

# Globalización, Delincuencia organizada, Expansionismo penal y Derecho penal económico en el siglo XXI

Serie • Ciencias Penales y Criminológicas • Junio de 2015 • 5

Libro Homenaje al Prof. Dr. Juan María Terradillos Basoco



VNIVERSIDAD DE LA HABANA  
FACULTAD DE DERECHO



EDITORIAL  
UNIJURIS



Coordinadora  
**Dra. Mayda Goite Pierre**

Coordinadora: Dra. Mayda Goite Pierre  
Edición y corrección: Norma Castillo Falcato  
Diseño interior y de cubierta: Di. Mario Villalba Gutiérrez  
Emplante digital: MSc. Daylín Rodríguez Javiqué

Sobre la presente edición:

© Mayda Goite Pierre, 2015.

© Editorial UNIJURIS, 2015.

Globalización, Delincuencia organizada, Expansionismo penal y Derecho penal económico en el siglo XXI.

Libro Homenaje al Prof. Dr. Juan María Terradillos Basoco

ISBN 978-959-7219-24-8

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@unjco.cu

Web: www.unjco.cu

### **Obra ganadora del Concurso Anual 2015 de la Editorial UNIJURIS:**

#### **El jurado estuvo integrado por:**

**Presidente:** Dr. Andry Matilla Correa, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana y presidente de la Sociedad cubana de Derecho Constitucional y Administrativo.

**Secretaria:** Dra. Arlín Pérez Duharte, Profesora Titular de Derecho penal y Procesal penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y Secretaria de la Sociedad cubana de Ciencias Penales.

**Vocal:** Dra. Tania de Armas Fonticoba, Profesora Titular de Derecho penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

# ÍNDICE

## **Prefacio / 1**

Dra. Mayda Goite Pierre. Profesora Titular de Derecho Penal y Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Presidenta de la Sociedad cubana de Ciencias Penales

## **Prisión permanente revisable: una pena injusta e inconstitucional / 9**

Dr. Juan Carlos Carbonell Mateu. Catedrático de Derecho penal de la Universitat de València

## **Peligrosidad social y Estado de Post-Derecho / 20**

Dra. María Acale Sánchez. Catedrática de Derecho penal de la Universidad de Cádiz, España

## **¿Existe un Sistema Penal Transnacional? / 49**

Dra. Ana Isabel Pérez Cepeda. Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca

## **El Derecho penal como instrumento de exclusión / 89**

Dr. Luis Fernando Niño. Juez y titular de la Cátedra de Elementos de Derecho penal y Procesal penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA)

## **Límites de la Política Criminal / 123**

Dr. Ramón de la Cruz Ochoa, Profesor Titular de Derecho penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Presidente de Honor de la Sociedad cubana de Ciencias Penales

## **Intervención mínima y proporcionalidad v/s expansionismo penal en el siglo XXI / 138**

Dr. Arnel Medina Cuenca, Profesor Titular de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Vicepresidente de la Sociedad cubana de Ciencias Penales

## **El conocimiento, la voluntad, el error y la duda en el Derecho penal / 183**

Dr. Jacson Zilio. Catedrático de Derecho penal de la Universidad Federal de Paraná. Fiscal del Ministerio Público del Estado de Paraná y Doctor en Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España

## **Derecho penal: entre el “derecho a la seguridad” y la seguridad de los derechos / 197**

Dr. Fábio da Silva Bozza. Doctor en Derecho penal (Universidade Federal do Paraná – Brasil). Profesor de Derecho penal y Criminología en el Instituto de Criminología y Política Criminal (ICPC), Facultad de Derecho de Francisco Beltrão (CESUL), y Centro Universitário UNIBRASIL

## **Autoría y participación en la criminalidad organizada. Especial mención a la criminalidad estatal / 210**

Dr. Iván Meini. Profesor Principal de Derecho penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú

## **Sobre el bien jurídico en el delito de tráfico de influencias peruano / 240**

Erick Guimaraes Mori. Profesor del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Sistema Penal, Criminalidad y Políticas de Seguridad por la Universidad de Cádiz. Investigador Senior del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú

## **Responsabilidad penal de las personas jurídicas en España. Breve análisis del alcance del artículo 31 bis del Código Penal, tras las reformas operadas por las leyes orgánicas 5/2010, de 22 de junio, y 1/2015, de 30 de marzo / 259**

Dr. Ignacio F. Benítez Ortúzar. Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Jaén

## **De nuevo sobre la Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ahora desde la mirada de una sociedad de riesgo dieciséis años después / 292**

Dra. Mayda Goite Pierre, Profesora Titular de Derecho penal Presidenta de la Sociedad cubana de Ciencias Penales

## **El proceso penal contra las personas jurídicas. Fundamentos jurídicos y propuestas de aplicación. Especial atención a la etapa inicial e intermedia / 316**

Dr. Carlos Alberto Mejías Rodríguez. Profesor Titular de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana. Vicepresidente de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales

## **La interceptación de las comunicaciones en el enfrentamiento al crimen no convencional / 347**

Dr. Rodolfo Máximo Fernández Romo. Profesor Titular de Derecho Procesal Penal y Director del Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana

## **La sucesión de leyes en los delitos económicos configurados como normas penales en blanco: Propuestas para no transitar por una época de epílogos / 361**

Dr. Ramón Yordanis Alarcón Borges. Profesor Auxiliar de Derecho penal y Procesal penal. Director del Departamento de Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. Santiago de Cuba

## **La Internacionalización del lavado de activos. Su regulación jurídico-penal en Cuba / 399**

Dr. Armando Torres Aguirre. Director de la Dirección de Investigaciones de Operaciones Financieras del Banco Central de Cuba

## **Nuevo paradigma de esclavitud en el siglo XXI: La trata de personas en México / 432**

Dr. Gonzalo Armienta Hernández. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Notario Público, Profesor e Investigador de Tiempo Completo de la Universidad Autónoma de Sinaloa, Integrante del Sistema Nacional de Investigadores (nivel II), Coordinador de la Unidad de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho Culiacán y Líder del Cuerpo Académico de Derecho Constitucional de dicha Facultad

Dra. Lizbeth García Montoya. Doctora en Criminología por la Universidad de Castilla La Mancha. Profesora Investigadora de Tiempo Completo de la Universidad Autónoma de Sinaloa, adscrita a la Facultad de Derecho. Colaboradora del Cuerpo Académico de Derecho Constitucional de la UAS

Ms C. Itzé Coronel Salomón. Alumna del doctorado en Derecho interna y relaciones internacional por la Universidad Autónoma de Madrid

## **Rediseño orgánico y competencial para la implementación del sistema penal acusatorio. La experiencia local / 454**

Dra. María del Rosario Molina González. Doctora en Derecho, Docente e Investigadora del Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad de Sonora

M.D.P. María de Jesús Camargo Pacheco. Maestra en Derecho penal, Candidata a Grado de Doctora en Derecho, Docente e Investigadora del Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad de Sonora, Integrante del CAEF Dogmática Jurídica y Proceso Educativo. Tendencias actuales

## **Aproximación político-criminal a la Ley de regulación y control del mercado de la marihuana aprobada en Uruguay / 486**

Dr. Diego Silva Forné. Profesor Adjunto de Derecho penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Director de la Revista de Derecho penal (Uruguay). Redactor del Anteproyecto y Asesor parlamentario durante la discusión del texto que culminara siendo aprobado en Uruguay como Ley N° 19.172, de 20.12.2013, de Regulación y Control del Mercado de la Marihuana

# Prefacio

DRA. MAYDA GOITE PIERRE\*

*“(…) la política criminal que impera en el mundo necesita un urgente giro en sentido inverso para convertirse en factor que quiebre el alto nivel de conflictividad. La desintegración provocada por la conflictividad puede neutralizarse de dos modos: potenciando los modelos eficaces de solución de los conflictos, lo que reforzaría la cohesión social, o bien ésta se obtiene con el sacrificio de la víctima expiatoria, es decir, con el homicidio masivo<sup>112</sup>. Si se quiere evitar esto último, es obvio que se impone fortalecer su alternativa”.*  
(ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “¿Es posible una contribución penal eficaz a la prevención de los crímenes contra la humanidad?”, Revista de la Asociación Americana de Juristas, Buenos Aires, septiembre de 2010)

Los fuertes lazos académicos y de amistad que unen a los penalistas cubanos con el profesor Juan María Terradillos Basoco, llevó a la Sociedad cubana de Ciencias Penales de la Unión Nacional de Juristas de Cuba y a la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana a rendirle en julio de 2014, un merecido homenaje en el “X Encuentro Internacional: Escuela de Verano de La Habana 2014 sobre Temas Penales Contemporáneos”, dedicado a su vida y obra, y fue precisamente durante los fructíferos intercambios académicos y de solidaridad, que se desarrollaron en esos días, que surgió la idea de publicar esta obra, con la certeza de que, como afortunadamente ha sucedido, muchos de sus discípulos y otros amigos profesores españoles y latinoamericanos nos aportarían sus valiosos artículos para tan noble empeño.

Para todos nosotros existe además de su condición de destacado académico, una cualidad del profesor Terradillos que va más allá de su sapiencia y sus libros, y es su modestia y solidaridad con Latinoamérica, gracias profesor, su aparente seriedad se traduce en deferencia cuando se dirige a nosotros, borrando las barreras entre Europa y Latinoamérica.

---

\* Profesora Titular de Derecho penal y Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Presidenta de la Sociedad cubana de Ciencias Penales. [mayda@lex.uh.cu](mailto:mayda@lex.uh.cu)

Por todo ello a propuesta del Consejo de Dirección de la Facultad de Derecho de la, nuestra casi tricentenaria Universidad de La Habana le otorgó, en ocasión del X Encuentro Internacional: Escuela de Verano de La Habana 2014 sobre Temas Penales Contemporáneos, la condición Especial de Profesor Invitado de la Universidad de La Habana, distinción reservada para personalidades que se destacan por su autoridad académica y su vínculo con nuestra Universidad.

De igual forma, a propuesta de la Directiva de la Sociedad cubana de Ciencias se le concedió la condición de Miembro de Honor de la Sociedad cubana de Ciencias Penales.

El Dr. Terradillos Basoco, defendió su tesis doctoral sobre “Regulación española de las medidas de seguridad y garantías individuales” en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, el 19 de junio de 1978, ante un Tribunal formado por los Profesores Drs. Marino Barbero Santos, Manuel Cobo del Rosal, Enrique Gimbernat Ordeig, Francisco Muñoz Conde y Miguel Bajo Fernández. El trabajo recibió la máxima calificación de sobresaliente *cum laude* y más tarde, la Comisión de Doctorado de la Facultad de Derecho le otorgaba el Premio Extraordinario de doctorado.<sup>1</sup>

De su hoja de vida pueden resaltarse múltiples matices que le hacen cada uno de ellos merecedor del homenaje que le tributó la Universidad de La Habana: se incorpora en 1979 al claustro de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, después de que por su activismo político viera rescindido su contrato de trabajo con su querida Universidad de Valladolid, donde se inició en la docencia. En 1987 recaló en la Universidad de Cádiz lugar en el que hoy sigue desempeñando sus labores docentes e investigativas, y donde ha formado bajo su atenta mirada a una veintena de doctores en Derecho penal y Criminología que expanden la estela de la ciencia del profesor Terradillos por medio mundo. En esa Universidad gaditana se ha desempeñado en cargos de

---

<sup>1</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “Peligrosidad social y Estado de Post-Derecho”, ponencia presentada en el X Encuentro Internacional: Escuela de Verano de La Habana 2014 sobre Temas Penales Contemporáneos, efectuada en La Habana, Cuba, entre los días 7 y 11 de julio de 2014, convocado por la Sociedad cubana de Ciencias Penales de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, con el auspicio de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.



Decano de la Facultad de Derecho, Director del Departamento de Derecho Público, Director del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Vicerrector de Profesorado. En la actualidad, es el Director del Departamento de Derecho Internacional Público, Penal y Procesal.

Su faceta investigadora ha sido cultivada en múltiples Bibliotecas del mundo, como en la del *Kriminal wissenschaftlichen Institut* de la Universidad de Colonia (Alemania); en la de Facultad de Derecho de la Universidad de Pau (Francia); en la *University College, Department of Law*, Cardiff (Reino Unido), o en la hermosa biblioteca económica de la *Università Luigi Bocconi*, Milán (Italia).

Ha integrado disímiles Consejos científicos y asesores de revistas jurídicas de prestigio internacional *Penal y Estado*, *Revista Penal*, *Revista de Ciencias Penales*, *Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales*, miembro del Comité Consultivo de la *Revista Electrónica de Derecho penal* (Perú), miembro del Consejo Consultivo Internacional de la *Revista de Derecho Penal*, Argentina, miembro del Consejo Editorial de *Revista General de Derecho penal*, dir. Berdugo Gómez de la Torre, ed. IUSTEL, miembro del Consejo Asesor Evaluador Externo de la revista *Laicidad y Libertades. Escritos jurídicos* (Dir. D. Llamazares), miembro del Comité Científico Consultivo de la revista *Ley, Razón y Justicia*, Neuquén, República Argentina, miembro del "Comité Internacional Consultivo del Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Derecho penal Económico", Córdoba (Argentina).

Ha publicado más de 55 artículos sobre distintos temas de Derecho penal y de Política Criminal, 94 capítulos de libros y se destacan sus libros en autoría:

- Abril de 1980: *Regulación española de las medidas de seguridad y garantías individuales*, (tesis doctoral), Editorial Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980, 842 páginas.
- Marzo de 1981: *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, prólogo de Barbero Santos; Editorial Akal, Madrid, 1981, 258 páginas.
- Enero de 1985: *Empleo de trabajadores exreclusos*, Editorial Asociación Pro-Derechos Humanos de España, Madrid, 1985, 31 páginas.
- Septiembre de 1987: *Delitos societarios, El Derecho penal en las Sociedades Mercantiles, a la luz de nuestra adhesión a la CEE*, Editorial Akal, Madrid, 1987, 111 páginas.
- Octubre de 1988: *Terrorismo y Derecho*, Comentarios a las leyes orgánicas 3 y 4/1988, de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Editorial Tecnos, Madrid, 1988, 131 páginas.

- Noviembre de 1989: *Sistema de sanciones en el Derecho penal*(Coautor: Mapelli Caffarena), Sevilla, 1989, 172 páginas.
- Septiembre de 1990: *Las consecuencias jurídicas del delito*(Coautor: Mapelli Caffarena), Editorial Civitas, Madrid 1990, 196 páginas.
- Septiembre de 1990: *Derecho penal del trabajo* (Coautor: Baylos Grau), Editorial Trotta, Madrid, 1990, 218 páginas.
- Octubre de 1993: *Las consecuencias jurídicas del delito*(Coautor: Mapelli Caffarena) Editorial Civitas, Madrid, 1993, 2ª ed., 225 páginas.
- Abril de 1995: *Derecho penal de la Empresa*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, 235 páginas.
- Marzo de 1996: *Las consecuencias jurídicas del delito* (Coautor: Mapelli Caffarena), Editorial Civitas, Madrid, 1996, 3ª edición, 259 páginas.
- Enero de 1998: *Derecho penal del trabajo*(Coautor: Baylos Grau), Editorial Trotta, Madrid, 1997, 254 páginas.
- Julio de 2001: *Empresa y Derecho penal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, 301 páginas.
- Enero de 2002: *La culpabilidad*, Editorial Indepac, México, 2002, 119 páginas.
- Junio de 2002: *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, Editorial Tirant lo Blanch, 2002, 110 páginas.
- Diciembre de 2004: *Curso de Derecho penal. Parte General* (Coautores: Berdugo Gómez de la Torre, Arroyo Zapatero, Ferré Olivé, García Rivas, Serrano Piedecasas), Editorial Experiencia, Barcelona, 2004 (capítulos: 6.V; 7.IV, V, VI; 30; 31; 35).
- Abril de 2006: *Siniestralidad laboral. Un análisis criminológico y jurisprudencial* (Coautores, Acale Sánchez-Gallardo García), Universidad de Cádiz, Cádiz, 2006, 116 páginas.
- Diciembre de 2006: *La siniestralidad laboral como delito*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2006, 162 páginas.
- 2008: *El delito de blanqueo de capitales de origen delictivo* (Coautores: Cervini y Cesano), prólogo, Zaffaroni, E. R., Editorial Alveroni, Córdoba, Argentina, 2008.
- 2009: *Estudios sobre Derecho penal de la empresa*, prólogo, Bovino, A., Editores del Puerto; Buenos Aires, Argentina, 2009, 275 páginas.
- 2010: *Sistema penal y Estado de Derecho*, Ed. ARA, Lima.
- 2010: *Cuestiones actuales de Derecho penal económico y de la empresa*, Ed. ARA, Lima.

- 2010: *Curso de Derecho penal. Parte General*. 2ª ed. revisada (Coautores: Berdugo Gómez de la Torre, Arroyo Zapatero, Ferré Olive, García Rivas, Serrano Piedecabras, Terradillos Basoco, De Vicente Martínez, Acale Sánchez, Nieto Martín, Demetrio Crespo, Pérez Cepeda), Ed. Experiencia, Barcelona.
- 2011: *Lesividad y proporcionalidad como principios limitadores del poder punitivo*, Ed. Ubijus, México D.F.
- 2013: *Garantías del sistema acusatorio: derecho a la defensa y derecho penal sustantivo (a propósito de los ordenamientos argentino y federal mexicano)*, Ed. Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013.

Ha impartido cursos y seminarios en las mejores Universidades latinoamericanas, entre las que cabe destacar las de Antioquia, Colombia; Autónoma de Santo Domingo, República Dominicana; Autónoma Metropolitana de México; Buenos Aires; Comahue, Argentina; Chihuahua, México; EAFIT, Medellín, Colombia; La Habana; Lima; Manizales, Colombia; Mar del Plata, Argentina; Nacional de Colombia; Nacional de Córdoba, Argentina; Nacional de La Rioja, Argentina; Nacional de Rosario, Argentina; Nacional de Tres de Febrero, Argentina; Nacional Mayor de San Marcos, Lima; Pedagógica y Tecnológica de Tunja, Colombia; Peruana de los Andes, Huancayo; Pontificia Católica del Perú; República, Montevideo; Santiago de Chile.

El Libro Homenaje, se publica en momentos en que el panorama actual refleja clima tenso para la Ciencia del Derecho penal, desde una orilla se continua hablando de derechos y garantías, desde la otra se vuelven a las instituciones de la defensa social, el discurso de la necesidad de la seguridad ciudadana ha marcado y marca nuestro rumbo, en eso que el profesor Zaffaroni llama la criminología mediática, dónde está el límite entonces entre los derechos y las garantías conquistadas?, cuál es la sociedad de riesgo y sobre todo cual es su contenido?, quiénes son los buenos y quiénes son los malos en esta guerra?, por qué todo es delito?, por qué de *ultimaratio* se nos convocaprimafacie, a dónde nos conduce esta histeria y esta paranoia?... Estos son de forma resumida los temas que se sometieron y se abrieron al debate demanera profunda en un clima académico y de la mano de nuestros maestros de otras universidades que nos acompañaron durante las jornadas de julio de 2014.

Se trata de una obra colectiva en la que por segunda vez<sup>2</sup> destacados profesores españoles y un colectivo de investigadores del Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, se han unido para la producción de este libro, que incluye dieciocho artículos, de autores, de Cuba, siete; España, cuatro; México, dos; Brasil, dos; Perú, dos y uno de Uruguay.

En el texto se abordan importantes temas como la prisión permanente revisable, valorada como una pena injusta e inconstitucional, por el Dr. Juan Carlos Carbonell Mateu, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valencia; la peligrosidad social y Estado de Post-Derecho, a cargo de la Dra. María Acale Sánchez, Catedrática de Derecho penal de la Universidad de Cádiz, discípula del profesor Terradillos Basoco. Con la pretensión de contribuir a la definición del marco de lo que tendría que ser el Derecho penal transnacional, la Dra. Ana Isabel Pérez Cepeda, Catedrática de Derecho penal de la Universidad de Salamanca, nos aporta un interesante artículo; mientras que el Dr. Luis Fernando Niño, Juez y titular de la Cátedra de Elementos de Derecho penal y Procesal penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, nos aporta un estudio sobre el Derecho penal como instrumento de exclusión, el Dr. Ramón de la Cruz Ochoa, Profesor Titular de Derecho penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y Presidente de Honor de la Sociedad cubana de Ciencias Penales, aborda el tema de los límites de la política criminal; el Dr. Arnel Medina Cuenca, Profesor Titular de Derecho penal de la Universidad de La Habana, se refiere a la intervención mínima y la proporcionalidad vs expansionismo penal en el siglo XXI; los doctores Jacson Zilio, Catedrático de Derecho penal de la Universidad Federal de Paraná, Fiscal del Ministerio Público del Estado de Paraná y Doctor en Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (España) y Fábio da Silva Bozza, profesor de Derecho penal y Criminología en el Instituto de Criminología y Política Criminal (ICPC),

---

<sup>2</sup> Vid., sobre la primera ocasión, MEDINA CUENCA, Arnel, Coordinador, *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, Serie: Ciencias Penales y Criminológicas, No.1, Editorial UNIJURIS, La Habana, 2014. Disponible en: <http://vlex.com/source/derecho-penal-inicios-del-siglo-xxi-encrucijada-entre-garantias-penales-expansionismo-irradical-12330> Consultado el 22/5/2015, a las 21:00.

Facultad de Derecho de Francisco Beltrão (CESUL) y Centro Universitario UNIBRASIL, representan las universidades brasileñas, con los temas relacionados con el conocimiento, la voluntad, el error y la duda en el Derecho penal: entre el “derecho a la seguridad” y la seguridad de los derechos cierra el primer bloque, con las reflexiones sobre la autoría y participación en la criminalidad organizada, del Dr. Iván Meini y sobre el bien jurídico en el delito de tráfico de influencias peruano Erick Guimaraes Mori, ambos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y discípulos del Profesor Terradillos,

La responsabilidad penal de las personas jurídicas es analizada, desde diferentes posiciones: en España, desde la perspectiva de las reformas operadas por las leyes orgánicas 5/2010, de 22 de junio, y 1/2015, de 30 de marzo, por el Dr. Ignacio F. Benítez Ortúzar, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Jaén y en Cuba, desde una perspectiva nacional e internacional, por la autora de estas palabras, la Dra. Mayda Goite Pierre, Profesora Titular de Derecho penal, Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y presidenta de la Sociedad cubana de Ciencias Penales y el Dr. Carlos Alberto Mejías Rodríguez, Profesor Titular de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

Interesantes propuestas sobre la interceptación de las comunicaciones en el enfrentamiento al crimen no convencional, la sucesión de leyes en los delitos económicos configurados como normas penales en blanco y la Internacionalización del lavado de activos y su regulación jurídico-penal en Cuba, se presentan por el Dr. Rodolfo Máximo Fernández Romo, Profesor Titular de Derecho procesal penal y Director del Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, el Dr. Ramón Yordanis Alarcón Borges, Profesor Auxiliar de Derecho penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, en Santiago de Cuba y el Dr. Armando Torres Aguirre, Doctor en Ciencias Jurídicas, por la Universidad de La Habana y Director de la Dirección de Investigaciones de Operaciones Financieras del Banco Central de Cuba.

Las Universidades mexicanas aparecen representadas con los temas de la trata de personas en México, por los profesores e investigadores de Tiempo Completo de la Universidad Autónoma de Sinaloa, el Dr. Gonzalo Armienta Hernández, la Dra. Lizbeth García Montoya, doctora en Criminología por la Universidad de Castilla La Mancha y la M. Sc. Itzé Coronel Salomón, alumna de doctorado de la Universidad Autónoma de Madrid y la experiencia del Estado de Sonora, en el rediseño orgánico y competencial para la implementación del sistema penal acusatorio, por las docentes e investigadores de la Universidad

de Sonora, la Dra. María del Rosario Molina González y la Maestra en Derecho penal, María de Jesús Camargo Pacheco.

Desde la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay, el Dr. Diego Silva Forné, discípulo del Prof. Terradillos, *nos aporta su valoración sobre la Ley de regulación y control del mercado de la marihuana aprobada en Uruguay*. El Dr. Silva Forné, es el Director de la *Revista de Derecho Penal (Uruguay)*, profesor Adjunto de Derecho penal, director de la *Revista de Derecho Penal*, redactor del Anteproyecto y Asesor parlamentario durante la discusión del texto que culminara siendo aprobado en Uruguay como Ley No. 19.172, de 20.12.2013, *de Regulación y Control del Mercado de la Marihuana*.

Con este libro homenajeamos a un Profesor universitario que ha sabido materializar el acercamiento entre las Universidades de Cádiz y La Habana: contribuyendo de esta forma a diluir la distancia entre dos ciudades en las que los negritos y el salero corren por sus calles.

La Habana, Cuba, 24 de mayo de 2015.

# Prisión permanente revisable: una pena injusta e inconstitucional

DR. JUAN CARLOS CARBONELL MATEU\*

La introducción en el Código penal español de la cadena perpetua, formalmente denominada “prisión permanente revisable”, presentada como la “cuestión estrella” de la Reforma del texto punitivo español,<sup>1</sup> constituye un retroceso histórico en el sistema sancionatorio y un culto a la utilización del Derecho penal del enemigo que abandona cada día

---

\* Catedrático de Derecho penal de la Universitat de València. [Juan.Carbonell@uv.es](mailto:Juan.Carbonell@uv.es)

<sup>1</sup> BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, “Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”, Número 77, 31 de marzo de 2015, p. 27061. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3439.pdf> Consultada el 25/5/2015, a las 21.00. Vid, **Artículo: 33.2.**

**Son penas graves:** a) La prisión permanente revisable.

**Artículo: 92.** 1. El tribunal acordará la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que el penado haya cumplido veinticinco años de su condena, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 78 bis para los casos regulados en el mismo.
- b) Que se encuentre clasificado en tercer grado.
- c) Que el tribunal, a la vista de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social.

En el caso de que el penado lo hubiera sido por varios delitos, el examen de los requisitos a que se refiere la letra c) se realizará con relación al conjunto de delitos cometidos valorado en su conjunto.

---

El tribunal resolverá sobre la suspensión de la pena de prisión permanente revisable tras un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado.

- <sup>2</sup> Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, será además necesario que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la 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 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.
- <sup>3</sup> La suspensión de la ejecución tendrá una duración de cinco a diez años. El plazo de suspensión y libertad condicional se computará desde la fecha de puesta en libertad del penado. Son aplicables las normas contenidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 80 y en los artículos 83, 86, 87 y 91. El juez o tribunal, a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme al artículo 83, y acordar la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, la modificación de las que ya hubieran sido acordadas, o el alzamiento de las mismas. Asimismo, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional concedida cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada.
- <sup>4</sup> Extinguida la parte de la condena a que se refiere la letra a) del apartado 1 de este artículo o, en su caso, en el artículo 78 bis, el tribunal deberá verificar, al menos cada dos años, el cumplimiento del resto de requisitos de la libertad condicional. El tribunal resolverá también las peticiones de concesión de la libertad condicional del penado, pero podrá fijar un plazo de hasta un año dentro del cual, tras haber sido rechazada una petición, no se dará curso a sus nuevas solicitudes.



más la única función coherente y legítima de cualquier respuesta penal subsiguiente a la realización de una conducta prohibida: la tutela de bienes jurídicos dignos, necesitados y susceptibles de protección.

Cada día nos olvidamos más de que la libertad ha de constituir el primero de nuestros valores y de que sus límites sólo se justifican en función de las libertades de los demás. E Derecho penal no puede ser un instrumento de venganza –es más, ni siquiera de satisfacción de las necesidades subjetivas- de las víctimas, para las que deben encontrarse otras vías. Es curioso que quienes con más fuerza piden la retirada del Estado de los ámbitos económicos y de servicios sociales más insisten en recurrir a él para recortar las libertades y para reprimir las conductas de los ciudadanos; menos bienestar y más sanciones, no parece desde luego el mejor camino para dignificar una convivencia en justicia y libertad reales.

La introducción de la pena de prisión permanente revisable “para supuestos de excepcional gravedad”, a decir de la Exposición de Motivos *“de ningún modo renuncia a la reinserción del penado”*. De esta manera parecen los autores del texto adelantarse a la cuestión sobre su constitucionalidad, al resultar dudosamente compatible con la redacción del artículo 25.2 que afirma que ***“las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas a la readaptación social del delincuente”***. Si ya resulta sumamente dudosa la adecuación constitucional de los larguísimos períodos de cumplimiento efectivo –e íntegro- actualmente vigentes aún ha de serlo más la nueva pena que, se presente como se presente, es una cadena perpetua.

La Constitución española de 1978 puso fin a la vigencia de la pena de muerte como cúspide del Ordenamiento penal. Y la introducción de la cadena perpetua no supone otra cosa que la ocupación de tal sitio vacante. Y por una pena sin tradición en el Derecho español postilustrado, opuesta a la consideración de la libertad como primer valor constitucional y negadora de la concepción resocializadora que, con los matices que se quiera, proclama el artículo 25.2 de la Carta Magna.

La primera cuestión a plantearse es la de su necesidad, tal como ha hecho incluso una institución tan poco sospechosa como el Consejo de Estado. España no es, precisamente, un país con una tasa excesivamente elevada de asesinatos, y el anterior artículo 140 –vigente hasta el primero de julio de 2015- ya permitía llegar a los 25 años de privación de libertad. Y su aplicación no depende tanto de la gravedad del hecho –la lesión de la vida humana se colma con el homicidio simple y la pena que a este hecho corresponde es la de diez a quince años-, sino por reproches morales que difícilmente justifican una respuesta penal tan dispar. La previsión para el homicidio del Jefe del Estado, Jefe de

Estado extranjero, delitos de lesa humanidad o genocidio, no deja de ser puramente simbólica por no decir anecdótica. Y, por fin, que aparezca como consecuencia prevista para determinados supuestos de terrorismo podría ser incluso lógica desde que se acepte la inaceptable introducción si entendemos que nos encontramos ante supuestos muy graves.

Pero es aquí precisamente donde se pone de relieve la incoherencia de la introducción de la pena en un sistema que hasta ahora la desconocía. España, la construcción de la Democracia, ha sufrido durante años el tremendo impacto de un terrorismo despiadado que ha costado cientos de vidas y ha sumido a los ciudadanos en un terror que cuestionaba la libertad de sus decisiones en muchos aspectos. Al margen del terrible hecho acaecido el 11 de marzo de 2004, llevado a cabo por Al Qaeda y, por tanto, proveniente del terrorismo internacional, ha sido el interno el que ha golpeado de manera más dura y, sobre todo, permanente. ETA ha sido contumaz, ha causado mucho daño a la libertad, además de segar muchas vidas y lo ha hecho de manera a veces selectiva y a veces indiscriminada. Y, al final, ha sucumbido ante el Estado de Derecho y ante la respuesta dura pero proporcionada de la ley penal. Curiosamente, cuando han llegado las interpretaciones jurisprudenciales dudosamente ajustadas a los principios penales ha sido cuando la banda estaba ya derrotada y cuando, por tanto, menos necesario resultaba.

Junto a la Reforma del Código Penal se ha tramitado, como Proposición de Ley Orgánica, una pretendida adecuación de la respuesta penal a las nuevas amenazas terroristas que, como se analiza en otros lugares de esta obra, no supone más que un adelantamiento de la intervención penal a momentos alejadísimos del comienzo de una conducta trascendente y, con ello, un precio elevadísimo en las libertades de los ciudadanos. Las características de los “nuevos” terroristas son, de cualquier manera, difícilmente atajables por la introducción de una amenaza penal y, especialmente, por la amenaza de una privación de libertad vitalicia.

Pues bien, justamente cuando el terrorismo “interno” ha dejado de ser el primer motivo de preocupación de los ciudadanos, cuando el problema prácticamente ha desaparecido, cuando la banda se encuentra técnicamente “en tregua permanente irreversible” y en la práctica extinguida, cuando lo que parece necesario es abordar una política criminal que permita asegurar dicha extinción y adecuar las penas que se elevaron con motivo del incremento del terrorismo a una situación diferente, cuando probablemente se impongan revisar criterios de ejecución penitenciaria y buscar la integración de los penados en la sociedad, es cuando se introduce la cadena perpetua y se somete su

ejecución a una rigidez que significa dar por supuesta la permanencia de una peligrosidad que parece, por el contrario, desaparecida.

Debe destacarse por ello la tremenda inoportunidad de la introducción de una pena ya de por sí de más que de probable inconstitucionalidad y en todo caso absolutamente rechazable desde la óptica de la libertad como valor superior del Ordenamiento jurídico y del Estado de Derecho. Es verdad que se trata de una prisión permanente revisable, lo que parece disminuir los efectos perversos de la cadena perpetua y salvar, con ello, la inconstitucionalidad que comportaría el abandono de la finalidad de readaptación social de una pena privativa de libertad. De nuevo el recurso al texto de la Exposición de Motivos, que en este punto hace gala de un particular cinismo, puede resultar esclarecedor: *“la prisión permanente revisable, cuya regulación se anuncia, de ningún modo renuncia a la reinserción del penado: una vez cumplida una parte **mínima** de la condena un Tribunal colegiado deberá valorar nuevamente las circunstancias del penado y del delito cometido y podrá revisar su situación personal”* *“En la prisión permanente revisable, cumplida esa primera parte **mínima** de la pena, si el Tribunal considera que no concurren los requisitos necesarios para que el penado pueda recuperar la libertad se fijará un plazo para llevar a cabo una nueva revisión de su situación; y si, por el contrario, el Tribunal valora que cumple los requisitos necesarios para quedar en libertad, se establecerá un plazo de libertad condicional en el que se impondrán condiciones y medidas de control orientadas tanto a garantizar la seguridad de la sociedad, como a asistir al penado en esta fase final de su reinserción social”*. *“La pena de prisión permanente revisable no constituye, por ello, una suerte de “pena definitiva” en la que el Estado se desentiende del penado. Al contrario, se trata de una institución que compatibiliza la existencia de una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad, con la finalidad de reeducación a la que debe ser orientada la ejecución de las penas de prisión.”*

La lectura del texto hace pensar en un tratamiento ajustado a la gravedad del hecho, la culpabilidad del autor y la orientación resocializadora de la privación de libertad: cumplimiento de una parte mínima de la condena (a modo de período de seguridad), revisiones continuas de la situación del penado y pase a la libertad condicional. Todo parece encajar en un sistema avanzado y respetuoso con los derechos inalienables de todo ciudadano, aún del que ha cometido un hecho de extraordinaria gravedad. Ténganse en cuenta, además, las peculiaridades de la nueva regulación de la libertad condicional: baste, por el momento, con dejar claro que la revisión de la prisión permanente no devuelve al penado a la situación de libertad plena, sino que le somete

a períodos de libertad condicional –que deja de ser la última fase de la ejecución de la privación de libertad para convertirse en una pena sustitutiva de la prisión-, y que la decisión en torno a la continuidad de la prisión depende exclusivamente del Tribunal sin que exista regulación alguna que permita otorgar derechos en uno u otro sentido, posibilidades de recurso ni mayores exigencias de justificación. No puede olvidarse que se parte de una situación legal de prisión permanente, de cadena perpetua.

