determinó que “Funk, o sabía lo que estaba ocurriendo o cerraba deliberadamente los ojos ante lo que ocurría”. El caso Funk determinó que ese tipo de ignorancia no se puede usar como defensa en procedimientos penales.

²⁵ En el caso “Perisic”, sin embargo, la mayoría del Tribunal Penal Internacional de Yugoslavia exigió que el partícipe hubiera tenido la intención de contribuir de manera específica y concreta a los hechos criminales que ejecutaron los autores directos (“dirección específica”). Esa posición fue

En el precedente “Tadić”²⁶ la Sala de Apelaciones jamás dijo que la

ampliamente criticada y no seguida por otros tribunales internacionales, e inmediatamente abandonada, incluso, por el mismo Tribunal. En efecto, en “Perisic” la Sala de Apelaciones del TPIY absolvió al condenado Perisic por la ausencia de evidencia de una “dirección específica” de su aporte. Ello se fundó en la lejanía geográfica entre los hechos y el partícipe (Perisic habría colaborado desde Serbia para la comisión de delitos en Croacia y Bosnia). En este sentido, explicó la Sala de Apelaciones en Perisic, que en los casos en que el partícipe se encuentre geográficamente próximo al autor directo, la “dirección específica” puede demostrarse implícitamente mediante otros elementos. Sería el caso, explican, de un individuo acusado de participar en un delito, quien está “físicamente presente durante la comisión perpetrada por el autor directo”, y realiza una “contribución sustancial concurrente”. En estos casos, el nexo entre el delito y la colaboración del partícipe será evidente. Por el contrario, cuando la distancia es remota, se requiere una consideración explícita de la “dirección específica”, no pudiendo en este caso ser inferida por otros elementos del aporte realizado. Hubo una cita del precedente “Tadić”. Sin embargo, la doctrina observó que en el caso “Tadić” no se había exigido la direccionalidad del aporte.

²⁶ Así, la Cámara de Apelaciones del TPIY al analizar los elementos requeridos para la participación en el caso “Tadić” indicó que: “Participación del acusado en el plan común: no es necesario que el acusado haya intervenido en un crimen específico –asesinato, exterminación, tortura, violación, etc.–, pero sí que haya aportado al plan común algún modo de asistencia o contribución”. Y que “El partícipe siempre es accesorio al crimen perpetrado por otra persona, el autor: ii) En el caso de la participación no se requiere que se demuestre la existencia de un plan común: de hecho, puede que el autor ni siquiera sepa de la contribución del partícipe; iii) “El partícipe debe llevar adelante actos específicamente dirigidos a asistir, alentar o prestar apoyo moral para la ejecución de un crimen en particular [...] y esta colaboración debe tener un efecto sustancial en la comisión del delito. Por el contrario, para quien actúa conforme a un plan o propósito común, es suficiente que realice actos que de algún modo estén dirigidos a la ejecución del plan o propósito común; iv) “En el caso de la participación, el requisito subjetivo es que el partícipe tenga conocimiento de que está colaborando con el autor en la comisión de un crimen en particular. Por el contrario, el requisito subjetivo de quien actúa conforme a un plan o propósito común es que tenga la intención de perpetrar el crimen o perseguir el plan criminal [...] en su caso, que haya previsto la comisión de aquellos crímenes cometidos fuera del plan [...]”.

“dirección específica” fuera un elemento del *actus reus* de la participación. Por el contrario, en “Tadić” solo se hizo referencia a la participación para contrastar el *actus reus* del autor con el del partícipe en el marco de la empresa criminal conjunta, con el fin de remarcar que la diferencia entre la autoría y participación estará dada por la intención (*mens rea*) y no por la colaboración (*actus reus*). Ello, toda vez que la teoría de la empresa criminal conjunta se basa en un criterio subjetivo de autor. Para ser autor basta con compartir la intención del resto del grupo que integra la empresa criminal, sin importar la magnitud de la contribución material (*actus reus*). Por el contrario, siempre, según esta misma teoría, el partícipe no comparte la intención de la empresa criminal (*mens rea*), pero su colaboración material debe ser relevante y tener, por ende, un efecto sustantivo en la comisión del delito.²⁷

La doctrina del caso “Perisic” fue dejada de lado por otros tribunales internacionales, como en el caso “Charles Taylor”, de la Corte Especial para Sierra Leona y luego, finalmente, por la misma sala que la dictó, en el caso “Sainovic”. Ello así, en tanto se había creado un nuevo elemento del tipo que distorsionaba toda la doctrina de la participación elaborada por él²⁸.

En la Argentina, en los considerandos 57 y ss. de la sentencia recaída en la causa ESMA de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal (caratulada “Acosta, Jorge Eduardo”, resuelta el 23 de abril de 2014), el juez Pedro David que, además, es juez de tribunales internacionales de la ONU, se encargó de refutar la teoría esbozada en el caso y de demostrar que aquella idea había sido proferida en un caso aislado y de ninguna manera era la jurisprudencia de todos los Tribunales Internacionales.

²⁷ Ver esto también en AA.VV. *Cuestiones Actuales en la Investigación de Graves Violaciones de Derechos Humanos*, Editorial Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, agosto de 2014, p. 117.

²⁸ NARVÁEZ, Ricardo, “La participación criminal de los comandantes en los genocidios, los crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad. El caso “Perisic” del tribunal para el caso de la ex Yugoslavia y una inadecuada conclusión dogmática”, publicado en AA.VV., *Cuestiones Actuales en la Investigación de Graves Violaciones de Derechos Humanos*. Editorial Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, agosto de 2014, p. 117.

Para la Comisión Internacional de Juristas²⁹, una corporación podía ser responsabilizada subjetivamente “si la empresa o sus empleados activamente desean habilitar, exacerbar, o facilitar las violaciones manifiestas a los derechos humanos; o aunque no lo deseen, saben o deberían haber sabido a partir del conjunto de circunstancias que existía el riesgo de que su conducta contribuyera a la comisión de violaciones de los derechos humanos, o ignoran ese riesgo de manera voluntaria”.

En cuanto a la proximidad entre la empresa y el autor, se señaló que una corporación podía ser responsabilizada si esa proximidad podía ser geográfica, o definida por su duración, frecuencia, intensidad o naturaleza de la relación, interacciones o transacciones correspondientes³⁰.

Basta con que el sujeto sepa que está colaborando en forma general con el aparato de poder. El cómplice, en estos casos, no participa en cada hecho en concreto de manera directa, sino que lo hace de forma genérica, al realizar aportes generales al aparato de poder en sí mismo. Es este el que concreta cada hecho a través de sus estructuras y ejecutores. Cuando un industrial o comerciante aportaba las cápsulas o tubos con gas venenoso, aún no estaban individualizadas las víctimas sobre las que sería aplicado ni el momento y modalidades en que ello ocurriría³¹.

Luego, el conocimiento por parte de los civiles acerca del carácter de su contribución para un plan de gobierno de las autoridades *de facto* despojadas de cualquier control del derecho (cuyo brazo eje-

²⁹ Comisión Internacional de Juristas, *Complicidad Empresarial y responsabilidad legal*. Vols. 1, 2 y 3, Ginebra, 2008.

³⁰ Aclaró que “cuanto más cercanos estén la empresa o sus empleados de las situaciones o a los sujetos involucrados, tanto más probable es que la conducta de la empresa dé lugar desde el punto de vista jurídico a la responsabilidad legal por haber habilitado o exacerbado los abusos, y tanto más probable es que el derecho considere que la empresa conocía el riesgo o debería haberlo conocido”.

³¹ En Argentina, en el juicio a las Juntas, en la Causa 13, se condenó al primer presidente de las Juntas, Videla, por el delito de robo, que obviamente no era ejecutado por él en persona, sino por los subalternos, ni tenía aquel conocimiento de que iban a ocurrir en las condiciones en que ocurrieron. (Fallos: 309: 309:1612)

cutor fue el plan sistemático de aniquilación y eliminación física de enemigos políticos), generó la altísima probabilidad de la ocurrencia de todo tipo de delitos y con ello la aceptación de ese curso de acción.

6.3. El contexto histórico

El conocimiento acerca del destino del aporte en estos casos solo se puede probar por inferencias, y para ello debe recurrirse al contexto. El dolo se prueba por inferencias, que parten de hechos exteriores a los sujetos.

Existen ciertos lineamientos y/o directrices que inevitablemente deberían ser valorados a los efectos de acreditar, o no, el conocimiento del partícipe:

- a) El contexto socioeconómico del partícipe, que hace poco probable que desconozca la actividad represiva del gobierno autoritario y sus fuerzas de seguridad. A mejor posición, mayor acceso a la información. Su poder consiste en estar informado de lo que ocurre³².

³² Caso “Musema” del Tribunal Penal Internacional para Rwanda: “Prosecutor v. Musema”, Case No. ICTR-96-13-A, Judgment and Sentence (Jan. 27, 2000). Allí se juzgó el genocidio cometido en ese territorio durante el gobierno de los hutus). Musema era el director de la Gisovu Tea Factory y el empleador de remolcadores Interahamwe que había cometido atrocidades contra los tutsis. Él fue sometido a juicio y condenado por cargos de genocidio y exterminio como crimen de lesa humanidad por ordenar, ayudar e instigar o, como superior, haber fallado en prevenir o reprimir los delitos cometidos por sus subordinados. Con respecto a la responsabilidad de los superiores se sostuvo que: “se ha establecido más allá de toda duda razonable que Musema ejerció la autoridad de facto sobre los empleados de la fábrica de té Gisovu mientras estaban en las instalaciones de la fábrica de té y mientras ellos se dedicaban a sus tareas profesionales como empleados de la fábrica de té, aunque se realizaron esos deberes fuera de las instalaciones de la fábrica”. Se sostuvo que Musema ejercía un control legal y financiero de estos empleados, especialmente a través de su poder de nombrar y remover a estos empleados de sus posiciones en la fábrica de té. También que Musema estaba en una posición, en virtud de sus competencias, de adoptar medidas razonables, como remover, o amenazar con remover, a un individuo de su posición en la fábrica de té si él o ella fuera identificado como autor de los delitos tipificados en el presente Estatuto.

- b) La forma en que el gobierno represor lleva a cabo el plan de exterminio de enemigos. Las detenciones a la vista, en espacios públicos, no son iguales a las torturas en centros clandestinos de detención³³.
- c) Si las actividades beneficiaron (económicamente) a esas personas o a las corporaciones a las que pertenecen³⁴.

³³ El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata (Causa No. 2473, rta. 30/3/2012), juzgó el caso del dueño de los campos en donde funcionaba un centro clandestino de detención, que conocía la actividad que allí realizaban las fuerzas armadas entre otras cosas porque, “resulta contrario a toda lógica pensar que dos personas de notoria actuación en la comunidad de Tandil –uno de ellos gerente del Banco Comercial de esa ciudad y el otro administrador de importantes campos– pudiesen ignorar lo que estaba sucediendo en la chacra de su propiedad cuando era manifiestamente visible la existencia de personal militar en el lugar que actuaba a plena luz del día y no tenía ningún tipo de reparo ni tomaba ninguna precaución para ocultar su presencia”.

³⁴ En el caso de IG Farben, el Tribunal de Nüremberg observó que IG Farben se había beneficiado enormemente de las incautaciones ilegales de plantas en territorio ocupado, lo que permitió a la empresa establecer su imperio químico. En el caso “Doe vs. Unocal”, el Tribunal de Distrito estadounidense del Distrito Central de California, consideró la cuestión de si Unocal se había enriquecido por la utilización del trabajo forzoso, como uno de los criterios para evaluar si los tribunales tendrían jurisdicción sobre el asunto bajo la ATS (*Alien Torts Act*). Y en el caso “Van Kouwenhoven”, la Corte Distrital sostuvo explícitamente que los “intereses financieros de las empresas en las que participó, como RTC y OTC, fueron el único motivo de los actos del demandado”. A la inversa, el hecho de que Flick no tuviera beneficios de sus inversiones en la planta de Rombach –devengadas a sus legítimos propietarios–, sirvió como motivo para reducir la pena. En general, en las dictaduras de América Latina que implementaron regímenes de terror estatal, los militares a cargo fueron apoyados y se beneficiaron con la colaboración activa de los mayores grupos económicos. En los estudios históricos sobre el tema se está investigando si, en realidad, la cuestión no fue exactamente al revés, es decir, si los primeros fueron la mano de obra o ejecutores (quienes “se ensuciaron las manos”) de acciones para facilitar las políticas económicas y sociales que serían difíciles de implementar en democracia.

6.4. La imposibilidad de actuar conforme a Derecho

El argumento de que por temor hacia el gobierno represor, muchos de los partícipes no tenían la posibilidad de negarse a los pedidos de los ejecutores, no es atendible. En todo caso será un tema de culpabilidad en el hecho concreto.

Los casos de participación civil en delitos de lesa humanidad no son los de pequeños aportes de agentes vulnerables, sino de personas socialmente privilegiadas que no fueron amenazadas.

El argumento del temor de los civiles que colaboraron, para dispensarlos de responsabilidad, en casos en donde el sujeto es socialmente privilegiado, tiende a trastocar la realidad del fenómeno.

7. Conclusiones

Vale tener en cuenta, ante todo, que en muchos casos, estas personas siguen ostentando su poder al establecerse o reinstaurarse la democracia.

Creo que para avanzar en la discusión, debe recalcarce la distinción entre autoría y participación o complicidad, y entre las distintas clases de aportes de los partícipes a quienes se asignará relevancia penal.

Los aportes de muchos civiles de relevancia política, económica y social no lo fueron a los hechos concretos de autores determinados, sino al aparato de poder. Así, como se ha elaborado la autoría mediata en tales casos, debería tenerse en cuenta una construcción similar paralela para los partícipes, sean cómplices o instigadores en sentido estricto, que no son autores porque no forman parte del aparato.

Si el aporte fuera a un hecho concreto, el caso sería resuelto con los criterios generales de ayuda al autor individual. Pero en los supuestos de aparatos de poder organizados, los aportes de terceros deben ser tratados teniendo en cuenta la estructura y sistemática a la que coadyuvan. Se trata de cómplices del aparato y, por ello, de manera mediata, ayudan a la producción de los hechos que realiza el aparato, a través de sus instrumentos dolosos y ejecutores fungibles, predisuestos mentalmente a su comisión.

Mercado y Administración Pública / Criminalidad Económica y corrupción política

DR. JUAN M. TERRADILLOS BASOCO*

Sumario

1. Introducción
2. Corrupción política y corrupción entre particulares
 - 2.1. Corrupción política
 - 2.2. Corrupción entre particulares
3. Política criminal frente a la corrupción: medios y límites
 - 3.1. El Derecho penal sustantivo
 - 3.2. El Derecho procesal penal
 - 3.3. Control político y transparencia
4. Globalización y corrupción: políticas económicas *versus* política criminal
5. Epílogo

1. Introducción

El término “corrupción” da cobija a contenidos diversos, profusamente estudiados por las ciencias sociales. Todos ellos integran la noción etimológica *-co-rruptio*, como alteración de una sustancia orgánica por descomposición-, a la que añaden otros elementos especificadores.

* Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Cádiz (España). Investigador Principal del Grupo de Investigación (PAI, Junta de Andalucía) PAI2000-SEJ-378 “Sistema penal y actividad económica”. Miembro de Honor de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales. juan.terrardillos@uca.es

Con ese punto de partida, debería resultar obvio que cuando la corrupción afecta a elementos esenciales de las estructuras políticas democráticas, descomponiéndolos, se coloca en las antípodas del modelo constitucional. Corruptor y corrupto no se sitúan al margen del sistema jurídico-político: lo combaten en sus raíces, dinamitándolo, alevosamente, desde dentro.

En esa condición, corruptor y corrupto podrían ser paradigma de sujetos que –por emplear la fraseología habitual entre los amanuenses del “Derecho penal del enemigo”– no prestan la garantía cognitiva mínima para que el ordenamiento los considere como “personas” y los trate como tales.

La realidad normativa, por fortuna, no responde a lineamientos lógicos tan primitivos. El Derecho penal de exclusión¹, anclado en precedentes históricos y proyectado en manifestaciones actuales que el doctor Niño ha estudiado con exhaustividad profesoral y evaluado con entusiasmo de juez “ideologizado”², pasa de puntillas sobre la carga de profundidad que para nuestros modelos comporta la corrupción –sobre todo la gran corrupción³–, y ajusta su objetivo sobre otros campos visuales: los de la marginalidad⁴ y la insurgencia⁵.

¹ Vid, NIÑO, Luis Fernando, “El Derecho penal como instrumento de exclusión”, en MEDINA CUENCA, Arnel (coord.), *El Derecho penal de los inicios del Siglo XXI en la encrucijada entre las garantías penales y el expansionismo irracional. Libro homenaje al Dr. Ramón de la Cruz Ochoa*, Editorial UNIJURIS, La Habana, 2014, pp. 90-123.

² Vid, NIÑO, Luis Fernando, “Juez, institución e ideología”, en NIÑO, Luis Fernando, *Estudios Penales*, Editorial Fabián J. di Plácido, Buenos Aires, 2007, pp. 83-107.

³ HAVA, Esther, “Grand Corruption. Strategies for Preventing International Impunity”, en *The Indonesian Journal of International & Comparative Law*, 2015 (3), p. 484.

⁴ “Quien es superfluo en la economía común se conduce como si viviera en otro mundo... no vive en el mundo de las personas”: JAKOBS, Günther, “Sobre la génesis de la obligación jurídica”, en DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2000 (23), p. 348.

⁵ JAKOBS, Günther, “Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo”, en JAKOBS, Günther, y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, 3ª edic., Editorial Civitas, Madrid, 2003, p. 41.

Esta aparente contradicción no logra enmascarar la filiación ideológica de las propuestas del “Derecho penal del enemigo”, que, como corresponde a su anclaje teórico en C. SCHMITT, se asientan no tanto en la fidelidad u hostilidad respecto al Derecho, sino en la aceptación o rechazo de “un Derecho”. No en la fidelidad u hostilidad a los contenidos materiales de los modelos constitucionales y de los grandes compromisos internacionales sobre derechos humanos que dan sentido al orden jurídico democrático, sino en la aceptación o rechazo de la positivización normativa de los requerimientos de las fuentes fácticas (pre- y supra-parlamentarias) de producción legislativa.

2. Corrupción política y corrupción entre particulares

El fenómeno de la corrupción viene caracterizado, originaria y tradicionalmente, como relación “a dos”, entre corruptor y corrompido, en la que uno da y otro recibe una recompensa por un acto no consentido por la ley⁶.

Con este punto de partida sinalagmático, las múltiples acepciones del término admiten una primera clasificación bimembre, según incorporen, o no, la intervención de servidores públicos que actúan contra los intereses colectivos a ellos confiados. Las definiciones que lo hacen van referidas a la corrupción política o pública; las que no, son aplicables a la corrupción privada o corrupción entre particulares.

2.1. Corrupción política

Las definiciones más usuales de la corrupción –y, desde luego las más insistentemente presentes en el lenguaje de la calle– incorporan, como elemento nuclear, la actuación desviada de servidores públicos. Hasta el punto de que se viene entendiendo que no puede

⁶ VERGOTTINI, Giuseppe, “Una road contro la corruzione”, en *Percorsi Costituzionali*, CEDAM, 2012 (1/2), p. 1. Disponible en: <http://magna-carta.it/content/road-map-contro-corruzione>. Consultada el 30/9/2015, a las 21.35.

hablarse de corrupción en sentido estricto fuera del ámbito de la función pública⁷.

Como digresión hay que anotar que, en el Diccionario de la Real Academia Española, la corrupción pública es una “*práctica*” –esto es, un “*uso continuado, costumbre o estilo de algo*”– consistente en la espuria utilización de “*funciones y medios*”, mientras que la “*corrupción de menores*” es, para los académicos de la lengua, un delito. Quizá la diferente calificación de una y otra modalidad de corrupción refleja la valoración social altamente peyorativa de la que, con contenido sexual, tiene como víctimas a los menores, y la asepsia valorativa frente a la corrupción política, cuya pervivencia en el tiempo y el espacio la convierten en una “*práctica*”, en una modalidad arraigada –*rectius*, normal– de gestión de la cosa pública.

Las diversas manifestaciones de la corrupción se proyectan, pues, más allá del ámbito particular: los poderes públicos son utilizados, en efecto, para obtener beneficios privados⁸. Así, la corrupción pública, en sus modalidades más relevantes, nace en respuesta a incentivos privados, a los que termina recompensando. De este modo, en su origen y en sus consecuencias, la gran corrupción integra elementos propios de la criminalidad económica organizada. Pero, además, al proyectarse negativamente sobre el funcionamiento de la “cosa pública”, añade efectos de lesividad específica⁹.

La corrupción en el sector público comporta burla de los objetivos constitucionales –vinculantes en todos los niveles en que se ejerce el poder institucional, desde la elaboración de leyes a los actos administrativos singulares– que quedan traicionados en favor de los intereses particulares de los gestores del poder o de quienes irrumpen, desviándolo, en el proceso de toma de decisiones por parte de estos.

⁷ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, “Los delitos de corrupción de funcionario y criminalidad organizada”, en *Revista de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública-II*, Buenos Aires, 2004 (2), p. 313.

⁸ NYE, Joseph, “Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis”, en *The American Political Science Review*, 1967 (61-2), p. 418.

⁹ FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio, “Algunas reflexiones sobre la corrupción política”, en FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo y PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (coord.), *Estudios sobre corrupción*, Editorial Ratio Legis, Salamanca, 2010, p. 46.

Desde la perspectiva administrativa y jurídico-política, la corrupción es, ante todo, desviación, por parte de autoridades y funcionarios, del interés público legalmente determinado¹⁰. Y el sistema, al menos retóricamente, viene respondiendo con penas a las conductas que constituyen manifestación extrema de esa desviación¹¹.

Ya en el plano de lo público, procede distinguir entre corrupción del político –manifestada paradigmáticamente en los delitos de abuso de autoridad o de exacciones indebidas- y delitos de corrupción política, en los que concurren intereses e incentivos privados: es el particular quien, con su poder económico, pretende torcer en su favor el funcionamiento de las instituciones¹².

Estas conductas, por otra parte, son las que suscitan una mayor inquietud social. En España, el barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas hecho público en diciembre de 2014 constata que la corrupción política constituye la preocupación fundamental de un 63% de los españoles¹³. Y los informes más reconocidos en la materia –los índices de percepción de la corrupción elaborados por Transparencia Internacional– toman como referencia este tipo de corrupción¹⁴.

Otro dato, aparentemente contradictorio con los anteriores, servirá para completar esta perspectiva sociológica: el 94% de los españoles

¹⁰ DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración Pública”, en FERRÉ OLIVE, Juan Carlos, (edit.), *Fraude y corrupción en la Administración Pública. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, vol. 3, Editorial Universidad de Salamanca, 2002, p. 176.

¹¹ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, “Delitos contra la Administración Pública (I)”, en TERRADILLOS BASOCO, Juan M. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*. II, Editorial Iustel, Madrid, 2012, p. 121.

¹² MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª edic., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 928.

¹³ *El País*, La preocupación por la corrupción se dispara. Disponible en: http://politica.elpais.com/politica/2014/12/04/actualidad/1417683411_710569.html Consultada el 3/9/2015, a las 22.15.

¹⁴ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, España. Disponible en: http://www.transparencia.org.es/IPC%C2%B4s/IPC_2014/Aspectos_destacados_IPC_2014.pdf Consultada el 30/4/2016 a las 18.40.

mantiene que ningún funcionario público le ha solicitado nunca compensación alguna para acelerar o determinar la resolución de un asunto: *“los votantes de los dos partidos que más denuncian públicamente la corrupción como algo generalizado declaran mayoritariamente que nunca han recibido peticiones corruptas (el 91% en Podemos y el 96% en Izquierda Unida). La percepción de una corrupción casi sistémica en España choca con la realidad de que muy pocos se han tenido que enfrentar a un caso en sus propias carnes”*¹⁵.

Una población que no acumula experiencias de deshonestidad bagatelar por parte de los funcionarios públicos, se muestra, sin embargo, altamente preocupada por la corrupción de quienes, en el organigrama administrativo, ocupan la jerarquía y pueden, en consecuencia, tomar decisiones de la mayor trascendencia económica, social y política. Preocupa la corrupción grave, que no es la propia de servidores públicos con competencias y funciones subalternas, sino la que solo puede ser protagonizada por autoridades políticas de alto nivel: la *Grand Corruption*, identificada con *“actos cometidos en los niveles más altos del gobierno que involucran la distorsión de políticas o de funciones centrales del Estado, y que permiten a los líderes beneficiarse a expensas del bien común”*¹⁶.

La corrupción política no es, empero, la que implica solo a autoridades y funcionarios públicos que sucumben a incentivos económicos espurios. Los partidos políticos pueden asumir en este ámbito protagonismo de primer nivel.

Los partidos políticos, en la Constitución española –pero pueden encontrarse por doquier pronunciamientos constitucionales similares–, *“son instrumento fundamental para la participación política”* (artículo 6). Esa trascendental función institucional impone al Estado

¹⁵ AYUSO, Javier, “Los españoles quieren partidos más transparentes”, *El País*, 28 de diciembre de 2014. Disponible en: http://politica.elpais.com/politica/2014/12/28/actualidad/1419790381_584427.html Consultada el 30/9/2015, a las 16.30.

¹⁶ HAVA, Esther, “Grand Corruption. Strategies for Preventing International Impunity”, *op. cit.*, p. 484.

la obligación de regular su funcionamiento, de modo que quede garantizado el equilibrio plural entre las diversas formaciones¹⁷.

Se trata de organizaciones de Derecho privado, la relevancia de cuyas funciones las convierte en órganos de trascendencia pública¹⁸. Y son sus militantes quienes, cuando acceden a participar en las instituciones públicas, traducen en resoluciones de diverso orden –desde leyes a actos administrativos singulares– las decisiones políticas del partido. La condición de militante o de dirigente del partido coexiste, pues, con la de titular, al menos *de facto*, de poderes públicos.

Así, la mayoría de los casos de corrupción traduce decisiones que proceden de áreas de la Administración Pública ocupadas por miembros de partidos políticos¹⁹, que integran, en lo criminológico y en lo normativo, la lista de eventuales sujetos activos de la corrupción política²⁰. De hecho, en su *“Barómetro Global de la Corrupción 2013”*, Transparencia Internacional refleja que en cincuenta y un países de todo el mundo, se considera a los partidos políticos como la institución más corrupta²¹.

¹⁷ RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo José, “La lucha contra la corrupción desde el Estado Constitucional de Derecho: la legislación sobre financiación de partidos políticos en España”, en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 2014 (7), p. 230.

¹⁸ FLORES GIMÉNEZ, Fernando, “Democracia interna y participación ciudadana como mecanismos de control”, en NIETO MARTÍN, Adán y MAROTO CALATAYUD, Manuel (dir), *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Editorial de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2014, pp. 182-183.

¹⁹ FLORES GIMÉNEZ, Fernando, “Democracia interna y participación ciudadana como mecanismos de control”, *op. cit.*, p. 186.

²⁰ BUSTOS GISBERT, Rafael, “Corrupción política y Derecho”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y LIBERATORE BECHARA, Ana Elisa, (coord.), *Estudios sobre la corrupción. Una reflexión hispano-brasileña*, Editorial Centro de Estudios Brasileños-Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013, p. 61.

²¹ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, España, El pago de sobornos en el mundo es muy alto, pero los ciudadanos están dispuestos a hacer algo contra esto. Disponible en: <http://webantigua.transparencia.org.es/baro>

En el caso de España, la historia de la financiación de los partidos suministra datos idóneos para cimentar la desconfianza ciudadana²². La situación no es halagüeña tampoco hoy²³.

Dada la centralidad de los partidos políticos entre las instituciones políticas de las democracias capitalistas²⁴, su protagonismo no puede ser marginado cuando se pretende implementar estrategias anti-corrupción eficaces.

Tampoco, y en muy directa relación con ello, pueden resultar preteridos quienes, careciendo de la condición formal de autoridad o de funcionario, tienen competencias reales de decisión sobre lo público, ya *de iure* ya *de facto*, bien en los altos niveles de decisión, bien en los escalones subalternos puramente técnicos o ejecutivos²⁵.

Así ocurre con los altos directivos de empresas privadas que, cada vez en mayor medida, gestionan servicios públicos²⁶. Dos son las vías para ampliar la respuesta penal específica frente a estos sujetos que, en sentido estricto, no son funcionarios públicos: o bien la ampliación del concepto de funcionario, tal como han venido entendido las

[metro_global/barometro_global_2013/nota_de_prensa_baromtero_2013.pdf](#) Consultada el 30/9/2015, a las 16.40.

²² MAROTO CALATAYUD, Manuel, *La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 21-109.

²³ *El País*, El fiscal jefe del Tribunal de Cuentas ve delitos en casi todos los partidos. Un duro informe sobre la contabilidad de PP, PSOE, PNV, EA, CDC y Unió en el ejercicio 2012 revela falsedades e ilícitos tributarios, 4 de enero de 2015. Disponible en: http://politica.elpais.com/politica/2015/01/04/actualidad/1420398047_273576.html Consultada el 30/9/2015, a las 20.30.

²⁴ MAROTO CALATAYUD, Manuel, *La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal*, op. cit., p. 112.

²⁵ MEINI, Iván, *Delitos contra la Administración Pública*, Editorial USAID, Ciudad de Guatemala, 2008, pp. 14-19.

²⁶ YIN CABRERA, Yéldiz, "Para una definición de funcionario público", en *Justicia y Derecho*, La Habana, 2011 (16), p. 66.

convenciones internacionales, o bien la incorporación de nuevas tipologías de corrupción entre particulares²⁷.

2.2. Corrupción entre particulares

La doctrina especializada maneja, junto al tradicional concepto de corrupción pública, el de corrupción entre particulares. Es la línea de trabajo de autores como Nieto Martín, instalado en las profundas similitudes que acercan cada día más administraciones fuertemente privatizadas a grandes compañías mercantiles protagonistas, también, en las grandes operaciones económicas públicas²⁸.

Es cierto que la corrupción entre particulares puede tener consecuencias que trascienden las fronteras de los intereses privados y que pueden adquirir dimensión institucional-colectiva. Pero esa evidencia no autoriza a desconocer la frontera que separa a una modalidad de corrupción de la otra. Desde una perspectiva criminológica, en la que asentar científicamente el diseño de estrategias político-criminales, no puede desdeñarse un elemento diferenciador esencial: los objetivos del sector privado se limitan a la obtención de la máxima rentabilidad, aunque no necesariamente contemplada en términos económicos; mientras que en “lo público” –o en lo que queda de “lo público” desde los embates procedentes del modelo neoliberal– los objetivos se centran en la tutela de los derechos, intereses, principios e instituciones constitucionalmente impuestos.

La corrupción entre particulares tiene contenidos propios y trascendencia político-criminal que aconsejan su tratamiento autónomo. Esa es la perspectiva adoptada en el marco de la Unión Europea, por la *Decisión Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado*. Los perfiles criminológicos son, también, distintos

²⁷ NIETO MARTÍN, Adán, “La prevención de la corrupción”, en NIETO MARTÍN, Adán (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 312-313.

²⁸ NIETO MARTÍN, Adán, “De la Ética Pública al Public Compliance: sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas”, en NIETO MARTÍN, Adán y MAROTO CALATAYUD, Manuel (dir.), *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Editorial de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2014, pp. 37-39.

a los de la corrupción política. Y, en consecuencia, la respuesta del sistema penal a ambos fenómenos debe ser diferenciada.

Cuestión distinta es que, de hecho, en la corrupción política se superpongan, en simbiosis natural, los ámbitos público y privado.

En efecto, la criminalidad económica, normalmente organizada y transnacional, alcanza sus cotas más altas de nocividad cuando añade a la lesividad puramente económica la derivada de la corrupción de las administraciones públicas y de sus agentes.

En el seno de esas estructuras organizadas, las decisiones de inducir a la corrupción, o de aprovecharse de ella, tienen un precio, satisfecho por el delincuente de cuello blanco, en el ámbito de su actividad profesional-empresarial, a la vista de los beneficios económicos que le puede reportar la ilegal operación. A su vez, esos beneficios serán ingentes: tienen un alto coste, tanto como importantes sean las competencias del sujeto corrupto, y, por lo mismo, se espera lograr mediante su pago una rentabilidad no accesible a la delincuencia patrimonial tradicional y solo posible en el entorno de las grandes obras públicas, de la concesión de servicios –vitales en buena parte de casos para amplios sectores de población–, de privatizaciones con rentabilidad anunciada, etc. El envés de los exorbitantes beneficios de corruptos y corruptores es la dañosidad de estas maniobras para con los derechos e intereses de mayorías significativas, damnificadas por la asignación aberrante de los recursos públicos y por la supeditación de los objetivos sociales legalmente pretendidos a otros, particulares, incompatibles con ellos.

3. Política criminal frente a la corrupción: medios y límites

El análisis de la corrupción, para eludir planteamientos superficiales y debates solo nominalistas, ha de plantearse en su contexto político-económico: los factores que identifican la globalización son los que también explican el incremento de la corrupción de nuestros días y definen sus contenidos específicos²⁹.

²⁹ ALMOGUERA CARRERES, Joaquín “Corrupción y mercados internacionales”, en RUIZ MIGUEL, Alfonso, (ed.), *Entre Estado y Cosmó-*

Las manifestaciones actuales de corrupción hunden, pues, sus raíces en el marco globalizador, y, coherentemente, solo pueden ser analizadas y combatidas actuando en el plano estructural. La política criminal, incluso entendida en un sentido amplio, evidencia, así, sus limitaciones.

La lucha contra la corrupción exige, sí, implementar estrategias de amplio espectro dirigidas a blindar la independencia y lealtad institucional de los servidores públicos, para evitar que resulten corrompidos. Pero, en paralelo, exige también el recurso a políticas económicas dirigidas no solo a neutralizar las manifestaciones epifenómicas de la corrupción, sino a superar las limitaciones del sistema que la alberga, yugulando en origen las condiciones ambientales que propician la aparición de decisiones de interferencia ilícita, mediante contraprestación, en el funcionamiento de las administraciones públicas.

Frente a ese desiderátum, el acercamiento iuscomparatista a la lucha contra la corrupción muestra un panorama definido, en términos generales, por un arsenal penal insuficiente³⁰ y por un procedimiento tan obsoleto como inadecuado. A lo que se añaden notorias lagunas en la regulación del funcionamiento de las administraciones públicas en ámbitos que, como la experiencia, sobre todo la del último decenio, enseña, constituyen excelentes campos de cultivo para la corrupción.

3.1. El Derecho penal sustantivo

En Derecho comparado³¹, los delitos de cohecho, de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, peculado, y actividades prohibidas a los funcionarios públicos constituyen el núcleo criminalizador de la corrupción pública. Todos ellos están contruidos en torno a la figura de la autoridad o funcionario que, en el ejercicio de su cargo, actúa

polis. Derecho y Justicia en un mundo global, Editorial Trotta, Madrid, pp. 331-332.

³⁰ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James; "Los delitos de corrupción de funcionario y criminalidad organizada", *op. cit.*, p. 349.

³¹ *Ibidem*, pp. 317-319.

favoreciendo intereses privados, propios y/o ajenos, en detrimento de los públicos, cuya tutela y promoción tiene asignados³².

Pero la figura que encarna el paradigma de la corrupción es el cohecho: prototípico delito de encuentro, en el lenguaje dogmático³³, viene abarcando, a través de sus modalidades de propio/impropio, activo/pasivo, genérico/específico, conductas de gravedad diferente; pero todas ellas incorporan el elemento de la corrupción política criminológicamente decisivo, al “enfrentar –según advierte Transparencia Internacional– los dos rostros de la corrupción: quien corrompe y quien permite ser corrompido”³⁴.

Mas la tipificación y castigo penal de una conducta no comportan, por sí solos, el éxito en su erradicación.

Es preciso un esfuerzo de adecuación del arsenal punitivo a las necesidades preventivas en este ámbito.

Parece necesario, en concreto, que no se cierre el recurso a las penas privativas de libertad³⁵ y que las legalmente previstas sean susceptibles de cumplimiento efectivo. No es necesario que se ejecuten siempre intramuros, pero sí que exista una posibilidad creíble de que así ocurra, lo que resultará relevante para el delincuente “de cálculo”.

Se impone, igualmente, el recurso a las penas de inhabilitación especial de larga duración. En primer lugar, para el funcionario, al que es necesario apartar del entorno que favoreció la comisión del delito³⁶. Pero también para el particular, que, por consideraciones profilácticas elementales, debe ser separado del ejercicio de la

³² ACALE SÁNCHEZ, María, “Delitos contra la Administración Pública (II)”, en TERRADILLOS BASOCO, Juan M. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*. II, Editorial Iustel, 2011, Madrid, p. 157.

³³ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., p. 259.

³⁴ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, España. Disponible en: http://www.transparencia.org.es/Qu%C3%A9_es_TI.htm/ Consultada el 30/9/2015, a las 21.15.

³⁵ JAREÑO LEAL, Ángeles, “La corrupción en la contratación pública”, en *Pasajes. Revista de pensamiento contemporáneo*, 2013 (42), p. 18. Disponible en: <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/45549/14-21.pdf?sequence=1&isAllowed=y> . Consultada el 28/9/2015, a las 21.45.

³⁶ VERGOTTINI, Giuseppe, “Una road contro la corruzione”, op. cit.

actividad económica que hizo posible su contacto con la Administración Pública.

La inhabilitación profesional del particular debe ir acompañada de otras penas privativas de derechos que refuercen los resultados preventivos esperados, como prohibición de contratar con el sector público, prohibición de recibir subvenciones o ayudas públicas, beneficios o incentivos fiscales o del sistema de previsión social, o prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública.

Y para que las multas puedan resultar suficientemente inhibidoras, han de ser proporcionales al beneficio perseguido en la operación delictiva.

Con todo, es dudoso que reformas legales “parche” puedan asegurar la eficacia en la lucha contra este tipo de criminalidad. Las limitaciones se sitúan ya en el planteamiento inicial: si se buscan respuestas jurídico-penales efectivas, que no sean únicamente expresión simbólica, se impone un cambio de paradigma. Quien quiera, en el siglo XXI, ganar esta batalla “*tendrá que utilizar algo más que lanzas y piedras, y valerse de un arsenal más sofisticado*”, desarrollando particulares criterios de imputación y especiales conceptos, idóneos para integrar un nuevo Derecho penal de la función pública³⁷ asentado en dos pilares básicos: tutela de esta, concebida como servicio a los ciudadanos, y responsabilidad penal específica de los servidores públicos, considerando tal a todo sujeto con capacidad para, desde las instituciones, tomar o condicionar decisiones que repercutan materialmente en los intereses confiados a la Administración.

Es preciso, pues, afinar el instrumental dogmático y adecuar el arsenal punitivo a las especiales características de los delitos de corrupción³⁸, como *conditio sine qua non* de eficacia, porque resulta obvio que las posibilidades preventivas de la respuesta penal –aunque se acepte que, por sí sola, no puede ser definitiva– no están exploradas

³⁷ MEINI, Iván, *Delitos contra la Administración Pública*, op. cit., p. 7.

³⁸ ZAMORA HERNÁNDEZ, Arlety y GARCÍA MARTÍNEZ, Dolys, “Estudio criminológico de la corrupción económica”, en *Derecho y Cambio Social*, 2014 (37), Lima. Disponible en: http://www.derechoycambiosocial.com/revista037/ESTUDIO_CRIMINOLOGICO_DE_LA_CORRUPCION_ECONOMICA.pdf Consultada el 30/9/2015, a las 17.15.

por completo³⁹. Que es algo bien distinto a afrontar esta modalidad delictiva por medio del procedimiento, tan manido como constatadamente inane, de ampliar el ámbito de conductas punibles o de intensificar, sin sentido, la contundencia de las penas. Se trata de opciones que, históricamente, han servido, en clamorosa “huida al Derecho penal”, para que los poderes públicos redujeran sus compromisos político-criminales a reformas de la ley penal –siempre fáciles o, incluso, electoralmente rentables–, en clave punitivista, olvidando otros mecanismos jurídicos de prevención que, aunque más complejos y costosos, resultan más eficaces.

3.2. El Derecho procesal penal

El sistema procesal penal afronta, en la persecución y enjuiciamiento de los delitos de corrupción, dificultades especiales.

La corrupción, en efecto, constituye una práctica tan generalizada que la opinión pública –sobre todo cuando no hay damnificados directos individualizados o cuando la corrupción de bagatela es juzgada como inocua picaresca–, no reputa necesaria ni conveniente su persecución penal. Y así lo ratifica con los votos.

A la indiferencia social, que desde luego no facilita la labor de la acusación pública, se suma la burda utilización por parte de los acusados, de todos los resortes del poder político para obstaculizar las investigaciones, para garantizar la rentabilidad del crimen y para asegurar la impunidad. A esos objetivos coadyuvan ciertos privilegios de la alta clase política, como su frecuente condición de “aforados”, es decir, sometidos a un proceso que presenta, con respecto al común, ciertas peculiaridades. A lo que se añade que la colaboración de testigos y peritos no puede ser entusiasta si, como es norma, estos ocupan en el organigrama administrativo puestos subalternos con respecto a sus perseguidos jefes.

Por su parte, en el lado no de los corrompidos, sino de los corruptores, el proceso penal topa con las dificultades de afrontar complejas estructuras empresariales, de dimensión frecuentemente transnacional, que falsean la competencia en detrimento del competidor no

³⁹ JAREÑO LEAL, Ángeles, “La corrupción en la contratación pública”, *op. cit.*, p. 20.

corrupto⁴⁰, que hacen inviable el seguimiento del *iter criminis* y que gozan de la complicidad de las instituciones financieras a la hora de hacer invisibles, a los ojos de la Justicia, los beneficios del delito.

Estos obstáculos recrecen cuando se trata de “gran corrupción”, que añade dos elementos propios: el temor a las represalias de quien ejerce el poder corrupto, y la permeabilidad de la organización policial y judicial a la corrupción⁴¹.

Los instrumentos procesales han evolucionado con más parsimonia, incluso, que los penales sustantivos. En el caso español, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, nacida en 1882, ha sido víctima de continuas labores de parcheado (la última, y polémica, a finales de 2015⁴²), que han difuminado sus perfiles originarios pero no han sido capaces de implementar un engranaje procesal apto para afrontar con agilidad y eficacia las modernas formas de delincuencia. La corrupción pública no es una novedad en nuestra realidad política, pero presenta hoy modalidades que ni remotamente pudieron estar entre los objetivos a los que apuntó el legislador de fines del XIX. En España, el propio presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial ha identificado, como una insalvable traba en la lucha contra la corrupción, el hecho de que la legislación procesal “*está pensada para el robagallinas, no para el gran defraudador*”⁴³.

⁴⁰ MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto, *Delitos asociados a la contratación económica*, Ediciones ONBC, La Habana, 2013, p. 7.

⁴¹ HAVA, Esther, “Grand Corruption. Strategies for Preventing International Impunity”, *op. cit.*, p. 488.

⁴² *El País*, “Jueces y fiscales denuncian la entrada en vigor de la “ley de punto final”, 16 de octubre de 2015. Disponible en: http://politica.elpais.com/politica/2015/10/15/actualidad/1444895824_705434.html Consultada el 30/9/2015, a las 13.20.

⁴³ Europa press, “Lesmes dice que la Ley está pensada “para el robagalinas” y no para el gran defraudador y reclama reformas”, 21-de octubre de 2014. Disponible en: <http://www.europapress.es/nacional/noticia-lesmes-dice-ley-pensada-robagalinas-no-gran-defraudador-reclama-reformas-20141021210108.html> Consultada el 30/9/2015 a las 13.40. Se refiere a Carlos Lemes, presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), el que manifestó además, que ello supone una gran traba para la lucha contra la corrupción. Leer más: <http://www.europapress.es/nacional/noticia-lesmes-dice-ley-pensada->

La obsolescencia es más patente cuando la dinámica económica impone cambios acelerados que, necesariamente, se van a reflejar en las manifestaciones de delincuencia. Si, en Cuba, el *Decreto Ley No. 310* (2013), observaba que *“los cambios y transformaciones que han tenido lugar en el ámbito económico y social del país, la situación actual de las manifestaciones delictivas, los requerimientos emergentes de la práctica judicial y la necesidad de procurar mayor efectividad y eficacia en la prevención y el enfrentamiento al delito, demandan la actualización imposter-gable de las disposiciones legales vigentes...”*, esa actualización se torna perentoria tras la entrada en vigor de la *Ley de la Inversión Extranjera* (*Ley No. 118, de 9 de marzo de 2014*)⁴⁴.

Las dificultades de persecución incrementan las probabilidades de eludir la condena penal, y, si es que llega a pronunciarse, las de evitar la ejecución de la pena carcelaria o pecuniaria, o de burlar el decomiso de los bienes. Lo que, frente a delincuentes de cálculo, como es el caso, significa dejar en nada la presunta capacidad desincentivadora de la norma penal.

Para que la conminación penal no quede en agua de borrajas, el proceso penal ha de garantizar la práctica exhaustiva de la prueba –lo que seguramente es factible solo en un contexto pre-penal de transparencia, motivación y control real de las decisiones administrativas– en el seno de un procedimiento ágil y sin interferencias ajenas.

Es igualmente necesario prescindir de adherencias extraprocesales que interfieran en la tramitación de las causas.

Ya se ha aludido a la complejidad, real pero también provocada como recurso por parte de las defensas o potenciada por jueces con vocación de “estrella”, que caracteriza a los denominados macroprocesos. Sus límites materiales son indefinibles –a pesar de que la legislación procesal y la doctrina jurisdiccional permiten el enjuiciamiento en piezas separadas que rompan la denominada conexidad de conveniencia⁴⁵– y su duración es infinita; parecen abarcarlo todo

robagallinas-no-gran-defraudador-reclama-reformas-20141021210108.html Consultada el 30/9/2015, a las 14.20.

⁴⁴ TERRADILLOS BASOCO, Juan M., “Derecho penal económico. Lineamientos de política criminal”, en *IUS*, 2015 (35), Puebla, pp. 9-10.

⁴⁵ REBOLLO VARGAS, Rafael y CASAS HERVILLA, Jordi, “Reflexiones, problemas y propuestas para la investigación de la delincuencia econó-

pero están abocados a la nada: como fabulara Samaniego, “*estos montes, que al mundo estremecieron, un ratoncillo fue lo que parieron*”. Prenda de impunidad, en definitiva.

Unos plazos de prescripción excesivamente cortos –que recompensan la artificiosa e interesada prolongación de trámites excesivamente largos⁴⁶- pueden, también, enervar la eficacia de los procesos, garantizando la impunidad. En un sector de la criminalidad caracterizado por la opacidad y en el que se acumulan las dificultades objetivas de investigación y persecución –y, entre ellas, el poder de los imputados– se impone la ampliación de los plazos de prescripción, que deben ajustarse, entre otros criterios, a la probable dificultad de la investigación y juzgamiento de los delitos a examen⁴⁷.

La independencia del Ministerio Fiscal –cuestión que, situada en el plano constitucional, rebasa la problemática del proceso y de la organización del poder judicial– es otro requisito, *sine qua non*, para afrontar el combate contra la corrupción, que es combate contra sujetos detentadores de amplios poderes a cuya influencia perniciosa quizá le resulte difícil sustraerse al propio Ministerio Público. De ahí que, para asegurar la independencia de quien tiene la responsabilidad de llevar la acusación pública, sea necesario blindar, *ad extra*, la institución frente a injerencias del poder ejecutivo; *ad intra*, se impone implementar contrapesos que, en equilibrio con los principios de unidad de actuación y de dependencia jerárquica, aseguren a los fiscales, frente al poder interno del Fiscal general un ámbito de autonomía funcional presidido, fundamentalmente, por el principio de legalidad⁴⁸.

mica”, en *Revista General de Derecho Penal*, Madrid, 2013 (19), pp. 5-6.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 4.

⁴⁷ GEPC-GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias. Indulto, prescripción, dilaciones indebidas y conformidad procesal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 13. Disponible en: http://www.gepc.es/web/sites/default/files/ficheros/libro15_0.pdf . Consultada el 28/9/2015, a las 14.30.

⁴⁸ FERRANDIS CIPRIÁN, Daniel y TERUEL GARCÍA, Ismael, “Corrupción y administración de justicia: una propuesta de reforma”, en JAREÑO LEAL, Ángeles, (dir.), *Corrupción pública: cuestiones de política criminal (I)*, Editorial Iustel, Madrid, 2014, pp. 75-77.

Los indultos, alguno de ellos verdaderamente escandaloso⁴⁹, constituyen un perverso expediente de características arbitrarias, demasiado sensible a la “capacidad de presión e influencia política de quienes ejercen el poder político o económico o de los encargados de ejecutar sus instrucciones”⁵⁰. Se impone, a la espera de la definitiva supresión de esta figura de difícil encaje en un sistema de división de poderes, eliminar la posibilidad de que sean concedidos por la autoridad política, precisamente, a los altos funcionarios públicos por delitos de corrupción

En paralelo con los indultos, ha de analizarse el fenómeno de las regularizaciones fiscales, auténticas amnistías encubiertas que privilegiaban a los defraudadores. En 2010, el gobierno español, al encontrarse con los nombres de los 659 grandes defraudadores de la *lista Falciani*, decidió no abrir una inspección fiscal y les permitió regularizar los capitales evadidos, gravando la operación con un tipo impositivo muy inferior al general: no solo se les otorgó inmunidad penal, también disfrutaron de un criminógeno tratamiento fiscal de favor⁵¹. Poco más tarde, y con un gobierno de diferente color político, el Real Decreto Ley 12/2012, volvió a premiar, en los mismos términos, a los grandes infractores fiscales⁵².

Finalmente, resulta indispensable dotar a la Justicia penal de medios idóneos proporcionados a la amenaza que representa la corrupción política. Más jueces, pero también más peritos especializados, más policía judicial experimentada en la materia y más recursos para

⁴⁹ DOVAL PAÍS, Antonio, “Delitos de corrupción pública: indultos y condenas”, en JAREÑO LEAL, Ángeles (dir.), *Corrupción pública: cuestiones de política criminal (I)*, Editorial Iustel, Madrid, 2014, pp. 60-62.

⁵⁰ GEPC-GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *op. cit.*, p. 11.

⁵¹ TERRADILLOS BASOCO, Juan. M., “Política criminal de materia socioeconómica: hacia el Derecho penal de la exclusión”, en MEDINA CUENCA, Arnel (coord.), *El Derecho penal de los inicios del Siglo XXI en la encrucijada entre las garantías penales y el expansionismo irracional. Libro homenaje al Dr. Ramón de la Cruz Ochoa*, Editorial UNIJURIS, La Habana, 2014, p. 92.

⁵² TERRADILLOS BASOCO., Juan. M., “Cuatro décadas de política criminal en materia socioeconómica”, en DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir.), *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, Editorial Edisofer-BdeF, Madrid, 2014, pp. 62-63.

las fiscalías anticorrupción⁵³. Es obvio que mientras los corruptos cuenten con más medios para eludir la acción de la Justicia de los que tiene el sistema público para perseguirlos, la batalla contra la corrupción puede darse por definitivamente perdida⁵⁴.

La potenciación de medios técnicos y humanos incorporados al proceso penal aparece también como condición necesaria para acometer la superación de una de las tradicionales limitaciones de nuestros modos de afrontar la corrupción: la irrecuperabilidad de los fondos ilegítimamente sustraídos al control público. *“En ningún caso –denuncia Galeano–, nunca nadie en la historia de América Latina ha sido obligado a devolver el dinero que robó: ni los presidentes derribados, ni los muchos ministros renunciados por comprobada corrupción, ni los directores de servicios públicos, ni los legisladores, ni los funcionarios que reciben dinero por debajo de la mesa. Nunca nadie ha devuelto nada. No digo que no hayan tenido la intención: es que a nadie se le ocurrió la idea”*⁵⁵.

Las responsabilidades civiles son, en efecto, objeto de más que frecuente elusión, lo que, en delitos de enriquecimiento, supone tanto como despreñar los derechos de los damnificados: en el caso de la corrupción política, de todos. Y no se trata de magnitudes menores; se estima que las prácticas corruptas provocan un expolio de los países en vías de desarrollo cifrado en 40 billones de dólares por año, de los que apenas se recupera el 1%⁵⁶. Supone también renunciar a los efectos preventivos derivados de la advertencia, dirigida al eventual delincuente, de la probable evanescencia de las rentas del delito.

⁵³ REBOLLO VARGAS, Rafael y CASAS HERVILLA, Jordi, “Reflexiones, problemas y propuestas para la investigación de la delincuencia económica”, *op. cit.*, p. 18.

⁵⁴ COMUNICADO DE JUECES PARA LA DEMOCRACIA, “En España tienen más medios los corruptos que los jueces”, *Nuevatribuna.es*, 28 de noviembre de 2014. Disponible en: <http://www.nuevatribuna.es/articulo/espana/espana-tienen-mas-medios-corruptos-jueces/20141128170739109812.html> Consultada el 31/1/2015, a las 22.10.

⁵⁵ GALEANO, Eduardo, *Patas arriba. La escuela del mundo al revés*, 1ª edic., Editorial Catálogos, Buenos Aires, 2006, p. 153.

⁵⁶ GIMENO BEVIÁ, Jordi, “Algunos problemas procesales en la recuperación de activos”, en NIETO MARTÍN, Adán y MAROTO CALATAYUD, Martín (dir.), *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Editorial de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2014, p. 279.

El carácter supranacional de la criminalidad económica organizada, que es la que aparece con carácter de protagonista-inductor en los *affaires* de corrupción más graves, requiere una respuesta jurisdiccional que actúe con agilidad por encima de las fronteras nacionales, superando los tradicionales obstáculos que a la eficacia en la persecución de estos delitos ha colocado la reivindicación del espacio criminal como coto exclusivo de la soberanía nacional. Si una de las reglas de oro de la globalización es la libre circulación de capitales, carece de alegatos justificantes la pretensión de elevar interesadas barreras fronterizas a la persecución penal de quienes delinquen aprovechando precisamente las facilidades que brinda la deslocalización de actividades, de centros de imputación personal y de beneficios.

Hay que concluir, pues, reivindicando la definitiva instalación en la materia del principio de jurisdicción universal, pues solo la persecución a nivel internacional puede evitar la impunidad en los casos más graves de corrupción. A esta realidad es a la que pretende poner coto, entre otros instrumentos internacionales, la *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción* de 2003, que, sin embargo, como se ha denunciado, no supera, en muchos casos, el nivel de *soft law*, con la consiguiente limitación de eficacia⁵⁷.

Más allá van los intentos de considerar los delitos de gran corrupción como delitos de lesa humanidad, lo que debería conducir a reivindicar, coherentemente, su enjuiciamiento por el único órgano judicial permanente con competencia para entender de crímenes internacionales: la Corte Penal Internacional⁵⁸.

3.3. Control político y transparencia

Resulta, pues, necesaria una reforma de los códigos penales y, más aun, de los procedimientos penales, que, con realismo, aporte instrumentos legales dinámicos para hacer frente a las nuevas formas de la omnipresente corrupción.

⁵⁷ WEBB, Philippa, "The United Nations Convention Against Corruption: Global Achievement or Missed Opportunity?" en *Journal of International Economic Law*, 2005 (8), p. 193.

⁵⁸ HAVA, Esther, "Grand Corruption. Strategies for Preventing International Impunity", *op. cit.*, p. 483.

Pero, quizá como en ningún otro sector de la criminalidad, dada la capacidad de autoprotección de los sujetos implicados, la eficacia ha de buscarse extramuros del sistema penal⁵⁹, recurriendo preventivamente, en el ámbito político y administrativo, “a formas eficaces de inspección y de control, externo e interno, de la gestión pública que la hagan más transparente y eficiente”⁶⁰, sin olvidar el papel relevante que en una sociedad democrática corresponde a la ciudadanía, primera interesada en la eliminación de la corrupción política⁶¹.

El primer paso a dar ha de ir orientado a neutralizar las áreas institucionales más fácilmente susceptibles de instrumentalización en favor del corrupto o de sus corruptores⁶²: se trata de espacios de decisión política caracterizados por la opacidad y, por tanto, al abrigo de la rendición de cuentas; por la confusión público-privada, de modo que las decisiones políticas tienen inmediata traducción en los bolsillos de los particulares; por la discrecionalidad propia de las resoluciones que, revestidas de políticas, dan respuesta sesgada a cuestiones predominantemente técnicas; por la ausencia de mecanismos de control, institucionalizados o populares; por la inmunidad ante la eventual exigencia de responsabilidades personales; por el blindaje frente a medios de comunicación independientes y plurales; por la intangibilidad judicial de las decisiones políticas; por la presencia de un clientelismo asentado y de un sistema financiero cómplice, que garantiza la rentabilidad de la corrupción, así como su impenetrabilidad frente a las investigaciones, incluso supranacionales, etcétera.

La superación de estos espacios de connivencia estructural con la corrupción requiere, en síntesis, políticas de neutralización del oscurantismo y la irresponsabilidad, asentadas en mecanismos democráticos de transparencia y control.

Una vía que aparece como prometedora, tanto en el ámbito de las corporaciones privadas como en el de las instituciones públicas, es la introducción de programas de *compliance*: programas endógenos

⁵⁹ VERGOTTINI, Giuseppe, “Una road contro la corruzione”, *op. cit.*

⁶⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 930.

⁶¹ MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto, *Delitos asociados a la contratación económica, op. cit.*, p. 7.

⁶² BLOSSIERS HÛME, Juan José, *Criminalidad organizada & Corrupción*, Editorial Disartgraf, Lima, 2007, p. 315.

de cumplimiento para prevenir comportamientos ilícitos de la organización.

Con origen en la legislación norteamericana –1977, *Foreign Corrupt Practices Act*; 1989, *Insider Trading and Securities Enforcement Act*; 2010, *Bribery Act*–, han sido aceptados en otros ordenamientos. En el español, concretamente, la Ley Orgánica 1/2015 ha introducido la posibilidad de exención o atenuación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, siempre que estas hayan implementado sistemas de autocontrol, cuyas características precisa, con más o menos acierto, el artículo 31 bis del Código penal.

La transparencia y el control –interno y/o externo– han de llegar, por las razones antedichas, a los partidos políticos. Sobre este punto han insistido tanto organizaciones interestatales, por ejemplo, el Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO), como organizaciones no gubernamentales, señaladamente Transparencia Internacional, que han venido detectando deficiencias y sugiriendo pasos a dar en los respectivos Estados.

Solo un ejemplo: Transparencia Internacional España –una vez constatado que “*el poder tan generalizado de los partidos, el control del poder legislativo, así como el de todos y cada uno de los niveles de gobierno y, sobre todo, el control de la composición de las más altas instituciones del Estado, merma el Estado de Derecho, limita sustantivamente el ejercicio real de la democracia y deja escaso margen en la práctica a los ciudadanos para decidir sobre la marcha de la sociedad*”–, propuso, el 3 de septiembre de 2014, a los partidos y responsables políticos la adopción de un heterogéneo catálogo de medidas “*drásticas y urgentes contra la corrupción*”. Entre ellas, solo una de naturaleza criminalizadora: “*Tipificar jurídicamente el delito de financiación ilegal de los Partidos políticos*”⁶³.

La citada Ley Orgánica 1/2015, que reforma sustancialmente el Código penal español, se ha hecho eco de esta demanda, y ha introducido esa figura delictiva en los nuevos artículos 304 bis y 304 ter; aunque quedan fuera del ámbito típico las donaciones de

⁶³ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, España. Disponible en: http://www.transparencia.org.es/Partidos_Pol%C3%ADticos/Nota_TI_contra_corrupci%C3%B3n.pdf/. Consultada el 27/9/2015, a las 21.25.

bienes inmuebles, las donaciones a fundaciones, las condonaciones de deuda, o la doble contabilidad⁶⁴.

Finalmente, hay que aludir a otra imprescindible reforma legal dirigida a terminar con el fenómeno coloquialmente conocido como “puertas giratorias”. Consiste en el tránsito a empresas privadas de altos servidores públicos que, en su condición de tales, tuvieron relación institucional con aquellas. En ocasiones el acceso a la función pública vino precedido de actividad privada en los mismos sectores a los que, tras el paso por la Administración Pública, se regresa. Este paradigmático círculo vicioso es prenda segura de corrupción.

4. Globalización y corrupción: políticas económicas *versus* política criminal

Las políticas hasta ahora aludidas, que actúan en el plano penal, en el procesal, en el del control o en el de la transparencia, van dirigidas, sustancialmente, a evitar que el servidor público, titular de poderes que solo se legitiman en la medida en que sean ejercidos en pos de intereses colectivos legalmente definidos, los utilice traicionando su función originaria.

Pero, si, como se adelantó, la corrupción política es solo una modalidad de criminalidad económica, normalmente criminalidad organizada –una de cuyas consecuencias distintivas es la corrupción de las administraciones públicas a las que instrumentaliza⁶⁵–, las políticas preventivas no pueden limitarse a actuar sobre los instrumentos; han de hacerlo también sobre el modelo económico que impulsa su utilización espuria.

Si se examinan los sucesivos informes que sobre corrupción emiten distintas agencias especializadas, se deduce que, en buena medida, la gran criminalidad económica ligada a la corrupción pública ha permanecido blindada, de hecho, frente al sistema penal.

⁶⁴ MAROTO CALATAYUD, Manuel, *La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal*, op. cit., p. 319.

⁶⁵ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, “Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1984 (III), p. 682.

Cierto que desde 1977, con la promulgación de la *Foreign Corrupt Practices Act*, la mayoría de los países económicamente relevantes se han venido dotando de legislación específica en la materia⁶⁶. Incluso son numerosas las disposiciones, de diferente naturaleza normativa, adoptadas por organismos y convenciones internacionales, como instrumentos para combatir la corrupción política⁶⁷. Y, sin embargo, no puede decirse que la proliferación normativa haya venido acompañada por el éxito preventivo.

En España, por ejemplo, la crisis económico-financiera, patente, al menos, desde 2008, aunque gestada con antelación, ha venido acompañada, cuando no tutelada, desde las administraciones públicas y los grandes partidos políticos, que han sido cómplices e instrumentos de estrategias delictivas desplegadas por intereses económicos que, superpuestos a los públicos, han resultado inmunes al control político de los ciudadanos. Ciertamente, a finales de 2014, más de 2 000 políticos estaban imputados, en 150 procesos penales, por delitos relacionados con el ejercicio de su cargo, lo que puede ser indicativo de cierta capacidad de reacción del sistema penal frente al delito ya ejecutado; pero este dato no desmiente la consideración de su fracaso preventivo, más bien la refuerza. Al respecto, un informe del Consejo General del Poder Judicial emitido el 13 de marzo de 2015, constataba que “*la ineficiencia de la Justicia penal frente a los fenómenos de corrupción es patente*”.

La desregulación, que es una de las características de la globalización, es el caldo de cultivo ideal para garantizar la primacía de la economía –privada– sobre las políticas públicas. Cuando estas se subordinan a aquella, la corrupción se instala en las estructuras del sistema.

De ahí que el primer paso de una política preventiva de la corrupción que pretenda cotas aceptables de eficacia sea potenciar la regulación de la actividad económica, una vez que se acepta pacíficamente que la *lex mercatoria*, presentada por sus apologetas como principio racionalizador para la asignación rentable de recursos, en la práctica

⁶⁶ TERRADILLOS BASOCO, Juan M., “Política criminal de materia socioeconómica: hacia el Derecho penal de la exclusión”, *op. cit.*, pp. 97-98.

⁶⁷ NIETO MARTÍN, Adán, “La prevención de la corrupción”, *op. cit.*, pp. 308-309.

se confunde con la ley de la selva, en la que el pez grande –el que mejor compete– termina comiéndose al pez chico –el perdedor disfuncional.

La desregulación supone inhibición del sistema público, reducción de sus ámbitos competenciales y minimización de sus objetivos. De este modo, los principios políticos propios del Estado social y democrático de Derecho resultan progresivamente enervados, y la ley del máximo lucro ocupa su lugar.

Si para los ideólogos neoliberales, la mejor forma de luchar contra la corrupción es reducir la intervención pública en la economía, la globalización se presenta como escenario ideal: no es necesario recurrir a la corrupción cuando la tutela de los intereses privados en un marco desregulado no se va a ver dificultada por el intervencionismo estatal. Y si quedaran en pie obstáculos a esa prevalencia, la corrupción se advera como instrumento idóneo para salvarlos, en nombre de la eficiencia, que prefiere, en las propuestas funcionalistas originariamente inspiradas en DURKHEIM o en MERTON⁶⁸, la comodidad de convivir con administraciones deshonestas, y por tanto corruptibles, que topar con poderes políticos que, en coherencia con los valores que han de defender, se niegan a supeditar los intereses de todos a los de unos pocos⁶⁹.

Las inevitables secuelas de la desregulación se concretaron, a partir de 2006, inicialmente en el “*homicidio negligente*” del sistema financiero USA⁷⁰ y, después, en la quiebra de una banca que, en los países occidentales, venía actuando al abrigo de cualquier control público y que desencadenó una crisis económica y social de consecuencias ingentes. Con la complicidad de las administraciones públicas, que prefirieron, mientras la bola de nieve se engrosaba a ojos vista, mirar

⁶⁸ LIMA COSTA, Silvia Chaves, “A nova face da corrupção frente à tutela da orden económica”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y LIBERATORE BECHARA, Ana Elisa, (coord.), *Estudios sobre la corrupción. Una reflexión hispano-brasileña*, Editorial Centro de Estudios Brasileños-Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013, p. 95.

⁶⁹ TERRADILLOS BASOCO., Juan M., “Cuatro décadas de política criminal en materia socioeconómica”, *op. cit.*, pp. 45-78.

⁷⁰ EKAIZER, Ernesto, *Indecentes. Crónica de un atraco perfecto*, 2ª edic., Editorial Espasa, Madrid, 2012, pp. 71-72.

hacia otro lado, supeditando la tutela de los intereses colectivos –salud, asistencia social, educación, etc. –, a la garantía de las ganancias de los sujetos económicos más adaptados al mercado desregulado. En ese momento, el capital financiero.

En el entorno desregularizado, las grandes líneas de la política económica –que determina todas las demás políticas– no las fijan los poderes públicos en coherencia con los principios constitucionales, sino grandes conglomerados económicos que se constituyen como los auténticos centros de poder –como “soberano privado supraestatal difuso” los ha caracterizado CAPELLA⁷¹– que imponen sus decisiones a Estados necesitados de una convivencia amable con ellos, en la medida en que están atenazados por una deuda pública que, como en el caso de España, oscila en torno al 98% del Producto Interno Bruto⁷².

El retroceso de las políticas locales, vinculadas a la soberanía estatal, en provecho de las economías globales, es patente en el Acuerdo Transatlántico para el Comercio y la Inversión (TTIP), que actualmente renegocian los Estados Unidos de América y la UE, y que pretende consolidar y blindar –sin que eventuales cambios en las mayorías políticas puedan modificarlo– un auténtico mercado transatlántico, sobre el escrupuloso respeto a los principios neoliberales. Hasta tal punto se entroniza la desregulación como principio rector, que no se permite a los gobiernos aprobar leyes para regulación de sectores económicos estratégicos, como la banca, los seguros, los servicios postales o las telecomunicaciones. Incluso, se privatiza la justicia, al quedar sometidas las discrepancias sobre inversiones exteriores a procedimientos arbitrales privados⁷³. Lo que puede ser valorado

⁷¹ CAPELLA, Juan Ramón, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*, Editorial Trotta, Madrid, 1997, pp. 260-261.

⁷² Datosmacro.com, “Baja la deuda de España en abril”, abril de 2016. Disponible en: <http://www.datosmacro.com/deuda/espana> Consultada el 30/5/2016, a las 13.30.

⁷³ COMISIÓN EUROPEA, “Protección de la inversión y solución de controversias entre inversor y Estado en los acuerdos de la UE”, noviembre de 2013. Disponible en: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/december/tradoc_151991.pdf Consultada el 30/9/2015, a las 23.15.

como asalto a la soberanía estatal y al modelo democrático de división de poderes⁷⁴.

Pero a los mercados no les preocupa la lucha contra la delincuencia, sino la rentabilidad. Fijan sus reglas autónomamente, definen los criterios valorativos hegemónicos y deciden los consiguientes premios y castigos. El marco económico crea sus propias modalidades de delincuencia y la forma en que se articula la respuesta pública –punitiva o no– responde al conjunto de determinaciones sociales y políticas⁷⁵.

Allí donde no se implementan controles sobre la economía lícita, no cabe el control eficaz de la ilícita, por cuanto la gran criminalidad económica mezcla agentes, actividades y organizaciones que actúan a un lado y a otro de la difusa frontera que separa lo exitoso –tanto más valorado cuanto ingente e imprevisto– de lo ilegal. Lo que parece lógico en un marco en el que el criterio determinante de criminalización no es la idoneidad lesiva de los comportamientos infraccionales nacidos en el seno de la cambiante realidad económica, sino su compatibilidad o incompatibilidad con las exigencias de la *lex mercatoria* y de un mercado progresivamente desregulado. En definitiva, puros criterios de funcionalidad, que conviven con políticas públicas integradas en las estrategias corporativas y mercantiles de reducción de costes y difuminación de responsabilidades.

Es esa funcionalidad la que fija los contenidos volubles de la corrupción. Lo que resulta particularmente visible en ciertos ámbitos, como puede ser la respuesta institucional al fraude fiscal. Mientras que todos los países de nuestro círculo de cultura criminalizan las formas más graves de defraudación tributaria, treinta y cinco de las primeras empresas del mundo –por ejemplo, Walt Disney Co, Koch Industries Inc., FedEx Corp o PepsiCo Inc, Ernst & Young, Deloitte y KPMG, etc., utilizaron, justamente cuando el actual presidente de

⁷⁴ MONBIOT, George, "This transatlantic trade deal is a full-frontal assault on democracy", en *The Guardian*, 4.11.2013. Disponible en: <http://www.theguardian.com/commentisfree/2013/nov/04/us-trade-deal-full-frontal-assault-on-democracy> Consultada el 29/6/2015, a las 15.30.

⁷⁵ VIRGOLINI, Julio, "Los delitos de cuello blanco", en TERRADILLOS BASOCO, Juan M. y ACALE SÁNCHEZ, María (coord.), *Nuevas tendencias en Derecho penal económico*, Editorial Universidad de Cádiz, Cádiz, 2008, p. 57.

la Comisión Europea, Jean-Claude Juncker, era ministro de Finanzas y, luego, primer ministro de Luxemburgo, complejas estructuras financieras para canalizar beneficios a través de filiales en el Gran Ducado, con lo que evitaron pagar impuestos notoriamente más gravosos en los Estados en los que se realizó su actividad económica⁷⁶. El procedimiento no es nuevo: Apple, por ejemplo, tributó en 2011 menos del 2% por los beneficios obtenidos fuera de Estados Unidos de América⁷⁷.

No parece creíble, a la vista de estos antecedentes, que el fraude fiscal, tantas veces vinculado a la corrupción de los funcionarios y autoridades encargados de perseguirlo, esté a punto de ser controlado. Porque, tal como sabemos desde ACKERMAN y los estudios de análisis económico del Derecho, corrupción económica y política van juntas⁷⁸. Los modelos dictatoriales aportan, paradigmáticamente, la evidencia de esta simbiosis: corrupción política al servicio de la criminalidad económica transnacional organizada, y criminalidad económica transnacional organizada al servicio del corrupto poder político⁷⁹.

No es necesario, sin embargo, acudir a regímenes *de facto* para detectar la presencia de una corrupción política impulsada por los intereses de grandes sujetos económicos que buscan el lucro a cualquier precio. Y lo consiguen haciendo beneficiarios de ese precio a los detentadores del poder en las economías periféricas.

La complacencia de quienes ejercen el poder político puede verse arropada, incluso, por un entorno cultural e ideológico en el que, desde la concepción patrimonialista del poder, se considera la dádiva

⁷⁶ The Wall Street Journal, 10 de diciembre de 2014. Disponible en: <http://lat.wsj.com/articles/SB10619504511798443808104580329051672039466?tesla=y&mg=reno64-wsj&url=http://online.wsj.com/article/SB10619504511798443808104580329051672039466.html> Consultada el 29/9/2015a las 16.30.

⁷⁷ BBC, 2 de febrero de 2012. Disponible en: <http://www.bbc.co.uk/news/business-20197710> Consultada el 29/9/2015, a las 16.40.

⁷⁸ TERRADILLOS BASOCO, Juan M., “Cuatro décadas de política criminal en materia socioeconómica”, *op. cit.*, p. 67.

⁷⁹ HURTADO POZO, José “Globalización y delincuencia organizada”, en MORENO, Moisés. (coord.), *Orientaciones de la política criminal legislativa*, Editorial Inacipe, México D. F., 2005, p. 27.

entregada a su titular no como elemento distorsionador, sino como justa retribución al amigo⁸⁰.

También en la cultura política de los países occidentales se registra, aunque respondiendo a patrones ideológicos y valorativos distintos, un nivel semejante de connivencia con la corrupción: “considerando la historia del capitalismo [...] la apropiación de lo público por lo privado es más que una regla. Las empresas calculan la corrupción para obtener una ganancia. Así, si tengo que ganar con una obra, voy a usar todos los métodos disponibles. Un buen empresario es el que hace la obra y la hace lucrativa”⁸¹. Y no hay que olvidar que la *lex mercatoria* no entroniza valores; crea y garantiza los marcos en que pueden triunfar los “buenos empresarios”.

En ocasiones se han superpuesto, reforzándose mutuamente, ambos argumentos: la identidad cultural periférica tolerante con la corrupción se ha visto espoleada, por la generosidad económica del primer mundo, que en nombre de las buenas relaciones comerciales y de la eficiencia, ha venido destinando cuantiosas partidas a “aceitar” los negocios con el exterior y, de pasada, las voluntades de los corruptos poderes locales⁸². Y será la maleabilidad de estos, manifestada y prolongada en políticas legislativas de inhibición ante la corrupción, la que determine la política de *jurisdiction shopping* practicada por los inversores, públicos o privados, foráneos, siempre proclives a implicarse más intensamente en entornos tolerantes con las prácticas irregulares⁸³.

⁸⁰ GARCÍA LÓPEZ, Eloy, “La corrupción, ¿Un problema jurídico o un estado sociológico-moral?”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, 2014 (35), p. 69.

⁸¹ PEDREIRA CAMPOS, Pedro Henrique, “La empresa que sabe usar la corrupción crece más”; en *Sin permiso*, 14 de diciembre de 2014. Disponible en: <http://www.sinpermiso.info/textos/index.php?id=7568> Consultada el 28/9/2015, a las 14.30.