Es menester destacar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha basado la adecuación de esta pena al art. 3 del Convenio justamente en el carácter real y efectivo de la posibilidad de revisión, de manera que no existiría tal adecuación de tratarse de una privación vitalicia de libertad en que el penado no tuviera posibilidad de reinsertarse. Y el texto de la Constitución española, en su art. 25.2, es todavía más contundente. Pero si es menester destacarlo es, justamente, porque éste parece, a tenor de la Exposición de Motivos, uno de los argumentos para su introducción: la institución ya existe en otros Ordenamientos europeos y ha sido “benedicida” por el TEDH.

Y, efectivamente, la institución existe en Francia, Italia, Alemania y Reino Unido. El Código Penal francés, que prevé una duración máxima de la privación de libertad, para el resto de supuestos, de treinta años, establece que tras un período de seguridad –lo que la Exposición de Motivos del Código español denomina “cumplimiento de una parte mínima”- de dieciocho años en que el condenado no puede obtener beneficios penitenciarios es posible el pase a la situación de libertad condicional. Y eso incluye a la prisión permanente. Justamente es esa posibilidad de revisión y la consiguiente readaptación social la que otorga constitucionalidad y adecuación al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Y debe subrayarse algo en lo que después habrá que insistir: la comprobación de los requisitos para el pase a una situación de libertad condicional otorga un derecho al mismo y obliga a fundamentar motivadamente su negación. También en Italia y, pese a la literalidad del carácter perpetuo de la condena, la Corte Costituzionale, en resolución de 21 de noviembre de 1962, lo compatibilizó con el acceso a la libertad condicional. Aún más clara resulta la situación en Alemania, donde es obligatoria una primera revisión a los quince años de cumplimiento efectivo y donde resulta imperativa su concesión si se cumplen los requisitos legales.

La última resolución del TEDH es muy reciente: se trata del caso *Hutchinson vs. United Kingdom*, y data del 3 de febrero de 2015. En ella la Sección IV afirma que el art. 3 del CEDH obliga a introducir la revisión de la condena, de manera que sea realmente posible su

suspensión en caso de que haya alteraciones positivas en el comportamiento del reo y que se hayan producido progresos en la rehabilitación, de manera que el carácter permanente de la prisión ya no se justifique por motivos penológicos. Si no está prevista esa revisión, la condena sería contraria al art. 3. El condenado a cadena perpetua tiene derecho a conocer desde la misma Sentencia los mecanismos de revisión y qué debe hacer para obtenerla. En otros términos, no sería acorde al Convenio la legislación interna que no estableciera mecanismos seguros de acceso a la libertad condicional, ni que éstos no dependieran de la culpabilidad o el comportamiento objetivo del sujeto.

En resumen, debemos destacar que es necesario, si se pretende adecuar la legislación al Convenio, no sólo prever un mecanismo de revisión, sino además que éste conduzca a la suspensión de la ejecución de la pena –o, en terminología más clásica, a la libertad condicional- si se dan los requisitos previstos, cuyo único fundamento es justificar la necesidad de la continuación de la privación de libertad al no haberse alterado las condiciones que obligaron a imponerla. Es esa continuación y no la libertad la que habrá de ser motivada.

El artículo 92 establece el régimen jurídico de la suspensión: la utilización del imperativo “acordará” debería permitir la confianza en que el régimen de la suspensión previsto se ajusta a las condiciones mínimas que más arriba se han expuesto en torno a la compatibilidad de la regulación con la Constitución y con las exigencias del TEDH. Antes de confirmar o desmentir tal adecuación, es preciso tener en cuenta que eso va a depender fundamentalmente de, al menos, dos cuestiones: los plazos en que la revisión es posible y la previsibilidad y viabilidad de los requisitos para alguien que se encuentra durante mucho tiempo privado de libertad.

El primer requisito es el transcurso efectivo de veinticinco años, sin perjuicio de lo dispuesto en el 78 bis, que conduce hasta los 35. Ya en el supuesto ordinario estamos ante un plazo enorme e innecesariamente largo, muy superior al contemplado en los países europeos y, eso sí, coherente con la desmesurada extensión de la duración de las penas privativas de libertad existente en el nuestro desde al menos la reforma de 2003. Tal extensión complica extraordinariamente la viabilidad de alguno de los demás requisitos. Y, en el caso del terrorismo, la imposibilita por completo. Resulta meridianamente clara la opción del legislador por el carácter ejemplarizante y de satisfacción a demandas populistas creadas artificialmente. No hay dato alguno que afirme un incremento en ninguno de los delitos que han pasado a tener la prisión permanente como consecuencia jurídica. Es verdad que los medios de comunicación han dedicado amplios espacios y los gobiernos de turno

una desmedida atención política –que la psicológica y social siempre será insuficiente- a los familiares de las víctimas de asesinatos subsiguientes a delitos contra la libertad sexual, pero las Memorias oficiales demuestran que tales supuestos han disminuido en España. Y ya se ha comentado más arriba cómo la previsión de la pena a los supuestos de terrorismo con resultado muerte, acompañada de la rigidez introducida por la Reforma, puede resultar particularmente inconveniente para una política criminal que piense en la readaptación social de quienes han abandonado la lucha armada. Y es que el legislador no parece sentirse aludido por el imperativo del art. 25.2 de la Constitución ni por el del 3 del CEDH.

Para que la revisión se produzca es necesario además que el sujeto se encuentre en tercer grado penitenciario, lo que en determinados casos –entre los que se encuentran los delitos de terrorismo- no va a producirse sino después de treinta y dos años de prisión y que el Tribunal, -no queda establecido, por otra parte, si se trata de un Tribunal de Vigilancia o del Tribunal sentenciador lo que deberá determinarse en una norma procesal- a la vista de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito (que en todos los casos previstos es, por lo menos, la vida), su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales (tras treinta y cinco años de cárcel), y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el Centro Penitenciario y por aquellos especialistas que el propio Tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social. Ello se resolverá tras un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado. Es preciso insistir en la extrema dificultad que presenta la consecución de buena parte de los requisitos con la duración de la parte mínima de pena que necesariamente ha de haberse cumplido, en su inmensa mayoría en primer o segundo grado.

Pero no basta con todo eso en los supuestos de terrorismo o de delitos referentes a organizaciones o grupos terroristas: en estos casos, será además necesario que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines (¿sólo los ilegales o también los que se ajustan a la legalidad vigente?) y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos, bien para atenuar los efectos de su delito,

bien para la identificación, captura y procesamiento de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a 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. Y recuérdese que todo ello deberá producirse, en la primera revisión, tras el cumplimiento efectivo mínimo de treinta y cinco años de prisión, siempre que, tras al menos treinta y dos, se le hubiera concedido el pase a tercer grado penitenciario.

La alusión al abandono de los fines habrá de interpretarse como una referencia a la actividad criminal, lo que hace difícil su delimitación con los medios de la actividad terrorista. Desde luego, cualquier interpretación de aquéllos que los identifique con el ideario político al servicio del cual se ha llevado a cabo la conducta criminal resultaría patentemente inconstitucional. La colaboración activa con las autoridades resulta claramente quimérica para quien ha permanecido privado de libertad durante treinta y cinco años, por más que se encuentre en tercer grado. Y, por fin, hacer depender la libertad condicional de una petición de perdón, por significativo que pueda resultar, supone olvidar que nos encontramos ante un derecho y no ante una concesión. Debe recordarse nuevamente que el TEDH ha hecho depender la legitimidad de la pena de su efectiva posibilidad de revisión y del mantenimiento de las razones político-criminales que la originaron: es decir, de la culpabilidad por el hecho cometido.

Superado todo eso, el penado pasaría a la situación de libertad condicional, la suspensión tendrá una duración de cinco a diez años computados, de acuerdo con el apartado 3, desde la fecha de puesta en libertad del penado y son aplicables los artículos 80.1 párrafo segundo –que resulta claramente reiterativo pues los supuestos previstos en el 92 son manifiestamente específicos-, 83, 86, 87 y 91; es decir, el régimen general de la suspensión de la ejecución de la pena y libertad condicional-. El Tribunal deberá verificar, al menos cada dos años, sobre el cumplimiento de los requisitos de la libertad condicional. Y si bien resolverá también las peticiones de concesión de libertad condicional del penado, podrá fijar un plazo de hasta un año, en el que no se dará curso a nuevas solicitudes.

Obviamente, nada de esto tiene que ver con la pretensión de modernidad y de adecuación constitucional a los que alude la Exposición de Motivos. Ni con los supuestos a los que la misma se refiere en los que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos parece haber acogido favorablemente la institución que cuestionamos. Por el contrario, la regulación es, al menos en mi opinión, inconstitucional por permanente y, por consiguiente incompatible con la readaptación social; lo es por las condiciones de revisabilidad, en las que reina la incerteza y el decisionismo sin que en ningún caso quepa la suspensión obligatoria; lo es porque establece requisitos que resultan de imposible cumplimiento tras treinta y cinco años de vida penitenciaria; lo es por hacer depender la concesión de la libertad de sentimientos y acciones morales que nada tienen que ver ni con la culpabilidad ni con la peligrosidad del sujeto; y lo es, por su clara contradicción con el principio de legalidad que impone el conocimiento potencial de las consecuencias que se derivarán de la comisión de un hecho delictivo, en el momento de dicha comisión.

Insisto en 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 particularmente inoportuna, innecesaria y disfuncional, y que es radicalmente contraria 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, con un claro anclaje expiacionista. En ese sentido, y para disipar cualquier duda al respecto, resultaba sumamente esclarecedor que el texto que llegó al Congreso de los Diputados incluyera un precepto que establecía literalmente 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.*

Era toda una presentación de cartas credenciales de lo que pretende la Reforma del Código penal aprobada en solitario por el Grupo Popular que apoya al Gobierno de España. El modo en que ello podía afectar a la efectividad real de la revisabilidad de la prisión permanente



era obvio: lo hacía totalmente impredecible. La desaparición, durante el trámite parlamentario de tan disparatada previsión no altera, de cualquier forma, tal pronóstico. Continúa siendo impredecible porque la enorme duración del período mínimo que ha de transcurrir hasta la primera revisión convierte en inviables algunos de los requisitos; porque la alusión a obviedades tales como la importancia del bien jurídico que se vería afectado en caso de reiteración puede constituir argumento suficiente para fundamentar un rechazo a la concesión y porque la decisión final no necesita estar fundamentada en criterios objetivos que deban jugar a favor de la libertad.

# Peligrosidad social y Estado de Post-Derecho

DRA. MARÍA ACALE SÁNCHEZ\*

## Sumario

- I. Acercamiento
- II. La herencia franquista: la Ley Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970
- III. El Código penal de 1995
- IV. La reforma operada por la LO 5/2010
  - IV.1 Los motivos “expuestos” y los “ocultos”
  - IV.2 La reforma de los arts. 106, 192 y 579
- V. El Proyecto de reforma del Código penal de 20 de septiembre de 2013
- VI. El Proyecto de reforma de 29 de enero de 2015
- VII. Contextualización política de la reforma proyectada.

## I. Acercamiento

El 19 de julio de 1979, a los pocos meses de que se aprobara la Constitución española de 1978, Juan María Terradillos Basoco defendía su tesis doctoral sobre la *“Regulación española de las medidas de seguridad y garantías individuales”* en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, ante un Tribunal formado por los Profs. Drs. Marino Barbero Santos, Manuel Cobo del Rosal, Enrique Gimbernat Ordeig, Francisco Muñoz Conde y Miguel Bajo Fernández. El trabajo recibió la máxima calificación de sobresaliente *cum laude* y más tarde, la Comisión de Doctorado de la Facultad de Derecho le otorgaba el Premio Extraordinario de doctorado.

---

\* Catedrática de Derecho penal de la Universidad de Cádiz, España.  
[maria.acale@uca.es](mailto:maria.acale@uca.es)

Ya en 1981 la editorial Akal publicaba una parte de dicha tesis bajo el título *“Peligrosidad social y Estado de Derecho”*. Don Marino Barbero Santos, su maestro, en el *Prólogo* dibujaba los momentos preliminares del trabajo, marcados por el compromiso del autor con las libertades individuales y sociales en la dura última etapa del franquismo, lo que le llevó a la lucha subversiva en su Valladolid de juventud,<sup>1</sup> y a la privación de libertad a finales de los sesenta por supuestos delitos de asociación ilícita y de propaganda ilegal, de los que posteriormente le absolviera la Sentencia del Tribunal de Orden Público de 19 de diciembre de 1971. Don Marino subrayaba no obstante que su discípulo *“supo superar felizmente los numerosos escollos, merced a un análisis concienzudo de la rica problemática, una dedicación apasionada, exclusiva y dilatada al tema, su aguda sensibilidad para captar la solución más acorde con el pensar hoy imperante, su admirable formación jurídica que se extiende al ámbito de la filosofía, de la historia, de la sociología”*.<sup>2</sup>

La vida y la Universidad quisieron que el Dr. Terradillos recalara en Cádiz, donde sacó su Cátedra de Derecho penal en 1988, el mismo año y en la misma aula en los que yo iniciaba mis estudios de la parte general del Derecho penal. Desde entonces hasta hoy, sigo gozando del privilegio de aprender y trabajar a su lado en el seno de su escuela, junto al resto de sus discípulos: mis compañeros/as (Paz de la Cuesta Aguado, Luis Ramón Ruiz Rodríguez, Juan Carlos Campo Moreno, Diego Silva Forné, Gloria González Agudelo, Esther Hava García, María José Rodríguez Mesa, Iván Meini Méndez, José Manuel Ríos Corbacho, Antonio Díaz Fernández, Diana Patricia Arias Holguín, Rosa Gallardo García, María Revelles Carrasco, Leticia Acedo Navas, Diego Boza Martínez entre los más mayores y la saga formada por la nueva trova gaditana-americana de Rosario Gómez López, María del Mar Martín Aragón, Mariana Solari Merlo, Erick Vladimir Guimaray Mori y Sebastián Sánchez Zapata). El Homenaje que le ha tributado la Escuela de Verano de la Universidad de La Habana, dedicándole el X Encuentro Internacional, y coordinando ahora este volumen en su honor, nos honra a cada uno de nosotros.

---

<sup>1</sup> Vid. BERZAL DE LA ROSA, Enrique, *“Vallisoletanos contra Franco”*, en *Ate-neo Republicano*, 2009, pp. 41 y 22.

<sup>2</sup> BARBERO SANTOS, Marino, *Prólogo* a Juan Terradillos Basoco, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Editorial. Akal, Madrid, 1981.

Pues bien, en mi decisión de analizar aquí las penas y las medidas de seguridad han pesado dos razones; la primera es el hecho insoslayable de que Juan Terradillos sea uno de los pensadores que con mayor dominio –y por tanto, con mayor precisión- ha analizado el tema. “Dominio” y “precisión” son dos cualidades esenciales que han de acompañar a cualquier estudio jurídico penal, aunque todavía son más importantes cuando se someten a estudio campos secantes en razón de la materia y a la vez determinantes del concepto mismo de Derecho penal del que se parte –y al que se llega-, dados los procesos de alejamiento y de acercamiento que han venido sufriendo a lo largo de la historia las penas y las medidas de seguridad.

La segunda razón a la que obedece esta decisión es que ha vuelto a tener una rabiosa actualidad penal la cuestión penológica: en efecto, las últimas reformas habidas en España están poniendo de manifiesto la opción política del legislador de buscar/rebuscar soluciones a los nuevos problemas que plantea la criminalidad en los viejos Códigos penales; esta vuelta al pasado de las normas penales contemporáneas ha vuelto a situar en primera línea político criminal los mismos institutos penológicos (las penas y las medidas de seguridad) pero –sobre todo- los mismos argumentos que en su momento examinara con magisterio Juan Terradillos. De ahí que su trabajo haya recobrado el valor que tuvo a finales de los setenta y principios de los ochenta, como freno garantista de las arbitrariedades de un poder que caducaba, hasta el punto de afirmar que si ya en su momento la *“Regulación española de las medidas de seguridad y garantías individuales”* contribuyó a eliminar del ordenamiento jurídico español la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970,<sup>3</sup> hoy su lectura y su re-lectura vuelven a ser obligatorias si se quiere encontrar argumentos de peso para parar ese derecho penal nuevo que parece que llega al Código penal no ya con la tímida finalidad de contener la delincuencia, sino con el abierto objetivo de salvar al mundo de todos sus males. Y en esta línea, lógica consecuencia de todo ello, como si de una sucesión de acciones y reacciones se tratara, la legislación penal española está sufriendo un retroceso tal, que cada vez tiene más de “penal”, que de “derecho”:<sup>4</sup> y

---

<sup>3</sup> En adelante: LPRS.

<sup>4</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho. Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 221.

por este motivo, como acertadamente ha afirmado Donini, “*está en juego lo penal como “derecho”. Todavía más: está en juego, el Estado de derecho, respecto al nacimiento de un estado de prevención*”.<sup>5</sup> Estas son las razones que llevan a titular esta intervención “Peligrosidad social y Estado de Post-Derecho”, haciendo malabares con las palabras, el tiempo, los derechos y/o las migajas de los mismos.

El trabajo se centrará en la legislación española, que con carácter general, desde 1995 se caracteriza por acoger en su seno un sistema de doble vía, que impone pena al imputable –por ser culpable y medida de seguridad al inimputable –por ser peligroso criminalmente-. En ambos casos la intervención exige la comisión de un hecho con relevancia en el mundo exterior. Como se verá, desde 2010, la excepción a la regla general de separación de presupuestos y consecuencias jurídicas es la posibilidad de imponer pena privativa de libertad y medida de seguridad de libertad vigilada conjuntamente al imputable condenado por delitos de terrorismo y por delitos contra la libertad sexual.

La complejidad del momento que actualmente vive el Derecho penal español no puede soslayarse, y viene fuertemente marcado de nuevo por la persecución a través de las leyes penales de objetivos distintos a la protección de bienes jurídicos, la admisión de penas que se creían parte de la historia como la cadena perpetua o las medidas de seguridad también perpetuas pre y postdelictuales, y la apertura de las puertas legales a un nuevo peligrosismo que es más pre, que postdelictual.

Frente a este sistema, el Código penal cubano impone “sanciones” -que son las penas en el Código español- y medidas de seguridad pre y postdelictuales que *a priori* no son “sanciones” pero sí son consecuencias jurídicas del delito restrictivas de derechos y a las que su contenido aflictivo las delata,<sup>6</sup> por la comisión de hechos antisociales, algunos de los cuales son constitutivos de delito: otros no lo son.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Véase: DONINI, Massimo, “Sicurezza e diritto penale”, en *Casazione penale*, 2008/10, p. 3.558.

<sup>6</sup> *Vid.* SERRANO GÓMEZ, Alfonso, “La reforma del Código penal de Cuba en materia de penas”, en *Boletín de la Facultad de Derecho*, 2001/17, pp. 151 y ss.

<sup>7</sup> A pesar de la incidencia que tuvo el Código penal español de 1870 en la legislación penal cubana, en la medida en que aquél no contemplaba un sistema de medidas de seguridad, no puede decirse que la legislación penal española haya incidido en la cubana. *Vid.* SERRANO GÓMEZ, Alfonso, “La reforma del Código penal de Cuba en materia de penas”, *cit.*, pp. 151 y ss.

Constatadas las diferencias entre uno y otro Código penal, ha de reconocerse que ambos ordenamientos están hoy en movimiento: el español retrocediendo sobre sus pasos hacia momentos históricos que se creían superados, y el cubano caminando hacia delante, impulsado por aires aperturistas que llegan a la isla. Y en estos momentos en los que se está modificando el Código penal cubano, como nos recuerda el Prof. Ramón de la Cruz Ochoa, puede ser que haya pasado ya el tiempo necesario para *“modificarse las coyunturas político sociales para que pueda retomarse el establecimiento de un Derecho penal mínimo, de ultima ratio y garantista”*.<sup>8</sup> Puede, en definitiva, haber llegado el momento en el que Cuba se replantee varias cosas en el seno de su legislación penal: la primera, la persecución a través de las leyes penales de objetivos distintos a la protección de bienes jurídicos; la segunda, la adecuación del catálogo de penas al catálogo de los derechos humanos, eliminando las inhumanas y degradantes como la de muerte –por fusilamiento– o la de prisión perpetua; y la tercera, la eliminación del peligrosismo y de las medidas de seguridad predelictuales.

La inversa dirección de las políticas criminales de referencia de España y Cuba nos hace preguntarnos por el punto concreto en el que ambas volverán a cruzarse. En cualquier caso, si se aprecia, los temas centrales en uno y en otro Código penal son los mismos.

Entre otras cosas, por el respeto a los derechos humanos empezó a luchar Juan Terradillos en sus años de juventud, y como discípula suya, doy por sentado que esa lucha y ese compromiso social que demostró tan joven son algunos de los motivos que han servido a los impulsores de la Escuela de verano de La Habana de homenajearle a él y a su obra y a coordinar ahora este Libro Homenaje.

## II. La herencia franquista: la Ley Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970

La LPRS<sup>9</sup> estableció fuera del Código penal un sistema de medidas de seguridad aplicables junto con la pena, cuyas fundamentación y

---

<sup>8</sup> DE LA CURZ OCHOA, Ramón, “El delito, la Criminología y el Derecho penal en Cuba después de 1959”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 02-02(2000), p. 13.

<sup>9</sup> Que vino a suceder en el tiempo a la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933.

finalidad quedaban claras en el primer párrafo de su Exposición de motivos: «*defender a la sociedad contra determinadas conductas individuales, que sin ser, en general, estrictamente delictivas, entrañan un riesgo para la comunidad*». En su interior se incluían un listado de estados peligrosos (pre y postdelictivos), así como una serie de medidas de seguridad (pre y postdelictivas también) a través de las cuales se intentaba controlar la peligrosidad (“social”) y se pretendía alcanzar la rehabilitación (también “social”) de las personas a ellas sometidas.

El listado de peligrosos sociales era amplio,<sup>10</sup> y tenía sobre todo en consideración la habitualidad o reiteración del comportamiento, que era el dato que elevaba a peligroso a su autor; de su conjunto podía

---

<sup>10</sup> En este marco, peligrosos sociales eran “*los vagos habituales*”, “*los que habitualmente ejerzan, promuevan, favorezcan o faciliten la prostitución, así como los dueños, empresarios, gerentes, administradores o encargados de locales o establecimientos abiertos o no al público en los que con su conocimiento se realicen las indicadas actividades*”, “*los que promuevan, favorezcan o faciliten la producción, tráfico, comercio o exhibición de cualquier material pornográfico, o hagan su apología, así como los que realicen actos de exhibicionismo que atenten a la moral, y los dueños, empresarios, gerentes, administradores o encargados de locales o establecimientos, abiertos o no al público, en los que con su conocimiento, tengan lugar las actividades expresadas*”, “*los mendigos habituales y los que vivieren de la mendicidad ajena o explotaren con tal fin a menores, enfermos, lisiados o ancianos*”, “*los ebrios habituales y los toxicómanos*”, “*los que promuevan o realicen el ilícito tráfico, fomenten el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o fármacos que produzcan análogos efectos, y los dueños, empresarios, gerentes, administradores o encargados de locales o establecimientos abiertos o no al público en los que, con su conocimiento, se permita o favorezca dicho tráfico o consumo, así como los que ilegalmente posean las sustancias indicadas*”, “*los que con notorio menosprecio de las normas de la convivencia social se comportaren de un modo insolente, brutal o cínico, con perjuicio para la comunidad o daños de los animales, las plantas o las cosas*”, “*los que, integrándose en bandas o pandillas manifestaren, por el objeto y actividades de aquéllas evidente predisposición delictiva*”, “*los que sin justificación lleven consigo armas u objetos que por su naturaleza y características denoten su presumible utilización como instrumento de intimidación, o coacción o agresión*”, así como “*los que de modo habitual o lucrativo faciliten la entrada en el país o la salida de él a quienes no se hallen autorizadas para ello*”. Por todos, véase: TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Peligrosidad Social y Estado de Derecho*, cit., pp. 129 y ss.

distinguirse por una parte, un grupo en el que el centro de atención recaía sobre una conducta del sujeto, en virtud de la cual se le incluía dentro de un grupo (el de “los ebrios y toxicómanos”, el de “las personas que ejercían la prostitución”, del de “los mendigos”), frente a otros en los que lo determinante era la “comisión de un hecho”, como regentar locales destinados al ejercicio de la prostitución, o exhibir material pornográfico, o consumir de drogas, etc. Si a lo etéreo del estado peligroso en sí mismo considerado, se unía lo etéreo de los elementos que servían para “acotarlos” (“*sin justificación*”, “*notorio menosprecio*”, “*modo insolente, brutal o cínico*”, “*predisposición delictiva*”, o “*presumible utilización*”), puede entenderse fácilmente que se trataba de un ámbito penal sujeto a una amplia discrecionalidad en el que todo quedaba al albur del “intérprete”. En común tenían todas estas personas el ser “peligrosas para la sociedad” a los ojos de un legislador autoritario, católico, apostólico y romano.

De todas esas conductas, hoy solamente pueden dar lugar a la imposición de una medida de seguridad aquellas que son constitutivas de delito en el Código penal, si además su autor se encuentra en un estado psicológico que le impida comprender la realidad de sus hechos, o que comprendiéndola, sea incapaz de comportarse de acuerdo a ella, y a que además del mismo se deduzca un pronóstico de peligrosidad criminal. La sucesión de requisitos evitan la aplicación mecánica de las medidas y por ende el automatismo dogmático de partida que caracterizó a la legislación penal franquista.

Por la otra parte, en el listado de medidas de seguridad contempladas en la LPRS se incluían una amplia gama de sanciones,<sup>11</sup> que se

---

<sup>11</sup> El internamiento “*en un establecimiento de custodia adecuado a la personalidad del sujeto peligroso dentro del cuadro de clasificación que reglamentariamente se establezca por tiempo no inferior a seis meses ni superior a cinco años*”; “*en un establecimiento de trabajo adecuado a la personalidad del sujeto peligroso, dentro del cuadro de clasificación que reglamentariamente se establezca, por el tino mínimo que fije la sentencia o el autor de revisión y máximo de cinco años*”; “*en un establecimiento de reeducación por tiempo no inferior a seis meses ni superior a cinco años*”, junto al “*arresto de cuatro a doce fines de semana*”, el “*aislamiento curativo en casas de templanza hasta su curación*”; la “*sumisión obligatoria a tratamiento ambulatorio en centros médicos adecuados hasta la curación*”; la “*privación del permiso de conducción de vehículos de motor o prohibición de obtenerlo por tiempo no inferior a seis meses, ni superior a cinco años*”;



limitaban a prohibir, a encerrar y a privar, en las que primaba la finalidad de contrarrestar la peligrosidad social del sujeto, inocuizándolo de forma más o menos directa. El párrafo de la Exposición de Motivos de la LPRS que se destacó anteriormente venía a poner de manifiesto su finalidad esencial: la Defensa social del propio Estado y del conjunto de la sociedad frente a los autores de comportamientos desviados que tanto reproche estatal cosechaban entonces.<sup>12</sup> En lo que aquí interesa especialmente en este momento (por el renacimiento al que se ha visto sometida desde 2010), dentro del catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad, se encontraba la sumisión a la vigilancia de la autoridad. En opinión de Terradillos Basoco, si bien estaba pensada como una medida orientada a la inserción laboral del peligroso, la falta de puestos de trabajo, así como la precariedad del empleo que, en su caso, éste llegase a alcanzar, convirtió a la medida en un mera “*vigilancia inocuizadora*”.<sup>13</sup> Estos fueron los motivos por los que el Código

---

la “*clausura del local o establecimiento de un mes a un año*”; la “*obligación de declarar el domicilio o de residir en un lugar determinado por tiempo no superior a cinco años*”; las prohibiciones de “*residir en un lugar o territorio que se designe*” y “*de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas, y los lugares donde se hayan desarrollado las actividades peligrosas durante el tiempo que se fije no superior a cinco años*”; la “*expulsión del territorio nacional cuando se trate de extranjeros*”; la “*represión judicial*”; la “*sumisión a la vigilancia de la autoridad*”; la “*multa de 5000 a 100000 pts.*”; así como la “*incautación a favor del Estado del dinero, efectos e instrumentos que procedan*”.

<sup>12</sup> Debe señalarse no obstante que desde que Filippo Gramatica publicara en 1945 sus *Principi di diritto penale soggettivo* (puede verse la edición de la editorial Reus, Madrid, 2003) y Marc Ancel formulara y reformulara con posterioridad su trabajo *La défense sociale* en 1954 (Editorial Presses Universitaires de France, París, 1981) el movimiento que se conoció más tarde bajo la etiqueta de “Defensa social” y posteriormente de “Nueva defensa social”, fue mudando su prontuario normativo. Hoy, en pleno siglo XXI, se asiste a un renacimiento de los primeros planteamientos defensistas más recalitrantes, pues lejos de avanzar en la línea de defensa de los derechos humanos, se retrocede en la línea de la defensa de la sociedad frente a los autores de los delitos que mayor rechazo social cosechan, apartándolos.

<sup>13</sup> TERRADILLOS BASOCO, JUAN MARÍA, *Regulación española de las medidas de seguridad y garantías individuales*, edit. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980, pp. 603; del mismo, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, cit., pp. 169 y ss.

penal de 1995 decidió renunciar a incluirla dentro del catálogo de las medidas de seguridad no privativas de libertad.<sup>14</sup>

Recién aprobada la Constitución de 1978, la LPRS fue sometida a reforma el 26 de diciembre de 1978, y con posterioridad, el Tribunal Constitucional fue acortando su alto vuelo, pues ni su letra, ni su espíritu casaban con un ordenamiento jurídico en el que se parte del hecho, como límite y como dogma, además de señalar que semejante dispositivo penológico violaba el principio *non bis in idem*, por imponer conjuntamente penas y medidas de seguridad: «*los imputables son castigados con pena, y yuxtaponer otra consecuencia aflictiva con el mismo fundamento supondría incurrir en la proscrita doble sanción*» (Sentencias del Tribunal Constitucional 23/1986, de 14 de febrero, 21/1987, de 19 de febrero y 107/1989, de 8 de junio).<sup>15</sup> Fueron sentencias históricas, que hace 25 años vinieron paulatinamente a limpiar el ordenamiento jurídico español de disposiciones “inconstitucionales”.

Por las fechas, cabe pensar que los miembros del Tribunal Constitucional habían tenido entre sus manos los trabajos del Prof. Terradillos Basoco, sobre todo “*Peligrosidad social y Estado de Derecho*”. Hoy, la relectura de ese trabajo pone de manifiesto el dominio y precisión, que como si fuera un cirujano, caracterizan a su autor, así como la valentía con la que se enfrentó a un tema crucial para la joven democracia española: se trató sin duda de un aporte insustituible para la construcción dogmática de la culpabilidad y para la construcción democrática de España.

### III. El Código penal de 1995

La Disposición derogatoria del Código penal de 1995 eliminaba en su integridad “*la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, con sus modificaciones posteriores y disposiciones*

<sup>14</sup> Como se verá a continuación, desde que volvió al Código penal en 2010, el legislador se vanagloria de su carácter meramente inocuidador: sin disimulo alguno.

<sup>15</sup> Por todos, véase: TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Regulación española de las medidas de seguridad y garantías individuales*, cit., pp. 369 y ss; del mismo, *Peligrosidad social y Estado de derecho*, cit., pp. 159 y ss; MUÑOZ CONDE, Francisco, «Penas y medidas de seguridad: monismo versus dualismo», en el mismo, *Derecho penal y Control social*, Editorial Fundación Universitaria de Jerez, Jerez, 1985, pp. 54 y ss.

*complementarias*”, y a su vez incorporaba por primera vez en el ordenamiento jurídico español dentro del Código penal un sistema completo para la imposición de penas y medidas de seguridad. Solo en los supuestos de imputabilidad disminuida se procedía a través de un concreto sistema vicarial a la imposición conjunta de pena y medida de seguridad (art. 99), pero con tales garantías, que se evitaba la vulneración del principio *non bis in idem* (descontando el tiempo de medida cumplido, para el de la pena impuesta) y se respetaba la dignidad de la persona del semi-imputable (dando prioridad a la medida), desde una perspectiva puramente respetuosa con sus derechos fundamentales.

La derogación de la LPRS supuso un gran paso en la eliminación del ordenamiento jurídico penal español de un derecho penal de autor, contrario a los principios esenciales del derecho penal de hecho. Dicho esto, no puede ignorarse que las “conductas” que eran consideradas estados peligrosos y las medidas de seguridad establecidas para controlar la peligrosidad social no han desaparecido del escenario penal español, pues al día de hoy la mayoría de los estados peligrosos se castigan como delitos y la mayoría de las medidas de seguridad hoy siguen siendo consecuencias jurídicas del delito (como penas y/o como medidas de seguridad). Pero lo importante es que en cualquier caso esos supuestos de estados peligrosos que perduran hoy son constitutivos de delitos por constituir un ataque a bienes jurídicos que el ordenamiento ha decidido tutelar: esta es la consecuencia más inmediata de los principios del Derecho penal de hecho, de ofensividad y de culpabilidad, tridente democrático que ha servido para depurar el intolerante derecho penal franquista.<sup>16</sup>

Del catálogo de medidas de seguridad, casi medio siglo después, solo cuatro de ellas ya no están en vigor (custodia de seguridad, internamiento de trabajo adecuado a la personalidad del sujeto –diseñada para los “vagos”-, arresto de fin de semana y represión judicial).

Acababa así el Código penal con el “listado cerrado” de supuestos de peligrosidad, relegando la aplicación de las medidas a unas serie de principios generales que por lo común tendrían a ser idénticos que los principios que inspiran las penas, tal como había venido exigiendo el Tribunal Constitucional hasta la total eliminación de la ley: derecho

---

<sup>16</sup> Por esto mismo, tuvieron que desaparecer del Código la vagancia habitual, el ejercicio de la prostitución, la mendicidad habitual, la ebriedad habitual y la toxicomanía así como la mera predisposición delictiva.

penal de hecho, jurisdiccionalidad, dignidad de la persona y legalidad (Sentencias del Tribunal Constitucional 23/1986, de 14 de febrero, 21/1987, de 19 de febrero y 107/1989, de 8 de junio).

La práctica jurisprudencial puso de manifiesto una gran cautela por parte de los tribunales a la hora de aplicar los entonces nuevos institutos jurídico-penales, sobre todo en lo que a la apreciación de las eximentes en su forma completa, lo que ha dado lugar a que muchos trastornos mentales que concurrieron en el momento de la comisión del delito y que impidieron o dificultaron la comprensión de los hechos y/o de comprenderlos, de actuar conforme a la misma, pasaran desapercibidos y no hayan sido tenidos en cuenta al examinar la culpabilidad del autor y por ende, de elegir la consecuencia jurídica del delito, lo que puede determinar que haya habido personas que tampoco hayan podido comprender la realidad de la pena. En este sentido, la regulación de los trastornos mentales sobrevenidos (art. 60), así como el tratamiento que se les dispensa en el Código penal a las personas que se encuentran en dicha situación es solo una forma de paliar la falta de detección en el momento de la comisión<sup>17</sup>, pero no justifica el incorrecto tratamiento jurídico penal otorgado a la inimputabilidad concurrente en el momento criminal.<sup>18</sup>

A pesar de los déficits de aplicación, sin duda, la incorporación al ordenamiento jurídico español de un “sistema” de imposición de penas y de medidas de seguridad contribuyó a separar las dos vías distintas que abría el Código penal para responder a supuestos de hechos también distintos: las penas para el imputable en virtud de su culpabilidad individual, y la medida de seguridad para el inimputable en base a su peligrosidad criminal.

---

<sup>17</sup> GARCÍA ALBERO, Ramón, “Artículo 60”, en GONZALO QUINTERO OLIVARES (dir.) y FERMÍN MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al nuevo Código penal*, T. I, Editorial Thomson-Aranzadi, Elcano, 2008, pp. 525 y ss; VIZUETA FERNÁNDEZ, José, “El trastorno mental grave apreciado después de dictarse sentencia firme. El art. 60 del Código penal”, en *Revista Electrónica de Derecho penal y Criminología*, RECP09-04 <http://criminet.ugr.es/recpc> 2007, p. 2.

<sup>18</sup> Sobre el tratamiento jurisdiccional de la inimputabilidad vid. TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “La reforma penal española y la ‘nueva’ peligrosidad criminal: un reto para la psiquiatría”, en *Revista de Derecho penal*, 2013/21, pp.43 y ss.

## IV. La reforma operada por la LO 5/2010

### IV.1. Los motivos “expuestos” y los “ocultos”

Hasta 2010, el Código sufrió una pluralidad de reformas, que dejaron a salvo el depurado sistema en virtud del cual convivieron pacíficamente las penas y las medidas de seguridad; esta situación se prolongó hasta que la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código Penal, admitió la imposición de una medida de seguridad de libertad vigilada al imputable condenado por unos delitos tasados.<sup>19</sup>

En este punto, su Exposición de Motivos, tras defender que “*la resocialización*” era –y es– el fin perseguido por el conjunto de la reforma,<sup>20</sup> reconocía abiertamente que “*en determinados supuestos de especial gravedad, ese efecto rehabilitador de la pena se ve dificultado, en la medida en que ésta no resulte suficiente o adecuada para excluir un elevado riesgo de reincidencia*”. Por lo cual, “*agotada, pues la dimensión retributiva de la pena, la peligrosidad subsistente del sujeto halla su respuesta idónea en una medida de seguridad*”, renunciando con ello, de paso, a seguir elevando la duración de la ya larga pena de prisión, para evitar el choque con “*los principios elementales del Derecho penal que la Constitución ampara*”. No obstante, al señalar que la “*dimensión retributiva de la pena*” concluye una vez que ésta se cumple en prisión, deja al descubierto desde entonces que las penas privativas de libertad carecen de finalidad reinsertadora alguna y que una vez se alcance la libertad “*la peligrosidad subsistente del sujeto halla su respuesta idónea en la medida de seguridad*”: en otras palabras, lo que se está afirmando es que las penas tienen la finalidad meramente retributiva de castigar por el mal causado.

En paralelo a este razonamiento corre otro de discutible justificación: el legislador no esconde su firme creencia y su apuesta por las medidas de seguridad, a las que considera consecuencias jurídicas “más perfectas” que las penas. Ignora el legislador que quizás sea pedir demasiado a unas consecuencias jurídicas que han llegado a nuestro ordenamiento jurídico relativamente tarde (si se compara a las penas,

<sup>19</sup> GARCÍA RIVAS, Nicolás, «La libertad vigilada y el Derecho penal de la peligrosidad», en *Revista General de Derecho penal de Iustel*, 2011/16.

<sup>20</sup> Lo que es más que discutible si se atiende, en paralelo, a las modificaciones que sufre la pena de localización permanente cuando se impone para los autores de faltas de hurtos reiterados (artículos 37 y 623).

que están en el origen del nacimiento del propio Derecho penal) y respecto a las que difícilmente se puede generalizar nada, pues aunque las penas se intentan individualizar a través de unas reglas científicas, las medidas son intrínsecamente individuales.

En cualquier caso, hay que rechazar la naturalidad con la que la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 afirmaba que el nuevo régimen *“se inserta naturalmente en el régimen general de dichas medidas”*,<sup>21</sup> para defender a continuación que lo que se llevaba a cabo era una mera reordenación de las medidas de seguridad no privativas de libertad bajo el nombre de libertad vigilada: se trató de una reforma brutal. En este sentido, como afirma Zaffaroni, *“negar un problema que está planteado apelando al argumento de que reconocerlo implica riesgos o peligros no es una respuesta real sino la adopción de una actitud histórica: ignoro el peligro y con ello doy por supuesto su desaparición”*.<sup>22</sup> El entonces nuevo régimen no se pudo insertar más que forzando el sistema de aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal hasta entonces vigente.

A pesar de ello, la única novedad sustancial que reconocía la Exposición de Motivos que se producía era la posibilidad de aplicar la libertad vigilada *“no solo cuando el pronóstico de peligrosidad del individuo se relaciona con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad o semiimputabilidad, sino también cuando la peligrosidad deriva del específico pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido, siempre y cuando el propio legislador así lo haya previsto de manera expresa”*. Con esta base, la medida no podía establecerse como alternativa a la pena *“sino que se impone en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su ejecución posterior a la excarcelación, y se hará o no efectiva justamente en función de ese pronóstico de peligrosidad, formulado cuando se acerca dicho momento extintivo de la pena, y reconsiderado después con cadencia como mínimo anual”*. Simultáneamente, al resaltar como dato positivo que la medida de seguridad de libertad vigilada la dispone el juez sentenciador y que posteriormente la modula el juez de vigilancia penitenciaria, está poniendo de manifiesto la presunción

---

<sup>21</sup> Siguiendo en este punto literalmente al Proyecto de reforma de 27 de noviembre de 2009.

<sup>22</sup> ZAFFARONI, Ernesto Raúl, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurisdiccional*, EDIAR, Buenos Aires, 2009, p. 87.

*iures et de iures* de no reinserción social del condenado que, eso sí, posteriormente es actualizada en el momento ejecutivo: si se nota, se impone una medida de seguridad postdelictual en atención “a los hechos cometidos” no ya a la peligrosidad de su autor, y se presume que se trata de sujetos que tienen un pronóstico penitenciario de reinserción social cero, que se intentará “corregir” a través del cumplimiento de la medida de seguridad de libertad vigilada a cumplir por otro lado, pasados muchos años, esto es, cuando abandone la prisión: se les trata como delincuentes natos. Como recuerda Vives Antón, “tras la aparente neutralidad valorativa del positivismo, se oculta muchas veces una ideología totalitaria”.<sup>23</sup>

Ha de criticarse que paradójicamente todo esto se tradujo en la reforma de solo tres artículos del Código penal, a pesar del brutal cambio que supuso, y aunque para ello necesitaría de tan extensa exposición de motivos, sin que se llevara a la parte articulada de la ley más que las cuestiones estrictamente necesarias.<sup>24</sup> Este dato ya de por sí debería ser significativo: cuando el legislador necesita “tanto” justificar tan –aparentes– “escasas” reformas, será porque oculta demasiadas cosas.

#### **IV.2. La reforma de los arts. 106, 192 y 579**

La LO 5/2010 incorporó al Código penal un tercer supuesto para la imposición de la medida de seguridad de la libertad vigilada:<sup>25</sup> haber sido condenado por la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexuales (art. 192) o de un delito de terrorismo (art. 579).

En estos casos, el Juez o Tribunal sentenciador “deberá” imponer en sentencia junto a la pena de prisión la medida de seguridad de libertad vigilada, que se cumplirá después de aquélla, en virtud de la presunción de un “pronóstico penitenciario” negativo que hace necesario reforzar la respuesta penal, sumando “pena” y “medida de seguridad”, a fin de evitar que se aparte del todo del camino de la reinserción social.

---

<sup>23</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, “Métodos de determinación de la peligrosidad”, en *La libertad como pretexto*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 34.

<sup>24</sup> Como se verá a continuación, esta es la vía que siguió, precisamente, el Proyecto de reforma de 20 de septiembre de 2013.

<sup>25</sup> No otra, con lo cual se limita en mucho la labor de selección que ha de llevar a cabo el Juez o Tribunal, así como la adaptación de patrón alguno a las necesidades preventivas que presente el penado.

Esta presunción de peligrosidad<sup>26</sup> criminal se rebaja cuando se trata de delincuentes primarios de los que, por tanto, no pueda deducirse de su pasado criminal la “peligrosidad” social futura, en cuyo caso se deja en manos de la discrecionalidad judicial la posibilidad de imponerla.<sup>27</sup>

El nuevo presupuesto para la imposición conjunta de penas y medidas de seguridad difiere notablemente del sistema recogido en el art. 99 para los declarados semiimputables. Así, en primer lugar, mientras que en el régimen vicarial el tiempo de medida de seguridad cumplido se descuenta para el de la pena impuesta, en el nuevo la pena y la medida tienen un tiempo de cumplimiento independiente una de la otra; en segundo lugar, mientras que en el vicarial es de preferente ejecución la medida de seguridad sobre la pena que, además, solo se ejecutará si no afecta negativamente a los logros alcanzados con el tratamiento, en el otro se establece que cumplida la pena, posteriormente se cumplirá la medida; y en tercer lugar, mientras que en el régimen vicarial la medida de seguridad ha de ejecutarse antes que la pena, en el nuevo, ésta se ejecuta en primer lugar, y con posterioridad, se impondrá en todo caso la medida que posteriormente será dotada de contenido por el Juez sentenciador a propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria. Queda con ello de manifiesto que no se trata sin más de una ampliación del régimen vicarial a los delincuentes imputables peligrosos, sino de una puesta en escena de un sistema unificador de penas y de medidas de seguridad.<sup>28</sup>

La llegada al Código penal en 2010 de este nuevo presupuesto para la imposición de una medida de seguridad fue inmediatamente sometida a crítica por todas partes, pues si bien por un lado se criticaba la

---

<sup>26</sup> TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “La reforma penal española y la ‘nueva’ peligrosidad criminal: un reto para la psiquiatría legal”, cit., p. 53.

<sup>27</sup> En este línea, merece ser subrayada la tendencia jurisprudencial abierta por el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 768/2014, de 11 de noviembre [RJ/2014/5693] en la que se afirma que aun a pesar de que la ejecución de la pena de prisión impuesta se deje en suspenso, ha de imponerse y ejecutarse la medida de seguridad de libertad vigilada, cuyo contenido en líneas de generales no difiere mucho de las pautas de comportamiento que puede adoptar el juez en el ámbito de la suspensión (art. 80 y ss).

<sup>28</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, cit., pp. 187 y ss.



confusión que incorporaba al Código,<sup>29</sup> por otro no se comprendía por qué no se aplicaba el nuevo régimen a otros delincuentes cuyos comportamientos repudiaba a la sociedad (maltratadores de mujeres, entre otros). Pues bien, como se verá a continuación, esta es la senda que ha seguido el Proyecto de reforma del Código penal de 20 de septiembre de 2013, corregida en cierta medida en el texto que ha sido publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 29 de enero de 2015, si bien, parece ser que se ha tratado de un mero error y que el texto definitivo recuperará el esplendor de 2013.<sup>30</sup>

## V. El Proyecto de reforma del Código Penal de 20 de septiembre de 2013

Tras la aprobación de la LO 5/2010, se produjo un cambio en el Gobierno de España y el entonces recién nombrado Ministro de Justicia emprendió una campaña a favor de una reforma más del Código penal, y en particular, quería volver a incidir sobre los mismos mecanismos ya modificados en 2010 (las penas y las medidas de seguridad) sin que se hubiera podido comprobar si la aplicación judicial y el tratamiento jurisprudencial de los mismos habían dado resultados –positivos o negativos– dignos de análisis,<sup>31</sup> lo que venía a cuestionar la necesidad de los cambios desde el punto de vista político criminal y criminológico, pues obedecían sin más a razones de ideología política.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, cit., pp. 187 y ss.

<sup>30</sup> No es numerosa la jurisprudencia existente sobre la libertad vigilada. En particular, puede destacarse la STS núm. 768/2014, de 11 de noviembre [R]/2014/5693] en la que se dan pautas sobre el contorno de la medida y sobre las posibilidades que ofrece.

<sup>31</sup> Imponen la medida de seguridad de libertad vigilada en casos de inimputables: la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 581/2012 de 11 diciembre. JUR 2013\129234; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid núm. 98/2013 de 9 abril. ARP 2013\516; Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 27 septiembre 2012. JUR 2012\328562.

<sup>32</sup> Por todos: TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “La reforma penal española y la ‘nueva’ peligrosidad criminal: un reto para la psiquiatría legal”, cit., pp. 56 y ss.

En paralelo a la aparición de los nuevos borradores y proyectos de leyes de reforma del Código penal, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013 (*Caso Del Río Prada v. España*) vino a declarar contraria al Convenio de Derechos Humanos la «*Doctrina Parot*» por violación del derecho a la libertad y a la seguridad, y por vulneración del principio de legalidad; se trataba de una construcción jurisprudencial «creada» a partir de la STS de 28 de febrero de 2006, que ha permitido prolongar el tiempo de estancia en prisión para personas condenadas por una pluralidad de delitos en atención al Código penal de 1973.

El hecho de que hayan coincidido en el tiempo la tramitación del nuevo Proyecto de reforma y la salida de prisión de personas –con nombres y apellidos– a las que se les ha aplicado durante estos años la «*Doctrina Parot*», no puede pasar desapercibido, pues sin duda alguna, la nueva reforma penal se presenta ante la opinión pública como el instrumento que necesita la sociedad española para controlar a la criminalidad más visible, esto es, aquella condenada por delitos tan «fotogénicos», como los de terrorismo o contra la libertad sexual, llegando así al paroxismo de proclamar que la finalidad de los nuevos institutos penales no es otra que evitar los efectos de las excarcelaciones de estas personas tan peligrosas a los ojos de sus víctimas: precisamente el empuje mediático que en este punto tienen en nuestro país determinadas asociaciones de víctimas, sirve de alibí a la actuación del Gobierno que impulsa este tipo de políticas punitivistas.

No puede desconocerse que en el fondo de la cuestión, el legislador está invocando una especie de intento de legítima defensa del Estado de «derecho» frente a las decisiones judiciales «inhumanas» que desconocen los sentimientos de las víctimas.<sup>33</sup> Eso sí: al coste de ignorar con estas políticas los derechos de las personas condenadas por la comisión de un delito. Más que reivindicar la vigencia de un Estado de derecho, reivindican en definitiva, la vigencia del “Estado de su derecho” que, aunque haya sido aprobado por procedimientos democráticos, desconocen que la Democracia no es solo una cuestión de formas de proceder, sino de maneras de ser. De esta forma, la democracia se

---

<sup>33</sup> En extenso, *vid.* ACALE SÁNCHEZ, María, “Del Código penal de la democracia, al Código penal de la seguridad”, en FERNANDO PÉREZ ÁLVAREZ (ed.), *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Editorial Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 1216 y ss.

convierte en patrimonio de unos pocos, expulsando del disfrute de los derechos y las garantías reconocidas por la Constitución al resto.

Resalta BORJA JIMÉNEZ la casualidad de que hayan coincidido en el tiempo dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre aspectos similares: la Sentencia 17 de diciembre de 2009 sobre la custodia de seguridad alemana (*Sicherungsverwahrung*), declarándola contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos; y la Sentencia de 21 de octubre de 2013 sobre la Doctrina Parot española.<sup>34</sup> Llama la atención por otro lado cómo en ambos casos los respectivos Tribunales Constitucionales habían declarado constitucional ambos mecanismos que, en definitiva, coinciden en el tratamiento (formas para retrasar la puesta en libertad de un condenado) para unos mismos sujetos (los más “peligrosos” y “malvados” en términos “coloquiales”). Podíamos preguntarnos qué ha ocurrido en ambos países para que los tribunales encargados de velar por la constitucionalidad de las normas que conforman el ordenamiento jurídico no hayan apreciado vicio de constitucionalidad antes de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo haya constatado.<sup>35</sup>

El primer Borrador de Ley Orgánica que se presentó ante la opinión pública usaba como instrumento para luchar contra la criminalidad más grave un férreo “tridente” formado por la pena de prisión permanente revisable, la medida de seguridad privativa de libertad de custodia de seguridad y la reconfiguración de la construcción y de los presupuestos de las medidas de seguridad: como se verá a continuación semejante “tridente” se ha quedado reducido a la prisión permanente revisable, que se convierte así en una especie de mero “pincho” de defensa usado por una “sociedad victimizada” en guerra contra la delincuencia. Puede fácilmente comprobarse como este resto del tridente usado por el legislador de las últimas reformas, no tiene nada que le relacione con el tridente democrático que ha servido para depurar el intolerante derecho penal franquista al que se hacía referencia anteriormente (principios de derecho penal de hecho, de ofensividad y de culpabilidad).

---

<sup>34</sup> BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, “Irretroactividad para los peligrosos o socialmente indeseables”, en *Cuadernos de Derecho penal*, junio de 2013, pp. 13 y ss.

<sup>35</sup> BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, “Irretroactividad para los peligrosos o socialmente indeseables”, cit., p. 33.

En efecto, desde el primero de los borradores hasta el texto que ha llegado a publicarse en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el pasado 29 de enero de 2015, la prisión permanente revisable no solo se mantiene sino que no ha sufrido grandes cambios.<sup>36</sup> Sin necesidad de entrar a analizar sus matices, es una pena que se contrapone con los principios básicos del Derecho penal garantista consagrado en la Constitución como son los de prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 15), legalidad (art. 25.1), y ejecución de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad orientadas hacia la reeducación y reinserción social (art. 25.2) porque está diseñado en sentido negativo y con un carácter pro-punitivista que se opone al carácter pro-reinserción social que debería caracterizar el diseño teórico de un sistema penal que se centre en el marco de nuestra Constitución.

Por lo que toca al catálogo de delitos para los que se dispone, con la excepción del asesinato del art. 140 y el asesinato terrorista del art. 572.22 (es decir, los delitos de homicidio del rey del art. 485, homicidio de un jefe de Estado extranjero del art. 605.1, genocidio de los números 1 y 2 del art. 607 y delito de lesa humanidad del art. 607 bis.1), se trata de delitos que desde que han sido incorporados al Código, apenas han sido aplicados. Es cierto que España podía declararse competente para perseguir estos delitos cuando se cometieran en el extranjero, si no fuera porque la reforma del principio de justicia universal llevado a cabo por la *Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre* vino a cavar la su tumba.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> En extenso: ACALE SÁNCHEZ, María, "Prisión permanente revisable: Arts. 36 (3 y 4), 70.4, 76.1, 78 bis, 92, 136 y concordantes en la Parte Especial", en JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA (dir.) y JACOBO DOPICO GÓMEZ-ALLER (coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 155 y ss.

<sup>37</sup> Es cierto que al día de hoy, no es fácil encontrar ejemplos de actuaciones irracionales por parte del legislador. Baste pensar que tras los atentados yihadistas de París, de principios de enero de 2015, en los que perdieron la vida 17 personas, el Gobierno español impulsó la aprobación de un pacto antiterrorista, que pasaba de nuevo por la reforma del Código penal. Dicho pacto ha sido suscrito finalmente solo por el Partido Popular y por el Partido Socialista Obrero Español, a pesar de que éste durante la tramitación del Proyecto de reforma del Código penal se ha opuesto a la pena de prisión permanente revisable, y de que el pacto contemplaba imponerla para los autores de delitos de homicidio terroristas. El "escoyo" se ha solventado

Otra suerte corrió la custodia de seguridad, una medida de seguridad privativa de libertad diseñada originariamente para ser imputada una vez hubiera cumplido su pena privativa de libertad, pues desapareció en el texto del Proyecto de 20 de septiembre de 2013<sup>38</sup>. Su incorporación al derecho positivo español quedaba justificada con la sencilla razón, según se señalaba en su Exposición de motivos, de que ya existía en otros ordenamientos jurídicos, en particular, en Alemania, ignorando el legislador español que por entonces, ya había sido declarada contraria al Convenio de derechos humanos por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de diciembre de 2009 e inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 4 de mayo de 2011 porque, en esencia, se trataba de un mecanismo que ignoraba que los límites y garantías que rodean a las penas –entre otros, la seguridad jurídica- deben regir también en el ámbito de las medidas de seguridad que por su contenido y por su forma de aplicación pueden ser tanto más graves que aquellas, al margen ya de la violación del principio *non bis in ídem*. La Sentencia del Tribunal Constitucional declaraba la inconstitucionalidad diferida, hasta el 31 de mayo de 2013. El 1 de junio de 2013, entraba en vigor la *Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung* (de fecha de 5 de diciembre de 2012) que fi-

---

de una manera fácil: según la redacción que se ha dado al art. 573 bis.1 los delitos de terrorismo serán castigados “con la de prisión por el tiempo máximo previsto en este Código si se causara la muerte de una persona”, es decir, con la prisión permanente revisable (vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales de 4 de febrero de 2015, Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/(1995, de 23 de noviembre, del Código español, en materia de delitos de terrorismo). En opinión del líder del partido de la oposición, cuando su partido vuelva al Gobierno, derogará la prisión permanente revisable, pero en estos momentos, necesitaba estar a la altura de las circunstancias del Partido Popular. En definitiva, todo se reduce a un juego de fuerzas, en el que se intentan encajar las piezas del mecano en el que los políticos actuales han convertido el Código penal.

<sup>38</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, *et al.*, «Medidas de seguridad. Custodia de seguridad: arts. 96.2, 101, 102.3 y 103.2 CP», en JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA (dir.) Y JACOBO DOPICO GÓMEZ-ALLER (coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, cit., pp. 396 y ss.

nalmente ajustaba el StGB al contenido de la Sentencia.<sup>39</sup> Argumentos que no son desconocidos para el Tribunal Constitucional español, como se verá posteriormente. Parece que, finalmente, el legislador oyó la unánime voz de la doctrina en contra de su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico.<sup>40</sup>

Finalmente, el tercer diente del tridente con el que se pretendía luchar contra la criminalidad más fotogénica, fue el diseño de un nuevo modelo de medidas de seguridad, que suponía un cambio radical aunque no precisamente revolucionario, que afectaba tanto a los supuestos de inimputabilidad plena, como a los de semi-imputabilidad y a los casos de imputables peligrosos. Lo importante en este momento fue que si bien en la reforma que operó el legislador en 2010 se echó en falta una modificación de la parte general de las medidas de seguridad, en 2013 se emprendió la tarea de derribar el corazón del sistema de doble vía que caracterizaba al Código penal de 1995 y de volver a construir un edificio teórico completamente distinto (aunque no del todo novedoso). Así, se intentó eliminar el límite esencial que hoy establece el art. 6.2 según el cual, el propio legislador no puede imponer medidas de seguridad más graves ni más largas que la pena que en abstracto le hubiera correspondido al sujeto de haber sido declarado imputable, lo que en otras palabras significa que la reforma quería permitir que las medidas de seguridad pudieran exceder en abstracto el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor, violando con ello los principios de proporcionalidad y de dignidad personal. Con ello, se desobjetivaba la responsabilidad criminal del inimputable, porque se perdía la referencia del delito cometido y de la pena que

---

<sup>39</sup> Vid. SWIDERSKI, SZYMON, «Reseña de la segunda Sentencia del Tribunal Constitucional de 4.05.2011 sobre la medida de seguridad», en *Boletín Semestral GLIPGö*, núm. 2, noviembre 2011, pp. 28 y ss; GUANARTEME SÁNCHEZ-LÁZARO, Fernando, «Sobre la argumentación con principios en el discurso jurídico penal», en *InDret*, 3/2013, pág. 7; BÖHM, Laura, «El ente inseguritas y la inseguridad del Derecho penal-Reflexiones a partir del caso alemán», en *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, 25-06-2013, págs. 3 a 5.

<sup>40</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, et. al., «Medidas de seguridad. Custodia de seguridad: arts. 96.2, 101, 102.3 y 103.2 CP», cit., pp. 396 y ss.

le hubiera correspondido, y su lugar era ocupado por la peligrosidad que se presumía del autor por la pertenencia a un grupo.

Por otra parte, el régimen binario que hasta 2010 distinguía la imposición de pena al inimputable y semi-imputable y medida al inimputable se sustituía por un nuevo régimen dualista de imposición conjunta de penas y medidas a sujetos muy peligrosos. Medidas de seguridad que además se inundaban de retribucionismo pues tendían a “*compensar al menos parcialmente la peligrosidad del autor*” (art. 95.1).

Y si se compara con la pena de prisión permanente revisable, que encierra en su interior un mecanismo en virtud del cual si el “preso” condenado con su buen comportamiento permite que el Estado confíe en su reinserción social, y cumple con una serie de pruebas que un tribunal colegiado le pongan, puede recuperar la libertad personal, pues se trata de una pena de “duración indefinida”, en el ámbito de las medidas de seguridad se incluía la medida de seguridad permanente no revisable, esto es, la cadena perpetua, pues ya no hacía falta que el Ministerio Fiscal instara ante la jurisdicción civil la declaración de incapacidad del inimputable una vez cumplido el plazo máximo de sometimiento al Derecho penal, el Proyecto preveía el sometimiento de por vida al Derecho penal, pues si bien se establecía en un primer momento una limitación temporal, posteriormente se abría la vía a las prórrogas sucesivas de 5 años: sin límite alguno.

Por lo que se refería a los supuestos de imputables peligrosos, la modificación que se llevaba a cabo consistía en ampliar el número de condenados para los que estaba prevista la imposición de una medida de seguridad de libertad vigilada con posterioridad a la pena de prisión. Pues, en efecto, se pasaba de una lista de la que en el Código vigente figuran los condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexual y los condenados por delitos de terrorismo a otra en la que junto a ellos se incluían los condenados por delitos de homicidio y sus formas (art. 140 bis); lesiones (156 ter); detenciones ilegales y secuestros (art. 168 ter); *stalking* (art. 172 ter); trato degradante (art. 173); trata de seres humanos (art. 177 bis); hurto (art. 236 bis); robo (art. 242 bis); extorsión (art. 243); robo y hurto de uso de vehículo (244); estafas (art. 251 bis); receptación y blanqueo de capitales (art. 304 bis); tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina (art. 318 bis); y delitos contra la seguridad del tráfico (385 *quater*). Qué es lo que tuvieran en común entre sí no es posible saber a ciencia cierta: eso sí, si se analizan las estadísticas policiales y penitenciarias, y a su vez se analizan los Balances sobre la criminalidad en España, se constata que España es un país muy seguro, que se encuentra a la cola de los países de la

Unión Europea en índices de criminalidad,<sup>41</sup> y que para la sociedad española, los delitos que generan inseguridad son aquellos que están relacionados con la “corrupción política” en la que están implicados los propios sujetos que definen a los otros como los más peligrosos. Ser sujeto activo de la corrupción y definidor de la delincuencia genera estas paradojas: así, la científicidad de la selección de “delitos estrellas” quedó patente que no existía, y que lo único que sostenía la inclusión de estas personas en un mismo grupo era la mera decisión política de partida de un legislador que visibilizando la delincuencia de otros, intentaba que la propia pasara desapercibida.

No puede ignorarse por otra parte el importante matiz que se deslizaba disimuladamente en el modelo de reforma proyectada de las medidas de seguridad: si la “peligrosidad” que sostiene el régimen general en el interior del Código penal desde 1995 es de naturaleza “criminal”, porque es la que se desprende de la comisión de un hecho constitutivo de delito y del pronóstico de comportamiento criminal también futuro, la “peligrosidad” que sostenía el nuevo régimen instaurado en 2010, y que se potenciaba enormemente en el Proyecto de reforma de 20 de septiembre de 2013 era de naturaleza “social”, porque se trataba de unos sujetos condenados por unos delitos que causan un amplio rechazo social, más que otra cosa. En esta línea, puede afirmarse siguiendo a Terradillos Basoco que si la peligrosidad de la LPRS era una peligrosidad “social”, lo era precisamente porque se basaba en la “pura intuición”, en la medida en que desconocía “los factores de tipo sociológico”<sup>42</sup> y que en definitiva se podía definir el estado peligroso como “natural consecuencia de su estructura configurada siempre en el temor a un delito y que se individualiza en la situación personal (que) tiene su trasunto en la ley que deber fijar un solo tipo legal”.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, cit., pp. 229 y ss.

<sup>42</sup> TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, cit., p. 119.

<sup>43</sup> TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, cit., p. 119. *Vid.* también TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “La reforma penal española y la ‘nueva’ peligrosidad criminal: un reto para la psiquiatría legal”, cit., p. 53.



## VI. El Proyecto de reforma de 29 de enero de 2015

Pues bien, al igual que el Proyecto de reforma del Código de 20 de septiembre de 2013 prescindió de la custodia de seguridad, el texto de 29 de enero de 2015 ha renunciado a la profunda reforma de las medidas de seguridad que se reflejaban en aquél, de forma que la única consecuencia que mantiene del original tridente es la prisión permanente revisable para unos pocos delitos que además no se cometen con frecuencia. Todo apunta a que se trata más que de otra cosa de un empecinamiento político, no político criminal, y a un pacto con los votantes más conservadores a los que se quiere recompensar de esta forma: fundamentalmente, a específicos colectivos de víctimas, que fueron jalonados durante años cuando el partido político que hoy gobierna España, estaba en la oposición. Lo que sin embargo llama la atención es que si bien se ha prescindido de esa brutal reforma de las medidas de seguridad, en el texto que hoy sigue su tramitación parlamentaria se incide puntualmente en la medida de seguridad de libertad vigilada para sujetos imputables condenados en sentencia.

En efecto, son dos los delitos que van a ser ahora también “castigados” con la medida de libertad vigilada: el primero es el delito asesinado del art. 140 bis, en el que establece con carácter general que a *“los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Título se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada”*. Una disposición semejante se incluye en el delito de violencia doméstica habitual del art. 173.4 en el que señala que *“en los supuestos a que se refiere este apartado, podrá además imponerse una medida de libertad vigilada”*. Los motivos por los que se ha reducido el número de delitos para los cuales para a ser la libertad vigilada una medida de seguridad determinada legalmente en comparación con el texto del Proyecto de 20 de enero de 2013,<sup>44</sup> no son conocidos, aunque la prensa de los últimos días anunciaba ya que todo parece ser fruto de un error y que el texto que finalmente llegue al Boletín Oficial del Estado se parecerá más en este punto al Proyecto de 20 de septiembre de 2013, que al de 29 de enero de 2015.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> En el que como se decía anteriormente, se ampliaba el listado.

<sup>45</sup> *El País* de 20 de febrero de 2015 “El Gobierno ha admitido que una parte de las enmiendas al Código Penal presentadas por el PP en el Senado estaban equivocadas. En concreto, las que pedían suprimir la pena de libertad

La falta de rigor por parte del legislador es palpable: basta con subrayar las diferencias que existen entre lo dispuesto en los vigentes arts. 192 y 579, por una parte, y las nuevas previsiones contenidas en los arts. 140 bis y 174.4 del Proyecto: en los primeros la imposición de la medida de seguridad de libertad vigilada es obligatoria para el juez (*“se les impondrá...”*), que solo en los casos de delincuentes primarios podrán optar por imponerla o no *“en atención a la menor peligrosidad del autor”*. Su duración, por otra parte, también viene señalada según la duración de la pena de prisión impuesta. El Proyecto por el contrario parece que incluye la imposición de la libertad vigilada en estos dos grupos de delitos como una mera *“posibilidad”* (*“podrá imponer”*), sin establecer previsión alguna en cuanto a su duración, ni en cuanto a los criterios a tener en cuenta por el juez a la hora de optar discrecionalmente por imponerla o no.

Por otra parte, en el ámbito de los delitos de homicidio y sus formas, en los que se ha incluido la prisión permanente revisable se está circunscribiendo la imposición de la medida de seguridad de libertad vigilada para los casos en los que esté prevista pena privativa de libertad temporal, pues caería en el absurdo de imponer prisión permanente revisable y medida de seguridad de libertad vigilada, entre otras cosas porque los criterios que tienen en consideración para otorgar la libertad condicionada al condenado a prisión permanente revisable son los mismos que los que se valoran en el ámbito de la libertad vigilada. Se da la circunstancia que la medida de seguridad de libertad vigilada se prevé imponer para los condenados imputables a cualquier delito de homicidio, incluidos los de homicidio imprudente que parece que no se compagina esa modalidad del comportamiento con la *“peligrosidad”* inherente a la libertad vigilada. Más aún: se impone en los casos de homicidios que puede que no lleven aparejados una pena de prisión (lo que ocurriría en el nuevo delito de homicidio por imprudencia menos grave del art. 142.2 castigado con multa) o que se establezca para delitos como el de eutanasia en cuyo desvalor de acción no parece tener cabida un elemento subjetivo peligrosista tan opuesto a la supuesta finalidad que acompaña a la causación de estas muertes.

---

vigilada para condenados por delitos como asesinatos graves o violencia de género. El PP dice que planteó esa propuesta por error y que la retirará (*vid.* [www.elpais.com](http://www.elpais.com) (último día de la consulta: 20 de febrero de 2015).