⁸² GALEANO, Eduardo, *Patatas arriba. La escuela del mundo al revés*, op. cit., p. 159.

⁸³ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel y BENITO SÁNCHEZ, Demelsa, “La política criminal internacional contra la corrupción”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y, LIBERATORE BECHARA, Ana Elisa (coord.), *Estudios sobre la corrupción. Una reflexión hispano-brasileña*, Editorial Centro de Estudios Brasileños-Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013, p. 15.

Se dan así las condiciones para la supeditación a los valores del mercado –solo interesa el éxito– de los propios del Estado social y democrático de Derecho –igualdad material de individuos y grupos, solidaridad. De este modo, las manifestaciones más cotidianas de la denominada corrupción “blanca” o “gris” se integran, como normales –“*everybody does it*”–, en los protocolos de actuación política y concitan, incluso, la complicidad electoral de los administrados⁸⁴.

Frente a la corrupción consistente en “*el establecimiento de modos criminales de hacer política que se expresan en la apropiación por algunos de lo que es público, vale decir, de todos*”⁸⁵ no debería caber, en los Estados democráticos, la inhibición.

No, en la medida en que la dañosidad de la corrupción política es, además de ingente, expansiva.

En el plano puramente económico activa un mecanismo multiplicador: el empresario que no corrompe, no puede competir. Ha de abandonar el campo de batalla en manos del competidor desleal, que dedica sus recursos no al desarrollo de tecnologías innovadoras, a modos de producción sostenible o a favorecer las condiciones necesarias para un trabajo decente, sino a sobornar. Los fondos públicos, a su vez, sufragan, con injustificables sobrepuestos, proyectos inidóneos y terminan imponiéndose las opciones menos eficientes. Así lo muestra el dato, reiterado en todas las investigaciones, de que máxima corrupción coincide con máxima pobreza, mientras que las condiciones de vida más aceptables se dan en los países que registran índices de menor degradación en sus administraciones públicas⁸⁶.

A la lesividad económica acompaña la degradación política⁸⁷. Conviene tener presente, porque resulta de capital importancia en el marco de un Estado de Derecho, que, más allá de imposibilitar el desarrollo económico y social, la corrupción política es incompatible con la presencia y funcionamiento de las instituciones democráticas: en

⁸⁴ GIRLING, John, *Corruption, Capitalism and Democracy*, Editorial Routledge, New York, 1997, reimpresión, 2001, p. 11.

⁸⁵ VIRGOLINI, Julio, “Los delitos de cuello blanco”, *op. cit.*, p. 62.

⁸⁶ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel y BENITO SÁNCHEZ, Demelsa, “La política criminal internacional contra la corrupción”, *op. cit.*, pp. 19-20.

⁸⁷ HAVA, Esther, “Grand Corruption. Strategies for Preventing International Impunity”, *op. cit.*, p. 495.

un contexto corrupto, las decisiones políticas no se toman en pos del interés general sino respondiendo a los requerimientos del intercambio más lucrativo⁸⁸.

Finalmente, la realidad demuestra que, frecuentemente, ambas consecuencias de la corrupción caminan juntas, compartiendo tanto el espacio económico como el político. En efecto, la mundialización impone la transferencia de riesgos –por ejemplo, ambientales o financieros– y de la extorsión social –en forma de degradación salarial o sindical– a los entornos económicamente más débiles. Que solo los aceptarán en la medida en que un poder autóctono así lo garantice.

La gran corrupción política será la forma generalmente más eficaz de obtener la cooperación de esos poderes, que, a su vez, se verán obligados a ocultar su carencia de legitimidad acallando, mediante estrategias de contrainsurgencia apoyadas por la metrópoli, a sus detractores. El autoritarismo así generado o potenciado cierra el círculo, auténtico círculo vicioso, al consolidar y ampliar las posibilidades de los corruptores⁸⁹.

5. Epílogo

La lucha contra la corrupción política está condenada al fracaso si no se corresponde con una conciencia social colectiva identificada con los valores y principios democráticos, intolerante con presuntos servidores públicos que son en realidad palafreneros de intereses privados incompatibles con aquellos, y decidida a castigar electoralmente a los candidatos corruptos o corruptores⁹⁰.

Pero los valores políticos democráticos no pueden arraigar socialmente en contextos en los que prevalecen otros de signo diametralmente opuesto. En el contexto ideológico, por ejemplo, de la globalización neoliberal, confesadamente orientada a “eliminar del terreno

⁸⁸ MALEM SEÑA, Jorge F., “Derechos Humanos y corrupción”, en *Crítica*, 2014 (989), p. 51.

⁸⁹ TERRADILLOS BASOCO, Juan M., “Cuatro décadas de política criminal en materia socioeconómica”, *op. cit.*, p. 68

⁹⁰ VERGOTTINI, Giuseppe, “Una road contro la corruzione”, *op. cit.*

de juego los bienes públicos y comunes, la intervención pública y la política social, todo en aras del reino libre del mercado"⁹¹.

Si ya las tradicionales estrategias públicas frente a los delitos de corrupción política han demostrado su inidoneidad preventiva, la realidad económica globalizada, escorada vocacionalmente hacia la inhibición en materia de principios políticos, valores constitucionales y derechos sociales, dibuja un panorama ideológico tolerante con la supeditación de lo público-colectivo a lo económico-privado y proclive a la corrupción, que pone a la política criminal ante una disyuntiva sin matices: o amigable vecindad con el *statu quo* o intervenciones en la estructura económica diseñada por la globalización neo-liberal.

El desafío radical, es decir, el que apunta a la raíz, no se sitúa, pues, en el plano de las estrategias político-criminales –aunque a estas competan tareas irrenunciables–, sino en el de las grandes decisiones que terminan por conformar la convivencia entre las personas y los grupos. Si el modelo económico, desregulado y sin más valores que los representados por el becerro de oro, es caldo de cultivo de la corrupción política, habrá que afrontar la lucha contra esta, implementando políticas de amplio espectro que vayan a las raíces del modelo.

En ese contexto de amplias y complejas políticas sociales, las propiamente penales tienen una función que cumplir. Humilde, pero real. Mas, considerar a la corrupción, en cuanto delito, tipificado o tipificable en las leyes penales, como un problema jurídico y político-criminal, no agota todos los posibles acercamientos al fenómeno. La corrupción, en cuanto destrucción de la ética colectiva, constituye también un problema político-sociológico que refleja la degradación de una sociedad que no cree en los valores ni respeta las reglas que oficialmente proclama. La respuesta a la corrupción, en este nivel, exige *“recuperar lo que todavía está vivo de nuestro sistema de legitimidad y servirse de ello para recobrar los valores de la democracia mediante el expediente de podar lo que está muerto”*⁹². Exige llevar a la realidad la esencia de nuestros textos constitucionales: los derechos humanos de primera,

⁹¹ VICENTE GIMÉNEZ, Teresa y BERZOSA ALONSO-MARTÍNEZ, Carlos, “El triunfo de las finanzas capitalistas y el deterioro de los derechos sociales y de los derechos ecológicos”, en *Jueces para la Democracia*, Madrid, 2014 (80), p. 20.

⁹² GARCÍA LÓPEZ, Eloy, “La corrupción. ¿Un problema jurídico o un estado sociológico-moral?”, *op. cit.*, p. 74.

segunda y tercera generación, los valores que inspiran la organización democrática de la convivencia, los principios de funcionamiento que posibilitan la igualdad material de todos y cada uno de los ciudadanos, no pueden ceder ante intereses económicos de unos pocos.

No es de recibo que, en coherente desarrollo de las propuestas de impronta neoliberal, los poderes públicos declinen sus obligaciones de gobernar, dejando la dinámica de los procesos vitales, económicos, culturales, en manos de mercados auto-regulados, en los que la figura del ciudadano –titular de derechos inalienables y dueño de un voto que, junto al de los demás, determina las decisiones colectivas– haya sido sustituida por la del sujeto consumidor que compite contra sus iguales persiguiendo objetivos exclusivamente privados⁹³.

Frente al esquema liberal, el Estado social de Derecho, que es el que consagran nuestras constituciones, afirma un ordenamiento formal vinculado a sus presupuestos materiales y le niega al mercado la capacidad de autorregulación. El Estado social interviene activamente en la realidad social para construir un orden igualitario⁹⁴.

Esa intervención ha de tener carácter estructural, y, en ese contexto dinámico, no se puede pretender que el sistema penal asuma el rol de palanca impulsora; pero sí se le puede exigir que, al menos, no introduzca palos en las ruedas: la orientación y contenidos de los procesos de criminalización y descriminalización no pueden entrar en colisión con la construcción de un orden político basado en los derechos humanos fundamentales.

⁹³ VÁZQUEZ GARCÍA, Francisco, “La disputa de las humanidades y la invención de la cultura en el liberalismo avanzado”, en *Periférica. Revista para el análisis de la cultura y el territorio*, Cádiz, 2012 (13), p. 50.

⁹⁴ BAYLOS GRAU, Antonio, “A importância da realização do Estado social”, en *Democracia e mundo do trabalho*, 16 de septiembre de 2013. Disponible en: http://www.dmtemdebate.com.br/abre_noticia_colunista.php?id=34 Consultada el 28/9/2015, a las 15.40.

El Derecho penal, corrupción pública y la corrupción privada*

DRA. MARÍA ACALE SÁNCHEZ**

Sumario

1. Derecho penal de la empresa *privada* y de la empresa *pública*
2. Análisis criminológico de la corrupción y su relación con la delincuencia económica
3. La lucha contra la corrupción en el marco internacional
4. La respuesta penal frente a la corrupción
 - 4.1. Aproximación
 - 4.2. Código penal español
 - 4.2.1. Reflejo de la Convención de Naciones Unidas
 - 4.2.2. Reflejo del Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales
 - 4.3. Código penal cubano
5. Criminalidad de cuello blanco y fines de la pena
6. Filtro anti-spam de la corrupción
7. Bibliografía

* La realización de este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “La proyección de la corrupción en el ámbito penal: análisis de una realidad transversal”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (DER2015-65411-R, MINECO / FEDER).

** Catedrática de Derecho penal de la Universidad de Cádiz, España.
maria.acale@uca.es

1. Derecho penal de la empresa privada y de la empresa pública

El Derecho penal de la empresa es una especialidad doctrinal del Derecho penal que gira en torno al concepto de empresa, que ciñe su cintura. Así, en el ámbito de una economía de mercado, en el que el protagonismo y la iniciativa empresarial la tienen las personas jurídicas privadas, puede partirse de las tesis sostenidas en Italia por Di Amato y en España por Terradillos Basoco, para quienes en su interior se incluirían *“aquellas normas que fijan los límites entre lo lícito y lo ilícito, dentro de cuyo ámbito puede desarrollarse la iniciativa económica. Y dentro de estas normas, distingue las que constituyen una especie de estatuto personal de la empresa –delitos societarios, quiebras-, de las nacidas y estructuradas a la vista de la actividad productiva y de intercambio de bienes –delitos contra la libertad de mercado, contra los consumidores, contra el medio ambiente y contra la Hacienda pública”*¹. El motivo por el cual se suele identificar esta parcela del Derecho penal no es más que práctico, esto es, avanzar en el estudio de soluciones comunes a problemas también comunes de parte general (autoría, deber de vigilancia, comisión por omisión, por ejemplo), a una pluralidad de delitos que como afirman Terradillos Basoco y Di Amato, son aquellos que afectan al orden socioeconómico en el que respira esa economía de mercado.

Esta definición permite poner especial énfasis en el hecho de que está formulada desde la perspectiva de la empresa privada, y sus iniciativas y finalidades económicas, manteniendo un peligroso equilibrio en la frágil frontera de lo lícito y lo ilícito de una serie de conductas que, ya sea porque afectan a la propia empresa hacia dentro, o lo que es lo mismo, a su estatuto personal (delitos societarios, quiebras) *–corporate crime-*², o a las relaciones hacia fuera que mantiene dicha empresa con otras, lesionan o ponen en peligro más o menos intensamente el orden socioeconómico.

Dentro de este segundo grupo incluye Mejías Rodríguez tanto los *“crime business”* *–“figuras como las estafas y fraudes de la empresa y delitos*

1

2 TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Derecho penal de la empresa*, Editorial Trotta, Madrid, 1995; DI AMATO, Antonio, *Diritto penale dell'impresa*, ed. Giuffré. Milán, 2006, pp. 10 y 11.

como la malversación, el uso y la dilapidación indebida de recursos materiales y financieros; y los incumplimientos de obligaciones, normativas y deberes orientados a preservar, custodiar y evitar daños a bienes pertenecientes a entidades y organismos privados y estatales u otras figuras como las que regulan actos gravosos y abusivos en perjuicio de la actividad económica y de la contratación"-, como los "delitos económicos por derivación"- con cuya realización se "afecta determinados derechos e intereses económicos supraindividuales como lo son conductas contra los derechos laborales, los delitos ecológicos, informáticos, etc."³. Este elenco de conductas es distinto al que acoge la definición de Terradillos Basoco y Di Amato.

En efecto, en un país con una economía socialista, en el que la titularidad de las empresas es mayoritariamente pública, cuando en su seno un sujeto se queda con dinero, recibe una cantidad por hacer o por no hacer algo, está afectando a los intereses económicos empresariales del Estado y sus autores serán sancionados por cohechos, tráficos de influencias o malversación de caudales públicos. En esencia, porque ese Derecho penal de la empresa era un *Derecho penal de la empresa pública*. Y en este marco, la existencia de delitos que afectan a los intereses de las empresas privadas (como los delitos societarios, por ejemplo), no están tipificados porque se trata de una economía que prescinde en gran medida de la empresa privada: es más cuando un funcionario actúa en contra de los intereses empresariales del Estado cubano, está afectando el bien jurídico administración pública porque es la Administración pública cubana la que interviene en la economía. Tampoco tiene mucho sentido aquí dar una respuesta a la responsabilidad de la empresa, porque no existen tales entes. Ambos hechos determinan que en el concepto de Derecho penal de la empresa pública brillen delitos que están fuera del concepto de derecho penal de la empresa privada y simultáneamente que en su interior no se visibilice el grueso de figuras delictivas que son el corazón del concepto de derecho penal de la empresa privada.

Poco a poco, esta intervención estatal ha tenido que convivir con la admisión de una paulatina iniciativa privada a través de las primeras

³ MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos, (en "Estrategias, necesidades y urgencias del Derecho penal económico en Cuba", en *Ámbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, mayo 2012, sin paginar, http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11559&revista_demo=3 Acceso en mar 2016.

cooperativas agropecuarias, las empresas mixtas y las introducción del trabajo por cuenta propia; basta tener en cuenta la Ley 77 de 5 de septiembre de 1995, que regula las empresas de capital totalmente extranjero y las empresas mixtas, así como la existencia de trabajadores por cuenta propia, regulados en el Decreto Ley 141/1993, y sus relaciones contractuales reguladas en el Decreto 304 de 27 de diciembre de 2012. Según NNUU, en 2012 existían ya en Cuba alrededor de 400.000 trabajadores por cuenta propia⁴.

En este contexto sigue hoy el proceso de apertura. De esta forma, se irán visibilizando la existencia de otros bienes jurídicos, de los que son titulares no una Administración pública, sino esas empresas privadas, que requieren de un equilibrio del mercado para poder desarrollar sus actividades de corte empresarial. Y cuando aparecen estos nuevos intereses, llega el momento de separarlos de los intereses de las Administraciones públicas, en el sentido de que si bien dogmáticamente el concepto doctrinal del Derecho penal de la empresa persigue desde un punto de vista de parte general avanzar en el análisis de aspectos comunes que se plantean en el ámbito empresarial, desde el punto de vista de los delitos que se incluyen en su interior, compensa más ser selectivos, de forma que se incluyan aquellos delitos que afectan directamente al orden socioeconómico y se queden fuera los que lo hacen al bien jurídico Administración pública, que no persigue solo ni siempre fines económicos, sino los intereses generales con carácter general, de acuerdo con unos principios (como los de *eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*, recogidos en el art. 103 CE), que no guardan relación alguna con los que rigen el mercado y la competencia en el mismo.

Estas diferencias no impiden apreciar una semejanza: desde un punto de vista criminológico se trata de conductas llevadas a cabo por distintos delincuentes de cuello blanco, que es la categoría criminológica que los abraza. Así, los funcionarios públicos o autoridades que individualmente se involucran en acciones delictivas, sirviéndose del cargo público del que disponen es delincuencia de cuello blanco contra la administración pública sobre todo. También son delincuentes de cuello blanco, los que sin pertenecer al ámbito de la

⁴ MEJÍAS RORGÍGUEZ, Carlos, “Estrategias, necesidades y urgencias del Derecho penal económico en Cuba”, cit., sin paginar.

empresa, defraudan a la hacienda pública, o difunden información privilegiada, aunque no causen daño a la Administración pública sí que dañan al orden socioeconómico.

Pero en segundo lugar, desde el punto de vista del bien jurídico protegido, a pesar de que tengan una titularidad colectiva, en el caso de los delitos de cohecho, tráfico de influencias o malversación se atenta contra la Administración pública, mientras que en el caso de los delitos societarios, de apropiación indebida o contra los derechos de los trabajadores se afecta a un bien jurídico de carácter económico, como es el orden socioeconómico, dentro del cual es posible distinguir otros, de forma parcelada. Titulares del bien jurídico administración pública somos “todos”, mientras que titulares del orden socioeconómico son los actores que en él intervienen.

El objetivo sin embargo de este trabajo no es analizar el concepto de derecho penal de la empresa, sino la corrupción que genera la empresa. Si se acepta la premisa de que es posible distinguir un Derecho penal de la empresa pública y un Derecho penal de la empresa privada, en el marco de la economía de mercado, puede afirmarse que existen dos fenómenos distintos de corrupción: por una parte, el que se produce en las administraciones públicas, que reclama la presencia de un funcionario público o autoridad, y por la otra parte, la corrupción que se produce en el ámbito de la empresa privada, que afecta al orden socioeconómico y que requiere de la presencia de un sujeto que actúe con bienes o caudales privados, y que impute sus actos a sí mismo o a una persona jurídica privada. Como se verá, nada impide sin embargo que existan vínculos entre los actos de corrupción pública y los privados.

Estos vínculos existentes son los que al día de hoy hacen que un sector de la doctrina se plantee la opción de analizar de forma unida “la corrupción”, ya sea pública o privada, partiendo del hecho insoslayable de que hoy la Administración tiende a privatizar más servicios públicos, lo que reviste a los sujetos actuantes de una condición híbrida⁵.

⁵ *Vid.*, el EXAMEN POR BRASIL Y GUATEMALA sobre la aplicación por parte de Cuba de los arts. 15-42 del Capítulo III “Penalización y aplicación de la ley” y artículos 44-50 del Capítulo IV “Cooperación internacional” de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción para el ciclo del examen 2010-2015.

Desde el punto de vista de la corrupción que soportan, España y Cuba son dos países muy distintos: en el primero cada vez se privatizan más servicios públicos y cada vez se conocen más casos de corrupción; mientras que en el segundo hasta ahora todos los servicios han sido públicos porque la economía privada apenas tenía su sitio y sin embargo ha generado escaso volumen de corrupción. Es decir, en Cuba, a mayor intervención estatal, menor corrupción “pública”.

En efecto, según los índices internacionales, España es uno de los países más corruptos, mientras que Cuba queda al margen de semejante lacra, lo que no ha impedido a los detractores del régimen económico cubano tergiversar los términos y defender que también aquí existe “corrupción”, aunque se considere como tal conductas que en comparación con los casos conocidos en España en puridad de principios no debieran ser consideradas “corrupción” (por ejemplo, funcionario del servicio de hotel que recibe una propina por parte de un cliente por guardar sus maletas o por alquilar un coche), y que se hayan confundido con otras actuaciones que por su envergadura (entrega de una cantidad de dinero al director del hotel por permitir la distribución de comidas de un determinado Paladar), sí merecen esa consideración.

Los cambios sociales y políticos que está viviendo Cuba parece que vienen a poner de manifiesto los cambios que en el ámbito de la criminalidad se van a producir también. En este momento que parece que vaticina que el bloqueo a la isla va a acabar, es importante resaltar que si bien al día de hoy Cuba es de los países que soportan una menor corrupción, el inicio de las relaciones comerciales internacionales puede contribuir a que aumente tanto en el ámbito público como en el privado. En definitiva, la llegada ahora de la economía de mercado a Cuba puede hacer sin duda alguna que proliferen los actos de corrupción.

Ante esta situación, este país puede aprovecharse de la experiencia extranjera, de forma que le abra las puertas pero poniendo a la vez una especie de filtro anti-spam que haga las veces de repelente de la corrupción.

2. Análisis criminológico de la corrupción y su relación con la delincuencia económica

La corrupción es un fenómeno ampliamente conocido en los países de nuestro entorno cultural, hasta el punto de haberse convertido en uno de los problemas más graves que acechan hoy a la democracia. De ahí los esfuerzos que se realizan para poner en marcha

mecanismos que intenten prevenirla y para sancionar duramente los casos detectados.

El Diccionario de la Lengua de la Real Academia española define la palabra “*corrupción*” en su cuarta acepción como una “*práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de una serie de organizaciones*” -especialmente en las públicas- “*en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores*”. Gramaticalmente por tanto se resalta que el fenómeno de la corrupción se produce “de forma especial” en el seno de organismos públicos (Administraciones públicas, empresas públicas), pero no impide la existencia de ese mismo fenómeno en el seno de organizaciones de carácter privado que afectan a intereses sociales propios, alejados de los intereses públicos.

Con independencia de las relaciones criminológicas que entre ambos fenómenos criminales se producen, en el ámbito dogmático de la tipicidad, el hecho de que esta distinción no sea tenida en cuenta al fundirse en uno, genera como consecuencia un tratamiento unitario de dos fenómenos criminales diversos: la corrupción “pública” y la corrupción “privada”⁶. Sin duda alguna, la preocupación estatal por luchar contra una y otra clase de corrupción, así como el ahínco puesto en la tarea no han sido idénticos, por lo que las figuras delictivas nacidas para hacerle frente han aparecido a distintos ritmos. Y ello con independencia de que criminológicamente sea factible establecer conexiones entre una y otra forma de corrupción, en aquellos supuestos en los que a la Administración pública se acerque por ejemplo un sujeto que ha conseguido hacerse visible en su mercado tras eliminar antes a sus eventuales competidores a través de medios ilícitos, que muchas veces son constitutivos de delito.

Centrada la atención ya en la corrupción “pública”, y si se compara con la definición de la Real Academia, *Transparency international* define la “corrupción” de forma más amplia como “*el abuso del poder delegado para beneficio propio*”⁷.

⁶ Por todos, véase: ADÁN NIETO MARTÍN, “La privatización de la lucha contra la corrupción”, en *Cahiers de Defense Sociale. Pour une Politique Criminelle Humaniste*, 2011-2012, pp. 56 y ss.

⁷ A favor de la creación del delito de corrupción privada alega NIETO MARTÍN, Adán, (“La privatización de la lucha contra la corrupción”, *cit.*, p. 71) la creciente “privatización de las funciones públicas”.

La similitud existente entre ambas definiciones es amplia, aunque en el primer caso se incide objetivamente en el comportamiento corrupto, mientras en el segundo, se pone el acento subjetivamente en el abuso de poder, aspectos que lejos de contraponerse, vienen a complementar los desvalores de acción y de resultado propios del fenómeno criminal en abstracto sin considerar su plasmación en ninguna concreta figura delictiva.

Por definición, cuando se analiza el fenómeno de la corrupción pública, se comprueba que para su existencia se precisa la intervención de dos sujetos: quien tiene capacidad para adoptar una decisión en cuyo sentido se quiere incidir en el seno de una Administración pública; y otra persona –física, que a su vez actúa muchas veces en el marco de una persona jurídica- que incide en aquél mediante la entrega de una cantidad de dinero o la promesa de hacerlo, o bajo la influencia de otro tipo de relaciones personales, comerciales o políticas. Por otra parte, nada impide que esa persona sea a su vez funcionario público; ni tampoco que sea una sola persona la que interactúe consigo misma con una especie de *roll play* de “doble personalidad”: por un lado, representando a una Administración pública y por el otro, como particular interesado en el propio acto corrupto; de ahí que sea tan importante la regulación de las incompatibilidades de quienes ejercen funciones públicas, fundamentalmente de quienes acceden a la política por elección, en la medida en que al desempeñar el cargo con carácter temporal, en muchos casos se muestran reticentes a romper con su vida profesional anterior, a la que creen que no volverán, una vez que se instalan en el “confort” de la política.

En ese marco, una vez que cruzan sus caminos, la criminalidad de ambos se retroalimentan y se necesitan mutuamente para seguir subsistiendo. Su alianza les recubre de una fuerza tal, que con su actuación son capaces de poner en peligro en muchas democracias jóvenes –no sólidamente consolidadas- su propia subsistencia, provocando escándalos sociales y daños a los administrados⁸.

⁸ Doctrinalmente existen tantos conceptos de corrupción, como autores han pasado a analizarla. Por ejemplo, pueden verse los trabajos de DE LA MATA BARRANCO, Norberto, *La respuesta a la corrupción pública*, ed. Comares, Granada, 2004, pp. 9 y ss; del mismo, “¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción?”, en *Eguzkilore*, 2009/23, pp. 245 y ss; VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario*:

Como consecuencia, este tipo de prácticas relegan al ámbito del mercado negro ingentes cantidades de dinero que quedan fuera de control, y en economías pequeñas, pueden hacer que circule en “negro” a través de los mercados no oficiales más dinero que el que lo hace legalmente, trastocando así el orden económico.

Todo ello ha contribuido a transmitir la imagen de la política como un negocio, no como un servicio público. En efecto, el descubrimiento de supuestos de corrupción genera en la opinión pública un rechazo por desgaste y por desprecio de todo lo que tiene que ver con lo público, dando lugar a que maduren nuevas políticas en las que cada vez haya menos intervención estatal –porque “en definitiva, generan corrupción”-. De ahí que cuantos más casos de corrupción salten a la luz, mayor es el número de voces que reclaman que el estado se abstenga de intervenir, en beneficio de la iniciativa y de la actividad económica empresarial privada que sin embargo también se corrompe.

Desde el punto de vista preventivo y de la actuación policial, el encuentro entre la criminalidad económica y la proveniente de los funcionarios públicos hace que se ahorren esfuerzos y se optimicen las posibilidades de acabar con ambas si se ponen en marcha mecanismos para luchar a la vez contra la delincuencia económica y la funcional, pues sin duda alguna, la investigación policial en estos casos obtiene datos simultáneamente de las dos que si se investigan de forma separada, se despilfarran. No puede desconocerse que en muchos casos, sus relaciones se prolongan en el tiempo, se convierten en permanentes, hasta el punto de poder hablarse de una verdadera red de delincuentes organizados que actúan en virtud de un pacto previo de distribución de funciones, que les lleva a cada uno de ellos

el delito de cohecho, EDESA, Madrid, 1995, pp. 35 y ss; de la misma, “Visión general sobre las resoluciones e iniciativas internacionales en materia de corrupción”, cit., pp. 788 y ss; TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, “Marco normativo internacional contra la corrupción”, en MORILLAS CUEVAS, Lorenzo (dir.), SUÁREZ LÓPEZ, José María (coord.), *Urbanismo y corrupción política (Una visión penal, civil y administrativa)*, ed. Dykinson, Madrid, 2013, p. 163; MALET VÁZQUEZ, Mariana, *La corrupción en la Administración Pública*, ed. Carlos Álvarez, Montevideo, 1999, p. 9; ISIDORO BLANCO CORDERO, “La corrupción desde un perspectiva criminológica”, en PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (ed.), *Serta in memoriam Alexandri Barratta*, ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 267 y ss.

a tener un dominio funcional sobre el conjunto de las operaciones delictivas realizadas⁹.

En definitiva, puede decirse que las sociedades y los Estados han declarado la guerra a la corrupción. Y para luchar contra los agentes que mueven sus hilos se han ido aprobando instrumentos normativos en distintos ámbitos políticos cuyo fin no ha sido otro que poner coto a este fenómeno que se ha expandido como una mancha de aceite que, eso sí, cada vez deja más huellas, porque mancha más, visibilizando sus contornos y sacando a la luz datos que hasta hace poco engrosaban la cifra oculta de criminalidad.

Por otro lado, los costes inherentes a la corrupción terminan repercutiendo negativamente en el propio mercado, porque acaba con la libre competencia¹⁰ y con la libre concurrencia (pues en muchos casos, terminan con los competidores), y además repercute negativamente en los bolsillos de los consumidores si el precio pagado para comprar el favor del funcionario público, se añade en el precio final del producto o en los administrados si se repercute sobre “*el coste general de la intervención pública*”¹¹. De forma que las empresas que ponen en marcha estas prácticas, liberadas ya de los costes que generan

⁹ Sobre las relaciones entre la delincuencia de cuello blanco y la proveniente de los funcionarios públicos, *vid*, ZAGARIS, Bruce, *International White collar crime*, ed. Cambridge University Press, New York, pp. 95 y ss; TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, “Marco normativo internacional contra la corrupción”, *cit.*, p. 165; DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Iniciativas internacionales contra la corrupción”, *cit.*, p. 6; JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos, “Corrupción, su prevención y persecución en España”, *cit.*, p. 3; NIETO MARTÍN, Adán, “La privatización de la lucha contra la corrupción”, *cit.*, pp. 59 y ss.

¹⁰ *Vid*, TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “Criminalidad organizada y globalización”, en *Revista Penal*, 2011/19, p. 95; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “Instrumentos internacionales del Derecho penal económico”, en JOSÉ RAMÓN SERRANO PIEDECASAS, EDUARDO DEMERIO CRESPO (dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, ed. Colex, Madrid, 2008, pp. 375 y ss; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, “Corrupción y delitos contra la Administración pública”, en el mismo y otros, *Fraude y corrupción*, ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003, pp. 13 y ss.

¹¹ Como afirma NIETO MARTÍN (“La privatización de la lucha contra la corrupción”, *cit.*, p. 64) la corrupción “*frustra la función social de la competencia*”.

sus actividades corruptas, se entregan al disfrute sin límites del *status* social en el que se han colocado: al lado del poder.

Y si se constata que en época de crisis, los países que más duramente la soportan son los que soportan también índices más elevados de corrupción, podrá concluirse que la corrupción espanta a la inversión privada honesta y empobrece al conjunto de la sociedad, enriqueciendo solo a los agentes directamente implicados.

El rechazo que al día de hoy cosechan estas conductas es indudable, sobre todo cuando se ponen sobre una balanza la crisis económica que sufre la sociedad en su conjunto y el nivel de vida que llevan las personas que participan de los negocios corruptos. Y sin duda alguna, en España el mayor rechazo que se produce hoy es el de la corrupción en el seno de los partidos políticos, cuya financiación irregular se pretende controlar a través de la LO 8/2007, de 4 de julio: la necesidad de obtener medios económicos para poder participar en campañas electores en mejores condiciones que el resto, les convierte en sujetos potenciales y generadores de la corrupción. La dinámica es por todos conocida: reciben aportaciones de particulares empresarios que esperan conseguir trato de favor en el momento en el que ese partido político llegue al poder¹², o hasta que consiga mantenerse ahí; y una vez entregan esas cantidades, los receptores se ven obligados a “blanquearlas”. A su pesar, la realidad española está revelando que existen “partidos políticos” que pueden llegar a ser verdaderas organizaciones criminales, tapaderas de negocios que persiguen no ya un fin político, sino que ocultan tras ese fin sus verdaderas intenciones: el enriquecimiento personal de sus miembros a toda costa. La prohibición de las puertas giratorias es sin duda alguna una medida eficaz para controlar el paso de un lado al otro del escenario.

3. La lucha contra la corrupción en el marco internacional

La aparición de la corrupción en el ámbito internacional se ha visto espoleada por las relaciones comerciales, y por la interconexión generada entre los agentes públicos que deben adoptar decisiones y los particulares que se benefician de ellas, estén o no en distintos países.

¹² DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Iniciativas internacionales contra la corrupción”, *cit.*, p. 10.

La realidad del marco internacional de referencia ha determinado que hayan sido organismos políticos *supra* estatales quienes hayan tomado la iniciativa en la aprobación de instrumentos de concienciación, control y sanción de estas prácticas¹³, acaparando “la atención mundial”¹⁴. Y en ese camino, se ha producido la “globalización del control”, -mejor: globalización de la necesidad de controlar la corrupción- imponiendo obligaciones a los Estados que en opinión de Valieje Álvarez han visto afectadas su propia soberanía¹⁵.

En este sentido, en el ámbito internacional, es indudable el protagonismo de Naciones Unidas y de su Convención contra la corrupción de 2003¹⁶. En su preámbulo se subraya su complejidad, y la gravedad de los resultados que produce, que afectan a la “estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley”.

Desde su propio nombre, en el que no se “califica” la corrupción contra la que se pretende luchar ni como pública, ni como privada, se pone de manifiesto el especial énfasis con el que se imprime la propia conducta corrupta, más allá de los resultados que con la misma se alcanzan. Esta confusión deliberada permite concluir que no se trata de un instrumento que tienda a proteger solo a las Administraciones públicas: también tiene cabida en su interior la corrupción en entidades privadas, lo que en cierta medida puede ser criticable porque entre una y otra existen amplias diferencias en cuanto a los intereses afectados (públicos y privados), y porque a los funcionarios públicos ha de exigírseles comportamientos distintos que los que se exigen a los empresarios privados (o para ser más exactos: aunque se les pueda

¹³ Solo los partidos políticos con capacidad de acción, se corrompen, porque para que puedan hacerlo tiene que haber un particular/empresa que lo mire como un partido político que vencerá y tendrá poder de decisión sobre asuntos relacionados con sus intereses.

¹⁴ VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, “Visión general sobre las resoluciones e iniciativas internacionales en materia de corrupción”, cit., pp. 778 y ss.

¹⁵ VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, cit., p. 158.

¹⁶ *Ídem*.

llegar a exigir un común denominador de comportamientos, su base va a ser distinta en uno y otro caso).

En cualquier caso, ello no impide distinguir dentro del Capítulo III relativo a la “*penalización y aplicación de la ley*” tres grupos de conductas que más allá de su intrínseco carácter “corrupto”, afectan a bienes jurídicos de distinto tenor: las que lesionan o ponen en peligro a una Administración pública, al propio orden socioeconómico que se producen en el ámbito de la empresa privada en la forma más de peligro que de lesión; y las que lesionan a la Administración de justicia. Este hecho parece que está poniendo de manifiesto que se dota de mayor importancia al desvalor de acción, que al desvalor de resultado, pues incide más en el comportamiento “corrupto” del autor, que en los bienes jurídicos afectados por el mismo¹⁷.

El tercer gran bloque de materias incluidas en esta Convención se refiere a la cooperación internacional, a sabiendas de que se trata de un fenómeno criminal que no conoce fronteras, y que se expande entre países distintos¹⁸. De ahí la necesidad de que existan mecanismos de cooperación internacional/bilateral que faciliten la investigación criminal, la extradición, el traslado de personas condenadas a cumplir una pena y la asistencia judicial con la finalidad de recibir testimonios o tomar declaraciones, presentar documentos judiciales, identificar el producto del delito, etc.¹⁹.

¹⁷ Vid, TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, “Marco normativo internacional contra la corrupción”, *cit.*, pp. 169 y ss; DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Iniciativas internacionales contra la corrupción”, *cit.*, p. 21; BREGAGLIO LAZARTE, Renata, “La implementación de las convenciones internacionales para la lucha contra la corrupción. Un análisis de las normas autoejecutivas en el Derecho penal”, en VVAA, *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*, ed. PUCP, Lima, 2012, pp. 165 y ss.

¹⁸ TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, “Marco normativo internacional...”, *cit.*, p. 166) se refiere al “*perfil lesivo diferenciado*” existente entre la corrupción pública y la corrupción privada.

¹⁹ Su contenido viene distribuido en ocho capítulos que -por este orden- se refieren a las medidas preventivas, a la penalización de estos comportamientos, a la cooperación internacional, a la recuperación de activos, a la asistencia técnica e intercambio de información y finalmente a los mecanismos de aplicación. El simple hecho de que se hayan distribuido así los

Pero también ha de someterse a estudio en el ámbito de la OCDE el Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de 19 de diciembre de 1997²⁰, que parte de que la *“corrupción es un fenómeno ampliamente difundido en las transacciones comerciales internacionales, incluidos el comercio y la inversión, que suscita graves preocupaciones morales y políticas, socava el buen gobierno y el desarrollo económico y distorsiona las condiciones competitivas internacionales”*, y del importante papel que desempeñan los Gobiernos en la prevención así como de la importancia que tienen en estos casos la cooperación, la supervisión y el seguimiento multilateral para controlar que la intervención de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales se produzca de forma respetuosa con el principio de imparcialidad. La lucha contra este fenómeno de la corrupción se produce pues en esta sede no con una sencilla finalidad altruista, sino muy interesada, a los fines—como afirma Torres Fernández— de mejorar *“el desarrollo y de la confianza en los mercados”*²¹.

distintos capítulos que lo componen pone de manifiesto que la prioridad de Naciones Unidas es la prevención, de forma que las políticas represivas pasan a un merecido segundo plano.

²⁰ De ahí que el art. 50 establezca que *“a los efectos de investigar los delitos comprendidos en la presente Convención, se alienta a los Estados parte a que celebren, cuando proceda, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales apropiados para utilizar esas técnicas especiales de investigación en el contexto de la cooperación en el plano internacional”*. En esta línea, el Capítulo IV contiene previsiones sobre *“asistencia técnica e intercambio de información”*. Guardián de dicha Convención es la Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito, con la INTERPOL (Organización internacional de policía criminal) que desarrolla iniciativas de prevención y lucha contra la corrupción en todo el mundo, y con el respaldo de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF).

²¹ Por regiones, en Europa no puede dejar de mencionarse el Convenio penal sobre la corrupción hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, así como todo el trabajo realizado en el seno de la Unión Europea que se materializa en el Tratado de Lisboa que se aprueba estando ya aprobados los Convenios relativos a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea en 25 de junio de 1997, el Convenio de 26 de julio de 1995 relativo a la protección de los intereses

El compromiso que en esta sede se firmó fue el siguiente: *“cada parte tomará las medidas necesarias para tipificar como delito según su derecho el hecho de que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, directamente o mediante intermediarios, a un agente público extranjero, para ese agente o para un tercero, con el fin de que el agente actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales con el fin de conseguir o de conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales”*. Abierta queda la cuestión si con esa conducta se menoscaba un interés de la Administración para la que trabaje el agente público o para el propio orden socioeconómico.

La constatación de la relevancia que en las relaciones comerciales internacionales alcanzan las personas jurídicas llevó al art. 2 a reclamar que cada Estado miembro procediera imponer sanciones *“eficaces, proporcionadas y disuasorias”* según su derecho interno, sin determinar su naturaleza. A la vista de su contenido, puede concluirse que para las mismas se reservarán sanciones penales, si se trata de un Estado que admita esta clase de responsabilidad, recurriendo a otras sanciones en caso contrario, así como el decomiso del *“soborno”* o del *“producto de la corrupción”* o el comiso sustitutivo de *“bienes cuyo valor corresponda al de ese producto”*.

4. La respuesta penal frente a la corrupción

4.1. Aproximación

El traslado de la corrupción del ámbito de lo fenomenológico al legal se ha producido de forma disímil y con el uso de distinta terminología²². Así, si bien hay Códigos penales que omiten el sustantivo

financieros de las Comunidades Europeas, la Decisión Marco de 22 de julio de 2003, sobre corrupción privada. Como es sabido, el Tratado de Lisboa europeizó un catálogo de bienes jurídicos dentro de los cuales no hubo duda alguna en incluir el que o los que se ven afectados por las conductas relativas a la “corrupción”. En el ámbito de Iberoamérica, la aprobación de la Convención interamericana contra la corrupción de 29 de marzo de 1996.

²² TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, “Marco normativo internacional... cit., p. 172; DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Iniciativas inter-

“corrupción” en los delitos contra la Administración pública, otros no son capaces de definir estas figuras si no es partiendo de él.

En efecto, el Código penal español dentro de las figuras delictivas principales que entran dentro del fenómeno social de la corrupción no usa el *nomen iuris* “corrupción”, porque se prefiere la referencia al “cohecho”, a las “negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos”, a la “malversación” o al “tráfico de influencias”, más tradicionales en el acervo cultural penal español²³, sin embargo, sí se incluye dentro de la nueva sección 4ª del Capítulo XI (“de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores”) del Título XIII (“de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”), que castiga “los delitos de corrupción en los negocios”, en cuyo interior se incluyen junto a la corrupción privada, que llegó al Código en 2010, la *corrupción* en las transacciones comerciales internacionales, que ya estaban en el Código pero ubicados en otro lugar²⁴; como se verá posteriormente, dicho capítulo se incluye dentro del Código penal español a fin de cumplir los compromisos “internacionales” asumidos por España tras la firma del Convenio de la OCDE sobre la *Lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales*, de 19 de diciembre de 1997.

Igual suerte corre dentro del Código penal cubano el uso del sustantivo corrupción: la rúbrica de la sección 1ª (“corrupción de menores”) del Capítulo III (“delitos contra el normal desarrollo de la infancia y la juventud”) del Título XI (“delitos contra el normal

nacionales contra la corrupción”, *cit.*, p. 20; VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, “Visión general sobre las resoluciones e iniciativas internacionales en materia de corrupción”, *cit.*, pp. 797 y ss; NIETO MARTÍN, Adán, “La privatización de la lucha contra la corrupción”, *cit.*, p. 63.

²³ En España, tradicionalmente el término “corrupción” ha sido empleado en el Código penal para definir una clase de atentado contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. *Vid.* DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis “Iniciativas internacionales contra la corrupción”, en *Eguzkilo-re*, 2003/17, p. 8.

²⁴ Alguno de los cuales están presentes en los Códigos penales decimonónicos. VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, “Visión general sobre las resoluciones e iniciativas internacionales en materia de corrupción”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2003/7, p. 777.

desarrollo de las relaciones sexuales y contra la familia, la infancia y la juventud”) y que nuclea la conducta típica del delito castigado en el art. 310, omitiendo hacer referencia a la palabra corrupción cuando castiga los delitos de tráfico de influencias (art. 151.1), cohecho, exacción ilegal y negociaciones ilícitas (art. 152 y ss).

4.2. Código penal español

4.2.1. Reflejo de la Convención de Naciones Unidas

Desde que se firmó por España la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, ya se sabía que poco era el esfuerzo que se tenía que llevar a cabo para adaptarse a él, puesto que entonces ya se acogían la mayor parte de sus previsiones punitivas. La diferencia más importante con nuestro Código penal es que la primera pone el acento en el comportamiento “corrupto”, mientras el segundo atiende además al resultado que se causa, lo que determina una distante ubicación sistemática de ambos, en atención a los distintos bienes jurídicos a los que afectan. Este hecho, junto al conocido problema que al día de hoy representa la corrupción en España, no significa que las medidas contenidas en la Convención sean inocuas para atajarla: simplemente, que aquí no han sido suficientes, dado el nivel de corrupción de partida.

En este sentido, por lo que toca a los delitos contra la Administración pública, ya en el año 2003 se castigaban con penas “eficaces”, “proporcionadas” y “disuasivas” los delitos de cohecho, tráfico de influencias y malversación, dentro del Título XIX del Código penal. Aun así, hoy del conjunto de previsiones sancionadoras sigue pendiente el castigo de forma autónoma de la conducta del funcionario público que se deja influir que no es típica a los efectos de los arts. 428 y 429, que condenan solo al funcionario público o autoridad o particular que influye sobre otro; su castigo no obstante dependerá de que a posteriori adopte una decisión arbitraria en un acto administrativo, lo que determinará que se castigue como inducción a la prevaricación cometido por éste. Esta opción del Código penal español ha de ser criticada, porque parece que se pone de manifiesto que el “dominio del hecho” pertenece solo y exclusivamente al funcionario influido, y que “moralmente” se rebaja el grado de reproche del influyente respecto al que se merece el funcionario influenciado, y además porque a pesar de que la inducción y la autoría en el Código penal español se castigan con la misma pena, cuando se trata de delitos especiales,

la LO 15/2003 incluyó dentro de los criterios de determinación de la pena una atenuación facultativa -art. 65.3²⁵.

Las figuras delictivas del Código penal español relativas al abuso de las funciones propias del cargo son más amplias que las establecidas en la Convención: en efecto, los arts. 436, 437, 438, 441 y 442 castigan además otros abusos con finalidad sexual.

Y respecto al enriquecimiento ilícito ha de hacerse notar que en España esta conducta no es delito en sí, aunque en el ámbito del comiso, la LO 1/2015 ha venido a reformarlo muy profundamente, permitiendo ahora que el juez o tribunal ordene el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona por delitos –entre otros- de corrupción en los negocios, cohecho, malversación, en casos de indicios objetivos fundados de que los bienes o efectos provienen de una actividad ilícita y no se acredite el origen lícito (inversión de la carga de la prueba).

La LO 1/2015 ha venido a derogar la previsión contenida en el art. 431, en virtud de la cual se establecía que en los delitos de cohecho y tráfico de influencias, *“las dádivas, presentes o regalos caerán en decomiso”*. Su eliminación no parece que tenga la finalidad de favorecer ningún enriquecimiento del autor: más bien parece que se debe al hecho de que el legislador considere que las *“dádivas”* no son más que las ganancias obtenidas y que se esperaba obtener con el delito y que son objeto general de decomiso según el art. 127, lo que hacía que la previsión del art. 431 fuera innecesaria.

Por lo que se refiere a los que hemos denominado *“figuras delictivas relativas a la corrupción en el sector privado y que afectan al propio orden socioeconómico”* fue necesario que se aprobara la LO 5/2010 para que se incluyera en el Código penal español en la Sección 4^o del Capítulo XI del Título XIII –*“delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”*- los delitos de *“corrupción privada”*, rúbrica

²⁵ Antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015, estos delitos se ubicaban dentro del Título XIX como delitos contra la Administración pública, en el Capítulo X *“de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”*; *vid.* JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos, *“Corrupción, su prevención y persecución en España”*, en *Jueces para la Democracia*, 2010/67, pp. 3 y ss.

que ha sido modificada por la LO 1/2015, que la ha sustituido por la de “corrupción en los negocios”, además de ampliar su contenido. Su aterrizaje en el Código se produce en un lugar sistemático muy alejado a los en puridad de principios, delitos relativos a la corrupción pública, subrayando aquella “confusión” intencionada que presenta la Convención, queda corregida de esta forma por parte del legislador español, que más allá del comportamiento “corrupto” que puede ser similar en un caso y en el otro, presta especial atención al hecho de que afectan a intereses dispares que merecen una separación sistemática dentro del Código. Esta afirmación no se contradice con el hecho de que la LO 1/2015 haya traído los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales del Título XIX a los delitos de corrupción en los negocios: se limita a castigar al particular que ofrece la dádiva o recibe la oferta del funcionario.

Finalmente, las conductas que hemos denominado “obstruccionistas” contra la Administración de justicia, se castigan ampliamente dentro del Código penal español en el Capítulo VII del Título XX –“los delitos contra la Administración de Justicia”- “la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional”.

En definitiva, queda pues de manifiesto cómo el legislador español distingue la ubicación sistemática de estas figuras dentro del Código penal en atención al desvalor de resultado, por mucho que el desvalor de acción pueda llegar a ser similar.

El mandato de la Convención de Naciones Unidas, por otro lado, de que se sancione a las personas jurídicas ha sido llevado al Código penal a través de la LO 5/2010, que tras una reforma de amplio espectro ha admitido su responsabilidad penal, yendo mucho más allá que los términos de aquélla que se limitaba a señalar la necesidad de proceder a sancionarlas, sin determinar la naturaleza de la sanción, ello con independencia de que desde 1995 el art. 129 preveía ya un sistema en virtud del cual se imponían sanciones penales (que ni eran penas ni medidas de seguridad) a las personas jurídicas. Desde entonces hasta hoy, dos han sido las reformas que ha sufrido esa nueva responsabilidad de los entes colectivos. La primera se produjo a través de la LO 7/2012, de 27 de diciembre, que modificó el apartado 5 del artículo 31 bis con la finalidad de ampliar las personas jurídicas responsables a los partidos políticos y los sindicatos. La segunda ha tenido lugar a través de la LO 1/2015, que en lo que aquí interesa ahora ha consistido fundamentalmente en incluir dentro del art. 31 bis.2 una especie de excusa absolutoria social, la puesta en marcha de me-

canismos de *compilance*²⁶. En este sentido, el número 4 del art. 31 bis establece que *“si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”*²⁷.

En la línea abierta en 2012, a sabiendas de la implicación de los partidos políticos en la corrupción, la LO 1/2015 ha incluido un nuevo Título XIII bis, rubricado *“de los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”*. Se trata de figuras delictivas definidas en la forma de leyes penales en blanco en las que se llevan a cabo constantes remisiones a la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos: se persigue el castigo de la recepción de donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores contraviniendo lo dispuesto en aquella (art. 304 bis). Por su parte el art. 304 ter castiga al *“que participe en estructuras u organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza, cuya finalidad sea la financiación de partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores”*, al margen de lo establecido en la Ley de partidos políticos. Su inclusión después de los delitos contra el orden socioeconómico pone de manifiesto que esa financiación irregular de los actores de la democracia afecta directamente a las reglas del juego, más allá de los beneficios económicos que genera a sus autores.

Por lo demás, sin duda alguna el espíritu de prevención de la corrupción que reina a lo largo de toda la Convención está presente en el ordenamiento español, que en lo procesal ha puesto en marcha fiscalías especiales en materia de corrupción, que son las que tras la formación específica, están impulsando con muy buenos resultados

²⁶ *“Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate”*. Vid, ACALE SÁNCHEZ, María, *“Delitos contra la Administración pública II”*, en JUAN MARÍA TERRADILLOS BASOCO (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, Tomo III, vol. II, ed. Iustel, Madrid, 2015, pp. 187 y ss.

²⁷ Interesante resulta la lectura de las dos primeras SSTs en las que se analiza la responsabilidad penal de las personas jurídicas: núm. 154/2016, de 29 de febrero de 2016 y la 221/2016, de 16 de marzo de 2016.

la persecución de estas figuras delictivas tan difíciles de descubrir en tantos casos, a pesar de las últimas reformas de las leyes procesales, que han venido por ejemplo a sustituir el término “imputado” por el de “investigado”, para diluir el reproche social de aquél.

4.2.2. Reflejo del Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales

A través de la Ley Orgánica 3/2000, se incluyó en el Código Penal el Título XIX bis, rubricado “*de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*”; en la Exposición de Motivos de la ley de reforma se señalaba que con su incorporación, España saldaba la deuda que tenía asumida tras la ratificación del “*Convenio de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, firmado el 17 de diciembre de 1997*”. Posteriormente, la LO 15/2003 eliminó el Título XIX bis y reubicó su contenido dentro del propio Título XIX en el que se castigan según su rúbrica “*los delitos contra la Administración pública*”; con ello se ponía de manifiesto más claramente la naturaleza del bien jurídico protegido en su interior. Finalmente, la LO 5/2010 procedió a incorporar modificaciones de calado en la propia figura delictiva, a fin de –según establecía su Exposición de Motivos– “*acoger conductas de corrupción que no están suficientemente contempladas en la actualidad, así como regular con precisión la responsabilidad penal de personas jurídicas que intervengan en esa clase de hechos*”.

A pesar de esa ubicación, difícilmente podía decirse que se tratase de una conducta que afectara a la Administración pública española, ni europea, por lo que quizás el dato que determinó que finalmente se incluyeran en esta sede fue que se trataba de castigar conductas muy cercanas al delito de cohecho o que afectaban a una Administración pública: sea cual sea ésta. En efecto, todo parecía apuntar a que el bien jurídico protegido había de buscarse dentro de una Administración pública extranjera o de una organización internacional. El autor, cuando “corrompe” o “intenta corromper” a ese funcionario público está poniendo en peligro el principio de imparcialidad con el que también en el seno de dicha organización ha de actuar²⁸.

²⁸ Por otra parte, la misma LO 1/2015 ha previsto en el nuevo art. 427 bis en sede de cohecho el castigo de la persona jurídica. Con ello, se produce

En todo caso, la consideración de estas conductas relativas a la corrupción en las transacciones comerciales internacionales como un delito contra “la Administración pública” era discutible, independientemente de los acuerdos políticos contraídos por España, a no ser que se reinterpretara el bien jurídico en el conjunto del Título XIX y se entendiera que se trataba de figuras delictivas que afectan no ya a una “administración pública española”, sino en un sentido más amplio, a las “administraciones públicas”.

Muchos de los elementos típicos coincidían con los del delito de cohecho²⁹.

Pues bien, las reformas que ha vuelto a llevar a cabo la LO 1/2015 de este delito son muy relevantes. Según establece la Exposición de Motivos, además de justificar la creación de la nueva sección de los delitos de corrupción en los negocios dentro del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del Código Penal, se afirma que la idea es castigar el “pago de sobornos para obtener ventajas competitivas” añadiendo que ya “se trate de corrupción en el sector privado o de la corrupción de un agente público extranjero”. Y sigue: “esta modificación se aprovecha también para introducir algunas mejoras técnicas en la regulación de estos delitos que tienen por objeto garantizar la aplicación de estos preceptos en todos los casos en los que, mediante el pago de sobornos, en beneficio propio o de tercero, se obtienen posiciones de ventaja en las relaciones económicas. En el caso de la regulación del cohecho transnacional, se modifica su marco penal, y se solucionan las dificultades que pudiera plantear la concurrencia de esta norma con las que regulan el cohecho en el Código Penal. Con esta finalidad, se precisa que la norma solamente dejará de ser aplicada cuando los hechos puedan ser castigados con una pena más grave en otro precepto del Código, si bien se dispone que, en todo caso, se impondrá la pena de prohibición de contratar con el sector público y de recibir subvenciones o ayudas públicas,

finalmente el reconocimiento legal del hecho de que las personas que participan/actúan en el acto corrupto, lo hacen muchas veces desde una persona jurídica, plasmándose así legalmente la implicación de la delincuencia empresarial con la de los actos de corrupción cometidos por funcionarios públicos y autoridades.

²⁹ Sobre la identificación del bien jurídico en los delitos de cohecho, *vid*, ampliamente RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 66 y ss; VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho, cit.*, pp. 25 y ss.

beneficios o incentivos fiscales, o de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública”.

Dentro del Libro II las reformas son muy importantes y se concretan en la eliminación del actual Capítulo X del Título XIX, en el que como se ha señalado anteriormente, se castigan *“los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”*. Su eliminación se compensa a través del nuevo delito del art. 286 ter en sede de delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Se trata de una reforma de gran calado porque si bien por un lado sistemáticamente traslada el delito de corrupción en el ámbito de las operaciones comerciales internacionales al interior de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, dejando claramente señalado cuál es el bien jurídico que aquí se protege, por el otro lado, deja abierta las posibilidades de que la figura delictiva examinada entre en concurso de normas con otros preceptos de este Código. Parece pues que el elemento típico que justifica la existencia de este precepto es el marco de las relaciones económicas internacionales, y será de aplicación cuando se corrompa o se intente corromper a un funcionario público o autoridad (nacional o extranjero) que actúe en el ejercicio de su cargo y del que se espera que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales.

Se castiga pues el cohecho activo, lo que determina que el castigo del particular por este delito si afecta al Orden socioeconómico deberá ser compatible con la puesta en peligro del bien jurídico Administración pública. De ahí que el caballo de batalla de este precepto no sea otro que el concurso con el cohecho que se resuelve a través de las reglas del concurso de normas. El funcionario o la autoridad, en cualquier caso, responderá por los delitos de cohecho cometido, aunque cabría plantear un concurso de normas entre la autoría del cohecho y la inducción o cooperación necesaria del 287 ter.

Por esto mismo, el nuevo modelo tampoco convence, porque si con las transacciones comerciales internacionales se pone en peligro el orden socioeconómico, quizás se debería haber dejado abierta la puerta para aquellos supuestos en los que por el grado de desarrollo alcanzado, además se lesione o se ponga el peligro el bien jurídico administración pública. Baste pensar que cuando un particular se acerca a una Administración pública ofreciendo al funcionario o autoridad beneficios o ventajas indebidas, ya está poniendo en peligro el principio de imparcialidad con el que se deben adoptar las decisiones en cualquier ámbito de la Administración pública.

Pero como se decía, el Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales no señala nada en torno a cuál sea el bien jurídico que protege. Con el cambio de ubicación que ha sufrido esta figura dentro del Código, se pone de manifiesto que tampoco lo tiene claro y que su escasa aplicación desde que llegó al Código puede deberse a su errónea ubicación.

4.2. Código penal cubano

El Convenio de Naciones Unidas contra la corrupción fue firmado por Cuba el 9 de diciembre de 2005, pero no el de la OCDE. Sin duda, los bajos índices de corrupción conocida justifican hoy la falta de interés por luchar contra este fenómeno criminal que aquí no es un problema. Hoy, no obstante, la esperada llegada masiva de la inversión extranjera debería poner en alerta al Estado, para implementar políticas de todo corte que tiendan a frenar también la llegada de la corrupción. Basta tener en cuenta que su castigo puede ser un atractivo para la inversión extranjera.

Desde su firma, NNUU ha encargado a Brasil y Guatemala que examinara el respeto de la legislación cubana de los puntos del Convenio, trabajo que ha culminado en un informe sobre la aplicación de los artículos 15–42 del Capítulo III relativos a las conductas que constitutivas de delito y los arts. 44–50 del Capítulo IV sobre mecanismos de cooperación Internacional. De su interior han de resaltarse recomendaciones:

-el soborno de funcionario público extranjero y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas previsto en el art. 16 de la Convención, no encuentra lugar dentro del castigo penal del cohecho en el art. 152.1.

El art. 173 del Código penal define el concepto de funcionario público a los efectos de estos delitos como *“toda persona que tiene funciones de dirección o que ocupe un cargo que implique responsabilidad de custodia, conservación o vigilancia en organismo público, institución militar, oficina del Estado, empresa o unidad de producción o de servicio”*. Se trata de un concepto circunstanciado que tiene en consideración el alcance del cargo y de la capacidad de organización del servicio y del trabajo ajeno. Nada dice sobre su nacionalidad, pero se sobreentiende que se trata de un funcionario público que realiza esas funciones en Cuba. “Funcionario público” que no es precisamente por ello solo un “empleado público”, en la medida en que el art. 152.6 establece que *“si los hechos descritos en los apartados 1, 2, y 3 se realizan por un empleado público, las sanciones aplicables son las previstas, respectivamente, en esos apar-*

tados, pero el tribunal podrá rebajarlas hasta la mitad de sus límites mínimos si las circunstancias concurrentes en el hecho o en el autor lo justifican”.

El vacío que ha detectado NNUU puede cubrirse tipificando de forma expresa esta conducta³⁰ o ampliando el concepto de funcionario público³¹. El gobierno cubano debe tomarse en serio esta advertencia, si quiere ser un país que atraiga a la inversión extranjera, porque los potenciales Estados inversores preferirán que el Código penal cubano castigue a quien soborne a sus funcionarios.

-el tráfico de influencias activo no queda regulado, aunque se resaltan que existen otros tipos penales en el Código penal cubano a los que se puede recurrir para proceder a su castigo. A ello se añaden diferencias en torno al momento de la consumación. En efecto, el Código penal cubano castiga como tráfico de influencias la conducta que en el Código penal español castiga el art. 429 y está referida al particular, no al funcionario público que influye en otro funcionario o que se deja influir. Es cierto que para estos casos es posible recurrir a la inducción a la prevaricación, pero es necesario que el inducido decida llevar a cabo la conducta con lo cual se limitarán considerablemente las posibilidades de persecución.

-Más compleja es la siguiente crítica: *“el soborno activo en el sector privado se considera regulado en el apartado 4 del art. 152”*. El soborno pasivo en el sector privado no queda regulado (art. 21 de la Convención). En efecto, porque a priori parece que está haciendo referencia a la corrupción en el ámbito privado, pero no es así, porque si se lee el art. 152.4 castiga el cohecho activo y lo que no se castiga expresamente es al particular que acepte la proposición por parte del funcionario, lo que no impide que se le castigue como partícipe del funcionario por el art. 152.1.

5. Criminalidad de cuello blanco y fines de la pena

Identificadas las conductas corruptas más lesivas para los bienes jurídicos protegidos, hay que elegir cual es la pena más idónea para su sanción. La realidad criminológica de partida pone de manifiesto

³⁰ *Vid*, ACALE SÁNCHEZ, María, “Delitos contra la Administración...”, *cit.*, p. 199.

³¹ Como ha hecho el Código penal español –art. 287 ter.

que estamos tratando con banqueros que juegan a serlo, en un enorme palé del “Monopoli” real; alcaldes que han visto demasiadas películas del oeste americano, donde la ley era su ley; cantantes que juegan a las “casitas” y a ser la novias eternamente bellas y jóvenes del muñeco Kent; en definitiva, niños/as consentidos por su “crédito” o su “fama” que toman todo lo que se les antoja.

Por una parte interesada se alega que la imposición de la pena de prisión a esta clase de delincuencia no tiene sentido, porque se trata de personas que están insertadas en la sociedad. Sin embargo, quienes se lucran personalmente con el dinero público ponen de manifiesto un desprecio absoluto hacia lo público, al apropiarse de bienes que pertenecen a la sociedad. Se trata de sujetos sin escrúpulos que han puesto además de manifiesto que son capaces de eso, son capaces aún de más, aunque lleven trajes de chaqueta y cuellos blancos. O tacones de aguja y bolsos de Luis Buiton, con permiso de Shuterland. La cuestión es si estamos de acuerdo en que estos delincuentes están insertados en la sociedad: ¿en qué sociedad: en la misma a la que roban, estafan y dañan? ¿la reinserción social es compatible con esos comportamientos? Afirmar que el delincuente de cuello blanco está insertado en la sociedad es defender una sociedad corrupta. Sólo en ese paradigma está insertado el delincuente de cuello blanco, que sin embargo, desprecia las condiciones de vida en la que vive la mayor parte de la ciudadanía, que sufre paro, hambre y frío mientras ellos se lucran con los medios económicos públicos que deberían servir para hacer frente a sus propias circunstancias. La prisión puede desempeñar pues una función reinsertadora muy importante con el delincuente de cuello blanco, al abrirse ante sí la miseria, las condiciones de vida de la prisión, que son en muchos casos mejores que las que soportan personas que no han cometido ningún delito y que solo tienen hambre. El/la delincuente de cuello blanco en prisión no tendrá que aprender a leer, a escribir, ni asumir una rutina, ni a cuidar la higiene personal: pero sin duda tiene que aprender a vivir con los pies en la tierra, compartiendo los problemas como el desempleo, soledad, falta de vivienda, o la enfermedad con la que la mayor parte de la sociedad convive. A veces no hay mayor pena que la pena de pobreza la ponga quien la ponga. ¿Una dosis de humildad? No, un baño de realidad: el proceso de reinserción social de muchos delincuentes debe tener en cuenta que muchos de ellos no han estado nunca insertados en la sociedad; sin embargo, la delincuencia de cuello blanco también necesita que se les reinserte en la sociedad de la que artificialmente se creían que eran su bandera.

Por otra parte, el ingreso de estas personas en prisión repercute positivamente en los procesos de reinserción social del resto de la población penitenciaria que comprueba como su estancia en prisión es objetivamente producida por la realización de unos hechos.

Bienvenida sea la cooperación desinteresada de estos en la reinserción social del resto³².

6. Filtro anti-spam de la corrupción

La apertura de las fronteras cubanas, y la llegada masiva de la inversión extranjera puede venir a ayudar a que aumente la calidad de vida del pueblo cubano. No obstante, a sabiendas de los graves problemas que en los sistemas a los que se aproxima Cuba genera la corrupción, debe ensayarse este mismo momento de forma simultánea la puesta en marcha de filtros que espanten a la inversión extranjera corrupta.

En este sentido, el punto de partida lo da la realidad existente en países como España, azotado por la corrupción. Y esa tarea no es fácil, porque la democracia tiene que actuar ex post y en ese momento, es muy difícil poner en blanco lo que ha sido negro, porque la corrupción permea la vida pública de tal forma que a pesar de que podamos tener delante de los ojos sus efectos, no se ve, porque se presenta bajo una normalidad aparente con una seguridad tan aplastante, que hace que a los ojos de la ciudadanía quede oculta. Confiar todo este trabajo al Derecho penal es fácil, aunque no es eficaz, pues puede que se valore el riesgo que corren los autores de ser descubiertos y que se siga actuando si se confía en la escasez de medios policiales destinados a la investigación en apoyo de las labores de instrucción.

Pero a pesar de ser una tarea tan difícil, es rentable porque las políticas anticorrupción atraen la inversión económica, salvando economías que están en peligro y a poblaciones enteras que nadie ha pensado en rescatar: a Cuba le interesa ahora que se abre por fin el techo de hierro que le ha impedido crecer, crecer de forma sana, poniendo en marcha directamente políticas anti corrupción que en otros países han dado buenos resultados:

³² Como el Código penal español en el art. 427 bis en lo referido a los funcionarios de la Unión Europea.

1. Vista la globalización económica, han de aumentarse los esfuerzos a nivel internacional para luchar de forma coordinada contra la corrupción.

2. Las políticas de carácter preventivo, que son caras, complejas y no gozan de mucha simpatía en sectores extendidos de la economía, a la larga resultan rentables. En este sentido, hay que valorar positivamente la nueva cultura de la transparencia, que abre las puertas a la prevención eficaz de actos de corrupción que difícilmente pasarán desapercibidos para la curiosidad de una opinión pública que además de estar muy preocupada por la corrupción, sufre los efectos de la crisis económica lo que hace que multiplique su celo y con él, su control sobre estos actos³³. En este sentido, España ha aprobado su *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*. En la misma línea se encuentra el Portal anticorrupción de las Américas <http://www.oas.org/juridico/spanish/lucha.html>.

3. Las personas que actúan en nombre de la administración pública deben ser elegidas a través de procedimientos transparentes en los que se atienda exclusivamente a los conceptos de “mérito” y “capacidad”, para seleccionar al personal de plantilla y al resultado de los procesos democráticos electorales en el caso de los funcionarios “políticos”. El control de sus actos, obligándoles a declarar sus patrimonios, antes, durante y al abandonar la política, o a pasar en barbecho una temporada antes de reincorporarse a la vida laboral, controlando el juego de las puertas giratorias, puede evitar daños mayores a la ciudadanía.

³³ El Auto de la Audiencia Provincial de Málaga de 3 de noviembre de 2004 deja claro es que una cosa es una pena “ejemplarizante” y otra una pena “ejemplar”, es decir, que sirva de ejemplo para el resto de la sociedad de lo que ocurre cuando se cometen X delitos. Carácter ejemplar porque *“suponen un patrón de conducta que todos debemos seguir”*..., *“huyendo en definitiva de pronunciamientos meramente formales, equivalentes en la práctica a una cuasi impunidad material –de banqueros, políticos, personas poderosas o de relevancia pública”*. La Audiencia saca a relucir una función de la pena que solo puede ser entendida desde el punto de vista de la prevención general negativa o deterrente y la función de la intimidación. En este sentido, si se sigue por la línea de la sentencia, se acaba llegando a un lugar en el que la propia “cárcel” se utiliza como castigo.

4. El Derecho procesal tiene mucho que decir en esta lucha, afinando la puesta en marcha de Fiscalías especiales que impulsen ordenadamente las investigaciones y la persecución de estas conductas.

5. El Derecho penal debe intervenir para sancionar de forma separada la corrupción pública, la corrupción privada y de forma especial, la corrupción de los Partidos políticos (financiación ilegal).

6. Cuando la ciudadanía se siente partícipe de la democracia, concede más importancia a la lucha contra la corrupción: de ahí que sea importante implicarla (judicialmente a través de los juicios con jurado, establecer una especie de prestación social obligatoria o servicios sociales). Ha de tenerse en consideración que en muchas ocasiones estas prácticas corruptas no son denunciadas porque las personas que tienen conocimiento de su existencia o se están beneficiando de ellas, o es que no saben que se trata de prácticas ilícitas, por lo que no pueden denunciar lo que desconocen que es denunciable. En esto consiste la prevención general que no sólo las leyes penales persiguen.

La lectura de todas estas disposiciones pone de manifiesto la complejidad del fenómeno de la corrupción y los esfuerzos tan elevados que han de llevar a cabo los Estados para eliminarla: no basta pues con llevar a los Códigos penales figuras delictivas sancionadas con penas de prisión; incidir en la prevención de la corrupción es mucho más beneficioso que posteriormente intentar descubrir los hilos que tejen estas redes criminales. Aunque también es más caro³⁴.

¿Reflexionará alguna vez la clase política sobre la necesidad de proteger a la sociedad de la delincuencia de cuello blanco? Esperar a que caigan sobre sus cabezas las piedras que ella misma tira sobre su propio tejado no parece una solución para ningún problema. Menos aún para hacer frente al fenómeno de la corrupción, que a modo de tsunami, arrastra lo que a su paso encuentra. Hasta ahora, por lo menos. Ya veremos qué ocurre, sobre todo ahora que parece que la parte VIP de las prisiones (enfermerías) pueden acabar sufriendo una especie de *overbooking*.

En cualquier caso, recuperar la confianza en la democracia, este es el mejor camino para atraer la inversión privada nacional y extranjera y salir así todos juntos de la crisis: gobiernos y ciudadanía.

³⁴ *Vid*, el estudio de derecho comparado que se lleva a cabo sobre corrupción pública y privada en la *Revista penal*, 2013/32, pp. 283 y ss.

7. Bibliografía

- ACALE SÁNCHEZ, MARÍA, “Delitos contra la Administración pública II”, en JUAN MARÍA TERRADILLOS BASOCO (coord.), *Leciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, Tomo III, vol. II, ed. Iustel, Madrid, 2015.
- BLANCO CORDERO, ISIDORO “La corrupción desde un perspectiva criminológica”, en FERNANDO PÉREZ ÁLVAREZ (ed.), *Serta in memoriam Alexamdri Baratta*, ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.
- BREGAGLIO LAZARTE, RENATA, “La implementación de las convenciones internacionales para la lucha contra la corrupción. Un análisis de las normas autoejecutivas en el Derecho penal”, en VVAA, *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*, ed. PUCP, Lima, 2012.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS, “Iniciativas internacionales contra la corrupción”, en *Eguzkilore*, 2003/17.
- DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO, “¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción?”, en *Eguzkilore*, 2009/23.
- DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO, *La respuesta a la corrupción pública*, ed. Comares, Granada, 2004.
- DI AMATO, ANTONIO, *Diritto penale dell'impresa*, ed. Giuffré. Milán, 2006.
- FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS, “Corrupción y delitos contra la Administración pública”, en el mismo y otros, *Fraude y corrupción*, ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, CARLOS, “Corrupción, su prevención y persecución en España”, en *Jueces para la Democracia*, 2010/67.
- MALET VÁZQUEZ, MARIANA, *La corrupción en la Administración Pública*, ed. Carlos Álvarez, Montevideo, 1999
- MEJÍAS RODRÍGEZ, CARLOS, “Estrategias, necesidades y urgencias del Derecho penal económico en Cuba”, en *Ámbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, mayo 2012, sin paginar, http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11559&revista_caderno=3>. Acceso en mar 2016.
- NIETO MARTÍN, ADÁN, “La privatización de la lucha contra la corrupción”, en *Cahiers de Defense Sociale. Pour une Politique Criminelle Humaniste*, 2011-2012.
- PÉREZ CEPEDA, ANA ISABEL, “Instrumentos internacionales del Derecho penal económico”, en JOSÉ RAMÓN SERRANO PIEDE-

El Derecho penal, corrupción pública y la corrupción privada

CASAS, EDUARDO DEMERIO CRESPO (dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, ed. Colex, Madrid, 2008.

RODRÍGUEZ PUERTA, MARÍA JOSÉ, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.

TERRADILLOS BASOCO, JUAN MARÍA, "Criminalidad organizada y globalización", en *Revista Penal*, 2011/19.

TERRADILLOS BASOCO, JUAN MARÍA, *Derecho penal de la empresa*, ed. Trotta, Madrid, 1995.

TORRES FERNÁNDEZ, MARÍA ELENA, "Marco normativo internacional contra la corrupción", en LORENZO MORILLAS CUEVAS (dir.), JOSÉ MARÍA SUÁREZ LÓPEZ (coord.), *Urbanismo y corrupción política (Una visión penal, civil y administrativa)*, ed. Dykinson, Madrid, 2013.

VALEIJE ÁLVAREZ, INMACULADA, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, EDESA, Madrid, 1995.

VALEIJE ÁLVAREZ, INMACULADA, "Visión general sobre las resoluciones e iniciativas internacionales en materia de corrupción", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2003/7.

ZAGARIS, BRUCE, *International White collar crime*, ed. Cambridge University Press, New York.

BRUCE ZAGARIS, *International White collar crime, cit.*, p. 96.

Lavado de activos e infracciones al deber: ¿Deberes de control a la sociedad civil, con riesgo de sanción penal? Una mirada al Ecuador

DRA. MAYDA GOITE PIERRE*

MG. RR.II. MÓNICA PALENCIA NÚÑEZ GONZÁLEZ**

Sumario

1. Introducción
2. De los orígenes del delito de lavado de activos
3. De la respuesta desde las Funciones Ejecutiva y Legislativa en la República del Ecuador
4. Particularidades del tipo penal de Lavado de Activos
5. Conclusiones

1. Introducción

De la mano de la globalización y el desarrollo económico, la delincuencia organizada se ha transnacionalizado y delitos como el tráfico de drogas, de personas, de armas y el terrorismo, que atentan

* Doctora en Ciencias Jurídicas, Master en Derecho Público y Especialista en Derecho Penal, Profesora Titular de Derecho penal y Vicerrectora de la Universidad de La Habana. Presidenta de la Sociedad cubana de Ciencias Penales. maydagoite@yahoo.es

** Profesora de Derecho Penal de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil e investigadora de la Universidad Casa Grande del Ecuador. mpalencian@hotmail.com

contra bienes jurídicos fundamentales de toda sociedad, como la salud, la vida y la integridad corporal y la seguridad nacional, entre otros, generan grandes cantidades de ganancias¹ que requieren ser introducidas en el sector financiero y la economía real, configurándose el lavado de activos como el delito de más rápida determinación, al establecerse la hipótesis de la presunción del origen delictivo de fondos.