La previsión contenida en el nuevo art. 173.4 de imposición de la libertad vigilada con carácter discrecional, por otra parte, puede coincidir con que se suspenda la ejecución de la pena (de acuerdo con los nuevos mecanismos que también se modifican). De esta forma, se produciría una coincidencia en el tiempo en la imposición/ejecución de penas suspendidas y medidas de seguridad de libertad vigilada cuyo contenido -o más en sentido amplio- o su finalidad no difiera de la vigilancia a través de distintas vías del penado. Piénsese además que la libertad vigilada está previsto que se imponga en los casos de maltrato doméstico habitual, pero no en los casos de maltrato doméstico (de género o no) singular.<sup>46</sup>

## VII. Contextualización política de la reforma proyectada

La renuncia por parte del legislador a incluir en el Proyecto de reforma del Código penal de 29 de enero de 2015 la brutal reforma que pretendía llevar a cabo de las medidas de seguridad el Proyecto de reforma de 20 de septiembre de 2013 ha de ser bien recibida, porque constata que por la razón que sea, se han tenido en cuenta los límites intrínsecos a esta rama del ordenamiento jurídico, y se ha representado como muy previsible una eventual declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional, que no tendría que recurrir más que a los mismos criterios a los que recurrió en sus Sentencias 23/1986, de 14 de febrero, 21/1987, de 19 de febrero y 107/1989, de 8 de junio<sup>47</sup> para declarar inconstitucional la imposición conjunta de penas y

---

<sup>46</sup> Es cierto que imponiendo la libertad vigilada a los delitos de maltrato doméstico habitual y no simultáneamente a los de maltrato singular, se impide la violación del principio non bis in ídem, pero eso no es todo, fundamentalmente porque es necesario explicar por qué se impone en ese delito y no en otros. Puede pensarse por ejemplo, también en la receptación, en la que la habitualidad del comportamiento es también elemento típico (art. 299).

<sup>47</sup> Por todos, véase: TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Regulación española de las medidas de seguridad y garantías individuales*, cit., pp. 369 y ss.; del mismo, *Peligrosidad social y Estado de derecho*, cit., pp. 159 y ss; MUÑOZ CONDE, Francisco, «Penas y medidas de seguridad: monismo versus dualismo», en el mismo, *Derecho penal y Control social*, cit., pp. 54 y ss; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, «Medidas de seguridad y Estado

de medidas de seguridad por violación del principio *non bis in idem*. Resaltada pues la conclusión principal, no puede dejar se resaltar también que resulta paradójico que en este contexto de contención en lo que a las medidas de seguridad se refiere, se lleve a cabo una ampliación de la imposición de la libertad vigilada en los casos de delitos contra la vida y de maltrato habitual doméstico y no a otros delitos de la misma o incluso de mayor gravedad, y de un carácter más o menos semejante (receptación), si bien, como se señalaba anteriormente, parece que ha sido un mero error que se corregirá al alza en el texto definitivo de la reforma. En todo esto hay algo que no encaja, pero que sirve para concluir contrastando la hipótesis de partida: se trata de modificaciones que a la vista de los índices de criminalidad existentes en España son innecesarias, obedecen a razones de mera oportunidad política y de mero encaje de piezas (es decir, de las piezas de un juego que tiene lugar dentro del Código penal, que ha quedado reducido de ser la Constitución en negativo, a un mero mecano). Si a esto se le añade la inclusión en el ordenamiento jurídico español de la pena de prisión permanente revisable, podrá concluirse que se está en manos de un legislador que confía puerilmente en que solo el sometimiento a control de los sujetos contribuirá a robustecer la seguridad ciudadana.

Desde el punto de vista del sistema jurídico, en el que la necesidad de seguridad se presenta en la forma de derechos, la seguridad es también accesoria a todas las otras necesidades reconocidas como tales derechos en el sistema: como afirmaba Baratta *“decir ‘los derechos son ciertos’ significa, desde el punto de vista interno, que la norma que los protege es suficientemente clara, consistente con las reglas y los principios de la Constitución y operacionalmente coherente con el procedimiento legal en el que se debe asegurar su justificabilidad”*,<sup>48</sup> por eso concluye que *“un derecho fundamental a la seguridad”* no puede ser otro que *“el resultado de una construcción falsa o perversa. Más que el derecho a la seguridad debe promoverse la seguridad de los derechos”*.<sup>49</sup> lo que ha de practicarse es pues una política integral de

---

de Derecho», en VVAA, *Peligrosidad social y medidas de seguridad (La Ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto de 1970)*, Editorial Universidad de Valencia, Valencia, 1974, pp. 370-372.

<sup>48</sup> BARATTA, Alessandro, “Seguridad”, en Capítulo Criminológico, 2001/29, p. 6.

<sup>49</sup> BARATTA, Alessandro, “Seguridad”, cit., p. 7.

protección y satisfacción de todos los derechos humanos,<sup>50</sup> incluso de quienes cometen delitos.

En la medida en que se aspira a alcanzar un objetivo tan ambicioso –la lucha contra el delincuente imputable y peligroso– a costa de la prevención especial, persiguiendo con ella solo que los “costes” derivados de la comisión del delito sean superiores a la propia comisión del delito, constituye una extra limitación del *ius puniendi* del Estado: lo que le es ilegítimo en un Estado Democrático de Derecho.

Con la imposición sucesiva de pena privativa de libertad vacía de contenido resocializador y posterior medida de seguridad vigilada que pretende alcanzar lo que la prisión impide que por sí solos logren determinados condenados, se tranquiliza la conciencia del legislador, pues su renuncia previa no puede hacer olvidar que la sociedad reclama castigo, pero reclama también protección y el legislador está preparado para ofrecérsela a sus votantes, a costa de lo que sea. Ese «*lo que sea*» no es más que la dignidad del penado, que se tira por la borda, y con ella, la clave del actual sistema que sostiene al Código penal: si al sujeto que es capaz de comprender la realidad de sus hechos y de comportarse de acuerdo con dicha comprensión, se le impone una medida de seguridad, se le anula como persona, pues se ignora su capacidad de determinación y con ello, su dignidad personal en la medida en que se le trata como si no fuera capaz de autodeterminarse, como a quien padece una alteración mental, o al que tiene alterada la percepción de la realidad: en definitiva, como a quien no sabe lo que hace.<sup>51</sup>

Parece pues haber llegado el momento en el que se ha producido la sustitución del Derecho penal clásico por una Criminología de corte conservador del *statuts quo* oficial. Pero como también se predecía por algunos, semejante sustitución se ha llevado a cabo tal y como se temía: desmantelando las garantías de los ciudadanos frente al poder estatal.

Si se observan, los puntos esenciales de la reforma penal española llevada a cabo en 2010 y de la que se nos viene encima parecen estar claros: normativización de los conceptos de acción y de peligrosidad, consideración del autor como un enemigo social; inocuización del

---

<sup>50</sup> Ver la propuesta de construcción de un sistema de “seguridad de los derechos” de BARATTA, Alessandro, en “Seguridad”, cit., pp. 13 y ss.

<sup>51</sup> LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *El nuevo derecho penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 18.

delincuente como fin del sistema penal; confusión de pena y medida, y defensa social frente a los delincuentes como medio para alcanzar aquél: estas son las bases epistemológicas de este nuevo pensamiento retro de defensa social,<sup>52</sup> ante el que solo desde planteamientos garantistas, se puede intentar hacer frente, frenándolo. En esta línea, resulta sorprendente comprobar cómo la resocialización y la reinserción social siguen siendo el caballo de batalla de la política punitiva de referencia.

Con todo, si bien en 2003 se dio el salto del Código penal de la democracia hacia el Código penal de la seguridad, haciendo un verdadero juego de equilibrio –y no con pocos apuros, como se ha visto, a la hora de sortear y de reinterpretar los principios constitucionales que han de regir la selección, esto es, la medida de la respuesta punitiva-, en estos momentos se acaba de asistir al nacimiento del *Código penal preventivo de la peligrosidad social*<sup>53</sup> –no criminal-, hijo de una democracia punitivista, que como recuerda Donini, ha salido de las urnas.<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “Las medidas de seguridad postpenitenciarias en el Código penal español: el movimiento de Defensa Social Retro del siglo XXI”, LUIS ARROYO *et al.* (eds.), *Securitarismo y Derecho penal. Por un Derecho penal humanista*, Editorial Universidad de Castilla la Mancha-Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 125 y ss.

<sup>53</sup> Véase PICT, Tamara, *La sociedad de la prevención*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, p. 119.

<sup>54</sup> DONINI, Massimo, “Sicurezza e Diritto penale”, *cit.*, p. 3.558.

# ¿Existe un Sistema Penal Transnacional?

DRA. ANA ISABEL PÉREZ CEPEDA\*

## Sumario

- I. Globalización e integración: necesidad de instrumentos supranacionales en la lucha contra la criminalidad transnacional
- II. La noción y el concepto de Derecho penal transnacional
  1. Delitos transnacionales versus delitos internacionales
  2. El sistema jurisdiccional penal transnacional
- III. Propuestas:
  1. La confianza como modelo político para la prevención de los delitos transnacionales
  2. Excepción al principio de territorialidad: principio de jurisdicción transnacional
  3. Principios europeos de jurisdicción penal transnacional.

## I. Globalización e integración: necesidad de instrumentos supranacionales en la lucha contra la criminalidad transnacional

La globalización ha supuesto la transnacionalización del capital a través de las fusiones y flujos, y con un principio de libre circulación a escala mundial en el mercado de nuevas tecnologías, la mayor parte de materias primas y de mercancías manufacturadas.<sup>1</sup> Junto a esto,

---

\* Catedrática de Derecho penal de la Universidad de Salamanca. [cepeda@usal.es](mailto:cepeda@usal.es)

<sup>1</sup> Ante esta situación, el estado-nación se muestra impotente, como señala CASTELLS, M., "La era de la información: Economía, Sociedad y Cultura" en *El poder de la identidad*, Volumen II, ALIANZA, Madrid, 1998, pág. 282, "para controlar la política monetaria, decidir su presupuesto, organizar la producción y el comercio, recabar los impuestos sobre las sociedades y cumplir sus compromisos para proporcionar prestaciones sociales. En suma se

emergen riesgos que están asociados a la universalización de las tecnologías, a la globalización de la economía que oculta a la empresa trasnacional, como autor global que se sustrae a todo control jurídico, y a la globalización de la información. Todo ello caracterizado por la potencial universalización de sus eventuales consecuencias, debido a la abolición de barreras nacionales y, en algunos casos, de clase social o generacional. En este contexto, como señala Terradillos Basoco, puede hablarse también de la globalización del crimen, identificándose con la aparición o la proliferación de manifestaciones criminales de alcance trasnacional.<sup>2</sup> Dicha globalización del crimen, por tanto, recibe un gran impulso por la mundialización de las comunicaciones, por las transacciones comerciales, económicas y financieras, por el enorme crecimiento de los transportes internacionales y por el nacimiento de la megalópolis. En otras palabras, los delincuentes, empresas trasnacionales y grupos delictivos se sirven de fenómenos contemporáneos como la mundialización, convirtiendo a millones de ciudadanos de todo el mundo en víctimas de sus operaciones.

El carácter transnacional de esta delincuencia opera a través de las siguientes estrategias delictivas concurrentes: a) la actuación en el plano internacional permite el acceso a mercados de bienes ilícitos muy lucrativos ante el enorme valor añadido; b) la posibilidad de explorar puntos vulnerables en la sociedad de desarrollo y en las democracias emergentes; c) la posibilidad de canalizar beneficios de origen delictivo mediante un sistema financiero global en el que con la reducción o eliminación de controles es más difícil seguir el rastro, aprovechando las oportunidades que ofrece el mercado lícito para infiltrarse en el mismo y obtener beneficios mayores que a través de una actividad mercantil lícita, objetivo que es consecuencia directa de práctica de la

---

ha perdido parte de su poder económico". Es esto lo que explica que las instituciones y organismos supraestatales, a nivel mundial o en grandes áreas económico-políticas, estén asumiendo competencias que hasta hace poco eran exclusivas de los Estados.

<sup>2</sup> TERRADILLOS BASOCO J., "El derecho de la globalización luces y sombras", en *Trasformaciones del Derecho en la mundialización*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999; el mismo, "El Estado y los conflictos sociales: la función del sistema penal", en *Revista de Derecho Social*, nº 9, 2000, pág. 30.



competencia desleal y de la evasión fiscal;<sup>3</sup> d) la capacidad de operar a distancia, reduce al mínimo del “riesgo penal”, ya que la organización puede realizar su actividad allí donde la sanción penal es menor o nula, bien porque carecen de legislación en materia de crimen organizado o de blanqueo de dinero, bien porque suelen poner trabas a la cooperación policial y judicial internacional.

Los delincuentes se aprovechan de que, ante formas similares de criminalidad transnacional continúa habiendo distintos niveles de reproche social, de represión penal y gravedad de las penas.<sup>4</sup> Esto, tiene repercusiones significativas en indicadores macroeconómicos esenciales.<sup>5</sup> Ante ello, la globalización, genera un espacio transnacional carente de una regulación efectiva, y paralelamente, la ausencia de una respuesta uniforme, como la libre competencia, la estabilidad y solidez del mercado financiero y el buen funcionamiento del sistema democrático y de Derecho.

La tendencia político-criminal actual es que ante la criminalidad dedicada a los tráficos ilícitos y nuevos mercados, que se manifiesta a través de su nueva dimensión transnacional, se plantea la necesidad intervenir sobre esta realidad que es la naturaleza transnacional del delito<sup>6</sup> con los múltiples aspectos de la actividad que ésta comprende: el tráfico de drogas, el tráfico de seres humanos, el tráfico de armas, el mercado de obras de arte y restos arqueológicos, tráfico de vehículos, los delitos cometidos a través de la informática, la falsificación de tarjetas de crédito, los crímenes contra el medio ambiente, el tráfico ilícito de órganos, el blanqueo de enormes cantidades de dinero, y muchos otros delitos graves.

---

<sup>3</sup> JIMÉNEZ VILLAREJO, C., “Problemas derivados de la internacionalización de la delincuencia económica” en *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, (Dir. García Arán), Consejo General del Poder Judicial, pág. 152.

<sup>4</sup> *Ibídem*, pág. 154.

<sup>5</sup> SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “Perfil criminológico de la delincuencia transnacional organizada”, en SERTA. In memoriam Alexandra Baratta (ed. Pérez Álvarez), Universidad de Salamanca, 2004, pág. 659.

<sup>6</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Segunda edición, revisada y ampliada, Cívitas, 2001, pág. 95 y ss.

Estos delitos transnacionales, ponen en crisis las tradicionales modalidades de prevención del crimen. Podemos constatar que, desde la perspectiva del análisis de la eficiencia preventiva del Derecho, más concretamente de las sanciones penales, el Derecho penal surgido al calor de la delincuencia tradicional no es otro que el aumento generalizado del rigor de las penas en el contexto de un aparato garantístico debilitado y de un sistema flexible y pragmático de imputación, es decir, los atributos más notables del fenómeno expansivo del Derecho penal moderno. Este tratamiento expansivo del Derecho penal moderno, pretende ahora también extenderse a la criminalidad de grupo o profesional, compuesta mayoritariamente por extranjeros, que proceden de sectores marginales y excluidos.

Junto a ella, existe otro tipo de delincuencia económica transnacional que ha adoptado desde hace tiempo estrategias globales, haciendo uso de los sistemas de información modernos y de la apertura de las fronteras; hace objeto de agresión a las tecnologías sensibles, y por tanto, vulnerables, se beneficia de las diferencias económicas entre el primer, segundo y tercer mundo, de las desregulaciones político-financieras de las comunidades económicas, de las necesidades de consumo de viejas y nuevas sociedades, etc. La amenaza de la delincuencia transnacional económica y financiera para la sociedad reduce la visibilidad tanto de los crímenes como de sus víctimas. Sin embargo, respecto a este tipo de criminalidad transnacional llevada a cabo habitualmente mediante empresas, se mantiene la desregularización, no existe un acuerdo o código internacional que límite o controle sus prácticas, ni siquiera cuando éstas pueden tener consecuencias probadamente lesivas para los Derechos humanos de una multitud de víctimas. En este ámbito, el fenómeno de la globalización en el ámbito doctrinal ha supuesto una regresión en el pensamiento jurídico-penal, pues cabe observar que el pensamiento único o fundamentalista de Mercado, convierten en dogma lo que es un ideal, es decir, da como realidad un deber orientador, que es el equilibrio de los mercados.<sup>7</sup> Así, respecto a las empresas transnacionales que llevan a cabo conductas delictivas no se adoptan medidas preventivas tratando de prohibir y criminalizar

---

<sup>7</sup> ZAFFARONI, E. R., "La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal", ejemplar mecanografiado de una conferencia pronunciada en el 2º Seminario Internacional de Derecho penal organizado por el Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias penales en México, 1999, pág. X.

determinadas prácticas. Únicamente se discute cómo establecer un nuevo sistema de imputación penal para, en el mejor de los casos y por delitos menos graves, imponerles una multa, omitiendo la necesidad de perseguir y castigar penalmente porque se trata de delitos graves a sus responsables.

Ante el riesgo que representa toda la delincuencia transnacional que se aprovecha de las posibilidades técnicas globales, las normas nacionales cada vez son menos eficaces. Se avanza cada vez más hacia el vacío al reclamar leyes nacionales en virtud de la igualdad de armas en la lucha contra la delincuencia transnacional.<sup>8</sup> Cuando los ciudadanos y las empresas se globalizan, es decir, utilizar cada vez más sus derechos a la libre circulación, a ofrecer servicios y productos, etc., entonces el sistema de justicia penal también debe globalizarse respetando Derecho y garantías.<sup>9</sup>

Uno de los problemas es el carácter paradójico de los modelos de integración regional presente –la afinidad tecnológica y cultural–, se complica ulteriormente cuando se trata de encontrar una afinidad de los sistemas jurídico penales de los diferentes países y regiones, dado que en la dimensión económica, valorativa y factual emerge la realidad unívoca de cada sociedad nacional individual que contradice una creciente interdependencia impuesta por la internacionalización del desarrollo histórico, lo que dificulta desarrollar medidas preventivas.

Otro problema es que sólo pueden luchar contra la delincuencia transnacional mediante los órganos de persecución penal dentro de las propias fronteras geográficas: el Derecho penal y la persecución penal están ligadas a la soberanía del Estado, que no puede actuar fuera de sus fronteras por muy condenable que sea el delito cometido, aun cuando se haya cometido justo detrás de la frontera y afecte a los ciudadanos nacionales.<sup>10</sup> Si bien la solución lógica sería la extraterritorialidad de la ley penal, esto puede provocar concurrencia de jurisdicciones,

---

<sup>8</sup> Vid, DÄUBLER-GMELIN H., “Globalisierunggehtkeineswegs Hand in Hand mitglobalemRecht”, en *Frankfurter Rundschau*, nº 90.

<sup>9</sup> VERVAELE J. A.E., “Ne BisIn Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?” en *Utrecht Law Review*, Volume 9, Issue 4 (September), 2013, <http://www.utrechtlawreview>.

<sup>10</sup> Entre los acuerdos multilaterales se encuentran principalmente acuerdos en el ámbito del Derecho de extradición y de asistencia jurídica, así como la INTERPOL, que constituye el convenio más antiguo en el ámbito de coope-

riesgo de dobles incriminaciones, debilitamiento de los derechos de las víctimas, sospechosos y acusados. Por ente, son insuficientes las reglas procesales para acreditar delitos de esta naturaleza, están obligados a ir al extranjero para la obtención de pruebas, la detención y la extradición o la entrega de sospechosos, la confiscación de bienes, especialmente en el conocimiento de las operaciones y situación económica de los individuos y empresas que intervienen, deben abordarse los conflictos de jurisdicción y la asignación de la investigación y el enjuiciamiento penal.

Ciertamente, la transnacionalización de la criminalidad representa un enorme reto para la creación e internacionalización del sistema penal en el ámbito de la cooperación internacional, nacional, interregional y bilateral. Si se quiere llevar a cabo políticas de intervención preventivas y represivas, la coordinación con los gobiernos y las autoridades extranjeras es crucial, pues sólo así podrán intentarse atajar las causas y desarrollarse las acciones internacionales especiales. También se hace indispensable dar un impulso a una cooperación internacional y regional externa y fluida, que investigue y reprima con garantías y eficazmente este tipo de criminalidad a través de una prevención y represión multilateral y bilateral basada una cooperación judicial integral y una jurisdicción de alcance trasnacional.

Desde esta última demanda, los interrogantes que se plantean son la conveniencia y legitimidad de la aplicación extraterritorial de las normas nacionales, es decir, la legitimidad en el establecimiento de sanciones penales por parte de una entidad extraterritorial, y la necesidad de adoptar unos principios y normas de jurisdicción penal, que respeten el derecho a un proceso debido. Por todo ello, en las páginas siguientes, se tratará de profundizar sobre el concepto de delincuencia transnacional, se valorarán los instrumentos internacionales, regionales y nacionales existentes para hacer frente a dicho tipo de delincuencia y si, realmente, se puede hablar de un Derecho penal trasnacional, así como se realizaran las propuestas oportunas tendentes a garantizar el proceso debido para este tipo de delincuencia transnacional.

---

ración policial. Otro ejemplo importante de acuerdo multinacional semejante es el Convenio de aplicación de Schengen de 1993.

## II. La noción y el concepto de Derecho penal transnacional

El primer problema que se presenta cuando se aborda la aplicación de los principios y garantías del sistema penal al ámbito transnacional, no es meramente terminológico, internacional-transnacional, se trata de diferenciar: por una parte, los crímenes internacionales, afirmándose seguidamente comúnmente admitidos, pero sobre todo, identificados como las violaciones más graves a los derechos humanos, siendo desigualmente perseguidos y sancionados. Por ejemplo, los crímenes internacionales codificados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), incluyendo violaciones punibles del Derecho internacional humanitario. Por la otra, los delitos transnacionales, que no tienen un concepto compartido en el Derecho penal internacional o regional, salvo el geográfico y de frontera.

Tampoco tenemos nociones precisas entre la legislación penal nacional, Derecho penal internacional, estricto sensu, y legislación penal europea. Aunque evidentemente, existe una política criminal que correlaciona las tres, siempre la nacional en este ámbito a rebufo de las anteriores.

La legislación europea, se ha centrado esencialmente en los años 90 y a comienzos de siglo, en la delincuencia transnacional, geográfica, de fronteras (“seguridad”), ahora se torna forzada por el devenir de los hechos, financiera, pero no sólo de los intereses exclusivos de la Unión. El término transnacional, objeto de este trabajo, se puede definir simplemente a modo de exclusión. Crímenes transnacionales no son crímenes básicos internacionales (Derecho penal *stricto sensu* internacional).

### Delitos transnacionales versus delitos internacionales

A veces se utilizan de forma intercambiable los términos “crimen internacional” y “delito transnacional” a la hora de describir una conducta o actividad que tiene dimensiones internacionales. Se trata principalmente de una cuestión de la naturaleza del delito de que se trate. En el Derecho internacional, los crímenes internacionales son considerados como una preocupación de la internacional comunidad en su conjunto, o *delicta iuris gentium*. Son aquellas conductas que amenazan el orden internacional o valores internacionales. Estos delitos son directamente prohibidos por el Derecho penal internacional y se establece una responsabilidad penal individual. Actualmente, el número de crímenes que pertenecen a esta categoría se limita, según el Estatuto de Roma de Corte Penal Internacional, sólo los crímenes de guerra,

crímenes de agresión, crímenes de lesa humanidad y el genocidio son considera que pertenecen a esta categoría.

Pero, existen otros delitos cuya prohibición está firmemente establecida en el Derecho internacional consuetudinario, y constituye *iuscogens*. En el Derecho internacional convencional determinados delitos tienen el carácter de *iuscogens* debido a su naturaleza horrenda y a su impacto negativo en la paz y la seguridad.<sup>11</sup> Se trata de una obligación inderogable impuesta sobre todos los Estados como una consecuencia del carácter *iuscogens* de determinados crímenes. El *iuscogens* incorpora valores fundamentales para la comunidad internacional, valores tan importantes que se imponen por encima del consentimiento de los Estados, que en el Derecho internacional condiciona la validez de las normas. De ahí que el *iuscogens* no pueda ser derogado salvo por normas que tengan el mismo carácter, reconocidas como tales por la comunidad internacional en su conjunto. El Derecho imperativo, configurado con estas características, siempre origina una obligación *erga*

---

<sup>11</sup> Los Convenios internacionales a veces imponen a través del reconocimiento del principio de justicia universal la obligación de enjuiciar y castigar a quienes han cometido crímenes internacionales. Vid., por ejemplo, Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, 4 de septiembre de 1956, 266 UNTS 3; Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, adoptada el 30 de noviembre de 1973, 1015 UNTS 244; Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, abierto a la firma el 16 de diciembre de 1970, 10 ILM 133; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, abierto a la firma el 23 de septiembre de 1971, 10 ILM 1151; Convención internacional contra la toma de rehenes, adoptada el 12 de diciembre de 1979, Res. AG 34/146, UN GAOR, 34.º período de sesiones, Sup. N.º 99, UN Doc.A/34/819, 18 ILM 1456 (1979); Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, adoptada el 10 de diciembre de 1984, S. Treaty Doc. N. 100-20, 1465 UNTS 85, Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas, U.N. Doc. A/RES/52/164, 9 January 1998; Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, en 1456 U.N.T.S., No. I-24.631; Convenio de Ginebra de 20 de abril de 1929 para la represión de la falsificación de moneda.

*omnes*<sup>12</sup> que es vinculante aún para aquellos Estados que rechazan reconocer dicha obligación que se origina en el Derecho internacional consuetudinario y en los Principios generales del Derecho han servido de base para la elevación de ciertos crímenes internacionales a la categoría de *iuscogens*.

A este fundamento principal sobre su obligatoriedad se deben añadir otros dos para alegar el carácter de *iuscogens* de la norma internacional. En primer lugar, que la norma esté generalmente admitida por los Estados de la comunidad internacional, y en segundo término, que el Derecho convencional internacional debe obedecer, bajo sanción de nulidad del tratado, a las normas imperativas de Derecho internacional general —*iuscogens*—, como lo determina el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.<sup>13</sup> Pero, una norma que se constituye como norma imperativa de Derecho internacional público no implica su ejecución automática a través de un procedimiento

---

<sup>12</sup> En opinión del TIJ, como señala CEBADA ROMERO, A., “Los conceptos de *obligación erga omnes, iuscogensy violación grave* a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los estados por hechos ilícitos” en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2002, Recuperado de [www.reej.org](http://www.reej.org), en el asunto *Barcelona Traction*, este tipo de obligaciones *erga omnes* se caracteriza porque se contraen ante toda la comunidad internacional e incorporan valores esenciales para la comunidad internacional (protegen derechos esenciales), siendo este rasgo el que justifica que todos los Estados tengan un interés jurídico en su cumplimiento. De manera que la expresión “frente a todos” se traduce por “frente a toda la comunidad internacional”. Esto parecería descartar a las obligaciones contraídas sólo en relación con algunos Estados, es decir a las obligaciones que tienen única y exclusivamente una naturaleza convencional. Sin embargo, lo cierto es que el TIJ en su pronunciamiento introdujo un elemento generador de confusión al distinguir un doble origen de las obligaciones *erga omnes*, sosteniendo que algunas de ellas habían quedado incorporadas al Derecho internacional general, mientras que otras se proclamaban en tratados internacionales de carácter universal o cuasi-universal.

<sup>13</sup> El referido concepto, recoge una definición de *iuscogens* o derecho imperativo, lo cierto es que es una definición incompleta que se centra en las consecuencias derivadas del carácter imperativo de una norma en los supuestos de colisión con una norma internacional convencional. Este carácter obligatorio impide que las normas de derecho interno de los Estados-Parte de un convenio se esgriman para justificar el incumplimiento de ese tratado.

penal por parte de los tribunales de cualquier Estado. Más bien, la búsqueda de la competencia de dictar sentencia sobre cierto tipo de hechos fuera de los límites territoriales que debe fundamentarse tanto en los Tratados mencionados como —a falta de una disposición expresa— en la *ratio*, por la cual se produzca la clasificación de cierto tipo de acto como *iuscogens* en un caso determinado.

El hecho de que el Derecho penal internacional convencional y consuetudinario han sido catalogados como crímenes de *iuscogens*: piratería, esclavitud y prácticas relacionadas con la esclavitud, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, genocidio, *apartheid* y tortura,<sup>14</sup> teniendo como consecuencias: la imprescriptibilidad de dichos delitos, la exclusión de cualquier tipo de impunidad, tales como las inmunidades, y la aplicación de la jurisdicción universal.

En el Estado español, el art. 96 de la Constitución establece la plena incorporación al ordenamiento interno de los Tratados internacionales válidamente celebrados. En esta situación, no es la ley interna la que prima, ni siquiera el Derecho convencional internacional en exclusiva, sino el Derecho penal internacional en su conjunto (sus fuentes). En consecuencia, si la ley nacional no incluye la incriminación universal para algún *crimen internacional*, la condición de *iuscogens* de los crímenes internacionales (derivado del Derecho convencional o consuetudinario) despliega toda la eficacia sobre las obligaciones que los Estados han contraído para el enjuiciamiento de estos crímenes.<sup>15</sup> Sin embargo, aunque suelen ser cometidos a una escala masiva, los delitos internacionales pueden ser cometidos dentro de la jurisdicción de un Estado, a diferencia de la noción de la delincuencia transnacional.

El concepto de delito transnacional no es exactamente nuevo. En el Quinto Congreso de Naciones Unidas sobre el Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente en 1975, el concepto de crimen

---

<sup>14</sup> Vid., BASSIOUNI, CH., "Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea", en *18 Ensayos Justicia Transicional, Estado de Derecho y Democracia*, Selección de textos traducidos del inglés al castellano por el Centro de Derechos Humanos con el apoyo de la Fundación Sueca para los Derechos Humanos, 2005, págs. 1 y ss.

<sup>15</sup> Esto, de algún modo, haría, incluso, innecesaria no sólo la existencia de la cláusula *p* del art. 23.4 LOPJ sino también la del resto de los apartados del art. 23.4 LOPJ, ante el deber de la aplicación directa del DPI (convencional, consuetudinario y principios).



transnacional se define como el crimen “que se extiende a través de la fronteras de dos o más países”.<sup>16</sup> En la década de 1990, las Naciones Unidas define aún más el término como “delitos cuya creación, de prevención y / o efectos directos o indirectos afectan a más de un país”.<sup>17</sup> En la Declaración política de Nápoles también reconoce este elemento. Sin embargo, aunque las definiciones hasta ahora de delitos transnacionales han sido flexibles, es importante tener en cuenta que la aplicación de la Convención contra la delincuencia organizada transnacional de las Naciones Unidas (Palermo, Conferencia política de las Naciones Unidas, 12-15 diciembre de 2000, ratificada por España y publicada en el BOE de 29 de septiembre de 2003) requiere la transnacionalidad.<sup>18</sup> Esta Convención estrictamente se refiere a los aspectos transnacionales de la comisión del delito o sus efectos transnacionales, de tal manera que los delitos transnacionales no son más que delitos nacionales, que suelen tener repercusiones en más de una jurisdicción, o no tener un vínculo extraterritorial debido a la nacionalidad extranjera de la víctima o el delincuente o el buque y sólo en interés de la fiscalía de un Estado.<sup>19</sup> Obviamente la naturaleza transnacional de un delito no se limita sólo a la delincuencia organizada. Fijnaut sostiene que término “crimen transnacional” es un concepto tipo contenedor porque incluye diferentes tipos de crímenes, incluida la delincuencia empresarial (evasión de impuestos, fraude a la seguridad social, etc.), la delincuencia profesional (robos graves, el secuestro, la piratería, el fraude de seguros) y el crimen político (delitos de terrorismo relacionados,

---

<sup>16</sup> A/CONF.56/3 (1- 12 Septembcr 1975), par. 22.

<sup>17</sup> A/CONF.169/15/Add.I (4 April 1995), para 9.

<sup>18</sup> A los efectos de esta Convención un delito tiene un carácter transnacional cuando (art. 3.2): “a) Se comete en más de un Estado; b) Se comete dentro de un sólo Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; c) Se comete dentro de un solo Estado pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o d) Se comete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro Estado”.

<sup>19</sup> Enestesentido, GLESS/VERVAELE, Law Should Govern: Aspiring General Principles for Transnational Criminal Justice, en *Utrecht Law Review*, Volume 9, Issue 4 (September), 2013, <http://www.utrechtlawreview>.

genocidio, etc.).<sup>20</sup> Sin embargo, el término se vincula a delincuencia organizada porque se entiende que transnacional es un término menos variable que organizado. No obstante, esta Convención estrictamente se refiere a los aspectos transnacionales de la comisión del delito o sus efectos transnacionales.

Los delitos transnacionales, por tanto, surgen para reprimir conductas con un elemento transfronterizo (elemento transnacional fenomenológico). La transnacionalidad, entendida esta como los fenómenos que trascienden las fronteras estatales, afectando normas de diversos países o teniendo un impacto de algún tipo en otro Estado. Pero, si se atiende al Prefacio de la Convención y al contenido de sus Protocolos,<sup>21</sup> también pueden ser considerados delitos transnacionales aquellos que, sin requerir la existencia de un elemento transfronterizo, pretenden evitar y reprimir conductas cuya comisión produce tal rechazo que existe un consenso internacional sobre su ilegalidad. Este elemento transnacional

---

<sup>20</sup> FIJNAUT C., "Transnational Crime and the Role of the United Nations in Its Containment through international Cooperation: A Challenge for the 21st Century", en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 8, no. 2, 2000, págs. 119 y ss.

<sup>21</sup> Se regulan dos Protocolos ulteriores que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada transnacional: el primer Protocolo contra el tráfico de migrantes por tierra, mar y aire (BOE de 10 de diciembre de 2003), tiene como objetivo "prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes, así como promover la cooperación entre los Estados Parte con ese fin, protegiendo al mismo tiempo los derechos de los migrantes objeto de dicho tráfico" (art.2); el segundo Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional regula el fenómeno de la trata de personas (BOE de 11 de diciembre de 2003). Sin embargo, todavía no ha entrado en vigor en España el Protocolo contra el tráfico ilegal de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, hecho en Nueva York el 31 de mayo de 2001. Este Protocolo entró en vigor el 3 de julio de 2005. Hasta la fecha, 18 Estados miembros de la UE lo han firmado y 16 Estados miembros son Partes Contratantes, lo que incluye a 12 Estados miembros que lo han ratificado (Bélgica, Bulgaria, Chipre, Estonia, Italia, Lituania, Polonia, Eslovaquia, Eslovenia, Portugal, Suecia y Finlandia) y a cuatro Estados miembros adherentes (España, Letonia, Países Bajos y Rumanía).

normativo estará vinculado normalmente a la violación de derechos humanos, pero ello no es un requisito necesario.<sup>22</sup>

Puede constarse como, la comunidad internacional tiene abordado la cuestión sólo de forma selectiva, principalmente en ámbitos delictivos que afectan a jurisdicciones de diferente naturaleza, como delincuencia organizada transnacional. Si tales conceptos serán útiles para todos los ámbitos de la delincuencia transnacional está todavía por determinar.<sup>23</sup>

En el marco de la Organización de Estados Americanos con la adopción de la “Declaración sobre Seguridad en las Américas” por la Conferencia Especial sobre Seguridad celebrada en México, en octubre de 2003, se ha afianzado, en efecto, el conocimiento y la comprensión de la gravedad que representa, como nuevas amenazas a la seguridad, la delincuencia organizada transnacional y otros delitos internacionales. La Declaración incluye una condena expresa a la delincuencia organizada transnacional por atentar contra las instituciones del Estado y tener efectos nocivos sobre las sociedades, y renueva, por lo tanto, el compromiso de combatirla, fortaleciendo el marco jurídico interno, el Estado de Derecho y la cooperación multilateral respetuosa de la soberanía de cada Estado, y llevando adelante, entre otras acciones, la plena implementación de las obligaciones contraídas en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Internacional y sus tres Protocolos “para que el lavado de activos, el secuestro, el tráfico ilícito de personas, la corrupción y los crímenes relacionados se tipifiquen como delito en el Hemisferio y que los bienes producto de esos delitos se identifiquen, rastreen, congelen o incauten y, en último término, se decomisen y enajenen Asimismo, mejoraremos la coordinación y la cooperación técnica para fortalecer las instituciones nacionales que se dedican a prevenir y sancionar estos delitos transnacionales y a identificar y enjuiciar a los miembros de las organizaciones

---

<sup>22</sup> *Vid.*, la diferencia entre el elemento transnacional fenomenológico y el elemento transnacional normativo en BOISTER, N., “Transnational Criminal Law?”, en *European Journal of International Law*, n° 5, 2003, págs. 953-976.