El lavado de activos puede ser objeto de diversas miradas: una, en su funcionamiento como hecho; otra, en sus atributos como tipo penal. La penalización en el Ecuador no ha sido proporcional al sostenido crecimiento del lavado. En reacción, al 2016 el Ejecutivo ha centralizado el control estableciendo obligados a proporcionar datos; y el Legislativo, ha cambiado desde el 2014 el tipo penal y con él, los hechos que han de ser objeto de prueba.

La posibilidad de que sujetos no vinculados a la actividad infrinjan un deber de cuidado y faciliten el ocultamiento del origen de bienes, hace temer porque pueda cubrirse la estadística de un incremento de penalización con cargo a ellos como generadores de riesgo no autorizado, quedando en vía libre el paso al capital y su control a espacios de poder, pues el resultado lesivo contemplado en la legislación penal ecuatoriana, no solo es la lesión material al bien jurídico protegido, sino la puesta en riesgo.

Desde el 2013 el Ecuador mantenía dos condenas por año como promedio en sanción al delito de Lavado de Activos, incrementándose a cinco a partir de la aplicación del Código Orgánico Integral Penal promulgado en 2014². El promedio anterior fue similar en el periodo 2013-2014, al de países como Argentina, Chile, Perú y Uruguay;

¹ Vid, BAGLEY, Bruce, "Narcotráfico y crimen organizado en Las Américas: principales tendencias en el Siglo XXI", En: *El narcotráfico y su combate. Sus efectos sobre las relaciones internacionales*, Fundación Konrad Adenauer, México, Primera Edición, México, 2014, p. 24. Disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_13513-1442-1-30.pdf?140730213744 Consultada el 23/5/2016, a las 16.40. El autor precisa que: "Aunque no hay un cálculo definitivo, el valor de las drogas ilegales que se venden todos los años en los Estados Unidos puede ascender hasta \$150 mil millones de dólares y alrededor de \$40 mil millones de dólares se gastan anualmente tan solo en cocaína.

² ASAMBLEA NACIONAL REPÚBLICA DEL ECUADOR, Código Orgánico Integral Penal, Suplemento Registro Oficial No. 180, 10 de febrero de 2014. Disponible en: <http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2014/05/>

mientras que El Salvador, con ocho por año, se ponía por delante según el Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014³.

Contrasta el bajo promedio en condenas con el aumento de las actividades generadoras de fondos de necesario blanqueo, a nivel mundial. Esto último inferido de una serie de hechos puntuales: el ya famoso recorrido conocido como “tour de la cleptocracia”, por el que Roman Borisovich ha ideado visitas por los barrios más caros de Londres, mostrando el exterior de las mansiones de reciente adquisición por parte de políticos rusos, ucranianos y nigerianos, principalmente; el escándalo propiciado por la filtración de documentos de la firma panameña Mosack-Fonseca, dando cuenta de la creación de personas jurídicas –fideicomisos y compañías- muchas de ellas usadas en labor de testaferros; la creación de empresas externas al territorio de producción de los bienes, vinculadas al generador de éstos como distribuidoras de productos, con el fin de dejar los márgenes de utilidad en paraísos fiscales; la utilización comprobada del famoso “Convenio Sucre”⁴ en la obtención de beneficios financieros con exportaciones ficticias y/o a precios irreales; y el aumento de cantidades de droga capturada en destino al tráfico internacional.

Gracias al mecanismo del Sucre, expertos en finanzas han podido acreditar dólares estadounidenses, a precio preferencial para importación (en la relación Venezuela-Ecuador), bancarizándolos a través de los Bancos Centrales y pagar fuertes sumas a los exportadores,

c%C3%B3digo_org%C3%A1nico_integral_penal_-_coip_ed._sdn-mjdhc.pdf Consultado el 9/6/2016, a las 13.45

³ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), “Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014, “Seguridad Ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina”, Noviembre de 2013, p.161. Disponible en: <http://www.undp.org/content/dam/rblac/img/IDH/IDH-AL%20Informe%20completo.pdf> Consultado el 23/5/2016, a las 13.25.

⁴ NA: Es el nombre corto con el que se conoce al Tratado del Sistema Unitario de Compensación de Pagos Sucre, que han suscrito Bolivia, Cuba, Ecuador, Honduras, Nicaragua y Venezuela, el 16 de octubre de 2009, y publicado en el Ecuador, en el Registro Oficial 262 del 23 de agosto de 2010: actualmente vigente. La finalidad perseguida del mismo es un desacoplamiento progresivo del dólar estadounidense en el comercio internacional, fortaleciéndose una moneda regional.

formando parte de éstos a través de testaferros. El negocio financiero ha sido tan productivo, que incluso se han producido importaciones ficticias, preocupando a los países del ALBA, las actividades delictivas a través del sistema⁵.

La ONG Global Financial Integrity –que desde los EE UU se dedica a investigar los flujos financieros ilícitos derivados del crimen, la corrupción o la evasión fiscal- afirma que en un lapso de nueve años (2004 a 2013), “la exportación” de dinero de tal origen desde Latinoamérica, ascendió a USD\$ 140 000’ 000 000 (Ciento cuarenta mil millones de dólares de los Estados Unidos de América) por año⁶, según indica el equipo de investigación del CEDES (Centro de Derechos Económicos y Sociales), que forma parte de la Coalición Global por la Transparencia Financiera⁷. El Ecuador ha tenido una representatividad en el tráfico internacional, por concepto de productos de prohibida circulación (droga), de 7.5% al 2013, según el Global Financial Integrity, organización de análisis especializado⁸.

El tema del lavado de activos toma especial importancia por cuanto compromete las economías de los países en vías de desarrollo, al producto del crimen organizado: narcotráfico, principalmente, al propio tiempo que beneficia a las de los países más desarrollados, donde radican la gran mayoría de los bancos.

Los Estados Unidos de Norteamérica es uno de los principales receptores de fondos y tiene un índice de secreto financiero incluso

⁵ Vid, Comunicado Oficial de las autoridades del ALBA encargadas del control del Sucre. Disponible en: <http://www.sucrealba.org/images/noticias/comunicadooficial.pdf> Consultado el 21/6/2016, a las 21.18. Vid, Sobre las exportaciones ficticias a Venezuela, en mirada en el 2016, “Exportaciones fantasma a Venezuela”. Disponible en: <http://www.planv.com.ec/historias/politica/exportaciones-fantasma-hacia-venezuela> Consultado el 21/6/2016, a las 21.40.

⁶ Datos constantes en la página web de la institución. Disponibles en: www.gfintegrity.org Consultado el 9/5/2016, a las 22.10.

⁷ Vid, Edición impresa del domingo 15 de mayo de 2016 del Diario El Universo, sección especial “A Fondo”, titulada “Paraisos fiscales facilitan la utilización de dinero ilícito”, Guayaquil, Ecuador, p. 10.

⁸ Vid, Illicit Financial Flows from Developing Countries: 2004-2013, p. 30. Disponible en: http://www.gfintegrity.org/wp-content/uploads/2015/12/IFF-Update_2015-Final-1.pdf Consultado el 21/6/2016, a las 14.35.

superior al de Panamá y Reino Unido, ocupando Suiza y China, el primer y segundo lugar en la lista de los quince países de mayor sigilo.⁹ En el Ecuador de la actualidad hay ocho instituciones vinculadas al control de lavado de activos, dentro del llamado Consejo Nacional de Lavado de Activos. Este país estuvo en la lista negra del GAFI desde el 2011 hasta el 2015, y ha entrado a controlar la información que se produce, de forma tal que en la actualidad existen cinco mil doscientos veinticinco sujetos obligados a reportar transacciones sospechosas o inusuales y un organismo encargado de revisar las actividades financieras y económicas, llamado Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAF), según investigaciones realizadas por el equipo periodístico del Diario Expreso del Ecuador¹⁰.

En este contexto cabe afirmar que transacciones revisadas en doce sectores en el periodo 2007 al 2016, ascendieron a USD\$ 647'281.007 (Seicientos cuarenta y siete millones doscientos ochenta y un mil siete dólares de los Estados Unidos de América)¹¹. La correlación entre el monto de transacciones bajo sospecha y el número de condenas, hace admisible como probable el que haya faltado el respaldo político para las imputaciones pertinentes. Otra hipótesis sería el que la obtención de datos no ha tenido como finalidad la sanción penal.

Con la globalización de los mercados las organizaciones criminales tienen una mayor gama de opciones para intentar invertir y limpiar así sus ganancias. Las estadísticas sobre el lavado de dinero son asombrosas, y nos percatamos de la incidencia que tiene este delito en la economía internacional, cuando el Fondo Monetario Internacional (FMI) estima que el monto que se lava en un año a nivel mundial representa del 2% al 5% del PBI, mientras que para América Latina

⁹ *Vid*, Los reportes de la ONG Tax Justice Network, referidos a Justicia Impositiva, de noviembre de 2015. Disponible en: <http://www.taxjustice.net/2015/11/27> Consultado el 9/5/2016, a las 23.15.

¹⁰ *Vid*, Edición impresa del sábado 10 de marzo de 2016, localizable en la Biblioteca de la Mui Ilustre Municipalidad de Guayaquil, y en la sede del Diario, situada en Av. Carlo Julio Arosemena y Av. Las Monjas, en la ciudad de Guayaquil, República del Ecuador, p. 4 Actualidad.

¹¹ Según la periodista MALDONADO, Carla, en "Pocas condenas por lavado", investigación publicada por Diario Expreso el sábado 19 de marzo de 2016, desde la ciudad de Quito, Ecuador.

una estimación bruta parece ubicarlo entre el 2,5% y 6,3% del PIB regional anual¹².

No es dable olvidar que el sector vinculado a coadyuvar en la prueba de tales tipos penales, el económico-financiero, es justamente el que tradicionalmente ha influenciado en la política de muchos Estados que –en América Latina– aún comprenden democracias débiles; tan débiles, que no han podido frenar la migración de dinero, ni la filtración de capitales de dudosa procedencia, incluso en campañas electorales.

Y es que la corrupción no es una desviación contingente de muchos de los sistemas políticos imperantes en Latinoamérica, sino parte de su funcionamiento esencial; resultado de la condición humana degradada por la sesgada visión de éxito: hacer dinero; hecho que se muestra presente con independencia de las tendencias ideológicas declaradas de los gobiernos de turno en Latinoamérica, y de los “golpes de pecho” de los grupos empresariales.

La cuestión sobre dónde comienza el crimen (cuáles operaciones financieras son ilegales) no es legal, sino eminentemente política y ética, pues tributa a la lucha por el poder. Entonces, ¿por qué miles de hombres de negocios y políticos se relacionan con la constitución de personas jurídicas que operan como testaferros? La respuesta está dada: porque se puede. La cuestión sobre dónde comienza el control y cómo se controla a los controladores, también es una decisión

¹² SUBERO ISA, Jorge A., Prologo al Libro: *Aspectos dogmáticos, criminológicos y procesales del lavado de activos*, de BAUTISTA, Norma, et. al; Editorial Media byte, S.A., Santo Domingo, 2006, p. 1. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_reptom_libro.pdf Consultado el 24/5/2016, a las 23.40. Al respecto el ex presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República Dominicana, añade que: “Hoy en día, con los avances jurídicos, tecnológicos y democráticos hemos logrado que esta inserción de capitales a las economías mundiales sea cada vez más difícil. Puesto que, aunque el nivel de tolerancia mundial hacia el Lavado de Activos siempre ha sido bajo, han existido países que no cooperan con la lucha contra este delito. Sin embargo, podemos afirmar que el índice ha disminuido habiendo hoy muy pocos países y territorios que no cooperan con los organismos internacionales. Pero esto no significa que la labor que tienen los países se ha simplificado, muy por el contrario, mientras mayor seguridad existe en los mercados más complicado y difícil de detectar se torna el blanqueo de capitales”.

política. En el Ecuador, la reacción se ha producido recientemente, a través de la centralización de la prevención, delegación de funciones de obtención de información, y la represión a la omisión.

Cada día resulta más evidente, tanto frente a los ojos de las economías mundiales, como a los de la ciencia penal, que en el problema de lavado de capitales reside uno de los conflictos de mayor gravedad institucional, de gran impacto social y grave daño comunitario. Como se ha advertido en los últimos años, el fenómeno no es novedoso y tampoco es una novedad la preocupación nacional e internacional que ha inducido al desarrollo de una verdadera política criminal de prevención y castigo de ese tipo de acciones delictivas. La trascendencia criminológica del lavado de capitales ha evolucionado en directa relación con el aumento de los niveles de circulación económica que ha posibilitado y generado el crimen organizado, potenciado por los efectos de la “globalización” que también ha llegado al fenómeno criminal¹³.

En la era de la globalización, mientras los teóricos discuten, el dinero corre por todo el mundo a golpe de ordenador buscando beneficios inmediatos, aprovechando los tipos de interés altos en uno u otro país, comprando y vendiendo acciones que no tienen nada que ver con el valor de las empresas que las han emitido, especulando sobre propiedades inmobiliarias, en materias primas o en recursos naturales escasos... El dinero fácil y abundante para especular destruye así la producción real, agrava la depredación ecológica, condena a la miseria a millones de personas... facilita el tráfico de influencias, la evasión fiscal, el tráfico de drogas y de armas... Aquí y allá surgen voces que alertan de los peligros que la economía especulativa, facilitada por las transacciones electrónicas, puede representar para la economía real y para el Estado de Derecho¹⁴.

¹³ BAUTISTA, Norma, *et. al*; *Aspectos dogmáticos, criminológicos y procesales del lavado de activos*, Editorial Mediabyte, S.A., Santo Domingo, 2006, p. I. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_repdom_libro.pdf Consultado el 24/5/2016, a las 23.00.

¹⁴ OLIVELLA SOLÉ, Martí, *El poder del dinero. La monética, factor de cambio político*, Premio Joaquim Xirau, 1991, Editorial Edicions 62 S.A., Barcelona, Primera edición: enero de 1992. (Edición en catalán), p. 13. Disponible en: <http://chalaux.org/epddes.pdf> Consultado el 24/5/2016, a las 22.30. Desde los años 90 del pasado siglo, desde diferentes posiciones se ha venido alertando sobre lo que algunos autores han denominado una eco-

Los procesos de divorcio entre la economía real y el movimiento de dinero rápido, básicamente electrónico, continúan los flujos de dinero negro. Gran parte de este dinero puede ser blanqueado del fraude fiscal, del tráfico de influencias o de drogas¹⁵.

2. De los orígenes del delito de lavado de dinero

Los delitos con el dinero, tanto la falsificación como el lavado no son delitos nuevos, han existido, paradójicamente, desde antes que existiera el dinero como lo conocemos hoy. No obstante, en 1529, cabe señalar el primer antecedente de vinculación Crimen y Dinero, el Rey Francisco I de Francia, al pagar 12 millones de escudos como rescate por sus hijos tomados como rehenes en España, debió esperar 4 meses, mientras los secuestradores contaban el dinero y comprobaban la autenticidad de las monedas, de las cuales rechazaron 40.000, por considerar que no cumplían los requisitos exigidos¹⁶.

nomía de casino, sobre la que OLIVELLA MARTÍ, comenta en su obra sobre el poder del dinero, la posición de Lorenzo Dionis, profesor de la Dirección de Producción, Tecnología y Operaciones de la *IESE Business School*, de la Universidad de Navarra, que al precisar la gravedad de la situación expreso: “Me viene a la memoria el aviso que el Nobel de Economía del año 1988, Maurice Allais, dio el mes de mayo a través del diario *Le Monde*, al afirmar que el volumen de dólares que se transfieren diariamente de una mano a otra alcanza la cifra de 420.000 millones, cuando las necesidades reales no pasan de 12.400 millones... No cabe la menor duda de que estos manejos de dinero inexistente, que hace ricos en un día a «tiburones» o «yuppies» a costa de que se tambalee la empresa real, la que rinde un servicio y crea valor económico añadido, no se aceptan con facilidad. Estos negocios ficticios nos han proporcionado el «lunes negro» del 87, el «viernes triste» del 89...

¹⁵ Ídem, p. 14. Por su parte el profesor de política económica de la Universidad Keita de Tokio «Compara los mercados financieros con un gran casino habitado por especuladores atentos a cualquier posible maniobra...» y añade que cada vez es más difícil controlar estos juegos financieros... porque los mercados financieros de todo el mundo están ahora sincronizados y las transacciones están dirigidas globalmente, no nacionalmente.

¹⁶ URIBE, Rodolfo, “Cambio de paradigmas sobre el lavado de activos”, *El Observador – segundo trimestre 2003, Observatorio Interamericano sobre*

La costumbre de utilizar prácticas para disfrazar ingresos provenientes de actividades ilícitas se remonta a la Edad Media, cuando la usura fue declarada delito. Ya en ese tiempo los mercaderes y prestamistas trataban de tapar las ganancias mal habidas para evitar ser penados por las leyes.

La palabra “lavado” tiene origen en los Estados Unidos en la década del veinte del pasado siglo, época en que las mafias norteamericanas, principalmente lideradas por inmigrantes italianos, crearon una red de lavanderías para esconder la procedencia ilícita del dinero que alcanzaban con sus actividades criminales, fundamentalmente el contrabando de bebidas alcohólicas prohibidas en aquellos tiempos. El caso de Alfonso Capone, también conocido como Al Capone, controlador de la mafia de Chicago, quien asociado con *Meyer Lansky*, único miembro de origen judío de la mafia, que más tarde se convertiría en el cerebro financiero del grupo de Capone, crearon la modalidad de que las actividades ilícitas serían presentadas dentro del negocio de lavado de textiles, para lo cual la mayoría de los pagos se realizaban en efectivo, situación que se reportaba a los servicios contralores fiscales correspondientes de la época, no obstante, las utilidades que originaban estos servicios, eran combinadas con las provenientes de los delitos de extorsión, tráfico de armas, alcohol y prostitución, no pudiendo distinguir las agencias de control que dólar o centavo de dólar provenían de la actividad ilícita, logrando burlar y esconder el dinero producto del delito durante mucho tiempo, hasta que fue aprendido, enjuiciado y condenado por el delito de evasión de impuestos¹⁷.

Drogas, p.1. Disponible en: http://www.cicad.oas.org/oid/new/information/elobservador/ElObservador2_2003/HistoriaLavado.pdf Consultado el 22/5/2016, a las 21.50.

¹⁷ *Vid*, TONDINI, Bruno Manuel, “Blanqueo de capitales y lavado de dinero: su concepto, historia y aspectos operativos”, Centro Argentino de Estudios Internacionales, Programa Derecho Internacional, p. 5. Disponible en: http://www.caei.com.ar/sites/default/files/20_7.pdf Consultado el 4/5/2016, a las 22.40. A partir del año 1920, distintas agencias del Gobierno de los EUA, iniciaron juicios en contra de Capone por posesión de armas, falsedad en declaraciones y otros cargos. Mientras tanto, el Departamento del Tesoro de los EUA, acumuló evidencias sobre el cargo de evasión de impuestos. El 16 de Junio de 1931, Al Capone se declaró culpable por los cargos de evasión fiscal y venta ilícita de alcohol. El 18

Los delitos con el dinero, tanto falsificación como lavado no son delitos nuevos ni delitos provenientes únicamente del narcotráfico. Estos delitos han existido, paradójicamente, desde antes que existiera el dinero como lo conocemos hoy y conectado a muchos otros delitos como falsificación, secuestro extorsivo, toma de rehenes, enriquecimiento ilícito, evasión de impuestos, terrorismo y muchos más. Por esta razón, la lucha contra el lavado es compleja, dinámica y proactiva. Las autoridades deben cambiar el paradigma permanentemente así como las organizaciones criminales cambian constantemente sus *modus operandi* para lavar el dinero¹⁸.

A diferencia de los delitos subyacentes, bien sea tráfico de drogas, extorsión, robo armado o vertido de desechos tóxicos, el blanqueo de dinero consiste en una serie de actos que cada uno por separado puede ser inocente, pero que en su conjunto, equivalen a una tentativa de ocultar el producto de un delito¹⁹.

La tipificación como delito del acto mismo o de la tentativa de blanquear los productos del delito, sí es reciente, como afirmamos *supra*. Tradicionalmente, la atención penal se centraba sobre el delito que originaba el dinero. La incautación de bienes, en la medida en que se aplicaba por delitos con motivación económica, se configuraba como un castigo contra el delito subyacente. En la actualidad se ha producido un cambio radical.

En 1986 surgió en los Estados Unidos y se extendió rápidamente por todo el mundo, la tendencia de criminalizar el acto mismo de blanquear el dinero y establecer que ese nuevo delito, por ser complemento independiente del delito subyacente, constituye motivo suficiente para el decomiso de bienes. De hecho, en algunos países, el blanqueo del producto del delito puede dar lugar a sanciones más

de Octubre de 1931, Capone fue declarado culpable después de un juicio y el 24 de noviembre fue sentenciado a once años de cárcel en una prisión federal, multado con \$50.000.00 USD, se le cobraron \$7,652 USD por gastos de la corte, además de \$215.000.00 USD más intereses sobre impuestos que se adeudaban. Capone fue recluido en el Penal de Atlanta y en Alcatraz.

¹⁸ *Ídem*, p. 3.

¹⁹ URIBE, Rodolfo, *op. cit*; p. 2.

severas que el mismo delito subyacente²⁰. En 1986 el Presidente Ronald

²⁰ *Ídem.*

Reagan firmó la conocida ley para el control de lavado de dinero²¹,

²⁰ *Vid, entre otros, RUSCONI, Eduardo, "La Criminalización del lavado de dinero", Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, S. F., p. 176. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/40/pr/pr15.pdf> Consultada el 10/5/2016, a las 11.20, ASESORES Stratego, "Ley Federal para la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita". Disponible en: <http://asesores-stratego.com/publicaciones/ley-federal-para-la-prevencion-e-identificacion-de-operaciones-con-recursos-de-procedencia-ilicita/> Consultada el 9/4/2016, a las 13.25 y TONDINI, Bruno Manuel, "Lavado... *op. cit*; p. 22. Disponible en: http://www.caei.com.ar/sites/default/files/15_6.pdf Consultada el 10/6/2016, a las 14.15, DEL OLMO, Rosa, "Las relaciones internacionales de la cocaína", *Revista Nueva Sociedad, Democracia y Política en América Latina*, Nro. 130, marzo-abril, 1994, Buenos Aires, p. 130. Disponible en: http://nuso.org/media/articles/downloads/2323_1.pdf Consultada el 16/6/2016, a las 22.15.*

MORÁN TORRES, Enoc Francisco, "El lavado de dinero, su entorno internacional y análisis de los ordenamientos jurídicos que en México lo han previsto y sancionado", Universidad de la Colina, México, junio 12 de 2006, pp. 101-102. Disponible en: http://digeset.ucol.mx/tesis_posgrado/Pdf/ENOC_FRANCISCO_MORAN_TORRES.pdf Consultada el 2/6/2016, a las 14.50, ARELLANO ORÍZ, Fernando, "Conflicto armado colombiano va para rato, y no hay salida humanitaria a la vista", La Fogata Digital Latinoamérica, SF. Disponible en: http://www.lafogata.org/003latino/latino6/col_conflicto.htm Consultada el 22/6/2016, a las 13.50,

ORTIZ DORANTE, Norma Angélica, “El delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita”, Tesis doctoral dirigida por el Dr. Rafael Rebollo Vargas, profesor titular de Derecho penal, Universidad de Barcelona, 2010, pp. 16-17. Disponible en: <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5247/naod1de1.pdf?sequence=1> Consultada el 24/5/2016, a las 22.15 y GONZÁLEZRODRÍGUEZ, José de Jesús, “El lavado de dinero en México, escenarios, marco legal y propuestas legislativas”, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, Documento de Trabajo núm. 66, Abril de 2009, pp.2-4. Disponible en: http://www3.diputados.gob.mx/camara/content/download/215443/539213/file/Lavado_dinero_Mexico_docto66.pdf Consultada el 12/6/2016, a las 12.50. Bajo el mandato Reagan, Estados Unidos define por vez primera como “Política de Estado” y “Asunto de Seguridad Nacional”, el consumo, la producción y el tráfico de drogas: es decir, es en los ochenta cuando Washington incluye el combate militar a las drogas en los planes estratégicos del Consejo de Seguridad Nacional y del Departamento de Defensa. Es en esta época, se recomienda también, por vez primera la “reestructuración” de los ejércitos latinoamericanos.

con la que se intensifica la persecución a este tipo de delincuencia²².

En la década de los noventa del siglo XX, en los Estados Unidos se le realizaron varias reformas a la Ley del Secreto Bancario, siendo las más significativas la llamada Ley de lavado de dinero *Annunzio-Wylie*, que le agrego varias disposiciones, entre las que se destacan, autorizar al Secretario del Tesoro a exigir a las instituciones bancarias y no bancarias, que reportaran transacciones sospechosas, la creación de programas de preparación del personal de las instituciones financieras para cumplir con sus obligaciones de identificación y reporte en la lucha contra el lavado de dinero y agrego a las leyes bancarias federales la posibilidad de que se sancionara a una institución culpable de lavado de dinero con la revocación del permiso para operar²³.

Otra importante reforma, fue la Ley de supresión del lavado de dinero (*The Money Laundering Suppression Act 1994*), mediante la cual, entre otras modificaciones, se designó una sola agencia para que recibiera los reportes de actividades sospechosas y exigir el registro ante el Departamento del Tesoro de ciertas instituciones no bancarias²⁴.

La denominada “Ley de Control de Lavado de Dinero” tipificó este delito, sancionándolo con pena de prisión de hasta de 20 años, por realizar ciertas transacciones financieras con ganancias generadas a través de actividades ilegales tales como el narcotráfico, fraude en Medicare y desfalco, entre otros. A través de esta ley, se federalizó esta actividad, se autorizó la confiscación de ganancias obtenidas por los lavadores y se proporcionaron a las autoridades federales herramientas adicionales para investigar el lavado de dinero.

²² PARDO DUQUE, César Antonio, “El lavado de activos en la legislación penal ecuatoriana, vigente desde el 18 de octubre de 2005, Tesis en opción al Título de doctor en Jurisprudencia, Quito, 2009, p. 9. Disponible en: <http://repositorio.uisek.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/70/1/El%20lavado%20de%20activos%20en%20la%20legislaci%C3%B3n%20penal.pdf> Consultada el 26/5/2016, a las 17.30.

²³ *Vid.*, ORTIZ DORANTE, Norma Angélica, *op. cit.*; p. 18.

²⁴ *Ídem.* Otras reformas más recientes incluyeron la *Strategic Act On Money Laundering and Financial Crimes, of. 1998*, que se dictó con la finalidad de establecer una estrategia nacional para combatir el lavado de dinero en el país, se designaron los sitios geográficos que recibirían mayor apoyo gubernamental para atacar el problema y se establecieron 16 factores que se utilizarían por los Departamentos del Tesoro y de Justicia para

La atipicidad del delito de blanqueo de capitales, unido a otras causas de intereses económicos, motivó que durante muchos años, un número significativo de países se resistieran a criminalizarlo, pero desde las últimas dos décadas del pasado siglo se ha avanzado en el proceso su penalización, en lo que coincidimos con Pardo Duque²⁵, en que las razones que fundamentaron esa tendencia fueron las siguientes:

- En primer lugar, la aceptación generalizada de que poco se gana, atacando a los delincuentes si sus ganancias quedan intactas. El beneficio neto o enriquecimiento personal, constituye la motivación del delito subyacente y proporciona, simultáneamente, los medios económicos requeridos para continuar con las actividades delictivas. En el pasado, se castigó a los delincuentes, pero no a quienes administraban el producto del delito.
- En segundo lugar, pueden considerarse otras razones. Las leyes contra el blanqueo de dinero ofrecen una herramienta práctica, no sólo para ampliar la red de vigilancia sobre las categorías anteriormente exentas de participantes en actos delictivos, sino para crear una base que permita imponer penas más severas sobre quienes

calificar áreas de alto riesgo de lavado de dinero y crímenes financieros, la Ley de Prevención del Terrorismo de 1996, que añadía los delitos de terrorismo como “*predicate acts*” (actividades que constituyen parte del delito de crimen organizado) a los delitos de lavado de dinero y la Ley de Rendición de Cuentas y Portabilidad del Seguro de Salud de 1996, también declaraba “*predicate acts*” los “delitos contra la salud pública federal (TONDINI, Bruno Manuel, “Lavado de dinero. Sistematización de la norma locales e internacionales en la materia”, Centro Argentino de Estudios Internacionales, Programa Derecho Internacional, No. 15, 2006, p. 24. Disponible en: http://www.caei.com.ar/sites/default/files/15_6.pdf Consultada el 25/5/2016, a las 13.50) y la Ley Patriótica de 2001, que generó varios impactos negativos sobre las garantías y derechos de los extranjeros de origen árabe o prácticas musulmanas, quienes pasaron a adquirir un status de cuasi sospechosos de estar conectados con fuentes de financiamiento de grupos terroristas. Además, se ampliaron las facultades de las agencias de inteligencia e inmigración, así como de las embajadas norteamericanas en el exterior, para rastrear, analizar y promover la intervención sobre las personas, cuentas, y organizaciones que se calificara como ligadas a grupos terroristas activos.

²⁵ PARDO DUQUE, César Antonio, *op. cit.*; p. 10.

cometen el delito subyacente. De esta manera, la amenaza de sentencias agravadas puede ayudar para que los presuntos implicados cooperen con la justicia. No menos importante es la tendencia a utilizar las leyes de decomiso de bienes, como posible fuente de financiación del sistema que lucha contra el lavado²⁶.

A pesar de que la evasión fiscal y el blanqueo de dinero sucio tienen ciertas similitudes en cuanto a las técnicas desarrolladas, coincidimos con *Bruno Manuel Tondini*²⁷, en que resulta conveniente comprender que se trata de dos procesos distintos. En la evasión fiscal se parte de ingresos legalmente adquiridos, pero que se intenta ocultar para no pagar impuestos. El blanqueo de dinero de proveniencia delictiva hace exactamente lo contrario, parte de unos ingresos adquiridos por medios ilegales y se trata de darle la apariencia de haber sido legalmente obtenidos. Sin embargo no se debe menoscabar que las particularidades del proceso de blanqueo suscitan importantes cuestiones fiscales.

En nuestra área geográfica, en la década de los años ochenta del pasado siglo, se añadieron en diversas legislaciones penales del orbe los llamados delitos de lavado de dinero que también se conocen como blanqueo de capitales o activos, como consecuencia de los esfuerzos de los organismos internacionales y de los dirigentes de numerosas naciones y organizaciones internacionales y regionales, que se preocuparon muy seriamente por las magnitudes que estaban tomando el tráfico y consumo de drogas, lo que unido al poder

²⁶ *Vid*, GOITE PIERRE, Mayda, “Las Leyes de Extinción de dominio un instrumento para el enfrentamiento a la corrupción y a la criminalidad organizada: la justificación entre la “necesidad político criminal y el minimalismo penal”, En: El Derecho penal de los inicios del Siglo XXI en la encrucijada entre las garantías penales y el expansionismo irracional. Libro Homenaje al Dr. Ramón de la Cruz Ochoa, presidente de Honor de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales, Coordinador: Dr. Arnel Medina Cuenca, Editorial UNIJURIS, La Habana, 2014, pp. 111-135. Disponible en: <http://vlex.com/vid/enfrentamiento-criminal-minimalismo-522172794> Consultado el 21/4/2016, a las 14.20.

²⁷ TONDINI, Bruno Manuel, “Nuevas proyecciones del Derecho Internacional Penal (Los delitos de lavado de dinero, corrupción internacional y tráfico de personas), Portal de e-gobierno, incluso digital e Sociedad conocimiento, Brasil, p. 4. Disponible en: http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/7_5.pdf Consultado el 27/5/2016 a las 22.20.

económico alcanzado por algunas organizaciones criminales, gracias a los beneficios que le reporta el tráfico de estupefacientes, reforzaron la idea de que los mecanismos utilizados, contra el narcotráfico, la persecución y la represión, no habían dado los frutos esperados y que era necesario buscar recetas inéditas.

Fórmulas que, teniendo como base la nueva sensibilidad social sobre el poder financiero de los cárteles del narcotráfico y de otros grupos criminales organizados, permitiesen atacarlos en la misma raíz del problema, el beneficio económico, impidiendo o, cuanto menos, dificultando el aprovechamiento y disfrute de la ingente masa de riqueza a su disposición²⁸.

La configuración de esta actividad en los Códigos Penales modernos de los diferentes países como conducta delictiva es también relativamente reciente. Sin embargo, pese a la tardía admisión en la esfera jurídico-penal de los comportamientos de esta naturaleza, de hecho es una necesidad de la realidad actual, ya que cada día la delincuencia se organiza mejor y de igual manera se desarrolla hasta ganar mayor fuerza, con apoyo en actividades ilícitas muy lucrativas.

Los grupos internacionales, las leyes de cada país y la doctrina han utilizado varias denominaciones para referirse a la conducta mediante la cual una persona natural o jurídica, pretende ocultar, disfrazar o invertir activos de origen ilícito, pero con una misma significación, por lo que para referirnos al tema los utilizamos indistintamente²⁹: los países de habla inglesa lo llaman "*Money laundering*"; los de habla francesa, "*Blanchiment de capitaux*" (con sus variantes *Blanchissage* usada en Suiza), en Alemania, *Gelwäsch*; en Italia, "*Reciclagio di denarosporeo*"; en la península escandinava, "*Penningsvatt*", Hsi ch'ien en chino, shikin no sentaku en japonés, otmyvanig en ruso.

²⁸ PALMA HERRERA, José Manuel, *Los delitos de blanqueo de capitales*, Editorial EDESA, Madrid, 2000, p. 37.

²⁹ Vid, CABRAL, Cristian Javier, *Delito de lavado de dinero. Antecedentes internacionales, relación con el terrorismo y medio de desarrollo*, *Delitos Económicos*, Año II, No. 4, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, Argentina, 2013, p. 336. Disponible en: http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/08/derecho_penal_a2_n4_2.pdf Consultado el 23/5/2016, a las 16.15, y también a: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de Blanqueo de Capitales*, Editorial Ediciones Jurídicas y Sociales. S.A., Barcelona, 2000, p. 20.

En nuestra área geográfica el Reglamento Modelo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) de la Organización de Estados americanos (OEA)³⁰, denomina a este delito como “lavado de activos”. Mientras que en algunas legislaciones americanas encontramos las denominaciones siguientes³¹:

- Argentina, Colombia, Cuba³², El Salvador y Perú: Lavado de Activos
- Bolivia: Legitimación de ganancias ilícitas
- Brasil: Lavado de Bienes, Derechos y Valores
- Chile: Lavado de Dinero
- Costa Rica: Legitimación de Capitales

³⁰ COMISION INTERAMERICANA PARA EL CONTROL DEL ABUSO DE DROGAS (CICAD), REGLAMENTO MODELO SOBRE DELITOS DE LAVADO RELACIONADOS CON EL TRAFICO ILICITO DE DROGAS, Y OTROS DELITOS GRAVES, Incluye las modificaciones introducidas por el Grupo de Expertos para el Control de Lavado de Activos en Santiago, Chile, en octubre de 1997, en Washington, D.C., en mayo de 1998 y en Buenos Aires, en octubre del mismo año aprobadas por la CICAD en el vigésimo segundo período ordinario de sesiones, llevado a cabo en Lima, Perú, en noviembre de 1997, y en el vigésimo quinto período ordinario de sesiones celebrado en Washington D.C., en mayo de 1999, Publicado por la SECRETARIA GENERAL ORGANIZACION DE LOS ESTADOS AMERICANOS WASHINGTON, D.C. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_blv_reglamento.pdf Consultado el 22/5/2016, a las 15.50.

³¹ SERNA JARAMILLO, Carlos Mario, “Términos y expresiones utilizadas para definir el lavado de dinero”, En: *PROGRAMA INTERACCION PUBLICO PRIVADA PARAMEJORAR LA SEGURIDAD DE LOS MERCADOS FINANCIEROS*, TALLERES PARA LA IDENTIFICACION - SUBSANACION DE DISFUNCIONES EN EL SISTEMA DE PREVENCIÓN DEL LAVADO DE DINERO, PROGRAMA BID / FELABAN, SF, p. 38. Disponible en: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35530766> Consultado el 23/5/2016, a las 13.20.

³² Hasta la vigencia del Decreto-Ley No. 316, de 7 de diciembre de 2013, Gaceta Oficial No. 44 Extraordinaria de 19 de diciembre de 2013, se denominó lavado de dinero. *Vid*, el artículo 3 del referido Decreto-Ley, que modifica el Título XIV del Código Penal: “Delitos contra la Hacienda Pública”. Disponible en: <http://www.juventudrebelde.cu/file/pdf/impreso/2013/12/21/isuplementos.pdf> Consultada el 24/10/2015, a las 13.00.

- Ecuador: Conversión o transformación de bienes (Lavado de Dinero)
- Guatemala: Transacciones e inversiones ilícitas
- Honduras: Lavado de Dinero o Activos
- México: Operaciones con recursos de procedencia ilícita
- Nicaragua: Lavado de Dinero y Activos de Actividades Ilícitas
- Panamá: Blanqueo de Capitales
- Paraguay: Lavado de Dinero o Bienes
- República Dominicana: Lavado de Bienes relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos
- Uruguay: Blanqueo de Dinero
- Venezuela: Legitimación de Capitales.

Los primeros países que introdujeron en su legislación un tipo penal sobre lavado de dinero fueron Argentina (1989) y Ecuador (1990). Luego en la primera mitad de la década del 90 lo hicieron otros países Perú (1991), Chile (1993) y Colombia (1995). Los demás países del hemisferio, en cambio, recién legislan sobre el delito que nos ocupa en las postrimerías del siglo pasado. Ese fue el caso entre otros de México (1996), Bolivia (1997), Brasil (1998), Cuba (1999) y Uruguay (1998)³³.

3. De la respuesta desde las Funciones Ejecutiva y Legislativa en la República del Ecuador

El gobierno ecuatoriano ha tomado una decisión: adscribir a la Presidencia de la República a la Unidad de Análisis Financiero. La respuesta incluye el incrementar el número de sujetos obligados a informar, de manera tal que incluso los profesionales no podrán invocar el secreto para con sus clientes, como fórmula de evitar dar

³³ PRADO SALDARRIAGA, Víctor, “La tipificación del lavado de dinero en Latinoamérica: modelos, problemas y alternativas”, En: “Derecho penal”, Universidad de Fribourg, Suiza, p. 1. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t_20080528_47.pdf Consultado el: 10/5/2016, a las 13.40.

información. En el ámbito del régimen tributario interno del país, la política al respecto ya ha tenido impacto en la legislación orgánica.

El delito de Lavado de Activos, antes de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal³⁴ que data de agosto de 2014, estaba ligado en cuanto a la imputación posible, a la prueba del origen ilícito de los bienes. El ordenamiento jurídico contemporáneo introduce una novedad: la presunción *iure et iure* (de derecho) de que el ocultamiento y el impedir determinar el origen de los fondos, es el hecho cierto del que se puede inferir como altamente probable el ilícito origen de los fondos y por ello, el acto mismo de ocultar y de impedir, forman parte de las hipótesis del tipo penal.

Así, consideramos que no es que el delito de Lavado de Activos ha pasado a ser un delito autónomo o desligado del delito subyacente, sino que ahora se ha producido una ficción por orden del Legislativo, de forma tal que al establecer una presunción de derecho, se facilitó el recorrido del razonamiento judicial y la posibilidad de que por ausencia de prueba no se pudiese realizar la imputación penal. El hecho que era fundamental probar antaño, la ilicitud del dinero en cuanto a su origen, ahora se considera “hecho conocido” a partir de otro: el ocultamiento del dinero o el impedimento a conocer su origen, por lo que el objeto probatorio fue sustituido. Con esta estrategia, el legislador evitó hacer frente a la prohibición de producir prueba de presunciones, pues incluso niega tácitamente, que haya necesidad de tal prueba si el hecho mismo del ocultamiento se constata, o el de la acción de impedimento de clarificar el origen.

El tema se torna de especial relevancia al existir un gran número de sujetos obligados informar al gobierno del Estado ecuatoriano, muchos de los cuales están también inmersos en la obligación de cumplir con una serie de políticas de servicio y que parten del conocer al cliente, como en el caso de los empleados bancarios. Dado que siendo lícito el bien perseguido, cual es en el caso de los empleados referidos, el servicio financiero, la norma de cuidado se construye a partir de sus obligaciones puntuales de indagación sobre el cliente y sus actividades y el reporte de las transacciones.

³⁴ Vid, ASAMBLEA NACIONAL REPÚBLICA DEL ECUADOR, Código Orgánico Integral Penal..., *cit.*

La infracción al deber de cuidado podría acarrear el fácil ocultamiento del origen de los fondos; conducta general contemplada en el artículo 27 del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, bajo la denominación de culpa. En esencia, la norma de cuidado –que se construye caso por caso- a partir de una exigencia mínima: estado de cognoscibilidad del sujeto actuante, que le permita prever consecuencias, prevenirlas y evitar las dañinas, no es una norma que reclama márgenes abiertos a muchas posibilidades, como la estudiada por Hirsch³⁵, sino que se trata de una norma extra-penal, con impacto decisorio de calificación del injusto y de realización del juicio de reproche penal, mas aunque no es abierta, justo por su construcción casuística, en esencia es amplísima, pues tributa a que, siendo el resultado lesivo el vinculado a la infracción, previsto en el ámbito penal, que de hecho admite como tal a la sola puesta en riesgo en algunos de los tipos de peligro, en realidad pasa a ser una norma de *determinación* o *valoración*, con la que se analiza la conducta ex-ante y que da para que, con su utilización, “se cierre” el círculo argumentativo de la existencia de un injusto por imputación de comportamiento con resultado de puesta en riesgo de bien jurídico³⁶.

La norma de cuidado ha de ser construida observando las obligaciones impuestas por leyes, reglamentos y la llamada *lex artis* (regulaciones técnicas) siendo base de la culpabilidad, la posibilidad de reproche en atención a las circunstancias personales de previsibilidad y evitabilidad del resultado lesivo.

³⁵ HIRSCH, Hans-Joachim, *Strafrecht als Mittel zur Bekämpfung neuer Kriminalitätsformen?* en Kuhne, H.H/ Miyazawa, K.(ed.) *Neue Strafrechtsentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich*, Köln/Bonn/München, (trad. libre Daniela Verduga P.) 1995, pp. 11-32.

³⁶ Con respecto a las normas de determinación y su esencia, *Vid*, KAUFMANN, Amin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie* Göttingen, (trad. libre Daniela Verduga P.), 1952, p. 62, así como GOITE PIERRE, Mayda y Ramón ALARCÓN BORGES, “La utilización de las normas penales en blanco en el enfrentamiento a la criminalidad organizada contemporánea”, *En: Temas de Derecho y proceso penal desde una perspectiva jurídico-penal contemporánea en el enfrentamiento a la criminalidad organizada*, Editorial UNIJURIS, La Habana, 2013, pp. 7-59. Disponible en: <http://vlex.com/vid/enfrentamiento-criminalidad-organizada-515216870> Consultada el 12/6/2016, a las 14.45.

Esto es, se ha convertido a sectores de la sociedad civil en sujetos obligados al control y vigilancia, so pena de ser imputados de un delito de Lavado de Activos, pues se los coloca en posición de garantes de la seguridad, de forma tal que el ocultamiento del origen de los bienes es uno de los hechos considerados en el tipo penal y al que se puede contribuir a partir de no prevenir y evitar el resultado, aunque se intervenga en aras de un fin lícito. Así, será potencial sujeto imputable, quien esté en la posibilidad del vínculo comunicativo o “dialogal” –en términos de Bustos Ramírez-, en la relación social con quienes manejan el dinero de fuente ilícita³⁷.

Cierto es que el Estado no puede colocarse como asegurador *per se* de la legalidad, sino actuar como un ente coordinador y generador de atribuciones a los sujetos que, de la sociedad civil, deben quedar obligados por su potencial proximidad con el flujo de información.

Esta sería, en dibujo a líneas gruesas, la postura que justificaría la introducción de parámetros normativos de obligaciones a ciudadanos en aras de impedir el lavado de activos.

Esta postura no está exenta de críticas, y una de ellas, es que a los sujetos actuantes como gestores profesionales en espacios de tráfico económico-financiero, se los coloca en situación de riesgo penal al no estar clarificado el deber de cuidado como constructo legal en el Ecuador, pues hasta el momento actual, tal constructo carece de delimitación dada por la jurisprudencia o doctrina del Ecuador, con postura de mayoría o de suficiencia como para afirmar que existe un criterio al respecto.

En el Ecuador se ha considerado a la culpa como una infracción a un deber objetivo de cuidado “que personalmente corresponde” al sujeto, y en donde el resultado lesivo está previsto en el contexto de una infracción penal, sin que haya quedado claro por parte del legislador del Código Orgánico Integral Penal del 2014, si la atribución hace referencia a que el sujeto se encuentre en posición de garante, al estar por su empleo u oficio, responsable de la fuente generadora de riesgo, simplemente, o al hecho de que además le obligue porque se ha construido la norma tomando en consideración los datos

³⁷ Bustos ramírez, Juan J; *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen I: Fundamentos del sistema penal, esquema de la Teoría del Delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena, Ed. Trotta, 1997, Madrid, pp. 36-37.

de previsibilidad y evitabilidad realmente posibles para el sujeto, en razón de su conocimiento, aptitudes y destrezas, o bien, si parte de la previsibilidad exigible, está en no colocarse como responsable de una fuente de riesgo, de manera voluntaria, sin estar debidamente capacitado –por conocimiento y experiencia, destrezas y aptitudes– para enfrentarla; conocimiento que debe ser exigible y en su ausencia reprochable, a quien se coloca al frente de la fuente generadora de riesgo, según el profesor alemán Burkhard.

En todo caso, a la discusión se suma la observación que el profesor argentino Zaffaroni efectúa al adelantamiento de las barreras punitivas, propias de la imputación objetiva, “justificada” en aras de la seguridad ciudadana, señalando que la seguridad no puede ser un bien jurídico en sí mismo, pues se corre el riesgo de justificar los delitos de peligro abstracto y la destrucción del principio de mínima intervención del poder punitivo del Estado.³⁸ Ahora bien, aunque podría replicarse que no se trata de sancionar la gestación de un peligro abstracto, en este caso, es innegable que por las descripciones del tipo de Lavado de Activos, sí hay espacio para un adelantamiento de la penalización, al espacio de la puesta en riesgo.

4. Particularidades del tipo penal de Lavado de Activos

En el Ecuador, el delito de Lavado de Activos tiene diversas hipótesis posibles para la configuración del tipo penal. Se establece que lo comete la persona que en forma directa o indirecta, tenga, adquiera, transfiera, posea, administre, utilice, mantenga, resguarde, entregue, transporte, convierta o se beneficie de cualquier manera de activos de origen ilícito. El gran elemento normativo de recorte de este primer supuesto legal, lo da la expresión de “*activos de origen ilícito.*”

Los activos de origen ilícito son bienes en circulante o no, provenientes de actividades delictivas en general. Durante mucho tiempo

³⁸ ZAFFARONI, EUGENIO Raúl, “Conferencia Magistral”, Pronunciada en el acto de apertura del VIII Encuentro Internacional Justicia y Derecho, Organizado por el Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, el 18 de mayo de 2016, en el Palacio de Convenciones de La Habana.

se especuló en que la fuente era o debía de ser el narcotráfico, pero ésta no es única ni exclusiva en su carácter de tal.

El investigador ecuatoriano Aldaz Valdez, en su trabajo de tesis sobre el origen ilícito de los activos de impacto en este tipo penal, señala que “Cabe destacar que los lavadores de dinero, sean estos políticos corruptos u otros delincuentes de cuello blanco, si logran contar con la conexión necesaria envían sus dineros a los paraísos fiscales como Suiza, Bahamas, Gran Caimán, Panamá, entre otros, donde evaden los impuestos y además obtienen otros beneficios para guardar e incrementar sus capitales mal habidos”. Luego cita textualmente la obra de James Henry y refiere que: “¿Qué hacen los paraísos fiscales? **Cada uno tiene características peculiares, pero todos ofrecen tres servicios básicos: evasión de impuestos, propiedad anónima y habilidad para re-escribir la historia.** Si usted quiere vivir y morir libre de impuestos, evitar controles de cambio, y regulaciones bancarias...o esconder ganancias mal habidas, las únicas restricciones son imaginación y conciencia...Si tiene efectivo para blanquear, UBS-Panamá lo lavará por el 2% del capital y hay bancos más baratos en Haití y Mauricio...Si es un extraditable colombiano, un traficante clandestino o un funcionario público en apuros, puede utilizar la ingeniería más moderna del paraíso fiscal para construir una maraña de compañías y *trusts* tan densa que sus secretos estarán incluso más seguros...Para las sofisticadas transacciones que se le puedan ofrecer, los paraísos brindan un sitio que permite situarse por encima de las leyes de las naciones y escoger las que se obedecerán”³⁹.

Estos comentarios vinculando la salida de capitales necesariamente a un acto delictivo y estableciendo que, la búsqueda de paraísos fiscales –que operan al amparo de válida legislación internacional– deben ser de por sí “satanizados” son peligrosos, por cuanto contribuyen a que se agudice el problema imperante de la determinación del injusto penal a base de prueba de presunciones, actividad que en el Ecuador está expresamente prohibida. No se puede negar, a pesar de lo dicho, que es real la altamente probable vinculación entre los diversos componentes del delito de Lavado de Activos, y el hecho

³⁹ ALDAZ VALDEZ, Ángel Monfilio, “El origen ilícito en el delito de lavado de activos en el Ecuador”, Quito 2009, p. 110, Tesis (Maestría en Derecho. Mención en Derecho Financiero, Bursátil y de Seguros), Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Área de Derecho.

mismo de la búsqueda de paraísos fiscales, mas no es procedente afirmar una relación necesaria.

Como se ha adelantado en líneas precedentes, en el Ecuador también el ocultar, disimular, o impedir la determinación real de la naturaleza, origen, procedencia o vinculación de activos de origen ilícito, constituye infracción penal, como lo es el prestar el nombre propio o el de la sociedad o empresa, de la que sea socio o accionista para la comisión de los delitos tipificados como de Lavado de Activos, o bien, actuar de manera tal, que organice, gestione, asesore, participe o financie tales ilícitos. No escapa tampoco quien por sí mismo o por medio de terceros, realice operaciones y transacciones financieras o económicas, con el objetivo de dar apariencia de licitud a actividades de lavado de activos, o ingrese o egrese dinero de procedencia ilícita, por los pasos y puentes del país.

Ante los avances de la ciencia y de la técnica, el Derecho penal ha reacondicionado –al menos en el Ecuador- los límites al poder punitivo del Estado, conduciéndolo ante una nueva gama de riesgos existentes. Así, riesgo y seguridad, en un mundo industrializado, rápido, caotizado y “líquido” –en palabras de Bauman⁴⁰ y en el que la redefinición del concepto de riesgo está continuamente trabajada, e inmersa en un tiempo en el que cualquier faceta social se convierte en objeto de decisión o de discusión, son pilares móviles de las nuevas formas –para el Ecuador- de entender la culpa.

Hay una discusión no finalizada en el ámbito científico académico del tema penal, y que gira en torno a decidir si es procedente que, ante nuevos riesgos, se legitime la penetración en la vida privada e íntima de los ciudadanos, y si es procedente que no se sigan los mismos parámetros para juzgar a quienes cometen delitos comunes y de resultado material lesivo, frente a quienes ponen en riesgo la vida

⁴⁰ Para ZYMUND, Bauman, se ha normalizado un estado de emergencia. Son tan precarios los vínculos humanos actuales que Bauman, ha dado origen a la categoría sociológica de “Modernidad líquida” justo para hacer referencia a la falta de asiento de todo tipo, incluidos los vínculos personales. Al respecto véase el trabajo de VÁZQUEZ ROCCA, Adolfo, “Modernidad líquida y fragilidad humana”, En: *Revista Electrónica Nómadas*, de Ciencias Sociales y Jurídicas, de la Universidad Complutense de Madrid, No. 119, 2008:3. Disponible en: www.pendientesdemigracion.ucm/es/info/nomadas/19/avrocca2.pdf Consultado el 21/6/2016, a las 21.00.

en comunidad sin que haya otro bien jurídico lesionado, a más del de seguridad en virtud del riesgo generado.

Además del enfoque sobre el riesgo como tema esencial contemporáneo, otro de los asuntos que los desenvolvimientos sociales ha provocado hoy estén en la palestra de la discusión, es el llamado Derecho penal del enemigo, con un enfoque en el que se justifica no tratar como ciudadano a quienes menosprecian la vida de la colectividad; ejemplo: individuos asociados a grupos terroristas.⁴¹ A su vez, la agudización de las crisis políticas y en general, el *déficit* democrático que afecta a la población mundial, ha propiciado—junto a otras causas—, el surgimiento de células terroristas, ONG's de la violencia, mafias, empresas de atentados, organizaciones de lavado de activos, etc., reaccionando entonces el Derecho penal ante la situación social con la instalación de tipos penales que castigan o culpan por asociación (cuando la finalidad reconocible del grupo, es la delictiva), y asimismo, y como consecuencia, se ha puesto en tela de duda uno de los pilares conceptuales de carácter fundamental del Derecho penal Liberal, el concepto de culpabilidad fundada en responsabilidad personal, de un sujeto con capacidad de querer y capacidad de entender y que solo procede responda por las consecuencias directas de su actuar u omitir, pero no por las de un grupo con fuerza propia. Asimismo, es la culpabilidad como concepto baluarte que justifica el uso del poder punitivo, la que sufre con la consideración del “deber objetivo de cuidado”, poniendo a la infracción a éste, como justificativo de la determinación del injusto penal, sin examen ulterior del llamado deber subjetivo del imputado, pues lo que se efectúa entonces es una determinación, en sede penal, de una responsabilidad objetiva.

El dejar de lado el principio de culpabilidad, como motor ineludible de todo reproche social, ha sido a favor de una propuesta funcionalista bajo la cual, por pragmatismo, se justificaría imputar a personas jurídicas incluso, y hacerlas responsables, e imputar a personas físicas analizando si su conducta corresponde al llamado tipo objetivo del tipo penal -no importando en su defensa, si actuó con dolo o con culpa, cuyo análisis es parte del tipo subjetivo—, pues

⁴¹ Vid, MIZHARI, Estaban, “La reacción penal del Estado frente al terrorismo transnacional”, *Revista Veritas*, Mayo-agosto 2013, Pontificia Universidad Católica do Río Grande do Sul, Vol. 58, pp. 399-417.

será reprochable su conducta si existió el daño y a ese individuo le correspondía haber previsto las consecuencias.⁴² La culpa definida bajo los parámetros del actual Código Orgánico Integral Penal, es normativamente determinada, con el desafío anotado.

En el Ecuador, la decisión de continuar –para el caso de las personas físicas- revisando su actuación a la luz de la intencionalidad y la finalidad, forma parte de una de las estrategias para el Buen Vivir, que es el paradigma político social que sirve de actual referencia para construcción del desarrollo social, y que ha provocado incluso una transformación en la Matriz productiva, anteponiendo el individuo y su desarrollo individual inserto en la colectividad, a la continuación de la sociedad capitalista, de fuerte arraigo en el Ecuador.

La estrategia de una construcción para la seguridad social, de una sociedad basada en valores, y mencionada como parte del Objetivo relativo a aumentar la seguridad jurídica a fin de promover el desarrollo del individuo en entornos saludables, se da dentro de un concepto amplio de “entorno saludable”; y es amplio, pues abarca incluso valores ciudadanos y el incremento de la seguridad al combatir, entre otras consecuencias no deseadas ni deseables, los delitos culposos con impacto en Lavado de Activos. Por ello, una imputación con base solo en tipo objetivo de carácter penal, se contrapone esencialmente a la estrategia de penalización basada en responsabilidad personal culpable.⁴³

En materia de lavado de activos, quedarán como han quedado hasta ahora, en rol de garantes, los sujetos que por su actividad, el Estado designa como “informantes” obligados; promotores inmobiliarios,

⁴² *Vid*, CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca Elizabeth, “Actualidad penal: una vez más sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica”, Revista Letras Jurídicas, Año 4, No. 7, EneroJunio, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, Xalapa, Veracruz, México, 2003, pp. 99-114.

⁴³ El Plan Nacional del Buen Vivir por una parte tiene como objetivo consolidar la transformación de la justicia y por otra, aumentar la seguridad. Al respecto véase el documento en línea, denominado Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017. Disponible en: <http://www.buenvivir.gob.ec/documents/10157/26effa35-aaa8-4aec-a11c-be69abd6e40a> Consultado el 22/5/2016, a las 21.14.

banqueros, siendo de novedosa introducción, contadores y abogados, para el caso de generación de activos no tributados. Así, el potencial sujeto activo debe ser capaz de determinar las situaciones y los criterios bajo los cuáles es dable que esté frente a bien de origen ilícito, o bien, una transacción sospechosa e inusual, y deberá de recurrir a criterios diferenciadores de ambos conceptos y clarificadores de los mismos. Su deber de cuidado incluirá el verificar los datos económicos y los contextos de producción de la información, y su responsabilidad es la de un buen padre de familia, de inteligencia media, de reaccionar ante la información, propuestas, datos, atendiendo a su deber de estar en estado de cognoscibilidad adecuada de las potenciales consecuencias de la situación que le ha tocado y sus circunstancias, así como hacerse cargo de los cursos de acción que deben ser llevados para concretar; esto es, para lograr que se evite la lesión en el caso concreto; llámese incremento o generación del riesgo de lavado o bien, lesión material al bien jurídico protegido, que en el caso que se refiere, es la seguridad socio-económica.

Ahora bien, y justo por el *déficit* democrático de dominio público, el adelantamiento de la barrera punitiva a puestas en riesgo de bienes jurídicos, puede ocasionar el que se incremente el número de penalizados, sin que ello conlleve el cese o disminución de la actividad. Ahora bien, bien podría admitirse como probable, el hecho de que los cambios al tipo penal del Lavado de Activos, decididos por el legislador del Código Orgánico Integral Penal, tengan inserción en el llamado “Derecho Penal Simbólico”, dado el efecto político que tiene al ser un evidente satisfactor jurídico a la necesidad social de acción. De ser así, sería una evidencia de la crisis de la política criminal contemporánea, en términos de Hassemer⁴⁴.

⁴⁴ Vid, HASSEMER, Winfried, “Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos”, en *Derecho Penal Central, Revista del Instituto Ecuatoriano de Derecho Penal e Investigaciones Criminológicas*, Año 1, No. 1, Quito, Ediciones Rodín, Noviembre, 2011, pp. 17-44.

5. Conclusiones

1. No ha existido proporcionalidad entre sancionados penalmente y el incremento de la actividad de lavado.
2. Las estructuras ejecutivas, legislativas y judiciales en el Ecuador, no han podido dar respuesta suficiente al fenómeno del Lavado de Activos.
3. El establecimiento de criterios normativos para la determinación de culpa, presunciones de derecho sobre el origen de los bienes y ampliación de las hipótesis del tipo penal, a partir del Código Orgánico Integral Penal, refuerzan la posibilidad de sanción a quienes teniendo un fin lícito, intervienen en el trayecto económico-financiero de las transacciones en donde es factible el Lavado, por lo que la infracción a una norma de cuidado podría conllevar el resultado lesivo previsto como infracción.
4. Podría aumentarse la penalización de conductas bajo el tipo “Lavado de Activos” sin que ello tenga impacto en la actividad como tal, pues podrían ser sujetos de la infracción, operadores en el sistema financiero que infringieran normas de cuidado y no necesariamente los titulares de los capitales.

Homicidio en ocasión o con motivo de un robo (artículo 165 del Código penal argentino)

GUSTAVO L. VITALE*

Sumario

1. Introducción
2. El texto del artículo 165 del Código penal de Argentina
3. El autor del robo y del homicidio
4. La clase de homicidio exigido por el artículo 165
5. La consumación del robo y del homicidio como elementos de la tipicidad
6. Colofón

1. Introducción

El tema elegido para homenajear a mi querido amigo Luis Fernando Niño (entre tantas cosas Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Buenos Aires) es el mismo que el homenajeado abordó, con toda pulcritud, en la prolija edición del libro *Delitos contra la propiedad*, del cual es su Director**.

* Profesor Titular de Derecho penal de la Universidad Nacional del Comahue, Argentina. Defensor Público Interamericano de la Asociación Latinoamericana de Defensorías Públicas. glvitale@yahoo.com.ar

** NIÑO, Luis Fernando. *et. al, Delitos contra la propiedad*, Ad-Hoc, Bs. As., tomo I, 2011; en particular, pp. 81 y ss.

En su contribución relativa al tema, que lleva el título de “robo agravado por homicidio”¹, entre otros aspectos trató dos cuestiones

que considero de vital importancia, sobre todo por las consecuencias represivas a las que conduce una interpretación irracionalmente expansiva de la tipicidad. En rigor, esos dos puntos se descomponen en tres.

El primero consiste en determinar “¿a qué homicidio se refiere el artículo 165 del Código penal (CP)?”, lo cual lleva a considerar dos problemas de suma importancia: 1) ¿quién debe ser el autor del homicidio? y 2) ¿qué clase de homicidio debe cometer el autor del robo?

El segundo es el atinente al grado de ejecución del robo y del homicidio requerido por los tipos penales contenidos en el citado artículo 165.

2. El texto del artículo 165 del Código penal de Argentina

El Código penal de Argentina, después de describir el delito de robo, contempla la presente disposición legal en la que reprime, con pena carcelaria de 10 a 25 años, “si con motivo u ocasión del robo resultare un homicidio” (artículo 165).

Es difícil imaginarse una redacción legal más defectuosa. Primero, porque en todo caso, la ley debiera haber dicho que penaliza de ese modo al autor de robo que, además de robar, mata a otro con motivo u ocasión del delito patrimonial. Segundo, porque los homicidios no “resultan”, sino que se cometen o ejecutan. Y tercero, porque para evitar interpretaciones legales irracionales (que, por desgracia, no escasean), debió referirse al autor de un robo que, en ese contexto, comete un homicidio de los previstos en el artículo 79 del Código penal (y no un mero homicidio culposo).

De todos modos, el texto transcrito debe ser interpretado de conformidad con los principios supremos que, en protección de los derechos humanos, limitan el poder punitivo estatal.

¹ Aunque, en el índice del libro, aparece como “homicidio con motivo u ocasión del robo”.

Para entender mejor el delito que tratamos, cabe señalar que el artículo 64 del Código penal reprime con prisión de un (1) mes a 6 años al autor de robo; el 166, inciso 1, establece pena de cárcel de 5 a 15 años al autor de robo si por las violencias ejercidas para realizarlo se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91 (lesiones dolosas graves o gravísimas, respectivamente). Luego se prevén otros robos agravados. A su vez, el artículo 79 del CP sanciona con pena privativa de libertad de 8 a 25 años al que mata a otro dolosamente; el 80 contempla prisión perpetua para ciertos homicidios agravados (entre los que se incluye el homicidio cometido *para* cometer un robo: “para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad [...]” – artículo 80, inciso 7–). Por último, el artículo 84 describe el homicidio culposo, para el cual establece la pena de prisión de 6 meses a 5 años.

Como vemos, el artículo 165 reúne el robo y el homicidio, pretendiendo tratar en forma particular el supuesto de concurso real entre robo y homicidio doloso, sancionando a su autor con pena carcelaria mayor a la del robo y también más severa que la del homicidio doloso.

Vamos, entonces, a la problemática central del particular delito que aquí se trata.

3. El autor del robo y del homicidio

El primer problema, entonces, se presenta como consecuencia del principio constitucional y convencional de responsabilidad penal *personal o por el acto propio*. Este principio prohíbe a los Estados penalizar a sus habitantes por conductas realizadas por otras personas.

Como consecuencia del aludido principio, solo puede ser autor del delito previsto en el artículo 165 del CP el autor de robo que, además de robar, mata a otro.

El autor de un robo responde por este delito (robo simple o algún robo agravado –depende de qué robo hubiera cometido–). Quien comete un homicidio se hace pasible de pena por matar a otro ser humano (homicidio doloso –simple o agravado– o bien homicidio culposo –simple o agravado–, dependiendo de qué tipo penal concreto de homicidio realice). Resulta obvio que si cometió un robo simple y un homicidio culposo recibirá menos pena que si el robo fuera agravado y menos aún respecto a quien cometió un homicidio intencional o doloso –simple o agravado–).

El homicidio no puede ser cometido por una persona distinta al autor de robo, pues de ser así solo podría responder por el homicidio el tercero y nunca el que se limitó a robar.

Esto, que resulta tan simple de entender, sin embargo hace falta aclararlo (al menos en Argentina) por la sencilla razón de existir numerosos fallos de la Justicia que (aunque cueste entenderlo) condenan por homicidio en ocasión del robo al autor de robo que se limitó a robar y que no realizó conducta homicida alguna. Por haber creado una situación de riesgo al robar, se pretende injustamente imputarle también la muerte de otro en la que no tuvo ninguna intervención.

Una importante cantidad de órganos judiciales del país (entre los que citamos, por su jerarquía, la *Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires*), durante muchos años, sentó esta terrible jurisprudencia, imponiendo ilegítimas penas desproporcionadas e injustas. No importaba quien hubiera matado con motivo u ocasión de un robo. Cualquiera que mataba, en ese contexto, habilitaba que a los autores del robo se les cargue ese homicidio ajeno. ¡Una cosa insólita!, ¡totalmente injusta y provocativa! El autor del robo no mató a nadie pero *estaba en situación ilícita*; eso es lo que tristemente se conoce como *versari in re illicita*, que es una forma de responsabilidad objetiva, sobre la base de la cual el que está en una situación ilícita responde por todo lo que pase en ella. Es decir, quien actuaba en forma ilícita debía responder penalmente por todo lo que se produzca en el contexto de esa ilicitud (aunque se produzca por acción de un tercero y para él fuera inevitable). Esto constituye una evidente violación a los derechos humanos, pues importa una penalización sin conducta y, muchas veces, también una pena por algo no solo *no querido* sino, incluso, impredecible.

Si un coautor de robo se limitó a robar pero no mató a nadie, la acción de matar es ajena a ese coautor de robo y, por ello, el homicidio no le es imputable a ese coautor, sea que quien mató haya sido el otro coautor de robo o un tercero y con independencia también de que la víctima del homicidio sea uno de los coautores del robo o a una tercera persona ajena al delito patrimonial.

La *Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires* cambió su posición a partir de un caso en el que se enjuiciaba a una mujer y a un varón, a ambos por robo con armas, en cuyo contexto se produce “una agresión con armas de parte de los dos sujetos varones a los funcionarios actuantes, hiriendo gravemente al Oficial Inspector [...] mientras que, al repeler estos el ataque, uno de los disparos alcanzó a uno de los sujetos activos [...] quien sufrió lesiones de tal gravedad

que le ocasionaron su muerte inmediata, mientras que el restante sujeto logró darse a la fuga y la recurrente fue aprehendida en el lugar de los hechos" (*Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, "Méndez, G. N."*, causa P. 74.499, del 17 de marzo de 2004; Acuerdo 2078). Para la Suprema Corte de Buenos Aires, desde el caso citado, si una persona robó pero no mató, no se le debe imputar a ella la muerte y, precisamente por esa razón, la imputada fue condenada solamente por el robo con armas que realizó. Por suerte, la Suprema Corte cambió el viejo criterio y empezó, en este tema, a abrazar algunos principios constitucionales mínimos. Sin embargo, en muchos tribunales del país esta idea se sigue sosteniendo, desgraciada e inexplicablemente, repartiendo a mansalva cuotas insoportables de injusto y desproporcionado dolor.

Como dice el profesor Luis Niño, con toda corrección, sería una "desmesura [...] aplicar una pena mayor que la del homicidio simple a quien sencillamente se propuso robar, y de ninguna manera preparó ni ejecutó acto alguno tendente a dar muerte a un semejante"². Considerar autor de homicidio (en este caso "con motivo u ocasión del robo") a quien se limitó a robar y no realizó conducta alguna de homicidio sería una "solución contraria a la que señala un derecho penal de ato y de culpabilidad"³, "contraviene insalvablemente las reglas de la autoría"⁴, "ello implicaría quebrantar los principios de racionalidad de los actos de gobierno, de legalidad, de responsabilidad penal personal y de culpabilidad"⁵ e importaría considerar a este delito como una "figura calificada por el mero resultado, incompatible con un derecho penal democrático y liberal"⁶.

4. La clase de homicidio exigido por el artículo 165

El Magistrado de la Cámara Nacional de Casación Penal que honramos en este libro también aclaró, correctamente, que "tanto los

² *Ibidem*, p. 91.

³ *Ibidem*, p. 98.

⁴ *Ibidem*, p. 99.

⁵ *Ibidem*, p. 100.

⁶ *Ibidem*, p. 100.

homicidios culposos como los preterintencionales, sucedidos en el contexto caracterizado por la comisión de un robo deberán ser procesados conforme a las reglas del concurso. No tienen sitio bajo el pórtico del artículo 165 del CP⁷. El delito de homicidio en ocasión de un robo es, indefectiblemente, un homicidio doloso. Es que, como también dijo nuestro distinguido convocante, “la escala penal habla por sí sola”⁸. Recordemos que la pena prevista por el artículo 165 del CP (10 a 25 años de pena carcelaria) es más severa que la establecida para el homicidio doloso simple (8 a 25 años de cárcel).

Aunque parezca una broma de mal gusto, hay quienes dicen todavía, que para afirmar la tipicidad con relación al artículo 165 del Código penal, el homicidio que se comete durante el robo puede ser doloso o *culposo*, como si fueran la misma cosa. Postulan, tratar a quien mató *por descuido, y sin querer hacerlo*, de la misma manera que si hubiera matado a otro *en forma intencional*. No hay duda que matar por descuido tiene un contenido de injusto *mucho menor* que producir el mismo resultado como consecuencia de haberlo buscado *a propósito*. La actitud del autor es muy distinta en uno y otro caso, por lo cual sería contrario al principio de igualdad ante la ley brindar al autor culposo un trato penal equivalente al autor doloso. Pero, más allá de lo que pueda pensarse sobre ello, *para la ley penal argentina* matar con *culpa* es *mucho menos grave* que hacer lo mismo pero con *dolo*.

Debe recordarse aquí, que mientras el homicidio *doloso* tiene en Argentina una pena privativa de la libertad de 8 a 25 años (y en algunos casos pena carcelaria perpetua), el homicidio *culposo* se encuentra penado con encarcelamiento de 6 meses a 5 años (artículo 84 del CP). Es decir, las penas son *demasiado diferentes* para uno y otro caso, por lo que resulta irracional entender que ambos dan lugar a *la misma pena* por el solo hecho de cometérselos en ocasión o con motivo de un robo (delito este último –el robo– que, en Argentina, se sanciona con un mínimo de un mes de prisión, cuando se trata de robo simple).

Por ello, es que a diferencia de lo que muchos afirman hoy –tanto en doctrina como en jurisprudencia–, el homicidio *culposo* es incompatible con el previsto en el artículo 165 del Código penal.

⁷ *Ibidem*, p. 95.

⁸ *Ibidem*, p. 84.

¿Cómo puede explicarse que un homicidio *culposo*, por el hecho de cometerse durante un robo, merecemos pena que un homicidio *intencional*? Entonces ¿la propiedad tiene más valor que la vida? En otras palabras, ¿es posible que, privilegiando el patrimonio por sobre la vida, se permita la aplicación de una pena de 10 años de cárcel como mínimo para homicidios *culposos* por ser cometidos en ocasión de un delito patrimonial?

Pero, incluso, la irracionalidad no se termina allí, pues hay quienes dicen (como redoblando la apuesta) que el homicidio en ocasión del robo comprende el homicidio doloso, el *culposo* y hasta la *muerte accidental*. Pareciera que la irracionalidad no tiene límites. ¿Es que la *muerte accidental* no es ni siquiera un delito de homicidio? Si interpretamos la letra de la ley, el artículo habla de *homicidio* y no de “muerte”. Aun utilizando una palabra inapropiada (“resultare”), el texto legal habla de un *homicidio* y el homicidio en el Código penal solo puede ser doloso, *culposo* o preterintencional. No existe para la ley un homicidio accidental. Lo “accidental” no podría ser punible, pues generaría demasiada inseguridad ciudadana, ya que con ello se estaría penalizando lo inevitable. En verdad, no se entiende de ningún modo la propuesta de semejante atropello punitivo (la que incluso podría hacer pensar a cualquiera que ha sido formulada conociendo la ilegalidad de la que parte—¡una suerte de prevaricato!—).

En un fallo judicial relativo a un hecho en el que los ladrones fueron a robar, incluso, sin armas (y en cuyo contexto uno de ellos encuentra un arma y le dispara mortalmente a la víctima, sin haberlo planeado), se dijo lo siguiente, con cita de SOLER: *el artículo 165 del Código penal “exige que con motivo u ocasión de un robo «resultare» un homicidio, no que quien roba haya matado él, o aceptado matar, y menos buscado matar (porque esto nos llevaría a un homicidio calificado). Así SOLER, S. [...] («Parece, pues, evidente que la ley, al emplear la expresión ‘resultare’ en el robo, se ha querido referir a una situación de ese tipo, que puede presentarse especialmente en el caso en que varios sujetos participen en el mismo hecho, sin que pueda afirmarse que la víctima haya sido muerta por determinado sujeto y a designio común [...] el sentido de esta figura evidentemente comprende formas de muerte que tal vez no deban ser imputadas en otros casos, por ejemplo, si en un asalto nocturno una*

señora anciana muere del terror suscitado por los asaltantes armados»)⁹. El exabrupto de Sebastián Soler resulta patente, al incluir supuestos de indiscutida responsabilidad objetiva, ya que nadie puede prever la muerte de la víctima de un robo solo debido al temor ocasionado por el hecho (a menos que conociera de alguna grave afección cardíaca que ella sufriera y de la consecuencia claramente mortal de tal proceder).

A continuación, con cita de Núñez, añade que *“el artículo 165 comprende los homicidios que son resultado accidental de las violencias ejecutadas [...] es aquí un resultado eventual que altera el designio del ladrón [...] o, en fin, de las violencias desenvueltas por la víctima o terceros [...]”*. También se dijo, siguiendo a NÚÑEZ, que *“el artículo 165 se refiere al caso en que el homicidio sea un resultado accidental del robo [...] Esto es así porque el autor o coautores del robo se pusieron de acuerdo en llevar a cabo el apoderamiento; no la muerte [...] La intervención en dicho atentado, después de haber consentido el ejercicio de violencias, responsabiliza por la agravación a los distintos participantes [...], aunque la violencia que provocó la muerte deba atribuirse a uno de ellos y los demás no la hayan consentido específicamente”* (Cfr, Cámara en lo Criminal Segunda de Neuquén, “Torres, N. A. y Robles, J. M. s/homicidio en ocasión del robo”, Expte. No. 68, año 2009, en el cual se condenó, nada menos que a 18 años de prisión por homicidio en ocasión del robo, al único coautor del robo cuya intervención solo en el robo se tuvo por acreditada).

Lo preocupante es que esto lo han dicho prestigiosos juristas y, además, lo han hecho suyo una importante cantidad de jueces que juraron por la Constitución. Y es, precisamente, esta última, una de las razones por la cual el tema me preocupa de sobremanera; es decir, provoca indignación que se sostengan criterios impregnados de tanta injusticia. No creo equivocarme al pensar que absolutamente nadie soportaría encontrarse en una situación en la cual *otra* persona cometa un hecho que, luego, pretenda cargarse a su propia cuenta.

⁹ Esta cita de SOLER también la encontramos en el claro trabajo del profesor NIÑO, quien aclara que SOLER, a través de esa “odisea conceptual”, “fuerza los términos” de la ley y “aproxima su planteo a la admisión del objetable principio sintetizado en la locución latina *versari in re et illicita [...]*”, NIÑO, Luis Fernando. *op. cit.*, p. 90.

Entiendo necesario recalcar que, al ser el homicidio aludido en el artículo 165 del CP solo el cometido con *dolo*, el autor de robo debe, entonces, matar sabiendo que lo hace y queriendo hacerlo (requiriéndose que obre con el fin de matar a otro, es decir, con la intención de matarlo). Por esta razón, para la tipicidad del artículo 165 no es suficiente que el autor de robo se represente la muerte de otro solo como posible, lo cual sería un caso de homicidio culposo¹⁰.

5. La consumación del robo y del homicidio como elementos de la tipicidad

Como es propio de un mar que tiende a expandir sus destructivas olas punitivas, muchas decisiones judiciales (incluso, no pocas obras de doctrina), han venido interpretando la ley penal en forma extensiva, afirmando la tipicidad con relación al artículo 165 de una acción de tentativa de robo y homicidio consumado. Con ello violentan, claramente, el principio de constitucionalidad, de legalidad penal, por hacer decir a la ley algo que no dice, y encima en contra del imputado. Ello se explica con claridad por lo que se dirá a continuación.

La ley penal argentina contempla ciertos tipos penales que han venido denominándose “complejos” y que tienen como característica común la de abarcar, en un delito independiente, dos delitos distintos. En nuestro caso, el Código penal describe el delito de robo, por un lado, y el de homicidio doloso, por el otro. A su vez, existen robos agravados y homicidios agravados. Pero el mismo código crea, a su vez, un delito abarcativo del robo y del homicidio: el delito de homicidio con motivo u ocasión del robo, al que le asigna una pena carcelaria mayor a la del robo y también mayor a la del homicidio doloso.

Estos delitos complejos, en verdad, no debieran existir, pues esas situaciones deben resolverse aplicando las reglas del concurso. Por ejemplo, si alguien roba y, en ocasión de ese robo, mata a otro, comete el delito de robo y también el delito de homicidio. A esos hechos

¹⁰ Sobre la caracterización del mal denominado “dolo eventual” como culpa grave o temeraria, puede verse, entre otros, VITALE, Gustavo L., *Dolo eventual como construcción desigualitaria y fuera de la ley. Un supuesto de culpa grave*, Editores del Puerto, Bs. As., 2013.

deben aplicarse las reglas del concurso ideal o real, según sea el caso. Las reglas del concurso permiten brindar una solución lo más justa posible, pues el concurso será entre el robo, particularmente cometido, y el concreto homicidio que el mismo autor haya ejecutado. No es lo mismo cometer un robo simple y, en esa ocasión, matar intencionalmente a alguien, que matar a ese alguien del mismo modo pero en el marco de un robo con armas. Esos casos, a su vez, se diferencian de aquellos en los que el autor del robo (simple o agravado) mata a otro pero con culpa y no en forma intencional. Adviértase que, para este último supuesto, la aplicación de las reglas del concurso daría lugar a la aplicación de una pena mínima de seis meses (si el homicidio culposo concursara con un robo simple) y de cinco años (si el mismo homicidio culposo concursara con un robo con arma blanca). En suma, las reglas del concurso permiten solucionar los casos que se presentan en la Justicia Penal de un modo acorde con las circunstancias particulares de cada situación.

La creación de estos delitos “complejos” (como el “homicidio en ocasión o con motivo de un robo”) ha creado serios problemas de interpretación y, por ende, de comprensión en su verdadero significado. Estos márgenes de confusión no han permitido conocer, ni comprender la real y concreta materia de la prohibición penal. Hay aquí un riesgo serio de confrontación con el principio de legalidad penal.

Por otra parte, han dado lugar a posiciones tan antagónicas e incompatibles entre sí, que se tornan entendibles, para nosotros, algunas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales sean, directamente, una burla a la legalidad y a las razones de justicia a las que debe servir una legislación penal respetuosa del Estado Constitucional de Derecho.

Es así, que se ha sostenido que el delito de robo con homicidio comprende tanto el robo con homicidio como la tentativa de robo con homicidio.

¿Cómo puede decirse que a una tentativa de robo, en cuyo contexto se comete un homicidio doloso, le corresponde aplicar la pena de prisión de 10 a 25 años prevista en el artículo 165 del CP, si esta disposición legal se aplica a los homicidios cometidos en ocasión de un robo y no de una tentativa de robo? ¿Cómo puede equipararse la pena de un robo consumado y de una tentativa del mismo robo, cuando el Código penal obliga a reducir la pena en los casos de tentativa? Es claro que aplicar el artículo 165 a esos supuestos, importaría desconocer la reducción obligatoria de la pena para la tentativa, prevista en el artículo 44 del Código penal.

¿Cómo puede decirse que a una tentativa de robo, en cuyo contexto se comete un homicidio doloso, le corresponde aplicar la pena de 5 a 16 años y 8 meses de prisión, que es la que le correspondería si se aplicara la reducción legal para los casos de tentativa prevista en el artículo 44 del CP –en este caso de tentativa del robo con homicidio previsto en el artículo 165 del CP–? Es obvio que, por quedar en *tentativa* el delito de robo, no se explica la aplicación de una pena *menor* que la que correspondería aplicar solo al homicidio doloso.

Es que, como bien ha puntualizado el profesor Luis Fernando Niño en el citado libro está “fuera de toda duda que, si no se consuma el robo, la figura en cuestión no se aplica, aunque haya tenido lugar el homicidio: regirán, de tal suerte, las normas del concurso. Por cierto, si el homicidio no ha sucedido, aunque el robo se haya consumado, tampoco corresponde valerse del dispositivo del artículo 165; corresponde apelar una vez más al concurso de delitos”¹¹. Al no consumarse ni el robo ni el homicidio, no puede aplicarse el artículo 165, pues, en tal situación, “la construcción se desarticula”¹² y, por ende, las consecuencias en materia punitiva resultan inexplicables o, en todo caso, irrazonables. Frente a ello: ¡qué mejor que impedir cuotas de irracionalidad penal nada más, ni nada menos, que respetando, a rajatabla, el límite impuesto por la legalidad!

¹¹ *Op. cit.*, p. 97.

¹² *Op. cit.*, p. 97.

6. Colofón

Con esto concluyo
de un modo fatal,
que robe o que mate
a nadie da igual.

Si él robó de oficio
obró mal por cierto,
causó algún perjuicio
pero ningún muerto.

Y si el que mató
en un tiroteo
es un policía
pudiendo no hacerlo,
es aquel agente,
no los que robaron,
quien merece cárcel
por matar humanos.

Lo mismo sería
si su compañero
mientras roban juntos
mata a un tercero.
Él solo robó
emprendió la huida,
solo el compañero
es el homicida.

Que nos quede clara
idea de justicia:
quien comete un robo
sin matar a nadie,
en el que *otro* mata
sin su ayuda, cierto,
paga por el robo
y no por el muerto.

El colaborador con la justicia en el ordenamiento jurídico español

DR. IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR*

Sumario

- I. Introducción. Problemática relativa a los medios de investigación en el marco de la criminalidad organizada
- II. Sistema penal y Derecho premial
 - 1. Legitimidad del “Derecho penal premial”
 - 2. Necesidad del premio
- III. El colaborador eficaz en el Derecho penal sustantivo español
- IV. Aspectos procesales
 - 1. La discrecional atenuación de la pena por el Tribunal de Instancia
 - 2. El momento de la colaboración con la justicia y el de la determinación de la pena atenuada
 - 3. Valor de las declaraciones de los coimputados
 - 4. Protección del imputado testigo en el ordenamiento jurídico español
- V. Conclusiones y toma de postura

I. Introducción. Problemática relativa a los medios de investigación en el marco de la criminalidad organizada

La delincuencia organizada, especialmente en el marco del narcotráfico y del terrorismo, no es nueva. Las estructuras organizadas y permanentes con finalidad ilícita y con ánimo de lucro o de subvertir el orden democrático establecido, preexisten al momento actual de

* Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Jaén. ibenitez@ujaen.es

la globalización. No obstante, la mundialización de la economía sin una homogeneización previa de los Ordenamientos Jurídicos vigentes en los distintos Estados-nación que coexisten en este nuevo marco de relaciones económicas y sociales que permiten la intervención en cualquier economía nacional en tiempo real desde el rincón más remoto del mundo, ha dado lugar a un proceso de expansión de este tipo de criminalidad traspasando las fronteras nacionales, haciendo ineficaces muchos de los instrumentos de investigación tradicionales existentes para afrontar desde el Estado de Derecho este tipo de delincuencia.

Esta situación ha llevado a plantear mecanismos de intervención en distintos ámbitos: universal, regional y nacional, con el objetivo de que los Estados incorporen en sus Ordenamientos Jurídicos instrumentos eficaces contra este tipo de delincuencia sin que por ello se menoscaben las garantías procesales propias e irrenunciables del Estado Democrático de Derecho¹. Así, la “entrega vigilada” de bienes de origen ilícito, el “agente encubierto” o la propia figura del “colaborador con la Justicia” aparecen como medios que, con diferente

¹ Incluso se plantea la “legitimidad” de poder luchar contra este tipo de delincuencia organizada considerando a este grupo de individuos (narcotraficantes, terroristas, traficantes de personas... ¿inmigrantes?) como una especie de “no persona”, al que se aplicaría el “Derecho penal del Enemigo” que no sería titular de las garantías derivadas del Estado de Derecho, previstas para aquellos “ciudadanos” que aceptan las reglas del mismo. El aspecto más extremo de este sistema puede ejemplarizarse con los “talibanes de Guantánamo”, pero sin llegar a esos extremos, es cierto que este recorte de garantías individuales en el marco de la lucha contra los distintos tipos de criminalidad organizada se están tratando de introducir en los distintos Ordenamientos Jurídicos de los Estados occidentales. Al respecto ver, PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal al «enemigo» tras el atentado del 11 de septiembre de 2001”, en *Mientras Tanto*, No. 83, primavera de 2002. Disponible en: <https://books.google.com/cu/books?id=b4vf4SbLUGoC&pg=PA14&lpg=PA14&dq=Mientras+Tanto,+No.+83,+primavera+de+2002&source=bl&ots=ndjxVLfkM2&sig=QzrlyQP0ahNE31JVSgHw2pTEkrI&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwi28Yvj0qfNAhUC0h4KHdIJC4Q6AEIHZAB#v=onepage&q=Mientras%20Tanto%2C%20No.%2083%2C%20primavera%20de%202002&f=false> Consultado el 23/4/2016, a las 22.10.

naturaleza jurídica, pueden mejorar la eficacia en la desestructuración de la organización delictiva.

En definitiva, dos han sido las principales razones que han llevado a los distintos Estados a plantear nuevas formas de afrontar la delincuencia organizada: la transnacionalidad real y virtual, propia de la globalización económica en la que se desenvuelve la sociedad del siglo XXI acelerada por una tecnología que permite actuar en tiempo real en cualquier economía local en cualquier momento desde cualquier lugar, y una abundancia de medios en la perpetración del delito y perfección en la estructura organizativa, que –en muchos casos– hace inviables e insuficientes las técnicas de investigación tradicionales².

Acorde con la preocupación señalada, hace unos años, la Ley de Enjuiciamiento Criminal española era reformada por la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de Modificación de la citada Ley procesal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves. La Exposición de Motivos de dicho instrumento legislativo comenzaba con la siguiente afirmación: “la criminalidad organizada ha adquirido en nuestro tiempo una alarmante dimensión, tanto por su importancia, como por el “modus operandi” con que actúa”. Ante este nuevo reto, la citada Exposición de Motivos³ reconocía la necesidad de nuevas formas en la lucha legítima de los Estados contra la criminalidad.

En esta línea, la citada Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, introducía en el Ordenamiento Jurídico “medidas legales especiales que permitan a los miembros de la Policía Judicial participar del entramado organizativo, detectar la comisión de delitos e informar sobre sus actividades,

² Al respecto, DELGADO MARTÍN, Jaime, *Criminalidad Organizada*, Barcelona, 2001, p. 30. Como ha señalado MORA DONATTO, Cecilia, “no parece arriesgado decir que venimos asistiendo a una nueva época de delincuencia en la que, frente a los delitos e infracciones tradicionales, convergen, y cada vez con más fuerza, los llamados «delitos asociativos»”, en AA.VV., *Liber Ad Honorem Sergio García Ramírez*, t. II, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, p. 1278.

³ En la línea marcada por la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancia psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988.

con el fin de obtener pruebas inculpatorias y proceder a la detención de sus autores”⁴, concretizadas en la “entrega vigilada” y el “agente encubierto”.

El artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, describe la “circulación o entrega vigilada”⁵, entendiéndose por tal “la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas, los

⁴ “respetando el fin del proceso penal que no es otro que el descubrimiento de la verdad real y la aplicación de la ley penal al caso concreto, teniendo siempre en cuenta que los límites de las técnicas propuestas de investigación se encuentran en el sistema de derechos y garantías que la constitución reconoce a todo imputado, ya que por más abyectas que sean las formas de delincuencia que se tratan de combatir, ello no justifica la utilización de medios investigadores que puedan violentar garantías constitucionales”. Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves.

⁵ El Artículo 26bis.1) de la Ley de Enjuiciamiento criminal dispone lo siguiente:

“El Juez de Instrucción competente y el Ministerio Fiscal, así como los Jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía judicial, centrales o de ámbito provincial, y sus mandos superiores podrán autorizar la circulación o entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como de otras sustancias prohibidas. Esta medida deberá acordarse por resolución fundada, en la que se determine explícitamente, en cuanto sea posible, el objeto de autorización o entrega vigilada, así como el tipo y cantidad de las sustancias de que se trate. Para adoptar estas medidas se tendrá en cuenta su necesidad a los fines de investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia. El Juez que dicte la resolución dará traslado de copia de la misma al Juzgado Decano de su jurisdicción, el cual tendrá custodiado un registro de dichas resoluciones.

También, podrán ser autorizadas la circulación o entrega vigilada de los equipos, materiales y sustancias a los que se refiere el Artículo 371 del Código penal, de los bienes y ganancias a que se hace referencia en el Artículo 301 de dicho Código en todos los supuestos previstos en el mismo, así como de los bienes, materiales, objetos y especies animales y vegetales a los que se refieren los artículos 332, 334, 386, 399 bis, 566, 568 y 569, también del Código penal”.

equipos, materiales y sustancias a que se refiere el apartado anterior⁶, las sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, así como los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas tipificadas en los artículos 301 al 304 y 368 al 373 del Código penal, circulen por territorio español o salgan o entren en él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como también prestara auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines”⁷.

Por su parte, la nueva redacción del artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su apartado primero, “cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada”, permite al Juez de Instrucción competente o al Ministerio Fiscal, dando cuenta inmediata al Juez, la autorización a Funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos”.

La seguridad jurídica exigida en el procedimiento penal respetuosa con las garantías individuales, obligaba al legislador, ahora sí, a determinar exactamente a qué se refiere por “delincuencia organizada” a los efectos de poder utilizar el instrumento de investigación excepcional del “agente encubierto”. Para ello, el apartado cuarto del artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece, expresamente, que “a los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada,

⁶ *Vid, nota anterior.*

⁷ Artículo 263bis.2) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Al respecto, la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 (Boletín Oficial del Estado de 29 de septiembre de 2003) en su Artículo 2 i) define la “entrega vigilada” como “la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o más Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de investigar delitos e identificar a las personas involucradas en la comisión de estos”.

conductas que tengan como fin cometer alguno de los delitos siguientes: a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal; b) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 al 166 del Código penal; c) Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal; d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 al 189 del Código penal; e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código penal; f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 al 277 del Código Penal; g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código penal; h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal; i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código penal; j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código penal; k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 al 373 del Código penal; l) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previstos en el artículo 399 bis del Código Penal; m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previsto en los artículos 566 al 568 del Código penal; n) Delitos de terrorismo, previstos en los artículos 572 al 578 del Código penal; o) Delitos contra el patrimonio histórico, previstos en el artículo 2.1.e) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando”.

El artículo 282 bis de La Ley de Enjuiciamiento Criminal nos da una interpretación auténtica de lo que entiende por “delincuencia organizada”, si bien, el legislador hace la precisión de que es solo “a los efectos del apartado 1 del artículo”, es decir, a los efectos de autorizar la figura “agente encubierto”, no extensible, por tanto, ni siquiera a la “entrega vigilada” del artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que no exige los estrictos requisitos de “asociación de tres o más personas” y la realización de “forma permanente o reiterada” de la conducta delictiva⁸. Es decir, el legislador español en el artículo 282 bis

⁸ Al respecto *vid.* ANARTE BORRALLA, Enrique, “Conjeturas sobre la criminalidad organizada”, en AA.VV., *Delincuencia organizada. Aspectos penales, proce-*

de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se limita a dar una definición parcial de “delincuencia organizada”, válida exclusivamente para autorizar la figura del agente encubierto, limitado a unas conductas delictivas concretas desarrolladas mediante una asociación de tres o más personas de un modo permanente o reiterado.

Por su parte, el legislador español, con la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, incluye un nuevo Capítulo VI, en el Título XXII, del libro segundo del Código Penal, “Delitos contra el orden público”, con la rúbrica “de las organizaciones y grupos criminales”, donde expresamente se indica que “a efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos”⁹; mientras que a los efectos del Código penal, “se entiende por grupo criminal la unión de dos o más personas que sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal... tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos”¹⁰.

Por su parte, en el marco de las Naciones Unidas se celebra la Convención contra la delincuencia organizada transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000¹¹, en donde se define el “grupo delictivo organizado” como “un grupo de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa

sales y criminológicos, Huelva, 1999; también QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, “Recientes Novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada: Ley Orgánica 5/1999, de 14 de enero”, en *La Ley Actualidad*, separata No. 4933, de 23 de noviembre de 1999.

⁹ Artículo 570bis.1, párrafo segundo, CP, en la redacción dada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

¹⁰ Artículo 570ter.1, párrafo segundo, CP, en la redacción dada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

¹¹ Publicado el instrumento de ratificación por el Estado español en el *Boletín Oficial del Estado* de 29 de septiembre de 2003.

o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”¹².

Como se ha comentado, la regulación procesal de los instrumentos de investigación criminal en la lucha contra la delincuencia organizada consistentes en la “entrega vigilada” y el “agente encubierto”, pretenden dotar de una mayor eficacia a la desestructuración de la organización criminal. Junto a ellos, con la misma finalidad pero con una naturaleza jurídica muy distinta, los ordenamientos jurídicos suelen incorporar mecanismos de incentivación a la colaboración con la Justicia de algún miembro de la organización. Así surge la figura del colaborador con la Justicia o “arrepentido”, que es un miembro o exmiembro de la organización delictiva que aporta elementos que pueden ser usados para la incriminación de otros miembros de la organización o para impedir la comisión de nuevos delitos.

Normalmente, esta colaboración va a fomentarse con una expectativa de disminución en la pena impuesta o en la obtención privilegiada de beneficios penitenciarios. A diferencia de la «entrega vigilada» o del “agente encubierto”, de naturaleza procesal, el “colaborador con la Justicia” es una figura regulada en la legislación sustantiva, como ocurre, por ejemplo, con los artículos 376, 370 quater.4, y 579bis.3 del Código penal español, aun cuando la finalidad de las

¹² Considerando expresamente por «delito grave» “la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave”; por «grupo estructurado» “un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada”; por «bienes» “se entenderán los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”, por «producto del delito» “se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito” y por «delito determinante» se entenderá todo delito del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de un delito definido en el artículo 6 de esta convención” (penalización del blanqueo del producto del delito), *vid.* artículo 2 de la Convención contra la delincuencia organizada transnacional.

tres instituciones sea la misma. Con la previsión de un mejor tratamiento punitivo al delincuente arrepentido, se trataría de incluir, junto al castigo como consecuencia legítima de la comisión de la conducta constitutiva de delito, la del premio por la contra-conducta consistente en la colaboración con la Justicia.

II. Sistema penal y Derecho premial

La relevancia de la conducta del sujeto activo del delito después de su ejecución en la determinación y aplicación de la pena correspondiente por el hecho realizado, aparece reflejada, de modo general, en el Derecho penal español en las circunstancias atenuantes relativas a la confesión (21.4, CP) y a la reparación del daño causado (artículo 21.5, CP)¹³.

Incluso, faltando esta expresa disposición del sujeto activo a colaborar en el esclarecimiento del delito exigida para la aplicación de las circunstancias atenuantes de los apartados 4º y 5º del artículo 21 del CP, ante la ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, el Juez o Tribunal en la individualización concreta de la pena a imponer al caso concreto dentro de la “relativa discrecionalidad reglada” que le otorga la Ley de poder moverse dentro de los márgenes señalados por el grado establecido, entre las “circuns-

¹³ El Ordenamiento Jurídico Penal alemán hace una mayor apuesta por la relevancia penal de la conducta del autor posterior al delito tendente a reparar o compensar a la víctima. Así, el parágrafo 46.II recoge expresamente entre las circunstancias que deberá ponderar el tribunal para la medición de la pena “su conducta después del hecho, especialmente sus esfuerzos por reparar los daños, y sus esfuerzos para acordar una compensación con el perjudicado”. Expresamente, el parágrafo 46 señala lo siguiente: “Cuando el autor: 1. Se haya esforzado seriamente por acordar una compensación económica con el perjudicado (compensación autor-víctima), le haya restablecido en su mayor parte la situación jurídica anterior, o 2. Haya indemnizado a la víctima totalmente o en su mayor parte, en una situación en la que la reparación de los daños exija notables prestaciones o renunciaciones personales, el tribunal podrá atenuar la pena de acuerdo con el parágrafo 49, apartado I, o, cuando no se deba aplicar una pena mayor de un año de privación de libertad o de una multa de hasta trescientos sesenta días-multa, privar de pena”.

tancias personales del reo” que establece el artículo 66 del CP¹⁴, podría atenderse –entre otras– al “comportamiento posterior al hecho delictivo”, como ha señalado el Tribunal Supremo en las Sentencias de 16 de febrero de 1999 y de 27 de noviembre de 2002¹⁵. Si bien, no obstante, el Código penal español no recoge expresamente ninguna cláusula expresa referente a la conducta del sujeto subsiguiente al delito en relación con este poder discrecional del Juez o Tribunal dentro de los límites fijados por la Ley como sí hace, por ejemplo, el artículo 133, párrafo segundo, del Código penal italiano, cuando señala que “el juez debe tener en cuenta además la capacidad de delinquir del culpable, deducido:...3) la conducta contemporánea y subsiguiente al delito”.

En la Parte Especial del Derecho penal, de modo específico, se pueden encontrar puntuales referencias “premiales” en relación con figuras delictivas concretas, conformando parte de lo que, con una exclusiva función expositiva, podría denominarse “Derecho

¹⁴ Artículo 66.1, CP: “Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los Jueces y tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada en la ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia”.

¹⁵ Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1999 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1999/506), ponente D. José Antonio Martín Pallín, y de 27 de noviembre de 2000 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 2000/9525), ponente D. Julián Sánchez Melgar, las cuales señalan en sus Fundamentos de Derecho primero y decimonoveno, respectivamente, expresamente lo siguiente: “En el proceso de individualización de las penas, debe jugar una serie de factores que actúen al margen de las reglas más rígidas y formalistas que se establecen para el caso de que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. La edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social, son factores que no solo permiten, sino que exigen modular la pena ajustándola a las circunstancias personales del autor, sin olvidar la incidencia que, por su cuenta, puedan tener, además, la mayor o menor gravedad del hecho que debe ser medida no solo con criterios cuantitativos sino también cualitativos”.

penal premial”¹⁶, en un sentido muy amplio que incorporaría toda conducta del culpable posterior a la ejecución del delito que tiene incidencia favorable al mismo en la determinación de la pena. Así, por ejemplo, la rebaja de pena en un grado correspondiente al reo de detención ilegal o secuestro que, sin haber conseguido su propósito, deja en libertad al detenido en el plazo de tres días (artículos 163.2, 2 y último inciso del 164, ambos del Código penal), o la figura de la retractación de una declaración falsa vertida en juicio constitutiva del delito de falso testimonio (artículo 462 del Código penal). En esta línea, incluso, podría considerarse premial la exención de pena por el delito de cohecho al particular que “haya accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente realizada por autoridad o funcionario público y denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación, antes de la apertura del correspondiente procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos” (artículo 426 del Código penal¹⁷).

En esta línea, la legislación premial sustantiva consistiría básicamente en asumir con efectos en la disminución de la pena o, incluso, en la impunidad del sujeto, como relevantes penalmente “todos aquellos comportamientos antagonistas a la conducta penalmente ilícita realizados por el imputado y expresivos de una voluntad de arrepentimiento y/o de reparación del daño provocado”¹⁸. Su estructura aparece directamente relacionada con la ofensa típica (el daño o el peligro) o –en determinados casos– en una menor reprochabilidad, pero no con la amenaza de la pena, con la que tras la ejecución de la ofensa, la norma trata de crear en el agente una motivación reparadora del mal causado¹⁹.

¹⁶ Si bien, como señala LANZI, A., sin una sistemática normativa de tutela del premio, en “Diritto penale premiale”, en AA.VV., *Diritto Premiale e Sistema Penale*, Milano, 1983, p. 138.

¹⁷ En la redacción dada por LO 5/2010.

¹⁸ PISAPIA, Giandomenico, considerando el autor italiano justo que estas conductas antagonistas del mal encuentren “el reconocimiento de un «premio» sustancial”, en “Relazione introduttiva” en *Convengo in ricordo di Pietro Nuvolone: La legislazione Premiale*, Milano, 1987, p. 32.

¹⁹ En esta línea, PULITANO, Domenico, “Tecniche premiale fra diritto e proceso penale”, en AA.VV., *Convengo in ricordo di Pietro Nuvolone: La le-*

No obstante, la figura del “colaborador de la justicia” supone un paso de lo sustantivo a lo procesal, en tanto que la colaboración del culpable interesa en cuanto supone una contribución a la adquisición de pruebas procesales. La expectativa de premio no aparece ahora como contraprestación a una conducta del sujeto “contraofensiva” al bien jurídico directamente ofendido por el sujeto, sino que surge como consecuencia de una actuación positiva en el proceso, consistente en la colaboración con la autoridad policial o judicial, con la que la Administración de Justicia trata de conseguir aquello que no ha conseguido con lo que podrían llamarse medios de investigación regulares²⁰. Esta situación plantea una problemática más compleja; de un lado, ante la legitimidad de prever un mejor tratamiento punitivo al culpable colaborador, esto es, la necesidad de encontrar una fundamentación jurídico-penal al trato ventajoso ofertado al culpable colaborador, al margen de la ofensividad al bien jurídico y de la culpabilidad del sujeto; y, de otro lado, en relación con el propio valor probatorio de las actuaciones del sujeto que presta su colaboración a

gislazione Premiale, Milano, 1987, p. 76; MUSCO, E., en una primera acepción amplia del Derecho premial, distinta de la correspondiente exclusivamente al momento ejecutivo de la sanción penal (que comprende los institutos jurídicos que prevén ventajas y posibilidad de recuperar la libertad, según el seguimiento positivo de la evolución de la personalidad del condenado) y de la que comprende al colaborador de la justicia, incluye en la premialidad “todas aquellas figuras que de alguna manera conceden una ventaja al sujeto –de atenuación o exención de la pena– sea por un comportamiento que se puede reflejar, tanto sobre el contenido del ilícito cuanto sobre la culpabilidad, sea por un comportamiento que se tiene en la fase de ejecución de la pena”, en “La premialità nel diritto penale”, en AA.VV., *Convengo in ricordo di Pietro Nuvolone: La legislazione Premiale*. Milano, 1987, pp. 115-116 y 128; en esta línea también PASELLA, Roberto, *Diritto Premiale e Sistema Penale*, Milano, 1983, p. 237.

²⁰ De una manera excesivamente simple, pero significativa, en la reciente doctrina argentina, EDWARDS, Carlos Enrique, en una primera aproximación señala que el “arrepentido es una técnica de investigación que emplean las autoridades para obtener información sobre los integrantes, funcionamiento, etc., de una organización dedicada al tráfico ilícito de estupefacientes, por ello, se nos presenta como una novedosa forma de investigación con que contará el juez para desbaratar a este tipo de delincuencia organizada”, en *El arrepentido, el Agente Encubierto y la Entrega Vigilada*, Buenos Aires, 1996, p. 31.

cambio de una expectativa premial, es decir, el valor de la información vertida en el proceso penal por el culpable colaborador.

El Derecho penal liberal tradicional se basa en la amenaza de un mal por el hecho realizado, el cual mantiene una doble función preventiva, general, bien desplegando, principalmente, una función intimidatoria frente a toda la población (prevención general negativa), bien creando un ambiente de refuerzo jurídico-moral de respeto a la norma (prevención general positiva), y especial, respecto al individuo concreto que ejecuta la conducta antijurídica. Sobre esta estructura, se ha asumido como criterio político-criminal la disminución e, incluso, la elusión de la pena cuando el sujeto, una vez iniciada la fase ejecutiva del delito y con anterioridad a la consumación, voluntariamente adopta la decisión de evitar el resultado lesivo de este.

Esta figura, que se ha venido denominando “arrepentimiento espontáneo”, en el estudio del Derecho penal aparece entre las formas de aparición del delito, dentro del “*iter críminis*”, a *sensu contrario*, en la distinción de la tentativa de delito²¹. De otro lado, los códigos penales suelen incluir el arrepentimiento espontáneo como causa de atenuación de la pena, en aquellos casos en los que la conducta realizada ya supone la consumación del mismo, pero el autor, voluntariamente, con anterioridad al inicio del procedimiento por el hecho causado, trata de evitar –o, al menos, paliar– los efectos del mismo²². En ambos casos se trata de lo que Ruga Riva califica de “Arrepentimiento

²¹ Así se expresa el Código penal español en su artículo 16: 2. “Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si estos fueren ya constitutivos de otro delito o falta; 3. Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquel o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si estos fueren ya constitutivos de otro delito o falta”.

²² Tal y como se ha señalado que ocurre en los apartados 4º y 5º del artículo 21 del Código penal español.

sustantivo”, frente al “arrepentimiento procesal”²³, consistente en una actuación de colaboración con la administración de justicia en la persecución del hecho delictivo. Se trata de una actuación del sujeto, con posterioridad a la ejecución del delito que no incide en el plano de la ofensa al bien jurídico²⁴, que se concreta en la colaboración procesal con la autoridad con los fines de facilitar la represión de los delitos cometidos y de la individualización de los autores, así como en un resultado apreciable bajo el perfil probatorio²⁵.

Razones estrictamente político-criminales basadas en la lucha contra la delincuencia organizada llevan al legislador a plantear la relevancia de actuaciones “*post-facto*” por parte del culpable en la individualización de la responsabilidad criminal. En esta línea, la confesión del hecho a las autoridades y la reparación del daño a las víctimas del hecho o disminuir sus efectos, aparecen en el Código penal español de 1995 como circunstancias atenuantes genéricas de la responsabilidad criminal. No obstante, estas circunstancias quedan muy limitadas a un espacio y a un momento post-delictual muy concreto (con anterioridad al inicio del procedimiento o a de que el culpable tenga conocimiento de que este se dirige contra él, en unos casos, o con anterioridad a la apertura del juicio oral, en otros) y se fundamentan en una disminución de los efectos del delito provocado voluntaria y espontáneamente por el culpable²⁶.

Sin embargo, en otros casos, el legislador puede ir más allá, exigiendo una contra-conducta posterior a la consumación del delito,

²³ RUGA RIVA, Carlo, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002, p. 13.

²⁴ No obstante, RUGA RIVA, Carlo, habla de un principio de “contra-ofensividad” como legitimador del premio en el sentido que “la legitimación del premio depende de la incidencia de la conducta colaboradora sobre el mismo bien precedentemente ofendido, sobre otros de igual o superior rango”, en *Il premio...*, *op. cit.*, p. 17.

²⁵ *Ídem*, p. 14.

²⁶ Al respecto señala QUINTANAR DÍEZ, Manuel, que estas figuras “no menoscaben los principios básicos de un Derecho penal respetuoso del principio de ofensividad, proporcionalidad, racionalidad y, en último extremo, culpabilidad”, en *La Justicia Penal y los denominados arrepentidos*, Madrid, 1997, p. 13.

ante cuya realización establece un “premio”. En estos casos, siempre se exige el requisito de la voluntariedad de la contra-conducta realizada por el reo, pero no en todos se requiere la espontaneidad de esta. Así, en la sustantivización de la colaboración procesal del culpable puede establecerse la recompensa de conseguir un “premio” que se plasme en una rebaja considerable de la pena que le corresponde por ese mismo delito en cuyo esclarecimiento se colabora o –en determinados casos– por la colaboración en otros delitos distintos relacionados de algún modo con aquellos en los que había participado el colaborador. Se produce la paradoja de que, a diferencia del Derecho penal que amenaza con la imposición del mal en que se materializa la pena prevista ante la realización de determinadas conductas previstas como delito, el Derecho premial establece la perspectiva de una recompensa, de un “premio”, a aquel sujeto culpable que colabora activamente en la investigación policial y judicial del caso.

Si la función preventivo-general del Derecho penal se sustenta en la amenaza de una pena por el mal previsto como hipótesis en la norma punitiva (prevención general negativa) o en la creación de un ánimo de respeto a la norma (prevención general positiva), tratando en cualquier caso de poner un freno inhibitorio al potencial infractor, el Derecho premial, dirigido al que ya ha quebrantado la norma, aparece con la finalidad de hacerle colaborar con la Justicia. En el primer caso, el Estado usa la amenaza de pena (el castigo), en el segundo caso, se usa el incentivo, la recompensa, en definitiva, el premio.

Es posible hablar, incluso, de que con la previsión de estos premios en el marco del Derecho penal sustantivo, como contraprestación por la colaboración procesal, el legislador utiliza el Derecho penal con una función promocional, utilizable en otros sectores del Ordenamiento Jurídico²⁷, pero de difícil compatibilidad con un

²⁷ Al respecto es sumamente ilustrativo el trabajo de JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, titulado “La recompensa como prevención general”, publicado en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1914, pp. 5-30 y 353-394; *vid.* también, TOLOMEI, A.D., *Il pentimento nel diritto penale*, Torino, 1927 (*vid.* especialmente pp. 156 y ss); BETTIOL, Giuseppe, “Dal Diritto penale al diritto premiale”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1960, pp. 701-713.

Derecho exclusivamente sancionador de las conductas más graves e intolerables, como es el Derecho penal²⁸.

Así, un hipotético “Derecho penal premial” se caracterizaría por el establecimiento de unas expectativas de obtención de un premio que incentive al sujeto responsable de un determinado delito de tal modo que le seduja más la confesión de su participación en el mismo y su colaboración activa con la justicia²⁹, que la utilización del derecho constitucional a no declararse culpable y a la presunción de

²⁸ Así, LANZI, A., en “Diritto penale premiale”, en AA.VV., *Diritto Premiale e Sistema Penale*, Milano, 1983, p. 137.

En esta línea, MUSCO, Enzo, con relación a la compatibilidad del Derecho penal con el estímulo y el premio en que se basa la función promocional del Derecho, válida en otros sectores, señala lo siguiente: “la sanción positiva no sirve, en verdad, ni en la forma de incentivo ni en la forma de premio para crear las condiciones generales –también empíricas–, que contribuyen a la observancia de la Ley”; no obstante, esto no le impide al autor preguntarse si, a pesar de ello, es posible la utilización de la técnica premial en algunos casos en Derecho penal, en “Diritto penale premiale”, en AA.VV., *Diritto Premiale e Sistema Penale*, Milano, 1983, pp. 117-118.

En el mismo sentido, BRICOLA, Franco, señalaba que la “técnica de la estimulación es incompatible con la esencia de la sanción penal y la función premial es antitética a la función de esta última”, lo cual no impide que el Derecho penal, en algunas ocasiones, utilice una función promocional desvinculada de una técnica premial, mediante la selección de intereses que atienden al desarrollo de la sociedad, sobre todo en los delitos omisivos, por ello la estructuración de estos delitos debe ser también respetuosa con los principios constitucionales, “subrayando el peligro del incremento de que las figuras omisivas como técnica sancionadora en función promocional devengan expresión de una tendencia del Estado a asumir un modelo dirigista y no democrático y participativo”, en “Función promozi-nale, técnica premiale e diritto penale”, en AA.VV., *Diritto Premiale e Sistema Penale*, Milano, 1983, pp. 123-125.

Por su parte, QUINTANAR DÍEZ, Manuel, hace una interesante referencia histórico-filosófica de la relación entre el Derecho penal y el Derecho premial, en razón de la función promocional del Derecho penal, en *La justicia penal y...*, *op. cit.*, pp. 1-14; *vid.* también, CUERDA ARNAU, María Luisa en *Atenuación y Remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Madrid, 1995, p. 349.

²⁹ En palabras de BENTHAM, Jeremy, “los perdones han sido algunas veces otorgados a modo de recompensas, es decir, en consideración a los servicios prestados”, en *Theorie des peines et des recompenses*, tomo I, 1911, p. 16.

inocencia, con la consiguiente carga de la prueba procesal por parte del que otorga³⁰.

Por su parte, en una concepción del sistema penal diametralmente opuesta al exquisito respeto al conjunto de garantías individuales dimanado de la concepción del sistema punitivo propio del Estado de Derecho liberal, admitiendo la condición de “no persona” o de “enemigo” al terrorista y al narcotraficante, entre otros sujetos enmarcados en el ámbito de la criminalidad organizada, desde una perspectiva estructural-funcionalista –que permitiría, para estas “no personas” no partir del derecho a la presunción de inocencia– que trata de ser legitimado desde la doctrina penal y procesal penal por Günther Jakobs y sus discípulos, la utilización del premio al coimputado como elemento sistémico en la lucha contra este tipo de delincuencia –junto a otros que cuestionan más gravemente las garantías constitucionales, como la a obtención de declaraciones del propio acusado por confidentes particulares sin autorización judicial– no debe plantear ningún problema de legitimación procesal penal, en tanto no sería más que un medio de obtener información acerca de la actividad delictiva de “no personas”, de sujetos que han quedado fuera del “contrato social” (terroristas, narcotraficantes, miembros de organizaciones criminales y, posiblemente, inmigrantes ilegales)³¹.

Dejando a un lado este planteamiento funcionalista que permitiría cualquier medio de investigación procesal penal, aun vulnerando el derecho a la presunción de inocencia de la “no persona”, y partiendo del sistema penal y procesal penal garantista propio del Estado liberal, si a pesar de su dificultosa legitimidad, el legislador opta por instaurar la figura del culpable colaborador con la Justicia como instrumento de investigación ante determinadas modalidades de delincuencia, la opción por el establecimiento de la recompensa en la colaboración procesal del culpable, para ser operativa, debe ser de entidad suficiente que permita al sujeto valorar más positivamente

³⁰ Al respecto *vid.* COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DÍEZ, Manuel, en Manuel COBO DEL ROSAL (Director), *Compendio de Derecho Penal* (Parte especial), Madrid, 2000, p. 1057.

³¹ Al respecto, *vid.* PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, en “El Derecho penal y procesal del «enemigo»”, *Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos*”, *op. cit.*

para sus intereses procesales su actitud colaboradora que su “legítima obstrucción a la Justicia” (que le permite el derecho a no declararse culpable y a no declarar contra sí mismo). En esta línea, efectivamente el Derecho penal premial no se convierte más que en un cálculo aritmético, alejado de la espontaneidad en la que se basan las atenuantes genéricas de confesión y arrepentimiento, que ha de valorar el culpable en el que la diferencia entre el “castigo” que supone la confesión de la participación de unos hechos tipificados como delito ya realizados y la recompensa por su colaboración en la identificación de otros culpables como máximo será igual a cero. En definitiva, la colaboración podrá suponer una rebaja considerable de la pena o, como máximo, su completa suspensión³², esto es un perdón, total o parcial, del “castigo” correspondiente por la infracción cometida.

En cualquier caso, el premio a la cooperación en la actividad policial o judicial en la determinación del hecho delictivo o en la individualización y/o captura de otros culpables como orientación político-criminal no es exclusiva del Derecho penal material. En el mismo sentido, el Derecho procesal y el Derecho penitenciario podrían permitir, con la misma finalidad, flexibilizar su tratamiento al cooperador con la Justicia³³.

³² Al respecto, RUGA RIVA, Carlo, califica este cálculo de “álgebra jurídica”, en el que bajo el perfil de la ciencia de la determinación de la pena, la técnica premial pone delicados problemas de “alquimia jurídica”, en el que se trata de poner en una balanza instrumentos de signo al menos aparentemente opuestos, orientándolos a los fines que históricamente se atribuyen a la pena: retribución, prevención especial y prevención general, en *Il premio...*, *op. cit.*, p. 8 (nota 17).

³³ Desde el punto de vista del Derecho penitenciario, el Derecho premial (que abarcaría el paso del “Derecho clemencial” en la determinación judicial de la pena, al propio Derecho premial desde la propia elaboración de la Ley hasta la fase de ejecución, pasando por la fase de aplicación judicial, como señala MANTOVANI, Ferrando, en “Diritto premiale e ordinamento penitenziario”, en AA.VV., *Diritto Premiale e Sistema Penale*, Milano, 1983, pp. 200 y ss) incluiría las tradicionales medidas de gracia (amnistía e indulto), los instrumentos de prescripción del delito (que anulan la punición del delito por causas ajenas al sujeto), los mecanismos de sustitución de la pena privativa de libertad, así como los beneficios penitenciarios (permisos, licencias, libertad condicional...); respecto al derecho procesal y al derecho penitencia-

El premio al “arrepentimiento procesal”, esto es la recompensa derivada de la contra-conducta colaboradora del culpable en la investigación del hecho criminal, en abstracto, puede tener una trascendencia meramente procesal en aquellos ordenamientos jurídicos en los que, como ocurre en los Estados de la *Common Law* en los que rige el principio de oportunidad en la acción penal, traducándose en la posibilidad de no ejercer la acción penal o, incluso, ya iniciada, suspenderla. No obstante, en los Estados donde rige el sistema continental de Derecho, en el que el ejercicio de la acción penal es obligatoria, el premio a la colaboración procesal del culpable ha de sustantivizarse en la Ley penal material, mediante atenuaciones específicas de pena o, incluso, en exenciones de esta, si bien tras un proceso criminal en el que se determine la culpabilidad del arrepentido.

En definitiva, el “Derecho penal premial” plantea principalmente tres problemas: su legitimidad, su necesidad y su conveniencia. La legitimidad del premio como instrumento de política criminal y su compatibilidad con los fines de la pena, a la cual puede llegar a neutralizar; la necesidad de este, en tanto no existan otras alternativas con resultados menos traumáticos para el sistema penal tradicional, y la conveniencia de su utilización de acuerdo con la práctica jurisprudencial, son los elementos que tendrá que valorar el legislador

rio en Italia (en relación con la posibilidad de aplicar beneficios penitenciarios, después de la condena, a aquellos internos por delitos realizados en materia de asociación para delinquir de tipo mafioso, que colaboran en otros procesos). *Vid*, SANMARCO, A. A., “La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1994, pp. 671 y ss.

En relación con el endurecimiento de las condiciones para la aplicación de los beneficios penitenciarios a terroristas, *vid*, SEGURA GARCÍA, M. J., “Reflexiones de urgencia sobre la aplicación de los beneficios penitenciarios a reclusos «terroristas»”, en *Cuadernos de Política Criminal No. 42*, 1990, pp. 619-634.

Especialmente dirigido al delincuente terrorista, pero también extensible a otras modalidades de criminalidad organizada, partiendo de un fuerte endurecimiento de las penas y del tratamiento penitenciario en este tipo de delincuencia, este sistema es el que parece recoger la reforma de los artículos 90 del Código penal y 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, operada por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

a la hora de prever y redactar cualquier cláusula de Derecho penal premial³⁴.

1. Legitimidad del “Derecho penal premial”

Desde el punto de partida que se adopte, la principal problemática que plantea “el premio” en el ámbito del Derecho penal es el de su legitimación³⁵. Premiando al culpable por su colaboración procesal, la ofensa al bien jurídico lesionado o puesta en peligro queda intacta, el hecho ni es menos antijurídico ni el sujeto es menos culpable. Antijuridicidad y culpabilidad, pues, no se inmutan, afectando, sin embargo, directamente a la punibilidad del delito –o, al menos, a la punición del hecho, si se mantiene la punibilidad como un elemento abstracto en el concepto de delito–³⁶. Admitir la posibilidad de “premiar” al culpable confeso que colabora activamente con la Justicia puede chocar directamente con la propia finalidad de la pena y, en definitiva, con la propia función del Derecho penal.

Desde planteamientos exclusivamente retributivos, la propia consideración del premio podría suponer una contradicción con la esencia de la pena, que daría lugar a la incompatibilidad de los fines del Derecho penal retributivo con el Derecho penal premial³⁷. Como señala Ruga Riva, el premio no resulta “expresión de un valor moral,

³⁴ En profundidad, sobre la legitimidad, necesidad y conveniencia del premio como orientación político-criminal *vid.* RUGA RIVA, Carlo, *Il premio...*, pp. 406-526.

³⁵ MANTOVANI, Ferrando, en “Diritto premiale...”, *op. cit.*, p. 197.

³⁶ MUSCO, Enzo, señala lo siguiente: “Las razones justificadoras del premio concedido a quien colabora procesalmente con la autoridad van desancladas de las referencias teóricas inherentes a la función del Derecho penal”, en *La premialità...*, *op. cit.*, p. 119; QUINTANAR DÍEZ, Manuel, por su parte, afirma que “el denominado arrepentimiento procesal consistente en la colaboración con la autoridad judicial o de policía, queda claramente fuera del mencionado ámbito del tipo, y premia, sin embargo, una conducta de tipo meramente procesal, con el fin de hacer más fácil la labor investigadora, comportando de modo frecuente, la delación”, en *La Justicia Penal y los denominados arrepentidos*, Madrid, 1997, p. 14.

³⁷ MANTOVANI, Ferrando, sin embargo, partiendo de que la idea retributiva tiene su fundamento central en “el Derecho penal de la libertad”, no

sino de un fin político-criminal"³⁸, lo que lo hace incompatible con la pena como un bien en sí mismo que corresponde al infractor. El premio rompe con el principio de proporcionalidad de la pena respecto a la gravedad del delito y a la culpabilidad del delincuente y, además, pierde el carácter de igualdad, abstracción, certeza y determinación legal³⁹.

Desde planteamientos preventivos, la posibilidad de admitir la figura del premio podría aparecer de modo más coherente, en tanto que "el premio adquiere mayor legitimidad, en la medida en que la contra-conducta aparece idónea a demostrar una menor necesidad de pena del reo, y/o en la medida en que esta aparezca idónea a desarrollar una función general preventiva, negativa o positiva"⁴⁰.

Al respecto, señala Padovani, distinguiendo el "premio" del "*corrispettivo*", en relación con las figuras premiales orientadas en clave de ofensividad⁴¹, que cuando no se actúa sobre una previa afirmación de la responsabilidad del sujeto, se está ante una situación incompatible o incongruente con las exigencias de la prevención general, pero partiendo de la afirmación de la responsabilidad pueden aplicarse las cláusulas premiales en tanto que estas mantengan los presupuestos de la prevención especial⁴². No resulta tan claro, sin embargo, en la argumentación del autor citado, en las figuras premiales construidas exclusivamente sobre la existencia de una contra-conducta del reo

considera el premio incompatible con la finalidad retributiva de la pena, en *Diritto premiale...*, *op. cit.*, p. 198.

³⁸ RUGA RIVA, Carlo, en *Il Premio...*, *op. cit.*, p. 10; en la misma línea LAMARCA PÉREZ, Carmen, afirma que "no se premia un móvil ético o una menor peligrosidad del sujeto", en *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, 1985, p. 322.

³⁹ En este sentido, FERRAJOLI, Luis, en "Emergenza penale e crisi della giurisdizione", en *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 277.

⁴⁰ RUGA RIVA, Carlo, en "La premialità...", *op. cit.*, p. 17.

⁴¹ Fenómenos que implican una afirmación del hecho y de la responsabilidad del autor, pero que inciden en la condena, en tanto que la excluyen o la atenúan (causas sobrevenidas de no punibilidad, condiciones objetivas de punibilidad y algunas causas de atenuación de la pena).

⁴² PADOVANI, Tullio, "Premio e Corrispettivo", en AA.VV., *Convengo in ricordo di Pietro Nuvolone: La legislazione Premiale*. Milano, 1987, p. 51.

inmediatamente posterior al hecho delictivo; en estos casos los límites temporales establecidos por los códigos penales para otorgar validez “premio” a la contra-ofensa pueden servir para reforzar la prevención general, en el sentido de evitar el “mensaje de que la ofensa pueda ser mantenida hasta el punto en el que resulte útil para el reo”⁴³, siendo coherentes con un Derecho Penal orientado a la protección de bienes jurídicos⁴⁴.

Sin embargo, el caso que ahora interesa, el del colaborador con la Justicia, fundamentado en exclusivos criterios político-criminales basados en una presunta practicidad en la lucha contra la delincuencia organizada, es distinto. El problema se sitúa, como señala Padovani, en si es plausible forjar un mecanismo normativo complejo que de hecho promueva la colaboración procesal como técnica privilegiada de investigación y sobre esta “falsilla” reconstruir institutos procesales y sustanciales adaptándolos al fin así perseguido, en el que se establezca un sistema sancionatorio y de ejecución plasmado en función del coeficiente de colaboración de los imputados: “a grande colaboración, máximo favor empujado en la práctica hasta la impunidad, a media colaboración medio favor, así decreciendo”⁴⁵. En definitiva, se trata de invertir las relaciones entre el Derecho sustantivo y el Derecho procesal. Con cláusulas como la de los artículos 376, 570quater.4 y 579bis.3 del Código penal, el Derecho sustantivo se pone al servicio de los objetivos procesales, rompiendo el “nexo sistemático de principio que quiere el proceso sirviente a la aplicación del Derecho sustantivo”⁴⁶.

⁴³ *Ídem*, p. 56.

⁴⁴ PULITANO, Domenico, “Tecniche...”, *op. cit.*, p. 76.

Para BRICOLA, Franco, estas figuras premiales pueden absolver una función de tutela de bienes jurídicos, cuando la contra-acción alentada consiste en la eliminación o atenuación del daño o del peligro en el que se concreta la ofensa, de modo que constituyen “expresiones de una concepción de la pena como instrumento de tutela de bienes jurídicos”, en “Funzione promozionale...”, *op. cit.*, p. 130.

⁴⁵ PADOVANI, Tullio, “Premio...”, *op. cit.*, p. 57.

⁴⁶ PULITANO, Domenico, *op. cit.*, p. 77.

No obstante, en el ámbito preventivo, incluso rompiendo con los principios tradicionales de proporcionalidad e igualdad en la determinación de la pena⁴⁷, desde la perspectiva utilitarista de la que se parte en la lucha contra muy específicos delitos realizados en torno a una organización criminal, se ha argumentado que se cumplen las exigencias de prevención especial y general (planteando una funcionalidad general preventiva –de tutela sustancial de los bienes jurídicos– en relación con las contribuciones de los arrepentidos al desconcierto de determinadas formaciones delictivas, encontrando la funcionalidad especial preventiva en la propia relevancia subjetiva –arrepentimiento– atribuible a la colaboración procesal prestada, que sería coherente con los clásicos principios de justicia en la contraposición “irreductible”-“arrepentido” –con eficacia, por tanto, en la prevención especial–)⁴⁸.

En esta última línea argumental, específicamente con el premio al *post-facto* podrían cumplirse los requisitos de prevención especial en tanto que puede servir para asegurar la reintegración del sujeto a las reglas sociales de convivencia, si bien debe exigirse, además de

⁴⁷ Al respecto, TONINI, Paolo, afirma como el sacrificio del principio de igualdad puede ser admitido solo de frente a exigencias prevalentes, como, por ejemplo, la necesidad de evitar que la asociación criminal haga nuevas víctimas, ejecute nuevos delitos o se engrandezca posteriormente, en “Brevi note sull’attenuante della collaborazione con la giustizia penale”, en AA.VV., *Diritto Premiale e Sistema Penale*, Milano, 1983, p. 266.

⁴⁸ Así, PULITANO, Tullio, *op. cit.*, pp. 86-89 y 93; MANTOVANI, Ferrando, también se muestra de la opinión de que el premio cumple tanto funciones de prevención general (“la sanción punitiva o premial queda y quedará siempre como instrumento fundamental de política disuasivo-propulsiva...”) y de prevención especial (“el Derecho premial constituye un auténtico potenciamiento de la prevención especial en tanto que la concesión de los beneficios especial preventivos solo se fundan sobre el constatado presupuesto de un comportamiento realmente meritorio del sujeto”), en “Diritto premiale...”, *op. cit.*, pp. 198-199; En España mantiene una opinión similar GARCÍA PÉREZ, Octavio, afirmando que cuando el infractor colabora con la Administración de Justicia y facilita su labor, contribuye a la consecución de los fines preventivos generales y especiales (si bien, esta opinión, válida para los delitos de terrorismo, no la considera válida para los delitos de tráfico de drogas, para los que solo cumpliría los fines preventivos generales), en *La Punibilidad en el Derecho penal*, Pamplona, 1997, pp. 210-212.

la conducta objetiva de colaboración con la Justicia, la constatación de que el sujeto ha asumido los valores imperantes en la sociedad, evitando que la contra-conducta sea una simple mercadería en la determinación de la pena⁴⁹, esto es, primando los avances en la reinserción social del culpable. No obstante, con el proceso de subjetivizar la figura del colaborador con la de Justicia, podría llegarse a la figura del “tipo de autor”, corriendo el peligro de dar cobertura legal a la transformación “subterfugio del Derecho penal del hecho y de la tutela de bienes jurídicos en un Derecho penal de la personalidad y de la peligrosidad”⁵⁰.

Pero, ante la posibilidad de justificar el premio sobre la base de la prevención general (positiva o negativa) basada en la simple utilidad social de la contra-conducta, se rompen todos los esquemas si la posibilidad premial es prevista por el culpable incluso con anterioridad a la comisión del delito, conociendo que con unas actuaciones posteriores más o menos sinceras, si es descubierto, podría rebajar considerablemente la pena o hasta anularla completamente. Así, sin más, ni existiría un reforzamiento del respeto debido a la norma ni esta desarrollaría una función intimidatoria, ni tampoco cumpliría una función de utilidad social⁵¹.

⁴⁹ En esta línea, MUSCO, Enzo, en “La premialità...”, *op. cit.*, p. 124; PASELLA, P., en “Diritto premiale...”, *op. cit.*, p. 242; BRICOLA Franco, se refiere expresamente a como la reeducación del reo podría ser el dato motivador de la figura premial solo cuando la contra-acción del culpable fuese expresión real de la adquisición de una consciencia de los valores transgredidos y de su reintegración en el contexto social, en “Funzione promozionale...”, *op. cit.*, p. 134.

⁵⁰ MUSCO, Enzo, en “La premialità...”, *op. cit.*, p. 126, autor, que a su vez, cita a PADOVANI, Tullio, “La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a propósito delle nuove ipotesi di ravedimento”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1981, p. 529.

⁵¹ Al respecto, SANCINETTI, Marcelo A., en “Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la parte general de los Códigos penales”, señala lo siguiente: “En este «Estado mercader» la pena no puede ser entendida más como la ratificación de la vigencia de la norma. El condenado a la pena máxima puede explicarle a todos que él no ha sido un buen hombre de negocios en el proceso penal, y que se halla en la misma situación de justicia material que aquel otro que fue premiado bajo las reglas del mercado”, en www.unifr.ch/derechopenal/articulos, p. 28.

Con relación a la legitimidad del establecimiento de un sistema premial al colaborador de la Justicia, también se ha aducido el hecho de que el principio de proporcionalidad de las penas solo exige un máximo en el *quantum* de la pena a imponer pero no un mínimo, en tanto este puede descender por razones de prevención especial, lo cual exigiría –además de una contribución efectiva al desmantelamiento de la organización criminal– una actitud subjetiva del reo en relación al bien jurídico ofendido⁵². No obstante, en aquellos sistemas en los que la figura del arrepentido se estimula exclusivamente con la finalidad de desmantelar la organización, sin exigir una relación especial de arrepentimiento del sujeto con relación al delito por él cometido y con su responsabilidad personal, no es posible legitimar el “premio” ni desde una perspectiva de prevención general ni de prevención especial.

De modo general, tampoco puede encontrarse una fundamentación basada en la reparación de una ofensa al bien jurídico, en tanto que la colaboración se obtiene tras la consumación de delitos ya pasados. Solo en casos en los que la información que aporta el arrepentido a la instrucción permite escudriñar de modo objetivo las entrañas de la organización criminal podría plantearse que –dada la permanencia delictiva de la organización– la contra-conducta puede significar una remota menor ofensividad al bien jurídico lesionado, no apareciendo cuando la contra-conducta consiste sencillamente en la simple delación de otros miembros de la organización⁵³.

Por tanto, solo una razón pragmática de utilitarismo social respecto a la lucha contra la delincuencia organizada fundamentada en

⁵² Esa parece ser la idea plasmada por el legislador español en la reforma relativa al tratamiento penitenciario, en cuanto a la exigencia para la clasificación en tercer grado y para la obtención de la libertad condicional, el hecho de poder demostrar una actitud colaboradora mediante “una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito” (artículos 90.1c) del Código penal y 72.6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas).

⁵³ En este sentido, MUSCO, Enzo, en “La premialità...”, *op. cit.*, p. 129.

razones político-criminales, legitimarían una rebaja o exención de pena al colaborador⁵⁴. Como señala MUSCO, la premialidad por la colaboración procesal presenta, en suma, una de las proyecciones de política criminal día a día, fruto de las necesidades contingentes de seguridad colectiva⁵⁵, si bien –como señala este mismo autor– en un Estado de Derecho el fin no siempre justifica los medios⁵⁶.

2. Necesidad del “premio”

Con relación a la necesidad del establecimiento del premio, la excepcionalidad que supone la admisión de estas conductas *post-facto* obliga a su planteamiento exclusivamente en aquellos casos en que hayan resultado ineficaces otras técnicas de investigación⁵⁷, lo que hace discutible, incluso, desde una perspectiva exclusivamente procesal la utilización del procedimiento judicial como instrumento de política criminal para la persecución de otros hechos delictivos que pueden ser distintos al enjuiciado expresamente, como puede ocurrir cuando la información obtenida a través de las declaraciones del colaborador a cambio de la disminución o exención de pena aparece

⁵⁴ Al respecto PADOVANI, Tullio, señala que en verdad estos beneficios premiales sí tienen una correlación con la prevención general, si bien no en términos de funcionalidad, sino de disfuncionalidad, fundamentados no en un valor, sino en un disvalor. Al respecto, con relación a la legislación de emergencia italiana de los años ochenta, señalaba lo siguiente: “Si es verdad que la prevención general se exprime con relación al sistema punitivo como capacidad de activar los mecanismos coercitivos institucionales, de ejercitar el control social a través de los aparatos a ello destinados, es evidente cómo las técnicas de incentivación previstas en la legislación de emergencia para estimular la colaboración procesal del reo se han introducido para suplir la carencia de los instrumentos de búsqueda e investigación, para remediar de cualquier modo la incapacidad del sistema de afrontar el fenómeno terrorista de forma institucional «regular»”, en “Premio...”, *op. cit.*, p. 59.

⁵⁵ MUSCO, Enzo, *op. cit.*, p. 131.

⁵⁶ *Ídem.*

⁵⁷ TONINI, Paolo, en “Brevi note sull ’attenuante della collaborazione...”, *op. cit.*, p. 266.

referida a actividades de otros miembros de la organización por hechos distintos al enjuiciado⁵⁸.

En el sentido político-criminal apuntado, la legislación antiterrorista de emergencia italiana de los años ochenta o el artículo 57 bis b) del Código penal español, texto refundido de 1973, justificarían la necesidad político-criminal de emergencia de incentivar la colaboración procesal del terrorista arrepentido⁵⁹, lo que se ha considerado como la “construcción de los «puentes de oro»” a los autores de delitos que constituyen la más inmediata expresión de la situación de emergencia, garantizando soluciones “premiales” en previsión de conductas de diversa forma y medidas antitéticas respecto a aquellas que constituyen la esencia del delito⁶⁰. La necesidad utilitarista de estas figuras premiales quedaría exclusivamente para un grupo de delincuencias excepcionales, basadas en grupos organizados, de modo, que fundamentándose en una hipotética defensa social, se consiguiera con las declaraciones de estos colaboradores llegar a conocer el interior de la organización y su forma de operar a cambio de unos beneficios en la determinación de la pena o, incluso, en la renuncia a la pena para el sujeto colaborador. Esta necesidad excepcional excluiría del ámbito del premio a la delincuencia común, limitándose a aquellos delitos caracterizados por ejecutarse mediante una fuerte organización, con una pluralidad de personas y una continuidad delictiva⁶¹.

⁵⁸ Con relación a la legislación antiterrorista italiana de principios de los años ochenta, DOMINIONI, O., señalaba lo siguiente: “se desarrolla un uso político del proceso [...] en una primera batida con los instrumentos coercitivos del Derecho penal y después, con la promesa del premio, contra la dimensión política de tal fenómeno, un mecanismo de fuga, de condena, de disgregación interna”, en “Diritto premiale e proceso penale”, en AA.VV., *Diritto Premiale e Sistema Penale*, Milano, 1983, p. 178.

⁵⁹ PULITANO, Domenico, habla de casos en los que el Estado se encuentra en un “auténtico estado de necesidad”, en “Techiche...”, *op. cit.*, pp. 97-99.

⁶⁰ BRICOLA, Franco, en “El arrepentimiento del terrorista, el perdón al evasor y los silencios de la Ley No. 646 de 1982”, en *Cuadernos de Política Criminal No. 51*, 1993, p. 961.

⁶¹ FLORA, G., señala que son “delitos permanentes pluriofensivos que se caracterizan por la potencial progresividad de la carga ofensiva o de delitos igualmente susceptibles de desarrollo ofensivo más grave por cantidad o cualidad, en “Attuali tendenze di política criminale e «ravvedi-

Así, quedarían limitados al ámbito de los delitos de terrorismo, a las asociaciones mafiosas y a los delitos relacionados con el tráfico ilegal de drogas⁶², con la exclusión del narcotraficante y del terrorista individual.

Aun cuando la perspectiva utilitarista de defensa social aconsejara la necesidad de prever este tipo de recompensas para aquellos culpables que colaboran con la Administración de Justicia en una categoría delictiva determinada, la conveniencia de su utilización vendría delimitada por otros parámetros. Incluso, los datos que puedan barajarse con relación a la eficacia de estas cláusulas premiales serían siempre relativos, al intervenir otros medios de investigación tradicionales, así como –en determinados casos– los propios mecanismos de funcionamiento de estas organizaciones basadas en fundamentos “político-ideológicos” (como es el caso del terrorismo), “familiares” (mafias) o estructuras económicas (narcotráfico o tráfico de personas), que pueden desmembrarse en un momento determinado por distintas causas.

En definitiva, las técnicas premiales para los colaboradores de la Justicia aparecen en el marco del Derecho penal con una exclusiva razón de utilitarista de política-criminal en el marco de la persecución delictiva⁶³. Los requisitos exigidos a estas por la Ley, más o menos

mento del concurrente»”, en AA.VV., *Diritto Premiale e Sistema Penale*, Milano, 1983, p. 234.

⁶² También se plantea la necesidad de incluir cláusulas premiales en los delitos contra la Administración.

⁶³ No obstante, respecto al artículo 57bis b), del Código penal, texto refundido de 1973, CUERDA ARNAU, María Luisa, diferenciaba la posibilidad de atenuación (a la que además otorgaba una función preventiva especial y general, justificada desde los fines de la pena) de la posibilidad de la exención total de pena (que se fundamentaría en razones exclusivamente utilitaristas), en *Atenuación y...*, *op. cit.*, pp. 352-354.

ZARAGOZA AGUADO, Javier, expresamente afirma que se trata de un “instrumento del proceso penal que juega un papel importante respecto a esas gravísimas manifestaciones criminales (terrorismo y tráfico de drogas) en su triple función de medio de prueba, medio de obtención de pruebas y elemento de disociación dentro de esas organizaciones delictivas” –el paréntesis no aparece en el texto citado–, en “Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales en el Derecho español. Especial referencia al tráfico ilegal de drogas”,

objetivos, más o menos subjetivos, van a permitir una mayor o menor utilidad práctica en la lucha contra el delito, de un lado, y la posibilidad de que, al menos, se mantenga una compatibilidad con los fines preventivo especiales de la pena⁶⁴. Ello exige, desde la perspectiva de la objetividad requerida, la taxatividad de las conductas colaboradoras a las que le correspondería una menor pena –o, incluso, de una exención completa–, así como si de estas deben derivarse necesariamente resultados concretos, o no, en la detención, imputación y condena de otros culpables o en la desarticulación de la organización criminal; mientras que desde la perspectiva subjetiva, se exigiría la espontaneidad y voluntariedad de la conducta colaboradora con la Justicia llevada a cabo por el sujeto. La interconexión de estos requisitos daría lugar a una multiplicidad de posibilidades. Primando la efectividad de la colaboración, se exigiría la necesidad de que la información aportada por el culpable colaborador de la Justicia sea de tal importancia que fuera concluyente para imputar y condenar a otros culpables o para desarticular a la organización delictiva, lo cual dejaría la posibilidad premial exclusivamente para sujetos que ocupen un lugar alto en la pirámide de la organización criminal⁶⁵. Una perspectiva exclusivamente subjetiva, exigiría la espontaneidad y voluntariedad de la conducta del sujeto, lo que lo acerca a la figura tradicional de arrepentimiento espontáneo, permitiendo su

en AA.VV., *Delitos contra la Salud Pública y el Contrabando*, Madrid, 2000, pp. 89-90.

⁶⁴ En este sentido FLORA, G., en “Attuali tendenze...”, *op. cit.*, p. 235.

⁶⁵ Al respecto, PADOVANI, Tullio, en “Premio...”, *op. cit.*, p. 58; también CASELLO, G. C. e INGROIA, A., en “Normativa premiale e strumenti di protezione per i collaboratori della giustizia: tra inerzia legislativa e soluzioni d’emergenza”, en *Processo penale e criminalità organizzata*, 1993, p. 200.

COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DÍEZ, Manuel, señalan al respecto lo siguiente: “De modo que un precepto de carácter sustantivo, y de aparente impronta incentivadora de comportamientos antitéticos al injusto propio de las modalidades delictivas terroristas, se perfila en realidad como una suerte de instrumento utilitarista al servicio de la autoridad investigadora o instructora que se ofrece como “medio de pago”, ya no de una confesión *strictu sensu* (autoinculpación) sino de una declaración delatoria que, además, debe ser fuente probatoria respecto a otros responsables. Es decir, se premia más cuanto más se sabe. O lo que es lo mismo, cuanto mejor colocado se esté dentro de la organización criminal”, en Manuel COBO DEL ROSAL (Director), *op. cit.*, p. 1056.

reintegración en la sociedad con la asunción expresa de los valores comúnmente admitidos (que podría materializarse en una declaración veraz de repudio del delito realizado y de petición de perdón sincero a las víctimas este. Por último, es posible pedir ambos requisitos, objetivos y subjetivos, exigiendo eficacia en la colaboración y espontaneidad y voluntariedad de esta.

III. El Colaborador eficaz en el Derecho penal sustantivo español

Con el objetivo de proporcionar unos instrumentos legales apropiados para luchar contra este tipo de delincuencia, tratando de fomentar la desvinculación del individuo con la organización criminal y la colaboración de este en el esclarecimiento del delito, el Código penal de 1995 recogía, como una de sus novedades, una cláusula presuntamente premial relativa al tráfico de drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes en su artículo 376⁶⁶ que, ante unas muy determinadas circunstancias, permite al Juez o Tribunal sentenciador, de modo razonado en la sentencia, aplicar una rebaja en el momento de la determinación de la pena. En concreto, el párrafo primero del artículo 376 del Código penal dispone lo siguiente: “En los delitos previstos en los artículos 368 a 372, los Jueces o Tribunales, razonándolo en la Sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, y haya colaborado activamente con las Autoridades o sus agentes, bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado”⁶⁷. La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código penal

⁶⁶ Entre otros, CARMONA SALGADO, Concepción, en Manuel COBO DEL ROSAL (Director), *Compendio de Derecho Penal (Parte especial)*, Madrid, 2000, p. 699; VALLE MUÑIZ, José Manuel y FERNÁNDEZ PALMA, Rosa, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (Director), *Comentarios al Nuevo Código penal*, Pamplona, 1996, p. 1675.

⁶⁷ De acuerdo con la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 23 de noviembre, de reforma del Código penal.

amplía la cláusula premial del artículo 376 a los de delitos comprendidos entre el artículo 361 y el artículo 372, incluyendo junto a los delitos relativos al tráfico de drogas otros delitos contra la salud pública, tales como los relativos a los medicamentos, a los alimentos y al delito de dopaje en el deporte.

Razones político-criminales utilitaristas fundamentadas en la lucha contra una estructura organizativa plurisubjetiva hermética y cohesionada en el desarrollo del *modus operandi* delincencial hacían que la fórmula utilizada tuviera un perfecto paralelismo con las actuaciones que el legislador había mantenido en la tipificación de las actividades terroristas⁶⁸. Así se expresa en términos similares el artículo 579bis.3 del Código penal⁶⁹ en el ámbito de las “Organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo” del Capítulo VII, del Título XXII, del Código penal, rubricado de las de Delitos contra el Orden Público”. Este artículo 579bis.3 del Código penal dispone lo siguiente: “En los delitos previstos en este capítulo, los Jueces y Tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y además colabore activamente con estas para impedir la producción del delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de

⁶⁸ SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, afirmaba expresamente lo siguiente: “La necesidad de obtener información a los efectos de dismantelar el hermetismo y la cohesión interna de las organizaciones criminales dedicadas a tan ilícita actividad, lleva a los legisladores nacionales al establecimiento de tipos penales privilegiados con la finalidad de dar un tratamiento penal más benigno a quienes colaboren con los órganos jurisdiccionales a los efectos represivos de dichas organizaciones”, en “Aspectos procesales del delito de tráfico de drogas”, en *Actualidad Penal*, 1996, p. 349.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, señala al respecto que el legislador ni menciona en el precepto analizado la reinserción social del colaborador, sino que solo interesa la información decisiva aportada por el mismo. En *Derecho penal español*. Parte Especial, Barcelona, 1996, p. 793.

⁶⁹ Nueva numeración de acuerdo a la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo.

bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado”⁷⁰.

Curiosamente, tanto el legislador de 1995 como con posterioridad en las distintas reformas parciales del Código penal relacionadas con distintos tipos de delincuencia organizada, así como la Reforma del Código penal de 2003, habían limitado esta figura, presuntamente premial, al ámbito de los delitos relacionados con el tráfico de drogas y al terrorismo. Incluso, en ambos casos se limitan sus posibles efectos atenuatorios a los delitos de los artículos 361 a 372, en el caso del artículo 376 del Código penal, o a los previstos en los artículos 571 a 578⁷¹, sin abarcar las posibles actividades de blanqueo de capitales obtenidos mediante estas actividades delictivas, aún realizadas en el seno de la propia organización delictiva. Así, sorprende la no previsión de esta cláusula utilitarista en otras figuras delictivas claramente identificadas con grupos organizados de delincuencia como, por ejemplo, los siguientes: a. El propio blanqueo de capitales procedentes de origen ilícito por una organización dedicada a ello, del artículo 302 del Código penal; b. Con relación a los delitos relativos a la prostitución y de corrupción de menores mediante organizaciones delictivas, de los artículos 187 a 189 del Código penal; c. Los delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 a 318 del Código penal; d. Al delito de trata de seres humanos del artículo 177bis del Código penal, con una marcada estructura criminológica propia de la delincuencia organizada; e. Otros delitos, realizados en una estructura plurisubjetiva y permanente dedicada al tráfico de especies de flora (artículo 332 del Código penal) o fauna (artículo 334 del Código penal) especialmente protegidas; f. Respecto al delito de falsificación de moneda del artículo 386 del Código penal; g. O con relación a los delitos relativos al tráfico de armas, municiones o explosivos de los artículos 563 y siguientes del Código penal; h. Igualmente, podría citarse el caso de las organizaciones dedicadas a actividades tipificadas como delitos de contrabando.

⁷⁰ Ubicación dada por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, con relación a los delitos de terrorismo.

⁷¹ En los delitos previstos en “capítulo”.

Especialmente llamativa era la no previsión de esta cláusula utilitarista en la desarticulación de organizaciones dedicadas, de modo estructurado y permanente, a la ejecución de conductas tipificadas como delitos relativos al tráfico ilícito de personas, bien con el objetivo de lucrarse favoreciendo fenómenos migratorios clandestinos, bien como trata de seres humanos. La gravedad de estas prácticas fraudulentas en los movimientos migratorios ha ocasionado, incluso, a nivel internacional, la elaboración de un protocolo independiente que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, o –a nivel nacional– a la aprobación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, con la redundancia de incluir en el artículo 515 del Código penal un apartado sexto, considerando expresamente asociación ilícita punible “la que promueva el tráfico ilegal de personas”⁷². Incluso, la trata de seres humanos se incluye expresamente en el nuevo Título VII Bis del Código penal en la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010.