<sup>23</sup> En este sentido, *vid.*, GLESS/VERVAELE, Law Should Govern: Aspiring General Principles for Transnational Criminal Justice, en *Utrecht Law Review*, Volume 9, Issue 4 (September), 2013, <http://www.utrechtlawreview>

delictivas transnacionales”.<sup>24</sup> Aunque los más recientes debates e iniciativas adoptadas en el ámbito multilateral, a la vez que traducen la voluntad por una acción reforzada en la búsqueda de soluciones eficaces y adecuadas a la magnitud de los desafíos que se enfrentan, reflejan la especial preocupación de la comunidad internacional, y en particular de los países de la región, por asegurar una verificación de esos avances mediante la fijación de plazos y la previsión de un seguimiento a sus objetivos.<sup>25</sup> Empero, solo contiene esta enumeración de delitos de delincuencia organizada transnacional en el pronunciamiento 25 sobre Compromisos y acciones de cooperación, no una definición de delincuencia transnacional.

Por su parte en la integración europea, la libre circulación de bienes, personas y capitales en toda la UE ha supuesto que las actividades delictivas sean más fácil de realizar. La proximidad de la Estados sucesores de la Unión Europea fue un impulso para la delincuencia transnacional. Por ello, la preocupación resultante de los gobiernos europeos en el control de la criminalidad transnacional condujo al desarrollo jurídico e institucional progresiva dentro la UE para prevenir y reprimir estos delitos. El Derecho penal europeo en el Tratado de Lisboa, modelo federal *sui generis* se han empleado diversos términos: “federalismo intergubernamental”, “federalismo supranacional”, “federalismo transnacional” o “federalismo internacional”. En cualquier caso, lo que sí parece que puede afirmarse es que la Unión Europea se configura en torno a un modelo político federal, en el que la elaboración de un Derecho penal transnacional europeo puede ser un mecanismo de integración europea, no solo legítimo, sino imprescindible en ciertos casos.

---

<sup>24</sup> “Declaración sobre Seguridad en las Américas” por la Conferencia Especial sobre Seguridad celebrada en México, en octubre de 2003, 25, Al considerar la Declaración interamericana que esas amenaza afectan la seguridad y entre otros perjuicios, según sea el caso, pueden socavar las instituciones y la confianza de la sociedad, o producir daños económicos o afectar las instituciones financieras, reconoce la validez de las Convenciones e impulsa el fortalecimiento de la cooperación.

<sup>25</sup> RICARDES, R.A., “El tratamiento de la delincuencia organizada transnacional y otros delitos en la agenda internacional e interamericana”, en *Delincuencia transnacional organizada. Lavado de activos, narcotráfico y financiamiento del terrorismo*, Catedra Jurídica, 2011, pág. 21.

De acuerdo con el art. 68 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE), “el Consejo Europeo definirá las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa en el espacio de libertad, seguridad y justicia”, asumiendo competencias respecto a la criminalidad con dimensión transfronteriza cuando en el art. 83.1 TFUE se autoriza la aprobación normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes. En concreto, debería darse prioridad a: a) el terrorismo; b) la trata de seres humanos, la explotación sexual de mujeres y niños; c) el tráfico ilícito, de drogas; d). El tráfico ilícito de armas; e) el blanqueo de capitales; f) la corrupción; g) la falsificación de medios de pago; h) la delincuencia informática; i) la delincuencia organizada. Las directivas que se dicten sobre estas materias podrán contener tanto un catálogo de figuras delictivas, como cuestiones relativas a la parte general del Derecho penal (punibilidad de la tentativa, imprudencia, participación, responsabilidad penal de personas jurídicas, etc.), así como a cuestiones penológicas.

Posteriormente, emplea en principio un criterio fenomenológico o criminológico excesivamente amplio cuando prevé que el Consejo podrá adoptar una decisión que determine otros ámbitos delictivos que respondan criterios referidos. Para ello, se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo. Tales criterios son la especial gravedad de los delitos y su dimensión transfronteriza. La cuestión es si por delitos graves debe entenderse aquellos que, además de la existencia de un elemento transfronterizo, son conductas cuya comisión produce tal rechazo que existe un consenso internacional sobre su ilegalidad (elemento transnacional normativo). Con esta interpretación tenderemos un concepto criminológico-normativo, más restrictivo que el meramente fenomenológico que la transnacionalidad, aunque abierto a posibles incorporaciones de delitos transnacionales graves, siempre que se respete además las directrices marcadas en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 20 de septiembre de 2011 donde se insiste en el cumplimiento del principio de *ultima ratio* penal y del principio de subsidiariedad europeo, estableciendo que la Unión solo puede legislar cuando el objetivo no puede alcanzarse en una forma más efectiva mediante medidas a nivel nacional, regional o local.

Todo ello sin olvidar que también asume competencias respecto a la criminalidad transnacional lesiva de intereses netamente europeos,

cuando el art. 83.2 TFUE se amplía el catálogo de materias en las que cabe el uso de directivas a fin de armonizar las Legislaciones penales “cuando la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de La Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización”. Se prevé así, la protección de “bienes jurídicos europeizados”, a través de la armonización de “los delitos contra instituciones y valores europeos no solamente pueden ser “transnacionales”, y con ello “europeos”, en relación con el lugar de la acción delictiva, sino sobre todo también en relación con los portadores europeos del bien jurídico o con el bien jurídico europeo atacados por ellos, cuando ello afecte las bases comunes de muchos países europeos”. Especialmente en el ámbito de la delincuencia económica.<sup>26</sup>

Por último, también se amplía a la protección de los intereses financieros de la Unión Europea el art. 325.4 TFUE, la Unión y los Estados miembros combatir el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión adoptando las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a tales intereses a fin de ofrecer una protección eficaz. Además, equivalente en los Estados miembros y en las instituciones órganos y órganos de la Unión. Esto abre puerta a la adopción de directivas también en este ámbito, aunque en este precepto no se dice expresamente que también cabe recurrir al Derecho penal tanto respecto a la protección de los intereses financieros, que comprende las acciones lesivas tanto de ingreso (evasión de tributos) como de gasto (fraude de subvenciones). La armonización en esta materia se añade a la exigencia de asimilación los Estados miembros protegen sus intereses financieros a través del Derecho penal. Por último, recordar que el art. 325.4 TFUE prevé

---

<sup>26</sup> Son competencias de la Unión Europea las siguientes (art. 3.1 TUE): la Directiva 2008/99/CE, de 19 de noviembre, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal y la Directiva 2009/52/CE, de 18 de junio, por la que se establecen normas mínimas sobre sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular. También podría ampliarse al Derecho societario, al Derecho de la competencia (por ejemplo, la publicidad engañosa) o el Derecho alimentario, así como los ámbitos relativos a la salud laboral 149 o a la propiedad intelectual e industrial, todo ello en aras a garantizar el desarrollo de la política comercial común y del correcto funcionamiento del mercado interior

la creación de una fiscalía Europea precisamente para combatir las infracciones que perjudiquen los intereses financieros de la Unión, lo cual indica claramente que se da por hecho de que va a existir una protección de tales intereses a través del Derecho penal.

Puede constatarse que las competencias de la UE, exceden el concepto de delincuencia transnacional, cuando asume además la protección de intereses netamente europeos y los intereses europeos financieros de la UE. Se desarrolla así, un Derecho penal europeo que inicialmente, como se ha señalado, gana función y peso exclusivamente en cuanto a garantía de las regulaciones primarias de carácter jurídico-económico,<sup>27</sup> pretendiendo afrontar también la delincuencia transnacional y los fenómenos de infiltración/alteración de la vida política y el mundo económico y financiero. La finalidad de la armonización, según Romeo Malanda<sup>28</sup> es: a) desarrollar una función simbólica y pedagógica (de prevención general positiva), que busca la afirmación de la importancia de los intereses protegidos por el cuerpo social de referencia y, con ello, la construcción de una identidad colectiva común en torno a la protección penal de esos intereses; b) evitar respuestas jurídicas muy diversas en ámbitos donde la lesividad del hecho es la misma. Evitar que se produzca una concurrencia de jurisdicciones, de tal modo que el autor del hecho delictivo pueda conseguir, en el caso de ser descubierto, ser juzgado en aquel estado que ofrece una legislación más beneficiosa (*forum shopping*); c) hacer previsible las respuestas jurídicas a los comportamientos de los ciudadanos, especialmente la posible punibilidad de las mismas, pues dada la naturaleza transnacional de muchas actividades en el seno de la Unión Europea, el sujeto se ve confrontado con la validez paralela de 27 ordenamientos penales soberanos; d) favorecer, en última instancia, el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales.<sup>29</sup>

En suma, aunque en la década de los 50 del siglo pasado, Jessup definía "Derecho transnacional" como el conjunto de todas las leyes que regula acción o acontecimientos que trascienden las fronteras

---

<sup>27</sup> TIEDEMANN, K., "Presente y futuro del Derecho penal europeo", en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, 2005, pág. 1029.

<sup>28</sup> ROMEO MALANDA, S., "Un nuevo modelo de Derecho penal transnacional: el Derecho penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa", en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII, 2012, págs. 361 y ss.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

nacionales.<sup>30</sup> Sin embargo, aunque, como hemos visto, se ha avanzado en la definición de fenómeno, no sucede lo mismo con una definición del Derecho penal transnacional o de justicia penal transnacional. La delincuencia transnacional ha ganado más y más atención durante las últimas décadas, pero vemos que aún carecen de un conjunto de normas que aborden de manera integral los delitos transnacionales. En cualquier caso, como ha señalado Gless/Vervaele, los delitos transnacionales no son más que delitos nacionales, cuyas definiciones han sido asimiladas, que suelen tener repercusiones en más de una jurisdicción, o tener un vínculo extraterritorial debido a la nacionalidad extranjera de la víctima o el delincuente o el buque. Esta definición abarca todas las situaciones en las que surgen determinados problemas porque la conducta no sólo afecta a una jurisdicción.<sup>31</sup>

## 2. El sistema jurisdiccional penal transnacional

En el ámbito jurisdiccional, como es sabido los ordenamientos jurídicos nacionales, en principio, sólo pueden luchar contra la delincuencia internacional mediante los órganos de persecución penal dentro de las propias fronteras geográficas: el Derecho penal y la persecución penal están ligadas a la soberanía del Estado, no puede actuar fuera de sus fronteras por muy condenable que sea el delito cometido, aun cuando se haya cometido justo detrás de la frontera y afecte a los ciudadanos nacionales. Ante esta realidad, en el marco de la tradicional cooperación jurídica en la persecución penal, varios países han realizado acuerdos, tanto bilaterales como multilaterales, dentro del marco del Derecho internacional público.

Podemos destacar los instrumentos de carácter universal, pues es precisamente, el elemento de la transnacionalidad el que permite que la Convención contra la delincuencia organizada transnacional de las Naciones Unidas (Palermo, Conferencia política de las Naciones Unidas, 12-15 diciembre de 2000) pueda aplicarse en cuanto a sus disposiciones relativas a la cooperación en materia penal, en particular respecto de la extradición y la asistencia judicial. Con el fin de mejorar

---

<sup>30</sup> JESSUP P. C., *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956, pág. 2.

<sup>31</sup> GLESS/VERVAELE, *Law Should Govern: Aspiring General Principles for Transnational Criminal Justice*, en *Utrecht Law Review*, Volume 9, Issue 4 (September), 2013, <http://www.utrechtlawreview>



la cooperación frente a las manifestaciones transnacionales del problema, la Convención establece una amplia colaboración internacional, respecto a las actividades delictivas transnacionales donde el componente económico resulta primordial: la asociación delictiva con miras a obtener beneficios por la comisión de delitos graves. Por ende, la regulación del decomiso, resulta ampliamente detallada en sus arts. 12, 13 y 14, reiterando en su contenido, como en la normativa sobre asistencia internacional, las previsiones del Convenio de Viena, pero ahora dimensionada por proyectarse sobre un mayor número de delitos. También se prevé comprometer a los Estados para que sancionen penal, civil o administrativamente, a la persona jurídica por los delitos cometidos a través de ella (art. 10.2). Otros como los Convenios de Naciones Unidas en materia de lucha contra el terrorismo, corrupción, el tráfico de drogas y el Convenio relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal 2005, prevén disposiciones relativas a la cooperación en materia penal.

Existen los instrumentos de carácter regional, como el Convenio Europeo de Extradición, de 13 de diciembre de 1957, el Convenio Europeo de Asistencia judicial en Materia Penal, de 20 de abril de 1959, o el Convenio Europeo sobre Cibercriminalidad, de 23 de noviembre de 2001. Un paso importante en esta materia, supone la orden de detención europea, mediante Decisión Marco del Consejo de 13/6/2002. Esta orden se considera la primera concreción del reconocimiento mutuo, calificado por el Consejo como piedra angular de la cooperación judicial, que viene a reemplazar todos los instrumentos anteriores en el ámbito de la extradición en las relaciones entre los Estados miembros (EM) e incide de forma trascendental en la hasta hora tradicional posición jurídica de los ciudadanos y permite la extradición de los propios ciudadanos frente a las persecuciones de países extranjeros. Se establece la extraterritorialidad del tipo penal y además suprime el principio de doble incriminación. El art. II de la Decisión marco la prevé para una larga lista de delitos. Además, la doble punibilidad de la conducta perseguida que hasta ese momento se requería ya no tiene que ser aprobada; de esta manera se ha abandonado otro principio del derecho de extradición. La principal crítica que se realiza contra la supresión de la doble incriminación es que resulta contraria al principio de seguridad jurídica, en cuanto que no le permite confiar en la legislación penal del país en que se encuentra. Por ello sólo debe exceptuarse ante hechos graves. Los supuestos en que exista una confianza razonable en la legalidad de la conducta pueden solventarse a través del error de prohibición. Pero, por otro lado, la desaparición del principio de doble incriminación obliga a las autoridades judiciales nacionales a

detener y entregar a las autoridades de otro país, a personas imputadas de delitos que no está claro que fueran constitutivos de delito en el país o que, al menos, se ignora qué figura delictiva concreta constituirían, con merma evidente del principio de legalidad en su vertiente de taxatividad de las normas penales.

Un paso definitivo ha sido el principio de reconocimiento mutuo, proclamado en el art. 82 (TFUE), que se ha convertido en la piedra angular de la cooperación judicial europea en materia penal. Este nuevo modelo de cooperación judicial, como se manifiesta en la Exposición de Motivos de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, por la que España reconoce este principio, “conlleva un cambio radical en las relaciones entre los Estados miembros de la Unión Europea, al sustituir las antiguas comunicaciones entre las autoridades centrales o gubernativas por la comunicación directa entre las autoridades judiciales, suprimir el principio de doble incriminación en relación con un listado predefinido de delitos y regular como excepcional el rechazo al reconocimiento y ejecución de una resolución, a partir de un listado tasado de motivos de denegación. Además, se ha logrado simplificar y agilizar los procedimientos de transmisión de las resoluciones judiciales, mediante el empleo de un formulario o certificado que deben completar las autoridades judiciales competentes para la transmisión de una resolución a otro Estado miembro”.

También, está la propuesta de Reglamento estableciendo una Fiscalía Europea frente al fraude de los intereses financieros de la UE,<sup>32</sup> lo que constituye una evolución del Derecho penal europeo, puesto que será una institución independiente que servirá de nexo entre los sistemas penales de los Estados miembros de la UE —cuyas competencias se limitan a las fronteras nacionales— y los organismos de la UE, que no pueden realizar investigaciones penales. La Fiscalía Europea estará integrada en los sistemas judiciales nacionales. Los fiscales europeos delegados llevarán a cabo las investigaciones y actuaciones judiciales en el Estado miembro correspondiente, recurriendo al personal nacional y aplicando el Derecho del país. Habrá un único Fiscal Europeo que garantizará la uniformidad de planteamiento en todas las actuaciones. Los tribunales nacionales asumirán el control jurisdiccional, lo

---

<sup>32</sup> COM (2013) 534 final.

que quiere decir que las actuaciones de la Fiscalía Europea se podrán recurrir ante ellos.

Por ende, aunque existen los instrumentos de carácter multilateral o bilateral, como los Convenios de cooperación judicial adoptados entre diferentes Estados, y los instrumentos de carácter nacional, como son las normas internas que regulan el principio de justicia universal y la asistencia judicial internacional.<sup>33</sup> Conviene que nos detengamos en responder a la pregunta sobre la existencia de un Derecho penal jurisdiccional europeo transnacional, para ello, debe tenerse en cuenta que un Derecho penal transnacional que regula la investigación y persecución de los delitos transnacionales puede ser definido de diferentes maneras.<sup>34</sup>

Un primer enfoque ha consistido en modelos de integración regional como el ex acervo de Schengen o el espacio de libertad, seguridad y justicia en la UE. El llamado acervo de Schengen incluye normas jurisdiccionales penales, normas de competencia y asistencia mutua, así como medidas policiales transfronterizas. Los Estados Schengen y más tarde la mayoría de Estados de la UE se han comprometido a aplicar esas reglas siempre que un acto criminal afecta a más de una jurisdicción en el espacio Schengen común. Otro ejemplo es la ley penal de la UE sobre el reconocimiento mutuo de actos judiciales en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia. Desde esta perspectiva, se puede adoptar un enfoque deductivo y normativo, restringiendo el uso del término “Derecho penal transnacional” a esas normas e instrumentos jurídicos que han sido creados específicamente para tratar asuntos criminales transnacionales. Bajo este enfoque, la existencia de Derecho penal transnacional presupone que un legislador ha adoptado este tipo de normas. El punto de referencia, sin embargo, ya no es sólo los Estados soberanos, sino las áreas judiciales comunes con un interés transnacional. La diferencia con la justicia penal nacional es que los intereses transnacionales propios de la zona común tienen definida una protección transnacional que merecen y que, poco a poco, la UE también está reconociendo que se podría necesitar un enfoque transnacional

---

<sup>33</sup> ROMEO MALANDA, S., “Un nuevo modelo de Derecho penal transnacional: el Derecho penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa I”, op. cit., págs. 321 y ss.

<sup>34</sup> *Vid.*, más ampliamente, GLESS/VERVAELE, “Law Should Govern: Aspiring General Principles for Transnational Criminal Justice”, op. cit., <http://www.utrechtlawreview>

que respete las garantías procesales y los derechos humanos. Sin embargo, nos encontramos ante sistemas de justicia penal diferentes y no vinculados entre sí, lo que genera brechas de protección, tanto para el infractor como la víctima, pero también respecto a la tutela de los bienes jurídicos colectivos, en su mayoría en el ámbito supranacional.

Alternativamente, un segundo enfoque, abarcan no solo las disposiciones sobre los delitos transnacionales y el rango de las sanciones aplicables, sino también reglas de competencia y sobre la asistencia jurídica mutua en materia penal. Tal enfoque empírico inductivo incluye leyes sobre la aplicabilidad del Derecho penal interno a conductas extraterritoriales, normas que regulen competencia y sobre la asistencia jurídica mutua en materia penal, así como normas más específicas, que uno pueden encontrar en el llamado Derecho penal europeo, en referencia a las disposiciones en materia de Derecho penal y de procedimiento dentro de la Unión Europea.<sup>35</sup>

Estos enfoques tradicionalmente adoptan una posición orientada por el Estado, que no toma adecuadamente los intereses del individuo en cuenta. Es, sin embargo, la persona que se ve afectada por transfronterizas investigaciones e investigaciones transnacionales y que es el destinatario de las normas legales y deben alinearse su conducta con el fin de evitar la responsabilidad penal.<sup>36</sup>

Esta última percepción moderna del Derecho penal transnacional ha dado lugar a debates, sobre las medidas que se puede adoptar para prevenir este tipo de conductas combinando la criminalización primaria y secundaria, las implicaciones de ciertas instituciones de competencia y asistencia mutua o reconocimiento mutuo, por ejemplo cuando se trata de la obtención de pruebas transnacional y el uso de pruebas. Independientemente del enfoque que preferimos, es claro que la justicia penal transnacional, ya no corresponde exclusivamente la cooperación internacional entre los Estados en materia penal. El individuo se ha convertido en un tema en lugar de un objeto de la cooperación, que incluye que el individuo tiene derechos y obligaciones en relación con justicia.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> *Ibídem.*

<sup>36</sup> *Ibídem.*

<sup>37</sup> Como reivindican GLESS/VERVAELE, "Law Should Govern: Aspiring General Principles for Transnational Criminal Justice", *op. cit.*, <http://www.utrechtlawreview>

Por tanto, un tercer enfoque posible son las salvaguarda de los derechos y garantías del sospechoso o el acusado y las víctimas en la justicia penal transnacional, cuando un proceso penal transnacional se activa al investigar (la reunión de pruebas, la detención de personas, la congelación de activos...) o enjuiciar (la elección de jurisdicción...) o las sanciones son ejecutadas (confiscación transnacional, el traslado de presos...). Esto significa que la justicia penal transnacional también podría desarrollarse a través de los procesos penales internos, pero con una actividad de la justicia penal transnacional que podrían afectar a los derechos y obligaciones de los sospechosos, víctimas, etc.

Desde un punto de vista de los principios y las garantías penales es especialmente importante que sean de aplicación en la justicia penal, porque el proceso penal afecta al individuo - ya sea el presunto infractor o la supuesta víctima -, así como la sociedad en general. Las investigaciones penales, procesamientos y ejecución deben ser procedimientos precisos, equilibrando los diferentes intereses en juego siempre de acuerdo a los principios generales del Derecho penal. Esto es crucial no sólo para la protección de los intereses de los individuos involucrados sino también necesario para salvaguardar el interés común en asegurar la adhesión a la ley por parte de funcionarios del gobierno y por lo tanto la defensa de la responsabilidad política y judicial.<sup>38</sup>

Parece asumido que, salvo legislaciones excepcionales claramente identificadas como "Derecho penal del enemigo", suelen estar establecidos en el ámbito nacional de forma garantista y eficiente, pero no así en el ámbito transnacional. Carecemos de los principios del proceso debido para las investigaciones transfronterizas, enjuiciamientos y los juicios subsiguientes. El resultado es que en la práctica la justicia en este ámbito es arbitraria y discriminatoria.

Como han señalado Gless/Vervaele,<sup>39</sup> la falta de normas transnacionales también pueden afectar a los intereses del Estado, ya que no está claro cómo reaccionar ante las reclamaciones jurisdiccionales de otros Estados o el ejercicio de la jurisdicción y la forma de llevar en el extranjero investigaciones o enjuiciamientos. Así, en algunos aspectos, las investigaciones criminales transnacionales y procesamientos no

---

<sup>38</sup> *Vid.*, en este sentido, GLESS/VERVAELE, "Law Should Govern: Aspiring General Principles for Transnational Criminal Justice", *op. cit.*, <http://www.utrechtlawreview>

<sup>39</sup> *Ibíd.*

sólo suponen una carga importante para la persona acusada, sino que también se enfrentan a diversas barreras políticas y legislativas. En este contexto, es el momento de identificar y elaborar tales principios generales de justicia penal transnacional que deben hacer frente a toda la gama de aspectos del *iuspuniendien* un marco transnacional.

### III. Propuestas

Con el fin de prevenir la delincuencia transnacional se hace necesario desarrollar políticas, y proponer diferentes caminos, que logrando una mejor coordinación entre los sistemas de control social formal e informal, aseguren que los ciudadanos cumplan con la Ley penal y no realicen este tipo de delitos transnacionales. Si estas medidas fracasan, en la persecución y castigo de los delitos transnacionales, además de unir esfuerzos y homogeneizar legislaciones, aunque las valoraciones socioculturales varíen de unos países a otros, surge la necesidad de introducir una excepción en el principio de territorialidad, en la medida en que dentro del territorio nacional la intervención se hace ineficaz. Ciertamente, el principio de territorialidad es tan restrictivo que solamente permite perseguir las conductas que se llevan a cabo en el territorio nacional aunque la parte internacional es un presupuesto imprescindible para que se pueda hablar de estos delitos, por eso se pretende compensar sus limitaciones, interviniendo cuando éstas dificultan o impiden la persecución del delito.

A estas alturas parece una obviedad percatarse de que en el ámbito internacional la amplia ratificación de diversos tratados de derechos humanos, hace que podamos hablar de ciertas reglas de procedimiento y garantías procesales que se aplican en el ordenamiento jurídico de los Estados y, por otra parte, existe un consenso cada vez mayor en la ley internacional de derechos humanos, si bien todavía existen barreras políticas, como la reciente ley de punto final de la justicia universal en España, para que un sistema penal y una legislación nacional se aplique a este tipo de crímenes impidiendo la impunidad en la violación de derechos humanos. Economía, poder y una administración discrecional de la justicia pueden interferir con las investigaciones criminales y procesamientos, que conducen a una determinación por motivos políticos de las actuaciones a favor o en contra de las violaciones más flagrantes de los derechos humanos, alegando, conflictos jurisdiccionales, cuando lo que se genera es impunidad. Por esta razón, ya en el Proyecto de investigación: "El principio de justicia universal: fundamentos y límites", hacíamos una propuesta del principio de justicia universal, respetando la subsidiariedad horizontal y vertical, diferenciándolo del principio de jurisdicción penal transnacional, que podría

ser limitado “autdedereautiudicare” (extraditas o juzgas).<sup>40</sup> Si bien, no debemos cesar en el empeño de una justicia universal, siendo, como es, una jurisdicción nacional de *ultima ratio* aplicada a la vigencia universal de los derechos humanos, en el ámbito transnacional las dificultades son más técnicas que políticas, como se tratará de poner de manifiesto en las siguientes páginas siguiendo las propuestas presentadas sobre “Los principio generales de Derecho penal trasnacional” en la Universidad de Basel en 2012.<sup>41</sup> En consecuencia, parece más fácil llegar a un consenso en este ámbito que posibilite la aplicación efectiva de la ley y asegure las garantías a un proceso debido en el ámbito de los delitos trasnacionales.

Frente a este último fenómeno, en este momento no tenemos un conjunto coherente y completo de normas de justicia penal transnacional para coordinar la concurrencia de jurisdicciones. Muchos Estados - estados occidentales en particular - han comenzado afirmar que ciertas reglas se aplican universalmente; al mismo tiempo, se han establecido normas que rigen causas penales transnacionales, entre las que destacamos el tráfico de seres humanos, el soborno transnacional y el blanqueo de dinero. Para facilitar el enjuiciamiento transnacional de estos y otros crímenes, los Estados han establecido instituciones (por ejemplo, ONUDD y Europol), han establecido mecanismos para el intercambio de información, e incluso se han concedido autoridad para llevar a cabo los actos de investigación en su territorio a los agentes de otros Estados. Estos desarrollos han afectado a la noción tradicional de que *ius puniendi* está intrínsecamente ligado a la soberanía del Estado.

Por todo ello, en las siguientes páginas se trata de diseñar un modelo de sistema penal jurisdiccional para la prevención y represión de delincuencia trasnacional, en el que se adopten políticas de control social basadas en la confianza que incidan más en la persuasión que en la coerción, esté vigente la extraterritorialidad del tipo penal,<sup>42</sup> así como la aplicación de unos principios de jurisdicción trasnacional.

---

<sup>40</sup> PÉREZ CEPEDA, A. I., “Principio de justicia universal versus principio de jurisdicción penal internacional”, en *El principio de justicia universal: fundamento y límites* (Dir. Pérez Cepeda), Tirant lo Blanch, 2012.

<sup>41</sup> El contenido de estos trabajos ha sido publicado en *Utrecht LawReview*, Volume 9, Issue 4 (September), 2013, <http://www.utrechtlawreview>.

<sup>42</sup> En este sentido, vid., ARROYO ZAPATERO, L., “Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*

## 1. La confianza como modelo político para la prevención de los delitos transnacionales

Teniendo como punto de partida el análisis conceptual de cómo el cumplimiento normativo y el cumplimiento instrumental han interactuado tradicionalmente en los distintos sistemas jurisdiccionales europeos de la justicia penal. El proyecto FIDUCIA<sup>43</sup> propone establecer un modelo –o un conjunto de principios- para la aplicación de una política basada en la confianza en la regulación de las diferentes formas de criminalidad transnacional, coordinando los sistemas de control formal e informal, aunque su estudio se limita al tráfico de seres humanos, tráfico de bienes, Cibercrimen y la cuestión del exceso de criminalización de los inmigrantes y minorías étnicas.

El argumento clave planteado por el Proyecto FIDUCIA, es la posibilidad de desarrollar, como una estrategia de control social, estrategias normativas en los sistemas de justicia penal con el fin de asegurar que los ciudadanos cumplan con la Ley penal y no realicen este tipo de delitos transnacionales. Para ello, propugna “políticas basadas en la confianza” como una estrategia de control social basadas en la consolidación de la legitimidad de las instituciones de justicia y la Ley penal; además de mejorar el cumplimiento con la Ley, fortalecen el sentido de la obligación moral de la población para obedecer. Bajo una fuerte influencia de la teoría de la justicia procedimental<sup>44</sup> han desarrollado un conjunto de argumentos consecuencialistas, basados en el papel de la justicia en la conformación de la legitimidad de las instituciones y en el cumplimiento con la Ley.<sup>45</sup>

Frente a un déficit de legitimidad de las leyes destinadas a regular los delitos transnacionales, los cuales ni siquiera cuentan con una

---

(Coords. ARROYO/BERDUGO), Volumen II, Ediciones de la Universidades de Castilla-La Mancha/Salamanca, 2001, págs. 41 y ss.

<sup>43</sup> *Vid.*, <http://www.fiduciaproject.eu/>

<sup>44</sup> *Vid.*, entre otros, SUNSHINE/TYLER, “The Role of Procedural Justice and Legitimacy in Public Support for Policing”, en *Law and Society Review* 37(3), 2003, págs. 513y ss., TYLER, T. R., *Why People Cooperate: The Role of Social Motivations*. Princeton: Princeton University Press, 2011. En el mismo sentido, *Vid.*, Report 5.1 on compliance with the law: how normative and instrumental compliance interact, del proyecto FIDUCIA, <http://www.fiduciaproject.eu/page/45>

<sup>45</sup> *Ibidem*.



definición armonizada, en términos generales sostiene que la política basada en la confianza se construye mediante: a) Confianza en la legitimidad de la policía, tribunales y otras instituciones de justicia, que conlleva una mejora de la equidad procesal y el incremento de la equidad distributiva, al demostrar la existencia de un alineamiento moral y la competencia de las instituciones; b) Confianza en la legitimidad de la Ley penal, construyendo la legitimidad de las instituciones de justicia, mejorado la congruencia entre la Ley y la moralidad, mediante la persuasión a la población de que las disposiciones penales están moralmente justificadas o mediante la eliminación de la conducta indeseable, pero moralmente tolerable del ámbito de aplicación de la Ley penal.<sup>46</sup>

Ahora bien, se advierte que las políticas basadas en la confianza que tengan como objetivo alinear mejor el Derecho penal y la moral, tienen como condición que esto se haga en un marco de derechos humanos, de ahí que la aplicación de las políticas basadas en la confianza debe estar sujeta a tres condiciones: 1. Toda ampliación del Derecho penal necesita ser justificada principalmente en función de preservar los derechos humanos; 2. Cualquier reducción del Derecho penal necesita ser justificada principalmente en referencia al hecho de que las leyes en cuestión no hacen nada para asegurar o proteger los derechos humanos; 3. Siempre que se cumplan estas dos condiciones, tiene sentido maximizar el grado de correspondencia entre la Ley y la moralidad, al asegurar que en la medida de lo posible la conducta prohibida por la ley penal conlleva un estigma público.<sup>47</sup>

En este contexto, este Proyecto hace hincapié, en primer lugar, en la necesidad de que las instituciones de justicia persigan procesos justos y garantistas como una estrategia segura para construir una confianza en la justicia, además de una legitimidad institucional y cumplimiento con la Ley. En segundo lugar, la actuación legítima de la policía (trato justo y respetuoso al acusado) es crucial en la configuración no sólo su propia legitimidad institucional, sino en la aceptación de los ciudadanos del Estado de Derecho.