La reforma del Código penal operada por Ley Orgánica 5/2010, tras separar los delitos relativos a las organizaciones o grupos criminales (Capítulo VI, del Título XXII, del libro segundo del Código penal), de los delitos de terrorismo (Capítulo VII, del Título XXII, del libro segundo del Código penal), incluye un nuevo artículo 570quarter.4, CP, con idéntica redacción a la prevista para los delitos relativos a las “organizaciones y grupos terroristas y los delitos de terrorismo”, del artículo 570bis.3, CP. Esta previsión premial para el cooperador eficaz en cualquier tipo de organización o grupo criminal no alcanza, sin embargo, a los delitos cometidos por dicha organización o grupo criminal, a diferencia de que sí ocurre respecto a los delitos de terrorismo o contra la salud pública, de los artículos 579bis.3 y 376, respectivamente.

⁷² Es redundante, porque el tráfico ilegal de personas está tipificado como delito en el artículo 318 bis, de modo que esta finalidad ya se encontraba incluida en el apartado primero de dicho artículo: “las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión”. De hecho, la Ley Orgánica 15/2003, de 23 de noviembre, de Reforma del Código penal, ha suprimido este apartado 6º del artículo 515 del Código penal, en *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, de 20 de septiembre de 2003, p. 34.

Atendiendo, por tanto, a los artículos 376, 570quater. 3, y 579.3 del Código penal, el punto de partida consistirá en un acercamiento introductorio al Derecho premial y su relación con el Derecho penal. La previsibilidad de “premiar” al delincuente que con una actitud activa post-delictual colabora con la Administración de Justicia no es exclusiva del legislador español de 1995. La Doctrina ha señalado acertadamente como el premio al que colaboraba en el esclarecimiento del crimen delatando a otros culpables ya estaba expresamente reconocido e, incluso, regulado en el proceso inquisitorial⁷³. De otro lado, en el Derecho comparado, tal vez la fuente en la que más claramente pueden observarse las ventajas y perversiones de este sea en la aplicación de la llamada legislación de excepción elaborada en Italia en la década de los ochenta del siglo xx, relativa a los “*colaboratori della giustizia*”, comúnmente llamados “*pentiti*”.

De otro lado, la realidad jurisprudencial existente en atención, sobre todo, a los pronunciamientos acerca del artículo 376 del Código penal que ha realizado el Tribunal Supremo, permite afirmar, sin posibilidad de error, la ineficacia de dicha fórmula, que al mantener una estructura acumulativa de una serie de requisitos por parte del que previamente ha de confesarse culpable de unos hechos típicos y antijurídicos, colaborando con la Administración, bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la

⁷³ Al respecto, entre otros, COBO DEL ROSAL, Manuel, en *Jornadas sobre el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1994*, Tenerife, 1995, p. 233; CUERDA ARNAU, María Luisa, en *Atenuación y Remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Madrid, 1995, p. 28; QUINTANAR DÍEZ, Manuel, en *La Justicia Penal y los denominados arrepentidos*, Madrid, 1997, p. 29; COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DÍEZ, Manuel, en Manuel Cobo del Rosal (Director), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, Madrid, 2000, p. 1057; LAMARCA PÉREZ, Carmen, en *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, 1985, p. 348; DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, en “Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas”, en *Cuadernos de Política Criminal* No. 30, 1986, p. 582; PADOVANI, Tullio, en “Premio e Corrispettivo”, en AA.VV., *Convengo in ricordo di Pietro Nuvolone: La legislazione Premiale*. Milano, 1987, p. 60, también en “La soave inquisizione. Osservazione e rilievi a propósito delle nuove ipotesi di «ravedimento»”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1981, pp. 529 y ss.

actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

Por otra parte, aun incorporado en los presupuestos del Derecho penal sustantivo, no son pocos los problemas que plantea esta figura de arrepentimiento activo⁷⁴, con la difícil situación procesal en la que se deja al sujeto, que bajo la apariencia de un tratamiento penológico más beneficioso renuncia a su propio derecho constitucional a no declararse culpable, invalidando los mecanismos de defensa procesal (al asumir voluntariamente la participación en unos hechos delictivos), sin que el Ordenamiento Jurídico vigente le garantice la efectiva aplicación de un mejor trato penológico, al depender este de una valoración discrecional que sobre la actuación del autoinculcado ante la policía o ante el Juez instructor hará posteriormente el Tribunal sentenciador.

Otra de las disfuncionalidades, tal vez la mayor, que se apunta como objeción a la admisión de la figura del arrepentido activo en el marco de la lucha contra la criminalidad organizada es la propia valoración procesal que puede darse a sus declaraciones, en tanto, la veracidad de estas habrán de ser constatadas con otros medios de prueba. La simple delación de otros individuos realizada por el imputado autodeclarado culpable, que presta su testimonio incriminando a otros partícipes de la organización criminal, buscando un mejor trato punitivo, plantea graves problemas probatorios. Difícilmente puede identificarse la declaración delatoria de un coimputado con la de un testigo procesal, en tanto, el propio interrogatorio del imputado está construido como un medio de defensa que le permite no responder a las cuestiones planteadas e, incluso, mentir sobre los he-

⁷⁴ Así lo llamó, por ejemplo, PISANI, Mario, señalando que se refiere a lo que en la crónica cotidiana se conoce como “terrorista pentito”, en “Diritto premiale e sistema penale: Rapporti e intersezioni”, en AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale*, Milano, 1983, p. 28. La sentencia del Tribunal Supremo 1071/1996, de 20 de diciembre (repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1996/9033), ponente Sr. D. Carlos Granados Pérez, en su Fundamento Jurídico cuarto, en referencia al artículo 57bis b) del Código penal texto Refundido de 1973 también habla expresamente de “arrepentimiento activo previsto para los delitos de terrorismo en el artículo 57 bis”. Posteriormente ha sido común doctrinal y jurisprudencialmente calificar de “arrepentimiento activo” esta actuación colaboradora del culpable.

chos, mientras que el testigo procesal está obligado a decir la verdad sobre los hechos, bajo la amenaza de ser imputado por un delito de falso testimonio. La introducción en los ordenamientos jurídicos de la “figura híbrida del imputado-testigo” abre las puertas al peligro de la “degeneración del sistema probatorio”⁷⁵.

La redacción de los artículos 376, 577quater.3 y 579bis.3 del Código penal no expresan más que un deseo político-criminal de premiar al sujeto que tras haber pertenecido a una organización criminal decide voluntariamente abandonarla y colaborar activamente para su destrucción. Ello exige una difícil “conversión” interna del sujeto imputable que le hace pasar en un momento determinado de “su vida de la perversión delictiva a una expiación de su conciencia impura” que le impulsa de un modo altruista a una actuación decidida de cooperación en el desmantelamiento de la organización criminal. Como ello es prácticamente imposible, la realidad cotidiana muestra que la cooperación post-delictiva en el marco de los delitos relativos al tráfico de drogas se produce “voluntariamente” tras la detención del sujeto por los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado o, incluso, posteriormente en la investigación llevada a cabo por el Juez instructor. Paradójicamente, en estos casos, el Tribunal Supremo viene utilizando la circunstancia atenuante por analogía del artículo 21.6 del Código penal, con relación a los artículos 21.4 (confesión de la infracción a las autoridades) y 21.5 (haber procedido el culpable a reparar el daño a la víctima o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento, con anterioridad a la apertura del juicio oral), ambos del Código penal, el cual –sin necesidad de establecer ninguna especificidad propia respecto a una determinada tipología delictiva–, con una orientación marcadamente objetiva sin atender a la finalidad concreta que busque el sujeto con su colaboración, permite de un modo más flexible la determinación específica de la pena atendiendo a la actuación facilitadora del culpable en la actuación policial y/o judicial.

Más cercano al derecho penitenciario, esto es, de la instauración del premio por una contra-conducta colaboradora con la Administración de Justicia tras la sentencia condenatoria, en el en el marco del cumplimiento de la pena, con efectos atenuantes en la misma del

⁷⁵ PISAPIA, Giandomenico, en “Relazione introduttiva” en *Convengo in ricordo di Pietro Nuvolone: La legislazione Premiale*, Milano, 1987, p. 34.

artículo 90.8 del Código penal⁷⁶, relativo a las condiciones para otorgar la libertad condicional del culpable. En esta línea, con referencia expresa a las “personas condenadas por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales o por alguno de los regulados en el capítulo VII del Título XXII del libro segundo de este Código, la suspensión de la ejecución del resto de la pena impuesta y concesión de la libertad condicional requiere que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y además haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para la identificación, captura y procesamiento de los responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades”. En definitiva se parte de la no previsión de libertad condicional para terroristas y miembros de organizaciones criminales, al no existir la posibilidad de emitir un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social si no se dan en el sujeto estas condiciones de arrepentimiento activo.

Pero la reforma penitenciaria operada por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, va un paso más allá. El artículo 90 del Código penal exige para acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y conceder la libertad condicional que el “sujeto se encuentre en el tercer grado de tratamiento penitenciario”, “que haya extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta” y “que haya observado buena conducta” y exista respecto a los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social. Como se ha dicho, en materia de delitos de terrorismo y de criminalidad organizada no es posible el informe de reinserción sin un arrepenti-

⁷⁶ En su redacción dada de acuerdo con la LO 1/2015, de 30 de marzo. De idéntica forma se expresa el artículo 92.2, CP, respecto a los requisitos para la suspensión de la nueva prisión permanente revisable.

timiento activo real; pero, además, el nuevo artículo 72.6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, para la clasificación en tercer grado penitenciario de penados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales exige que los terroristas, además de haber satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, “que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que hayan pertenecido o con las que hayan colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades”.

IV. Aspectos procesales

Desde la perspectiva procesal, la conducta del culpable colaborador con la Administración de Justicia va a plantear graves problemas en torno a la formación y valoración de la prueba. La posibilidad de inculpar a personas que realmente no han participado en los hechos (o que lo ha hecho con una relevancia distinta a la manifestada por el declarante) no permite fundamentar una hipotética condena de un tercero sobre la exclusiva declaración del coimputado delator. Por otra parte, el grado de la colaboración no podrá ser objeto negocial por parte del Juez instructor ni del Ministerio Fiscal, el cual, además, carece de capacidad para valorar la aplicación o no de los artículos 376, 570 quater.4, y 579 bis.3 del Código penal.

Por otro lado, al margen de la problemática reconocida en torno a la propia figura penal y procesal del culpable colaborador con la Justicia, en la legislación española no existe una previsión específica acerca de otros aspectos directamente relacionados como la conducta colaboradora, tales como los relativos a su “protección, identidad, situación de los familiares, derechos, deberes y obligaciones del afectado y de la Administración, etc.; en definitiva, la configuración de esa relación especial de sujeción derivada de la atípica condición que

posee en el proceso penal, y de la necesidad de proteger bienes jurídicos tan esenciales como la vida, la libertad, la integridad y la seguridad de aquellas personas sometidas objetivamente a una situación de riesgo o de peligro por la posición adoptada en el proceso”⁷⁷.

1. La discrecional atenuación de la pena por el Tribunal de Instancia

Como se ha señalado en epígrafes anteriores, la expresión “podrán” ha sido interpretada jurisprudencialmente como una decisión facultativa, discrecional del Tribunal de Instancia, la cual –de no ser tomada en consideración– no puede ser objeto de recurso de casación ante el Tribunal Supremo, “sin perjuicio de que cuando lo acepten han de motivarlo debidamente en la Sentencia”⁷⁸, pudiendo decidir discrecionalmente la rebaja en uno o dos grados⁷⁹. Esta fórmula,

⁷⁷ ZARAGOZA AGUADO, Javier, en “Tratamiento...”, *op. cit.*, p. 93; al respecto, QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, señala de aplicación la Ley 19/1994, de protección de peritos y testigos en causas criminales, en *Derecho Penal español...*, *op. cit.*, p. 794.

Vid., al respecto, BERNASCONI, Alessandro, *La collaborazione processuale. Incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l’esperienza statunitense*, Milano, 1995, pp. 141-248; D’AMICO, S., *Il collaboratore della Giustizia*, Roma, 1995, pp. 38 y ss; CASELLI, Gian Carlo y INGROIA, Antonio “Normativa premiale e strumenti di protezione per i collaboratori della giustizia: Tra inercia legislativa e soluzioni d’emergenza”, en *Processo penale e criminalità organizzata, a cura di Vittorio Grevi*, Roma, 1993, pp. 195-227; NEPPI MODONA, Guido, “I «collaboratori della giustizia». Le garanzie per gli accusati e la protezione degli accusatori nel sistema processuale nord-americano”, en *Question e Giustizia*, 1988, pp. 163-190.

⁷⁸ *Vid.*, notas 251 y 255.

⁷⁹ Al respecto, expresamente el Fundamento Jurídico Quinto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2000 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 2000/3473, ponente D. Antonio Marañón Chávarri). Por el contrario, el artículo 57 bis b) del Código penal, texto refundido de 1973, era de aplicación obligatoria por el Tribunal de Instancia. Así, las sentencias del Tribunal Supremo, de 22 de marzo de 1995 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1995/2255, ponente D. Joaquín Delgado García) y de 23 de noviembre de 1995 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1995/8780, ponente D. Eduardo Moner Muñoz) expresamente habían in-

puede traer –de nuevo– consecuencias procesales inoportunas, en tanto que dándose todos los requisitos de los artículos 376, 570quater.4, y 579bis.3 del Código penal (que, como se ha analizado, son bastante más rígidos y exigentes que las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal genéricas del artículo 21 del Código penal) es posible que sea tomado en consideración por el Tribunal de Instancia pero que –sin embargo– este, ante la gravedad de los hechos, decida no aplicar la rebaja en uno o dos grados en la determinación de la pena que facultativamente el legislador le ha otorgado, impidiendo de este modo la aplicación de otros beneficios que se derivarían de ser consideradas las circunstancias genéricas de determinación de la pena.

2. El momento de la colaboración con la Justicia y el de la determinación de la pena atenuada

La contra-conducta exigida al culpable colaborador, que con su presentación a las autoridades confesando los hechos en que hubiere participado decide renunciar a su derecho al silencio, a no declararse culpable y a la presunción de inocencia autoimputándose unos hechos, en la creencia de que con su conducta sincera va a recibir un mejor trato punitivo, encuentra que no tiene un interlocutor válido que le permita valorar su conducta. La conducta colaboradora, por un lado, va a suponer la asunción de unos hechos constitutivos de delitos relativos al narcotráfico o al terrorismo, los cuales han incrementado considerablemente las penas previstas con el Código penal de 1995⁸⁰; por otra parte, va a permitir la obtención de elementos procesales idóneos respecto a la exigencia de responsabilidad a otros culpables. Pero en lo que se refiere a los efectos procesales con relación al propio colaborador, el momento procesal en el que el sujeto decide confesar sus hechos para después colaborar en los hechos de otros es distinto al momento en el que va a valorarse su actitud colaboradora. Pero no solo el momento procesal es distinto, sino que el órgano con capacidad para valorar y decidir el alcance de la colaboración

dicado que el precepto citado “ordena al Tribunal a imponer la pena inferior en uno o dos grados”.

⁸⁰ Especialmente endurecidas para delitos de terrorismo y delincuencia organizada tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

prestada por el culpable con efectos atenuantes en la determinación de la pena también es distinto a aquel con el que se colabora, lo cual, ante la absoluta discrecional que los artículos 376, 570quater.4, y 579bis.3 del Código penal otorga al Tribunal de Instancia, pervierte el sistema que en un principio parecía premial. El sujeto colaborador, por tanto, en la fase de instrucción de un procedimiento sobre narcotráfico, solo va a tener la esperanza de que el incremento de pena derivado de su autoinculpación en unos hechos concretos se vea atenuado por la colaboración prestada, lo cual habrá de ser valorado en un tiempo distinto (en algunos casos, varios meses o, incluso, años después) por un órgano judicial distinto, con unos parámetros político-criminales e, incluso, de influencia mediática posiblemente también distintos, y que respecto a su valoración no cabrá la interposición de recurso alguno.

Podría plantearse la posibilidad de un acuerdo de conformidad en fase instructora entre el Ministerio Fiscal y la defensa del sujeto que ha acordado colaborar con la Administración de Justicia, para que en sus calificaciones de los hechos, considerar la aplicación de los artículos 376, 570quater.4, y 579bis.3 del Código penal. En este caso, siempre se planteará el problema de si la atenuación de la pena es de obligada aplicación por el Tribunal de Instancia. De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo en atención a la redacción de los preceptos analizados, considero que el Tribunal de Instancia en estos casos sigue teniendo la potestad de atenuar la pena en uno o dos grados o de no rebajar en grado, debiendo –en su caso– aplicar la atenuante de confesión del artículo 21.4 del Código penal, de acuerdo con el artículo 66.2 del Código penal, no pudiendo pasar de la cifra máxima de la mitad inferior de la pena aplicable al delito concreto.

Tampoco, en un ardid de negociación extraprocesal con el abogado de la defensa del sujeto inculcado, el Ministerio Fiscal puede, en su escrito de calificaciones provisionales o definitivas de los hechos probados, pedir al Tribunal de Instancia la aplicación del artículo 376 del Código penal ante, por ejemplo, el caso del sujeto que decide colaborar con la Administración de Justicia tras la detención policial. En este caso, el Tribunal de Instancia puede aplicar una pena superior a la solicitada por las partes sin vulnerar el principio acusatorio por no exceder los límites penológicos del tipo en cuestión.

Por otra parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 27 abril de 2000⁸¹, pone de relevancia otra circunstancia procesal respecto a la valoración de las autoinculpaciones, que son el requisito previo a la colaboración en la investigación de hechos de terceros, que puede considerarse un tanto anómala, al considerar que la confesión de los hechos ante la Policía, su ratificación en la declaración ante el Juzgado de Instrucción pero no en el Juicio Oral, no satisface ni los requisitos fácticos del artículo 376 del Código penal, pero tampoco considera que se dan los propios de la atenuante genérica ordinaria del artículo 21.4 del referido código, ni la analógica del artículo 21.6 de este.

3. Valor de las declaraciones de los coimputados

El mismo Tribunal Supremo se ha referido a la problemática de la valoración procesal prestada por acusados confesos que realizan una declaración imputando a terceros esperando un mejor tratamiento punitivo⁸². Al respecto, la sentencia de 18 de mayo de 1999⁸³, señalaba lo siguiente: “El Código penal de 1995 acoge en este precepto la figura del arrepentido colaborador, a quien se beneficia con una respuesta penal más benévola, que responde a criterios de política criminal en el enfrentamiento a la denominada delincuencia organizada, y que resulta ciertamente polémica por la problemática credibilidad de los testimonios acusatorios obtenidos mediante la promesa de una sustancial reducción de pena”. En la misma línea SEOANE SPIEGELBERG cita la Sentencia del Tribunal supremo de 14 de febrero de 1995⁸⁴, la cual se refiere del siguiente modo al culpable colaborador: “Desde el momento en que actúa como tal se convierte en un informador que genera una serie de problemas ajenos muchas veces al puro proceso o a la prueba en sí. Este informador debe ser considerado como un coimputado en lo que respecta a la valoración de la prueba...”. Esta situación conlleva una “difícil caracterización

⁸¹ Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 2000/3739 (Ponente D. Adolfo Priego de Oliver y Tolivar).

⁸² Al respecto, MUÑOZ CONDE, Francisco, en *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, 2002, p. 874.

⁸³ Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1999/3821 (Ponente D. Cándido Conde-Pumpido Tourón).

⁸⁴ Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1995/818.

jurídica”, dado que no es propiamente un testigo, puesto que esta figura procesal está reservada al tercero ajeno a los hechos que se enjuician, ni tampoco se trata de una confesión, ya que carece de la nota relevante de producir efectos contra la persona que la presta⁸⁵.

En esta línea, no se trata de valorar simplemente la validez de la conducta colaboradora del sujeto, la cual si es libre y voluntariamente decidida por este y veraz no debe plantear problemas, sino de sus efectos para enervar la culpabilidad de terceros, esto es, si es idónea para desvirtuar el principio de presunción de inocencia del artículo 24 de la Constitución. Con respecto, la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 65/2003, de 7 de abril⁸⁶, en su fundamento jurídico quinto afirma lo siguiente:

“[...] como señala la TC S 181/2002, de 14 de Oct. (FJ 3), con cita de la TC S 68/2001, de 17 Mar. (FJ 5), las declaraciones de un coimputado, por sí solas, no permiten desvirtuar la presunción de inocencia constitucionalmente reconocida, de modo que para que pueda fundarse una condena en tales declaraciones sin lesionar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, es preciso que se adicione a las mismas algún dato que corrobore mínimamente su contenido, destacando las consideradas sentencias que no es posible definir qué debe entenderse por la exigible «corroboración mínima», más allá de la idea obvia de que la veracidad de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externos para que pueda estimarse corroborada, dejando por lo demás, a la casuística la determinación de los supuestos en que puede considerarse que ha existido esa mínima corroboración, tomando en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso. Asimismo, debe destacarse que tanto la citada TC S 181/2002 (FJ 3) como la TC 72/2001, de 26 Mar. (FJ 5), han puesto de manifiesto que la circunstancia de que la condena se funde exclusivamente en las declaraciones de más de un coimputado no permite tampoco considerar desvirtuada la presunción de inocencia del condenado, siendo exigible también en tales

⁸⁵ SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, en “Aspectos procesales...”, *op. cit.*, p. 350.

⁸⁶ *Actualidad penal, jurisprudencia*, No. 25, semana del 16 al 22 de junio, ponente D. Pablo García Manzano.

casos la mínima corroboración del contenido de esas declaraciones de la pluralidad de coimputados mediante algún dato, hecho o circunstancias externos a la misma; es decir, la declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima, a los efectos que venimos exponiendo, de la declaración de otro coimputado”.

Al margen de la corroboración necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia sobre la base de la declaración de un coimputado, esta habrá de reunir los requisitos de veracidad y credibilidad necesarios para ser considerada como medio de prueba por el Tribunal de Instancia. En la práctica esta valoración será compleja. Así, la valoración de la denominada en Italia “*chiamata di correo*”, deberá ser realizada de un modo crítico, tras la ponderación de una serie de circunstancias: “a. Personalidad del sujeto delator y sus relaciones que precedentemente mantuviese con el copartícipe; b. Examen riguroso sobre la posible existencia de móviles turbios e inconfesables (como, por ejemplo, promesas de obtención de un tratamiento procesal más benigno); c. Que no corresponda la coimputación a un móvil autoexculpatorio mediante la atribución del ilícito al correo⁸⁷.”

Las dudas surgen cuando la conducta colaboradora del culpable ha sido incentivada por la posibilidad de obtener unos beneficios punitivos, los cuales no siempre podrán ser considerados móviles espurios, turbios e inconfesables⁸⁸. De hecho, el móvil de obtener una ventaja punitiva con la cooperación es –en definitiva– la incentivación

⁸⁷ Al respecto, SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, y la Jurisprudencia allí citada, en “Aspectos procesales...”, *op. cit.*, p. 350; también ZARAGOZA AGUADO, Javier, en *Tratamiento penal y procesal...*, *op. cit.*, pp. 97-98; del mismo autor, también en “La protección de los acusados, testigos y peritos en causas criminales en el ordenamiento jurídico español. Ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 19/1994. Las declaraciones de lo coimputados. El problema de los testigos ocultos y anónimos. Incidencia de estas cuestiones en el Derecho a un proceso con todas las garantías”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2002-1, No. 7, p. 75.

⁸⁸ En esta línea, también, ZARAGOZA AGUADO, Javier, en “La protección de los acusados, testigos y peritos...”, *op. cit.*, p. 76 (*nota a pie de p. 17*). JAÉN VALLEJO, Manuel, señala que “todas estas circunstancias, precisamente, hacen altamente perturbadora la figura del llamado “arrepentido”, prevista en el artículo 376 del Código penal español, en relación con los delitos contra la salud pública (tráfico ilegal de drogas), que prevé una reducción de pena de hasta dos

plasmada por el legislador en los artículos 376 y 579.3, CP, de modo que la credibilidad del testimonio en estos casos vendrá determinada por su veracidad confirmada por otros elementos probatorios⁸⁹, garantizando en todo momento el principio de contradicción en el desarrollo del Juicio oral. En esta línea se desenvuelve la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, en tanto, el acusado que presta declaración no tiene la obligación de decir la verdad que le asiste al declarante testigo⁹⁰.

grados, siempre que el sujeto...”, en “Los principios de la prueba en el derecho penal español”, en www.unifr.ch/derechopenal/articulos, p. 12 (nota final No. 43).

⁸⁹ Al respecto, *vid.* MENA ÁLVAREZ, José María, en “Tratamiento penal del partícipe arrepentido”, *Cuadernos de Derecho Judicial. Delitos contra la Salud pública*, No. XXI, Madrid, 1993; también MARTÍN PALLÍN, José Antonio, en “Impacto Social criminológico, político y normativo del tráfico de drogas”, en AA.VV., *Delitos contra la Salud Pública y el Contrabando*, Madrid, 2000, p. 156.

⁹⁰ Al respecto, además de la Sentencia del Tribunal Constitucional 65/2003, de 7 de abril, ya citada, la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2002, de 21 de marzo, señala que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas las practicadas en el juicio oral, con posibilidad de debate contradictorio y en presencia del juzgador señalando que la declaración del coencausado puede valorarse como prueba apta para destruir la presunción de inocencia si bien por la ausencia del deber de veracidad, se trata de una prueba intrínsecamente sospechosa: para otorgarle veracidad ha de verse avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa que corrobore mínimamente su contenido; la prueba testifical del coencausado, sin la concurrencia de otra prueba, dato o circunstancia externos a ella que haya corroborado su veracidad en delito contra la salud pública no puede erigirse por sí sola en prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi-Tribunal Constitucional 2002/68. Ponente D^a. Elisa Pérez Vera); en la misma línea la Sentencia 153/1997, de 29 de septiembre, señalaba que la declaración inculpativa del coimputado prestada ante la Policía tenía un valor únicamente de denuncia, sin constituir ni prueba preconstituida ni prueba anticipada (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi-Tribunal Constitucional 1997/153. Ponente D. Fernando García-Mon y González Regueral); La Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1998, de 2 de marzo, se refería a la declaración de coencausado en causa por delito contra la salud pública, en la que la declaración inculpativa, rectificada posteriormente y no incorporada al juicio oral mediante su lectura y confrontación, limitándose a tenerla «por reproducida» considera que carece

4. Protección del imputado testigo en el Ordenamiento Jurídico español

Al margen de las disposiciones materiales recogidas en los artículos 376 y 579.3 del Código penal, el Ordenamiento Jurídico español, en la legislación procesal no ha elaborado una serie de normas específicas de protección de esos sujetos culpables de delitos ejecutados mediante organizaciones criminales que deciden colaborar con la Administración de Justicia en el desmantelamiento de la organización criminal. Incluso, en una hipotética y muy discutible aplicación de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales, lo cual supondría otorgar al colaborador la entidad procesal de testigo, lo que en puridad no es, pues el imputado colaborador no es titular de las obligaciones procesales del testigo, no abarcaría a la protección de familiares y allegados de los colaboradores, los cuales pueden correr gran peligro derivado de la actuación del culpable colaborador con la Justicia ante el potencial criminal de la organización delictiva.

Respecto a la posibilidad de que el coimputado pueda ser considerado testigo procesal a los efectos de aplicación de la Ley Orgánica 19/1994, de protección de testigos y peritos en causas criminales, Zaragoza Aguado afirma que, respecto al anonimato y reserva de identidad del “imputado-testigo”, “la propia naturaleza de este medio de prueba –en cuya valoración juegan un papel decisivo

de consistencia plena como prueba de cargo (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi-Tribunal Constitucional 1998/49. Ponente D. Fernando García-Mon y González Regueral), la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1998, de 1 de junio, señala que la ausencia de un deber de veracidad exige que el umbral mínimo que da paso al campo de libre valoración judicial de la prueba practicada esté conformado por la adición a las declaraciones del coimputado de algún dato que corrobore mínimamente su contenido (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi-Tribunal Constitucional 1998/115. Ponente D. Carles Viver Pi-Sunyer).

También, en la misma línea las sentencias del Tribunal Supremo, de 23 de enero de 2003 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 2003/2279. Ponente D. Joaquín Jiménez García), de 11 de noviembre de 1999 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1999/8713. Ponente D. Enrique Bacigalupo Zapater) y de 3 de marzo de 2000 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 2000/1112. Ponente D. José Jiménez Villarejo).

según criterios jurisprudenciales muy consolidados la personalidad del individuo, sus relaciones precedentes con los restantes partícipes, la existencia de móviles turbios o espurios en su proceder y la posible finalidad autoexculpatoria de sus declaraciones— excluye que un procesado o acusado en esta situación pueda ser acreedor o beneficiario de la totalidad de los instrumentos de protección previstos por la Ley, en particular el mantenimiento del anonimato o de la reserva de identidad ni siquiera en fase sumarial, pues en estos casos tales circunstancias son especialmente relevantes en orden a determinar la credibilidad del que declara, y sin conocimiento de su identidad por la defensa difícilmente podrá esta cuestionar su fiabilidad a través de un interrogatorio sobre aspectos que puedan tener influencia en este sentido o mediante la presentación de otras pruebas que permitan crear dudas sobre la coherencia, consistencia y verosimilitud de tal testimonio⁹¹. No obstante, el autor citado afirma que nada impide que al coimputado o al coprocesado se le puedan aplicar las medidas de protección de los artículos 2 y 3.2 de la Ley 19/1994 de protección de testigos y peritos en causas criminales, consistentes en ocultar el domicilio, la profesión o el lugar de trabajo del sujeto, la utilización de medios o procedimientos para ocultar la verdadera fisionomía del que presta testimonio o/y presta declaración sin presiones, amenazas o intimidaciones que pudieran ejercer otros imputados⁹².

Si el legislador opta por la estimulación de las colaboraciones con la Justicia de los culpables de delitos relacionados con la delincuencia

⁹¹ ZARAGOZA AGUADO, Javier, en “La protección de los acusados, testigos y peritos...”, *op. cit.*, pp. 72-73. El autor citado hace referencia (nota a pie de p. 11) a la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1998 –pp. 370-372– en la que resume las opiniones de las Fiscalías de Sevilla y Bilbao, “que claramente postulan la inclusión de los imputados en el ámbito de protección de la Ley, en el primer caso de forma generalizada, y en el segundo al menos hasta que se produzca la formalización judicial la imputación”. En la práctica, el mismo autor afirma (nota a pie de p. 12) que “solo a dos individuos, ambos procesados y condenados en el sumario 13/1990 del Juzgado Central de Instrucción No. 5, «caso nécora», se han arbitrado todas las medidas de protección incluidas en el artículo 3 de la Ley (protección policial, ayuda económica y facilitación de nueva identidad), pero sin que en el curso del proceso se adoptaran otras limitaciones ni para preservar la identidad real ni para impedir su identificación visual”.

⁹² *Ídem*, p. 73.

organizada, con la previsión de beneficios punitivos y penitenciarios a los sujetos que deciden voluntariamente impedir los efectos del delito o delatar a otros culpables, por ejemplo, como hacen los artículos 376 y 579.3 del Código penal español, está obligado a prever igualmente un programa eficaz de protección del “colaborador” que abarque, además, a sus familiares y personas más allegadas. La potencialidad criminal de estas organizaciones es patente, de modo que, incluso, el legislador tiene que tener presente el peligro a los bienes jurídicos, vida, salud física y psíquica y libertad de distintos sujetos que directamente van a ponerse en peligro con la actuación del culpable colaborador que deliberadamente estimula, para lo que debe prever programas de protección específicos para este tipo de situaciones, de una “relación especial de sujeción derivada de la atípica condición que posee en el contexto procesal”⁹³.

En esta línea, también es ilustrativo el ejemplo de la legislación italiana en materia de “arrepentidos”, en cuanto a la previsión de un sistema de protección y tratamiento sancionador de aquellos que colaboran con la Justicia, recientemente modificado por la Ley No. 45, de 13 de febrero de 2001, de modificación de la disciplina de la protección y del tratamiento sancionador de aquellos que colaboran con la Justicia, así como disposiciones a favor de personas que prestan testimonio⁹⁴. En dicha Ley se establecen medidas de seguridad y protección idóneas para asegurar la “incolumidad” de las personas que colaboran con la Justicia y sus allegados, con la previsión –cuando sea necesario– de medidas que van desde la custodia y asistencia económica al sujeto y su familia, hasta el propio cambio de identidad del mismo⁹⁵.

⁹³ *Ídem.*

⁹⁴ Que en la materia modifica, la Ley No. 82, de 15 de marzo de 1991, de nuevas normas en materia de secuestros de personas con fines de extorsión y para la protección de Testigos de la Justicia, así como de la protección y el tratamiento sancionador de los que colaboran con la Justicia.

⁹⁵ Al respecto, el Decreto No. 119, de 29 de marzo de 1993, disciplina el cambio de identidad para aquellos que colaboran con la Justicia.

V. Conclusiones y toma de postura

El Derecho premial, con el establecimiento de un premio o perdón como contraprestación por una conducta post-delictual realizada por el culpable confeso, presenta graves contradicciones con los postulados sobre los que se construye el Derecho penal liberal. La compatibilidad de la recompensa por la contra-conducta realizada por el sujeto con los fines preventivo generales y especiales propios del Derecho penal moderno encuentra difícil justificación dogmática.

No obstante, razones político-criminales de utilidad en la lucha contra la delincuencia organizada han justificado su utilización en los distintos Estados occidentales. Especialmente significativa ha sido su utilización en dos grupos de delitos, por su estructura organizada y permanente: los relativos al terrorismo y los referentes al tráfico de drogas. Fruto de esta práctica son los actuales artículos 376 CP –con relación a los delitos relativos a la salud pública–, 570quater.4 –relativos a las organizaciones criminales– y 579bis.3, CP –de aplicación a los delitos terroristas–.

A diferencia de la fórmula utilizada en otros Estados, Alemania e Italia por ejemplo, el legislador español ha optado por exigir una serie de requisitos de modo cumulativo en el sujeto culpable colaborador –no alternativos–, dejando los efectos de la medida a una libre valoración facultativa del Tribunal sentenciador. En definitiva, los artículos 376, 570quater.4, y 579bis.3 del Código penal no garantizan al culpable confeso colaborador con la Justicia una disminución de los efectos punitivos, aun cuando este lleve a cabo todos y cada uno de los requisitos exigidos. La fórmula “podrá” impide, de un lado, la posibilidad de su utilización por el Juez instructor como instrumento de investigación y, de otro, ser objeto de recurso en Casación ante el Tribunal Supremo cuando la colaboración no haya sido tomada en consideración por el Tribunal de Instancia o no haya sido valorada por este Tribunal suficientemente. De modo, que lo que surge como una discutible pero eficaz medida político-criminal de utilidad en la lucha contra el hermetismo propio de la delincuencia organizada, queda en un simple “deseo de política-ficción”, en el que el legislador espera un acto de colaboración altruista por el narcotraficante o por el terrorista arrepentido, el cual podrá ser valorado por el Tribunal de Instancia.

Curiosamente, al mismo lugar, de modo obligado, puede llegarse con la aplicación de las circunstancias atenuantes genéricas recogidas en los apartados 4º (confesión), 5º (reparación), y sobre todo 7º (análoga, con relación a la 4ª o 5ª) del artículo 21 del Código penal.

La realidad jurisprudencial demuestra que el artículo 376 del Código penal es ineficaz, no responde a la finalidad político-criminal utilitarista de posibilitar la desestructuración de la organización criminal dedicada a actividades ilícitas relacionadas con el narcotráfico. No existen pronunciamientos jurisprudenciales respecto a los artículos 570quater.4 ni 579bis.3 del Código penal y tampoco son trasladables al mismo los existentes respecto al artículo 57 bis b) del Código penal, texto refundido de 1973, por su diferentes estructura y requisitos exigibles.

Si se opta por la utilización de estas discutibles cláusulas premiales, los puntos de partida deben ser los siguientes:

- a) **Ceñirse claramente y exclusivamente a ámbitos de delincuencia formalizados y permanentes en torno a asociaciones u organizaciones estructuradas, ante las cuales el establecimiento de un “premio” en la determinación de la pena al culpable colaborador que permite romper el hermetismo de la organización podría justificarse en razones utilitarias de defensa social.** Se excluiría su aplicación, por tanto, al narcotraficante y al traficante individual, al no cumplir con la finalidad político-criminal del precepto. Al narcotraficante aislado y al terrorista individual colaboradores con la Justicia les serían aplicables las cláusulas genéricas de modificación de la responsabilidad criminal (en este caso, las circunstancias atenuantes de los apartados 4º, 5º y 7º del artículo 21 del Código penal).
- b) La cláusula premial debe suponer estar dotada de seguridad jurídica, es decir, el culpable cooperador debe conocer, desde el momento de su contra-prestación veraz y sincera, las consecuencias que de la misma se van a derivar en la determinación de la pena. Esto es, **la fórmula discrecional “podrá” deberá ser sustituida por la fórmula imperativa “aplicarán”, reforzando de este modo su consideración, de nuevo, como “circunstancias cualificadas para la determinación de la pena” específica.**
- c) Su consideración de circunstancias cualificadas para la determinación de la pena debe suponer que, **como mínimo, su apreciación coincidirá con el máximo de atenuación que al sujeto colaborador le correspondería de aplicarse las circunstancias genéricas de responsabilidad criminal.** Esto daría sentido a su establecimiento específico en la parte especial, permitiendo su aplicación preferente, por el principio de especialidad, respecto a las circunstancias atenuantes de la parte general. La no concurrencia de los requisitos exigidos permitirían la aplicación de las reglas generales de determinación de la pena.

- d) **La atenuación de la pena**, partiendo de su justificación político-criminal, dirigida a desarticular el hermetismo estructural de la organización criminal, lo que conlleva su aplicación exclusivamente a sujetos pertenecientes a la organización o asociación ilícita, que a su vez implica unas penas, en abstracto, hiperagravadas, **debe ser de una entidad superior a las atenuantes de la parte general**, por ello se considera adecuado que el mínimo de aplicación de estas cláusulas premiales coincida con el máximo posible si se aplicaran las cláusulas atenuantes de la parte general, **no pudiendo llegar el máximo a la exención completa de pena**, lo cual supondría la posibilidad inconstitucional de estar instaurando el indulto judicial.
- e) **Las conductas en que se concreten las cláusulas premiales deben ser alternativas. Partiendo del previo voluntario abandono de la actividad delictiva exigible en todo caso**, en el que debería incidirse en un propósito de no reincidencia (lo que permitiría fundamentar estas en la función de prevención especial incidiendo en la reinserción social del delincuente), las conductas merecedoras de una especial atenuación de la pena deberían poder consistir en **una disminución de la permanencia de la actividad delictiva, de un lado, o, en la cooperación en el aporte de datos para posibilitar la desestructuración de la organización criminal, esto es, para impedir su actividad o su desarrollo, de otro lado.**

Globalización, violencia e inseguridad ciudadana en tiempos de transformaciones del Derecho penal

DR. ARNEL MEDINA CUENCA*

Sumario

1. Introducción
2. Globalización y Derecho penal
3. Violencia e inseguridad ciudadana
4. A modo de Conclusiones

1. Introducción

En los inicios del siglo XXI, se encuentran muy cuestionados, desde la política, la sociedad civil y un sector de la doctrina¹, los principios de intervención mínima, humanidad de las penas, proporcionalidad, resocialización, presunción de inocencia, independencia judicial, derecho a la defensa y otros en el orden penal y procesal, de la mano de la globalización y de la denominada sociedad de riesgo,

* Doctor en Ciencias Jurídicas, Master en Derecho Público y Especialista en Derecho Penal, Profesor Titular de Derecho penal y Vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Vicepresidente de la Sociedad cubana de Ciencias Penales. arnelmedinacuenca@yahoo.es

¹ *Per omnia*, JAKOBS, Günther: JAKOBS, Günther y Manuel, CANCIO MELIA, Manuel, *Derecho Penal del Enezmigo*, Editorial Civitas Ediciones, S. L., Madrid, 2003. Disponible en: <http://www.psicosocial.net/grupo-accion-comunitaria/centro-de-documentacion-gac/psicologia-y-tecnicas-de-control-social/coercion-y-control-social/771-derecho-penal-del-enemigo/file> Consultado el 2/6/2016, a las 21.34.

con la aparición de fenómenos delictivos congruentes con ello, que están requiriendo de una política criminal, en la que se logre la necesaria armonía entre la necesidad de adaptar las normas penales y de procedimiento al surgimiento de nuevos intereses de protección o la revalorización de algunos ya existentes y la necesidad de garantizar la vigencia de un proceso penal garantista y respetuoso de los derechos fundamentales, frente a la innegable criminalidad de nuevo “corte”.

Las garantías penales y procesales penales no son producto de un capricho, como afirma el profesor Zaffaroni, sino el resultado de la experiencia de la humanidad acumulada en casi un milenio, en lucha constante contra el ejercicio inquisitorial del poder punitivo, propio de las invocaciones de emergencias conocidas en todos estos siglos, en que el poder punitivo descontrolado, emprendiendo empresas genocidas, causó más muertes y dolor que las propias guerras².

Para evitar los excesos en la aplicación del poder punitivo por parte de los Estados, durante los últimos siglos y especialmente con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, como resultado de los horrores del fascismo, se consagraron los principios limitativos del derecho de castigar o *ius puniendi*, que se erigen como escudos protectores de los ciudadanos frente al Estado, tanto en las constituciones y leyes nacionales, como en numerosos instrumentos jurídicos internacionales de protección de los Derechos Humanos³.

² Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Globalización y Crimen Organizado”, Conferencia de clausura de la primera Conferencia Mundial de Derecho Penal, organizada por la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) en Guadalajara, Jalisco, México, pronunciada el 22 de noviembre de 2007. Disponible en: http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/globalizacion_crimen_organizado.pdf Consultado el 26/5/2016 a las 11.10.

³ Vid, entre otros, INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (IIDH), “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)”, En: *Instrumentos Generales de Derechos Humanos, junio de 2005, San José de Costa Rica*, p. 32. Disponible en: http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/PaginaExterna.aspx?url=/BibliotecaWeb/Varios/Documentos.Interno/BD_1345057820/Instrumentos%20Internacionales%20Proteccion%20DDHH.pdf Consultado el 2/6/2016, a las 21.55. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos”, Adoptadas por el

Desde los años noventa del pasado siglo y especialmente a partir de los acontecimientos del once de septiembre de 2001, con el derribo de las Torres Gemelas de Nueva York y otros hechos que le sucedieron en los años siguientes en Europa y Asia, con el pretexto de combatir el terrorismo y la delincuencia organizada, la tendencia ha sido de incrementar la cuantía de las penas y de endurecer las condiciones de reclusión, mientras que las modernas corrientes del pensamiento criminológico sobre la ineficacia del encierro como pena van quedado olvidadas.

En el escenario actual, a 252 años de la obra cumbre de Beccaria, resulta compleja la lucha por mantener un Derecho penal mínimo y respetuoso de los derechos humanos, por el cumplimiento de los principios limitativos del *ius puniendi* o derecho de castigar del Estado, las alternativas a la privación de libertad, la intervención mínima, la proporcionalidad de la pena y la resocialización de los sancionados, en la tarea de darle continuidad a los avances que se habían logrado desde la segunda mitad del pasado siglo, cuando el tratamiento penal adoptó una amplia variedad de formas, que incluían la despenalización de las conductas de escasa peligrosidad social, una mayor racionalidad en la determinación de la cuantía de las penas y medidas sustitutivas de las sanciones privativas de libertad, entre otras acciones, encaminadas a lograr una política penal, en la que los propósitos enunciados desde la doctrina, sobre el cumplimiento del

Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TreatmentOfPrisoners.aspx> Consultadas el 2/6/2016 a las 15.30. _____ “Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)”, Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990. Disponible en: http://www2.ohchr.org/spanish/law/reglas_tokio.htm Consultada el 2/6/2016, a las 16.20, ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL, SECRETARIA DE ASUNTOS JURÍDICOS, “Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf Consultada el 2/6/2016, a las 23.15.

principio de humanidad de las penas, se tenían en cuenta, en mayor grado por los poderes públicos y la sociedad civil.

En definitiva, importa reducir la presencia de la pena de prisión y su aplicación para racionalizar, todavía con más intensidad, las políticas de justicia penal sobre el imprescindible soporte del respeto a los derechos humanos de todos los ciudadanos incluidos los condenados, las exigencias de justicia social sobre la trilogía garantista y aseguradora: delincuente-sociedad- víctima. Únicamente así se podrá legitimar en cierta medida la pena de prisión en el Estado social y democrático de Derecho⁴.

En las actuales circunstancias, las demandas al Derecho penal pretenden cambiarle su contenido esencial. Su creciente expansión, no es solamente de delitos o bienes jurídicos; también se caracteriza por una reducción de principios, de condiciones para la imputación objetiva y subjetiva. Y ese Derecho penal ha cambiado; aunque todavía no sirve para solucionar los problemas actuales sistemáticos de la sociedad de riesgo, ya no puede mantener el papel tradicional de la búsqueda justa y real de la responsabilidad individual⁵.

Los altos niveles de violencia y las grandes dosis de dolor que provocan la aplicación indiscriminada de las penas privativas de libertad, sobre todo en los países menos desarrollados, el encierro en lugares sin las condiciones mínimas indispensables para la vida humana, donde los derechos humanos parecen no regir, ni tampoco

⁴ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “¿Pasa la legitimación de la pena de prisión en una sociedad democrática por una política penal reduccionista?”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Universidad de Almería, Volumen 8. Diciembre de 2014, p. 36. Disponible en: <http://www.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2014-12/%C2%BFPASA%20LA%20LEGITIMACI%C3%93N%20DE%20LA%20PENA%20DE%20PRISI%C3%93N%20EN%20UN%20SOCIEDAD%20DEMOCR%C3%81TICA%20POR%20UNA%20POLITICA%20CRIMINAL%20REDUCCIONISTA.pdf> Consultado el 4/6/2016, a las 17.18.

⁵ PRITTWITZ, Cornelius, “El Derecho penal como propia *ratio*”, En: *Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana*, Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano de la Universidad de Göttingen, Alemania, 14-25 de septiembre de 2015, p. 556. Disponible en: www.cedpal.uni-goettingen.de/docs/reader.pdf Consultada el 4/6/2016, a las 23.00.

importar demasiado, le dan la razón a Zaffaroni, cuando afirma que: “La cárcel es verdaderamente una máquina deteriorante que genera en el privado de libertad una patología específica de regresión, producto de las condiciones antinaturales a que es sometido el adulto recluido, privado de todas la libertadas y capacidades que como tal tiene. Se determina en estos sujetos un síndrome de prisonización o “cultura de la jaula”, en la que la propuesta de resocialización es irrealizable, y por el contrario se revela, junto con la ideología del tratamiento, como un discurso encubridor del verdadero papel que juegan dentro de un sistema penal irracional e ilegítimo”⁶.

2. Globalización y Derecho penal

Con el vocablo globalización, como afirma Fernando Velásquez⁷, se hace referencia a la unificación de los espacios de reproducción social, la proliferación de los movimientos migratorios y los cambios radicales en la división internacional del trabajo; o a la estructura político-económica multipolar que supone nuevas fuentes de coope-

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas, Deslegitimación y Dogmática Jurídico-penal*, Editorial EDIAR, Buenos Aires, 1998, p. 104. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/5185047/Eugenio-Raul-Zaffaroni-En-busca-de-las-penas-perdidas#scribd> Consultado el 3/6/2016, a las 20.10.

⁷ VELÁSQUEZ, Fernando, “Globalización y Derecho penal”, *Cuadernos de Derecho Penal, Revista de la Universidad Sergio Arboleda*, Bogotá, 2014, p. 2. Disponible en: http://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/article/download/363/307 Consultada el 12/6/2016, a las 20.25. Para el profesor de Derecho penal de la Universidad Sergio Arboleda de Bogotá, tal noción se asocia con la autonomía lograda por la economía en relación con la Política; con el surgimiento de nuevas estructuras de decisión en el ámbito planetario; con las alteraciones sufridas por las empresas, sectores, regiones, países y continentes en materia de competitividad. Así mismo, se vincula con la “desnacionalización” de los derechos, la “desterritorialización” de las formas institucionales, y la descentralización de las estructuras políticas del capitalismo; también, se acude a ese concepto para referirse a la estandarización de las prácticas comerciales en el ámbito mundial, la desregulación de los mercados de capitales, la interconexión de los sistemas financiero y de seguridad a escala global, la reasignación geográfica de las inversiones productivas y la volatilidad de las transacciones especulativas.

ración y conflicto tanto en el movimiento de capital como en el desarrollo del sistema mundial.

Aunque no se trata de un fenómeno nuevo, lo más novedoso es su irrupción en las sociedades informáticas actuales dando lugar a un complejo fenómeno de interacciones transnacionales, en el cual los emporios financieros de origen privado y grandes bloques económicos amenazan con sustituir al Estado como actor principal⁸.

La globalización, no ha resuelto los problemas de las desigualdades sociales que tanta incidencia tienen en el aumento de la criminalidad, la violencia y la inseguridad ciudadana. El tráfico de drogas, el tráfico y la trata de personas y otros males, que van de la mano de la delincuencia organizada, se ven influenciados por la concentración del capital en determinadas áreas, que al propio tiempo, contribuye al mantenimiento del subdesarrollo en los países pobres⁹.

Si bien es cierto, la historia de cada país es diferente en lo particular, también lo es que en lo sustancial, cada uno sin distinción, en algún momento de su pasado o presente incluso en la actualidad, sigue luchando contra la esclavitud, la desigualdad y la inequidad por alcanzar la libertad de cada ser humano¹⁰. La globalización e

⁸ *Ídem*, p. 3. Ademán comenta que no deja de ser irónico que en la actualidad se hable de “globalización” o de “mundialización” de la economía y de las finanzas, cuando el “mundo” al que se hace referencia se reduce a tres zonas geográficas: América del Norte; Europa occidental y Asia oriental; dentro de esta tríada de bloques económicos se concentra más del 70% del comercio mundial, y el 84% de él tiene lugar entre países que apenas acogen el 24% de la población mundial. Por eso, algunos prefieren hablar de la *glocalización* como *contracción de lo global y lo local, de tal manera que lo global es local y viceversa; mientras que otros, por su parte, aluden a la “sociedad 20:80”, para mostrar una organización comunitaria de la quinta parte en la cual la mayoría de desplazados debe ser manejada con placebos, mientras que sólo el 20% de privilegiados bastará para sostener la economía mundial.*

⁹ *Vid*, GOITE PIERRE, Mayda y Arnel, MEDINA CUENCA, “Migraciones, globalización y tráfico y trata de seres humanos, analizados desde una perspectiva cubana”, *Revista Mundi Migratorios*, Vol. II, No. 2, 2014, p. 66. Disponible en: <http://www.anuariocemi.uh.cu/index.php/AC/article/view/37> Consultado el 4/6/2016, a las 13.50.

¹⁰ CRESPO GÓMEZ, Yesenia Guadalupe, *Una mirada a la trata de personas en México: La libertad y la dignidad, vs la esclavitud*, “Migraciones Interna-

inserción de los contenidos de los tratados internacionales en materia de derechos humanos incluso a nivel constitucional en los Estados, no es garantía de que su aplicación sea acorde a los fines que los positivizan y mucho menos que puedan reputarse por esa acción, como Estados democráticos de derecho, más que de nominación, lo cual podría resultar en el gobernado una falacia si estos no son debidamente garantizados para su adecuado ejercicio.

Coincidimos con Terradillos Basoco, en que la globalización, lejos de constituir una palanca de ampliación de estrategias penales de aplicación igualitaria, consagra la desigualdad, sobre todo como efecto de procesos de desregulación cuya consecuencia fundamental es la impunidad del poderoso en entornos débiles¹¹ y en el tema que nos ocupa, provoca que las bandas criminales se aprovechen de las penurias que sufren los más desfavorecidos con la distribución de la riqueza y encuentren en el tráfico de seres humanos una vía para obtener fáciles ganancias aprovechándose de la debilidad y en ocasiones de la falta de interés de los Estados para combatir este flagelo, a pesar de los esfuerzos que desde la Comunidad internacional y desde la sociedad civil se desarrollan para enfrentar a las mafias internacionales que se benefician del tráfico de seres humanos y proteger a las víctimas.

La globalización, contrario a lo que pudiera esperarse por quienes en determinado momento, vieron en ella la solución de todos los males de la humanidad, sin tener en cuenta los efectos negativos de su vertiente neoliberal, no va a atenuar los flujos migratorio. La mayoría de las migraciones modernas tienen sus raíces en la actual estructura del sistema económico, que al fomentar la concentración del capital

cionales, tráfico y trata de seres humanos, una visión desde Cuba, en Medina Cuenca (Coord.), Universidad de la Habana, Facultad de Derecho, Unión Nacional de Juristas de Cuba, UNIJURIS, pp. 113 y 114. Disponible en: <http://www.lex.uh.cu/sites/default/files/9.%202016-SERIE%20-%209-%20Avances%20y%20ret.%20de%20la%20R.%20procesal.pdf> Consultada el 23/5/2016, a las 22.12.

¹¹ TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Sistema penal y criminalidad internacional, en Nieto Martín (Coord.), Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam, 2001, vol. I, Cuenca, p. 309.*

en determinadas áreas, contribuye al mantenimiento del subdesarrollo en otras menos favorecidas¹².

En el Informe sobre Desarrollo Humano, correspondiente al año 2015¹³, se afirma que a la desigualdad en los logros alcanzados en esa materia se añaden las privaciones humanas generalizadas. En todo el mundo, 795 millones de personas padecen hambre crónica, 11 niños y niñas menores de 5 años mueren cada minuto y 33 madres mueren cada hora. Cerca de 37 millones de personas viven con el VIH y 11 millones sufren tuberculosis. Más de 660 millones de personas utilizan fuentes de agua no potable, 2.400 millones de personas usan instalaciones sanitarias no mejoradas y casi 1.000 millones de personas se ven forzadas a la defecación abierta. En todo el mundo, 780 millones de adultos y 103 millones de jóvenes (de entre 15 y 24 años de edad) son analfabetos. En los países desarrollados hay 160 millones de analfabetos funcionales. A escala mundial, 250 millones de niños y niñas no han adquirido los conocimientos básicos, pese a que 130 millones de ellos han asistido al menos 4 años a la escuela.

El profesor de Derecho penal de la Universidad de los Andes de Bogotá, Ricardo Posada Maya¹⁴, al resumir su posición en relación

¹² RODRÍGUEZ MESA, María José, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 22-23. Vid, también en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2007, *Las razones del Derecho Penal. Modelos de Fundamentación y Legitimación, donde afirma que...* "la pérdida de capacidad estatal derivada del proceso de globalización, o al menos su inconsistencia en el campo de producción y aplicación del Derecho, determina la incapacidad del sistema penal para controlar las nuevas relaciones sociales". Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-10.pdf> Consultado el 26/5/2016 a las 15:20.

¹³ Vid, PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), *Informe Sobre Desarrollo Humano 2015. Trabajo al servicio del desarrollo humano*, UN Plaza, Nueva York, NY 10017, Estados Unidos, 2013, p. 4. Disponible en: http://hdr.undp.org/sites/default/files/2015_human_development_report_overview_-_es.pdf Consultado el 16/6/2016, a las 13.45.

¹⁴ POSADA MAYA, Ricardo, "El Derecho penal en la era de la globalización vs el Derecho penal de la globalización alternativa", *Cuadernos de Derecho Penal, Revista de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, No. 12, julio-diciembre de 2014, p. 31*. Disponible en: <http://revistas.usergioarboleda.edu.co/index>.

con el debate del Derecho penal que necesitamos en la era de la globalización, argumenta que éste no se puede estancar en la discusión del Derecho penal del enemigo, la corrupción o neo-corrupción y el crimen organizado. Se trata de una reducción del fenómeno muy peligrosa, pues esconde el verdadero trasfondo del asunto e impide producir una verdadera transformación del Derecho penal regional.

Las instancias políticas no pueden evitar la responsabilidad social de la criminalidad, y atribuir toda la culpa de ésta a los distintos procesos de globalización. El gran desafío del Derecho penal en los últimos años consiste en lograr armonizar la globalización de la sanción con la democracia representativa y los derechos humanos. Es mejor reclamar más globalización en materia de derechos y libertades, justicia y seguridad¹⁵.

El Papa Francisco, expresó el 30 de mayo de 2014, en comunicación enviada a los participantes en el XIX Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal y del III Congreso de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología, que el aumento y endurecimiento de las penas con frecuencia no resuelve los problemas sociales ni logra disminuir los índices de delincuencia. Y, además, se pueden generar graves problemas para las sociedades, como son las cárceles superpobladas o los presos detenidos sin condena...¹⁶.

[php/cuadernos_de_derecho_penal/issue/download/40/37](http://cuadernos_de_derecho_penal/issue/download/40/37) Consultada el 28/5/2016, a las 21.55.

¹⁵ *Ídem*.

¹⁶ BERGOGLIO, Mario José, “Discurso del Santo Padre: *cautela in poenam et primatus principii pro homine*”, pronunciado el día 23 de octubre de 2014, en la **Audiencia que le concedió a la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) y la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología (ALPEC)**, *Cuadernos de Derecho Penal, Revista de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, No. 12, julio-diciembre de 2014, p. 100. Disponible en: http://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/issue/download/40/37* Consultada el 3/6/2016, a las 16.35. Al respecto, Su Santidad, Francisco, manifestó que en nuestras sociedades tendemos a pensar que los delitos se resuelven cuando se atrapa y condena al delincuente, pasando de largo ante los daños cometidos o sin prestar suficiente atención a la situación en que quedan las víctimas. Pero sería un error identificar la reparación solo con el castigo, confundir la justicia con

El poder punitivo debe servir para evitar la muerte evitable, no para provocarla. Cuando el poder punitivo se superpone y se confunde con el crimen, toda ley se vuelve ilegítima y toda autoridad pierde el mínimo ético requerido para demandar respeto¹⁷. El respeto de la dignidad humana no solo debe operar como límite a la arbitrariedad y los excesos de los agentes estatales, sino como criterio orientador para la persecución y represión de aquellas conductas que representan los más graves ataques a la dignidad e integridad de la persona humana¹⁸.

La justicia penal es¹⁹ el fundamento jurídico-institucional de la investigación del castigo del delito, pero sólo es verdadera justicia

la venganza, lo que solo contribuiría a incrementar la violencia, aunque esté institucionalizada.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Discurso del Profesor Eugenio Raúl Zaffaroni en representación de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología (ALPEC)”, pronunciado el día 23 de octubre de 2014, en la **Audiencia que el Papa le concedió a la Asociación Internacional de Derecho Penal y la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología**, *Cuadernos de Derecho Penal, Revista de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, No. 12, julio-diciembre de 2014, p. 97. Disponible en: http://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/issue/download/40/37* Consultada el 3/6/2016, a las 22.15. Refiriéndose al Santo padre expresó: “Tanto lo manifestado en la carta que nos hizo el honor de remitirnos, como varios párrafos de la Exhortación Apostólica *Evangelii Gaudium*, demuestran su sensibilidad y preocupación en el sentido que hoy nos atrevemos a expresarle. Nos reconforta sabernos acompañados nada menos que por su palabra, que le agradecemos profundamente. Por los pibes martirizados en Guerrero ya no podemos hacer nada, pero hay millones que esperan que hagamos algo por ellos”.

¹⁸ BERGOGLIO, Mario José, “Discurso del Santo Padre: *cautela in poenam et primatus principii pro homine*”, pronunciado el día 23 de octubre de 2014. ..., *cit*; p. 117. La cautela en la aplicación de la pena pública debe ser el principio rector de los sistemas penales, y la plena vigencia y operatividad del principio *pro homine* debe garantizar que los Estados no estén habilitados, jurídica o fácticamente, a subordinar el respeto de la dignidad de la persona humana a cualquier otra finalidad, aun cuando se procure alcanzar algún tipo de utilidad social.

¹⁹ VERVAELE, John A. E., “Discurso del Profesor John A. E. Vervaele presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP)”, pronun-

cuando respeta la dignidad humana, los derechos de las personas en el Estado de Derecho y los derechos humanos. La justicia penal tiene una espada, pero también un escudo protector. Los Estados tienen el poder de castigar (*ius puniendi*). La ley concede el uso de este poder, pero también está sujeto a la dirección y control por parte de la ley.

Esta moderación a través del control es la esencia misma del Estado de Derecho y de los derechos humanos, ya que el Estado tiene que garantizar la libertad y la seguridad de los ciudadanos. Los principios de humanidad y dignidad humana deben estar en el centro de la satisfacción entre el delito y la pena. De hecho, las situaciones de conflicto que fomentan la violencia y el delito no se resuelven mediante una pena excesiva, sino todo lo contrario. Muchas veces la pena también es discriminatoria, ya que las cárceles están llenas de los más pobres y los más débiles, los excluidos y los desprotegidos de la sociedad²⁰.

ciado el día 23 de octubre de 2014, en la **Audiencia que el Papa le concedió a la Asociación Internacional de Derecho Penal y la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología**, *Cuadernos de Derecho Penal, Revista de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, No. 12, julio-diciembre de 2014, p. 98. Disponible en: http://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/issue/download/40/37 Consultada el 4/5/2016, a las 21.55. Esta es también la razón por la que el trabajo de la AIDP ha prestado mucha atención a la excesiva criminalización de los excluidos, a las penas excesivas, al populismo punitivo de los medios de comunicación y los políticos y a la restricción excesiva de los derechos humanos y las libertades individuales que ponen en peligro la dignidad humana, todo ello abordado en su mensaje de mayo pasado. Una justicia penal que niega la dignidad humana, convirtiendo a los sospechosos en no-personas, enemigos, *hostis*, es incompatible con la misión de nuestra organización.*

²⁰ *Ídem*, p. 100. En la parte final de su discurso, el presidente de la más antigua Asociación Internacional de Derecho Penal - AIDP (fundada en 1889 y refundada en 1924 tras la Primera Guerra Mundial), le manifestó a Su Santidad, que si la justicia quiere ser humanizadora y conciliadora tiene que contribuir a resolver los orígenes de la violencia y el conflicto y tiene que encontrar formas de rehabilitación y reinserción. Una justicia penal basada en la exclusión de la sociedad niega la dignidad humana. No sólo la ejecución de la pena de muerte, sino también la imposición de la cadena perpetua sin una perspectiva real de reintegración en la sociedad

Su Santidad, el Papa Francisco²¹, al analizar el papel del Derecho penal y la Criminología, en los tiempos actuales, ha manifestado que, tanto desde ciertos sectores de la política como desde algunos medios de comunicación, se incita a la violencia y a la venganza, pública y privada, no solo sobre quienes son responsables de haber cometido delitos, sino también sobre quienes recae la sospecha, fundada o no, de haber infringido la ley.

El denominado populismo punitivo²² ha provocado fuertes deterioros en los derechos sociales y el garantismo, con el endurecimiento del Derecho penal y de los instrumentos de control social. Se utiliza la desgracia de los perjudicados, las víctimas y sus familiares, para realizar modificaciones estructurales del sistema sancionador, en tanto por la falta de consenso y la resistencia de la sociedad civil, muy trabajoso resulta para los políticos propiciar y establecer reformas penales, y por ello se busca la oportunidad de casos denigrantes o que creen suficiente alarma social, y así aperturar un espacio e introducir la excepcionalidad, la restricción de garantías, el endurecimiento de

se basan en un modelo de exclusión que niega la dignidad humana. Si no hay espacio para el arrepentimiento y la penitencia se excluye *a priori* la voluntad y la capacidad potencial del condenado para reintegrarse.

²¹ BERGOGLIO, Mario José, “Discurso del Santo Padre: *cautela in poenam et primatus principii pro homine*”, pronunciado el día 23 de octubre de 2014..., *cit*; pp. 108-109. No solo se buscan *chivos expiatorios* que paguen con su libertad y con su vida por todos los males sociales, como era tradición en las sociedades primitivas, sino que, además, se construyen deliberadamente enemigos, figuras arquetípicas, estereotipadas, que concentran en sí todos los caracteres que la sociedad puede percibir o interpretar como amenazantes. Los mecanismos de construcción de estas imágenes son los mismos que permitieron la expansión de las ideas racistas y judeófobas que ecllosionaron hacia fines del siglo XIX. Los principales enemigos de hoy, en distintas regiones del planeta, son los inmigrantes y los jóvenes de barrios precarios, sobre quienes pesa el estigma de potenciales delincuentes.

²² *Vid*, LARA Amat y Joan, LEÓN, “El conflicto social en la globalización neoliberal y el neoconservadurismo: entre las nuevas guerras y el populismo punitivo”, *Revista Crítica Penal y Poder*, Barcelona, núm. 4, 2013, P. 141. Disponible en: <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/download/5462/7549> Consultado el 11/6/2016, a las 13.30.

las penas o, en el mejor de los casos, provocar que el sistema de justicia penal vigorice las sanciones sobre los culpables²³.

Con este sistema se introduce la opinión de la víctima en el proceso de reforma penal, a través de la presión que los medios de comunicación ejercen sobre la población. Podría decirse que las agresiones sexuales contra los niños y niñas; la violencia contra las mujeres, y las muertes violentas ocasionadas por atracos con el empleo de armas, han sido recurrentes para mostrar la gravedad de un delito por la gran desproporción del delincuente frente a la víctima²⁴.

Las políticas sociales se trazan por la empresa privada, que al propio tiempo dominan los medios de comunicación y no por los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. Con el avance de la globalización y la mundialización de la economía, cada día se hace más evidente, que cuando hablamos del sector privado y la influencia de sus propios medios de comunicación, lo hacemos de las grandes transnacionales, que se han convertido en los verdaderos dueños de los destinos del mundo.

El temor a ser linchado por los medios de comunicación, con su enorme poder mediático, ejerce una influencia muy negativa sobre el legislador que aprueba una ley disparatada y también en el juez que dicta una sentencia injusta; lo que unido a otras presiones que se ejercen desde diferentes sectores de la sociedad civil y el control excesivo desde los parlamentos y el gobierno sobre las decisiones de los jueces, mediante mecanismos tales como los Consejos de la Judicatura, evaluaciones del desempeño de los jueces, la forma de elección, las manifestaciones en la calle frente al juzgado, la espera para el linchamiento, en caso de que sea liberado el presunto culpable, o

²³ MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto, "Retos y desafíos del derecho penal y la criminología en América Latina", Revista IUS, vol.8, no.34, Puebla jul./dic. 2014, p. 3. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-21472014000200002&script=sci_arttext Consultada el 13/6/2016, a las 11.00.

El autor propone como alternativa buscar la reversión de la doble vía, que hace hoy a la justicia penal una justicia fuertemente clasista: Derecho penal máximo, extremadamente duro e inflexible contra la delincuencia de los pobres, delincuencia de subsistencia; Derecho penal mínimo, máximamente leve e indulgente contra los crímenes del poder, la corrupción.

²⁴ *Ídem*.

el que ya los medios han determinado su culpabilidad anticipada por mandato “divino”.

Refiriéndose a los que así actúan, Su Santidad, el Papa Francisco²⁵, expresó recientemente en el Vaticano, que la misión de los juristas no puede ser otra que la de limitar y contener esta irracionalidad. Es una tarea difícil, en tiempos en que muchos jueces y operadores del sistema penal deben cumplir con su tarea coaccionados por las presiones de los medios masivos de comunicación, de algunos políticos inescrupulosos y de las pulsiones vindicativas que ellos fomentan en las sociedades. Quienes tienen tan altas responsabilidades están llamados a cumplir con su deber, puesto que no hacerlo ponen en riesgo vidas humanas, que deben ser cuidadas con mayor compromiso que con el que a veces cuidan sus cargos.

Sobre el rol de los medios de comunicación, el Papa Francisco, afirmó también, que en su legítimo ejercicio de la libertad de prensa, juegan un papel muy importante y tienen una gran responsabilidad: de ellos depende informar rectamente y no contribuir a crear alarma o pánico social cuando se dan noticias de hechos delictivos. Están en juego la vida y la dignidad de las personas, que no pueden convertirse en casos publicitarios, a menudo incluso morbosos, condenando a los presuntos culpables al descrédito social antes de ser juzgados o forzando a las víctimas, con fines sensacionalistas, a revivir públicamente el dolor sufrido²⁶.

El dilema del *ius puniendi versus ius libertatis* ha estado presente a lo largo de la historia de la evolución de las ideas penales y no ha sido resuelto de igual manera. A pesar de ello, los ciudadanos alarmados por el constante incremento de las actividades criminales reclaman un cambio hacia una postura más represiva y dura del sistema penal.

²⁵ BERGOGLIO, Mario José, “Discurso del Santo Padre: *cautela in poenam et primatus principii pro homine*”, pronunciado el día 23 de octubre de 2014. ..., cit; p. 109.

²⁶ Vid, BERGOGLIO, Mario José, “El Papa Francisco y el Derecho Penal”, Comunicación del Santo Padre a los participantes en el XIX Congreso de la AIDP, de 30 de mayo de 2014, *Cuadernos de Derecho Penal, Revista de la Universidad Sergio Arboleda*, Bogotá, No. 12, julio-diciembre de 2014, pp. 100-101. Disponible en: http://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/issue/download/40/37 Consultada el 2/6/2016, a las 20.45.

La mejor forma de combatir los abusos y la represión en materia penal continúa siendo la de limitarlos mediante la protección de los derechos inalienables de los seres humanos. Los poderes probatorios no deben conducirnos al autoritarismo. El buen criterio judicial, al resolver sobre la responsabilidad penal de una persona, se debe apoyar en el respeto por parte de las autoridades a la dignidad e integridad de la persona humana²⁷.

Cuando el asunto se vuelve un problema de seguridad nacional y pasa a formar parte de la agenda de seguridad nacional de un país significa que el Estado fracasó al respecto y los intentos previos por solucionar esos problemas en otros ámbitos no funcionaron. Desde esta perspectiva, el Estado se encuentra dispuesto a utilizar mecanismos excepcionales para lograr una solución efectiva, mediante la promoción de actividades abiertamente antidemocráticas, que resultan por demás arriesgadas porque atentan contra el ideal del Estado de Derecho...²⁸.

Ricardo Posada Maya²⁹, destaca como algunas características del Derecho penal en la era de la globalización las siguientes:

1. Se trata de un Derecho penal que cede algunas de las funciones de control a los sistemas jurídicos internacionales. Se sostiene el criterio de que cuando el Estado es débil, su accionar debe replegarse a la región condicionarse a los mandatos de los organismos multilaterales.
2. Se trata de un Derecho penal cuyo desarrollo supone el cumplimiento de directrices político-criminales internacionales, transnacionales o macroregionales, diseñadas en algunos casos por órganos multilaterales y en otros por Estados nacionales hegemónicos, como el GAFI, diseñado por el G - 7, y el Plan Colombia, por los Estados Unidos.

²⁷ Vid, RIVERO EVÍA, Jorge, ¿Aseguramiento o garantismo? El Derecho penal del enemigo en la Constitución Mexicana, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, pp. 254-255. Disponible en: http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/27/14%20%C2%BFaseguramiento_Revista%20Judicatura.pdf Consultado el 4/5/2016, a las 17.00.

²⁸ *Ídem*, p. 255.

²⁹ POSADA MAYA, Ricardo, *op. cit*; pp. 12-20.

Por este medio se ha alcanzado cierta homogeneidad jurídica internacional, que no garantiza sistemas jurídico-penales equilibrados en términos constitucionales.

3. La incidencia de los medios de comunicación masivas, en la transformación del ámbito vital y del Derecho penal, que por lo general logran una respuesta de las autoridades políticas y judiciales, de carácter simbólicas, que terminan relativizando los derechos fundamentales de los ciudadanos, como la intimidad y la libertad personal.
4. Desde la década de los noventa del siglo XX es perceptible un incremento sustancial de los delitos que suponen la protección del libre mercado y la intervención estatal en la economía; tales como los delitos contra los trabajadores, el cibercrimen, etc.
5. Se advierte un Derecho penal "fundamentalista", que agudiza diferencias y exacerba desigualdades sociales.
6. Se observa un Derecho penal incapaz de controlar las relaciones sociales, dada la inseguridad objetiva y subjetiva social, que propicia reacciones de los ciudadanos frente a la criminalidad, como ocurre con los linchamientos y la indefensión estatal frente a ciertos sujetos criminales que actúan en el marco de una interacción global compleja y diversa, que genera un modelo punitivo que discrimina y termina afectando los procesos de justicia nacionales y sus garantías procesales.

La verdadera globalización del Derecho penal implicaría construir un sistema legal que no propicie la absorción jerárquica del sistema nacional por el sistema jurídico internacional, sino que permita una adecuada relación dialógica cooperativa y complementaria entre ambos, para que los esfuerzos nacionales, orientados al control de la criminalidad, se puedan desarrollar según una política criminal equilibrada y sostenible a largo plazo³⁰.

La cautela en la aplicación de la pena pública debe ser el principio rector de los sistemas penales, y la plena vigencia y operatividad del principio *pro homine* debe garantizar que los Estados no estén habilitados, jurídica o fácticamente, a subordinar el respeto de la dignidad de la persona humana a cualquier otra finalidad, aun cuando se procure alcanzar algún tipo de utilidad social. El respeto de la dignidad

³⁰ *Ídem*, pp. 25-26.

humana no solo debe operar como límite a la arbitrariedad y los excesos de los agentes estatales, sino como criterio orientador para la persecución y represión de aquellas conductas que representan los más graves ataques a la dignidad e integridad de la persona humana³¹.

En la primera década del nuevo siglo y los años siguientes, se ha producido un proceso creciente de elevación de las penas de prisión y la pobreza o el desarraigo social hacen que los delincuentes eviten por todos los medios ingresar en prisión, aun a costa de eliminar los testigos. Sus delitos son cada vez más violentos, innecesariamente violentos, salvo para evitar identificaciones posteriores y destruir pruebas como consecuencia de una política de castigo penitenciario desmesurado incluso para delitos mínimos, que tiene como resultado una ampliación de la violencia en la sociedad y la aparición de una delincuencia ultraviolenta, lo que se traduce en un mayor hacinamiento carcelario y más presión sobre los gobiernos desde la empresa privada y la sociedad, para buscar soluciones, que no siempre se corresponden con una estrategia de enfrentamiento a las bandas criminales científicamente elaborada y coherente con la realidad social. De lo que se trata, es de responder también a la violencia, con más violencia por parte de las agencias del Estado.