---

<sup>46</sup> *Vid.*, HOUGH/SATO/CARRILLO/RICCI, Report 5.2 on the development of trust-based policy in relation to new forms of criminality, <http://www.fiduciaproject.eu/page/45>

<sup>47</sup> *Ibíd.*

Las estrategias del cumplimiento normativo para la delincuencia transnacional, que se proponen por FIDUCIA, podría denominarse “soft-Policy” (Política suave) y “softJustice” (Justicia suave), aunque parece más adecuado hablar de estrategias políticas y de justicia básicas del cumplimiento, en la medida en que se trata sobre todo de medidas persuasivas en lugar coercitivas, haciendo un uso justo y adecuado de la autoridad, que incluye el uso de poderes coercitivos, y en última instancia, la actuación del Derecho penal.<sup>48</sup>

Entre las estrategias normativas basadas en la confianza propuestas frente a la nueva delincuencia emergente, objeto de estudio en este proyecto, se destacan: a) En la trata de personas, se valoran estrategias respecto a los tratantes (aunque se puede pretender campañas basadas un reproche social contra el negocio de la prostitución, se inclina por aquellas que hacen hincapié en el daño real causado a las víctimas de la trata), las víctimas (campañas de información en países de origen y respeto de sus derechos en el proceso) y los usuarios del servicio en el país de destino (campañas para la estigmatización social de ese comportamiento); b) En la tráfico de bienes prohibidos, se valoran las estrategias de legalización, entre otras, del tráfico de drogas; c) En el ciberdelito, se trata de conseguir seguridad cibernética y armonizar las medidas internacionales para prevenir y combatir la ciberdelincuencia requiere, dada su naturaleza transnacional, el diálogo con las partes interesadas, incluidas las administraciones públicas, el sector privado y los usuarios individuales, y el apoyo a las asociaciones público-privadas nacionales y europeas, con el fin de crear un entorno más seguro de internet, que no sea favorable para la delincuencia cibernética, y por lo tanto aumentando la prevención se reducen las tasas de delitos; d) Por último, se debe evaluar toda nueva legislación penal diseñada para controlar la inmigración irregular, desde la perspectiva de falta de legitimidad de esta normativa respecto los inmigrantes irregulares y los ciudadanos que ofrecen su solidaridad. También es esencial garantizar que la legislación antiterrorista (tales como las disposiciones para la detención y búsqueda, o detención y restricción de movimiento) sean legítimas y no excepciones, por último, es igualmente importante la mejora de actuaciones policiales frente a los grupos marginados, como

---

<sup>48</sup> En este sentido, *vid.*, HOUGH/SATO/CARRILLO/RICCI, Report 5.2 on the development of trust-based policy in relation to new forms of criminality, <http://www.fiduciaproject.eu/page/45>

las minorías étnicas desfavorecidas, en las que las relaciones con la policía son a menudo tensas y marcadas por la sospecha.<sup>49</sup>

Sin embargo, aunque estas medidas se deben adoptar para prevenir la comisión de delitos transnacionales, la realidad demuestra que, además de una armonización o asimilación de las conductas delictivas, la lucha contra la delincuencia transnacional exige un esfuerzo de cooperación judicial y policial para afrontar con éxito las dificultades que presenta su propia naturaleza transnacional. Más aún, cuando se pretende que la legitimidad en el funcionamiento de las instituciones de justicia y la ley penal sirva para prevenir el delito transnacional.

## **2. Excepción al principio de territorialidad: principio de jurisdicción transnacional**

Un vez constatada que en la UE la extraterritorialidad del tipo penal, la supresión del principio de doble incriminación para los delitos transnacionales en la Orden de detención europea y el principio de reconocimiento mutuo. La supresión de la doble incriminación, desde el punto de vista del Derecho penal internacional, convierte a estos delitos en una suerte de grupo intermedio entre los supuestos de personalidad activa y justicia universal. Pues de un lado, permite castigar no sólo a nacionales que cometan estas infracciones en el extranjero, sino a cualquier persona, en este punto son más amplios que el principio de personalidad activa, pero de otro no castigan, como hace el principio de justicia universal, cualquier delito cometido en cualquier parte del mundo, sino sólo los casos cometidos en el extranjero que van a terminar repercutiendo dentro del territorio europeo. Por tanto, la exigencia para juzgar a un extranjero que se encuentre un país europeo por un delito transnacional es que el hecho que cometa el extranjero va a terminar repercutiendo dentro del territorio europeo. Se trata de un principio de justicia universal limitado, pues supedita el ejercicio de jurisdicción a la presencia de puntos de conexión con Europa y a su carácter subsidiario. En esta línea, como se propuso en su momento, en el Proyecto Principio de justicia universal: fundamento y límites,<sup>50</sup>

<sup>49</sup> *Vid.*, más ampliamente, en Report 6 on **Trafficking of human beings**, Report 7 **Trafficking of goods**, Report 8 on **Criminalization of migration and ethnic minorities**, Report 9 on **Cybercrimes**, <http://www.fiduciaproject.eu/page/45>.

<sup>50</sup> PÉREZ CEPEDA, A. I. (dir.): *El principio de justicia universal. Una propuesta de legeferenda. The principle of Universal Justice. A de legeferendaproposal*, Ratio legis, Salamanca, 2013.

consideramos necesario adoptar con carácter internacional y regional para este tipo de delincuencia un principio de jurisdicción transnacional. Este principio puede ser una cláusula genérica de actuación, indicando que los Tribunales nacionales serán competentes para enjuiciar un delito transnacional o cuando se deniegue la extradición de un delincuente a otro país. Se trataría de una cláusula abierta que abarcaría los supuestos en los que se impone la obligación de perseguir bajo la fórmula *autdedereautiudicare*.

Esta cláusula implicaría una serie de obligaciones de comportamiento condicionadas por el resultado de la erradicación de la impunidad respecto a los delitos transnacionales, en la medida en que el ejercicio de la competencia transnacional sobre el crimen en cuestión se hace depender de dos factores: en primer lugar, de la existencia de otro Estado con mejor título de jurisdicción o de un tribunal internacional penal que reclamen su competencia y, en segundo lugar, de la existencia y, en su caso, de la idoneidad de un tratado de extradición o entrega que posibilite el enjuiciamiento en el Estado del foro requerente.<sup>51</sup>

Según la Comisión de Derecho Internacional, la opción que ofrece esta cláusula solo tiene sentido en la medida en que los tribunales del Estado de detención tienen la competencia necesaria respecto de los crímenes enunciados. Si no existe tal competencia, el Estado de detención se vería obligado a aceptar toda solicitud de extradición que reciba, lo cual sería contrario al carácter facultativo de la obligación —conceder la extradición o juzgar— en virtud del cual el Estado de detención no tiene una obligación absoluta de atender una solicitud de extradición. Es más, en tal situación el presunto delincuente se libraría de todo procesamiento si el Estado de detención no recibiese ninguna solicitud de extradición, como ha sucedido en España en las últimas excarcelaciones de narcotraficantes, lo cual ha socavado gravemente la finalidad básica del principio *autdedereautjudicare*, garantizar el enjuiciamiento y el castigo efectivos de los delincuentes, al establecer la competencia subsidiaria del Estado de detención.<sup>52</sup> A pesar de ello,

---

<sup>51</sup> *Vid.*, JIMÉNEZ GARCÍA, F., “Justicia universal e inmunidades estatales: justicia o impunidad: ¿una encrucijada dualista para el Derecho internacional?”, en *Anuario de Derecho internacional*, Vol. XVIII, 2002, págs. 63 y ss.

<sup>52</sup> *Ibíd.*, también *vid.*, el comentario de la CDI al artículo 8 del Proyecto de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, Asamblea General, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada*

la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo mediante un acuerdo de 23 de julio del 2014, invalidó por unanimidad las excarcelaciones de estos narcotraficantes al entender que los jueces instructores de la Audiencia Nacional aplicaron de manera errónea la nueva Ley de Justicia Universal, y que ésta, pese a estar redactada de “manera confusa”, entiende el Tribunal Supremo reconoce la jurisdicción de España para apresarse barcos en alta mar que lleven droga siempre que los tratados internacionales otorguen la competencia para el apresamiento.<sup>53</sup>

Dicho esto, destacar que la exigencia del sujeto en el territorio del Estado que pretende enjuiciarlo es un requisito para que la obligación manifestada a través del principio *aut dedere aut judicare* entre en juego.<sup>54</sup> Este principio, previsto en algunos Tratados que regulan los delitos

---

*en su 48º periodo de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1996, A/51/10, págs. 48-49.*

<sup>53</sup> Tal y como se prevé en el art. 23.4 apartado d), serán competentes los tribunales españoles en materia de tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte. De ahí que, la jurisdicción, según el Tribunal Supremo, viene otorgada por los artículos 4 y 17 de la Convención de Viena de 1988 y por los acuerdos del mar de Montego Bay de 1982. Sin embargo, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, mediante acuerdo de 28 de abril de 2014, por trece votos a favor y tres en contra, entendió que había que aplicar para estos casos el artículo 23.4 en su apartado “i”, que señala que sólo se puede actuar contra el tráfico ilegal de drogas cuando el procedimiento se dirija contra un español o cuando se trate de actos de ejecución de estos delitos “con miras a su comisión en territorio español”.

<sup>54</sup> En cuanto a la vinculación entre el principio de competencia universal y la presencia del presunto autor del crimen en el territorio del Estado que se propone hacer valer su jurisdicción, REMIRO BROTONS, A., “El Caso Pinochet. Los límites de la impunidad”, en *Política Exterior. Biblioteca Nueva*, págs. 56 y ss., ha indicado que “no es correcta si con ello se pretende afirmar que dicha presencia es requisito necesario según el derecho internacional para fundamentar la jurisdicción con base en dicho principio”. Casi todos los tratados (...) advierten en párrafos normas generales del Derecho internacional vendrían a legitimar tales previsiones, e incluso, actuaciones. Legitimación que en tal caso alcanzaría a los Estados que no sean parte en los convenios. Cfr. ORIHUELA CALATAYUD, E., “La cooperación internacional contra la impunidad. Llenando los vacíos de la jurisdicción territo-

internacionales,<sup>55</sup> para asegurar la punibilidad de dichos comportamientos no niega el principio de justicia universal absoluto que puede ejercerlo cualquier Estado, sin necesidad de tener en su territorio al sujeto en cuestión. Ello se confirma con la previsión que realizan algunos Tratados internacionales en el sentido de no excluir ninguna otra jurisdicción ejercida conforme a las leyes nacionales de los Estados partes.

Puede constatarse como, la propuesta que establece la regla *autdedereautiudicare* parte de la premisa de la conexión de un Estado con un crimen, ya sea por el lugar de comisión de los hechos, por la nacionalidad o residencia de los sujetos implicados, o por un interés específico de protección y defensa, de perseguir a individuos que localiza

---

rial” en *Curso de Derecho y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2000, págs. 196 y ss.

<sup>55</sup> Dichos Convenios se remiten normalmente a los Derechos nacionales para la persecución de dichos hechos delictivos. Por ejemplo, el artículo 4.3 del Convenio de Naciones Unidas de 1988, no excluye ninguna jurisdicción ejercida conforme a las leyes nacionales y establece el principio *autdedereautiudicare* para el caso de nacionales y de competencia del Estado en cuyo territorio se encuentra el sujeto. El artículo 36 del Convenio único de 1961, establece el principio *autdedereautiudicare* para todos los casos. Por su parte, la convención de la ONU contra el Crimen Organizado Transnacional de 2002, que obliga a los Estados a cooperar con los demás países contra delitos como el lavado de dinero, la corrupción o la obstrucción de la justicia. El artículo 15, establece competencias obligatorias, facultativas, el principio *autdedereautiudicare*, y finalmente no se excluye ninguna jurisdicción ejercida conforme al derecho interno de los Estados partes. Además ello queda avalado por las distintas Resoluciones dictadas tanto por el Consejo de Seguridad de la ONU, como las dictadas por la Asamblea General. De dichos pronunciamientos se deriva no solo la declaración del terrorismo como un crimen internacional que pone en peligro la paz y la seguridad internacional, sino la obligación de todos los Estados en colaborar para su persecución y castigo. En algunas de dichas Resoluciones se declara el principio *autdedereautiudicare*, pero incluso en otras se llega a reconocer, en mi opinión, el principio de justicia universal con carácter absoluto, es decir, no sometido a la presencia del sujeto en el territorio del Estado que le pretende enjuiciar. En los Tratados Internacionales sobre terrorismo, con carácter general se establecen foros de competencia obligatoria, que los Estados deben de ejercer, entre estos se establece el principio *autdedereautiudicare*, y foros de competencia facultativo, en virtud de los cuales el Estado en cuestión puede también ejercer.

en el territorio de otro Estado al que solicita la extradición. Tratándose, además de un mecanismo obligatorio que facilita la extradición (*autdedere*), pero que es discrecional en razón de la cualidad facultativa de enjuiciar al delincuente (*autiudicare*).

El ejercicio de la jurisdicción transnacional desplazaría el derecho del acusado a ser procesado por el “juez natural”, un sello distintivo del ejercicio tradicional de la jurisdicción territorial, de ahí que el ejercicio de dicha jurisdicción debe ser posible cuando ningún otro Estado puede ejercer jurisdicción sobre la base de las doctrinas tradicionales. Precisamente por ello, debe entenderse que se trata de una excepción al principio de territorialidad que, como las otras dos (personalidad activa y protección), se introduce para completarlo, compensar sus limitaciones y facilitar la persecución penal de determinados hechos delictivos que escapan a su alcance. El principio de jurisdicción transnacional como último instrumento contra la impunidad de los delitos transnacionales, no puede perder nunca el horizonte o mensaje de justicia que deben procurar los Estados donde se ejecutaron esos crímenes procurando que el enjuiciamiento sea en el lugar de comisión.<sup>56</sup> Dicho carácter supletorio, es el que permite a los denunciantes relacionar la jurisdicción nacional con el ejercicio de derecho a la tutela judicial efectiva en el plano transnacional y evitar conflictos jurisdiccionales entre Estados, ya que de no ser subsidiario se podría amenazar la estabilidad del orden jurídico internacional.<sup>57</sup>

Una toma de postura definitiva me lleva a afirmar que sería conveniente una regulación previa en textos internacionales para armonizar las conductas punibles y su inclusión en la lista de delitos en los que rige el principio *autdedereautiudicare*.<sup>58</sup> De manera tal que, ante ciertas formas graves de delincuencia transnacional estaría plenamente justificado el principio de jurisdicción penal transnacional, además deberían ampliarse los plazos de prescripción para facilitar su persecución. La

---

<sup>56</sup> Sobre el carácter subsidiario del principio, vid., Propuesta de Madrid para la discusión de la jurisdicción universal. (2014). Recuperado de <http://principiosju.wordpress.com/principios/>

<sup>57</sup> Bassiouni/Wise. *AutdedereAutJudicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Dordrecht/Boston/Londres, 1995, (pp.3 y ss.) M. Nijhoff pub.

<sup>58</sup> Tal y como recoge nuestra propuesta, PÉREZ CEPEDA, A. I. (dir.): *El principio de justicia universal. Una propuesta de legeferenda. The principle of Universal Justice. A de legeferenda proposal*, Ratio legis, Salamanca, 2013.

comunidad internacional no puede permanecer ajena al reforzamiento de la presión penal ante delitos de carácter transnacional que gozan de espacios de la más absoluta impunidad y que realizan a través de procedimientos sumamente complejos. La persecución de dichos delitos sería fundamental para limitar el crecimiento y la potenciación de los mismos, sobre todo, cuando los mecanismos de cooperación internacional son tan lentos y escasamente satisfactorios.<sup>59</sup>

En suma, la jurisdicción transnacional no constituye una mera extensión de la competencia que se otorga al Poder Judicial con carácter general para tutelar ciudadanos de una determinada nacionalidad o intereses propios de un país. El carácter transnacional de los intereses protegidos, sumado a esa función de cierre para evitar que se produzcan ámbitos de impunidad no deseados, proporciona al principio de jurisdicción transnacional una especial fuente de legitimación y reconocimiento interestatal.

Pero, debe tenerse en cuenta que el peligro de la arbitrariedad se intensifica cuando los Estados amplían su poder para procesar fuera de la jurisdicción territorial y desarrollar aún más su cooperación transfronteriza, en la medida en que pueden realizar el “forum shopping”. Por otro lado, las víctimas pueden encontrarse con dos procesos abiertos o la falta de la acción penal como consecuencia de los conflictos negativos de competencia. Al respecto, los Estados que se han dado cuenta de que una cooperación más estrecha para el control de la delincuencia transfronteriza al menos a nivel regional requiere de una estructura de coordinación y normas que aborden las consecuencias de investigaciones y enjuiciamientos paralelos. Sólo el establecimiento de principios generales vinculantes asegurará un manejo coherente de las causas penales transnacionales y proporcionarán unas garantías formales, como la igualdad ante la ley y la prevención de la arbitrariedad.

### **3. Principios europeos de jurisdicción penal transnacional**

Los delitos transnacionales son conductas que pueden desencadenar investigaciones y procesos penales en varias jurisdicciones. Hoy en día, si la conducta afecta a diferentes jurisdicciones, desencadenando diferentes investigaciones y procesamientos nacionales, por regla general, cada Estado ejerce su propio derecho de investigar, juzgar y,

---

<sup>59</sup> JIMÉNEZ VILLAREJO, C., “Problemas derivados de la internacionalización de la delincuencia económica”, op. cit., pág. 156.



posiblemente, a castigar. Por lo tanto, desde la perspectiva de los Estados, la concurrencia de investigaciones y juicios paralelos, parecen ser una consecuencia natural de sus poderes. Sin embargo, el individuo se enfrenta juicios paralelos, cada uno de los cuales sigue diferentes leyes sustantivas y de procedimiento, pudiéndose convertir en el objeto de una suma arbitraria de las acciones del Estado, desconociendo la cantidad y calidad de las mismas.

Un hecho relevante es que junto a la transferencia de competencias del nivel nacional al nivel europeo, el creciente entrelazamiento horizontal de los sistemas de justicia nacionales penales y la cooperación intensificada resultante, también resulte cada vez más difícil proteger ciudadanos de la UE contra la investigación arbitraria, enjuiciamiento, condena y castigo en el área de Europa de libertad, seguridad y justicia. Se debe hacer caso omiso a la protección de los derechos individuales de las víctimas, los sospechosos y los acusados, en especial por lo que respecta a la obtención de pruebas, su transferencia y su admisibilidad como prueba contra los acusados.

Por lo tanto, como señala, Luchtman la Carta de Derechos de la UE deben ser interpretados a la luz de su nuevo ajuste transnacional.<sup>60</sup> Pero, también surge entonces la pregunta: ¿Hay principios básicos que, en conjunto, podrían formar un cuerpo completo de normas para los delitos transnacionales, es decir, en marco de las Naciones Unidas existe un Derecho penal transnacional que pueda garantizar la justicia penal transnacional?

Las cuestiones cruciales que surgen durante las investigaciones y enjuiciamientos de la delincuencia transnacional son inicialmente, la determinación de la competencia. El crimen moderno a menudo trasciende las fronteras nacionales, las leyes penales nacionales asimismo extienden su aplicabilidad a los actos cometido en el extranjero. Pero la competencia para juzgar es - aún hoy - todavía limitado en gran parte al Estado nacional. A pesar del hecho de que la realidad de las investigaciones y actuaciones judiciales han cambiado, en general no existen normas vinculantes sobre las investigaciones y actuaciones judiciales transnacionales. Por lo tanto, es necesario encontrar normas transnacionales, con el objetivo de coordinar el proceso por un delito

---

<sup>60</sup> LUCHTMAN, J.J. P., "Towards a Transnational Application of the Legality Principle in the EU's Area of Freedom, Security and Justice?", en *Utrecht Law Review* 9, no. 4, págs. 11 y ss. <http://www.utrechtlawreview>

transnacional donde concurren diferentes jurisdicciones porque todas tienen competencia territorial y, en ocasiones también extraterritorial para juzgar el delito transnacional.<sup>61</sup>

Esta norma para determinar la competencia en los delitos transnacionales podría ser, tal y como se ha expuesto en el apartado anterior, a nivel internacional el *autdedereautjudicare*, sin embargo, en un contexto de integración europea, donde está vigente el principio de reconocimiento mutuo y la supresión del principio de doble incriminación para los delitos transnacionales a través de la Orden de detención europea, será necesario establecer reglas para determinar la jurisdicción que debe juzgar con prioridad, puesto que en los delitos transnacionales siempre existirá una concurrencia de jurisdicciones, así como determinar cuándo subsidiariamente podrán actuar cualquier jurisdicción europea. En esta línea, se podría adoptar en la UE una facultad de competencia aplicando el *autdedereautjudicare*, de manera tal que cualquier jurisdicción nacional de los países europeos sería también competente para conocer de los delitos transnacionales cometidos fuera del territorio nacional pero en Europa, por ciudadanos extranjeros que se encontraran en el país y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades nacionales. Ahora bien, estableciendo una serie de límites, como hace la CPI, basados en el principio de subsidiariedad horizontal, que excluiría la competencia de los tribunales nacionales de un país de la UE cuando ya se hubiese iniciado un procedimiento por la jurisdicción de alguno de los países en que hubieran sido cometido el delito transnacional o de la nacionalidad de la persona a la que se impute su comisión, siempre que la persona a que se imputen los hechos no se encuentre en país o, estando en un país de la UE vaya a ser extraditado a otro país o transferido a un tribunal nacional europeo, en los términos y condiciones a través de la Orden de detención europea. Los jueces y tribunales nacionales de los países de la UE se pueden reservar la posibilidad de continuar ejerciendo su jurisdicción si el Estado que la ejerce no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no puede realmente hacerlo. Para delimitar estas circunstancias, se puede tener en cuenta lo previsto en el art. 17 ER, porque: (i) no llevan a cabo investigación o enjuiciamiento alguno (inacción *a priori*); (ii) inician sus actuaciones pero las suspenden antes de finalizarlas sin

---

<sup>61</sup> GLESS/VERVAELE, "Law Should Govern: Aspiring General Principles for Transnational Criminal Justice", op. cit., <http://www.utrechtlawreview>

razón técnica que lo justifique a la luz de sus respectivas normativas procesales penales (inacción *a posteriori*); (iii) no tienen la disposición necesaria para llevar realmente a cabo las investigaciones o enjuiciamientos iniciados (falta de disposición); o (iv) no tienen la infraestructura judicial necesaria para desarrollar las actuaciones que han iniciado debido al colapso total o parcial de su administración de justicia o al hecho de que carecen de ella (incapacidad).

Por otra parte, la cuestión de cómo determinar la culpabilidad personal cuando diferentes concurren sistemas legales, está intrínsecamente ligada a la determinación de la ley aplicable. Dado que todavía carecemos normas generales sobre la forma de resolver la concurrencia de jurisdicciones, no es siempre previsible para el individuo cuál será el Derecho penal, que se aplicara, y por lo tanto, resolverá también sobre la determinación de la culpabilidad. Bock, defiende que artículo 32 Estatuto de la CPI establece como requisito la noción de culpabilidad individual como requisito previo básico responsabilidad para criminal en virtud del Estatuto de la CPI y por lo tanto se exige en el Derecho penal *stricto sensu* internacional.<sup>62</sup> La idea es superar los límites de las respectivas perspectivas nacionales y para concentrarse en los valores comunes que pueden servir de guía en todos los casos transnacionales, independientemente de dónde y en qué jurisdicción se haya cometido el delito, para ello, esta autora sostiene que es natural que buscar inspiración en el Derecho penal internacional *strictu sensu*, que “abarca todas las normas que establecen, excluyen o no la responsabilidad de crímenes de derecho internacional”. Por lo tanto, no sólo puede basarse en la tradición jurídica, sino que también debe ser coherente con los principios jurídicos fundamentales compartidos por la mayoría de las naciones en el Derecho penal internacional.<sup>63</sup>

Adicionalmente, debe garantizarse la cuestión del *ne bis in idem* o la cosa juzgada en criminal en los delitos transnacionales, como ha señalado Vervaele,<sup>64</sup> en un mundo en proceso de globalización y la integración, globalizar sistemas de justicia hace aumentar el riesgo de

---

<sup>62</sup> BOCK, S., “The Prerequisite of Personal Guilt and the Duty to Know the Law in the Light of Article 32 ICC Statute”, en *Utrecht Law Review* 9, no. 4, págs. 184 y ss.

<sup>63</sup> *Ibidem*.

<sup>64</sup> VERVAELE, J. A.E., “Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?”, *op. cit.*, <http://www.utrechtlawreview>.

doble enjuiciamiento y castigo, conculcando el derecho a no ser juzgado ni condenado dos veces por el mismo hecho. En consecuencia, es necesario que el principio de cosa juzgada o *ne bis in ídem* sean un Principios Generales del Derecho penal transnacional.

Todo ello sin obviar que en el espacio de integración europea también deben establecerse normas para enjuiciar los delitos transnacionales que garanticen el derecho a un “juicio justo” o, más bien, un derecho a la igualdad de armas como un principio general de una justicia penal transnacional. En un principio, puede pensarse que la acumulación de diferentes conjuntos de leyes de distintas jurisdicciones puede ser un adecuado (y suficiente) enfoque para hacer frente a la investigación y persecución de los delitos transnacionales. Se parte de la hipótesis de que si un juicio justo está garantizado durante los procesos penales ante cada tribunal que decide, en principio, estaría garantizado el derecho a un juicio justo, sin embargo, existen lagunas sobre la asistencia jurídica mutua, y muchas de las decisiones en la obtención de pruebas, pueden afectar potencialmente a las garantías procesales de los sospechosos.<sup>65</sup> Existen competencias de investigación preliminar (actividades de vigilancia electrónica y grabación de conversaciones, levantamiento del secreto bancario, colaboración obligatoria de los operadores financieros, uso del agente encubierto y agente provocador, etc.), inversiones de la carga de la prueba, protección de testigos, cooperación judicial internacional, aumento del plazo de prescripción, etc., que no están armonizadas en los distintos países europeos. Por ejemplo, surgen problemas con los testimonios practicados en otros países con pretensiones de validez en el nuestro a efectos de enjuiciamiento de personas encausadas por tales delitos. Una vez más, la ausencia de ese marco de garantías común obliga a considerar que no resulta posible dar validez a esas declaraciones testificales si no cumplen las garantías mínimas establecidas en nuestro ordenamiento constitucional, a saber, que la declaración se formule ante una autoridad “procesalmente imparcial” y respetando el derecho del acusado a interrogar por sí mismo o a hacer interrogar a los testigos de cargo –como establece el artículo 14.3 d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- de manera real y efectiva, no meramente

---

<sup>65</sup> GLESS, S., “Transnational Cooperation in Criminal Matters and the Guarantee of a Fair Trial: Approaches to a General Principle”, en *Utrecht Law Review* 9, no. 4, págs. 90 y ss.

formal, es decir, que el acusado o su defensa técnica han de tener la posibilidad de preguntar de forma directa y repreguntar al testigo, sin que pueda darse validez al testimonio por la simple facultad concedida a la defensa de adjuntar las preguntas que desee hacer al testigo en el pliego remitido a las autoridades del país requerido. En este sentido, partiendo de la jurisprudencia del TEDH que identifica los principios con respecto a la audiencia de un testigo que reside en otro Estado miembro, se propugna la admisibilidad de las declaraciones previas al juicio como pruebas y la necesidad de fomentar el uso de la videoconferencia en vivo para ser interrogados los testigos.<sup>66</sup>

En general se debe acomodar el posible contenido de las comisiones rogatorias a las nuevas tecnologías (videoconferencias, vigilancia electrónica, comunicaciones por internet, etc.), se promulgan institutos procesales en el ámbito interno (agente encubierto,<sup>67</sup> entregas vigiladas, etc.) y, en el ámbito de la delincuencia económica, se intenta privar a estos delincuentes de sus ingentes ganancias. Ahora bien, ese esfuerzo ha de ir acompañado de la paralela voluntad de creación de un marco europeo de garantías efectivas para los imputados que, hoy por hoy, no está asegurado.<sup>68</sup> Por ello, deberían establecerse normas

---

<sup>66</sup> BACHMAIER WINTER, L., "Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law", en *Utrecht Law Review* 9, no. 4, págs. 127 y ss.

<sup>67</sup> La utilización en la investigación, de figuras como la del "agente encubierto" puede resultar eficaz para la búsqueda de pruebas de los delitos. Pero la mera declaración de esos agentes relatando ante el Tribunal en el acto del juicio oral, lo dicho por tales personas en las "conversaciones" tenidas con ellos en el transcurso de la investigación no puede ser considerada prueba del hecho imputado, puesto que tales eventuales confesiones se habrían obtenido vulnerando el derecho a conocer que lo que se declara podrá ser utilizado en su perjuicio en un eventual juicio

<sup>68</sup> Invocar, como hacen determinados países, que esas garantías son una cuestión interna de cada Estado o que bastan los Convenios ya existentes y, en concreto, la Declaración de Derechos del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales es, o renunciar de antemano a las garantía en aras de una pretendida eficacia u olvidar que el carácter genérico de las disposiciones contenidas en los Tratados mencionados, conduce a que en muchos países dichos principios se hayan convertido en meras declaraciones formales sin contenido real alguno y, en otros,

europas que respetando las garantías que autoricen al acusado y su defensa para presentar su caso en condiciones que hasta ahora no poseen los acusados, en desventaja sustancial, en los casos transnacionales. Normas de cómo organizar una defensa a través de las fronteras que incluye también las normas sobre cómo practicar pruebas en el extranjero. Estas normas como ha señalado Gless, sirven para rellenar una pieza que falta en el rompecabezas del logro de “un mundo totalmente regido por la ley”.<sup>69</sup>

En suma, para hacer frente al fenómeno de la delincuencia transnacional debe definirse un sistema internacional y europeo penal transnacional, que basándose prioritariamente en la adopción de medidas preventivas traten de evitar la delincuencia transnacional, cuando estas medidas fracasen, debería existir un Derecho penal transnacional y una Justicia penal transnacional que respete los principios generales y las garantías del Derecho penal y el derecho a un proceso justo. Con este artículo, se pretende haber contribuido a la definición del marco de lo que tendría que ser el Derecho penal transnacional.

---

a que la interpretación realizada de esos tratados no alcance los estándares garantistas que exige la vigencia de principios fundamentales asentados en nuestra tradición democrática .

<sup>69</sup> GLESS, S., “Transnational Cooperation in Criminal Matters and the Guarantee of a Fair Trial: Approaches to a General Principle”, op. cit., págs. 90 y ss.

# El Derecho penal como instrumento de exclusión

DR. LUIS FERNANDO NIÑO\*

I. Las construcciones teóricas orientadas a la consideración de determinados individuos de la especie humana como seres diferentes a la generalidad, extraños a la comunidad, anormales, peligrosos o enemigos, con la paralela disminución o cancelación del reconocimiento de su personalidad, como paso previo a su eliminación o su exclusión del medio social, distan de ser novedad.

En ese orden de ideas, el tema de un tratamiento jurídico diferencial para ciudadanos y enemigos reconoce raíces tan antiguas como para obligarnos a rastrear sus expresiones originarias en la cuna de la civilización grecolatina; pero, a la vez, su recurrente aparición en el horizonte del Derecho penal, el Derecho procesal penal y la Política Criminal obliga a analizarlo en sus últimas expresiones y avizorar sus posibles proyecciones en un mundo teóricamente volcado al afianzamiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pero dominado desde hace cuatro décadas por las leyes del mercado, que relegan al Estado, otrora regulador de la vida económica y social, a la misión de proveedor de seguridad de los incluidos y de control de los excluidos por el desempleo, la flexibilización y precarización laboral y su saldo de pobreza y miseria.

Me ocuparé, pues, críticamente, del hoy llamado “Derecho Penal del enemigo” -de cuyo dilatado curso histórico intentaré reseñar los hitos más salientes, con las limitaciones temporales propias de una aportación de estas características-, y luego trataré de demostrar, no solo que su recreación en el ámbito de tales disciplinas es incompatible con la existencia de un Estado Constitucional de Derecho, sino que las derivaciones de su empleo por el poder político podrían resultar nefastas para el futuro de la Humanidad.

---

\* Juez y titular de la Cátedra de Elementos de Derecho penal y Derecho procesal penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA).  
[luisitonio@gmail.com](mailto:luisitonio@gmail.com)

Me sumo, de tal suerte, al merecido homenaje al Profesor Dr. Juan Terradillos Basoco, un sabio y oportuno censor de los mecanismos legislativos acuñados por los Estados para refrenar y expulsar de su seno a los individuos y grupos disfuncionales en el marco de sus crudas políticas de ajuste económico.<sup>1</sup>

Creo oportuno, a todo evento, dejar aclarado que nada de lo que aquí se diga debe ser interpretado como una respuesta meramente reactiva y emocional ante la reaparición de doctrinas que discriminan entre tales ciudadanos y enemigos y de las reglas y procedimientos que parten de esa discriminación para elaborar respuestas diferenciadas para unos u otros; en todo caso -y subsidiariamente- podría representar un intento por reflexionar acerca de las diferentes actitudes de los juristas frente a cada nueva entrada en escena de tales doctrinas, reglas y procedimientos. Porque están quienes se limitan a describir la emergencia de tal estado de cosas en el panorama del Derecho penal comparado, como si se tratara del cíclico reingreso a la atmosfera terrestre de cierto fenómeno cósmico; están también quienes le brindan sustento teórico -más o menos explícito- “normalizándolo” y, en consecuencia, concurriendo a atribuirle una racionalidad compatible con el Estado de Derecho, están también -o, mejor dicho, estuvieron- los que se sirvieron de él para escalar o mantener posiciones académicas o políticas, como fue el caso de Carl Schmitt, y, finalmente, están -y, me permito añadir, estamos- quienes, tras detectarlo, examinan meticulosamente su difícil o impracticable correspondencia con las leyes fundamentales de nuestros países y con los instrumentos de aquel Derecho Internacional de los Derechos Humanos, desnudando, en definitiva, su configuración como un renovado avance del Estado de Policía sobre el Estado de Derecho.

**II.** Platón dedicó diversos pasajes de su “República” y los cuatro últimos libros de su obra más extensa, “Las Leyes”, a la cuestión del delito. Si bien partía de considerar a quien lo comete como un individuo incapacitado de acceder al plano de las ideas puras, se esmeró en

---

<sup>1</sup> Valga una sola cita entre tantas otras, debidas a su valiosa -y valiente- producción jurídica: TERRADILLOS BASOCO, Juan, “Sistema Penal e Inmigración”; en PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando, (Ed.), *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 1463-1481.



aconsejar la eliminación lisa y llana de aquellos cuya deficiencia en tal materia no fuera pasible de enmienda.

En la primera de tales obras hallamos el famoso pasaje en el cual, a la pregunta respecto de la conveniencia de establecer en la ciudad “una práctica médica como la que mencionábamos y una judicatura en parangón con ella, las cuales cuidarán tan sólo de los ciudadanos bien formados en cuerpo y alma, dejando morir a los demás, si son defectuosos en sus cuerpos, o condenando a muerte a los que poseen un alma naturalmente mala e incorregible”, el interlocutor replica: “Eso es lo que parece mejor..., tanto para esos seres desgraciados como para la ciudad en que viven”.<sup>2</sup>

En el volumen noveno de “Las Leyes”, rescatamos otro párrafo similar entre el personaje identificado como “el ateniense” y Clinias.<sup>3</sup> Y esa drástica determinación se compagina con la incluida en los “Diálogos”, y específicamente en el dedicado a Protágoras, donde Platón pone en labios del célebre sofista, en ocasión de la visita de Sócrates y como una derivación del mito prometeico, la sentencia atribuida a Zeus que ordena extirpar como a un tumor del cuerpo social al incapaz de participar del pudor y la justicia.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> PLATÓN, “La República” Libro III, 2a. parte, párrafo XVI, Biblioteca Digital Antorcha.

<sup>3</sup> PLATÓN, “Las Leyes”, en “Obras Completas de Platón”, ‘puestas en lengua española por Patricio de Azcárate’, Madrid, 1871-1872, sin mención de editor, volumen IX, p. 122.