En la mayoría de los países Latinoamericanos la creciente criminalidad, que desde una perspectiva criminológica ha cambiado los cánones del delito tradicional, no solo en las conductas sino también en los sujetos comisores, que va generando un sentimiento de inseguridad generalizado, lo que ha traído como consecuencia que la Comunidad internacional se haya pronunciado por un cambio en las políticas de enfrentamiento a esta “nueva” delincuencia, recomendando a los Estados que adopten medidas que contribuyan a una persecución eficaz.

Ello se ha asumido como un llamado al “endurecimiento” en las políticas penales, donde el uso de la prisión provisional ha dejado de ser excepción para convertirse en regla con una franca disminución de la presunción de inocencia como paradigma de los procesos penales y derechos de los ciudadanos, lo que nos obliga a presentar un análisis objetivo de esta problemática con la finalidad de contribuir a

³¹ BERGOGLIO, Mario José, “Discurso del Santo Padre: *cautela in poenam et primatus principii pro homine*”, pronunciado el día 23 de octubre de 2014..., cit; p. 117.

que el Derecho penal guiado por los fundamentos criminológicos no pierda su esencia de última *ratio*.

El expansionismo acelerado e irracional del Derecho penal y las largas condenas de prisión, no siempre por violaciones demasiado graves de las normas de convivencia, sin que el hacinamiento carcelario parezca importarles demasiado a los que diseñan y aplican la política criminal, especialmente en América Latina, le dan toda la razón a Eduardo Galeano cuando, al referirse a la situación de los presos en América Latina expresó que "...las dictaduras militares ya no están, pero las frágiles democracias latinoamericanas tienen cárceles hinchadas de presos. Los presos son pobres, como es natural, porque solo los pobres van presos en países donde nadie va preso cuando se viene abajo un puente recién inaugurado, cuando se derrumba un banco vaciado por los banqueros o cuando se desploma un edificio construido sin cimientos. Cárceles inmundas, presos como sardinas en lata, en su gran mayoría presos sin condena. Muchos, sin proceso siquiera, están ahí no se sabe por qué. Si se compara, el infierno de Dante parece cosa de Disney. Continuamente estallan motines en estas cárceles que hierven. Entonces las fuerzas del orden cocinan a tiros a los desordenados y de paso matan a todos los que pueden, con lo que se alivia la presión de la superpoblación carcelaria hasta el próximo motín"³².

La violencia y la inseguridad ciudadana, existentes, con frecuencia son utilizadas como pretextos para el endurecimiento del poder punitivo y en consecuencia, se pretende resolver el problema con los conceptos de tolerancia cero, mano dura con la delincuencia, olvidando que como afirma Zaffaroni³³, es precisamente, la violación al

³² GALEANO, Eduardo, "El sacrificio de la justicia en los altares del orden", Conferencia pronunciada en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, el día 21 de junio de 1996, *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, Diciembre de 1997, Año 12, No. 14, pp. 3-7. Disponible en: <http://www.cienciaspenales.org/index.php?page=revistas> Consultado el 19/6/2016, a las 22.40.

³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Violencia letal en América Latina", *Cuadernos de Derecho Penal*, enero-junio de 2015, Revista de la Universidad Sergio Arboleda, No. Bogotá, p. 66. Disponible en: http://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/article/download/455/385 Consultada el 2/6/2016, a las 19.12. Cuando hablamos

derecho humano al desarrollo lo que produce la letalidad. Es la mala distribución de la riqueza la que produce muertos. El que mata es el colonialismo en todas sus etapas, porque su esencia radica en la negación del derecho humano al desarrollo. En modo alguno con esta afirmación pretende negar la realidad de la lesión masiva al derecho humano a la vida. Si pudiésemos medir todo ese conjunto, sin duda podríamos afirmar que la violación al derecho humano al desarrollo, fomentada hoy al extremo por el capital financiero transnacional, es la causa de un genocidio que deja de ser por goteo para pasar a ser directamente a chorros.

En este contexto, se ha expandido en las últimas décadas la creencia de que a través de la pena pública pueden resolverse los más diversos problemas sociales, tal como si para las más diversas enfermedades se nos recomendase la misma medicina. No se trata ya de la creencia en alguna de las funciones sociales tradicionalmente atribuidas a la pena pública, sino de la creencia de que con ella pueden obtenerse los beneficios que requerirían la implementación de otro tipo de políticas sociales, económicas y de inclusión social³⁴.

de la letalidad de la negación del derecho humano al desarrollo (o del colonialismo), nos precisa, que no podemos dejar de observar que solo estamos contando los muertos por violencia homicida, pero si a éstos sumásemos todos los muertos por efectos de la lesión al derecho al desarrollo humano, quedaríamos aún más espantados: suicidios conscientes e inconscientes, víctimas de la selectividad en el servicio de salud (en especial niños y ancianos), de subalimentación, de tránsito por insuficiente o inadecuada red vial, de desplazamientos forzados de población.

³⁴ BERGOGLIO, Mario José, "Discurso del Santo Padre: *cautela in poenam et primatus principii pro homine*", pronunciado el día 23 de octubre de 2014..., *cit*; pp. 108- 109. Así las cosas, el sistema penal abandona su función meramente sancionadora, y avanza sobre las libertades y derechos de las personas, sobre todo de las más vulnerables, en nombre de una finalidad preventiva cuya eficacia, hasta el momento, no se ha podido verificar ni siquiera para las penas más graves, como la pena de muerte. Ya ni siquiera se conserva la proporcionalidad de las penas, que históricamente reflejó la escala de valores protegidos por los Estados. Lejos quedó aquel Derecho penal concebido como *ultima ratio*, como último recurso sancionatorio, limitado a los hechos más graves contra los intereses individuales y colectivos más valiosos. Lejos también quedó el debate sobre la sustitución de la cárcel por otras sanciones penales alternativas.

Al aumentar la brecha entre ricos y pobres se incrementa la conflictividad social, disminuyen las posibilidades de empleo y en general de la satisfacción de las necesidades en los habitantes de los territorios menos favorecidos por el desarrollo económico³⁵, se producen importantes incrementos de los flujos migratorios, el tráfico de drogas, el lavado de activos, tráfico de armas, que incrementan la violencia y la inseguridad ciudadana, provocando, que desde la política, la sociedad civil y la doctrina, aunque en mucha menor medida, suban de tono los llamados a sustituir las políticas racionales y de prevención en el tratamiento a la delincuencia, por el de mano dura, con más cárceles, penas más altas y reducción de las garantías penales y procesales que con tanto esfuerzo se han consagrado, sobre todo en los últimos sesenta años en los principales instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y en las constituciones y las leyes nacionales, como expresamos *supra*.

Estas verdades de tiempos, le dan la razón nuevamente a Zaffaroni, cuando en su tesis sobre la existencia de una nueva forma de colonialismo, solapado bajo el dominio del capital financiero, afirma que el primer derecho humano que se encuentra violentado en Latinoamérica, es el derecho al desarrollo. Los medios de comunicación hegemónicos también son un eslabón de ese sistema financiero concentrado, se trata de medios que no sólo ocultan información, sino que también la inventan y generan la conflictividad entre los excluidos, porque crean una violencia que no existe para hacer un aparato represivo de control de excluidos. Estamos ante lo que él define con acierto, como el colonialismo avanzado que incentiva la violencia entre las poblaciones con menos recursos³⁶.

³⁵ Passím, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "El derecho latinoamericano en la fase superior...*op. cit.*; pp. 182-243.

³⁶ *Ídem*, p. 218, donde precisa que no se trata de una mera cuestión histórica, sino actual, puesto que el colonialismo no ha terminado, sino que se ha desarrollado hasta esta fase superior que sufrimos. "La lucha latinoamericana por la realización de los Derechos Humanos no puede ser otra cosa que la lucha contra el colonialismo en su fase actual, en lo que adquiere la prioridad la lucha por el derecho al desarrollo humano, cuya premisa es la independencia". Esta prioridad del derecho al desarrollo no significa posponer y menos aún desconocer los derechos individuales y en especial el derecho a la vida, dado que -como hemos visto- la realización del respeto al derecho a la vida es inseparable de la realización

Toda vez que en América Latina el modelo que procura inclusión debe vencer la resistencia del capital financiero transnacional y de sus personeros locales, la polarización, en otro plano, se da entre independencia o dependencia. En síntesis, puede afirmarse que se contraponen los siguientes elementos:

- Por el lado del colonialismo: modelo social excluyente, no redistribución, desigualdad extrema, dependencia.
- Por el de la resistencia al colonialismo: modelo social incluyente, redistribución, menor desigualdad, independencia.

Esta polarización puede traducirse bien sintéticamente en términos jurídicos y en particular de Derechos Humanos: “el colonialismo se opone al derecho humano al desarrollo, en tanto que la resistencia al colonialismo impulsa su realización”³⁷.

El profesor Juan Carlos Carbonell Mateu afirmó recientemente, refiriéndose a las proyecciones actuales del Derecho penal, que asistimos con enorme preocupación al auge del autoritarismo al que nos pretende conducir un modelo teórico basado en el pretendido carácter científico y no democrático de la dogmática, que lleva consecuentemente a legitimar una respuesta penal positiva, igualmente dogmática, pretendidamente científica y por supuesto antidemocrática. Hemos de conseguir, dicen, un Derecho penal eficaz y eficiente que garantice el máximo de seguridad, un modelo único, ya se sabe, la globalización, en que la pretendida bondad del sistema esté por encima de cualquier cuestionamiento. Ninguna tolerancia, la expresión de moda es tolerancia cero, para los enemigos del sistema³⁸.

del derecho humano al desarrollo. Se trata de la misma lucha de nuestros pueblos desde los libertadores y aún antes, sólo que en la versión adecuada a la actual fase superior del colonialismo, que impone la urgente necesidad de desbaratar en nuestra región los efectos letales de la Tercera Guerra Mundial no declarada.

³⁷ *Ibidem*, pp. 199 -241- Lo que el colonialismo se esfuerza por impedir –y a lo que más teme- es al aprovechamiento de la globalización para que se entiendan mejor entre los pobres del mundo y puedan reclamar un orden mundial más justo por el camino de la coexistencia, es decir, del derecho. Allí es donde llevaría la de perder. Ese es nuestro camino.

³⁸ CARBONELL MATEU, Juan Carlos, “Las garantías democráticas en tiempo de cambio: Legalidad y culpabilidad”, Conferencia impartida el 25 de marzo de 2016, en el XIII Encuentro Internacional Ciencias Penales 2016,

Ante este panorama, el catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valencia insiste en la labor que nos corresponde a los penalistas comprometidos con el Estado de Derecho, o lo que es lo mismo con la libertad, como valor superior. Es necesario cumplir con ese compromiso y no permanecer callados ante el muy profundo retroceso que se está produciendo en la mayoría de los países. La relativización de los principios liberales, en el sentido más digno de ese término, el auge del Derecho penal del enemigo, la exacerbación de la peor manera de entender la seguridad y el correspondiente dominio de la peligrosidad, como fundamento casi exclusivo y sobre todo limitado de la intervención punitiva, son las notas características de una irrefrenable tendencia a la vuelta atrás, hacia los momentos más oscuros del Derecho penal, como el periodo anterior a la ilustración³⁹.

El reto, consiste en adaptar el Derecho penal a las nuevas realidades de un mundo globalizado, sin alterar sustancialmente los principios penales y procesales conquistados por la humanidad durante siglos, en defensa de los derechos humanos, a partir del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, con prioridad para las medidas preventivas y económicas⁴⁰, que disminuyan las diferencias

efectuado en el Hotel Meliá Marina Varadero, convocado por la Fiscalía General de la República de Cuba, p. 4.

³⁹ *Ídem*, p. 5. Se trata de un retorno a la inquisición. El gran valor a alcanzar es según se afirma, la seguridad, valor que sería contrapuesto a la libertad. La seguridad sin embargo, no puede constituir por sí misma un valor, es menester predicarla de algo, puesto que se trata de un concepto de referencia. Son los derechos fundamentales de la persona los que deben estar por detrás de la idea de seguridad y paradójicamente son los que sufren hasta verse negados.

⁴⁰ *Vid.*, OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el mes de noviembre del 2000. Nueva York, 2004, p. 65. Disponible en: <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf> Consultado el 12/6/2016, a las 13.50.*

El compromiso que asumieron los Estados Parte del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, en la lucha contra el tráfico de personas, en el inciso 3 del artículo 15, que los compromete a “promover o reforzar, según proceda, los programas y la cooperación para el

entre países ricos y pobres y sobre todo entre personas muy beneficiadas por la distribución de la riqueza y seres humanos a los que no se les garantice el derecho al trabajo y consecuentemente el acceso a los servicios imprescindibles de salud, educación, alimentación y vivienda⁴¹.

3. Violencia e inseguridad ciudadana

La seguridad ciudadana es un tema delicado que preocupa a muchos tomadores de decisión y repercute al calor de las campañas electorales⁴². No es de extrañar que el tema haya escalado en América

desarrollo en los planos nacional, regional e internacional, teniendo en cuenta las realidades socioeconómicas de la migración y prestando especial atención a las zonas económica y socialmente deprimidas, a fin de combatir las causas socioeconómicas fundamentales del tráfico ilícito de migrantes, como la pobreza y el subdesarrollo”, es precisamente el que menos se ha cumplido, en especial por parte de los países receptores, que son los más favorecidos económicamente y tienen la obligación moral y jurídica de ayudar a los menos desarrollados.

⁴¹ Vid, BERGOGLIO, Mario José, “El Papa Francisco y el Derecho Penal”, Comunicación..., cit; p. 101. *Su Santidad el Papa, Francisco, señaló al respecto, que no pocas veces la delincuencia hunde sus raíces en las desigualdades económicas y sociales, en las redes de la corrupción y en el crimen organizado, que buscan cómplices entre los más poderosos y víctimas entre los más vulnerables. Para prevenir este flagelo, no basta tener leyes justas, es necesario construir personas responsables y capaces de ponerlas en práctica. Una sociedad que se rige solamente por las reglas del mercado y crea falsas expectativas y necesidades superfluas, descarta a los que no están a la altura e impide que los lentos, los débiles o los menos dotados se abran camino en la vida (Cfr. Evangelii Gaudium, 209).*

⁴² PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), Seguridad Ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina, 2013-2014, p. 5. Disponible en: <http://www.latinamerica.undp.org/content/dam/rblac/img/IDH/IDH-AL%20Informe%20completo.pdf> Consultado el 8/6/2016, a las 17.30. Lamentablemente en los primeros quince años del siglo XXI en la gran mayoría de los países de la región y de forma destacada en Guatemala, El Salvador y Honduras, el tema de la mano dura contra la delincuencia ocupa un lugar demasiado destacado en las campañas electorales, lo que por lo general impide la adopción de políticas de inclusión social y otras medidas preventivas, que

Latina hasta convertirse en la principal preocupación pública en muchos países, ya que se refleja en determinados indicadores requeridos para alcanzar el desarrollo humano⁴³.

A pesar de haberse establecido firmemente en el escenario internacional, y de avanzar en la reducción de la pobreza y la desigualdad, en el crecimiento económico y la estabilidad financiera, América Latina aún se ve extremadamente afectada por altos índices de violencia. En el Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014⁴⁴, se destaca el hecho de que se registran más de 100.000 homicidios por año. La mayoría de los países tienen tasas de homicidio comparables con niveles de muerte por epidemia, según la clasificación de la Organización Mundial de la Salud, con tasas mucho más altas que en otras regiones. Los costos humanos y sociales de esta violencia son demasiado altos.

Acorde al Informe, en todo el mundo el Estado de Derecho y la seguridad ciudadana son elementos claves de los programas de las Naciones Unidas que trabajan para mejorar, entre otras cosas, los sistemas de justicia y de aplicación de la ley, así como en las medidas preventivas necesarias para minimizar la marginalidad en la sociedad, como la generación de oportunidades de empleo, la promoción de la inclusión social, y el fomento de una cultura de paz y de estabilidad.

Francisco Rojas Avarena⁴⁵ afirma que, sin atacar los factores que constituyen el contexto y la base de la violencia y el crimen, no se

de conjunto podrían contribuir a disminuir los actuales niveles de violencia y de inseguridad ciudadana.

⁴³ *Ídem*, p. III.

⁴⁴ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014. Seguridad Ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina. UN Plaza, Nueva York, NY 10017, Estados Unidos, p. 3. Disponible en: <http://www.latinamerica.undp.org/content/dam/rblac/img/IDH/IDH-AL%20Informe%20completo.pdf> Consultado el 5/6/2016, a las 21.40.

⁴⁵ ROJAS ARAVENA, Francisco, "Violencia en América Latina. Debilidad estatal, inequidad y crimen organizado inhiben el desarrollo humano", *Revista Pensamiento Iberoamericano* No. 2, p. 5. Disponible en: <http://www.pensamientoiberoamericano.org/xnumeros/2/pdf/pensamientoIberoamericano-51.pdf> Consultado el 12/6/2016 a las 20.40.

lograrán progresos en el desarrollo humano sostenible en América Latina y el Caribe. La inseguridad se transfiere con facilidad. La seguridad es interdependiente, para lo que se recomienda un abordaje comprensivo que dé cuenta de manera simultánea de diferentes políticas públicas tales como las referidas a: reformas de los sistemas de seguridad y defensa; reformulación de las políticas sociales; el desarrollo de políticas que contribuyan a la cohesión e integración social; y un conjunto de iniciativas que permitan mejorar la gobernabilidad democrática.

Un esfuerzo de ese tipo sólo podrá ser asumido sobre la base de grandes consensos nacionales y el desarrollo de políticas de Estado. Todo ello demandará, además, una importante contribución de la cooperación internacional, tanto de la ayuda oficial, como de las entidades de la sociedad civil. La cooperación para la paz es un objetivo esencial en las relaciones internacionales de la hora presente⁴⁶.

El estudio del fenómeno de la inseguridad ciudadana no se puede limitar al análisis de su dimensión objetiva, sino que también debe considerar su dimensión subjetiva. La dimensión objetiva y la dimensión subjetiva de la seguridad son fenómenos de naturaleza diferente y, aunque su asociación es innegable, no siempre van de la mano. El malestar del ciudadano que experimenta alguna forma de inseguridad no se corresponde necesariamente con el riesgo real de victimización al que se encuentra expuesto, sino que a menudo responde a un miedo difuso que depende de múltiples factores que forman un esquema explicativo complejo⁴⁷.

Muchas de las políticas públicas aplicadas para combatir la violencia y la criminalidad: lo que hacen es reprimir el delito, atacar a la delincuencia, pero con ello no se atacan las diferentes causas que los generan. Es esencial mirar a las causas junto con las manifestaciones que posibilitan su desarrollo⁴⁸.

Para la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, en 2011, los homicidios estaban asociados con cuatro factores

⁴⁶ *Ídem*.

⁴⁷ Murria Marta y Carlos, González Murciano, *La seguridad ciudadana: instrumentos de análisis*, Área de Seguridad, Institutd' Estudis Regionals i Metropolitans de Barcelona, Universitat, 1999, pp. 56 y ss.

⁴⁸ ROJAS ARAVENA, Francisco, *op. cit.*, p. 13.

principales. Primero, los niveles de desarrollo humano, que incluyen crecimiento económico y equidad. Países con alto nivel de desarrollo suelen tener tasas de homicidios bajas y viceversa. Segundo, el Estado de Derecho. Donde éste es fuerte las tasas de homicidios son bajas y viceversa. Varios países de América Central y del Sur que experimentaron un crecimiento de sus homicidios también vieron caer este índice. Tercero, la disponibilidad de armas de fuego, problema grave en el hemisferio, corroborado por el altísimo número de homicidios con armas de fuego (74%) frente a un promedio global del 42%. Cuarto, el tráfico ilícito de drogas y otras formas de delincuencia organizada transnacional. Los homicidios asociados a la actividad del crimen organizado en el hemisferio son cinco veces mayores que en Asia y diez veces mayores que en Europa⁴⁹.

En 2011, la tasa de homicidios por cada 100 mil habitantes en el mundo fue de 8,8, según cifras de la Organización Mundial de la Salud (OMS); en América Latina de 26, de acuerdo con informaciones del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), mientras que en Centroamérica⁵⁰ Honduras encabezó la lista con 86, seguida de El Salvador con 72, Guatemala con 50, Panamá con 20 y Costa Rica y Nicaragua con 12.

Chile, Cuba y Argentina son los países con las tasas de homicidios más bajas de América Latina, de acuerdo con el Informe Global de Homicidios 2013, realizado por la Oficina de la ONU contra la Droga y el Delito (UNODC)⁵¹. El informe detalla que, en 2012, la tasa de homicidios en Chile fue de 3,1 por cada 100.000 habitantes, siendo el país con menos asesinatos en la región. Le sigue Cuba, con una tasa de 4,2. En tanto, Argentina tiene una tasa de 5,5 homicidios para cada 100.000 habitantes.

⁴⁹ *Ídem*.

⁵⁰ Fuente: Comisión de Jefes y Jefas de Policía de México, Centroamérica, el Caribe y Colombia, *op. cit*, p. 21.

⁵¹ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, United Nations, "Global Study on Homicide 2013", March 2014, pp. 125-127. Available in: http://www.unodc.org/documents/gsh/pdfs/2014_GLOBAL_HOMICIDE_BOOK_web.pdf ccessed 02 / 06 / 2016 at 21:00.

Durante la última década, los homicidios crecieron de manera sostenida en América Latina⁵². Mientras que el 2000 la tasa era de 20 homicidios por 100 mil habitantes, el 2008 esa tasa llegó a 26, con un promedio de 22 para el período. En el denominado triángulo norte de América Central – Guatemala, Honduras y El Salvador –, las tasas promedio para la última década oscilan entre 40 y 50 homicidios por 100 mil habitantes, las más altas de la región, junto con Colombia y Venezuela. En el otro extremo está un segundo grupo con tasas bajas no mayores de 12, integrado por Costa Rica (7), Nicaragua (12) y Panamá (12). El ranking de las cincuenta ciudades con mayor violencia homicida en el mundo corrobora la importancia del narcotráfico como su más importante elemento causal. En efecto, en 2010, treinta y cinco de las cincuenta ciudades más violentas fueron latinoamericanas.

Si, como afirmamos *supra*, en el 2010, en el listado de las cincuenta ciudades más violentas del mundo, treinta y cinco fueron latinoamericanas, la cifra creció en 2014 a 43, ocho más. De las 50 ciudades del ranking, 19 se ubican en Brasil, 10 en México⁵³, 5 en Colombia, 4 en Venezuela, 4 en Estados Unidos, 3 en Sudáfrica y 2 en Honduras. Hay una ciudad de El Salvador, Guatemala y Jamaica. La abrumadora mayoría de las 50 ciudades más violentas del mundo, repito, se ubican en el continente americano (47 ciudades)⁵⁴. La lista del 2014 fue encabe-

⁵² Fuente: Comisión de Jefes y Jefas de Policía de México, *cit.*, pp. 4-5.

⁵³ *Vid*, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “México ha vivido en 10 años un verdadero genocidio por goteo”, En: nordeste.com, El Portal de Sinaloa, 10 de marzo de 2015, p. 3. Disponible en: <http://www.noroeste.com.mx/publicaciones.php?id=1016881> Consultada del 22/2/2016, a las 14.35. Zaffaroni, ex ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, desde 2003 hasta finales de 2014, expresó su tristeza porque en esa nueva cara del colonialismo, “más sutil, perversa y sangrienta”, México se esté “llevando la peor parte” y añadió: “Lo que se está viviendo (en México) es un verdadero genocidio. Un genocidio por goteo. Sumen 10 años de muertos y tendrán una pequeña ciudad. Una Hiroshima o Nagasaki hechas con un poquito más de paciencia. El genocidio no deja de ser genocidio por el hecho de que se continúe en el tiempo, lentamente”.

⁵⁴ *Vid*, SEGURIDAD, JUSTICIA Y PAZ, Consejo Ciudadano para la Seguridad Pública y la Justicia Penal, A. C. “Listado de las 50 ciudades más violentas del mundo en 2014”, pp. 3-4. Disponible en: http://www.seguridadjusticiaypaz.org.mx/lib/Prensa/2015_01_20_seguridad_

zada por San Pedro Sula, con un índice de 171.20 homicidios por cada 100.000 habitantes, seguida de Caracas con 115,98, Acapulco, 104.16, João Pessoa, en Brasil, con 79.41 y el distrito Central de Honduras, con 77,65.

Por diferentes razones, incluidas la falta de recursos económicos, la desigual distribución de los existentes y también la poca voluntad política, se continúan postergando las medidas de índole económico, para la reducción de la pobreza, que es la principal causa de los altos índices delictivos existentes en numerosos países de nuestro entorno geográfico. No basta con dotar de sofisticados medios de transporte, comunicaciones y de vigilancia electrónica a las fuerzas encargadas de mantener el orden público, para combatir a la delincuencia organizada y a los delitos de mayor impacto, cuando se carece de una estrategia científicamente elaborada para prevenir el delito y garantizar la tranquilidad de los cientos de millones de hombres y mujeres que, en todo el mundo, sufren a diario los efectos de la violencia.

[justicia_y_paz-50_ciudades_violentas_2014.pdf](#) Consultado el 3/3/2016, a las 18.30. Las veinte más violentas son:

1. San Pedro Sula (Honduras) 171,20,
2. Caracas (Venezuela) 115,98,
3. Acapulco (México) 104,16,
4. João Pessoa (Brasil) 79,41,
5. Distrito Central (Honduras) 77,65,
6. Maceió (Brasil) 72,91,
7. Valencia (Venezuela) 71,08,
8. Fortaleza (Brasil) 66,55,
9. Cali (Colombia) 65,25,
10. São Luís (Brasil) 64,71,
11. Natal (Brasil) 63,68,
12. Ciudad Guayana (Venezuela) 62,13,
13. San Salvador (El Salvador) 61,21,
14. Ciudad del Cabo (Sudáfrica) 60,00,
15. Vitoria (Brasil) 57,00,
16. Cuiabá (Brasil) 56,46,
17. Salvador (y RMS) (Brasil) 54,31,
18. Belém (Brasil) 53,06,
19. ST. Louis (Estados Unidos) 49,93 y
20. Teresina (Brasil) 49,49.

Del ranking 2014 salieron las siguientes ciudades que figuraron en el ranking 2013: Santa Marta (Colombia), San Juan (Puerto Rico), Maracaibo (Venezuela) y Puerto Príncipe (Haití). Esas cuatro ciudades tuvieron tasas inferiores a la de Cuernavaca (25.45 homicidios por cada 100 mil habitantes) que ocupó el rango 50.

Al ranking de 2014 ingresaron las ciudades brasileñas de Teresina, Porto Alegre y Curitiba y la ciudad mexicana de Obregón.

4. A modo de Conclusiones

De la mano de la globalización y la denominada sociedad de riesgo, para combatir a los traficantes de armas, drogas y seres humanos, que junto al terrorismo, la corrupción y otros males, se encuentran en el centro de la preocupación de los gobiernos, los partidos y la sociedad civil, un sector de la doctrina penal y criminológica considera necesaria la promulgación de normas penales de mayor severidad, con la inclusión de nuevos delitos y un sistema de justicia penal que coloque en el centro de su actividad la defensa de la sociedad, en detrimento de las garantías penales y procesales, por las que la humanidad ha luchado durante siglos y que cuentan con reconocimiento universal.

Las políticas de mano dura contra la delincuencia no son la vía idónea para garantizar la pretendida seguridad ciudadana, a partir del hecho de que las mismas se han caracterizado por la creación constante de nuevas figuras delictivas, la promulgación de leyes especiales y sobre todo, por la elevación de las penas privativas de libertad y del rigor en las condiciones de reclusión que, lejos de disminuir los niveles de la delincuencia, han logrado incrementarla y elevar los niveles de violencia y agresividad.

Por muy difícil que se presente la lucha contra el terrorismo internacional y el crimen organizado en la era de la globalización, las soluciones no podremos buscarlas en más delitos, aplicación indiscriminada de la prisión provisional, mayores penas y reglas más rigurosas para la excarcelación anticipada de los privados de libertad. Es evidente que ése no es el camino correcto; con el pretexto de combatir el terrorismo y la delincuencia organizada, no debemos recurrir a la utilización excesiva del Derecho penal y al margen de los principios limitativos del *ius puniendi*, que, como se ha dicho *supra*, han sido incorporados a las constituciones y las leyes, como resultado de un largo proceso de defensa de los derechos humanos.

Retos y perspectivas de la reforma procesal penal en América Latina

DR. DANIEL ERBETTA*

Sumario

1. La situación previa a la reforma
2. El proceso de reforma
3. Los retos y perspectivas
 - 3.1. Definir los objetivos políticos
 - 3.2. Dos dimensiones relevantes
 - 3.2.1. El impacto organizacional de la reforma
 - 3.2.2. El impacto cultural: cambiar las prácticas y rutinas, la forma de gestionar y de litigar
4. Tres desafíos concretos
 - 4.1. La prisión preventiva
 - 4.2. El acuerdo y los abreviados
 - 4.3. La seguridad
5. Conclusiones

1. La situación previa a la reforma

A partir de las dos últimas décadas del siglo pasado, América Latina inició un cambio profundo en los procedimientos penales.

* Profesor Titular Ordinario de Derecho Penal, Director del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Nacional de Rosario, Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la provincia Santa Fe.
erbettadaniel@gmail.com

En términos generales, podría decirse que todos los países conservaban las estructuras básicas del procedimiento inquisitorial o mixto, con matices propios de la historia de cada región.

Se trataba de sistemas que se regían por un procedimiento escrito, una recurrente y generalizada delegación funcional, falta de transparencia y una lógica judicial exageradamente formalista y burocratizada, que colocaba al expediente –ese objeto del deseo inquisitivo y fuente del culto al trámite–, como actor central de un procedimiento que muchas veces duraba largos años en un contexto bastante dominado por el llamado “síndrome de alineación temporal”.

Una estructura judicial organizada sobre la base de “juzgados”, donde el Juez asumía –y en algunas regiones lo sigue haciendo– el dominio de un territorio propio (el juzgado), con su propia cohorte de empleados, mobiliario y demás enseres. Un esquema feudal, burocrático y autonomizado que, al asumir las impropias funciones de investigación y persecución, además de conculcar un elemental criterio de imparcialidad, exhibía la falla derivada de la total ausencia de estrategias y políticas de persecución penal unificadas o de una ingeniería institucional que permitiera conectar hechos y protagonistas o intervenir coordinadamente en economías delictivas.

Los resultados no han podido ser más patéticos: de un lado, una notoria incapacidad investigativa; una cómoda subordinación (generalmente, al extremo dependiente) de los jueces a la actividad autónoma de la policía –cuya intervención en los primeros momentos de la investigación y en la selección de los casos a judicializar condicionaba muchas veces la suerte del proceso– y, en consecuencia, una limitadísima capacidad de respuesta a los conflictos penales; de otro, una permanente lesión a los derechos y garantías ciudadanos, tanto de los imputados como de las víctimas a las que el Estado les expropiaba el conflicto y, en más de una oportunidad, las dejaba expuestas a padecimientos interminables, comenzando por la dificultad para obtener información hasta llegar –incluso– a soportar verdaderos procesos de re-victimización.

2. El proceso de reforma

Los procesos de reforma pretendieron abandonar el modelo inquisitivo y adoptar el acusatorio. En la mayoría de los países y regiones se cambiaron los códigos y se adoptaron modelos caracterizados por la separación funcional de la acusación, la defensa y la jurisdicción; el intento de desformalización de la investigación pe-

nal preparatoria y la reformulación de los sistemas de persecución mediante la consagración de criterios de oportunidad y un menú de salidas alternativas al ejercicio de la acción –quitándole de este modo rigidez formal y el carácter eminentemente estatal–; la sustitución del escriturismo por la regla de debate oral (aunque a veces limitado al juicio); la ampliación del sistema de garantías y el reconocimiento de los derechos de la víctima mediante la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, los resultados no fueron los esperados y muchos de los defectos señalados al modelo inquisitivo o mixto siguieron operativos.

Algunas razones explican la frustración:

- La reforma normativa fue incompleta al no reparar que el acusatorio no se satisface con una simple variante funcional (fiscal y Juez) si no se ataca la base misma del sistema de organización judicial, incluidas las estructuras de la Acusación y la Defensa.
- En algunas regiones la oralidad se limitó al juicio, mientras la investigación preliminar a cargo del Fiscal ha seguido formalizada y por escrito. De este modo se tramitaban o tramitan expedientes, que a la hora del juicio oral, eran o son leídos (juicios leídos, no orales)¹.
- La tercera cuestión tiene que ver con una resistencia natural al cambio; una inevitable resistencia cultural. El nuevo modelo responde a otras lógicas. Exige cambiar el chip y necesariamente enterrar añejas rutinas, cambiar prácticas, la forma de trabajar, de organizarnos, de gestionar y de litigar. Los procesos de reforma no asumieron, ni atendieron debidamente este problema y los operadores terminaron trasladando las viejas prácticas a un sistema que responde a una lógica sustancialmente diversa.
- En cuarto lugar, los procesos de reforma –por diversas y, en algunos casos, atendibles razones– no fueron acompañados de un

¹ Nada se gana en calidad de juicio con prescribir una etapa oral al final del proceso cuando ya toda la prueba ha sido producida sin control de la defensa, se ha hecho constar en actas y el imputado viene en prisión preventiva desde meses o años.

concomitante, necesario e imprescindible proceso de reforma de la estructura y organización policial.

Con variantes, este es el estado general de situación en nuestra región.

3. Los retos y perspectivas

Si el objetivo del movimiento reformador fue remover la matriz y tradición inquisitorial del proceso penal, hoy debemos asumir que el problema que enfrentamos está dado por lo que podríamos calificar –siguiendo a Alberto BINDER– como una reconfiguración inquisitorial de los nuevos modelos acusatorios; esto es, el riesgo de la subsistencia de procesos penales inquisitivos disfrazados de acusatorios.

Por ello, creo que el desafío actual consiste en fortalecer y completar el abandono de esa matriz inquisitorial para lo cual no es suficiente contar con nuevos diseños normativos si no se modifican las estructuras judiciales (incluidas la Acusación y la Defensa) y no se modifican las prácticas y rutinas cotidianas.

No se trata solo de cambiar la ley; debemos advertir que el factor inquisitorial está más en el sistema organizacional y cultural que en el sistema procesal y que poco habremos avanzado si no se rompe una cultura judicial dominada por una lógica burocrática (en el sentido negativo de la categoría), fuertemente instalada entre nosotros.

Ese es el desafío central, porque la burocracia generalmente tiene capacidad para adecuarse a cualquier modelo y así puede funcionar con un código formalmente inquisitivo, mixto o acusatorio, siempre va a funcionar igual, cualquiera sea el modelo normativo.

Por ello, y para referirme a los retos y perspectivas de los procesos de reforma en América Latina, creo necesario –de comienzo–, definir algunos de los objetivos políticos que deben perseguirse para luego detenerme en el análisis de las dos dimensiones a las que he aludido.

3.1. Definir los objetivos políticos (en sentido institucional)

Supone acordar las metas a perseguir y hablo de objetivos políticos porque más allá de que toda reforma presupone un proceso político y está necesariamente vinculada con valores políticos, constituye, además, un programa destinado a un poder del Estado (el judicial), cuyos actos son de gobierno (especialmente las sentencias) y, por ende, actos políticos (la justicia penal forma parte de la estructura judicial del Estado a través de la cual se gobierna a la sociedad).

En esa perspectiva, estimo que un sistema de justicia penal debe procurar:

- a) el respeto pleno a las garantías constitucionales de los imputados y la protección de los derechos de las víctimas²;
- b) transparentar y desburocratizar su funcionamiento y favorecer el acceso a la justicia;
- c) aumentar los niveles de respuesta institucional a los conflictos penales³, en un plazo razonable;
- c) modificar la repugnante selectividad de un sistema penal que se ha ocupado casi siempre de lo mismo⁴, y
- d) ante los alarmantes datos de una realidad históricamente verificable, generar las condiciones para restablecer el sentido constitucional de un sistema trastocado que funciona cauteramente, con una medida de aseguramiento físico a modo de

² Y en ese camino siguen vigentes (y de allí la calificación de su obra como perenne), las enseñanzas del maestro CARRARA: los ordenamientos procesales han de prestar dos servicios, proteger el derecho de los buenos para que se castigue al culpable y proteger el derecho del reo a no ser castigado más allá de su justa medida; dicho de otro modo, el proceso penal es un límite al poder penal (la exigencia del juicio previo o debido proceso, como condición de la habilitación de poder punitivo, cumple una función de garantía) pero al mismo tiempo es uno de los instrumentos de la política criminal, al constituir el escenario básico de configuración del programa punitivo.

³ La impunidad no es solo la falta de castigo a un culpable, hay impunidad cuando no hay respuesta institucional a los conflictos penales, en un plazo razonable (archivo o desestimación por atipicidad, *probation*, criterios de oportunidad, sobreseimiento, absolución o condena). Desde esta perspectiva, en nuestra provincia de Santa Fe, intentamos salir de un sistema que, por defectos estructurales, ha sido un ejemplo industrial de producción de impunidad.

⁴ A pesar del fenómeno expansivo y de la banalización de la legislación penal, nuestros fiscales y jueces apenas si trabajan y manejan no más de una veintena de tipos penales.

pena anticipada cuando el preso es condenado o de medida de seguridad pre-delictual cuando es sobreseído o absuelto⁵.

3.2. Dos dimensiones relevantes

Así las cosas, intentaré desarrollar dos de los aspectos más relevantes a considerar dentro de los procesos de reforma, me refiero a la dimensión organizacional y a la necesidad del cambio cultural.

3.2.1. El impacto organizacional de la reforma

a) El sistema acusatorio (adversarial) supone la implementación de un sistema por audiencias públicas, orales y contradictorias, tanto para la etapa preparatoria como para el juicio.

Todos los actos procesales de la investigación penal preparatoria (y, obviamente, el juicio) que requieren la decisión de un Juez

⁵ En general, la realidad demuestra que tenemos un sistema penal cautelar donde la pena no está al final del proceso, sino al principio, en un escenario precondenatorio. No se funda en la comprobación del injusto y la culpabilidad, sino en la sospecha y la necesidad del aseguramiento físico. En cualquier perspectiva, la prisión preventiva resulta difícilmente legítima, pero analizada en concreto en la realidad de nuestra región constituye una grosera ilegalidad. Funciona en muchos casos como pena anticipada –cuando posteriormente se condena al imputado preso– y en otros como medida de seguridad predelictual, tal como ocurre en los casos en que el imputado preso nunca es condenado. Si se la normativiza al extremo suele decirse, desde la teoría general del proceso, que es una medida cautelar aunque nadie se atreve a exigir que, de ser así, se efective una contracautela, tal como lo prescribe la teoría general de las cautelares. No afianza la justicia porque la justicia no se afianza con la investigación preliminar y la sospecha inicial, sino con el juicio y la sentencia en tiempo razonable; tampoco tiene impacto en la reducción del delito y con ello en la cuestión, compleja por cierto, de la inseguridad. De otra parte, si fuera un regulador de la seguridad/inseguridad los niveles objetivos y subjetivos de seguridad deberían estar muy elevados porque en los últimos quince años la tasa de encarcelamiento se ha más que duplicado (a despecho de la pseudo teoría mediática de la “puerta giratoria”), manteniendo niveles intolerables (cerca del 62% promedio país) de encarcelamiento preventivo. Su utilización solo puede justificarse excepcionalmente como neutralización temporal (y mientras dure) de un riesgo procesal (de fuga o entorpecimiento probatorio).

deben desarrollarse en audiencia pública y oral, en presencia del Juez y las partes⁶.

Este sistema de audiencias desplaza al sistema de expedientes judiciales –si no se descarta el expediente la oralidad será una parodia y la investigación no tendrá la celeridad buscada– y demanda de los litigantes un adecuado entrenamiento para la preparación del caso y la presentación oral y pública de los hechos y argumentos.

Obviamente no hay espacio alguno para la delegación de funciones y al haberse eliminado el expediente, los jueces deben ir a la audiencia sin conocer nada de lo que se les va a plantear y deben resolver en la audiencia. El Juez recibe la información del caso en el momento que las partes se lo presentan; no hay papeles a los que recurrir para tomar la decisión, ni las partes tienen papeles para argumentar.

- b) Dado que la implementación de la oralidad y el sistema por audiencias públicas requieren una adecuada gestión, resulta necesario concretar un cambio organizativo básico con las oficinas de gestión judicial.

Estas oficinas, a cargo de ingenieros o administradores de empresa, tienen por función asumir todo el gerenciamiento del sistema (programación de audiencias, gestión de estas, agenda de los jueces, citaciones y notificaciones –por medios electrónicos–, preservación de la prueba, etc.), a partir de un principio: la nítida separación de la función jurisdiccional y la administrativa.

Los jueces asumen exclusiva y excluyentemente la función que la Constitución les asigna: la jurisdiccional y se dedican a ella *full time*. Por otra parte, es esa la única función para la que han sido capacitados, en tanto ninguna formación de gerenciamiento o administración se proporciona en las facultades de Derecho.

⁶ La audiencia imputativa, los planteos sobre medidas cautelares, reexamen de las mismas y alternativas o morigeración, criterios de oportunidad y *probation*, constitución de querellante, negociaciones para evitar el juicio y otros acuerdos probatorios, divergencias entre las partes sobre cuestiones probatorias, audiencia de *habeas corpus*, proceso abreviado, audiencia preliminar al juicio o de control de la acusación, audiencia de juicio, así como todas las correspondientes a la etapa de ejecución penal, deben ser ventiladas en forma oral y pública ante un tribunal unipersonal o colegiado.

Dado que se trata de un poder público que interviene en conflictos, cuya naturaleza está vinculada a derechos fundamentales, el sistema debe funcionar diariamente sin reconocer días y horas inhábiles⁷.

- c) De otra parte, resulta necesario suprimir el viejo diseño feudal del juzgado con territorio propio y su propia cohorte de empleados, que operaba a modo de unidad autónoma, sin control de gestión alguno pero con asombrosa delegación funcional.

Ello supone modificar la estructura judicial, mediante la creación de los colegios de jueces penales. Se trata de un pool de jueces dispuestos a intervenir en la etapa preparatoria, en el juicio o en la ejecución penal, ubicados físicamente en salas comunes donde esperan la asignación de trabajo sobre la base de un sistema de turnos de urgencias y de turnos ordinarios diseñados en función de una serie de indicadores que permiten determinar una equitativa distribución de la carga de trabajo. De esta forma sabemos y vemos cómo y cuánto trabajan los jueces y hay un reparto equilibrado de los casos.

Ya no hay Juez de la causa porque eventualmente pueden intervenir en la etapa previa jueces diversos. Además, la presencia del Juez y las partes, y la existencia de un registro audiovisual torna innecesaria la presencia de un secretario. Esto favorece un reaprovechamiento de los recursos humanos, en la medida que se posibilite a los secretarios optar por ser fiscales o defensores adjuntos o bien trabajar en la Oficina de Gestión Judicial⁸.

- d) Del mismo modo, el impacto organizacional también debe alcanzar a dos instituciones básicas del modelo acusatorio.

⁷ En la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe (Argentina), se concretaron más de 2 500 audiencias públicas y orales en 240 días, de las que el 28% se han llevado a cabo en horarios vespertinos y días inhábiles.

⁸ Secretario viene de *secretum*, origen inquisitorial vinculado a los procedimientos escritos y al secreto de sus actos, lo cual generó la costumbre de fedatar a través de ellos las declaraciones de los testigos y las resoluciones; luego esto permitió una amplia delegación de oficio de funciones propias del Juez al secretario. Durante el imperio romano el juzgamiento pasó a celebrarse de sitios abiertos a salas cerradas, uno de cuyos ámbitos se conoció como *secretarium* o *secretum* y ahí se oía a los testigos in *secretum*.

Una es el Ministerio Público de la Acusación al que debe asegurarse autonomía funcional y autarquía financiera.

Una estructura jerárquica (a diferencia de la de los jueces que debe ser horizontal, en tanto por imperativo constitucional el Poder judicial no reconoce jerarquías sino competencias) y guiada por el principio de objetividad y unidad de actuación (para que nadie sea dueño de un caso y haga lo que le parezca).

En la provincia de Santa Fe (Argentina) se le ha dado por ley una impronta muy fuerte en identificar a la institución como agente político porque define un aspecto de la política criminal que es la de persecución penal. Por ello, el Fiscal General y los cinco Fiscales Regionales, tienen periodicidad en sus cargos y al concursar deben presentar un plan completo de gestión.

Es decir, una institución novedosa no creada en reflejo de la estructura judicial, en tanto el diseño operativo y los estándares y protocolos de actuación procuran evitar el riesgo (cuyas negativas consecuencias se han comprobado en otras regiones) de que los fiscales queden tentados por la comodidad de reproducir la forma de trabajo de los juzgados de instrucción y que la policía dependiente del ejecutivo siga siendo el dueño de la investigación, y los fiscales sus auxiliares⁹.

Una cuestión central tiene que ver con la organización del Ministerio Público de la Acusación y el sistema de gestión de casos. Y aquí varios desafíos: el Ministerio Público es una institución clave para desformalizar la etapa preparatoria¹⁰; su actuación es fundamental

⁹ A modo de ejemplo, la Fiscalía Regional Rosario, que administra y controla la mayor carga de trabajo de toda la provincia de Santa Fe (Argentina), dado que más de un 55% de los casos penales ocurren en el área de su competencia, está organizada sobre la base de tres grandes oficinas: la de Salidas Alternativas, la de Investigación y Juicio, y la de NN. Cuenta además, con cinco Unidades Fiscales de Investigación: Homicidios, Delitos Complejos, Delitos Sexuales, Violencia Institucional y Turno y Flagrancia.

¹⁰ Para ganar eficacia en la investigación y ser compatible con el sistema de audiencias y la eliminación del expediente, es necesario que la investigación penal preparatoria sea desformalizada. El actor penal debe investigar a los efectos de tener evidencia suficiente para acusar y litigar en juicio oral y público. La investigación debe ser ágil, dinámica, sin demasiadas

en el diseño de una política de administración y control de la carga de trabajo (y dentro de ella, en la gestión de los casos que requieren mucho monitoreo y control de gestión); y, además, es decisiva en la investigación, particularmente en la dirección y conducción de esta.

También hay que advertir sobre el problema que muchas veces plantean los delitos complejos y graves que son de difícil esclarecimiento y que desafían el sistema. Por un lado, debemos evitar que la Fiscalía tienda a resolver solo lo fácil o la flagrancia y, por otra parte, es necesario potenciar su intervención y control de las investigaciones para reducir la capacidad de actuación autónoma de la policía.

- e) La reforma estructural también debe alcanzar a la defensa pública, que debe darse un nuevo diseño organizacional y operativo.

Se apunta a consolidar una defensa fuerte (igualdad de armas), con autonomía funcional y autarquía financiera, organizada a modo de un gran estudio jurídico.

Capacitación permanente, estándares y protocolos de actuación y una organización al modo de un gran estudio jurídico, con clara separación funcional y administrativa. Una estructura diseñada según las necesidades de cada región, pero con una fuerte impronta de presencia en las comisarías y en las cárceles, prevención de la violencia institucional y actuación en todas las etapas del proceso.

3.2.2. El impacto cultural: cambiar las prácticas y rutinas, la forma de gestionar y de litigar

Creo que estas reformas (ley de organización de tribunales, Ministerio Público de la Acusación y de la Defensa Pública) son necesarias, pero aun así la consolidación del nuevo sistema y el mayor grado de realización de los objetivos políticos de la reforma siguen directamente vinculados a la necesidad de profundizar la internalización del cambio del modelo y de una nueva práctica organizacional, operativa y de gestión; esto es, un verdadero cambio cultural, porque lo

formalidades, porque lo central es producir prueba en el juicio. Ello también es compatible con la posibilidad de realizar acuerdos y abreviar trámites y plazos.

peor que podemos hacer es enfrentar los problemas del nuevo sistema con las lógicas, prácticas y rutinas del sistema anterior.

Como si fuera poco, en las regiones donde las reformas son más recientes, tenemos la gran responsabilidad de ser protagonistas del cambio y seguramente de la forma en que vayamos modelando, el funcionamiento operativo en estos primeros momentos marcará la impronta del sistema por varios años.

En esa perspectiva, y aunque parece un contrasentido, necesariamente debemos desterrar el conocimiento anterior y con este las viejas prácticas y rutinas, lo que no es fácil, porque en ese cambio está en juego una nueva concepción de ejercicio del poder.

Gramsci, decía que el poder se encuentra mucho más en las rutinas y prácticas aceptadas que en el ejercicio transparente y activo de las decisiones¹¹.

Por ello, es fundamental generar una conducción unificada del proceso de implementación de las reformas, una fuerte articulación entre todos los actores y una capacitación permanente para asumir los retos y desafíos y no convalidar prácticas distorsivas¹².

¹¹ La reforma de los sistemas procesales no es solo un problema cuantitativo, sino fundamentalmente cualitativo. Es cierto que siempre será necesaria una inversión presupuestaria suficiente para garantizar los cambios, pero la justificación de la misma debe ir acompañada de una transformación profunda en el modo de administrar y gestionar el sistema y, obviamente, en el modo de ejercer la jurisdicción. Ello implica repensar las estructuras judiciales sin dejar de aprovechar los recursos humanos existentes, pero reasignándolos en función de otro esquema organizacional.

¹² Por ejemplo, el riesgo que hagamos trampa, que jueces, fiscales o defensores no puedan dejar su dependencia del expediente para la toma de decisiones y conviertan a la oralidad en una actividad marginal o en una suerte de *mise en escéne*. Audiencia o juicio oral es diverso a audiencia o juicio leído y es necesario convencer que la oralidad es una metodología eficiente para la toma de decisiones, una alternativa igualmente confiable que el expediente; sin duda, la oralidad es muchísimo más efectiva para mostrar la realidad que el expediente. Debemos evitar que de tener un expediente judicial terminemos generando tres expedientes, uno del Fiscal, otro del defensor y otro del Juez o que las audiencias previas al juicio no se transformen en una suerte de minijuicio; hay que lograr un funcionamiento dinámico de las audiencias previas al juicio. Por otra parte, es necesario

4. Tres desafíos concretos

Hay tres cuestiones que merecen una breve reflexión.

4.1. La prisión preventiva

Es que volviendo a los valores políticos de la reforma, cabe advertir sobre el riesgo de mantener niveles inaceptables de prisión preventiva, que ya han sido condenados en la región por la CIDH.

Vale recordar que dicho tribunal se ha pronunciado, de modo uniforme y reiterado, desde hace más de diez años, sobre la excepcionalidad del encarcelamiento preventivo y las exigencias que, debidamente motivadas en prueba objetiva, deben concurrir para habilitar el despacho de tan grave medida restrictiva de derechos respecto a quien todavía es inocente. También ha condenado el abuso judicial en su utilización, y señalado la necesidad de potenciar las alternativas al encarcelamiento durante el proceso pero garantizando el efectivo control de ejecución de estas. Precisamente, en un reciente y relevante fallo, ha vuelto a desarrollar y sistematizar el conjunto de principios y condiciones a los que debe sujetarse la llamada medida cautelar¹³.

Desde otro lugar y demostrando la gravedad del problema en nuestra región, también el Papa Francisco se ha pronunciado sobre el tema recientemente, quien luego de rechazar y criticar la pena de muerte y la prisión perpetua, sostuvo: “Otra forma de penas ilícitas, ocultas tras un halo de legalidad, lo constituye la prisión preventiva cuando en forma abusiva opera como adelantamiento de pena previo a la condena o como una medida que se aplica ante la sospecha más o menos fundada de que se ha cometido un delito. La situación es particularmente grave en América Latina donde el número de presos preventivos oscila entre el 50 y 70%. Esto contribuye a un deterioro

procurar que la gestión de las audiencias sea lo más eficiente posible. El sistema no admite suspensiones, ni demoras injustificadas. Hay que fortalecer las Oficinas de Gestión y establecer una buena relación con los colegios de jueces para evitar estos defectos. Además, es fundamental lograr una adecuada articulación con el Ministerio de Seguridad para garantizar el traslado de detenidos en los horarios previstos.

¹³ “Norín Catrimán y otros *vs.* Chile (dirigentes, miembros y activistas del pueblo mapuche)”, sentencia de 29 de mayo de 2014.

aún mayor de las condiciones de encierro, situación que la construcción de cárceles nuevas no termina de resolver”¹⁴.

4.2. El acuerdo y los abreviados

De otra parte, hay que evitar el abuso de la negociación y el abreviado¹⁵ y que este se convierta en una extorsión contra algunos seleccionados¹⁶, en una excluyente descarga de trabajo que consolide prácticas burocratizadas para evitar el cumplimiento de los roles propios de las partes del enjuiciamiento –acusar y defender–¹⁷ o en una alternativa injustificada y contraria al interés público en la persecución y

¹⁴ Discurso pronunciado por el Papa Francisco con motivo de la audiencia celebrada, el 23 de octubre de 2014, con autoridades de la Asociación Internacional de Derecho Penal, la Sociedad Internacional de Criminología, la Sociedad Internacional de Defensa Social, la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria, la Sociedad Mundial de Victimología y la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología.

¹⁵ El procedimiento abreviado supone, entre nosotros, el reconocimiento de la culpabilidad y el dictado de una condena sin juicio. Su legitimación deriva del acuerdo entre las partes, el que no queda exento del debido control jurisdiccional; su naturaleza responde, en el marco de un sistema acusatorio y adversarial estructurado sobre la base de audiencias públicas y orales, a la necesidad de prever instrumentos que permitan descongestionar el sistema de justicia penal proporcionando una respuesta adecuada al conflicto en casos donde la evidencia permita prescindir de la producción de prueba y acordar una salida razonable que asegure el respeto a los derechos y garantías del imputado –considerando especialmente su voluntad de abreviación–, así como el objetivo político institucional de evitar la impunidad.

¹⁶ A ello contribuye, precisamente, el abuso de prisión preventiva, la injustificada duración de los procesos y, en algunos supuestos, la comodidad para las partes de evitar un *juicio*. En esa negativa combinación la posibilidad de tener una condena cierta se presenta para el imputado como una desesperada salida que, además, puede facilitarle beneficios de la ley penitenciaria, dado que no siempre se le informa que esos beneficios ya los tiene aún en su condición de inocente sometido a proceso y encarcelado preventivamente.

¹⁷ Entre las prácticas distorsivas se ha comprobado también el recurso a los llamados “abreviados simulados o encubiertos”, donde se ponen de acuerdo Fiscal y defensor para ir a una suerte de audiencia de juicio ex-

sanción de delitos, así como a la obligación constitucional de proveer a la tutela judicial efectiva de las víctimas¹⁸.

Es por ello que, cualquiera fueran los términos empleados en un reglamento procesal, el ejercicio de poder punitivo y la aplicación consecuente de una pena, demanda en todos los casos, por imposición del modelo republicano de garantías –como límites al poder estatal–, la comprobación del hecho previo como presupuesto de la sentencia de condena y de la imposición de una pena, sea como consecuencia de un juicio o bien de un procedimiento abreviado¹⁹.

press, con prácticamente todo acordado y con la finalidad de evitar que se registre el caso como un procedimiento abreviado.

¹⁸ Muchos de los riesgos pueden disiparse con un ejercicio responsable y profesional de la defensa e, incluso, del propio Ministerio de la Acusación y con permanente monitoreo de la actuación de los integrantes de ambos organismos. Para ello, es preciso generar estándares y protocolos de actuación, procurando pautar una serie de requerimientos a los que deben someterse, por ejemplo, los defensores públicos, para evaluar la posibilidad del acuerdo, como por ejemplo y entre otras, que haya suficiente prueba de cargo producida por el Fiscal, no por la policía. Del mismo modo, y cuanto menos en Argentina, por imperativo constitucional, resulta necesario el debido control jurisdiccional en la audiencia del acuerdo presentado, así como la debida motivación de la sentencia que en consecuencia se dicte, lo cual implica necesariamente revelar las evidencias indicadas por el actor penal que acrediten la existencia del hecho acordado como sustento de la calificación legal. Ello también es reaseguro de que el acuerdo no verse sobre un hecho atípico, o bien con proyección en una figura penal más grave que la efectivamente afectada por el hecho. La necesidad de que el Juez exija evidencias del hecho delictivo al actor penal se deriva, más allá de la regulación procesal del instituto, de su obligación constitucional de motivar las sentencias en cuanto al hecho, calificación legal y pena, así como de la exigencia constitucional según la cual no hay pena sin delito (artículos 1, 18, CN).

¹⁹ En ese entendimiento, si bien el acuerdo de partes -aun cuando, en realidad, no se trata de los contendientes directos del conflicto sino del titular de la acción penal y el representante del imputado, sin perjuicio de las facultades del querellante si lo hubiere- condiciona a la jurisdicción –en tanto si hay acuerdo no hay conflicto– no puede desconocerse que en el marco del ordenamiento jurídico constitucional argentino dicha posibilidad reconoce límites. Esos límites derivan del respeto a la legalidad –sin

Precisamente, dado que por vía del abreviado se instrumenta un modo de ejercicio de poder punitivo sin juicio, no existe ninguna posibilidad que el acuerdo escape a la intervención y control jurisdiccional, en tanto todo ejercicio de poder punitivo debe reconocer como presupuesto un delito (injusto culpable) y cuando ese ejercicio se concretiza en una pena –ya por vía de un juicio o un acuerdo– requiere la intervención y control jurisdiccional pertinente.

No por obvio vale además señalar que como todo mecanismo instrumental el abreviado derivado de un acuerdo no es un fin en sí mismo.

4.3 La seguridad

La tercera cuestión tiene que ver con la seguridad.

No hay que generar muchas expectativas respecto al impacto que las reformas estructurales del sistema procesal y de la organización judicial puedan tener en orden a la reducción del delito. En general los sistemas de justicia penal tienen poca incidencia en el tema porque normalmente intervienen cuando el hecho ya ocurrió. Generalmente cuando ocurre un homicidio se llama a un sepulturero y a un fiscal o Juez penal.

El problema de la inseguridad demanda el inicial reconocimiento de su complejidad y, además, una respuesta combinada de diversas políticas públicas, tanto primarias como secundarias. Va de suyo que en este último caso, se trata también de diseñar políticas específicas en la materia, pero para ello resulta imprescindible generar mucha inversión presupuestaria en investigación cuanti y cualitativamente sobre la dinámica de la violencia, esto es, mucha tarea de análisis criminal y de investigación empírica del delito que nunca se hizo y, por otra parte, una radical y urgente reforma estructural de la agencia policial que –lamentablemente– se ha convertido más que nunca en un actor central como parte del problema y no de la solución.

La única respuesta, que no debe seguirse, la constituye una vieja receta del pasado, de probado y repetido fracaso, y tiene que ver con

perjuicio de que pueda haber excepciones con fundamento en la prevalencia de un principio de jerarquía superior–, la razonabilidad y los principios constitucionales que dan entidad a las garantías del imputado y a la tutela judicial efectiva.

el uso de más violencia, de más penas, de más policías, de más poder punitivo. Históricamente está demostrado que nunca el aumento de poder punitivo o la mayor represión del sistema tuvo como correlato la reducción del delito.

Sin embargo, la falsedad del argumento choca con la fuerza cultural de este. Es que la sociedad tiene fe en la pena porque, a través de ella, canaliza pulsiones de venganza. De allí que el discurso vindicativo, y su manipulación mediática, tenga alta eficacia política y mucha aceptación social.

Ello explica el generalizado uso político del Derecho penal como fenómeno comunicativo y también las enormes dificultades para rebatir la falsa premisa (si elevo las penas baja el delito) de la demagogia y el populismo penal que, por otra parte, encuentra siempre sustento en las campañas publicitarias dominantes en los medios masivos de comunicación que pretenden apropiarse del "sentido común". En última instancia, como decía Einstein, es más fácil desmontar un átomo que un prejuicio o preconceito.

Pero los caminos son otros y, en esa perspectiva, la política tiene una deuda pendiente en materia de diagnóstico sobre la violencia (y su dinámica) y también en materia de gestión de la seguridad. Si algo no debe perderse de vista en la cuestión, es que a la seguridad la debe gestionar la política, nunca la policía, y que uno de los más graves errores políticos ha sido permitir y consentir la autonomización policial a cambio de gobernabilidad.

Lamentablemente, vivimos en una región altamente violenta (más allá que, en ese contexto, Argentina tenga un lugar bastante privilegiado) y muchos de los problemas que padecemos en la región son comunes: inequitativa distribución del ingreso y pronunciada desigualdad social; la economía producto de la prohibición de la cocaína (si el mercado es garante del delito, el derecho penal no lo detiene); medios concentrados a favor de modelos excluyentes; enorme facilidad de acceso a las armas; y los modelos institucionales de policía.

A ellos está vinculado, como ha dicho el profesor Zaffaroni, el cuadro general de violencia criminal e institucional donde masacres aberrantes como la de Ayotznizapa (México) no es más que otro capítulo negro de una región con los índices de homicidio más altos del mundo (de los 23 países que superan una tasa de 20 homicidios c/100 000, 18 son de América Latina y el Caribe).

Los sistemas de investigación y enjuiciamiento criminal pueden contribuir a mejorar el cuadro de situación, pero no debe depositarse sobre ellos una expectativa que jamás podrían realizar.

La eficacia del nuevo sistema consiste en ganar transparencia, proteger a las víctimas y asegurar las garantías y reducir la impunidad, que es la falta de respuesta institucional. Luego y a través de un adecuado diseño operativo de las estructuras de la Acusación probablemente se puedan articular políticas de intervención en algunas economías delictivas. El diseño de la policía de investigación, bajo la dirección y conducción de los fiscales y la generación de protocolos y estándares de actuación que aumenten los niveles de profesionalidad podrán, también, contribuir a un mayor control, para reducir al máximo el ámbito de actuación autónoma de la policía y con ello la posibilidad de prácticas corruptas.

5. Conclusiones

- La justicia penal ha iniciado un proceso de transformación radical que apunta a democratizar su funcionamiento y generar instrumentos que le permita alcanzar sus objetivos. Ello nos obliga a un enorme esfuerzo para preservar las bondades del cambio y evitar que se desnaturalice.

Para ello debemos comenzar por reconocer que tenemos problemas estructurales y de funcionamiento derivados de múltiples factores aunque preponderantemente de un modelo de poder judicial diseñado en el siglo XIX, estructurado a través de una burocracia jerárquica que ha formateado una matriz cerrada y relativamente conservadora que se proyecta en ciertas tradiciones, prácticas y rutinas añejas, en problemas de accesibilidad, publicidad y transparencia de los actos que el poder produce.

Debemos dejar atrás un modelo que ha sido programado para funcionar prácticamente sin controles o con controles muy débiles y donde, bajo el pretexto de la independencia judicial, muchas veces se neutraliza o diluye la responsabilidad funcional.

Como si fuera poco, el esquema burocrático generalmente establece una relación entre la organización y las personas que no solo despersonaliza sino que además genera una tendencia en la que el burócrata le da más importancia a los reglamentos y a los formalismos que al cumplimiento de los objetivos mismos de la propia organización. Una suerte de deformación profesional que termina por conducir a un conformismo, que aleja cada vez más a la organización del cumplimiento de sus funciones y objetivos, privilegiando el trámite y la observancia obsesiva de los vericuetos reglamentarios antes que la razonabilidad de las soluciones.

Este conformismo consolida, en más de una ocasión, una cultura que lleva a aceptar como algo “natural” situaciones que cualquier persona, con un mínimo de racionalidad, juzgaría como inaceptables.

Debemos mirarnos críticamente para revisar esas prácticas y culturas, no perder jamás la sensibilidad frente a los conflictos y la violación de derechos, ni el contacto con la gente²⁰.

- Estimo que lo más relevante de las reformas procesales está dado por la dimensión política, organizacional y cultural porque, como ya se ha dicho, el factor inquisitivo y la cultura burocrática está más en el sistema de organización y en nuestras prácticas cotidianas que en el sistema normativo.

²⁰ En Argentina se ha instalado un debate pendiente sobre el estado de la Justicia y su reforma y en esos términos debe entenderse la discusión sobre la llamada democratización de la Justicia, expresión de uso frecuente en estos últimos tiempos pero que en verdad reconoce antiguos desarrollos y preocupaciones, como ocurriera en los albores de la democracia recuperada con el gobierno de Raúl Alfonsín, que contó con el asesoramiento en estas cuestiones del maestro Carlos NINO. Aquel debate quedó trunco por motivos justificados (veníamos del terrorismo de Estado y había que juzgar a las cúpulas), cayó luego en un pozo en la década del neoliberalismo de los noventa del siglo xx y se ha constituido hoy en un debate necesario, que no todos están dispuestos a dar de cara a la sociedad y sin manipulaciones, pero que debemos asumir con responsabilidad y participación de toda la ciudadanía, en tanto no podemos ser tan narcisistas de creer que solo los profesionales que monopolizamos, nada más y nada menos que un poder del Estado, somos los únicos habilitados a intervenir. Democratizar la Justicia no es una expresión ambigua ni se agota en la transformación imprescindible de los sistemas de Justicia penal. Democratizar la Justicia supone la necesidad de elaborar no ya una teoría de la justicia democrática sino, antes bien, una agenda democrática para la Justicia que procure alcanzar, mediante las reformas normativas y organizativas necesarias, los objetivos políticos de un sistema de Justicia independiente y compatible con la Constitución nacional. Dentro de esa agenda y en ese debate debe asumirse la necesaria discusión sobre los procesos de reforma al Código penal y fundamentalmente la reforma a la Justicia penal e, incluso, dentro de ella, las tentativas por saldar el incumplimiento histórico que ha postergado la implementación del juicio por jurados populares que deriva directa y expresamente de repetidos mandatos constitucionales.

Desde esta perspectiva, el proceso de reforma y su consolidación demandan planificación estratégica, un fuerte compromiso ideológico, responsabilidad institucional y capacitación continua.

Un compromiso ideológico que supone la necesidad de internalizar un esquema mental que privilegia las soluciones y no los obstáculos; que privilegia los objetivos de la organización y no los vericuetos reglamentarios o las prácticas rutinarias.

La responsabilidad institucional para generar espacios de discusión y consenso que permitan analizar y gestionar los problemas de la reforma y su implementación.

Y aquí se hace indispensable mucha coordinación entre las agencias, un adecuado gobierno y gestión del sistema y mucho monitoreo y control de gestión.

La capacitación en los principios y reglas de juego, en las técnicas operativas y de litigación y un cambio radical del modo de actuación de fiscales, defensores y jueces, que tiene que ver con esas nuevas formas de organizarnos y gestionar.

Pero la capacitación en lo procesal y en el nuevo diseño operativo no nos puede hacer perder de vista que el proceso es el escenario básico de configuración del derecho penal y ello obliga a transitar un camino de integración que ahora será más notorio y evidente porque fiscales, abogados y jueces, de dar misa en latín y de espaldas a la gente, han pasado a una liturgia en castellano y de frente a la sociedad²¹.

²¹ Siempre he sostenido que el mejor criterio de oportunidad es conocer la estructura global del ordenamiento jurídico, los principios y las reglas del área específica, saber manejar las categorías del sistema de Derecho penal y conocer la estructura particular de los delitos. Cuanto más Derecho conozca más fácil será la construcción del caso y más amplia la posibilidad de asegurar la toma de decisiones y la posibilidad de desempeñar con libertad el rol que corresponda (pensemos que, por ejemplo, en el nuevo sistema los fiscales, a diferencia de lo que ocurre con los jueces de instrucción, deberán decidir probablemente un alto porcentaje de casos en el primer día y van a tener que hacerse cargo de las consecuencias políticas de sus decisiones). El conocimiento facilita la actividad, da seguridad, hace previsible las decisiones y funciona como importante elemento de descarga procesal pero también favorece la actividad de investigación porque, en muchos casos, si no conozco la estructura típica del delito difícilmente pueda disponer los medios conducentes a su comprobación. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA

- Pero cuidado porque ni el proceso penal ni la implementación de la reforma son un fin en sí mismos. No podemos absolutizar el “cómo” y perder de vista el “para qué”, salvo que pensemos en construir un reloj de una sola aguja.

Por ello debemos saber para qué queremos el cambio. No se trata solo de cambiar la ley, ni tampoco de cambiar nuestras prácticas rutinarias y de gestión; no se trata solo de ganar eficiencia porque, además, ninguna reforma judicial es neutra y, en esa perspectiva, la eficiencia también tiene que ver con los valores.

Se trata de alcanzar los objetivos políticos relacionados de comienzo; en fin, de cambiar una realidad caracterizada por un sistema altamente selectivo, que funciona cautelarmente, con elevada cifra negra, una policía que sigue siendo dueña del sistema de selección de casos, donde muchas veces se verifican groseras limitaciones de derechos y garantías, y espacios de impunidad.

La reforma debe contribuir a cambiar este dramático inventario.

Y para ello se necesita cambiar una concepción y una forma de ejercicio de poder. Este es probablemente el cambio paradigmático más importante. La reforma no es un problema de técnica procesal, no es un problema procesal. Es un problema esencialmente político, un problema ideológico. Una nueva concepción de poder hacia afuera y hacia adentro.

hablaba de la función procesal de la tipicidad y más recientemente Enrique BACIGALUPO ha postulado la necesidad de extremar las exigencias procesales para la selección judicial *in-limine* de las denuncias y querellas ante la comprobación que un alto porcentaje de casos judicializados en España, tal como ocurre entre nosotros, son de antemano atípicos. *Vid*, ERBETTA, Daniel. La reforma procesal penal en la Provincia de Santa Fe: Un paso necesario para democratizar la justicia. Libro Homenaje a la Escuela Procesal Penal de Córdoba. Instituto de Derecho Procesal. Academia Nacional de Derecho y de Ciencias Sociales p. 114.

El juicio oral en Cuba

DR. JUAN MENDOZA DÍAZ*

Sumario

- I. Antecedentes del Juicio Oral en Cuba
- II. El modelo mixto de enjuiciamiento vigente en Cuba
 1. La fase investigativa
 2. La fase intermedia
 3. Fase del juicio oral
- III. El Juicio Oral
 1. Actividades previas
 - a. Las conclusiones provisionales de la defensa, b. Las excepciones del imputado, c. Decisión sobre las pruebas propuestas, d. Cuestiones de intendencia
 2. Actos de iniciación
 - a. Constitución, publicidad, recusación y presentación de las posiciones de las partes
 3. Práctica de las pruebas
 - a. Declaración del acusado, b. Prueba documental, c. Prueba testifical, d. Prueba pericial, e. Inspección en el lugar de los hechos, f. Facultades probatorias del tribunal, g. Revelaciones inesperadas
 4. Actos conclusivos
 - a. Conclusiones definitivas de las partes, b. Uso de la tesis de desvinculación, c. Informes orales conclusivos de las partes, d. Derecho a la última palabra, e. Deliberación y fallo
- IV. Conclusiones

* Profesor Titular de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Presidente de la Sociedad cubana de Derecho Procesal. mendoza@lex.uh.cu

I. Antecedentes del juicio oral en Cuba

Para comprender a cabalidad el origen del sistema de enjuiciamiento cubano en todos los ámbitos jurisdiccionales, hay que conocer la influencia que tuvo en la Isla la legislación española de finales del Siglo XIX. En tal sentido hay que significar que Cuba y Puerto Rico fueron las únicas naciones americanas que se mantuvieron vinculadas a España hasta el año 1898, pues el resto del Continente alcanzó su independencia muchos años antes. Esta demora libertaria posibilitó que el resultado del proceso codificador español de finales del Siglo XIX se hiciera extensivo a Cuba y con ello que una legislación de indudable modernidad para su época, pudiera regir en una realidad política, social y económica institucionalizada¹.

En lo que al proceso penal respecta, la vigencia en la Isla de la Ley de Enjuiciamiento Criminal desde 1889 posibilitó la introducción en la realidad cubana del juicio oral para esa materia². La Ley de Enjuici-

¹ La Ley de Enjuiciamiento Civil española, de 3 de febrero de 1881, se hizo extensiva a Cuba por Real Orden No. 1285, de septiembre de 1885, y comenzó a regir en la Isla el 1ro de enero de 1886. La Ley de Enjuiciamiento Criminal española, de 14 de septiembre del año 1882, se hizo extensiva a Cuba, por Real Decreto de 19 de octubre de 1888 y comenzó a regir el 1ro de enero de 1889. En 1898 se produjo la intervención norteamericana en Cuba, que puso fin a la dominación colonial española, pero se ratificó la vigencia de la normativa española, a pesar de que se introdujeron múltiples modificaciones a las leyes durante ese período.

² España comenzó en la segunda mitad del Siglo XIX el proceso paulatino de su reforma procesal penal. En 1868, bajo el reinado de Isabel II, se introduce el juicio oral y el recurso de casación en el enjuiciamiento penal. Tras la instauración de la primera República y la promulgación de la Constitución de 1869 se adoptaron diversas reformas procesales que desembocaron en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 22 de diciembre de 1872, considerado uno de los cuerpos más avanzados de su época. Estas modernas normas procesales no rigieron en Cuba, pues en ese momento se mantenía la dominación colonial y aún las mentes hispanas más avanzadas y liberales no comulgaban con la independencia de la Isla, posición que mereció ese magnífico trabajo de José Martí, fechado en Madrid el 15 de febrero de 1873 y titulado *La República española ante la Revolución cubana*, en el que el Maestro reprochaba a los republicanos españoles su posición contraria a la independencia de Cuba. En 1875 se restaura la Monarquía en

ciamiento española estuvo vigente en Cuba hasta el año 1973, en que fue derogada por la Ley No. 1251, Ley de Procedimiento Penal. En el año 1977 y producto de los cambios introducidos en la organización política y territorial del país por la Constitución Socialista de 1976, se aprobó la Ley No. 5, de 13 de agosto, Ley de Procedimiento Penal, actualmente vigente.

El modelo procesal penal que introdujo en Cuba la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, tenía la influencia del sistema mixto de manufactura napoleónica, que se consagró en el Código de Instrucción Criminal francés de 1808. La ley procesal de Napoleón logró delinear un proceso penal moderno, en el que se produjo una distinción entre funciones requirentes y decisorias, se adoptó el juicio oral, público y contradictorio, como proceder enjuiciatorio y se incorporaron formas de participación ciudadana en la administración de justicia, entre muchas otras aportaciones. La reforma procesal napoleónica dio comienzo a un fenómeno que aún vivimos y al que el profesor alemán Bernard denominó Schünemann denominó gráficamente como la **“marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo”**, para identificar la influencia que el *Common Law* ha tenido sobre los sistemas continentales europeo y americano³.