<sup>4</sup> PLATÓN, “Diálogos”, párrafo 322a. El discípulo de Sócrates emplea en el texto las palabras “aidós” y “diké”. Esta última -justicia- no plantea problemas en su transcripción, en tanto que la primera ha dado lugar a diversas interpretaciones. Rodolfo Mondolfo consideraba que “sólo la expresión ‘sentimiento o conciencia moral’ puede traducir de manera adecuada el significado de la palabra *aidós* en Protágoras, que conserva, sin duda, el sentido originario de ‘pudor, respeto, vergüenza’, pero de una vergüenza que se experimenta no sólo ante los demás, sino también ante sí mismo, de acuerdo con la enseñanza pitagórica, de tan vasta repercusión en la ética antigua” (en “La comprensión del sujeto humano en la cultura antigua”, Eudeba, Buenos Aires, 1955, p. 538. Más recientemente, Fernando SAVATER coincide en definirlo como “pudor”, “sentido moral”, “respeto”, en lugar de “honor”, empleado en otras traducciones (en “La aventura del pensamiento”, Ed. Sudamericana, Bs. As., 2008, p. 28 y s).

Análoga severidad encontraremos en el Libro I de la “Política” y en el 5° de la “Ética” de Aristóteles, el discípulo más legítimo de Platón, al decir de Diógenes Laercio<sup>5</sup>. No nos detendremos en sendas obras, pero valga señalar que fue apoyándose expresamente en las prescripciones del Estagirita -a quien mencionaba como “el Filósofo”- y en pasajes de los Salmos y los Proverbios del Antiguo Testamento, que Tomás de Aquino, nueve centurias más tarde, sintetizó su particular visión de lo que podríamos catalogar como “Derecho Penal del Enemigo” medieval.

Señalaba el Aquinate, también llamado “Doctor Angélico”, que “el hombre, al pecar, se separa del orden de la razón, y por ello decae en su dignidad....y húndese, en cierto modo, en la esclavitud de las bestias, de modo que puede disponerse de él en cuanto es útil a los demás”; para acabar razonando que “aunque matar al hombre que conserva su dignidad es en sí malo, sin embargo, matar al hombre pecador puede ser bueno, como matar a una bestia, pues peor es el hombre malo que una bestia y causa más daño”<sup>6</sup>.

**III.** Si avanzamos ahora otros cuatrocientos años, hasta situarnos en pleno siglo XVII, nos encontramos con Thomas Hobbes, el precursor del despotismo ilustrado<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> DIÓGENES LAERCIO, “Vidas, opiniones y sentencias de los filósofos más ilustres”, Libro V, parágrafo 1, trad. del griego por José Ortiz y Sanz. La edición consultada está basada en la publicada por Luis Navarro, Biblioteca Clásica, Madrid, 1887 (Biblioteca Digital Universal ([biblioteca.org.ar/libros/156933.pdf](http://biblioteca.org.ar/libros/156933.pdf)))

<sup>6</sup> “Suma de Teología”, III, parte II-II (a), Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1990, p. 530/31.

<sup>7</sup> Frente a autores como John GRAY, que lo incluyen en el vasto panorama plurisecular de formación de las teorías liberales (“Las dos caras del liberalismo. Una nueva interpretación de la tolerancia liberal”, Paidós, Barcelona, 2001, p. 36), concuerdo plenamente con Norberto BOBBIO, quien, en las antípodas de esa concepción, apostrofa: “Creo difícil encontrar un pensador político que ponga de manifiesto más que Hobbes los rasgos esenciales del espíritu conservador: realismo político, pesimismo antropológico, concepción anticonflictiva y no igualitaria de la sociedad. Y se podría añadir, para completar el cuadro, una visión fundamentalmente cíclica, no evolutiva y mucho menos dialéctica, de la historia, que se mueve perenne, monótona-

Expresa el autor del “Leviatán” que “...si un súbdito niega la autoridad del representante de la república, de hecho o de palabra, a conciencia y deliberadamente...debe -legítimamente- hacersele sufrir lo que el representante quiera (sic). Pues, negando el sometimiento, niega el castigo ordenado por la ley; y, por tanto, sufre como un *enemigo*... según la voluntad de su representante. Porque los castigos enunciados en la ley se refieren a los súbditos, no a los *enemigos*, como son quienes, tras haber sido súbditos, por su propio acto se rebelan deliberadamente y niegan el poder soberano...”.<sup>8</sup>

En dicho párrafo aparece una diferencia esencial: la que se tiende entre los súbditos que delinquen pero se mantienen dentro del sistema, porque no niegan la autoridad del representante del orden social, y los que la enfrentan, desconociendo tal autoridad.

Ahora bien: en el Capítulo XIII de su “Leviatán”, Hobbes explica que la primera causa de la guerra de todos contra todos es el deseo de apropiación de las cosas, deseo que él consideraba una condición natural de la humanidad.

El ejemplo del que se sirve, empero, no es el de cualquier individuo, sino el del desposeído que codicia los bienes del dueño o propietario industrial. Si alguien planta, siembra, construye o posee un lugar conveniente –razonaba Hobbes- cabe esperar que, probablemente, vengán otros para desposeerle y privarle, no sólo del fruto de su trabajo, sino también de su vida o de su libertad.<sup>9</sup>

Obsérvese, desde ya, que el influyente filósofo político inglés no parte de una situación primitiva de igualdad sino de un mundo bipolar, compuesto por propietarios ingeniosos y por pobres ávidos e incontinentes.

Mucho más significativa para nuestro análisis que esa primera causa de la *bellum omnium contra omnes* es, sin embargo, la segunda. Mientras al desposeído lo guía el deseo, según la peculiar visión hobbesiana, al propietario lo guía la razón. Aquel que tiene, reconociendo la condición natural de la especie de hacer de las cosas el objeto de su

---

mente, entre los dos polos de la anarquía y de la sociedad civil.” (en “Thomas Hobbes”, Fondo de Cultura Económica, México, p. 69).

<sup>8</sup> HOBBS, Thomas: “Leviatán”, Losada, Bs. As., 2003, p.269.

<sup>9</sup> JANINE RIBEIRO, Renato: “Thomas Hobbes o la paz contra el clero”, en “La filosofía política moderna”, “De Hobbes a Marx”, CLACSO, Bs. As., 2003, p 24.

deseo, desconfía de su posible ladrón o asesino, por lo cual es “razonable” que se anticipe y lo ataque antes de que aquél consuma su esperable agresión.

“Por consiguiente -argumenta sin ambages Hobbes- siendo necesario, para la conservación de un hombre, aumentar su dominio sobre los semejantes (por el cual, quien tiene ataca a quien no tiene, con el propósito de anticipar la posible agresión de éste) se le debe permitir también”<sup>10</sup>. Aquí encontramos, dicho sea de paso, una prematura justificación de las “guerras preventivas”.

Y luego añade una tercera causa de discordia, consistente en el afán de gloria o reputación, que juega sólo secundariamente en su análisis.

Es, precisamente, para superar la contienda hipotéticamente originada por el deseo, seguido de la desconfianza generalizada y del afán desmedido de estimación, que Hobbes recurre al argumento del contrato social. Al ocupar todos los concurrentes, simultáneamente -conforme a esa ficción- el lugar de quien desea y de quien recela del deseo, y al ceder su derecho a las cosas y posiciones de las que disfrutaban, perderían razonabilidad las sospechas mutuas, instituyéndose el Estado y lográndose el fin del estado de guerra.

Como cabe apreciar, llegado a ese punto culminante de su desarrollo conceptual, el ilustre autor nos escamotea al desposeído y al propietario industrial, deja atrás ese mundo real de dueños sagaces y prevenidos y de desamparados neutralizados antes de consumir su hipotético despojo, y clausura su exposición enfocando un ilusorio universo de iguales. No podía ser de otro modo, puesto que, partiendo de un mundo de habientes y de no habientes, ¿qué cesión de derechos sobre las cosas podrían haber concretado estos últimos, los que nada tenían, para contribuir a eliminar la desconfianza general? Y, en segundo lugar, si la metáfora contractual incluía un momento de entrega de todos los bienes para la creación del nuevo orden, ¿qué criterio de distribución debería haber sucedido a ese instante de voluntaria desposesión?

Fácil es conectar esta falacia argumental con aquella distinción inicial entre súbditos que delinquen, pero se mantienen alineados dentro del sistema, y los que se alzan contra el orden instituido porque nada tenían antes del supuesto pacto y nada tienen después de su declamada celebración.

---

<sup>10</sup>JANINE RIBEIRO, R.: “Thomas Hobbes...”, cit., p. 25

No es posible profundizar aquí respecto de la inconsecuencia teórica señalada precedentemente. Lo cierto es que, justificada de tal suerte la institución estatal y la existencia de su representante, que en la visión preferida por Hobbes se perfila como un monarca sabio, el autor pasa a ocuparse de aquel que osare desafiar la autoridad de su representante, lo reputa como *enemigo* y lo sujeta al pleno arbitrio de este último.

Justo es reconocer que Rousseau, algunas décadas más tarde, hubo de mostrarse más franco que el tratadista inglés en la tarea de diseñar su versión del pacto fundacional del Estado. Al finalizar el libro I del “Contrato Social” el célebre ginebrino anota una reflexión que pareciera responder a la inexplicada transformación hobbesiana de unos propietarios razonables en permanente pugna con unos desposeídos codiciosos en un conjunto de disciplinados concurrentes. Expresa allí que, de hecho, “las leyes son siempre útiles para los que poseen algo y perjudiciales para los que nada tienen. De donde se sigue que el estado social no es ventajoso a los hombres sino en tanto que posean todos algo y ninguno de ellos tenga demasiado”.<sup>11</sup> Y vale consignar que en otro escrito, muy lejos del Hobbes empeñado en basar la necesidad del pacto social en el incoercible deseo de apropiación del desposeído y en la razonable aprensión del propietario que, en base a ella, se anticipa a la agresión del primero, Rousseau oscila entre la mordacidad y el cinismo, al resumir su visión sobre el origen de la propiedad y de la sociedad en esta frase, de cita poco frecuente: “el primero al que, tras haber cercado un terreno, se le ocurrió decir ‘esto es mío’ y encontró personas lo bastante simples para creerle, fue el verdadero fundador de la sociedad civil”.<sup>12</sup>

Cierto es que tal convicción no impidió a Rousseau apostrofar, en el Capítulo V del Libro II de la conocidísima monografía antes citada, al referirse a quien delinque una vez instituido el orden mediante el consabido pacto o contrato, que “...todo malhechor, al atacar el derecho social, se convierte por sus delitos en rebelde y en traidor a la patria, deja de ser miembro de ella al violar sus leyes, y hasta le hace la guerra. Entonces, la conservación del Estado es incompatible con la

---

<sup>11</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques, “El Contrato Social”, Nuestros Clásicos, UNAM, México, 1984, p. 29 y s.

<sup>12</sup> ROUSSEAU, J. J., “Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos”, Tecnos, Madrid, 5ª.ed., 2005.

suya, es preciso que uno de los dos perezca, y cuando se hace morir al culpable, es más como *enemigo* que como ciudadano..."<sup>13</sup>.

Pero no menos cierto es que seguidamente agregó la célebre reflexión conforme a la cual no hay malvado a quien no se le pueda hacer útil para algo, concluyendo en que no hay derecho, ni para ejemplo, de matar sino a aquel a quien no puede conservarse sin peligro.

Por lo demás, tempranamente el fogoso pensador suizo había sabido pronunciarse, en el Capítulo IV del Libro I de su influyente opúsculo, dedicado a la esclavitud entre hombres y Estados, negando la posibilidad de que un Estado pueda catalogar como su enemigo a un hombre, pues no pueden fijarse verdaderas relaciones entre cosas de diversa naturaleza. La guerra no es una relación de hombre a hombre -acertó a señalar- sino de Estado a Estado, en la cual los individuos son enemigos accidentalmente, no como hombres ni como ciudadanos sino como soldados; no como miembros de la patria, sino como sus defensores. Concluyendo, de tal suerte, que un Estado no puede tener por enemigo sino a otro Estado, y no a hombres; pues no pueden fijarse verdaderas relaciones entre cosas de diversa naturaleza<sup>14</sup>.

Suele citarse a **Immanuel Kant** como otro de los filósofos que, al ocuparse de la organización de la sociedad recaló en terreno jurídico-penal, pronunciándose respecto de ciertos delincuentes como hostiles a la comunidad y, por ende, enemigos a combatir.

No obstante, si recurrimos a su obra nos hallamos con dos importantes pasajes que lo separan de la draconiana postura de Thomas Hobbes. En "La paz perpetua", en efecto, si bien es cierto que caracteriza al estado de naturaleza como un "estado de guerra", en el que los hombres viven en perpetua amenaza aun cuando las hostilidades no se hayan declarado, y lo distingue del "estado de paz", que requiere ser instaurado para garantizarla, el insigne teórico de la razón pura y la razón práctica explica que el ciudadano puede obligar a quien no le dé seguridad a entrar en un estado social-legal, o bien, a apartarse de su lado.<sup>15</sup> Luego, aunque sostiene que la mera omisión de hostilidades no es garantía de paz, vislumbra dos salidas, la de obligar al individuo

---

<sup>13</sup> ROUSSEAU, J. J., "El contrato social", *op.cit.*, p. 45 y ss.

<sup>14</sup> ROUSSEAU, J. J., "Contrato social", *op. cit.*, p. 14 y s.

<sup>15</sup> KANT, Immanuel, "Sobre la paz perpetua", Tecnos, Madrid, 1999, p. 14, nota 3.

en estado natural a integrarse y la de obligarlo a abandonar el ámbito espacial de la legalidad. Por otra parte, y en consonancia con lo anterior, previene Kant desde el comienzo de dicha obra que ningún Estado debe permitirse que las hostilidades hagan imposible la confianza mutua en la paz futura,<sup>16</sup> expectativa que lo aleja de la postura bélica del creador del “Leviatán”.

No es eso todo. Aunque cautivo de su época, y -por ende- partícipe de una cosmovisión de reyes ilustrados, Kant es, por sobre todo, quien reivindica la autonomía ética del hombre, su dignidad, como cualidad propia y única de la humanidad, consistente en ser capaz de obrar moralmente,<sup>17</sup> y su entidad de fin-en sí-mismo, por lo que ni siquiera Dios puede disponer de él como medio.<sup>18</sup>

Otro cultor de las soluciones drásticas frente al delincuente ha sido Johann Gottlieb Fichte. Apelando a las comparaciones con el reino animal, presentes -como vimos- en la tradición escolástica, el autor de los “Fundamentos de Derecho Natural” entiende que quien lesiona el contrato ciudadano -y aquí no hace distinciones, puesto que señala expresamente que tanto puede lesionarlo voluntariamente como por imprevisión, pierde sus derechos como ciudadano y como ser humano, lo que reduce su propia seguridad a la de un ave, sin paz y sin ley. Textualmente, afirma: “(t)odo delito excluye del Estado (el criminal se convierte en proscrito, es decir que su seguridad está tan poco garantizada como la de un pájaro, *ex lex, hors de loi*)”.<sup>19</sup>

Pese a tal rigor inicial, y en aras a la conservación de los ciudadanos, matiza su concepción apelando a la posibilidad de sustituir la exclusión anunciada por un contrato de “expiación”, acordado por todos los ciudadanos y homologado por el Estado, dando lugar a la ejecución de otras penalidades, siempre y cuando la seguridad pública quede razonablemente tutelada. Esa morigeración parte de la base de reconocer al delincuente un derecho a intentar mejorar (*das Recht auf den Versuch*

---

<sup>16</sup> Ídem, p. 10.

<sup>17</sup> KANT, Immanuel, “Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres”, Ariel, Barcelona, 1996, p. 201.

<sup>18</sup> Ídem, p. 187.

<sup>19</sup> FICHTE, Johann G, “Fundamento del Derecho Natural según los principios de la Doctrina de la Ciencia”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 316.

*der Besserung*) y se emparenta, a mi entender, con la noción fichteana de la relación intersubjetiva mediante la exhortación (*Aufforderung*), que permite explicar el surgimiento de la autoconciencia a partir de la acción de otro individuo (el sujeto de la exhortación) sobre el primero (el destinatario de la misma) que aun no ha despertado a la conciencia de sí, como un ser capaz de proponerse el fin de conocer un objeto, es decir, de realizar la propia libre eficacia<sup>20</sup>.

Más tal opción entre exclusión y expiación reconoce un límite para Fichte, representado por el autor de un homicidio doloso y premeditado. Frente al asesino, pues, vuelve por sus fueros el argumento de la bestialización, desaparece todo derecho, renace el arbitrio y su condena supone su cosificación, vale decir su equiparación -según sus propias palabras- a una simple cabeza de ganado, concepto frente al que se habría de alzar su díscolo discípulo Karl Christian Friedrich Krause, recuperando la figura del reo de asesinato como sujeto jurídico y enfatizando que "(e)s completamente contrario al derecho y a la razón pensar que el delincuente puede y debe volver a ser tratado según las mismas reglas que él, a través de su comportamiento delictivo, dio por válidas"<sup>21</sup>

**IV.** Por las características de esta aportación, se hace preciso continuar el recorrido, forzosamente incompleto, y abordar, ya en la primera mitad del siglo XX, la figura y la obra de un destacado publicista alemán, autor de una "Teoría de la Constitución" publicada en 1928 y traducida a diferentes lenguas, cuya clara postura antidemocrática y antiliberal representó un hito prominente en la doctrina política y constitucional de su época, especialmente propicia para tal orientación, cuando la República de Weimar declinaba y un oscuro hombre de acción llamado Adolf Hitler se preparaba para ser designado canciller del Reich, lo que acabo concretándose un 30 de Enero de 1933.

---

<sup>20</sup> Vid, sobre el particular, ARRESE IGOR, Héctor, "Autoconciencia y reconocimiento en la teoría fichteana de la exhortación", en *Revista Actio, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación*, Universidad de la República, Montevideo, n° 9, Noviembre de 2007, pp. 117-122.

<sup>21</sup> QUEROL FERNÁNDEZ, Francisco, "La filosofía del derecho de K. Ch. F. Krause, con un apéndice sobre su proyecto europeísta", Universidad Pontificia Comillas, 2000, p.244.



Me refiero a Carl Schmitt. Un año más tarde de ese crucial evento, la traducción de dicha Teoría constitucional al castellano habría de causar un fenómeno editorial inusitado en España, con sucesivas reimpressiones aclamadas por la derecha peninsular, acompañando a la funesta ruina de la Segunda República española, la cruenta guerra civil, con su millón de muertos, y el advenimiento del franquismo. Y similar suceso lograría su obra en Italia y en Portugal, embarcados para entonces en sendas aventuras autoritarias.

Puede causar extrañeza, y en el caso de Schmitt tal sensación persiste hasta nuestros días, que, más allá de su radical oposición al Tratado de Versailles, al pacifismo y el universalismo representados por la Sociedad de las Naciones, a la socialdemocracia gobernante en Alemania en el período de entreguerras, y -en suma- al humanismo liberal, un pensador brillante haya sometido su intelecto a los devaneos de un dictador que, menos de un mes después de asumir aquella función, hubo de dar inicio a la persecución de todo disidente con el sistema que se propuso imponer.

Lo cierto es que así sucedió y que el concepto de hegemonía política auspiciada por Schmitt habría de enancarse ominosamente en el mito de la supuesta raza superior, uniformando mentes y sentimientos durante los doce largos años del nazismo, con inapelable exclusión de todo aquello que apareciera ajeno o extraño al pensar y el sentir del pueblo alemán, interpretado -obviamente- por su conductor.

Al solo efecto de situarnos históricamente, cuadra evocar, de modo muy sintético, dos eventos sucedidos en los albores del régimen nacionalsocialista. Luego veremos si es posible predicar alguna vinculación entre su ocurrencia y las difundidas tesis sustentadas desde años atrás por el referido constitucionalista.

Tras resultar inculpadados sin mayores pruebas del incendio del Reichstag, ocurrido el 27 de Febrero de 1933, días más tarde del ascenso de Hitler como Canciller, los dirigentes y afiliados comunistas resultaron ser las precoces víctimas de acciones policiales inmediatas, tales como capturas, ocupación de las sedes partidarias y expropiación de sus bienes. Pero, además, el Decreto con efecto retroactivo redactado por el gabinete del ministro Hermann Göring para la ocasión y suscrito, ante las vehementes presiones de Hitler, por el octogenario mariscal Von Hindenburg, postrero presidente de la República de Weimar, a través de sus seis únicos artículos suspendió, hasta nuevo aviso y *erga omnes*, nada menos que el ejercicio del derecho a la libertad individual de las personas, la libertad de expresión, la libertad de prensa, la libertad de asociación, la libertad de reunión y el secreto de las comunicaciones, facultando a las autoridades a practicar arbitrariamente registros

de domicilios o de oficinas, confiscar bienes privados y ejecutar otras restricciones a la propiedad, y fijando severas sanciones para los actos contrarios a la seguridad pública, incluyendo la pena de muerte para quienes causaren daños a bienes públicos o para quienes, simplemente, “opusieran resistencia a las autoridades del Reich”.

Apenas un par de meses después, el 1° de Mayo de 1933, Carl Schmitt se afilió resueltamente al Partido nacionalsocialista.

Al año siguiente, entre el 30 de junio y el 2 de julio de 1934, tuvo lugar una serie de graves episodios, iniciados con la -así llamada- “noche de los cuchillos largos”, en la cual, bajo órdenes directas de Hitler, se eliminó a buena parte de los integrantes del grupo de asalto SA, los famosos “camisas pardas” que, aunque integrantes del mismo movimiento nacionalsocialista, representaban una amenaza para el ansiado poder omnímodo del Canciller. Esa matanza, a la que sucedería la ejecución sin juicio previo de decenas de personalidades políticas y civiles, tales como el antiguo canciller y comandante del ejército Kurt von Schleicher o el presidente de la Acción Católica de Berlín, Erich Klausener, fue defendida por Carl Schmitt, ya para entonces decididamente enrolado tras la figura del nuevo Führer<sup>22</sup>. En su propia publicación periódica, el *Deutschen Juristenzeitung*, escribió “El Führer protege el derecho ante el más grave abuso, cuando él, en el momento del peligro, crea directamente derecho en virtud de su liderato como juez supremo. El verdadero Führer es siempre también juez. De su jefatura mana la justicia”<sup>23</sup>.

Pasemos revista a su obra, en vinculación con el tema que nos ocupa. El capítulo I del “Concepto de la Política” de Carl Schmitt comienza con un párrafo que resume el contenido de todo el libro y al que cabría de calificar de axiomático respecto de toda su producción intelectual.

Señala allí textualmente: “La distinción propiamente política es la distinción entre el amigo y el enemigo. Ella da a los actos y a los motivos humanos sentido político; a ella se refieren en último término todas

---

<sup>22</sup> VILLAR BORDA, Luis, “Presentación”, en RÜTHERS, Bernd, “Carl Schmitt en el Tercer Reich”, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá- Buenos Aires, 2004, p.14.

<sup>23</sup> RÜTHERS, Bernd, “Carl Schmitt en el Tercer Reich”, *op.cit.*, pp.84-85.

las acciones y motivos políticos y ella, en fin, hace posible una definición conceptual, una diferencia específica, un criterio".<sup>24</sup>

En el capítulo siguiente reflexiona sobre la rotundidad de sus propias palabras y las ratifica, ensayando una explicación que recuerda en cierto modo a otras, muy posteriores, dirigidas a quienes reaccionan frontalmente contra la resurrección teórica de un Derecho penal del enemigo. Señala Schmitt que "(p)odrá considerarse reprobable y aun tacharse de reminiscencia atávica de los tiempos bárbaros, que los pueblos continúen agrupándose realmente en función del amigo y del enemigo; cabe también esperar que esta discriminación esté llamada a desaparecer algún día de la faz de la tierra; podrá, en fin, considerarse preferible y más acertado, por razones de índole educativa o táctica, silenciar estas cosas y hacer como si no hubiera enemigos". Y replica ante esa hipótesis: "Nada de esto nos interesa. No se trata aquí de ficciones o normalidades, sino de la realidad tal como es y de la posibilidad real de esa distinción. Se puede o no compartir la confianza en el progreso y esas aspiraciones educativas; lo que nadie puede honrada y razonablemente negar es que, hoy por hoy, los pueblos se agrupan de hecho en función del antagonismo amigo-enemigo, y todo pueblo que existe políticamente tiene delante esa posibilidad real".<sup>25</sup>

También distingue en ese mismo Capítulo entre el enemigo público y el privado, lamentándose de que en la lengua alemana, como en otras tantas, se utilice el mismo vocablo para "hostis" e "inimicus", respectivamente. Añade, en tal sentido, que el conocido pasaje evangélico de San Matías y San Marcos que ordena "amad a vuestros enemigos" no se refiere al enemigo público, rematando esta explicación con un ejemplo que, en nuestros días, resulta llamativo. Señala Schmitt, con un dejo de sorna, al descartar la posibilidad de amar al enemigo público: "Por lo demás, que yo sepa, durante la milenaria lucha entre el Cristianismo y el Islam, a ningún cristiano se le ha ocurrido, movido por su amor a los sarracenos, que debiera entregarse Europa al Islam, en vez de defenderlo".<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> SCHMITT, Carl, "Concepto de la Política", Ed. Struhart, Buenos Aires, 1984, p. 33.

<sup>25</sup> SCHMITT, C., *op. cit.*, p. 38.

<sup>26</sup> *Ídem*, p. 40.

Hasta aquí, empero, todo parecería resolverse en el marco internacional, esto es, en el nivel de los Estados soberanos pugnando entre sí para mantener esa cualidad del poder concebida como no sumisión frente a los otros.

Pero el elocuente teórico nacionalsocialista se encarga de despejar dudas y -consecuentemente- de generar justificados recelos en cuanto a la aplicación de sus conceptos fronteras adentro de cada país. En el capítulo 5 de la obra que aquí reseño, Schmitt admite que “(e)l Estado, como unidad política decisiva, ha concentrado en sí un poder terrible: la posibilidad de hacer la guerra y de disponer así abiertamente de la vida de los hombres. Porque el *jus belli* contiene esa facultad: significa la doble posibilidad de exigir de los que integran su propia nación que estén siempre prestos a morir y dar muerte, y que maten a los hombres que están del lado enemigo”<sup>27</sup>.

Y, a partir de aquí llega lo cuestionable desde una perspectiva jurídico-penal liberal: “Pero la actividad de un Estado normal -prosigue expresando Schmitt- consiste, sobre todo, en procurar dentro del Estado y de su territorio, la completa pacificación, mantener la “paz, la seguridad y el orden”, creando así la situación normal, que es el supuesto para que las normas jurídicas puedan tener validez, porque toda norma presupone una situación normal y ninguna norma puede ser válida frente a una situación completamente anormal. Esta necesidad de pacificación intestina, concluye Schmitt, conduce en la situación crítica al hecho de que el Estado, como unidad política, decida también por sí mismo, mientras subsista, quién es el enemigo interno”<sup>28</sup>.

Ese razonamiento le conduce a justificar la existencia, dentro de los límites del Estado moderno, de expresiones propias de la declaración romana de *hostis*, traducida textualmente en “modos varios del destierro, del exilio, de la proscripción, de la declaración de fuera de la ley, y en suma, de [la] declaración interna de hostilidad”<sup>29</sup>. Modos, prosigue explicando, “más o menos fuertes, que entran en vigor *ipso facto* o adquieren fuerza en forma judicial por virtud de leyes especiales, abiertos o encubiertos bajo perífrasis generales”, todo ello en aras del “establecimiento de la homogeneidad política o, según sea la conducta del que

---

<sup>27</sup> SCHMITT, Carl: *op. cit.*, p. 73.

<sup>28</sup> *Ídem*, pp. 73 y s.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 74.

ha sido declarado enemigo del Estado, el signo de la guerra civil”.<sup>30</sup> De más está decir que el llamado Decreto del Incendio del Reichstag parece calcado de esta enseñanza teórica.

Schmitt, admirador confeso de Thomas Hobbes, a quien distinguía entre todos los teóricos de la política como “gran pensador y verdaderamente sistemático”, compartía con él la visión pesimista del hombre, única que, conforme a su postura, “mantiene vivo el sentido político”,<sup>31</sup> y ensalzaba la -a su criterio- exacta apreciación del pensador inglés, conforme a la cual, cuando dos partes tienen la convicción de poseer la verdad, el bien y la justicia, es cuando se producen las peores enemistades. Defendía ese aserto y la celeberrima máxima de la guerra de todos contra todos, cuya evitación depende del orden impuesto por el Estado, señalando que “no son engendros de una fantasía medrosa y turbada, ni el simple anuncio de una nueva sociedad burguesa basada en la libre ‘concurrencia’”, sino los supuestos elementales de un sistema del pensamiento que acierta a plantearse a sí mismo y sabe dar respuesta a cuestiones específicamente políticas”.<sup>32</sup>

Nótese que esa visión pesimista, totalmente descreída de la posibilidad de que sean los grupos en lucha por el poder político, en el seno de una sociedad democrática, los que, mediante la dinámica de la argumentación y de la confrontación de ideas, puedan conducir a la corrección y perfeccionamiento de unos ordenamientos cuyos contenidos materiales se revelan, indudablemente, relativos y contingentes, se enlaza con la postura autocrática puesta de manifiesto por Schmitt en otra obra, publicada precisamente en 1934, bajo el sugestivo título de “Teología Política”, cuya sola frase inicial -“(e)s soberano quien decide sobre el estado de excepción”-<sup>33</sup> habla a las claras de su tendencia a privilegiar una organización política y jurídica vertical, con amplio margen para el arbitrio de quien ejerce la autoridad o mando. Señala el profesor emérito de la Universidad de Constanza Bernd Rùthers sobre esa particular predilección de Schmitt, que “(l)a normalidad del Estado

---

<sup>30</sup> *Ídem*, pp. 74 y s.

<sup>31</sup> *Ídem*, p. 109.

<sup>32</sup> SCHMITT, C., *Ibid*, p.110

<sup>33</sup> SCHMITT, Carl, “Politische Theologie”, 2a. ed., München-Leipzig, 1934, pp. 11, 20 y 22, cit. por RÜTHERS, Bernd, : “Carl Schmitt en el Tercer Reich”, cit., p. 65.

de Derecho le parecía aburrida. Para él -continúa Rùthers- se definen política, derecho y Estado desde la situación excepcional"<sup>34</sup>.

No es ocioso recordar aquí, incidentalmente, en un sentido diametralmente opuesto, las indagaciones contemporáneas de Giorgio Agamben respecto del estado de excepción, en su obra homónima<sup>35</sup>, previniendo acerca de que dicho estado "se presenta como la forma legal de aquello que no puede tener forma legal", retomando y añadiendo un componente crítico a la octava tesis de Filosofía de la Historia de Walter Benjamin, que reza así: 'La tradición de los oprimidos nos enseña que el 'estado de excepción' en que vivimos es la regla'.<sup>36</sup>

Apenas unas palabras más para graficar la contradictoria figura de Carl Schmitt. Fue el mentor y principal conferencista de un congreso de juristas celebrado los días 3 y 4 de Octubre de 1936 con el fin de erradicar de las ciencias jurídicas todo vestigio de influencia judía, denominado sin tapujos "La judería en la ciencia jurídica alemana"<sup>37</sup>, en el que se estatuyó la verificación bibliográfica de los autores jurídicos, determinando su origen étnico, así como la "purificación" de las bibliotecas en ese sentido, la prohibición de citar en lo sucesivo autores alemanes de ese origen, salvo, en tal caso, designándolos con el vocablo "jüdich", cuya simple mención produciría, textualmente, un "exorcismo saludable"<sup>38</sup>. Y fue, simultáneamente, el aclamado intelectual que colocó el "arma prodigiosa" de la doctrina neohegeliana interpretativa de conceptos al servicio de la así llamada "renovación del derecho nacionalsocialista" como "pensamiento ordinamental concreto" a partir del mismo año 1933 y hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial y la caída del régimen nazi.<sup>39</sup>

---

<sup>34</sup> RÜTHERS, Bernd, *op. et loc. cit.*

<sup>35</sup> AGAMBEN, Giorgio, "Estado de excepción", Ed. Adriana Hidalgo, Buenos Aires, 2004, p. 24.

<sup>36</sup> BENJAMIN, Walter, "Sobre el concepto de historia", en "La Dialéctica en suspenso", Universidad ARCIS y LOM ediciones, Santiago 1999, p. 53.

<sup>37</sup> RAFECAS, Daniel, "La ciencia del Derecho ante el advenimiento del nazismo: el perturbador ejemplo de Carl Schmitt", en Cátedra Hendler, Departamento de Derecho penal y Criminología, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, edición digital.

<sup>38</sup> RÜTHERS, Bernd, *op. cit.*, pp. 107-110.

<sup>39</sup> RÜTHERS, Bernd; *op. cit.*, Prólogo a la primera edición, p. 21 y s.

V. Nos situaremos ahora en los últimos lustros del Siglo XX. Unas jornadas de Penalistas Alemanes celebradas en Frankfurt, Alemania, en 1985, constituyeron el marco en el cual el Catedrático de Bonn Günther Jakobs hubo de referirse, en un tenor predominantemente crítico, a lo que denominó, desde ese momento, un Derecho penal del enemigo (Feindstrafrecht).<sup>40</sup> Tiempo después, empero, en un Congreso celebrado en Berlín, en Octubre del año 1999, el académico de referencia regresó sobre el concepto, efectuando ya una sistematización de las características salientes de esa entidad política y jurídica, de su fundamento y de sus alcances, distinguiendo entre el diálogo del legislador con los ciudadanos destinatarios de su tarea y la amenaza a quienes se revelan como enemigos, amenaza que se expresaría, sea a través de un adelantamiento de la relevancia penal de conductas previas a la fase ejecutiva, sea mediante conminaciones penales alejadas del principio de proporcionalidad, sea en base al relajamiento de las garantías que rodean el derecho al debido proceso legal;<sup>41</sup> y añadiendo una adjetivación que permitía vaticinar mayores precisiones teóricas de su parte respecto del tópico, al referirse a un panorama duro y desolador pero inevitable, ante la imposibilidad de una juridicidad completa, al hallarse contradicha la “equivalencia entre racionalidad y personalidad”.<sup>42</sup>

Las reacciones ante la emisión de tales postulados no se hicieron esperar. A un lado y otro del Océano Atlántico surgieron voces, mayoritariamente adversas, frente a lo que se entendió como una propuesta tácita de restauración de una doctrina que, en nuestros tiempos, se alza y colide, no sólo contra la letra expresa de la mayoría de las Cartas Constitucionales de los países de nuestra órbita cultural, sino también contra los principios y reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al que se encuentran afiliados prácticamente todos esos países, con alguna excepción de envergadura. Valga recordar aquí, apenas a algunas de ellas, tales como la del Profesor de Curitiba René Ariel Dotti y su vibrante “Movimento Antiterror e a Missão da

---

<sup>40</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, “De nuevo sobre el Derecho Penal del enemigo”, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 25.