Los españoles, siguiendo la saga del proceso francés y también del Código austríaco de 1873, se dieron un proceso penal mixto de matiz acusatorio y moderno, en un cuerpo legal que el profesor Vázquez Sotelo calificó como el Código Procesal Penal “...más perfecto y avanzado del mundo de su tiempo y portador, por añadidura, de una prosa espléndida”.⁴

España y el 14 de septiembre de 1882 se aprobó la Ley de Enjuiciamiento Criminal que aún rige en ese país, luego de múltiples modificaciones y que fue la que introdujo el juicio oral en Cuba. PORTUONDO Y DE CASTRO, José, *Curso de Derecho Procesal Criminal*, t. I, segunda edición, La Habana, Editorial Librería Martí, 1947, pp. 29-30.

³ LANGER, Máximo, “La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importancia de mecanismos procesales de la tradición anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado”, en MAIER Julio (Coord.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 99.

⁴ VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, “La iniciativa probatoria del juez en los procesos penal, administrativo, laboral y civil de la legislación española y

II. El modelo mixto de enjuiciamiento vigente en Cuba

El proceso penal cubano actual se basa en el llamado modelo mixto de enjuiciamiento, diseñado por la presencia de dos períodos principales y uno intermedio. En el primero, conocido como **fase sumarial**, **fase investigativa** o **fase preparatoria**, prevalecen los rasgos inquisitivos, con ausencia casi absoluta de la contradicción, esencialmente escrito y destinado al descubrimiento de los hechos aparentemente delictivos y de sus responsables (autores, cómplices y encubridores), que posibilite preparar la acusación. Le sigue una etapa intermedia, dedicada a verificar si concurren los presupuestos que posibilitan la apertura del juicio oral y una tercera y última fase, que es la del juicio oral, etapa que se destina a la práctica de las pruebas que servirán de fundamento a la condena o la absolución y donde prevalecen los principios de contradicción, oralidad, igualdad formal de las partes, publicidad y muchos otros que conforman lo que se conoce como “**modelo teórico acusatorio**”⁵.

1. La fase investigativa

La Ley de Procedimiento cubana denomina a esta etapa como “**Fase Preparatoria del Juicio Oral**” y describe en su artículo 104 que “Constituye la fase preparatoria las diligencias previas a la apertura del juicio oral dirigidas a averiguar y comprobar la existencia del delito y sus circunstancias, recoger y conservar los instrumentos y pruebas materiales de este y practicar cualquier otra diligencia que no admita dilación, de modo que permitan hacer la calificación legal del hecho y determinar la participación o no de los presuntos responsables y su grado, y asegurar, en su caso, la persona de estos”.

En el proceso penal, a diferencia del civil y de otros de naturaleza concordante, como el familiar, el mercantil, etc., el ejercicio de la acción está precedido de un conjunto de actuaciones a cargo de órganos estatales, encaminadas justamente a preparar la promoción jurisdiccional. Esto hace que la nomenclatura que se utiliza para

la teoría general del proceso”, *Teoría Unitaria del Proceso*, Rosario, Editorial Juris, 2001, p. 257.

⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Editorial Trotta, 1995, pp. 563-569.

describir esta primera etapa no esté exenta de conflictos. Por lo general se utiliza la expresión “proceso penal”, para describir toda la unidad de actuaciones que suceden desde que se desata la actividad persecutoria del Estado hasta que concluye el diferendo, con la obtención de una sentencia y esta adquiere firmeza. No obstante, es necesario diferenciar conceptualmente que lo que ocurre en la primera etapa, previo al ejercicio de la acción, no puede ser considerado aún como “proceso penal”, pues la categoría de “proceso” debe reservarse para ese momento en que se constituye la “relación jurídico procesal”, lo cual tiene lugar una vez que se ejerce la acción y se traba el intercambio, en sede judicial, entre todos los sujetos que integran la “relación”, que son las partes y el tribunal.

La fase investigativa o previa, como su nombre lo indica, tiene naturaleza propedéutica del proceso penal, en la que no se practican pruebas y cuyo fin esencial es recopilar el material que servirá de fundamento para la adopción de una decisión posterior, ya sea ejercitar la acción penal o cualquier otra de las que concibe la ley y que veremos más adelante. En esta fase no se produce una “relación procesal” en los términos que la concibió Von Büllow, pues existe una autoridad que es el instructor policial, bajo el control del fiscal, que tiene a su cargo las acciones investigativas, con una naturaleza eminentemente administrativa.

Es posible que en el modelo precedente, en que la fase de investigación estaba a cargo del juez de instrucción, algunos pudieran ver elementos que indicaran la existencia de la “relación procesal”, ante la presencia de un sujeto con atributos jurisdiccionales y partes ante él comparecientes, pero esa visión desaparece totalmente en el modelo donde la investigación está a cargo de la fiscalía o sus órganos subordinados. No obstante este criterio, en la legislación cubana y en parte de su doctrina, aún perdura la opinión de que la fase preparatoria es parte del “proceso penal”⁶.

⁶ El profesor CANDIA FERREIRA considera que la inclusión detallada en la Ley de Procedimiento de todas las actuaciones que preceden al ejercicio de la acción, hacen que esta etapa sea considerada como parte del proceso penal. *Vid.* CANDIA FERREIRA, José, “La fase preparatoria del juicio oral”, *Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal*, Segunda parte, La Habana, Editorial Félix Varela, 2003, p. 111. La propia Ley de Procedimiento apunta a esta posición, pues establece que cuando en la fase preparatoria

La reforma procesal cubana de 1973 eliminó la figura del juez de instrucción a cargo de la investigación previa, la cual se encomendó al instructor de la policía, quien actúa bajo la supervisión y control del fiscal. En determinados casos se puede encomendar la investigación a un instructor de la propia fiscalía.

La Instrucción de la Policía como órgano encargado de la investigación previa, controlada por el ministerio público, tuvo su surgimiento en Cuba bajo la influencia del Derecho Soviético⁷ y con ello la normativa cubana se adelantó al movimiento que se generó en casi toda Europa y que trascendió luego a los nuevos códigos procesales americanos, tras el movimiento desatado por la denominada "gran reforma procesal penal alemana" de los años 70, en pos de encomendar al fiscal la fase investigativa del proceso penal, en sustitución del juez de instrucción.

La fase preparatoria tiene en nuestra Ley una duración ordinaria de sesenta días, contados a partir del momento en que se inicia oficialmente el expediente. Este plazo puede ser prorrogado bajo la autorización de los jefes de la Instrucción Policial hasta un plazo máximo de seis meses. La Ley regula una facultad excepcional en manos del Fiscal General de la República para autorizar que la fase preparatoria pueda rebasar el plazo de los seis meses (art. 107).

se adopta una medida cautelar, "el acusado será parte en el proceso y podrá proponer pruebas a su favor" (art. 249).

⁷ Casi toda la normativa cubana que se gestó en los años 70 recibió la influencia del Derecho Soviético, debido al estrecho vínculo económico y político que en ese momento existía entre Cuba y el resto de los países del bloque socialista. Cuando fue instaurado el régimen soviético, el procedimiento penal estaba reglamentado en Rusia por códigos completamente modernos, promulgados en 1864 y redactados de acuerdo con el modelo del Código francés, resultado de la reforma judicial liberal de 1860, basada en la doctrina europea más avanzada de la época. *Vid*, CsoVSKI, Vladimir y Kasamierz GRZYBOWSKI, "El procedimiento ante los tribunales en la Unión Soviética y en Europa Oriental", *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Primavera-verano 1958, Tomo I, Número 2, Comisión Internacional de Juristas de La Haya, pp. 293-294.

2. La Fase Intermedia

La legislación española que rigió el proceso penal cubano no regulaba expresamente la denominada “fase intermedia”, como tampoco lo hace nuestra actual Ley de Procedimiento, por lo que la identificación de esta etapa obedece más a una construcción doctrinal, que a una verdadera fase procesal claramente reglamentada.

Doctrinalmente la fase intermedia tiene como cometido primordial determinar si concurren los presupuestos para la apertura del juicio oral⁸. Dice la profesora Teresa Armenta que su cometido es bifronte, pues mira, de un lado a la instrucción, para resolver sobre su correcta clausura, y de otro a la fase de juicio oral, para determinar si debe desarrollarse, de tal suerte que si alguno de estos juicios obtiene un resultado negativo (lo efectuado no pone de manifiesto la existencia de un hecho delictivo o lo incorporado no justifica el ejercicio de la acción penal), determina el sobreseimiento del proceso o la remisión de las actuaciones para que se completen debidamente⁹.

Las dificultades fundamentales que se presentan en el estudio de esta etapa procesal están en determinar hasta donde se extiende, toda vez que su inicio está claramente determinado en el derecho cubano en el momento que el instructor de la policial considera concluida la investigación y presenta el expediente al fiscal, lo cual se regula en el artículo 262 de nuestra Ley de Procedimiento. A partir de este momento se abre para el fiscal una panoplia de posibilidades que están recogidas en el mencionado artículo, pero que tiene como fundamen-

⁸ El origen de esta fase en nuestra cultura jurídica se remonta al “**jurado de acusación**” que fue instaurado por la Ley Procesal de 1791, producto legislativo de la Revolución francesa y bajo la influencia del proceso penal inglés. Esta fase era un procedimiento intermedio ante un jurado conformado por jueces profesionales y jueces ciudadanos, que tenía el cometido de decidir sobre la apertura del juicio oral. El Código de Instrucción Criminal de Napoleón de 1808, eliminó el jurado de acusación y esa función de control de los resultados de la investigación fue encomendada a la “**cámara de acusación**”, conformada por jueces profesionales, uno de los cuales era el propio juez de instrucción que había dirigido la investigación. MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal Argentino*, t. I, volumen b, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1989, pp. 114-126.

⁹ ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, segunda edición, Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 240.

tales: (i) la solicitud de sobreseimiento libre del expediente, (ii) que se tramite alguno de los artículos de previo y especial pronunciamiento previstos en la Ley¹⁰, o (iii) ejercer la acción penal y solicitar la apertura a juicio oral.

Es atinado pensar que la fase intermedia se extiende solamente a aquellas actuaciones de la fiscalía ante el tribunal, en los casos en que solicita el sobreseimiento o la apreciación de un “Artículo de previo y especial pronunciamiento”, pues si formula la acusación, es de estimar que se produce el ejercicio efectivo de la acción y con ello el comienzo de la fase del juicio oral. No obstante, la Ley concibe que en determinados casos en que el fiscal solicita la apertura del juicio oral, el tribunal puede devolverle el expediente, si considera que se han quebrantado formalidades del proceso durante la investigación, o es necesario ampliar las investigaciones o los hechos narrados en las conclusiones no se corresponden con los investigados en el expediente. No cabe duda que esta actividad de control de la acusación se enmarca dentro de la denominada fase intermedia, pues esto impide la apertura de la fase del juicio oral¹¹.

Teniendo en cuenta que la función principal de la denominada fase intermedia es verificar si es factible el ejercicio efectivo de la ac-

¹⁰ Los “**Artículos de previo y especial pronunciamiento**” son cinco situaciones específicas que se regulan en el artículo 290 de la Ley de Procedimiento Penal. Constituyen presupuestos procesales, de los cuales dos de ellos tienen naturaleza procesal y los otros tres son de naturaleza material. Los de naturaleza procesal son (i) La declinatoria de jurisdicción y (ii) la falta de autorización para proceder, en los casos de delitos requeridos de este presupuesto. Son de naturaleza material (i) la cosa juzgada, (ii) la prescripción de la acción penal y (iii) la amnistía.

¹¹ Esta facultad de depuración en manos del propio órgano que se encargará del juzgamiento, pone en entredicho la imparcialidad del tribunal, que se ve envuelto en un análisis apriorístico del contenido del expediente sumarial. Este tema recibe un tratamiento específico en la normativa procesal actual de los países americanos, donde se concibe una audiencia previa bajo la dirección de un juez distinto del que realizará el juzgamiento, encaminada a valorar si existen los presupuestos necesarios para el ejercicio efectivo de la acción, así como la decisión sobre el sobreseimiento libre.

ción penal, podemos considerar que termina justamente cuando el fiscal presenta ante el tribunal sus “conclusiones provisionales”¹² y el tribunal dicta el auto de apertura a juicio oral.

3. Fase del Juicio Oral

Bajo la denominación de “**Juicio Oral**” se amparan dos definiciones procesales distintas, pues el término identifica tanto a una “**fase**” como a un “**acto**”.

Como **fase**, que es su verdadera acepción, abarca aquella etapa del proceso que comienza desde el momento en que el fiscal presenta su escrito de calificación y el tribunal lo acepta, quien radica la causa mediante auto y con ello declara abierta la mencionada etapa del proceso, la que se extiende hasta el momento en que se adopta una decisión definitiva y se le notifica a las partes en forma de sentencia.

Teniendo en cuenta la sucesión de actos de diversa naturaleza y cometido que se produce durante la denominada fase intermedia, no existe suficiente claridad sobre cual es el momento a partir del cual culmina una etapa y comienza la otra. Un sector de nuestra doctrina considera que el momento de inicio de la fase del juicio oral se ubica en el instante en que se traba el debate penal, o sea, una vez que ambas partes esgrimen sus armas en los respectivos escritos de conclusiones provisionales. Esta posición se basa, entre otros argumentos, en que durante el trámite de calificación de la defensa existe aún la posibilidad de que el imputado oponga alguna excepción al ejercicio

¹² El contenido del escrito de calificación del fiscal, que se denomina “conclusiones provisionales”, que se aplica también al de la defensa, está reflejado en el artículo 278 y comprende: (i) los hechos sancionables que resulten de las actuaciones, (ii) la calificación legal de los hechos, determinando el delito que constituyen, (iii) el concepto de la participación que en ellos hayan tenido los acusados contra los que se ejercite la acción penal, (iv) los hechos que resulten de las actuaciones que constituyan circunstancias modificativas o eximentes de la acción penal y (v) las sanciones en que han incurrido él o los acusados por razón de su respectiva participación en el delito; y las medidas de seguridad que, en su caso, deben imponerse.

de la acción, la que de ser acogida excluye la celebración de la contienda oral y pública¹³.

Soy de la opinión de que la fase procesal del juicio oral comienza desde el momento en que el fiscal presenta sus conclusiones provisionales y el tribunal las admite, por estimarlas completas, y dispone la apertura de la nueva etapa dedicada al juzgamiento (art. 281).

A partir de esa decisión del tribunal se produce un acontecimiento de extraordinaria relevancia, que es la fijación del *objeto del proceso*, que nadie puede cambiar a partir de ese momento. El hecho de que el imputado pueda interponer excepciones (**artículos de previo y especial pronunciamiento**) al momento de presentar sus conclusiones provisionales y que su admisión impida el juzgamiento, no cambia el momento de inicio de la fase procesal del juicio oral. Salvando la distancia que existe entre el proceso penal y el proceso civil, no es posible sostener que no se ha iniciado el proceso civil hasta tanto no se resuelvan las excepciones dilatorias (incluida la cosa juzgada), que la parte demandada tiene la posibilidad de interponer previo a la contestación de la demanda, por la sola contingencia de que alguna pueda ser acogida por el tribunal; este argumento es igualmente válido para el enjuiciamiento penal. La etapa del juicio oral, que es el proceso penal *stricto sensu*, comienza desde el momento en que con la admisión de la acusación por el tribunal, se fijan los hechos históricos de la acusación y con ello se consolida el objeto del proceso.

Como dijimos al inicio de este epígrafe el término juicio oral identifica también el momento o **acto** donde se practican las pruebas bajo el imperio de la oralidad, inmediación, concentración, publicidad y contradicción.

Podemos subdividir la *fase* del juicio oral, a efectos meramente metodológicos, en diferentes momentos o etapas, caracterizadas por la presencia de un conjunto de diligencias en cada una de ellas que tienden a un fin determinado, que las agrupa e identifica.

¹³ ARRANZ CASTILLERO, Vicente, *et al*, "El juicio oral: sus principios y las normas fundamentales que lo regulan en la legislación penal cubana", *Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal, op cit*, nota 6, p. 213

III. EL JUICIO ORAL

En correspondencia con lo anterior podemos identificar las siguientes etapas dentro del la “fase” procesal del juicio oral:

1. Actividades previas
2. Actos de iniciación
3. Práctica de las pruebas
4. Actos conclusivos
5. Derecho a la última palabra
6. Deliberación y fallo

1. Actividades previas

Las actividades previas son todas aquellas diligencias del tribunal y de las partes que se realizan una vez dispuesta la apertura de la causa a juicio oral y con antelación a la celebración del acto y están encaminadas a preparar y garantizar su ejecución, y que quedan fuera de la llamada “fase intermedia”.

a. Las conclusiones provisionales de la defensa

El ordenamiento cubano estipula que una vez hecha la apertura de la causa a juicio oral, el tribunal dará traslado al acusado de las conclusiones provisionales del fiscal, para que designe abogado, si no lo tuviera ya nombrado desde la fase preparatoria, con el apercibimiento de que si no lo hace en el plazo de cinco días, se le nombrará defensor de oficio.

Personado el abogado defensor del imputado o nombrado de oficio por el tribunal, se le dará traslado del expediente sumarial, para su estudio y para que proponga sus conclusiones provisionales, las que deben confeccionarse de forma correlativa a las del fiscal y proponiendo las pruebas de que intente valerse en el juicio oral.

b. Las excepciones del imputado

Ya expusimos que en nuestro derecho existen varios “presupuestos” del proceso penal, que la Ley denomina “**Artículos de previo y especial pronunciamiento**”, y que pueden ser propuestos por el fiscal en la denominada fase intermedia. En caso de que el fiscal no los formule en su momento, pueden ser establecidos como **excepciones** por el imputado en el plazo de los tres primeros días que se le conceden para evacuar el trámite de calificación.

c. Decisión sobre las pruebas propuestas

Uno de los momentos más importantes de esta etapa previa es justamente la decisión del tribunal sobre las pruebas propuestas por las partes.

La decisión sobre la admisión y rechazo de pruebas no está sujeta en nuestra Ley a reglas específicas, sino a lo que la propia norma denomina como “pruebas pertinentes”¹⁴, que eran para Lazcano y Mazón, todas aquellas que puedan ser consideradas “**idóneas**” para acreditar con ellas el hecho origen del proceso. La decisión de admitir pruebas no puede ser combatida por las partes, pero sí el rechazo de algún medio de prueba en específico. La parte a la que se le haya denegado la admisión de una prueba puede interponer un “**remedio procesal**” que la Ley denomina “protesta”, cuyo efecto es preparatorio del recurso de casación que podrá interponerse en su día, por limitación de la capacidad probatoria de las partes.

En varios de los nuevos códigos procesales de América Latina, en aras de mantener al tribunal del juicio lo más alejado posible de la contaminación con el resultado de la investigación y garantizar una mayor imparcialidad, se encomendó al juez que controla la investigación, para que en la fase intermedia sea el que decida sobre la admisión y denegación de pruebas, espacio que se usa frecuentemente para la impugnación de aquellas pruebas que se consideren ilícitas.¹⁵

d. Cuestiones de intendencia

Existen ciertos aspectos formales y de intendencia que son previos al juicio, sobre los cuales no se pronuncian las Leyes procesales, por constituir aspectos de tipo organizativo judicial, pero que inciden de forma directa en el modelo de enjuiciamiento que se deriva directamente de la Ley procesal. En los países que llevan años de tradición de juicio oral, como es el caso de Cuba, esos aspectos dejaron de ser tratados por la doctrina, pues se consideran parte de la tradición judicial y en ocasiones hasta se desconoce la normatividad que lo regula.

La forma de organizar la estructura de las salas de justicia para el juicio oral debe ajustarse al modelo de organización judicial que cada

¹⁴ LAZCANO Y MAZÓN, Andrés María, *El Juicio Oral*, La Habana, Editorial Lex, 1947, p. 49.

¹⁵ Se trata de la fase procesal a que se hizo referencia en nota 11

país se de, ya sea de tribunales unipersonales o colegiados. Cosa distinta es el caso de que el sistema se organice en base al jurado, en que por la forma en que se realiza la práctica de las pruebas ante un panel de ciudadanos y un juez director, con funciones distintas y colocaciones espaciales diferentes, la ubicación de los sujetos que intervienen ante ellos debe ajustarse a esta particularidad.

En Cuba la estructura de las salas de justicia y la forma de ubicación de los sujetos en ella se reguló desde principios del Siglo pasado, por acuerdos de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de Justicia, quien definió también la obligación del uso de la toga para los magistrados, fiscales y abogados¹⁶ y en fecha más reciente mediante la Instrucción No. 211, de 15 de junio del 2011, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, que aprobó la Guía Metodológica para la realización del juicio oral en el procedimiento ordinario, con aplicación supletoria para el resto de los procedimientos.

En Cuba el uso de la toga, ya no del birrete, como requisito de vestuario para todos los sujetos que intervienen en el juicio oral logró sobrevivir incluso a los momentos iniciales del triunfo de la Revolución en 1959, años en los que se rompió con muchos de los que se consideraron como “atributos del pasado régimen”. El vigente Reglamento de la Ley de Tribunales dispone en su artículo 63 que los jueces, fiscales y abogados están obligados al uso de la toga en las audiencias y demás actos judiciales. La toga se debe usar sobre el traje habitual de calle y cuando se trate de personas del sexo masculino, se requiere el uso de camisa de cuello cerrado y corbata.

2. Actos de iniciación

Constituyen todas aquellas diligencias que se realizan desde que se instala la audiencia y hasta el momento en que se da paso a la práctica de las pruebas.

Constitución, publicidad, recusación y presentación de las posiciones de las partes.

Por mandato constitucional, para todos los actos de justicia los tribunales cubanos se integran por jueces profesionales y jueces ciudadanos. Los jueces ciudadanos o legos, como se denominan en la

¹⁶ RIVERO GARCÍA, Danilo y PÉREZ PÉREZ, Pedro, *El Juicio Oral*, La Habana, Ediciones ONBC, 2002, p. 70.

normativa cubana, son jueces accidentales que integran los tribunales durante dos meses del año y que son electos para esta responsabilidad por las asambleas legislativas, a propuesta de los colectivos laborales.

Una de las primeras decisiones que adopta el tribunal una vez constituido el acto de la audiencia oral, es la declaración de publicidad o reserva de la vista. El artículo 305 de la Ley de Procedimiento Penal dispone como regla general la publicidad del juicio oral, "... a menos que razones de seguridad estatal, moralidad, orden público o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o sus familiares, aconsejen celebrarlo a puertas cerradas".

La publicidad es un principio que tuvo su proyección originaria en función de garantizar la realización de un juicio justo al imputado, en contraposición al secreto que caracterizaba al proceso inquisitivo, de tal suerte que integraba el catálogo de los presupuestos del debido proceso. Hace ya tiempo que la publicidad dejó de ser un principio que tributa exclusivamente al imputado para incorporarse a los intereses generales de la sociedad, como derecho a la información.

Uno de los temas más complejos que entraña el principio de publicidad en la actualidad es el acceso a las salas de justicia de los medios masivos de comunicación, tema que las leyes de procedimiento deliberadamente obvian y dejan un espacio de vacío normativo que por lo general lo cubren las decisiones jurisprudenciales, que tratan de encontrar un punto de equilibrio entre el derecho a la intimidad del imputado y el derecho a la información¹⁷.

En lo que al acceso de los medios de difusión a los actos de justicia, en nuestro derecho se regula en el artículo 62 del Reglamento de la Ley de Tribunales, que dispone que el acceso a los actos de justicia de medios técnicos de cine, televisión, fotográficos o de grabación visual

¹⁷ La profesora Teresa ARMENTA considera que mientras el legislador no limite con carácter general el acceso de la cámaras a los actos de justicia como forma de ejercicio de libertad de información, su prohibición o limitación corresponde, caso por caso, a los jueces y tribunales, aplicando la proporcionalidad y siempre imponiendo la obligación de tratar a posteriori las imágenes para digitalizarlas, a fin de que se confunda el rostro del imputado. ARMENTA DEU, Teresa, *Estudios sobre el proceso penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, p. 341.

o auditiva, requiere de la autorización del Presidente del Tribunal Supremo Popular, cuando el interés social lo justifique.

La otra actividad integrante de esta fase es la posible recusación de alguno de los jueces. A pesar de que la Ley dispone que el incidente de recusación puede establecerse por escrito en cualquier estado del proceso, con una tramitación simultánea, pero nunca después de comenzado el juicio oral, lo cierto es que el momento en que efectivamente se formula la recusación es al instante en que se constituye el tribunal para la vista oral, con efecto paralizador.

La recusación combate la competencia subjetiva de un juez en específico de los que integran el tribunal y puede formularse por el fiscal, el acusador particular en los pocos casos en que su presencia tiene lugar, el acusado y el tercero responsable civilmente y se funda en un grupo de causales taxativamente enumeradas en el artículo 23 de la Ley de Procedimiento.

El último de los momentos que integra esta fase lo constituye el de presentación del caso al tribunal. Durante muchos años esta etapa estuvo viciada en su realización y se constriñó a la lectura por el Secretario de las conclusiones provisionales de las partes, que muchas veces solicitaban del tribunal prescindir de tal acto, lo que provocaba que el juicio comenzara sin que los presentes tuvieran una información inicial sobre lo que sería objeto de juzgamiento. A partir de la adopción de la mencionada Instrucción 211, en esta etapa el Secretario dará lectura a una síntesis de los hechos que fundamentan la acusación, previamente elaborado por el juez ponente, lo que se corresponde con lo preceptuado en el artículo 310 de la Ley de Procedimiento Penal, pudiendo prescindirse o no de la lectura de los escritos de calificación de las partes.

El cometido que tiene esta etapa es de tributar al principio de oralidad que prevalece en esta fase, de forma tal que todos los presentes en el acto puedan tomar conocimiento del contenido de los hechos narrados por el fiscal y el abogado, así como las tesis de calificación de cada uno de ellos, como paso previo al comienzo de la práctica de las pruebas.

En muchos de los modernos códigos procesales americanos, justamente para evitar la mala práctica relatada, se sustituye la lectura de los escritos de calificación por una presentación oral de las partes sobre los puntos esenciales de sus tesis, lo que posibilita convertir esa fase ilustrativa previa del contenido del debate, en un paso de mucha mayor celeridad y amenidad, en el que las partes exponen a los jueces los hechos que se pretenden probar y la naturaleza de la prueba

con la que se quiere demostrar cada uno de los extremos plasmados en los escritos de las partes¹⁸.

3. Práctica de las pruebas

La práctica de las pruebas constituye el núcleo central del juicio oral, pues el modelo mixto de enjuiciamiento que prevalece en la mayoría de las Leyes procesales actuales parte del entendido de que todo lo actuado durante la fase sumarial es solo el presupuesto para sostener la acusación, pero carece de valor probatorio *per se*.

La Ley cubana describe cinco medios específicos de prueba a practicar en el juicio oral: (i) declaración del acusado y del tercero civilmente responsable, (ii) pruebas documentales, (iii) examen de testigos, (iv) informes periciales e (v) inspección en el lugar de los hechos.

Las pruebas se practican en el mismo orden expuesto anteriormente y se comienza por las propuestas por la parte acusadora; no obstante y teniendo en cuenta el principio de unidad de audiencia que prevalece en el juicio oral, el tribunal puede disponer de oficio o a solicitud de alguna de las partes, que se altere el orden de la práctica de las pruebas, cuando esto contribuya al mejor esclarecimiento de los hechos.

a. Declaración del acusado y del tercero civil responsable

La Ley cubana abandonó desde 1973 el término “confesión del procesado” que utilizaba la Ley de Enjuiciamiento Criminal española¹⁹, para referirse a la deposición que hace el imputado en el acto del

¹⁸ MENDOZA DÍAZ, Juan, *Lecciones de Derecho Procesal Penal (Nuevo Código de Procedimiento Penal boliviano)*, Tarija, Universidad Juan Misael Saracho, 2001, p. 73.

¹⁹ En el proceso penal español por delitos en que la pena solicitada no rebasa los seis años de prisión, la confesión del acusado en el acto del juicio oral, conocida por la doctrina de ese país como “conformidad del acusado”, hace innecesario el juzgamiento y el tribunal dicta sentencia de conformidad con lo aceptado por el imputado. Para la realidad jurídica cubana del momento, este tema fue objeto de una magnífica conferencia que impartió Niceto ALCALÁ-ZAMORA en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, los días 18 y 19 de diciembre de 1931 y que fue publicada bajo el nombre de *El juicio penal truncado del derecho hispano-cubano*. ALCALÁ-ZAMORA, Niceto, “El juicio penal truncado del

juicio oral y la denominó “declaración del acusado”. No obstante la mantuvo en la categoría de medio de prueba, aunque de naturaleza peculiar ya que carece de valor por sí sola, toda vez que en la misma antesala de la Ley se establece que “todo delito debe ser probado independientemente del testimonio del acusado, de su cónyuge y de sus familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad” (art. 1).

El proceso cubano sigue la tradición general prevaleciente para la declaración del acusado en el juicio oral, o sea, se trata de un acto totalmente voluntario, en que la negativa a deponer no perjudica su posición ni puede ser estimada como una aceptación de la imputación. El acusado puede declarar y responder las preguntas del fiscal, su abogado y el tribunal, o solo declarar y no responder preguntas, o viceversa. Si acepta responder preguntas, tiene absoluta libertad para hacerlo solo sobre las que tenga interés en evacuar y abstenerse de responder sobre las otras.

Con frecuencia se presenta en los usos del foro que un imputado que reconoció su participación durante la fase preparatoria luego cambia su declaración en el acto del juicio oral; es un vicio común que el fiscal en estos casos trate de sacar ventaja tratando de contrastar sus declaraciones, para poner en evidencia la inconsistencia de su posición de defensa.

Si bien este proceder no está vedado legalmente, carece de utilidad práctica, teniendo en cuenta el derecho que le asiste al imputado de decir lo que tenga a bien en su favor, sin que dicha contradicción le reporte perjuicio alguno.

derecho hispano-cubano”, *Ensayos de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional*, Buenos Aires, Revista de Jurisprudencia Argentina, S. A., 1944, pp. 411-500. En Cuba este proceder estuvo vigente hasta que se promulgó la Constitución de 1940, que dispuso en su artículo 26 que todo delito debía ser probado “...independientemente del testimonio del acusado, del cónyuge y también de sus familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad...”. Al amparo de la norma constitucional, el Pleno del Tribunal Supremo dictó el 2 de junio de 1943, la sentencia No. 41, en la que se declararon inconstitucionales los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que posibilitaban prescindir del juzgamiento ante la confesión del acusado, posición que aún prevalece en la normativa cubana actual.

b. La prueba documental

La Ley de Procedimiento cubana hace una deficiente regulación del concepto y la práctica de la prueba documental en el acto del juicio oral.

La regulación de la prueba documental en nuestra Ley no describe su alcance, toda vez que la única mención a este medio de prueba está en el artículo 338, donde se estipula que “El Tribunal examinará por sí mismo los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos y a la más segura determinación de la verdad”. El proceso penal cubano se auxilia de la regulación que sobre este tema hace la Ley de Procedimiento Civil, pues a pesar de que ambas normas son coetáneas, el proceso civil tuvo una mejor previsión en su regulación y hace una descripción de las pruebas documentales, que comprende tanto la tradicional distinción entre documentos públicos y privados, e incluye un conjunto de soportes físicos que la modernidad incorpora a la vida social y que la norma los define como “documentos” en sentido general, que abarca tanto las películas, fotos, grabaciones, cintas y otros soportes similares.

Para librarse del tedio que puede significar la lectura de las pruebas documentales en el juicio, se usa una fórmula ritual generalmente aceptada que reza: “los documentos oportunamente propuestos y admitidos se tienen por reproducidos”, que priva a todos los espectadores de poder conocer el contenido de los documentos incorporados al proceso como medios de prueba, y que hace que sea considerada por algunos como violatoria del principio de publicidad²⁰.

Varios de los modernos códigos procesales americanos, para impedir que esta práctica pueda imponerse, en detrimento del principio de publicidad, exigen que los documentos propuestos como pruebas “**sean leídos y exhibidos en el debate, con indicación de su origen**”, aunque se concibe la posibilidad de que el tribunal, en base al acuerdo de las partes, pueda ordenar una lectura parcial de los documentos.

²⁰ RIVERO GARCÍA, Danilo y Pedro PÉREZ PÉREZ, *op. cit.*; nota 16, p. 30.

c. Prueba testifical

Siguiendo a Gimeno Sendra podemos decir que el testimonio es la declaración que en el juicio realizan los terceros sobre percepciones sensoriales (directas o indirectas), acerca de los hechos y circunstancias fácticas ocurridas fuera del proceso y con anterioridad a él, lo cual se realiza mediante un interrogatorio directo y cruzado de las partes bajo la intervención del tribunal, en lo que se conoce como *cross examinatio*²¹.

El testigo no comparece al proceso voluntariamente, sino que tiene la obligación de asistir, declarar y decir la verdad, salvo las excepciones que la propia Ley establece; en lo que a la comparecencia se refiere, la Ley reglamenta lo relativo a los medios compulsivos que son posibles utilizar ante la ausencia del testigo al juicio (art. 173).

Antes de dar inicio a su exposición al testigo se le informa de la obligación que tiene de ser veraz y de la responsabilidad en que incurrir si no lo hace y se le interrogará sobre el conocimiento que pueda tener sobre el acusado o el ofendido, así como los vínculos de parentesco, amistad, enemistad o relaciones que lo vincule a alguno de ellos. Una vez vencidos estos prolegómenos encaminados a conocer la identidad del testigo y ponderar la existencia de algún vínculo que afecte la veracidad de su testimonio, se procederá al interrogatorio, el que comienza por la parte que lo propuso, luego las otras partes y por los jueces.

El testigo solo comete delito si presta falso testimonio en el acto del juicio oral, con independencia del contenido de la declaración que brindó durante la fase investigativa. En ese sentido si durante su intervención en el juicio se aprecian contradicciones con lo que declaró durante la fase investigativa, se le puede dar lectura a lo que manifestó en fase y pedirle aclare la contradicción, bajo la alerta de que solo comete delito si miente en el juicio oral.

Se trata de una formulación coherente que privilegia al escenario donde verdaderamente se practican las pruebas, que es el juicio oral, ya que durante la investigación no se practican pruebas, sino que se recopilan las mismas.

²¹ GIMENO SENDRA, Vicente, *et al*, *Derecho Procesal, Proceso Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p. 453.

En el interrogatorio a los testigos, el tribunal desempeña una función directiva o de ordenación y debe evitar que se interrumpa al que expone, que se le someta a presiones o que se produzcan careos y otras alteraciones que afecten el equilibrio de la exposición. En el marco de esta función directiva, una de sus misiones más importantes y complicadas es evitar que el testigo conteste a preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes (art. 322). En los modelos de tribunales colegiados como el cubano, esta facultad se concentra en la persona del presidente, que por lo general la ejerce con absoluto personalismo, al margen del colegio del cual forma parte.

La práctica forense indica que preguntas sugestivas son aquellas que en la interrogación formulada se aporta la información, o sea, son las que influyen, inspiran o determinan la respuesta. Son preguntas capciosas aquellas que incorporan un elemento falso, con el objetivo de que quien declara incurra en un error al contestar y con ello desvirtuar los hechos o desacreditar su testimonio ante el tribunal, al haber caído en la trampa que se le tendió al formularle la pregunta. Por su parte son preguntas impertinentes aquellas que no tienen que ver con lo que se está discutiendo o que reiteran aspectos que ya han sido respondidos con anterioridad o las que tratan de que el testigo brinde un juicio de valor, y se aparte de lo que es la esencia del testimonio que es transmitir percepciones sensoriales y no valoraciones o juicios axiológicos.

Existen varios modelos de moderación del interrogatorio por el tribunal. En unos el presidente se mantiene expectante e interviene solo cuando una de las partes protesta ante una pregunta que considera patológica; en otros el tribunal mantiene una posición más activa y el control lo realiza sin necesidad de que lo soliciten las partes, sin negar el derecho de estas a ejercitar la “**protesta**” cuando consideran que una pregunta vulnera las reglas del debate.

El artículo 322 de la Ley cubana dispone que “El presidente no permitirá que el testigo conteste a preguntas o repreguntas capciosas, sugestivas o impertinentes”, y en virtud de ese mandato genérico la práctica judicial cubana se articula sobre el segundo modelo descrito, o sea, es el presidente quien controla el interrogatorio y rechaza las preguntas indebidas, sin necesidad de solicitud de las partes, lo cual no cierra el derecho de éstas a llamar la atención del tribunal cuando consideran que una pregunta es impropia.

d. La prueba pericial

Los operadores jurídicos saben que una de las situaciones que mayor complejidad reviste en el juicio oral es la relativa al interrogatorio

de los peritos, teniendo en cuenta el conocimiento especializado que poseen en la rama determinada de su desempeño; esto provoca que en la práctica muchas veces las partes se abstengan de interrogar al perito o lo hagan deficientemente, lo que trae como consecuencia que el dictamen pericial, aunque la Ley diga lo contrario, se convierta en una verdadera prueba tasada, ante la imposibilidad de partes y juzgadores de cuestionar el dictamen conclusivo de un perito.

Muchas de las modernas legislaciones americanas encontraron una loable salida a esta lamentable situación, al introducir a los *consultores técnicos*, que no solo asesoran a las partes sino que se les faculta para que puedan presenciar el propio acto de la pericia, hacer observaciones e incluso interrogar a los peritos en el acto del juicio oral. La presencia de los consultores técnicos en el proceso penal contribuirá a desmitificar la prueba de peritos y garantizará que se cumpla cabalmente el postulado legal de que el juzgador debe valorar libremente las pruebas practicadas y asignar a cada una el valor que su sana crítica le confiera.

e. Inspección en el lugar de los hechos

La inspección en el lugar de los hechos es una prueba de naturaleza excepcional, teniendo en cuenta que no se utiliza de manera frecuente, pero de una indudable utilidad, en aras de vincular al tribunal de forma directa al escenario donde tuvo lugar el hecho delictivo.

Con mucha frecuencia durante la investigación policial se practica la inspección del lugar de los hechos, como diligencia de investigación y se deja constancia en el expediente de lo actuado mediante planos, croquis, fotos y otros medios idóneos. La Ley no deja claro el valor probatorio de esta actuación policial que se plasma por diversas vías documentales, lo que por lo general provoca dudas a la hora de su apreciación, pues se trata de una diligencia que por la celeridad con que se realiza en la fase preparatoria, no concibe la presencia necesaria del imputado y su abogado y por ello está excluida de la contradicción, por lo que su entrada al juicio oral se produce por la lectura o visualización que hagan los jueces de lo que dejó plasmado el investigador.

He observado lo útil que este medio de prueba resulta cuando se juzgan accidentes ocurridos en lugares de determinada complejidad, como puede ser una industria, donde tiene lugar un determinado proceso productivo, pues permite que los jueces comprendan mejor el escenario y se puedan figurar de manera más adecuada lo que se debate.

f. Facultades probatorias del tribunal

La doctrina y una gran cantidad de legislaciones reconocen el derecho-deber que tiene el juzgador de poder introducir *per se* medios de prueba, encaminados a lograr la verdad material. La virtualidad de este actuar dentro del proceso penal se justifica por el tipo de derecho que se discute, pues si en el proceso civil, en que generalmente se dirimen pretensiones relativas a derechos subjetivos privados, se reconoce el derecho del tribunal de incorporar pruebas adicionales o “pruebas para mejor proveer” (término con el que se conoce en la legislación procesal cubana esta facultad), mayor justificación existe para que en el proceso penal pueda el juez tomar la iniciativa probatoria.

Otro ejemplo en que puede evidenciarse la necesidad de que el juez haga uso del principio de investigación es cuando se presentan por las partes dictámenes periciales que resultan contradictorios y para poder ganar convicción el juez necesita ordenar un nuevo análisis que dirima el diferendo; o cuando el juez estima que para un mejor conocimiento de lo ocurrido es necesario realizar una inspección ocular al lugar del suceso, ya que el debate le reporta dudas sobre las características del escenario, etc.

La Ley cubana posibilita que de forma excepcional el tribunal pueda incorporar algún medio de prueba que considere necesario para la comprobación de cualquiera de los hechos que son objeto de la acusación (art. 340.2).

g. Revelaciones inesperadas

Todo el debate penal que se produce en el juicio oral gira alrededor del supuesto de hechos plasmado por el fiscal en su escrito de calificación, al que se denomina “objeto del proceso”. Esta categoría se utilizó tanto por la doctrina alemana, italiana y española, para definir aquellos elementos fácticos que determinan la extensión de la investigación y la cognición judicial²², término que se derivó posteriormente a la doctrina americana²³. Integran esta narración fáctica, el denominado hecho histórico, que comprende tanto aspectos objetivos, relativos a la ocurrencia de una historia verídica, como aspectos subjetivos, referentes a la individualización de la persona que lo pro-

²² GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *et al*, *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, Valencia, 2004, Tirant lo Blanch, 12 Edición, p. 98.

²³ MAIER, Julio, *op. cit*; nota 8, p. 338.

tagonizó, ninguno de los cuales pueden ser variados por el tribunal como resultado del juicio.

Muchos ordenamientos procesales americanos introducen una figura denominada “ampliación de la acusación”, que posibilita que ante la ocurrencia en el juicio oral de alguna revelación que evidencie una posible modificación del hecho originalmente imputado, se deba alertar al acusado de esta nueva situación, lo que puede conllevar a la suspensión del juicio oral.

En el proceso penal cubano, cuando surge en el juicio alguna situación que pone de manifiesto una posible alteración del hecho originalmente imputado, el tribunal de oficio o a instancia del fiscal, puede disponer lo que se conoce como *sumaria instrucción suplementaria*, que consiste en una paralización del juicio, con remisión de las actuaciones al fiscal, para que investigue los nuevos particulares. La investigación puede comprender tanto un cambio en los actos que se dicen cometidos por el imputado, como la posible inclusión al proceso como acusadas de otras personas vinculadas directamente al hecho que se debate. Si el resultado de la investigación complementaria arroja nuevos elementos en uno u otro sentido, se anula todo lo actuado y el juicio comienza desde el inicio sobre las nuevas bases de la acusación.

4. Actos conclusivos

a. Conclusiones definitivas de las partes

En esta etapa procesal del juicio oral se incluyen aquellos actos del tribunal y las partes encaminados a cerrar el debate penal contradictorio y dejar el asunto en manos del tribunal, para que adopte la decisión que corresponda.

Es la etapa del juicio dedicada a consolidar el contenido y alcance de las posiciones que definitivamente mantendrán las partes en sus argumentos finales, en la que el tribunal interesa del fiscal y del defensor que se pronuncien expresamente sobre sus conclusiones, los que pueden mantener las mismas posiciones formuladas originalmente o modificar algunos de sus puntos.

Si bien los hechos narrados por el fiscal no pueden ser alterados sustancialmente, el resto de las cuestiones que integran su escrito de acusación puede sufrir modificaciones, como resultado de las pruebas practicadas. La defensa tiene amplia libertad para modificar todo lo que considere pertinente, incluso puede formular variantes alternativas en cada uno de los puntos que conforman el escrito de calificación.

b. Uso de la tesis de desvinculación

En el juicio oral, la vigencia del principio acusatorio obliga al tribunal a someterse solamente al hecho imputado por el fiscal, pero tiene libertad para calificar por el delito que considere adecuado e imponer la pena que estime le corresponda, incluso más grave que la solicitada por el fiscal. Esta libertad se deriva del carácter no disponible de la norma sustantiva penal, que hace que el tribunal no dependa preceptivamente del criterio de calificación del fiscal y tenga la posibilidad de apreciar la norma de derecho aplicable, bajo el imperio del principio *iura novit curia*.

La solución de este tema es uno de los problemas más complejos a los que se enfrentan la doctrina y la jurisprudencia de un gran número de países y las fórmulas son diversas. Visto muy esquemáticamente, las soluciones van en dos direcciones: de una parte los que consideran que el tribunal debe alertar al acusado si aprecia durante el juicio que el hecho probado tipifica un delito de mayor gravedad que el imputado por el fiscal o puede merecer una pena superior; de la otra quienes estiman que esta alerta del tribunal implica una violación del principio acusatorio, pues el juzgador adelanta con ello un criterio previo, que compromete su imparcialidad, por lo que debe dejar que el juicio transcurra normalmente y adoptar en su sentencia la decisión que en derecho considera que corresponde, aunque sea más grave que la imputada²⁴.

²⁴ La gran mayoría de los códigos procesales del continente exigen el uso de la tesis para poder sancionar por un delito más grave o imponer una sanción mayor que la pedida por el fiscal. Esta posición se puede ilustrar con lo que estipula el Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela: **“Artículo 364.-Congruencia entre sentencia y acusación.** *En la sentencia condenatoria, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la de la acusación o del auto de apertura a juicio, o aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que no exceda su propia competencia. Pero, el acusado no puede ser condenado en virtud de un precepto penal distinto del invocado en la acusación, comprendida su ampliación, o en el auto de apertura a juicio, si previamente no fue advertido por el juez presidente sobre la modificación posible de la calificación jurídica”.*

Entre los códigos que se colocan en una posición totalmente contraria, se destaca el de Nicaragua, que en su artículo 157 dispone: **“Pero el juez podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta, aun cuando no haya sido advertida con anterioridad y aplicará la pena que corresponda”.**

La norma procesal cubana tiene previsto lo que la doctrina denomina como “tesis de desvinculación”, que es una alerta que el tribunal realiza a las partes, cuando del resultado de las pruebas se formó un criterio apriorístico que dista del postulado por la acusación. El uso de esta tesis permite que el tribunal pueda sancionar por un delito más grave que el que imputó el fiscal o imponer una sanción mayor que la solicitada, sin que la sentencia pueda ser acusada de incongruencia.

En el proceso cubano la tesis de desvinculación se utiliza también en aquellos casos en que el fiscal retira la acusación y el tribunal considera que del resultado del juicio existe mérito para condenar.

c. Informes orales conclusivos de las partes

Los informes orales conclusivos constituyen el fin del debate contradictorio en el juicio oral y están destinados a que las partes brinden al tribunal su visión de lo que consideran probado, así como los argumentos jurídicos que consideren pertinentes al caso. Los discursos de las partes se deben ajustar al contenido de sus conclusiones definitivas, por lo que en correspondencia con las exigencias de los escritos de calificación que estipula el artículo 278 de la Ley, es habitual que el fiscal, que es quien marca la pauta en este último debate, se refiera primero a los hechos que considera probados, seguido de sus valoraciones sobre el delito que se tipifica, el concepto de la participación del acusado en el delito imputado, así como las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y la concreta solicitud de la pena que debe imponerse.

El informe conclusivo de la defensa, que por Ley debe ser correlativo con sus conclusiones definitivas, por lo general se atempera al matiz que tuvo el enfoque que le dio el fiscal a los distintos aspectos en contienda.

Los problemas asociados a los informes orales conclusivos de las partes no son normativos, pues la Ley es muy precisa en cuanto a su contenido. Las dificultades se presentan en la práctica forense, ya que esta actuación está revestida de cierto histrionismo, que bien utilizado sirve para enfatizar puntos de vista, para fijar en el tribunal la atención sobre alguna que otra tesis jurídica o mover sus sentimientos hacia un pedido de adecuación de la pena. Mal utilizado, tiende a convertir esta etapa en una farsa, que lejos de beneficiar el interés que se postula, tiene un efecto totalmente contraproducente.

d. Derecho a la última palabra

La doctrina resalta este derecho pues considera que es la última manifestación del principio de contradicción en la primera instan-

cia²⁵. Se perfila legislativamente como el momento final que tiene el acusado para dirigirse al tribunal y puntualizar aquellos aspectos que considere pertinentes, pudiendo renunciar a este derecho si lo estima innecesario.

En la práctica forense este derecho resulta de dudosa utilidad, pues tras haber presenciado el tribunal todo el desarrollo del juicio oral, en que el acusado tuvo la posibilidad de exponer sus puntos de vista con relación a los hechos y luego el abogado en su nombre realizó las alegaciones que estimó procedente, no es muy dable la judicatura a tener el estado de ánimo que merece este último esfuerzo del acusado por hacer llegar su mensaje al oído de los jueces, por lo que en la práctica forense cubana los letrados defensores generalmente aconsejan a sus patrocinados que “renuncien” a este derecho que les concede la Ley, salvo que exista alguna situación excepcional que amerite lo contrario.

e. Deliberación y fallo

Una vez concluido el acto del juicio oral, todos los jueces que presenciaron los debates deben acordar su fallo, en correspondencia con las pruebas practicadas, a fin de garantizar el cumplimiento estricto del principio de inmediación. La recta interpretación de este principio obliga también a los jueces a acordar el fallo en el más breve plazo posible después de concluido el juicio, toda vez que la prevalencia del principio de oralidad hace que el acta quede reservada a consignar solo los aspectos más relevantes de la vista, pero el resultado de las pruebas practicas está en la huella que de esta quedó en la mente de los jueces.

Un requisito indispensable de la sentencia penal es la congruencia, la cual tiene una doble percepción. La primera es la necesidad de que el tribunal brinde respuesta a todas las cuestiones jurídicas que fueron formuladas por las partes en sus escritos de calificación, lo que le obliga a exteriorizar en la sentencia los argumentos que tuvo en cuenta para acoger o rechazar cada una de las tesis jurídicas contenidas en los escritos de calificación de las partes (art. 70.5).

El otro aspecto de la congruencia es el que se conoce como “correlación acusación-sentencia”, al que se le da un tratamiento particularizado en los mecanismos de control en sede del recurso de casación

²⁵ BERZOSA, Victoria, “Principios del Proceso”, *Revista Jurídica* 92, Barcelona, José María Bosch, 1992, p. 560.

(art. 70.6). A este tema nos referimos cuando tratamos el uso de la tesis de desvinculación durante el juicio oral, de tal suerte que la Ley procesal en cada país establece si el tribunal solo debe respetar el hecho y brindar la calificación jurídica que considere ajustada, aún por un delito más grave e imponer incluso una sanción mayor que la solicitada por el fiscal, sin ajustarse a regla alguna; o si por el contrario, como en el caso cubano, solo puede hacerlo, so pena de incurrir en causal de casación, cuando hace uso de la tesis de desvinculación y una vez que la usa tiene plena libertad para calificar por el delito que estime adecuado y aplicar la sanción que según su criterio jurídico se ajuste al caso, con independencia de lo que solicitó el fiscal.

El último aspecto relevante de la sentencia que merece atención es el relativo a la valoración de la prueba. La Ley cubana es omisa, al igual que muchas otras de nuestro entorno, sobre la obligación que tiene el órgano jurisdiccional de argumentar su decisión, lo que debe hacer exponiendo en la sentencia los juicios que realizó al valorar la prueba practicada, conforme a las reglas de la sana crítica. La libre valoración de la prueba solo se aleja de la arbitrariedad si el tribunal expone en su sentencia los razonamientos que realizó para ponderar el valor de los diferentes medios de prueba practicados y en base a los cuales formó su convicción.

IV. CONCLUSIONES

El modelo cubano actual de juicio oral es el resultado del legado histórico colonial, producto directo del proceso codificador que tuvo lugar en España a finales del siglo XIX, que desembocó, en lo que al proceso penal respecta, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, la cual rigió en Cuba desde el año 1889, razón por la cual nuestro país acumula una tradición centenaria en las prácticas del juicio oral.

En el año 1973 Cuba realizó una reforma sustancial del proceso penal, cuando derogó la Ley de Enjuiciamiento española, e introdujo la participación ciudadana en la administración de justicia, así como la investigación a cargo de instructores de la policía, bajo la supervisión del fiscal, con lo que se adelantó a la tendencia que ahora prevalece, de sustituir la figura del juez de instructor a cargo de la investigación previa, entre muchas otras aportaciones.

A pesar de que se estima de eficiente a la práctica procesal penal oral en el país, la norma vigente adolece de insuficiencias que deben ser superadas en futuras reformas legislativas, a fin de incorporar figuras e instituciones, muchas de las cuales fueron valoradas en este trabajo y que están presentes en las más modernas leyes procesales del hemisferio.

La *non reformatio in peius* en el nuevo juicio. Un análisis desde la casación penal cubana

DR. RODOLFO MÁXIMO FERNÁNDEZ ROMO*

DRA. MARILY RAFAELA FUENTES ÁGUILA**

Sumario

1. Introducción
2. Particularidades de la no reforma en peor
3. La cuestión no resuelta en la doctrina de la *non reformatio in peius*
4. Construcción teórica de la *non reformatio in peius* en el reenvío
 - 4.1. La necesidad de fortalecer el principio acusatorio
 - 4.2. El principio de congruencia recursiva
 - 4.3. La proscripción de indefensión
 - 4.4. La garantía del derecho al recurso
 - 4.5. La autoridad de la cosa juzgada parcial
 - 4.6. El principio de legalidad
 - 4.7. El debido proceso
 - 4.8. El poder limitado del *iura novit curia*
 - 4.9. El *non bis in ídem*
 - 4.10. El *Favor rei*
5. Conclusiones

* Doctor en Ciencias Jurídicas, Especialista en Derecho Penal. Profesor Titular de Derecho Procesal penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana y Director del Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas. rfr6311@gmail.com

** Doctora en Ciencias Jurídicas, Especialista en Derecho Penal, Ex Juez de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular. Profesora Auxiliar a tiempo parcial de Derecho penal y Procesal penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana.

1. Introducción

El debido proceso penal reconoce un conjunto de principios, derechos y garantías dirigidos a que el acusado pueda desarrollar adecuadamente su derecho de defensa, entre los que se encuentra la prohibición de *reformatio in peius*, que consagra al condenado la posibilidad de impugnar la sentencia dictada con la certeza de que su situación no será agravada por el recurso interpuesto cuando es único recurrente.

El mecanismo de la no reforma en peor se enerva cuando se producen distintas pretensiones impugnatorias, es decir, si conjuntamente con el acusado recurre el fiscal o la víctima, el tribunal *ad quem* queda exonerado de la citada prohibición, al desaparecer el supuesto que la genera, la condición de exclusivo recurrente.

En el modelo casacional cubano existen dos situaciones que pueden poner en crisis la tranquilidad y confianza que proporciona al condenado la prohibición de *reformatio in peius*; la primera se produce cuando el tribunal de casación con motivo de un único recurso del sancionado, por quebrantamiento de forma, lo declara con lugar por haberse denunciado e incurrido en un vicio anterior a la sentencia, en cuyo caso puede celebrarse un nuevo juicio.

La segunda situación puede tener lugar, como consecuencia de la facultad que le otorga al tribunal de casación el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Penal, para acoger de oficio, el quebrantamiento por haberse vulnerado los principios y garantías esenciales del proceso o por no haberse realizado oportunamente uso de las facultades que confieren los artículos 263 y 350 de la mencionada Ley procesal, en cuyo caso puede retrotraerse el proceso, incluso, hasta la fase preparatoria y consecuentemente celebrarse un juicio nuevo; esto es a lo que la doctrina ha denominado reenvío¹.

¹ En sentido contrario RIVERA MORALES considera que no debe denominarse reenvío cuando se ordena nuevo juicio, sino solo en aquellos casos en que se dispone la construcción de una nueva sentencia, somos del criterio que cuando se aduce a reenvío se está refiriendo a todo supuesto que signifique la devolución a una fase anterior. *Cfr.* RIVERA MORALES, Rodrigo. *Manual de Derecho Procesal Penal*, primera edición, Editorial Horizonte S.A., Venezuela, 2012, p. 1060.

La indeterminación acerca de si puede agravarse o no la situación del acusado cuando es único recurrente en el nuevo juicio, atenta contra la seguridad jurídica que debe ofrecerse al individuo inmerso en un proceso penal, el que tiene derecho a conocer hasta qué punto al impugnar la sentencia no saldrá perjudicado.

La prohibición de reforma en peor, que tradicionalmente constituyó solo un límite para el tribunal de casación, con las reformas procesales en América Latina se extendió al juicio de reenvío lo que coloca al tema en centro de atención y debate entre los procesalistas contemporáneos en el ámbito de las impugnaciones².

2. Particularidades de la no reforma en peor

Conforme a lo expuesto por Delitala³, “(...) la doctrina de la prohibición de la *reformatio in peius* ha tenido fervientes sostenedores y encarnizados detractores, ha suscitado consensos y discensos y ha recibido tanto reproches como alabanzas (...)”. Hay quienes le niegan toda razón de ser y la consideran como un absurdo, tanto desde el punto de vista jurídico como práctico, y quienes opinan que se sustenta en principios firmes y seguros.

Respecto a su origen Leone⁴, acotó: “(...) La expresión *non reformatio in peius*, proviene de un célebre pasaje de Ulpiano: *Licet Enim nonnunquam bene lastas sententias in peius reformet* (es ilícito en ocasiones reformar empeorando las sentencias bien pronunciadas) (...)”. Sin embargo, en opinión de Lauckner⁵, esta opinión de Ulpiano está muy lejos de tener

² Cfr. Seminario: *Problemas actuales del derecho al recurso en el proceso penal*. Centro de documentación defensoría Pública, Editorial Defensoría Penal Pública, Santiago de Chile, Octubre, 2012. pp. 47 y ss.

³ DELITALA, *Il divieto della “reformatio in peius” nel processo penale*, Milano, 1927, prefacio IX, citado por QUINTERO P, Jesús Ramón, “La prohibición de la *reformatio in peius* o de la llamada reforma peyorativa del fallo en el proceso penal”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Caracas, Venezuela, número 131, 2001, pp. 481-521.

⁴ LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo III, ediciones EJEA, Buenos Aires, 1963, pp. 100-101.

⁵ LAUCKNER, Zur, *Geschichte und Dogmatik, Der reformatio in peius*, Breslau, 1913, citado por MANZINI Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Traducción de

el embrión del instituto moderno, en lo cual le asiste razón, ya que la *non reformatio in peius* no se puede hacer depender de la justificación del pronunciamiento o fallo, sino de la prohibición de los jueces de no agravar la condición del recurrente único.

La institución ha discurrido por diversos criterios doctrinales y normativos directamente asociados al predominio de lo inquisitivo o acusatorio en cada sistema de enjuiciar. Para la segunda y tercera décadas del siglo XX, en países como Italia⁶ y Alemania⁷, que habían logrado notables avances en el Derecho Procesal, se abrió paso la posibilidad de reformar en peor; con lo cual las notas de Calamandrei, al decir de Jesús Ramón Quintero⁸ se llenaron de desesperanza y la prohibición de la *reformatio in peius* en el proceso penal moderno tenía los días contados.

Poco después de la crítica de Delitala, en un trabajo publicado en 1927, el proyecto de un nuevo Código de Procedimiento Penal italiano, en el artículo 520, autorizó al juez a reformar y agravar la pena.

Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Tomo V, Ediciones Jurídicas: Europa América, Buenos Aires, Argentina, 1954, p. 139.

⁶ Las reformas italianas incluyeron un proyecto del Código de Procedimiento Penal en 1929 y se aprobó en 1930. El Ministro Rocco que afirmó las razones políticas y jurídicas de esta innovación, decía "...a la verdad si la posibilidad práctica de *reformatio in peius* aparece como freno eficaz a la invasión de las apelaciones...las ideas de CALAMANDREI, merecían la crítica". Así, quedó establecida la reforma en peor en Italia, con la pretensión de restringir la apelación, impedir que el imputado pudiera intentar la suerte de un segundo juicio sin el riesgo de ninguna agravación y hacer descender al juez de su imparcialidad y ponerlo en el lugar del acusador. De esta manera se consiente sobre los extremos impugnados y los no impugnados y el principio *tantum devolutum quantum appellatum* sostenido por CALAMANDREI es abolido en absoluto. Cfr, QUINTERO P., Jesús Ramón, *op. cit.*, pp. 494-496.

⁷ Alemania aunque fue fundadora indiscutible del Derecho Procesal científico, tuvo una etapa de decaimiento, y en la tercera década del siglo XX en una especie de fervor por destruir los inconvenciones cimientos del Derecho Procesal, se abre ampliamente la *reformatio in peius* y la revisión de la sentencia firme aun cuando fuere absolutoria. Cfr, CLARÍA OLMEDO, Jorge A., *Tratado de Derecho Procesal*, Editorial Ediar S.A, Buenos Aires, Argentina, 1960, p. 72.

⁸ Vid, QUINTERO, PRIETO, Jesús Ramón, *op. cit.*, p. 494.

Por otra parte, el día 23 de junio de 1935, en el proceso penal alemán, se abolió, la prohibición de *reformatio in peius*, que antes regía en la apelación, en la casación en los casos de devolución a la instancia y en la revisión⁹.

Con la caída del fascismo, tanto en Italia¹⁰ como en Alemania¹¹, se restableció la prohibición de la *reformatio in peius*, con el sentido práctico de no desestimular el recurso por temor a una peor sentencia, además del implícito fin político jurídico de dispensar al juez de la iniciativa de persecución como medio de garantizar su imparcialidad.

No es hasta la vigencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹² y la Convención Americana de Derechos Humanos¹³ que

⁹ En Alemania, antes de 1935, el derecho a la impugnación era la regla general, la legitimación se fundamentaba en una carga o gravamen, teniendo en cuenta que los remedios existen para proporcionar auxilio contra una resolución gravosa, de lo que se desprendía que el tribunal solo debía examinar si debía socorrer al impugnante y no si debía empeorarle su situación. De manera que el tribunal se ocupaba de si la cuestión planteada grava al recurrente, no de si le es demasiado favorable, en virtud de la prohibición de la *reformatio in peius*. *Ídem*, pp. 496-498.

¹⁰ En el artículo 597 del Código de Procedimiento Penal Italiano, se previó la prohibición de *reformatio in peius*. *Ídem*, p. 499.

¹¹ En el artículo 358 del Código Procesal Alemán, se estableció que no se puede modificar en modo y cuantía con consecuencias jurídicas en perjuicio del acusado, si éste en beneficio suyo, la fiscalía o su representante ha interpuesto recurso. *Ídem*, p. 501.

¹² El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 en su artículo 14, inciso 5 dispone lo siguiente: “*Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley*”. Este instrumento fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, y fue firmado por Cuba el 28 de febrero de 2008. Disponible: <http://www.derechos.org>. Consultada el 10/11/2016, a las 23.14.

¹³ La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica) en su artículo 8, inciso 2 párrafo h dispone lo siguiente: “*Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas: h) derecho de recurrir el fallo ante juez o tribu-*

se refuerza el recurso como un derecho del condenado, cuando se consagra que toda persona tiene derecho a que el fallo condenatorio sea revisado por otro tribunal; es a partir de entonces que el recurso de casación que había surgido como un medio de control estricto de la legalidad o de vigilancia a los jueces¹⁴ o había sido utilizado como instrumento de control político o burocrático, comienza a presentarse como un derecho del condenado¹⁵.

Puede aseverarse, entonces, que el recurso y la prohibición de *reformatio in peius* como garantías del condenado son una creación del siglo XX. Específicamente la prohibición de reforma en peor desde el derecho antiguo hasta la etapa del Derecho Procesal científico discursó como principio asociado a la justeza del fallo¹⁶, luego, se presentó

nal superior." Este instrumento fue abierto a la firma el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.oas.org>. Consultada el: 10/4/2016, a las 13. 55.

¹⁴ Los revolucionarios de 1789 desconfiaron seriamente de la judicatura y vieron en el sistema procesal una rémora del antiguo régimen incompatible con las nuevas ideas. Decía en este sentido BECCARIA en 1764, en su conocido opúsculo *Dei delitti e delle pene* que «ni siquiera la autoridad de interpretar la ley puede residir en los jueces de lo criminal, pues no son legisladores. Vid, BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, "Los modelos jurídicos de la casación penal", *Revista del Poder Judicial*, Número especial XIX: Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, España, 2004, p. 2.

¹⁵ Vid, MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal, Fundamentos*, Tomo I, Editores del Puerto, S.R.L. Buenos Aires, 1996, pp. 591-594, insiste "(...) el recurso contra la condena se ha transformado también en una garantía procesal para el condenado por un tribunal de juicio, no parece existir otra forma de interpretar estas garantías, al menos desde el punto de vista práctico y político. El único que puede provocar esta persecución penal múltiple es el propio perseguido penalmente, pues el riesgo múltiple queda eliminado si, además, la segunda sentencia de condena eventualmente no puede superar la consecuencia penal que propone la primera sentencia (prohibición de la *reformatio in peius*. (...)" Vid, PASTOR, Daniel y DÍAZ CANTÓN, Fernando, *La impugnación de la sentencia penal como garantía del imputado*, p.5. Disponible en: <http://www.ucapara-na.com.ar>. Consultada el 12/4/2016, a las 13.35.

¹⁶ Vid, LAUCKNER, citado por MANZINI, Vincenzo, *op. cit.*, p. 139.

como un principio derivado de la igualdad y contradicción¹⁷ y, consecuentemente, en favor de ambas partes, hasta convertirse finalmente, en garantía exclusiva del condenado¹⁸.

El Código Procesal Modelo para Iberoamérica, tomado como referente en América Latina en sus reformas procesales¹⁹, y contenido de principios y garantías de un debido proceso penal, en su artículo 344, establece que el recurso atribuirá al tribunal de casación el conocimiento del caso solo en cuanto a los puntos de la resolución a los cuales se refieren los motivos. Cuando la resolución únicamente haya sido recurrida por el imputado, o por otro en su favor, no podrá ser modificada en su perjuicio.

¹⁷ Vid, MENDOZA DIAZ, Juan, "Principios del Proceso Penal", *Temas para el Estudio del Derecho Procesal Penal*, primera parte, colectivo de autores, Editorial Félix Varela, primera edición, Ciudad de La Habana, Cuba, 2002. p. 33.

¹⁸ En cuanto a garantías, MAIER afirma que las garantías procesales son las seguridades que se otorgan para impedir que el goce efectivo de los derechos fundamentales sea conculcado por el ejercicio del poder estatal, ya sea limitando ese poder o repeliendo el abuso. Cfr, MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal Argentino*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 54. DE PINA VARA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, Editorial Porrúa S.A., México, 1989, p. 282.

¹⁹ BINDER BERRIZZA, Alberto, *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Ediciones Ad-Hoc, S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1993, p. 215. CAFFERATA NORES, José, *La Reforma Procesal en América Latina*. Disponible: <http://www.dplf.org> Consultada el 16/3/2016, a las 21.35 CARRILLO FLORES, Fernando, *Los Retos de la Reforma de la Justicia en América Latina*, Disponible: <http://www.dplf.org>. Consultada el 16/3/2016, a las 12.35.

Como consecuencia, en los Códigos Procesales vigentes en Argentina²⁰, Bolivia²¹, Perú²², República Dominicana²³, Nicaragua²⁴, Costa Rica²⁵ y Paraguay²⁶ se expresa con absoluta claridad, que ni el juez de casación, ni el del nuevo juicio, podrán imponer sanción más grave que en la sentencia casada o anulada.

²⁰ *Vid*, Artículo 304 del Código Procesal Penal de Argentina: “Si la resolución hubiera sido impugnada sólo por el imputado o en su favor, no podrá modificarse en su perjuicio.”, y el precepto 317 del mismo cuerpo normativo: “En todos los casos, los jueces de control deberán resolver sin reenvío. Si éste fuere inevitable, no podrán intervenir los jueces que conocieron en el juicio anulado. Si el reenvío procediere como consecuencia de la impugnación del imputado, o del representante del Ministerio Público Fiscal en su favor, en el nuevo juicio no podrá aplicarse una pena superior a la impuesta en el primero. Si en el nuevo juicio se obtuviere una segunda absolución, esta decisión no será susceptible de impugnación alguna.” Código Procesal Penal de la Nación Argentina 1ra ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2014. p. 90 y 94.

²¹ *Vid*, Artículos 413 y 425 del Código Procesal Penal de Bolivia. Ley 1970 de 25 de marzo de 1999, p. 88 y 91. *Compilación de Códigos Procesales actualizados de América Latina*. Base de Datos. Centro de Documentación e Información Judicial del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba. Febrero de 2015.

²² *Vid*, Artículo 426 del Código Procesal Penal de Perú, Decreto legislativo 957 de 29 de julio de 2004. *op. cit*, p. 145.

²³ *Vid*, Artículo 404 del Código Procesal Penal de la República Dominicana, 2007, *op. cit*, p. 149.

²⁴ *Vid*, Artículo 400, Código Procesal Penal de la República Nicaragua, Ley 406 de 21 de diciembre, 2001, *op. cit*, p. 106.

²⁵ *Vid*, Artículo 466 de Código Procesal Penal de Costa Rica, Ley 7594 de 2009, *op. cit*, p. 139.

²⁶ *Vid*, Artículo 457 del Código Procesal Penal de la República del Paraguay, 1286 de 1998, Segunda edición actualizada, 2001, *op. cit*, p. 350.

El movimiento de reformas procesales,²⁷ en materia de recursos y de respeto a la *non reformatio in peius*, se asienta en una clave garantista²⁸, con las notas esenciales siguientes:

- Como regla, la prohibición de la *reformatio in peius* se encuentra regulada en los códigos procesales y en países como Colombia alcanza rango constitucional²⁹.
- En el régimen recursivo, se establece que el tribunal de control resuelve el recurso ajustándose a los términos de la impugnación.
- Cuando se dispone la celebración de un juicio nuevo, este debe realizarse con jueces distintos.
- La ley establece expresamente en qué casos procede declarar la nulidad, y cuándo puede declararse de oficio.
- Las nulidades solo deben declararse como excepción y en favor del *reo*.

²⁷ Sobre las reformas procesales, que se iniciaron en Alemania en el año 1974, RIVERO refiere: “A pesar de que en Alemania vienen aconteciendo un grupo de reformas que ponen en punto de mira todo lo alcanzado con el sistema acusatorio, el principio de *non reformatio in peius* solo existe en favor del acusado bajo el fundamento de que nadie debe ser disuadido de recurrir por miedo a ser castigado más duramente como consecuencia de su inconformidad, opera directamente para el tribunal del recurso e indirectamente para el tribunal del reenvío. RIVERO GARCÍA, Danilo, “El recurso de casación por quebrantamiento de forma y la prohibición de *reformatio in peius*”, *Temas permanentes del Derecho Procesal y del Derecho Penal*, Ediciones ONBC, La Habana, 2010, p. 29. Vid, también D. CARRÍO, Alejandro, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, tercera edición, actualizada y ampliada. Hammurabi, José Luis de Palma Editorial, Buenos Aires, 1994, p. 15.

²⁸ El Código Procesal de la República Bolivariana de Venezuela en los arts. 176, 179 y 180 prohíbe retrotraer a etapas ya precluidas y en ningún caso podrá reclamarse la nulidad verificadas durante las investigaciones. Vid, *Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela, Compilación de Códigos Procesales. op. cit*, pp. 23 y 24.

²⁹ Vid, Constitución Política de Colombia, (6 de julio de 1991, actualizada hasta la Reforma de 2001), VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel, *Selección de Constituciones Iberoamericanas*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p. 205.

3. La cuestión no resuelta en la doctrina de la *non reformatio in peius*

Aun después de las regulaciones normativas que aseguran la vigencia de la no reforma en peor en el reenvío, conforme a estudios realizados por Barrientos Pardo³⁰, subsisten en la doctrina dos tesis absolutamente opuestas en torno a su aplicación práctica; la tesis del riesgo previsible libremente asumido y la tesis de maximización del derecho al recurso. La primera sostiene que puede imponerse en el nuevo juicio mayor sanción y la segunda que nunca puede empeorarse la situación del acusado cuando el acusador o la víctima no han impugnado la sentencia³¹.

La tesis del riesgo previsible libremente asumido, sostiene que el acusado al recurrir asume el riesgo de ver agravada su situación si como consecuencia de su impugnación se produce la nulidad y se celebra un nuevo juicio; cuando se declara la nulidad la sentencia es

³⁰ BARRIENTOS PARDO, Ignacio, "Prohibición de la *reformatio in peius* y la realización de nuevo juicio (ir por lana y salir trasquilado)", *Revista de Estudios de la Justicia* N° 9, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2007, p. 16.

³¹ CAFFERATA, quien ha indicado que, "(...) cualquier hipótesis de efecto boomerang de un recurso, directo o indirecto, inmediato o mediato, tanto por modificación, como por sustitución en su perjuicio del fallo recurrido, privará —a la decisión de recurrir— de la libertad y la tranquilidad necesarias, (...) y esta tranquilidad solamente existirá cuando el condenado sepa que el recurso que intenta nunca podrá perjudicarlo más que la propia sentencia recurrida." CAFFERATA NORES, José I., "La prohibición de la *reformatio in peius* en el juicio de reenvío", *Eficacia del sistema penal y garantías procesales. ¿Contradicción o equilibrio?*, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2002, p.79. Roxín, expresa que para los recursos de apelación y casación, rige la prohibición de *reformatio in peius* y, conforme a ella, cuando se presenta un recurso a favor del acusado, la sentencia no puede ser alterada en desventaja suya. ROXÍN, Claus, *Prólogo del Código Procesal Penal Alemán*, Editorial Marcial Pons, Múnich, (s.a), p. 217, RIVERO GARCÍA, DANILO; Juan, MENDOZA DIAZ y José, CANDIA FERREYRA, son partidarios de esta postura. Cfr, RIVERO GARCÍA, Danilo, *op. cit.* pp. 108-120. MENDOZA DÍAZ, Juan, *op.cit.* p. 35; y CANDIA FERREYRA, José, "El recurso de casación", *Temas de estudio del Derecho Procesal Penal*, colectivo de autores Parte III, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 149-157.

inexistente, al tribunal de instancia se le devuelven todos sus poderes jurisdiccionales de manera que no se actúa con jurisdicción devuelta sino con plena jurisdicción; el acusado se enfrenta nuevamente a una instancia contradictoria donde tiene todas las posibilidades de desarrollar su estrategia de defensa y por tanto el tribunal se encuentra en libertad de adoptar una calificación y sanción más grave.

La tesis de maximización del derecho al recurso, se sustenta en que el libre ejercicio del derecho al recurso solo está garantizado cuando el acusado cuenta con la certeza de que aunque se produzca la nulidad lo peor que podrá ocurrir es que se confirme la sentencia primaria; y si como resultado del recurso exclusivo del acusado en el nuevo juicio se impone mayor pena, el derecho al recurso es una farsa y el derecho a la defensa³² queda desvirtuado.

La tesis de maximización del derecho al recurso; esgrime además que si el régimen de los recursos encuentra su *ratio iuris* en el derecho del condenado a impugnar el fallo dictado, no es posible que ante su única inconformidad pueda imponerse mayor sanción; y que al tribunal juzgador no se le devuelven todos sus poderes jurisdiccionales sino que actúa con jurisdicción limitada³³.

De igual manera sostiene que si el Fiscal no ha impugnado la sentencia primaria se entiende que la consiente o que la consideró justa por lo que la sentencia queda firme en los aspectos no impugnados; y si se somete a un nuevo juicio los hechos consentidos por el acusador y el Estado aprovecha el recurso para ir en contra del acusado se produce una severa violación del *non bis in idem*; todo lo que contradice la lógica de los recursos, "que alguien pueda ganar para perder",

³² La posición de los jueces del Tribunal Supremo Popular en Cuba en la actualidad, consiste en limitar el alcance del nuevo juicio, ya que si el acusado acudió en demanda de justicia, no es justo agravarle su situación.

³³ CARNELUTTI es de la consideración que, "(...) al juez de reenvío no se le devuelve el juicio entero pronunciado en la sentencia impugnada, sino el juicio de si los nuevos elementos determinan una modificación de esta en el sentido de excluir la existencia del hecho o su comisión por parte del condenado (...)". CARNELUTTI, Francesco, *Lecciones sobre el Proceso Penal*, Traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones jurídicas Europa-América, Bosch Editores, Buenos Aires, 1950, p. 184.

que el acusado solicite la nulidad, la consiga y como incomprensible resultado de su triunfo vea agravada su situación en el nuevo juicio.

Más allá de los fundamentos teóricos que permiten sustentar la prevalencia de la prohibición de *reformatio in peius*, el deber ser del proceso penal permite reforzar la posición de que en el juicio debe ser respetada la prohibición. La sentencia penal dictada en la instancia supone la existencia de un proceso no viciado de nulidad porque para ello la ley establece un conjunto de reglas que deben cumplirse durante su tramitación y por ende no debe producirse la ineficacia.

Una vez dictada la resolución definitiva, se ha concebido que la cosa juzgada no debe alcanzarse sin ofrecer a las partes la posibilidad de enmendar el error judicial que estimen contenga la sentencia y a tal efecto existe el régimen recursivo para que otro tribunal revise la inconformidad de cualquiera de las partes.

En este momento el proceso se encuentra a disposición de las partes, es de índole disponible; si estas no recurren la resolución judicial no existe posibilidad alguna de que el órgano de casación pueda revisarlas, no se podrá impedir que las sentencias no impugnadas adquieran firmeza porque ninguna autoridad, cualquiera que sea su rango puede impedir el curso inevitable de un proceso que no ha sido recurrido; ni siquiera el juez ponente puede modificar después de dictada y transcurrido el plazo de firmeza de una sentencia, salvo supuesto de aclaración de algún concepto oscuro o alguna omisión³⁴.

De todo ello se concluye que el recurso es un clásico acto de parte y el proceso subsiste solo por la inconformidad manifiesta de una de las partes o de ambas. El efecto que la cosa juzgada imprime al proceso, es la seguridad y tranquilidad de que los tribunales no podrán variar sus sentencias después de firmadas. Si es el acusado el único

³⁴ Al referirse al tema, FAIRÉN aduce que: “(...) la non reformatio in peius es una derogación del principio oficial en favor del dispositivo, tal como el juez descubre un defecto en la sentencia después de esta ser firme o simplemente después de un día hábil de haberla publicado, no puede corregirla de oficio por consideraciones procesales que se sobreponen a las consecuencias lógicas del sistema de construcción de los recursos, así se facilita también al gravado la posibilidad de pedir una nueva sentencia sin correr el peligro de que la misma se incremente el gravamen que ya soporta”. Se prescinde naturalmente al hacer estas consideraciones en caso de que también la parte contraria recurra. Vid, FAIREN GUILLÉN, Víctor, *Estudios de Derecho Procesal*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 361.

recurrente, todo lo que suceda en lo adelante se convierte en pura actividad defensiva, porque de lo contrario su derecho al recurso no se encuentra debidamente garantizado y por más injusta que pueda parecer una sentencia firme, solo puede someterse en este estado del proceso a procedimiento especial de revisión.

En este sentido, se debe admitir que la justeza de una decisión pasa por la subjetividad del juez de instancia, por la de los jueces del recurso, así como por los parámetros de justicia que tengan las partes y la sociedad.

Al respecto Calamandrei³⁵ refiere que “(...) Los criterios sobre la injusticia de una sentencia podrían renacer una y otra vez y por consiguiente, la validez de la decisión tomada por el juez y el proceso sería una interminable batalla de Sísifo, que modificaría pero no terminaría el desacuerdo o inconformidad. Se explica así, la necesidad de establecer que cuando la sentencia haya sido construida bajo un proceso libre de vicios de actividad y posea un razonamiento lógico al crear su contenido, como regla, deba la voluntad concreta expresada por el juez, ser considerada como voluntad de la ley”³⁶.

4. Construcción teórica de la *non reformatio in peius* en el reenvío

Aun cuando puedan derivarse en futuros estudios diversos referentes teóricos que permitan sustentar la prevalencia de la *non reformatio in peius* en el nuevo juicio o juicio de reenvío, su construcción dogmática no debe obviar los siguientes postulados:

- La necesidad de fortalecer el principio acusatorio
- El principio de congruencia recursiva

³⁵ Cfr, CALAMANDREI, Piero, *La Casación Civil*, Tomo I. Editorial bibliográfica de Buenos Aires. Argentina. 1961. p. 196.

³⁶ CALAMANDREI expresa: “Las ciencias jurídicas implican una responsabilidad y compromiso mayor que las ciencias de la naturaleza, en aquellas se busca la verdad sin preocuparse de otra utilidad pero la justicia que se busca a través del proceso debe conseguir que la sentencia sea justa o que sea menos injusta o que la sentencia injusta sea cada vez más rara”. Ídem, p. 197. Para GUASP el fin del proceso es seguridad. Vid, GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1956, p. 25; para LOIS, el fin del proceso es alcanzar la justicia formal y de tal modo sería infaliblemente justa, LOIS ESTÉVEZ, José, *Proceso y forma*, Santiago de Compostela, 1947, pp. 84 y ss.

- La proscripción de indefensión
- La garantía del derecho al recurso
- La autoridad de la cosa juzgada parcial
- El principio de legalidad
- El debido proceso
- El poder limitado del *iura novit curia*
- El *non bis in ídem*
- *Favor rei*

4.1. La necesidad de fortalecer el principio acusatorio

El principio acusatorio como paradigma de los sistemas procesales modernos, exige entre otras características que no puede haber proceso sin acusación previa, formulada por un ente ajeno al tribunal sentenciador, ni condenarse por hechos distintos a los acusados, ni a persona distinta a la acusada, tampoco pueden atribuirse a los juzgadores poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad y debe cobrar relevancia la prohibición de la “*reformatio in peius*”.

A tono con lo expuesto, se muestran recurrente la aseveración de Maier cuando considera que “(...) *en materia de recursos, rige en toda su extensión y con todas sus consecuencias el principio acusatorio, semejante al que, en materia procesal civil, se conoce con el nombre de dispositivo como derivado de la autonomía de la voluntad que rige las relaciones jurídicas derivadas del Derecho privado. En realidad, desde un auténtico modelo acusatorio, el tribunal en su carácter de órgano revisor jamás podría excederse extra o ultra petita salvo que, al tratar puntos más allá de las peticiones, se beneficie con ello al imputado, pues cabe destacar que el principio debe actuar favor rei y no a la inversa*”³⁷.

³⁷ MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal, Fundamentos, Tomo I, op. cit.*, p. 594. Dicho autor comenta sobre el principio *favor rei* lo siguiente: “La razón de ser de la regla es sencilla: el proceso penal no es un proceso de partes, ni en él juega la autonomía de la voluntad de ellas o el principio dispositivo, a la manera de como ocurre en el procedimiento civil; el imputado no puede disponer íntegramente de su condena, ni aun en vía recursiva, motivo por el cual el Derecho Procesal Penal aprovecha todas las oportunidades posibles para intentar la corrección de vicios o errores que puedan afectar al imputado”.

4.2. El principio de congruencia recursiva

El principio de congruencia recursiva, indica que el fallo del tribunal de casación debe ser congruente con las peticiones de las partes inconformes. De igual forma que el tribunal en el procedimiento ordinario debe dictar una sentencia congruente con la imputación del fiscal, en el régimen de los recursos debe tener en cuenta los agravios denunciados, el interés de recurrir, los errores aducidos en los escritos presentados. La sentencia que declara la nulidad más allá de las peticiones del recurrente en su contra, contradice el principio de congruencia³⁸ y afecta el derecho al recurso de forma directa y de manera indirecta el derecho de defensa.

4.3. La proscripción de indefensión

La proscripción de indefensión, es otro de los fundamentos procesales para preservar la no reforma en peor. El derecho a la defensa³⁹

³⁸ GUTIÉRREZ DE CABIEDES Eduardo, "La correlación entre acusación y sentencia", *Estudios de Derecho Procesal*, EUNSA, Navarra. España, 1974, pp. 511-517. MANZANA LAGUARDA, Maria del Pilar. *El Principio Acusatorio*. CD-ROM, editado por publicaciones del Consejo General del Poder Judicial de España. Red Iberoamericana de Información Judicial. Madrid. España. 2007, p. 24. MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal Argentino*. Editora Hammurabi. Buenos Aires, 1989, p. 413. GIMENO SENDRA, Vicente, "Los principios del proceso penal", *Derecho Procesal Proceso Penal*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1993. p. 59.

³⁹ El acceso a la defensa, es preservado por todas las legislaciones y ha sido una preocupación de la comunidad internacional. Ortega, lo define como el conjunto de garantías esenciales, mediante las cuales los ciudadanos ejercen derechos y prerrogativas que acuerdan la Constitución y las leyes, tendentes a salvaguardar su presunción de inocencia, no tan solo en los casos de procedimientos judiciales, sino ante cualquier actuación contraria al derecho consagrado, siendo el Estado compromisario de tutelar estas garantías, equiparándolas con el debido proceso, ORTEGA POLANCO, FRANCISCO, *Procedimiento Penal*, Primera Edición, Editora Corriptio, República Dominicana, 2013, p. 47. CALVO PRIETO, DAMASO, *Aspectos de jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la defensa*. Biblioteca virtual de Derecho Judicial, Editado por publicaciones del Consejo General del Poder Judicial de España, Red Iberoamericana de Información Judicial, Madrid, España, 2007, p. 2. ALVARO, Ferrandino, *El Juez, el Fiscal y el*

encuentra una de sus manifestaciones en el derecho al recurso del imputado, así como en el derecho a ser informado de todas las incidencias durante las distintas etapas de desarrollo del proceso, ello impone la necesidad de que se ofrezca la garantía de que su ejercicio no traerá consigo su agravación como resultado de un acto dirigido a defenderse en el proceso penal a que ha sido sometido.

4.4. La garantía del derecho al recurso

Como garantía del derecho al recurso, la prohibición de reforma en peor no solo facilita que el acusado tenga el derecho de combatir la decisión que le perjudica, sino que debe contar con la seguridad de que no se obtendrá un resultado lesivo a sus intereses

4.5. La autoridad de la cosa juzgada parcial

El valor ofrecido a lo que, en la doctrina, se ha denominado “cosa juzgada parcial” sirve de fundamento para impedir la reforma peyorativa. Los partidarios de esta interpretación mantienen que, en la medida en que el recurrente solo impugna los extremos de la sentencia de instancia que le son perjudiciales, somete a la consideración del *ad quem* la revisión de estos, con lo cual todo lo demás de la sentencia recurrida, al haber quedado consentido, pasa a tener autoridad de cosa juzgada.

La sentencia, una vez dictada por el órgano *a quo*, despliega una serie de efectos de orden procesal que pueden quedar comprendidos bajo la denominación de cosa juzgada. Solo puede modificarse por un órgano superior, *ad quem*, en virtud de recurso; si no hay recurso no podrá variarse; de modo que los extremos consentidos por las partes deben quedar firmes.

4.6. El principio de legalidad

Por su parte, el principio de legalidad surgió para proteger a los ciudadanos ante los posibles abusos de poder y con ese propio espíritu están concebidas las nulidades, para restablecer las garantías vulneradas de los individuos sometidos a proceso penal, de manera

Abogado Defensor ¿Funciones Nuevas y Viejas Costumbres? Disponible en: <http://www.dplf.org> Consultada el: 25/4/2016, a las 13.34.

que las nulidades que tienen lugar por quebrantamiento de las formalidades legales no pueden provocar el efecto

contrario a la razón que dio lugar a su nacimiento porque ninguna garantía puede ser utilizada contra el imputado mucho menos las nulidades que son la garantía de las garantías.

4.7. El debido proceso

El debido proceso⁴⁰, en sentido estricto, como el conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a la persecución penal y preservan la seguridad jurídica a partir de una recta, pronta y cumplida administración de justicia. La legalidad y la prohibición de la *reformatio in peius* han sido universalmente reconocidos como conformadores, entre otros, del debido proceso penal, por lo que es atinado evaluar cómo ambos, sin contraposición, lo integran.

4.8. El poder limitado del *iura novit curia*

El *iura novit curia* también tiene un poder limitado, en tanto el tribunal no puede rectificar el derecho o aplicar el derecho vigente si este no fue sometido a debate y contradicción durante el juicio oral y de conformidad con las formalidades legales, de manera que la obligación y posibilidad de que el tribunal aplique correctamente el Derecho Penal material debe pasar por un conjunto de reglas de orden procesal, es por ello que también el principio de legalidad no puede ubicarse por encima de la *non reformatio in peius* porque este último se integra o forma parte de aquel.

⁴⁰ Cfr, ROXÍN, Claus, *Derecho Procesal Penal*- Traducción de la 25 edición Alemana de Gabriela E. Córdoba, y Daniel R. Pastor. Revisada por Julio. Maier. Ediciones del Puerto. Buenos Aires. 2000, pp. 86-87. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Editorial Trotta S.A. Madrid, 1995, p. 567. RAMOS HEREDIA, Carlos Américo, *El principio acusatorio y el axioma donde no hay acusador, no hay juez*. Disponible en: <http://documents.mx/documents/el-principio-acusatorio-y-el-axioma.html> Consultada el 22/5/2016, a las 21.13, FERNÁNDEZ-RONDEROS MARTÍN, Miguel, *El derecho fundamental al juez imparcial, su restricción en el proceso penal actual*, Biblioteca virtual de Derecho Judicial, Editado por publicaciones del Consejo General del Poder Judicial de España, Red Iberoamericana de Información Judicial, Madrid, España, 2004, p. 58. ROZANSKI, Carlos, *El juez como garante del debido proceso*, San Carlos de Bariloche, Río Negro., Argentina, 2011, pp. 22-26.

4.9. El *non bis in ídem*

El *non bis in ídem* como garantía⁴¹ protege y puede esgrimirse por cualquier persona que, habiendo sido encausado una vez, vuelve a ser objeto de actos que implican una actividad jurisdiccional en su contra, por el mismo hecho que ya fue investigado y juzgado. La prohibición de la doble persecución está prevista para que no se imponga dos veces la sanción, y para que no se exponga, dos veces, a un juicio a quien ha sufrido por el mismo hecho.

La seguridad jurídica se manifiesta mediante el principio *non bis in ídem*,⁴² que hace imposible la apertura del mismo juicio, una vez que concurre identidad de sujeto, objeto y causa, y si lo que se trata es de impedir que las personas sean sometidas más de una vez a juicio oral o proceso, cuando se produce la nulidad desde la casación, se dispone, de hecho, un segundo juicio y los efectos negativos de un doble o triple juicio no interesado, o en contra del imputado, produce

⁴¹ El *non bis in ídem* en el Pacto internacional de Derechos civiles y políticos está consignado en el artículo 14 .7, por cuanto el texto dice: “*Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país. Así comprende el juzgamiento concomitante contra la misma persona por el mismo hecho.*” Disponible en: <http://www.derechos.org>. Consultada el 10/5/2016, a las 21. 16.

⁴² Sobre el *non bis in ídem* y su relación con la seguridad jurídica GOITE PIERRE expresa: “*En Cuba el principio no ha sido positivizado, no se recoge en la Constitución en el catálogo de “Derechos y garantías” y tampoco en la declaración de generalidades de la ley procesal, lo cual no significa que como principio general del derecho éste no sea conocido por los operadores del sistema de justicia. El problema radica en la carencia de instrumentación legal para hacerlo efectivo y dar soluciones de modo uniforme a determinados casos concretos. Su naturaleza ha propiciado una abundante doctrina, pero su efecto práctico es la exclusión de un nuevo proceso y un nuevo fallo. Lo que sí está igualmente claro es que su función social está directamente encaminada a lograr la garantía de seguridad jurídica; si fuera posible ir en reiteradas ocasiones sobre un mismo asunto, la seguridad jurídica estaría en quiebra.*” GOITE PIERRE, Mayda. “Principios e instituciones de las reformas procesales: Seguridad jurídica, *non bis in ídem*, cosa juzgada y revisión penal”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, A.C.* Número 24, México, 2009. Disponible en: <http://www.redalyc.org/BusquedaAutorPorNombre.oe?q=%22Mayda%20%20Goite%20Pierre%22>. Consultada el 3/6/2016, a las 22.15.

perjuicios que, en muchas ocasiones, no son reparados ni con una sentencia absolutoria.

4.10. El *Favor rei*

El *favor rei* o principio de favorabilidad es admitido desde la etapa antigua del Derecho como mandato en auxilio o apoyo al encausado, procesado, imputado o reo en el proceso. Es de aplicación universal, general y funciona, en este análisis como principio orientador de la actividad procesal dirigida hacia el pronto logro de un estado de certeza en el imputado, una seguridad encaminada a favorecer al más débil dentro del proceso penal.

Procurar la alternativa más beneficiosa para el reo obedece a disímiles causas históricas, jurídicas y culturales que de una forma u otra, se revelan en cualquier estudio del Derecho Procesal. La cosa juzgada, el *non bis in ídem*, el *in dubio pro reo* son pautas del debido proceso y forman parte del sistema de los derechos consagrados en las constituciones, en las convenciones y en los tratados internacionales en favor de los individuos que se someten a proceso penal⁴³.

El *favor rei* junto a la preclusión e incluso otras garantías como la igualdad y la contradicción podrían resolver todas las dudas⁴⁴. Cuando el juicio oral precluya y se inicie la vía recursiva por haber interpuesto el acusado un recurso, debe tenerse en cuenta por la Sala de casación que el Fiscal no recurrió porque estimó justa la senten-

⁴³ El *favor rei*, comprende todas aquellas previsiones legales que en una u otra forma protegen y garantizan la libertad del acusado. Entre ellos, encontramos el principio del *favor libertatis* (aplicación restrictiva de las normas que limiten la libertad), la prohibición de la *reformatio in peius* (prohibición de aumentar el monto de la condena cuando sólo recurre el condenado), el *in dubio pro reo* (duda favorable al reo, que exige certeza para condenar, mas no para absolver). RICARDO LEVENE, relaciona estos institutos cuando asevera que si el defensor no interpone recurso no se podrá modificar la sentencia en un sentido desfavorable al procesado salvo que el fiscal o acusador hubieren recurrido la sentencia, esta es la prohibición de la *reformatio in peius* vinculada al *in dubio pro reo*. Vid, LEVENE, Ricardo, *Manual de Derecho Procesal Penal*. Editorial Perrot. Buenos Aires. 1953. p. 403.

⁴⁴ GONZÁLES, Manuel, "De la Presunción al principio de inocencia", *VOX JURIS, Revista de Derecho*, Año 4, Lima, Perú, 1994, p.121.

cia, que el objeto del recurso del condenado es obtener una mejora; que un nuevo juicio puede producir efectos de incertidumbre, con los costos sociales que ello implica, por lo que se impone adoptar una posición que en lo posible no signifique la nulidad en contra del único recurrente.

Si bien las posiciones que se defienden pueden parecer muy radicales tienen como propósito contribuir a la eficiencia del proceso penal, al cumplimiento de las formalidades legales durante la tramitación del proceso, al tiempo que se garantice el derecho al recurso, a la doble conformidad judicial, seguridad jurídica, juzgamiento en un plazo razonable⁴⁵ y sin dilaciones indebidas todo lo que encierra un alto componente de justicia para las personas y la disminución de los costos sociales que genera la justicia penal.

5. Conclusiones

La prohibición de *reformatio in peius* es una discutida institución procesal que posee dos aspectos cardinales: se visualiza una garantía del derecho al recurso del condenado y un límite al poder punitivo del Estado, en tanto prohíbe al tribunal superior y al de nuevo juicio agravar la situación del acusado recurrente, cuando no se ha producido la pretensión impugnatoria del acusador.

Se vincula con el agravio del recurrente y no con el acierto del fallo, de manera que, desde los puntos de vista doctrinal y científico, el acusado puede acudir tranquilamente ante el tribunal de casación con la certeza de que su situación no será agravada por su propio y único impulso.

⁴⁵ Cfr, El Pacto de Derechos Civiles y Políticos consagra: artículo 9.3: "(...) toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad"; artículo 14 .1: "(...) a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, a disponer de los medios adecuados para la preparación de su defensa; a ser juzgado sin dilaciones indebidas, y a que el fallo condenatorio y la pena que se le hayan impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley". Disponible en: <http://www.derechos.org>. Consultada el 12/6/2016, a las 20.18.

Los códigos procesales modernos regulan de manera expresa la *non reformatio in peius* en el reenvío, y al respecto dejan sentado que cuando el tribunal de casación dispone la celebración de un nuevo juicio con motivo del recurso, el tribunal de reenvío, no puede imponer sanción más grave que la acordada en la sentencia primaria, y el tribunal debe estar compuesto por jueces distintos a los que acordaron el primer fallo.

En Cuba, la prohibición de *non reformatio in peius* no encuentra regulación legal en la Ley de Procedimiento Penal, pero por la interpretación reiterada del Tribunal Supremo Popular en ocasión de resolver los recursos de casación interpuestos, se vincula directamente con el derecho a las personas a ser juzgadas con todas las garantías que las leyes establecen, con los valores de dignidad, igualdad y libertad consagrados en la Constitución de la República, y con las normas procesales que regulan el derecho al recurso y a la defensa del acusado.

Por todo lo expuesto, se muestra oportuno que en próximas modificaciones a la ley de procedimiento penal vigente la prohibición de *non reformatio in peius* se reconozca de manera expresa como garantía del derecho al recurso del condenado y un límite al poder punitivo del Estado, lo que imprimirá al régimen de los recursos en Cuba, una clara orientación acusatoria.

Alcances y límites de la reparación por daño moral a víctimas del delito en México.

Estudio de caso

DRA. MARÍA DE JESÚS CAMARGO PACHECO*
DRA. MARÍA DEL ROSARIO MOLINA GONZÁLEZ**
DRA. MARÍA TERESA GAXIOLA SÁNCHEZ***

Sumario

1. Contextualización del problema
2. La reparación del daño como un derecho fundamental de las víctimas en México
3. El delito de violación, un estudio de caso
4. Reflexiones finales

* Doctora en Derecho, docente e investigadora del Departamento de Ciencias Sociales, Universidad de Sonora, México, titular de las asignaturas de Seminario de Derecho Penal I y II, integrante del cuerpo académico Dogmática Jurídica y Proceso Educativo (UNISON-CA-165)

mcamargo@navojoa.uson.mx

** Doctora en Derecho, docente e investigadora del Departamento de Ciencias Sociales, Universidad de Sonora, México, titular de la asignatura de Seminario de Derecho Procesal Penal, Líder del cuerpo académico Dogmática Jurídica y Proceso Educativo (UNISON-CA-165)

rmolina@navojoa.uson.mx

*** Doctora en Derecho, docente e investigadora del Departamento de Ciencias Sociales, Universidad de Sonora, México, titular de la asignatura de Seminario de Derecho Civil I, Derecho de Familia y Seminario de Violencia Intrafamiliar, integrante del cuerpo académico Dogmática Jurídica y Proceso Educativo (UNISON-CA-165) y Presidenta de la Academia de Derecho en la misma institución. *mtgax@navojoa.uson.mx*

1. Contextualización del problema

En México, la víctima afronta durante el procedimiento penal una doble dificultad, por un lado, la complejidad para lograr el reconocimiento judicial del daño moral y una vez conseguida la condena para lograr su cumplimiento, ya que la insolvencia del delincuente frecuentemente frena el acceso a una reparación justa, además la margina de otros tipos de ayuda como servicios terapéuticos, asistenciales y demás mecanismos que le permitan enfrentar las secuelas del delito.

El objetivo de este capítulo es presentar los resultados de un estudio dogmático acerca del derecho fundamental de reparación por daño moral, analizado en el contexto de su eficacia, a fin de ubicar la suficiencia de la ley en la protección de las víctimas como una minoría débil y de especial consideración. Por lo anterior, en el desarrollo de este trabajo se responderá a la interrogante: En la práctica jurisdiccional, específicamente en Sonora, México ¿de qué manera se valora el daño moral en materia penal para los efectos de su reparación? Se partió de la hipótesis que prevalece en el orden jurídico mexicano una visión restringida del daño moral derivado del delito, lo que se refleja en dificultades en el acceso a su reparación, evidenciada con la mínima relevancia que le otorga el juzgador sonorense, al limitarla a las más austeras prestaciones económicas, sin atender a otros medios de reparación.

a) Metodología y procedimientos

Esta investigación constituye un estudio exploratorio y descriptivo respecto a la forma en que se resuelve en México la reparación del daño moral, tomando como referente la entidad federativa de Sonora. Véase imagen 1. Fueron objeto de revisión expedientes y estadísticas judiciales que se complementaron con entrevistas a una muestra representativa de jueces penales.



Imagen 1. Ubicación geográfica de la investigación

Se seleccionaron como base para el análisis sentencias por violación, como un delito paradigmático para comprender la intensidad con la que se experimentan las diversas manifestaciones del daño moral, ya que no solo constituye una agresión al honor, decoro, reputación y demás aspectos que enunciativamente se refieren en los Códigos civil y penal local; sino en mayor grado, a la salud psicológica y demás elementos de la personalidad cuya afectación trasciende de manera negativa al proyecto de vida de la víctima.

El estudio de campo se definió mediante un muestreo aleatorio estratificado, donde se obtuvieron 33 causas penales de un universo de 176 resueltas en los tribunales de primera instancia del ramo penal de las ciudades con mayor densidad de población e incidencia del delito en el año 2007¹.

La revisión se realizó sobre la base de una ficha técnica que concentró 29 ítems para ubicar: las tipologías víctima-victimario, elementos cuantitativos de las diversas penalidades, pruebas ofrecidas y la ponderación de estas para los efectos de individualización de la reparación del daño moral. Y un cuestionario semiestructurado, con el fin de orientar las entrevistas.

Este trabajo aporta un estudio cuantitativo y cualitativo de la figura en materia penal. Cuantitativo, ya que permite medir estadísticamente la eficacia de la reparación del daño moral en Sonora y su proporción respecto a otras sanciones penales. Cualitativo, porque se orientó al análisis de los criterios jurisdiccionales para la procedencia de la reparación por daño moral y, en general, de sus percepciones sobre la relevancia de esta como un derecho de la víctima.

2. La reparación del daño como un derecho fundamental de las víctimas en México

A la luz del garantismo penal, Luigi FERRAJOLI introduce el concepto de Derecho fundamental para hacer referencia a: “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a

¹ Se revisaron las sentencias de 2007 por la mayor probabilidad de que en la fecha que se inició la investigación (2010), los expedientes se encontraran con resolución firme y accesibles para su estudio en los tribunales. Pero los criterios aplicables en esas resoluciones se mantienen vigentes en la actualidad.

todos los seres humanos en cuanto a dotados del status de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar”². Son los derechos constitucionalizados que, de manera expresa, se encuentran previstos en esta, pero también los establecidos en las declaraciones, pactos internacionales, etc., cuando otorguen una protección más amplia a la persona.

En septiembre de 1993, como un compromiso contraído con los organismos internacionales, se incorporó en el último párrafo del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos los derechos a favor de las víctimas u ofendidos incluyendo, además de la reparación del daño, la asesoría jurídica, la coadyuvancia con el Ministerio Público y la atención médica de urgencia.

La reparación del daño constituye un derecho subjetivo a favor de las víctimas del delito, previsto de manera genérica en nuestra norma fundamental, en los códigos penales de las entidades federativas y, sobre todo, en los instrumentos internacionales que detallan su contenido y modalidades. La tutela de este derecho se extiende tanto, a los daños materiales, como a los daños morales, sin que en ningún caso implique un mayor o menor valor de uno u otro.

En la Constitución vigente se contempla a la reparación del daño como pena pública, señalando que aun cuando es obligación del agente del Ministerio Público solicitarla, ello no impide que la víctima pueda hacerlo directamente. Asimismo, establece la obligación del juzgador de resolver la reparación del daño en todos los casos en donde exista sentencia condenatoria. Sin embargo, no establece sanción alguna cuando los referidos servidores públicos incumplan sus respectivas responsabilidades. Marginalmente, en algunas

² FERRAJOLI, Luigi, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 19.

legislaciones como el Distrito Federal³, Nuevo León⁴, Oaxaca⁵ y el Código penal Federal⁶, establecen sanciones por esas omisiones que dejan a las víctimas en estado de indefensión.

Cabe destacar que la figura del daño moral en las codificaciones penales es escueta y se encuentra construida sobre conceptos ambiguos que otorgan amplia discrecionalidad al juzgador para determinar su contenido y procedencia. Retoman el concepto tradicional que lo ubica como la afectación a los diversos bienes en ella enlistados como el decoro, honor, reputación, estima y otros similares, así ocurre con la legislación penal de Sonora, que lo refiere como: “el sufrimiento que el delito origine a una persona, ya sea en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, o como consecuencia de las alteraciones en su configuración o aspecto físico o mental”⁷.

Si el concepto de daño moral es amplio, el de reparación no es la excepción, en la mayoría de los códigos penales mexicanos consiste en la restitución o devolución de la cosa dañada u obtenida con el

³ *Cfr*, Último párrafo del artículo 44 del Código penal del Distrito Federal previene una sanción de 50 a 500 días-multa. Disponible en: <http://www.aldf.gob.mx/archivo-8e721a4496eb5ddb7544ae0a98ac69e3.pdf>. Consulta: 12 de marzo de 2016, a las 15.00.

⁴ El segundo párrafo del artículo 144 del Código penal del Estado de Nuevo León señala una sanción administrativa de 300 a 450 cuotas para el Ministerio Público y de 600 a 750 para el juez. Disponible en: http://www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/leyes/pdf/CODIGO%20PENAL%20PARA%20EL%20ESTADO%20DE%20NUEVO%20LEON%20.pdf Consultado el 12/3/2016, a las 15.30.

⁵ *Cfr*, Artículo 36 del Código penal de Oaxaca señala “multa de treinta a sesenta días, multa sin perjuicio de otras acciones que puedan ejercerse en su contra”. Disponible en: <http://www.congresooaxaca.gob.mx/legislatura/legislacion/leyes/008.pdf> Consultada el 12/3/2016 a las 16.45.

⁶ Segundo párrafo del artículo 34 del Código Penal del Distrito Federal dispone de 30 a 40 días de multa. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9_070416.pdf Consultada el 12/3/2016, a las 16.50.

⁷ *Cfr*, Artículo 29, fracción III del Código penal del Estado de Sonora, vigente el 15/03/2015. Disponible en: http://www.stjsonora.gob.mx/acceso_informacion/marco_normativo/CODIGO%20PENAL%20SONORA%20-%20Nuevo%20sistema.pdf Consulta: 18 de marzo de 2016, a las 14.00.

delito, el pago de gastos y perjuicios, tratamientos curativos, etc. En el caso específico de Sonora, reconoce la reparación del daño proveniente del delito siempre y cuando haya sido probado el daño y su cuantía, constituye una obligación preferente frente a otras contraídas con posterioridad al delito⁸, siendo exigible de oficio por el Ministerio Público⁹, aunque la víctima también tiene el derecho de solicitarlo y probarlo directamente tanto en la averiguación previa como en el proceso, tal como lo marca la Ley Adjetiva Penal en el artículo 142, fracción IV¹⁰.

Se establece, además, la prioridad del pago de la reparación del daño en caso de no lograr hacerse efectivo por el total de la sanción económica¹¹. En el artículo 29 del referido ordenamiento penal se contemplan enunciativamente las formas de reparación del daño que son aplicables en este Estado; entre ellas se encuentran: la restitución de la cosa, su pago actualizado o su sustitución por equivalencia, la indemnización por daño material y moral, el resarcimiento por los perjuicios, el pago a terceros que auxiliaron a la víctima y el pago actualizado del monto principal de la reparación por concepto de intereses por su tramitación.

De la fracción III, del artículo 29, se desprende que la forma de reparación prevista para el daño moral es la indemnización, la que se encuentra limitada por los criterios contenidos en el artículo 31 bis, aplicable solamente a delitos en los que existe presunción legal del daño, en cuyo caso señala topes mínimos y máximos para su fijación; estos indican que no debe ser menor a 50 ni mayor a los 1000 días de salario mínimo.

Con relación a las reglas para determinar la procedencia de la reparación se señala la obligación del Juez de tomar en cuenta daños y perjuicios en conformidad con las probanzas que obren en autos,

⁸ *Cfr*, Artículo 33 Código penal del Estado de Sonora, *op. cit*.

⁹ *Cfr*, Artículo 34. Aunque no establece ninguna sanción para el mismo en caso de incumplimiento, *op. cit*.

¹⁰ Código Procesal Penal de Sonora, vigente el 02/12/2013. Disponible en: http://www.stjsonora.gob.mx/acceso_informacion/marco_normativo/C%C3%93DIGO%20DE%20PROCEDIMIENTOS%20PENALES.pdf Consultada el 12/4/2016, a las 14.00.

¹¹ *Cfr*, Artículo 35, segundo párrafo. Código penal de Sonora, *op. cit*.

pero tratándose del daño moral además debe considerarse la posibilidad económica del obligado¹². Para fijar el monto del daño moral, aparte de la solvencia del obligado, se considerarán los bienes jurídicos afectados, así como las circunstancias personales de la víctima¹³. En caso de no especificarse el monto de la condena, se promoverá ante el Juez que conozca la causa un incidente de liquidación, en el cual deberán especificarse los hechos que hayan producido daños y perjuicios, estableciéndose la cuantía que le corresponde¹⁴.

Con relación al pago actualizado a que hace referencia la fracción VI, del artículo 29 de la codificación penal sonoreNSE, lo contempla como pena accesoria y consiste en un incremento porcentual del monto de la condena por daño material o moral, dependiendo del tiempo en que el obligado realice el pago correspondiente. Si se obtiene antes del proceso, será de un 10%; mientras que si se cubre durante el proceso será del 15%; y de un 20% si se obtiene con motivo de la sentencia y mediante gestión; y si solo se gestiona durante la ejecución de la sentencia será de un 10%.

El legislador sonoreNSE contempla la presunción del daño moral para los delitos “corrupción de menores de edad e incapaces, utilización de imágenes y/o voces de personas menores de edad para la pornografía, relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad, violación, violencia intrafamiliar, rapto, abusos deshonestos, privación ilegal de libertad, secuestro, trata de personas, homicidio, feminicidio y chantaje”¹⁵. Lo anterior implica que se exime a la víctima de la carga de probarlo; sin embargo, subsistirá el derecho del inculpado de presentar las evidencias que considere contundentes para desvirtuarlo.

Cabe referir que con respecto al delito de trata de personas, el Código procesal penal del Estado de Sonora estableció, desde el 2008, criterios para la reparación del daño en general, consistentes en el pago de: tratamientos médicos y psicológicos; de terapia y rehabilitación física y ocupacional; costos de transporte (al lugar de origen,

¹² *Ídem*, artículo 31.

¹³ *Ibidem*, artículo 35.

¹⁴ *Cfr*, Artículos 444-A y 444 bis del Código de procedimientos penales del Estado de Sonora, *op. cit.*

¹⁵ *Cfr*, Artículo 29 bis, Código penal del Estado de Sonora, *op. cit.*

vivienda provisional y cuidados necesarios a menores de edad, mayores de sesenta años o incapaces); ingresos perdidos, indemnización por perturbación emocional, dolor o sufrimiento; y cualquier otra pérdida derivada del delito¹⁶.

El último párrafo del artículo 29 del Código penal local establece que el Estado se subrogará en el pago de la reparación del daño cuando se trate de los daños especificados en las fracciones II y III, que se refieren al daño material y moral respectivamente, y el responsable no tenga los medios económicos para cubrirlos. Consistirá en tratamientos y cuidados que requiera la víctima hasta su recuperación en los términos que establecen la Ley de Asistencia y Protección a Víctimas del Delito, la Ley para Prevenir la Violencia Intrafamiliar y la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

Es importante destacar que la reparación del daño es un derecho que en México se encuentra en evolución, si bien son pocos los códigos penales de las entidades federativas que han intentado una definición de daño moral derivado del delito, poco a poco se va introduciendo en nuestra cultura y en los distintos ordenamientos jurídicos el concepto de reparación integral, que engloba todas las formas posibles de paliar los efectos del delito, orientándose hacia una atención amplia a las necesidades derivadas de la victimización. Así se expresa en la Ley General de víctimas:

“Las víctimas tienen derecho a ser reparadas de manera oportuna, plena, diferenciada, transformadora, integral y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia del delito o hecho victimizante que las ha afectado o de las violaciones de derechos humanos que han sufrido, comprendiendo medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y medidas de no repetición”¹⁷.

Enunciativamente el artículo 27 del mismo Ordenamiento Jurídico refiere como mecanismos de reparación reconocidos en México:

- I. La restitución busca devolver a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito o a la violación de sus derechos humanos.

¹⁶ *Ídem*, artículo 142 bis del Código de procedimientos penales del Estado de Sonora, *op. cit.*

¹⁷ *Vid*, Artículo 26. Disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGV.pdf>. Consultado el: 20/3/2016, a las 16.00.

- II. La rehabilitación busca facilitar a la víctima hacer frente a los efectos sufridos por causa del hecho punible o de las violaciones de derechos humanos.
- III. La compensación ha de otorgarse a la víctima de forma apropiada y proporcional a la gravedad del hecho punible cometido o de la violación de derechos humanos sufrida y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso. Esta se otorgará por todos los perjuicios, sufrimientos y pérdidas económicamente evaluables que sean consecuencia del delito o de la violación de derechos humanos.
- IV. La satisfacción busca reconocer y restablecer la dignidad de las víctimas.
- V. Las medidas de no repetición buscan que el hecho punible o la violación de derechos sufrida por la víctima no vuelva a ocurrir.
- VI. Cuando el daño comporte un impacto colectivo, la restitución de los derechos afectados estará orientada a la reconstrucción del tejido social y cultural colectivo que reconozca la afectación en la capacidad institucional de garantizar el goce, la protección y la promoción de los derechos en las comunidades, grupos y pueblos afectados. Las medidas colectivas que deberán implementarse tenderán al reconocimiento y dignificación..."¹⁸.

Calderón Gamboa señala que la reparación del daño comprende las diferentes formas de cómo un Estado puede hacer frente a la reparación internacional en que ha incurrido (*restitution in integrum*, indemnización satisfactoria, garantías de no reparación, entre otras)¹⁹. Aportando, como ejemplos específicos de reparación, a las que a continuación se describen²⁰:

- Indemnización: Debe ser económica, pronta, adecuada y efectiva.
- La restitución: Está dirigida a restablecer la situación existente en la violación de derechos humanos o derecho humanitario.

¹⁸ Ídem.

¹⁹ CALDERÓN GAMBOA, Jorge Francisco, *Reparación del daño al proyecto de vida por violación de derechos humanos*, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 15.

²⁰ Ídem, pp. 17 y 18.

- **Compensación:** Por todo perjuicio que resulte como consecuencia de una violación de derechos humanos o del derecho humanitario y que fuera evaluable económicamente.
- **Rehabilitación:** La que incluirá atención médica y psicológica, así como prestación de servicios jurídicos y sociales.
- **Satisfacción y garantías de reparación:** Las incluirán cuando fuere necesario.

Es de destacarse que la Suprema Corte se ha pronunciado con motivo de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de julio de 2011, por una protección amplia de los derechos de las víctimas, obligando a las autoridades jurisdiccionales al control difuso de la convencionalidad cuando otorguen mayor tutela a la víctima; en ese sentido es significativo el criterio que refiere lo siguiente:

“REPARACIÓN DEL DAÑO DE LA VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO. CONTENIDO DE ESTE DERECHO FUNDAMENTAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS)”²¹. En esta tesis, el Poder Judicial Federal haciendo una interpretación sistemática recoge los fundamentos del principio pro persona contenidos en el artículo 1 y el derecho de la víctima a la reparación del daño, previsto en el artículo 20, apartado B, en su fracción IV, ambos de la Norma Suprema, y el artículo 8 en sus numerales 1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos para señalar que este derecho fundamental tiene como propósito la preservación de las personas en contra de acciones que busquen violentarlas, que la afectada no solo tiene el derecho a que se le reparen los daños desde el punto de vista económico, sino también se llegue a la verdad y se haga justicia. Argumenta que el principio de dignidad humana impide que la protección humana sea exclusivamente desde el punto de vista monetario. Luego entonces señala que la víctima goza de tres derechos: 1. Conocer la verdad, la realidad de las cosas; 2. Que se haga justicia, es decir, que el hecho no quede impune; y 3. Obtener reparación de los daños mediante una compensación económica, que es la forma tradicional que se ha otorgado, o conforme con las formas previstas en las leyes correspondientes, que además contemplan: restitución,

²¹ Tesis 2004579. XXVII.1o. (VIII Región) 22 P, 10a. época. Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXIV, septiembre de 2013, p. 2660.

restablecimiento de la situación anterior, resarcimiento, reparación del daño material y moral, pago de tratamientos curativos a la víctima y pensiones en caso de homicidio o lesiones que la incapaciten.

En el mismo sentido, una tesis aislada²² que en relación con la reparación del daño, refiere que debe imponerse siempre que se dicte sentencia condenatoria. Interpretándola en correlación con el numeral 4º, párrafo octavo, del mismo cuerpo legal, que prevé el interés superior del menor, bajo la directriz de garantizar el pleno respeto, satisfacción y ejercicio de los derechos que les corresponde a niños y niñas. Además, tomando en consideración la dignidad humana y las condiciones propias de la niñez, señala que cuando se condene a la reparación del daño moral debe incluirse el pago de tratamientos curativos que el menor requiera para la recuperación de la salud tanto física o psíquica. En congruencia con lo anterior, es enfático al señalar que si se desprende de las actuaciones jurisdiccionales la imposibilidad del enjuiciado para cubrirlo, por sus condiciones personales (que en el caso particular que se cita en la tesis consistió en que se trataba de una persona de origen indígena, no contaba con ingresos económicos, ni ocupación laboral, o cualquier otra característica), resolvió procedente remitir al Estado el otorgamiento del resarcimiento mediante tratamientos curativos que retomen el principio del interés superior del menor.

3.El delito de violación, un estudio de caso

Este apartado corresponde a los resultados encontrados en el estudio de campo, que describe los aspectos cuantitativos y cualitativos de las sentencias revisadas. Las fuentes de información utilizadas en este apartado fueron, por un lado, las sentencias en donde se expresa su interpretación acerca del contenido y alcance de la reparación del daño moral, las cifras oficiales (estadísticas judiciales que anualmente

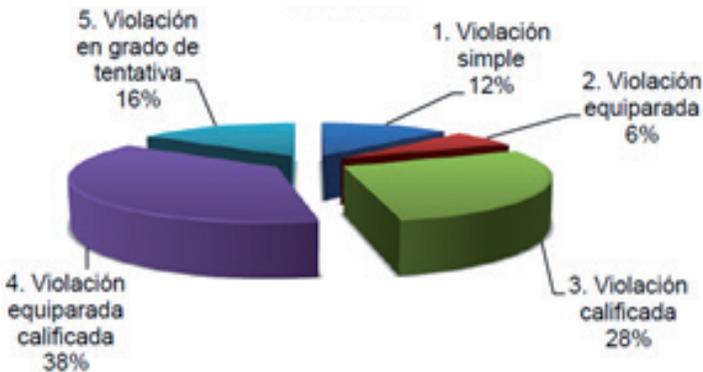
²² “Reparación del daño moral a favor del menor de edad víctima u ofendido del delito. Si conforme con las condiciones especiales del inculpado, este se encuentra imposibilitado para cubrirlo materialmente, a fin de hacer efectivo el interés superior del menor, previsto en el artículo 4 de la constitución federal, corresponde al Estado resarcirlo subsidiariamente”, TA; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 6, Mayo de 2014, tomo III; p. 2118. I.5o.P.26 P.

elabora el Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática [INEGI] como órgano gubernamental), y las entrevistas a operadores del sistema penal, específicamente a jueces de primera instancia; ello permitió un amplio panorama respecto a los aspectos que se ponderan en la individualización de la pena de reparación por daño moral.

a. Aspectos cuantitativos de las sentencias

De acuerdo con las estadísticas judiciales de 2007 de INEGI,²³ para el delito de violación se emitieron en Sonora un total de 173 sentencias, de las cuales 142 fueron condenatorias y 31 absolutorias. Datos que representan el 82 y 18%, respectivamente. Dato corroborado en la muestra de las resoluciones revisadas. En la redacción de las sentencias se utilizó un promedio de entre 21 y 30 fojas. El 74% de las causas revisadas se resolvieron en un tiempo no mayor de dos años.

Gráfica 1. Modalidades de las causas penales por violación



Fuente: Elaboración propia conforme con los datos recabados de la muestra.

La gráfica anterior indica que en el 66% de los casos, el delito se ejecutó con alguna de las circunstancias agravantes de las penalidades: por ser víctima menor de 12 años, cometida por pariente

²³ Cuadro 2.7 Delinquentes sentenciados registrados en los juzgados de primera instancia del fuero común por ámbito geográfico de ocurrencia y principal delito según tipo de sentencia 2007, en *Estadísticas Judiciales en materia Penal en los Estados Unidos Mexicanos 2007*, México, INEGI, 2008, p. 436.

consanguíneo (o por afinidad) en los grados que establece la ley o ejecutada de manera continuada. El 34% restante consistió en violación simple (o equiparada²⁴), o se realizó en grado de tentativa.

En lo que toca a la tipología victimal: 89% fueron mujeres y 11% varones. El 61% fueron menores de edad. En el 51% se ubicó algún tipo de parentesco, sea consanguíneo o por afinidad, es decir, el agresor fue cercano a la víctima. En relación con el género del agresor el más común es el varón en el 99% de los casos, mientras que el 1% corresponde al femenino. La mayor incidencia del delito se realizó por varón en el rango de edad de 30 a 34 años con un 17%.

Las estadísticas del INEGI registraron como penas para el delito de violación las que aparecen en la tabla siguiente:

Tabla 1. Sentencias de violación según el número y tipo de pena impuesta.

	Con una pena		Con dos penas			Con tres penas
Prisión	Reparación del daño	Multa	Prisión y reparación del daño	Prisión y multa	Reparación del daño y multa	Prisión, reparación del daño y multa
0	0	0	4	63	0	75
					Total	142

Fuente: Elaboración propia sobre la base de datos proporcionados por el INEGI.²⁵

²⁴ Mediante el criterio *Violación equiparada...*, la Corte establece el alcance de ese término, que se actualiza cuando “el sujeto activo, sin violencia y con fines lascivos, introduzca, por vía vaginal o anal, cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril en una persona menor de doce años, o persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo”, [TA], novena época; T.C.C., S.J.F. y su gaceta, t. XXXIII, abril de 2011, p. 1473; también en la Tesis *Violación equiparada*. Se actualiza el delito previsto en el artículo 219.

²⁵ Extracto del cuadro 2.13 relativo a los delincuentes sentenciados en condenatoria, registrados en los juzgados de primera instancia del fuero común, por ámbito geográfico de ocurrencia y principal delito, según el

El número de casos en los que se aplicó prisión y reparación del daño simultáneamente fueron el 2%; prisión y multa en un 37% y las tres modalidades: prisión, multa y reparación del daño, en un 43%. En el 45% de los casos, la víctima obtuvo una sentencia favorable respecto a la reparación de sus daños; sin embargo, hay que tomar en cuenta que las cifras son generales y no distinguen entre daño material y moral, por ello la importancia de buscar ese dato en la muestra de sentencias. En los apartados siguientes se revisan las características de cada una de estas penas, su cuantía o duración.

En lo referente a la pena privativa de la libertad, se dictaron las siguientes:²⁶

Tabla 2. Duración de la pena de prisión	Número de casos
Menos de un mes	0
De 1 a menos de 12 meses	1
De 1 a menos de 3 años	11
De 3 a menos de 5 años	17
De 5 a menos de 7 años	24
De 7 a menos de 9 años	22
De 9 a menos de 11 años	15
De 11 a menos de 13 años	22
De 13 a menos de 15 años	5
De 15 a menos de 17 años	7
De 17 y más años	18

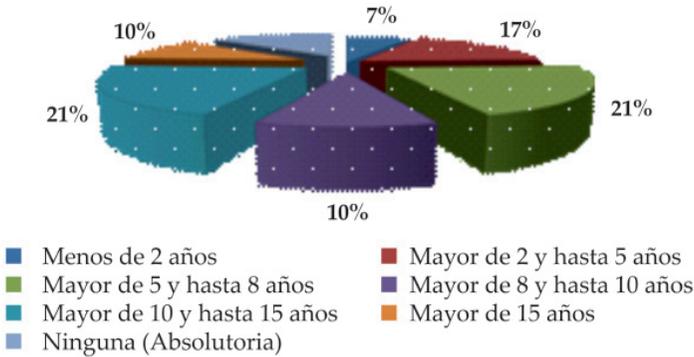
Fuente: Elaboración propia conforme con los datos aportados por el INEGI.

número y tipo de pena impuesta, 2007, *Estadísticas Judiciales en Materia Penal 2007*, México, INEGI, 2008, p. 474.

²⁶ La pena básica contemplada en la Legislación Penal de Sonora tanto para la violación propia como impropia es de cinco a 15 años de prisión (artículo 218). Mientras que tratándose de su modalidad agravada es ocho a 20 años de prisión (artículo 220). Cuando el delito se realiza de manera continuada, la pena se aumentará hasta en un tanto más del máximo. Congreso del Estado de Sonora. Disponible en: http://www.congresoson.gob.mx/Leyes_Archivos/doc_6.pdf Consultada el: 13/2/2016, a las 12.00.

En el 9% de los casos se castigó con prisión inferior a los 3 años; mientras que un 62% superó los 7 años de prisión. El 36% fue mayor al término medio aritmético de la pena. Tomando en cuenta que la pena básica tiene un máximo de 15 años, el 18% de los expedientes que condenaron por un tiempo superior a 15 años corresponde a violaciones ejecutadas con alguna circunstancia de agravación, o se ejecutaron de manera continuada, así se expresa en la gráfica siguiente:

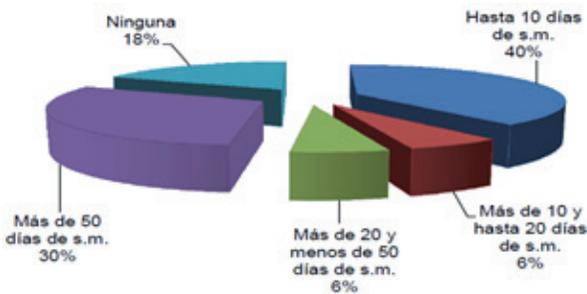
Gráfico 2. Duración de la pena en prisión.



Fuente: Elaboración propia conforme con los datos obtenidos de la muestra analizada.

Como se expresa en el gráfico 3, en el 82% de los expedientes se condenó al pago de multa, mientras que en el 18% fueron sentencias absolutorias. Cabe destacar que el monto aplicado con mayor frecuencia en el 40% de los casos fue de 10 días de salario mínimo (s.m.); mientras que en un 12% se aplicó el monto comprendido entre 20 y 50 días de salario mínimo. En un 52% la multa fue inferior a los 50 días de salario mínimo; mientras que en el 30% las sanciones fueron superiores a los 50 días.

Gráfico 3. Monto de la multa. (Muestra de sentencias).



Fuente: Elaboración propia.

Con relación a la reparación del daño, el estadístico del INEGI, refiere que en Sonora durante 2007 las condenas se ubicaron en los montos siguientes:

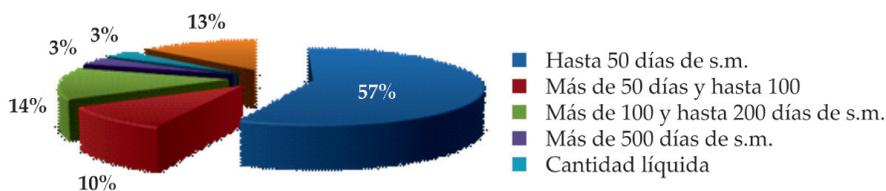
Tabla 3. Montos de la reparación del daño.

		Frecuencia	Porcentaje
Hasta 500 pesos		4	5
De 501 a 1000 pesos		5	6
De 1001 a 2000 pesos		2	3
De 2001 a 5000 pesos		40	51
De 5001 y más pesos		28	35
	Total	79	100%

Fuente: Elaboración propia sobre la base de los datos proporcionados por el INEGI.

Es de destacarse que los montos corresponden a la reparación del daño moral y materiales. Por tal motivo, esos datos fueron extraídos de la muestra de sentencias analizadas y sus datos se concentran en la gráfica siguiente:

Gráfica 4. Cuantías obtenidas por reparación del daño moral.



Fuente: Elaboración propia.

En el 57% de los casos analizados existe una condena por daño moral, atendiendo al rango mínimo establecido en nuestra legislación penal²⁷ que es de 50 salarios mínimos. Fue un número marginal

²⁷ El artículo 31 bis, segundo párrafo, del Código penal del Estado de Sonora, señala los rangos de 50 a 1000 días de salario mínimo.

de casos, representados por el 3%, en los que la víctima obtuvo hasta 500 días de salario mínimo.

Como se muestra en la tabla 4, la relevancia otorgada a la reparación del daño moral es inferior respecto a las otras penalidades, ya que en más del 57% de los casos el juzgador se inclinó a condenar por el monto mínimo que son los 50 días. Solamente en un 3% la víctima fue reparada por un monto superior por tratarse de violaciones continuadas. Tanto en la prisión como en la multa, el tope máximo legal aplicado en la determinación de la pena y monto, respectivamente, se sitúa en un 10 y 30% de los casos. Con relación al monto por reparación del daño puede generalizarse la ausencia de razonamiento para justificarlo.

Tabla 4. Análisis comparativo de las penas impuestas en la muestra

Criterios	Prisión	Multa	Reparación del daño moral
Mínimo	Menos de 2 años (7%)	10 días de s.m. equivalente a \$450.00 (36%)	Hasta 50 días de s.m. que equivale a \$2 250.00 (57%)
Mediana	De 5 a 10 años de prisión (31%)	Entre 10 y menos de 50 s.m., entre \$450.00 a \$2 250.00 (27%)	Más de 50 y hasta 100 s.m. equivalente a \$4 500.00 (10%)
Máxima	Dentro del rango de 10 años en adelante (20%)	Más de 50 días de s.m. (30%)	Más de 500 días de s.m. Más de \$22 500.00 (3%)

Fuente: Elaboración propia conforme con los resultados obtenidos de la muestra.

No hubo condena de reparación del daño moral por insolvencia en el 7% de los casos, aunque no hay una investigación de los ingresos del sentenciado que sirva de argumento para la fijación del monto. Hay casos en los que el Ministerio Público renuncia a la reparación del daño a solicitud expresa de la víctima o porque considera que no existen los medios idóneos para su cumplimiento.

En la determinación del monto de la reparación del daño rara vez se ponderaron circunstancias como la tipología del sujeto pasivo del delito, las condiciones en las que se encontraba la víctima y sus necesidades. Fue decisiva para fijarla la posibilidad económica del obligado sin que el Estado asumiera intervención alguna para procurar atención victimal. Con relación a las víctimas que obtuvieron condena favorable por reparación del daño moral, el monto de la condena

fue mínimo e insuficiente para contribuir a la atención que ameritan este tipo de afectaciones.

En los expedientes analizados consta el desahogo de pruebas diversas, entre ellas: dictamen ginecológico y andrológico, con el objeto de acreditar el elemento objetivo del tipo; prueba psicológica; prueba psiquiátrica; testimoniales de la víctima que se le otorga alto valor probatorio; prueba médico legal de las lesiones para acreditar el elemento objetivo del tipo. Sin embargo, no se encontró una correlación entre las pruebas presentadas durante el juicio y la condena por reparación del daño moral.

Las pruebas desahogadas en todo el procedimiento penal se enfocaron a la acreditación del delito y la correspondiente responsabilidad penal del agresor, pero rara vez se utilizaron para determinar la magnitud de la lesión moral como elemento para decidir el tipo de reparación atendiendo al impacto del daño experimentado o para establecer el monto de la indemnización económica.

En un 95% de los expedientes se hace referencia cuando menos a periciales psicológicas que describen las diversas manifestaciones de las secuelas emocionales o daños mentales que la violación produjo en la víctima, ello es ilustrativo para comprender la dimensión de la afectación. En las tablas 5 y 6 se sintetizan seis casos desde los más dramáticos hasta aquellos que implicaron menores efectos para la víctima, con la finalidad de ubicar qué tanto influyeron en la determinación de la modalidad de reparación aplicable en cada uno.

Tabla 5. Sentencias condenatorias que determinan un mayor rigor en las penalidades por el delito de violación

CASO 1	CASO 2	CASO 3
Modalidad: Violación agravada (continuada).	Modalidad: Violación agravada (continuada en número de tres).	Modalidad: Violación agravada (continuada y utilizando violencia y dando como resultado un embarazo a los 13 años de edad)****.
Tipología victimal: Mujer impúber.	Tipología victimal: Mujer impúber.	Tipología victimal: Mujer impúber.
Tipología criminal: Masculino, parentesco consanguíneo.	Tipología criminal: Masculino, parentesco consanguíneo.	Tipología criminal: Masculino, parentesco consanguíneo. (Papá y abuelo).

<p>Condiciones de la víctima: Presenta problemas de origen neurológico* y posiblemente psiquiátrico (dictamen psicológico); amnesia y disminución de su desempeño escolar (profesor); dificultad motriz, del habla y pérdida de peso (madre); no se sostiene de pie y requiere apoyo para alimentarse (tía).</p>	<p>Condiciones de la víctima: El dictamen psicológico refiere que la víctima no presenta indicadores de lesión cerebral pero sí un retroceso en su desarrollo psicosocial; recomienda evitar en lo posible careos y verbalizaciones del hecho, ya que podría causar secuelas emocionales irreversibles, afectando su desarrollo psicosocial y estabilidad emocional.</p>	<p>Condiciones de la víctima: Se omiten referencias sobre el estado psicológico de la víctima, solo refiere que el dictamen presenta caracteres propios de una víctima sexual. El certificado médico refiere embarazo.</p>
<p>Pena privativa: 24 años (global) Multa: \$1 780, 34 días de salario mínimo (s.m.).</p>	<p>Pena privativa: 22 años (global). Multa: \$11 440, 264 días de s.m.</p>	<p>Penalidades: <u>Papá:</u> Pena privativa (global): 48 años (violación en número de 6); multa: \$2 358, 50 días de s.m., reparación del daño moral: \$11 440, 264 días de s.m.</p>
<p>Reparación del daño material: \$7,780 150 días de s.m.**</p>	<p>Reparación del daño material: Ninguna.</p>	<p><u>Abuelo:</u> Pena privativa (global): 40 años (violación en número de 5); multa: \$2 358 50 días de s.m., reparación del daño moral: \$2 358, 50 días de s.m.</p>
<p>Reparación del daño moral: \$7 780 150 días de s.m.</p>	<p>Reparación del daño moral: \$11 440, 264 días de s.m.***</p>	

- * Se sugirió una valoración neurológica a través de una tomografía cerebral para descartar daño neurológico, requiere apoyo psicológico y posiblemente psiquiátrico por posible trauma mental.
- ** Para cubrir los gastos de tratamientos médicos, traslado a hospitales, consultas, etcétera, se condenó al pago de los importes acreditados: entre ellos medicamentos, estudios médicos, autobús y otros.
- *** En la sentencia se hizo referencia a la magnitud del daño moral, señalando que la extensión del mismo resulta perjudicial para el sentenciado, por ser delito grave y por los daños psicológicos que origina, ya que en muchas ocasiones requieren de ayuda especializada para superar el trauma mental en la víctima.
- **** La golpeaban con la mano y cinto para obligarla al acto. Los hechos sucedieron por casi tres años.

Tabla 6. Sentencias condenatorias que se ubican en el promedio de las dictadas por violación en el año 2007.

CASO 4	CASO 5	CASO 6
Modalidad: Violación equiparada (anal).	Modalidad: Violación simple.	Modalidad: Violación agravada.
Tipología victimal: Varón (menor de edad).	Tipología victimal: Mujer mayor de edad, madre de dos niños.	Tipología victimal: Mujer impúber.
Tipología criminal: Masculino, desconocido.	Tipología criminal: Masculino expareja sentimental.	Tipología criminal: Masculino, padrino de la menor.
Condiciones de la víctima: El dictamen psicológico refiere un retraso moderado, con una edad mental entre cinco y medio y seis años; además de presentar características psicológicas que corresponden a una víctima de delitos sexuales. No remite a datos técnicos, o detalles de la valoración.	Condiciones de la víctima: No se refiere ninguna que tenga que ver con valoraciones psicológicas o de algún otro tipo.	Condiciones de la víctima: Presenta características que corresponden a una víctima de delitos sexuales. No remite a datos técnicos o detalles de la valoración.
Pena privativa: 5 años.	Pena privativa: 5 años.	Pena privativa: 5 años.
Multa: \$490, 10 días de salario mínimo (s.m.).	Multa: \$490, 10 días de s.m.	Multa: \$490, 10 días de s.m.
Reparación del daño material: \$7 780, 150 días de s.m.*	Reparación del daño material: \$7 780, 150 días de s.m.**	Reparación del daño material: \$7 780, 150 días de s.m.****
Reparación del daño moral: ** \$2 358, 50 días de s.m.	Reparación del daño moral: **** \$2 358, 50 días de s.m.	Reparación del daño moral: 10 \$2 358, 50 días de s.m.

* Para cubrir los gastos de tratamientos médicos, traslado a hospitales, consultas, etcétera, se condenó al pago de los importes acreditados: entre ellos, medicamentos, estudios médicos, autobús y otros.

** Respecto a la cuantía otorgada, el juzgador solo expresa que resulta procedente en virtud de haberse acreditado que el sentenciado tuvo participación en el hecho.

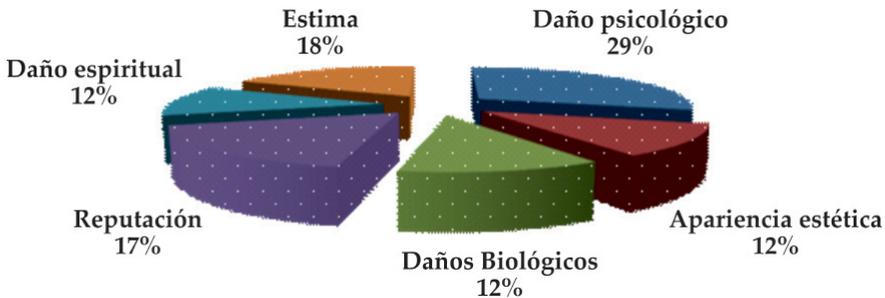
- *** Para cubrir los gastos de tratamientos médicos, traslado a hospitales, consultas, etcétera, se condenó al pago de los importes acreditados: entre ellos, medicamentos, estudios médicos, autobús y otros.
- **** Respecto a la cuantía otorgada, el juzgador solo expresa que resulta procedente en virtud de haberse acreditado que el sentenciado tuvo participación en el hecho.
- ***** Para cubrir los gastos de tratamientos médicos, traslado a hospitales, consultas, etcétera, se condenó al pago de los importes acreditados: entre ellos, medicamentos, estudios médicos, autobús y otros.
- ***** Con relación a la cuantía otorgada, el juzgador solo expresa que resulta procedente en virtud de haberse acreditado que el sentenciado tuvo participación en el hecho.

b. Aspectos cualitativos de las sentencias

Los aspectos que se retomaron en esta parte hacen referencia a situaciones cotidianas que se ponderan durante el proceso penal. La información obtenida se refiere a aspectos como: su percepción del contenido e importancia del daño moral y su reparación, medios probatorios, modalidades de la reparación y su evaluación sobre la eficacia como derecho de la víctima. En los párrafos siguientes se describe brevemente cada uno de ellos, tomando en cuenta los comentarios expresados de los jueces penales que formaron parte de la muestra.

Para conocer la opinión de los entrevistados respecto a la noción acerca del daño moral, se les cuestionó sobre su contenido. Esto permitió ubicar las modalidades reconocidas en su práctica jurisdiccional: daño psicológico, afectación a la apariencia estética, daños biológicos, reputación, daño espiritual y estima, en los porcentajes que se expresan en la siguiente gráfica:

Gráfica 5. Modalidades del daño moral



Fuente: Elaboración propia conforme con los datos obtenidos de las entrevistas.

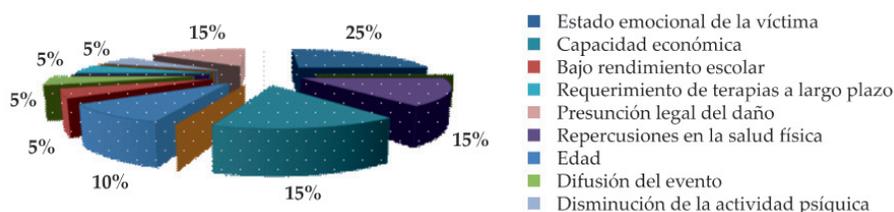
Relacionan en mayor proporción con la afectación a la parte social de la víctima con un 47%; este dato se obtiene de la sumatoria de los elementos estima, reputación y apariencia estética. Asimismo, se admiten dentro de la parte aflictiva: el daño psicológico y espiritual con un 41%. Por otro lado, el 12% de los entrevistados consideró que los daños biológicos forman parte de las modalidades protegidas por la legislación. No se observa un criterio homogéneo sobre la esencia del concepto de daño moral, dimensionándolo en dos sentidos: como una afectación a la parte social de la víctima, como daño a la reputación, imagen, etcétera; pero también como sufrimiento interior experimentado por el pasivo o terceros afectados, dolor, enojo, miedo.

Para conocer de qué manera evalúan el desarrollo que ha tenido en México la institución jurídica del daño moral en materia penal, se les interrogó en dos aspectos: en lo personal qué tan significativo consideran el daño moral que sufre la víctima con relación a los daños materiales y si están de acuerdo con la normatividad existente.

Respecto al impacto e importancia del daño moral 67% lo consideraron de mayor trascendencia que los daños materiales (33%). Las opiniones que expresan sobre la normatividad, se dividieron entre quienes dijeron estar parcialmente de acuerdo y en total desacuerdo. Argumentaron que la legislación prácticamente no le da importancia a la víctima, solo contempla este derecho por obligación; que hay una tendencia a proteger al agresor y no a la víctima. El 50% manifestó no estar de acuerdo con la relevancia que le otorgan la normatividad y la jurisprudencia; sin embargo, un 85% opinó que no es pertinente realizar una reforma a la ley para adecuarla a las necesidades de la víctima.

Los datos relacionados con la víctima que estiman importantes para decidir sobre la procedencia de este tipo de reparaciones, se expresan en la gráfica siguiente.

Gráfica 6. Aspectos relativos a la víctima



Fuente: Elaboración propia conforme con los resultados de las entrevistas.

Entre los datos que los juzgadores consideran más relevantes para declarar procedente el daño moral se encuentran: el estado emocional de la víctima en un 25%, le siguen repercusiones en la salud física, capacidad económica y presunción del daño moral conforme lo marca la legislación penal, con 15%, respectivamente. Con un 10% el requerimiento de terapias a largo plazo y finalmente con un 5% en importancia los supuestos de bajo rendimiento escolar, difusión del evento, requerimiento de terapias y disminución de la actividad psíquica.

En lo que respecta a las formas de reparación del daño moral, prevaleció la opinión que debe realizarse mediante una indemnización económica, esto se sostuvo por el 83% de los funcionarios entrevistados; mientras que el 17% restante estimó que además de lo económico era viable la prestación de servicios de asistencia y tratamiento a víctimas, principalmente a cargo de psicólogos y psiquiatras. Al interrogarlos acerca de cuáles son los medios posibles para la reparación de este tipo de daños, el 50% opinó que la reparación económica, el 33% que los servicios asistenciales y un 17% que ambos.

Con relación al acceso a la reparación, se señaló que en el 67% de los casos la víctima obtiene una condena en primera instancia para reparar este tipo de daños, aunque no necesariamente llega a materializarse. Por otra parte, en la opinión de los juzgadores respecto a la frecuencia con la que ocurre el cumplimiento voluntario del pago de la reparación del daño moral, el 25% de los entrevistados consideró que siempre, el 50% que solo ocasionalmente y el otro 25% que nunca. Que tratándose de causas penales en donde no procede la libertad bajo caución, es común que el delincuente no tenga ningún interés por reparar los daños porque ello no servirá para obtener su libertad; ese es el caso del delito de violación, para el cual no procede condena condicional o algún beneficio preliberacional que propicie la espontaneidad en el cumplimiento de esta obligación. Respecto a si existen prácticas jurisdiccionales que tiendan a fomentar el acceso efectivo del derecho de reparación del daño, mediante estrategias que propicien el cumplimiento voluntario del reo, solo el 17% indicó que siempre la procuran, el 33% solo ocasionalmente y el 50% nunca.

En cuanto a la participación de la representación social en la demostración del daño moral, el 67% señaló que solo ocasionalmente interviene con ese propósito. Con relación a la frecuencia con la que el delincuente es absuelto de la reparación del daño por encontrarse en situación de insolvencia, los juzgadores expresaron que esta situación solo se presenta de manera ocasional en un 17% de los casos, mientras que el 83% opinó que siempre se establece dicha condena.

Con relación a qué tan frecuente es encontrar durante el proceso la integración de un cuadernillo para recibir las pruebas que se presenten con motivo de acreditar el monto de la reparación del daño moral, el 75% opinó que ocasionalmente se presentaba esa situación. La principal causa por la que no se integra el cuadernillo de pruebas respecto al daño moral es porque el agente del Ministerio Público no presenta las pruebas para su debida acreditación.

A manera de conclusión se interrogó acerca de la eficacia del derecho fundamental de la víctima a acceder a medios de reparación del daño moral, la mitad de los entrevistados manifestó que su situación es crítica, por el escaso número de asuntos penales en donde es posible obtenerla.

4. Reflexiones finales

1. Por disposición expresa del artículo 1º Constitucional, en México se adopta, desde 2011, el reconocimiento del principio pro persona como un eje rector tanto en la interpretación como en la aplicación de las normas jurídicas, por lo que el principio antes citado establece la obligatoriedad de los tratados internacionales suscritos y ratificados por nuestro país cuando estén de por medio derechos humanos, independientemente de que exista o no referencia expresa de ellos en la propia Constitución Federal o en las leyes secundarias.
2. La normativa internacional marca como obligación para el Estado el establecimiento de una política pública de reparación por vías administrativas, ágiles y de bajo costo, para el acceso a programas de reparaciones económicas, por lo que la ausencia de reglamentación y de programas de este tipo constituyen violaciones a los derechos humanos de las víctimas.
3. La reparación del daño moral a las víctimas no puede quedar sujeta exclusivamente a la determinación de responsabilidad criminal ni a la existencia de bienes personales del agresor; los derechos humanos contenidos en los diversos instrumentos y protocolos internacionales son claros al establecer que el derecho a la reparación del daño es independiente a que se aprehenda al agresor, o no, por lo que es insuficiente que se correlacione a la solvencia económica de este y no debe reducirse a la simple reparación monetaria, sino en todo caso, sujetarse a los estándares internacionales. De lo anterior se desprende que una reparación jurisdiccional a la víctima que no contemple esos criterios es violatoria de sus derechos humanos.

El octavo libro de la Serie Ciencias Penales y Criminológicas “El Derecho penal en tiempos de cambio”, se dedica al **Dr. Luis Fernando Niño**, el homenajeado en la Oncena edición de la Escuela de Verano de La Habana sobre Temas penales contemporáneos. Juez de Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Doctor en Derecho *cum laude* de la Universidad de Salamanca, profesor del ILANUD, Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, con sede en San José de Costa Rica, desde 1986, miembro del Consejo Directivo del Instituto Brasileiro de Ciências Criminais con sede en São Paulo (Brasil), académico de número de la Academia Argentina de Ética en Medicina, autor de múltiples libros de Derecho Penal, Criminología y Bioética y de artículos de Derecho penal y Criminología publicados en Argentina, Brasil, Cuba, Ecuador, España, Italia, México, Uruguay y Venezuela, entre muchos atributos.

La idea de hablar de “cambios” en su libro homenaje fue acertada, porque Niño cuenta entre sus múltiples méritos haber organizado la primera Maestría en Criminología en la Argentina, porque temprano entendió que la base de un buen Derecho penal, son los fundamentos criminológicos que garanticen propuestas con respaldo científico y que el enfrentamiento al delito va más allá de lo penal, tal como señalara, en una entrevista que concedió al periódico Página 12, cuando respondió a la pregunta ¿cuáles considera que son los caminos para que haya menos delitos? Y dijo “Un paso esencial son las políticas generales que tiendan al pleno empleo y a una distribución más racional de las riquezas. Este es un flanco importantísimo, pero debe ir acompañado por mayor presencia policial en la comunidad, que no significa un control represivo sino una mejor integración de las fuerzas de seguridad con la población”.

Con el reconocimiento al Dr. Luis Fernando Niño, efectuado el día 6 de julio del 2015 en el Aula Magna de la Universidad de La Habana, en ocasión de la apertura de la XI edición Escuela de Verano de La Habana sobre Temas penales contemporáneos, la Sociedad cubana de Ciencias Penales de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, le ha dado continuidad a la tradición de rendir homenaje, cada año a un penalista de reconocido prestigio internacional, la que se inició en el año 2010, en ocasión de la VI edición dedicada al Dr. Lorenzo Morillas Cueva, la VII al Dr. Juan Carlos Carbonell Mateu, la VIII al Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, la IX al Dr. Ramón de la Cruz Ochoa y la X al Dr. Juan Terradillos Basoco.