<sup>41</sup> JAKOBS, Günther, “La ciencia penal ante los retos del futuro”, en ESER / HASSEMER / BURKHARDT, “La ciencia penal ante el cambio de milenio”, edición en español coordinada por MUÑOZ CONDE, Francisco, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 59 y ss.

<sup>42</sup> JAKOBS, G., *op. et loc. cit.*

Magistratura<sup>43</sup>, o la del Profesor de Buenos Aires Eugenio Raúl Zaffaroni, con “El enemigo en el Derecho Penal<sup>44</sup>, así como los numerosos opúsculos, capítulos de libros y artículos consagrados al tema por el catedrático de Pablo de Olavide, Francisco Muñoz Conde<sup>45</sup> y la sustanciosa monografía “Bases para una crítica del Derecho Penal del Enemigo<sup>46</sup>, del catedrático de Zaragoza Luis Gracia Martín.

No obstante tales críticas, el hoy emérito de Bonn insistió en su postura, a través de la publicación de su opúsculo “Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo<sup>47</sup>, si bien introduciendo ciertas matizaciones que parecían dar respuesta a algunas de aquellas objeciones iniciales.

En dicha labor Jakobs se esfuerza por dejar aclarado desde un principio que difícilmente los dos Derechos que dan título a su obra aparezcan llevados a la realidad de un modo puro, como dos esferas separadas, sino al contrario, como dos polos de un solo mundo o dos tendencias dentro de un mismo contexto jurídico-penal, una orientada a tratar al autor como persona y la otra a tratarlo como mera fuente de peligro.

Asimismo, relativiza el carácter peyorativo de la frase “Derecho Penal del enemigo”, aunque con la poco satisfactoria explicación de que la insuficiente pacificación que el propio término indica no necesariamente debe achacarse a los pacificadores -léase, la autoridad estatal- sino también a los rebeldes -léase, a los destinatarios de ese tratamiento diferenciado-. Y defiende también el hecho de que, finalmente, se trate de un Derecho penal, implica que el Derecho penal del enemigo procede con base en reglas y no a través de una conducta espontánea e impulsiva.

En tren de aproximar las dos categorías, enfoca la pena privativa de libertad como reacción habitual del sistema penal frente a los delitos graves. Señala que, más allá del plano significativo, en el que el

---

<sup>43</sup> Publicado por Juruá Editora, Curitiba, 2005.

<sup>44</sup> Publicado por Ediar, Buenos Aires, 2006.

<sup>45</sup> *V. gr.*, los ya citados “De nuevo sobre el “Derecho Penal del enemigo” y “La ciencia penal ante el cambio de milenio” (v. notas 40 y 41),

<sup>46</sup> GRACIA MARTÍN, Luis, “El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 89-254.

<sup>47</sup> En JAKOBS, Günther - CANCIO MELIÁ, Manuel: “Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo”, en “Derecho Penal del enemigo”, Thomson Civitas, Madrid 2003, pp. 19 y ss.



individuo racional que atacó con su hecho la vigencia de la norma es enfrentado con una respuesta punitiva que demuestra la irrelevancia de aquel ataque y confirma la vigencia de la norma -todo conforme a la concepción funcionalista sistémica a la que adscribe el autor de referencia-, la pena produce aseguramiento físico, traducida en que el preso no pueda cometer delitos fuera del ámbito penitenciario. De ello extrae la conclusión de que, en ese aspecto, la pena no se dirige contra la persona en Derecho sino contra el individuo peligroso, más allá de que la diferente regulación de penas y medidas de seguridad en el propio Código Penal alemán permita caracterizar más nítidamente las diferentes respuestas.<sup>48</sup> Vale apuntar, desde ya, que esa afirmación no parece compatible con el texto de la Constitución alemana, que desde su primer artículo proclama que "(l)a dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público, reconoce" los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo y declara la vinculación de los tres poderes del Estado a los derechos fundamentales por ella enunciados; y que en sus artículos 103 y 104 rodea de garantías la libertad de todos, especialmente en caso de privación de libertad.

Lo cierto es que, desencantado de los concurrentes a la discusión científica actual, que, según refiere, buscan la razón en todas partes, asegurando tenerla, y proclamándola con altivez,<sup>49</sup> Jakobs prefiere volver los ojos a los filósofos de la Edad Moderna. Allí, se aparta de Rousseau y de Fichte, por su radical separación de ciudadano y enemigo y parece acordar ahora con el Kant de "La paz perpetua", en cuanto a dejar abierta la posibilidad de que el delincuente vuelva a arreglarse con la sociedad, evitándose paralelamente que se deshaga unilateralmente de sus deberes frente a ella.

Pero quien le atrae igual o más poderosamente, tal como sucediera con Carl Schmitt, es Thomas Hobbes, a quien destaca entre los demás contractualistas como un filósofo de las instituciones que hizo aparecer, junto a lo que denominaba "contrato de sumisión", la sumisión por medio de la violencia<sup>50</sup>, y que distinguía entre el delincuente, al que

---

<sup>48</sup> JAKOBS, G., *op. cit.*, pp. 23 y s.

<sup>49</sup> *Ídem*, p. 25.

<sup>50</sup> *Ídem*, p. 28.

mantiene en su rol de ciudadano, y aquel que se rebela contra el poder estatal, a quien no cabe castigar como súbdito, sino como enemigo.

En definitiva, Jakobs se sitúa entre Kant y Hobbes para confeccionar su concepto de enemigo con el individuo refractario a ingresar en el estado social-legal que el pensador de Koningsburg percibía como una amenaza permanente y con el reo de alta traición descrito en el *Leviatán*.

Es innegable el cuño conservador de ambas concepciones: la del filósofo inglés, nutrida en su terror por el clima de anarquía producido por las tres guerras civiles habidas en su país entre 1642 y 1651 (recordemos que la publicación de su obra maestra data, precisamente, de este último año), y la del prusiano, aunque favorecida por el siglo de evolución cultural que los separaba cronológicamente, forjada en la devoción por su admirado monarca, el déspota ilustrado Federico II “el Grande” y por su ministro de Educación, el barón von Zedlitz, a quien dedicó nada menos que su “Crítica de la Razón Pura”.

Lo cierto es que, flanqueado por ambos y alejado de la virtual banalidad y arrogancia de los posibles interlocutores contemporáneos, Jakobs pontifica: “El Derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos; el Derecho penal del enemigo, el de aquellos que forman contra el enemigo, frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra”<sup>51</sup>.

Y se dispone a explicarnos por qué aquellos dos pensadores arribaron a conclusiones análogas a la que él mismo viene a sustentar, formulando la siguiente tesis: “ningún contexto normativo, y también lo es el ciudadano, la persona en Derecho, es tal por sí mismo. Por el contrario, también ha de determinar a grandes rasgos a la sociedad; sólo entonces es real.

De esa primera formulación, me interesa extraer dos conclusiones preliminares: de una parte, la sinonimia entre “ciudadano” y “persona en Derecho”, de otra, que según Jakobs, la condición para que ese ciudadano o persona en Derecho sea real reside en que “determine” a grandes rasgos a la sociedad.

Lo de persona “**en**” Derecho, en lugar de sujeto “**de**” derechos es algo que me he permitido indicar hace largo tiempo, como un reemplazo de preposiciones sólo aparentemente intrascendente, en el glosario del

---

<sup>51</sup> *Ídem*, p. 33.

profesor Jakobs, puesto que desaloja al individuo del status jurídico que la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la Organización de las Naciones Unidas le reconoce, al disponer en su artículo 1° que “(t)odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y...dotados...de razón y conciencia...”, y al reafirmar y no en el artículo 6° que “(t)odo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

En rigor, el propio Jakobs dio aviso mucho antes de ese cambio de paradigma, al sostener que la Dogmática tradicional referida al sujeto habría quedado desfasada, en el seno de una sociedad tecnificada y anónima en alto grado, reconociendo no obstante, explícitamente, que tal afirmación suya podía originarse en una idea preconcebida o –incluso– en una intuición.<sup>52</sup>

Si el término “ciudadano” equivale a “persona **en** Derecho” y, paralelamente, en esta sociedad tecnificada y anónima no se reconoce a cualquier individuo de la especie humana como sujeto **de** Derechos, quien no es persona en Derecho no sólo no es ciudadano sino que carece de derechos o sólo dispone de los que la autoridad quiera reconocerle, porque no es un “contexto normativo” por sí mismo, ni es “real” en el plano jurídico, según las propias palabras de Jakobs.<sup>53</sup>

Es harto significativo que, acto seguido, para explicar su tesis, Jakobs recurra a la nota 13 del capítulo 14 del “Leviatán” de Hobbes, puesto que, según sus propias palabras, “(n)adie ha desarrollado esto con mayor claridad”<sup>54</sup>. Y digo que es “harto significativo” porque cuando él comienza por argumentar que “(n)o existen los delitos en circunstancias caóticas, sino como quebrantamiento de las normas de un orden practicado”, en realidad parece parafrasear más cercanamente a

---

<sup>52</sup> JAKOBS, Günther, “La imputación objetiva en Derecho Penal”, Ad-Hoc, Bs. As., 1996, p. 9.

<sup>53</sup> *Vid.*, críticamente, en torno a todo el planteo funcionalista sistémico radical, NIÑO, Luis Fernando, “La ideología de la defensa social y la expansión del Derecho Penal”, en “Serta: In Memoriam Alexandri Baratta”, Fernando PÉREZ ÁLVAREZ (ed.), Editorial Universidad de Salamanca, 2004, pp. 1095-1104; “Derecho penal del enemigo: nuevos argumentos para el viejo discurso del poder punitivo”, en *Universitas Vitae - Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Fernando PÉREZ ÁLVAREZ (comp), Editorial Universidad de Salamanca, 2008, pp. 553-566.

<sup>54</sup> JAKOBS, Günther, “Derecho Penal del Ciudadano...”, *cit.*, p. 34.

Carl Schmitt en el expresivo párrafo que antes he citado de su “Concepto de la Política”, conforme a quien, dado que “ninguna norma puede ser válida frente a una situación completamente anormal”, esa “necesidad de pacificación intestina” habilita al Estado a decidir, por sí mismo, quién es el enemigo interno<sup>55</sup>.

En cuanto a lo de “determinar a grandes rasgos” podría entenderse, conforme a la primera acepción del verbo, como “fijar los límites”, o de acuerdo a la segunda acepción, como “distinguir” o “discernir”.

Jakobs reputa al delito en el marco del Estado moderno como una mera “irritación” o “desliz reparable” mediante la pena “cuando el autor a pesar de su hecho ofrezca garantía de que se conducirá a grandes rasgos como ciudadano, es decir como persona que actúa en fidelidad al ordenamiento jurídico”, puesto que, de lo contrario, lo que no puede mantenerse de manera completamente contrafáctica es la personalidad<sup>56</sup>. Distingue, por tanto, entre la persona, que se orienta en función de lo lícito y lo ilícito, y el individuo definido como ser que actúa en función de satisfacción e insatisfacción, y luego, como aquel que por defraudar “de manera duradera” la expectativa relativa a su comportamiento, disminuye la disposición a tratarlo como persona. E intenta corroborar lo que sostiene citando ejemplos de diversas normas que el legislador alemán ha sancionado utilizando el epígrafe de “lucha” contra la criminalidad económica, el terrorismo, la criminalidad organizada o los delitos sexuales; para concluir que de ese modo el Estado “combate” -textualmente- a individuos que en su actitud, en su vida económica o mediante su incorporación a una organización “se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho”, lo que en clave del funcionalismo sistémico equivale a decir que “no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona”.<sup>57</sup>

Y, volviendo a Kant y a su distinción entre status de ciudadanía y de naturaleza, apunta que ya no se trata entonces de la compensación de un daño a la vigencia de la norma sino de la eliminación de un peligro, lo que permite -ni más ni menos que- adelantar la punibilidad al ámbito

---

<sup>55</sup> SCHMITT, C., “Concepto...”, *cit.* pp. 73 y s.

<sup>56</sup> JAKOBS, G., *op. cit.*, p. 36.

<sup>57</sup> *Ídem*, p. 40.

de la preparación y orientar la pena al aseguramiento frente a hechos futuros en lugar de a la sanción por los ya cometidos.<sup>58</sup>

De más está decir que abandonar el criterio del comienzo de ejecución para reputar jurídico-penalmente relevante una conducta y retrotraerse a la punición de la etapa preparatoria y, por añadidura, penar como mero resorte cautelar ante posibles hechos futuros implica prácticamente desertar del Derecho penal de acto y de culpabilidad para afiliarse a uno de autor y de peligrosidad, extremo abiertamente incompatible con la clara letra de Constituciones como la argentina en su artículo 19, que exige acciones u omisiones y no meros cálculos o vaticinios para poner en marcha la maquinaria punitiva del Estado contra cualquier individuo, amparando expresamente -por añadidura- un ámbito de privacidad para las acciones humanas sin trascendencia a terceros; o como la brasileña, que por el juego armónico de las disposiciones contenidas en el artículo 5º, parágrafos 2º, 3º, 54º y 57º adscribe a los principios de legalidad y reserva, propios de un Derecho penal liberal, toda vez que erige a la ley como única fuente de prohibiciones u omisiones, consagra el principio "*nullum crimen nulla poena sine praevia lege*", y condiciona toda sanción penal a la existencia del debido proceso legal y a la declaración de culpabilidad mediante sentencia condenatoria firme.<sup>59</sup>

Pero, más allá de esas incompatibilidades, es oportuno recordar que en la "Memoria para la reforma del Derecho penal Alemán" redactada y presentada por Roland Freisler, el Secretario de Justicia de Prusia desde el acceso de Adolf Hitler al poder, en 1933, y del III Reich propiamente dicho, desde 1935, se lee textualmente que "p)ara la "captación de la voluntad criminal", donde quiera que se encuentre, es válido reprimir los actos preparatorios y negar la diferencia entre autores y cómplices".

Esa misma línea argumental asumió la doctrina penal aún a la dictadura de Francisco Franco en España, tras el derrocamiento de la Segunda República y durante los años de la no menos sangrienta posguerra civil, donde autores como Juan Del Rosal, en su obra "Política y criminalidad", publicada en Madrid, en 1941, enfatizaba que ante

---

<sup>58</sup> JAKOBS, G., *op. et loc. cit.*

<sup>59</sup> En análogo sentido, advirtiendo sobre la incompatibilidad del Derecho penal del enemigo con el principio del hecho, CANCIO MELIÁ, Manuel, "¿Derecho Penal del enemigo?", en "Derecho Penal del enemigo", *cit.*, pp. 100-102.

“(l)a necesidad que el Estado tiene de defenderse de aquellas personas que son sus enemigos... (n)o cabe duda que el Estado lleva su poderío hasta donde necesite”<sup>60</sup>; acerca de esa aciaga época y de la actitud de los penalistas ante ella, recomiendo la magnífica lección inaugural del curso académico 2009-2010 de la Universidad de Huelva impartida por el Profesor Juan Carlos Ferré Olivé<sup>61</sup>. Y análoga postura adoptó la doctrina penal adherente al régimen fascista de Benito Mussolini, en Italia, donde Vincenzo Manzini, en su “Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930”, publicado en Turín entre 1933 y 1934, basándose en lo que él definió como las “convicciones generales y tradicionales del pueblo italiano” -guiado por el Duce, obviamente-, y desdeñando la función de protección de los bienes jurídicos del Derecho penal justificó la penalidad en “la necesidad de determinar a los súbditos a la obediencia del precepto”.

Por distantes que estén las intenciones de quien lo escribe, cuando se argumenta que “un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona”, por cuanto persistiría en un estado de naturaleza, vale decir, de ausencia de normas, esto es, de libertad excesiva tanto como de lucha excesiva, y se concluye apostrofando que “(q)uien gana la guerra determina lo que es norma y quien pierde ha de someterse a esa determinación”,<sup>62</sup> no se puede menos que evocar a esos autores, no por reacción emocional, sino por simple memoria asociativa.

El profesor Jakobs intenta iluminarnos trayendo a escena los hechos del 11 de Septiembre de 2001, para explicar la diferencia entre el “delincuente de carácter cotidiano” y los casos del “autor por tendencia”, o por imbricación en una organización, “donde la necesidad de reaccionar frente al peligro que emana de su conducta reiteradamente contraria a la norma pasa a un primer plano”, o -finalmente- el caso del terrorista, definido como “quien rechaza por principio la legitimidad del orden jurídico y por ello persigue [su] destrucción”.<sup>63</sup>

---

<sup>60</sup> DEL ROSAL, Juan: “Política y Criminalidad”, Revista de Estudios Políticos nº 4, Madrid, 1941, p. 759.

<sup>61</sup> FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, “Universidad y guerra civil”, en Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, accesible en: [http:// www.cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net)

<sup>62</sup> JAKOBS, G., *Ídem*, p. 41.

<sup>63</sup> JAKOBS, G., *op. et loc. cit.*

No niega que unos y otros cometan, en definitiva, delitos en sus respectivas empresas. Lo que sugiere como alternativa es, precisamente, abandonar esa “fijación estricta y exclusiva” en la categoría de delito, dado que ello impone al Estado una atadura, consistente, y cito textualmente, en “la necesidad de respetar al autor como persona”, recaudo que encuentra inadecuado frente a quien “precisamente no justifica la expectativa de una conducta generalmente personal”.<sup>64</sup>

Para el mérito de Bonn, incluir al enemigo en el concepto del delincuente ciudadano precipita a la mezcla de los conceptos “guerra” y “proceso penal”, por lo que aconseja a quienes no queramos privar al Derecho penal del ciudadano de sus cualidades afines al Estado de Derecho (entre las que cita -sorprendentemente- el control de las pasiones, que obliga a reaccionar exclusivamente frente a hechos exteriorizados y no frente a los meros actos preparatorios y el respeto a la personalidad del delincuente), que llamemos de otro modo a aquello que “hay que hacer” contra los terroristas, si no se quiere sucumbir. Y él sugiere llamar Derecho penal del enemigo o “guerra refrenada” a eso que “hay que hacer”, vale decir, siguiendo sus propias palabras “a contrario sensu”, dar rienda suelta a las pasiones, no aguardar la exteriorización de los hechos para actuar y omitir el respeto por la personalidad de quien aun no ha exteriorizado hechos delictivos pero es considerado ya sea autor por tendencia, ya miembro de una organización criminal o ya terrorista<sup>65</sup>.

El ejemplo que propone, empero, dista de convencer respecto de la necesidad de construir el concepto diferencial del Derecho penal del enemigo. Si bien es cierto que el parágrafo 129 (a) del Código Penal alemán merece las críticas dogmáticas que toda figura de asociación ilícita despierta, por satisfacerse con la fundación, la pertenencia, el apoyo, la propaganda, etcétera, de una organización terrorista o de fines delictivos de análoga envergadura, lo cierto es que una interpretación estricta -doctrinal o jurisprudencial- de cada uno de los verbos típicos de cara al caso concreto basta para retrotraer la figura a sus exactos límites; y lo mismo cuadra decir en cuanto a los montos punitivos; sin olvidar la posibilidad de controlar su constitucionalidad mediante las vías recursivas pertinentes de cada sistema de administración de justicia. Luego, de la inclusión de tales figuras penales en un

---

<sup>64</sup> JAKOBS, G., *idem*, p. 42.

<sup>65</sup> JAKOBS, G., *op. et loc. cit.*

código no se sigue que debamos descontrolar las pasiones ni avasallar la personalidad de nadie.

Tampoco en su referencia al supuesto Derecho procesal penal del enemigo resulta persuasivo el reconocido académico teutón. En mi rol de juez en lo criminal, nada encuentro de “enemigo” en el sujeto sometido a proceso por hallarse imputado de un delito de cierta gravedad, respecto del cual quepa elaborar, mediante una valoración objetiva y provisional de las constancias recogidas, un pronóstico adverso de conducta procesal, sea por probabilidad de fuga o de entorpecimiento de la investigación. El malvado sobrino acusado de matar a su tío en función de sus desmedidas apetencias hereditarias, tomado como ejemplo por Jakobs como prototipo del autor de un hecho “normal”<sup>66</sup>, bien puede poner en peligro el “decurso ordinario del proceso” [movido por] “sus instintos y sus miedos”<sup>67</sup>, huyendo o destruyendo prueba cargosa, y no por eso yo, ni por lo visto, Jakobs, vayamos a entreverlo conduciéndose como un enemigo.

Lo mismo cabría predicar respecto de ciertas medidas adquisitivo-probatorias, tales como la intervención de comunicaciones telefónicas o de otra índole o la obtención de sangre u otras muestras biológicas. Nadie discutiría respecto de que en tales casos el individuo sospechado resulta ser objeto de la investigación, pero ello no significa en absoluto que quepa rotularlo como enemigo. El teléfono del malvado sobrino apurado para heredar puede ser puntual y restrictivamente intervenido y creo que Jakobs no diría que eso lo cambia de categoría. Además, la Constitución alemana prevé escrupulosamente tales supuestos en el artículo 13° sin embanderarse en una actitud belicista, sino rodeándolo de garantías para el afectado.

La incomunicación de un individuo y la interdicción para comunicarse con un letrado defensor antes de declarar son reglas odiosas, propias de un procedimiento inquisitivo, lamentablemente familiares a los latinoamericanos, puesto que la marcha en pro de la actualización de los procedimientos penales en orden a un debido proceso legal aun no ha arribado a su meta en todas las latitudes. Pero en ello no ha incidido la supuesta diferenciación entre ciudadanos y enemigos que menciona Jakobs como baremo distintivo, sino, en todo caso, la tradición oscurantista de las metrópolis europeas en la materia respecto del

---

<sup>66</sup> JAKOBS, G., *op. cit.*, p. 35.

<sup>67</sup> JAKOBS, G., *op. cit.*, p. 45.



tratamiento de cualquier imputado, mantenida tras la independencia formal de nuestros países, y la consiguiente dificultad ideológica y actitudinal para abandonar ese lastre oprobioso y adecuar eficientemente la normativa interna a la convencional.

En otro orden de ideas, todos los atropellos a la dignidad humana que el autor parece resaltar como argumentos para consolidar su tesis, al reseñar los actos de barbarie perpetrados por el gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, particularmente a partir del atentado a las Torres Gemelas, tales como, textualmente, “destruir las fuentes de los terroristas y hacerse con ellos, o, mejor, matarlos directamente, asumiendo para ello también el homicidio de seres humanos inocentes”,<sup>68</sup> o lo que él llama eufemísticamente “la ambigua posición de los prisioneros”<sup>69</sup> de esa superpotencia, nada suman a favor de su postura.

Que el poder omnímodo de que goza aquel Estado se exprese en tamaños crímenes sólo nos habla de hechos.

Hechos contrarios a un Derecho existente desde hace casi cuatro siglos, si tomamos como momento inaugural del Derecho Internacional Público la fecha de publicación de la obra de Hugo Grocio “*De iure belli ad pacis*”. Hechos ilícitos desde el prisma de ese Derecho Internacional, cometidos por un Estado que en 1955 suscribió las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949, y en 2007, el Protocolo Tercero anexo a tales convenciones, pero no los ratificó, como es su costumbre, ignorando olímpicamente la tercera de aquellas, relativa al trato a los prisioneros de guerra y la cuarta, referida a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Hechos aberrantes que, en nuestros días, el Estatuto de Roma prevé y el Tribunal Penal Internacional está en condiciones de juzgar, pero del que escapa el poderoso, que jamás se someterá a su jurisdicción. Hechos, en suma, indignantes para cualquier ser humano dotado de razón, de voluntad y de sensibilidad, e inadmisibles para cualquier individuo con formación jurídica. Pero eso son: hechos; y ningún Derecho penal del enemigo como el propuesto por el profesor Jakobs podrá contrarrestarlos.

Volviendo al planteo central del autor que nos convoca en esta última parte de mi aportación, el argumentado Derecho penal del enemigo debe ocuparse de todo aquel que “no presta una seguridad cognitiva

---

<sup>68</sup> JAKOBS, G., *op. cit.*, p. 46.

<sup>69</sup> JAKOBS, G., *op. et loc. cit.*

suficiente de un comportamiento personal”<sup>70</sup>, razón por la cual “no sólo no puede esperar ser tratado aun como persona, sino que el Estado **no debe** (resaltado en el original) tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas”<sup>71</sup>. Por lo cual, respaldándose una vez más en Kant, juzga erróneo demonizar al Derecho penal del enemigo, que viene a resolver el problema de cómo tratar “a los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana”<sup>72</sup>.

Más allá de que el bueno de Kant, como ya recordamos, rescata en todo momento la personalidad innata del ser humano, del hombre empírico que, como él mismo aclara, “en verdad, está bastante lejos de la santidad, pero la humanidad en su persona tiene que serle santa”<sup>73</sup>, en el sentido de salva o inviolable, en consonancia con su imperativo categórico respecto del trato a la humanidad como un fin y nunca como un medio, una vez más resulta insatisfactorio el ejemplo de que se sirve el profesor de Bonn para graficar la conveniencia de construir un Derecho penal paralelo al clásico. Que, en los años iniciales de la unidad alemana, ante el descubrimiento de un presunto hecho preparatorio de magnicidio, el Reich haya decidido sancionar esa fase del *iter criminis* cuando se tratare de delitos contra la seguridad pública; y que en 1943, vale decir, en plena época del Tercer Reich, se haya extendido tal punición a todos los delitos, vinculando además la pena a la del delito planeado, revela dos circunstancias históricas nada felices para la tradición jurídica germana. En la primera, que data de 1876, el gobierno de Prusia reaccionó enérgicamente ante la absolución en Bélgica de un ciudadano de ese país llamado Duchesne, quien se habría ofrecido por carta al arzobispo de París para asesinar al canciller Bismarck por una suma de dinero.<sup>74</sup> Rompiendo con la regla de la accesoriedad de la participación, se tipificaron entonces algunos casos de comportamientos que no conducían a un hecho principal, como el

---

<sup>70</sup> JAKOBS, G., *op. cit.*, p. 47.

<sup>71</sup> JAKOBS, G., *op. et loc. cit.*

<sup>72</sup> JAKOBS, G., *op. cit.*, p. 48.

<sup>73</sup> KANT, Immanuel, “Crítica de la razón práctica”, Espasa Calpe, Madrid, 1975, p. 127.

<sup>74</sup> *Vid.*, una interesante reseña periodística, contemporánea al caso en cuestión, en el jornal -hoy digitalizado- “Sacramento Daily Unión” de California, EE.UU., Volumen 1, n° 78, del 24/5/1875.

de un ofrecimiento de tales características o la invitación a cometer un crimen. No fue, pues, por la necesidad general de penar la instigación frustrada, sino la de ensayar mayor protección a ciertas personalidades políticas particularmente expuestas. Setenta años más tarde, el régimen hitleriano aprovechó esa brecha y simplemente la generalizó, sustituyendo el concepto inicial por un “general adelantamiento de la línea de defensa contra el delito”, según una expresión de Lange citada por el recordado penalista de las Universidades de Rotterdam y Talca Sergio Politoff Lifschitz.<sup>75</sup>

Todo lo que permite comentar esa secuencia histórica es que uno de los principios delimitadores de la *potentia puniendi* estatal, el de la limitación máxima de las respuestas legales contingentes, debe guiar al intérprete, sea el juez o el hombre de doctrina, a extremar el celo hermenéutico ante criminalizaciones primarias adoptadas bajo impacto emocional y, en último caso, declarar inaplicable o inconstitucional la ley cuestionada, como lo enseñan Zaffaroni, Alagia y Slokar en su “Tratado de Derecho penal”<sup>76</sup>. Y, paralelamente, apuntar que cada vez que se abre un resquicio para responder espasmódicamente a una situación coyuntural, por él habrá de irrumpir la potencia punitiva del Estado de Policía. Pero de ningún modo autoriza a alentar la sistematización de un Derecho penal del enemigo.

En otro orden de cosas, la crítica que dirige Jakobs a lo que llama “personalización contrafáctica” de enemigos como personas, parte de una visión sesgada, según la cual las violaciones extremas a los Derechos Humanos ocurren en lugares en los que tales derechos no se hallaban establecidos a grandes rasgos, de lo que hace derivar que la acción de las potencias occidentales que, esgrimiendo una vigencia global de los derechos humanos, celebraron un juicio para conocer y decidir respecto de los crímenes cometidos en la antigua Yugoslavia, y luego crearon el Estatuto de Roma y establecieron la Corte Penal Internacional, en realidad personificaron contrafácticamente al enemigo tras lograr su aprehensión mediante acciones bélicas; y lo juzgaron, no ya para el mantenimiento de la vigencia de una norma, sino para la creación de esa vigencia. Luego, propone llamar a las cosas por su

---

<sup>75</sup> POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, “Los actos preparatorios del delito - Tentativa y frustración”, Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 59.

<sup>76</sup> ZAFFARONI, E. Raúl et al, “Tratado de Derecho penal”, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 137.

nombre, nombrar como enemigo peligroso a Milosevic en lugar de ciudadano y como Derecho penal del enemigo a su tratamiento en juicio.

De las diversas observaciones críticas de ese pasaje, sólo señalaré dos: la base naval de Guantánamo está bajo el dominio de los Estados Unidos, por cesión del gobierno cubano en base a la enmienda Platt, desde el año 1903. Luego, la visión bipolar según la cual las violaciones extremas a los Derechos Humanos se llevan a cabo en lugares en los que, “hasta el momento no estaban establecidos, en el sentido de que fueran respetados a grandes rasgos”<sup>77</sup> reconoce excepciones que la desvirtúan.

En segundo lugar, la crítica de Jakobs al juzgamiento de Slobodan Milosevic reconoce una base parcialmente cierta. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, creado por la Resolución 827 de su Consejo de Seguridad el 25 de mayo de 1993, logró la detención y traslado del ex presidente serbio a La Haya en 2000 sin que Yugoslavia hubiera reconocido la jurisdicción de dicho Tribunal y sin que se celebrara el juicio de extradición previsto en la legislación de ese país. En ese sentido y salvando las distancias, el proceso instaurado en su contra es pasible de controversia desde una perspectiva respetuosa del debido proceso, como sucedió en su época con los juicios de Nürenberg, en los que un tribunal constituido a mediados de 1945 juzgó y condenó, en base a unas normas consensuadas durante ese mismo año por las potencias vencedoras, a centenares de jefes del nacionalsocialismo, por hechos cometidos muchos años antes, situación que el propio *Chief of Justice* de la Corte Suprema de los Estados Unidos de la época, Harlan Fiske Stone, calificó de farsa y de fiesta de alto grado de linchamiento.<sup>78</sup>

Pero esas objeciones no cuadran de cara al Estatuto de Roma del 17 de Julio de 1998 y de la Corte Penal Internacional por él instituida. La constitución de ese Tribunal, con las garantías básicas del debido proceso, la tipificación de los ilícitos de su competencia -genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión- y el extenso articulado complementario distan de aparecer como una controvertible “justicia de los vencedores” y restan fuerza persuasiva al último argumento ensayado por Jakobs para otorgar validez a

---

<sup>77</sup> JAKOBS, G., *op.cit.*, p. 52.

<sup>78</sup> MASON, Alpheus Thomas, “Harlan Fiske Stone: Pillar of the Law”, Archon Books, 1968, p. 716.

su Derecho penal del enemigo. Con las inocultables ausencias en su conformación que todos conocemos, la Corte Penal Internacional está diseñada para penar a personas culpables y **no** a enemigos peligrosos como sostiene el tratadista de Bonn.

Sin perjuicio de todo lo sostenido hasta aquí, algo que resulta francamente inquietante en la rotulación de *Unpersonen* ensayada por Jakobs, a partir de su diferenciación entre individuo y persona, y del carácter de construcción social de esta última, atribuible o no al primero, por consistir -según su concepción- en el destino de expectativas normativas correspondientes a roles, es la relegación al rol de meros individuos, equiparables al *homo phenomenon* kantiano o al hombre en estado de naturaleza hobbesiano, no sólo a los niños y a los disminuidos psíquicos,<sup>79</sup> sino también, por ejemplo, a los jóvenes desempleados que, textualmente, “nunca tuvieron la oportunidad de aprender e internalizar la conducta de una persona que es necesaria en una profesión”, puesto que, como sigue expresando, “a falta de deber, no son persona, y a falta de costumbre de comportarse como persona, tampoco se comportan como si lo fueran, sino que se ocupan de sus intereses exclusivamente individuales”, concluyendo en que “no cabe esperar otras reacciones de no-personas; más aún, si tuvieran lugar, estarían sencillamente inmersas en la mentira. Aquel al que no se necesita, se le excluye de la obra común, y, cuando ha entendido esto, sólo le queda la retirada hacia la mera individualidad”. O bien: “(q)uien no es persona puede ser dirigido por amenazas y reclamos, pero no puede ser obligado por una norma. Por lo tanto, cuando quien es superfluo en la economía común se conduce como si viviera en otro mundo, ello sólo es consecuente: es que no vive en el mundo de las personas”<sup>80</sup>.

Estas afirmaciones pueden comprenderse como parte del glosario funcional sistémico de quien considera que sólo cabe atribuir personalidad a los seres humanos que, además de poseedores de un psiquismo, funcionan como un sistema compatible con el sistema social general. Pero, a la vez, sólo podrían admitirse en la medida en que no se despojare

---

<sup>79</sup> JAKOBS, Günther, “La idea de la normativización en la Dogmática jurídico-penal”, en “Problemas capitales del moderno Derecho penal a principios del Siglo XXI”, MORENO HERNÁNDEZ, Moisés (coord.), Cepolcrim D.R.-Ed. Jus Poenale, México, 2003, p. 72.

<sup>80</sup> JAKOBS, Günther, “Sobre la génesis de la obligación jurídica”, en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, no. 23 (2000), p. 348.

al individuo, al hombre empírico, de la cualidad inmanente de la dignidad, cifrada en el entendimiento, que le permite discernir y elegir conforme a fines, y en la responsabilidad que asume al actuar, esto es, reivindicando a Kant, en la medida en que se reconozca su personalidad innata, su humanidad, su dignidad. Porque si de esa construcción teórica cupiere extraer que las no-personas carecen de esas facultades y sólo pueden ser tratadas como fuentes de peligro a combatir, para garantizar la seguridad de los ciudadanos dotados de personalidad, sólo cabrá rechazarla por resultar refractaria al horizonte político y jurídico del Estado de Derecho democrático y social.

Si algo nos distingue de las comunidades primitivas es la idea de fundar en el Derecho y no en la nuda coacción la estabilidad del orden social. Si en aquellas se patentizaba la violencia militar fundacional, metamorfoseada en instituciones de pura coerción que aseguraran la reproducción del esquema de poder originario, ante la incapacidad de reproducirse “por el mero despliegue de su lógica económica”,<sup>81</sup> la marcha de la civilización pugnó por lograr en el consenso una base más estable que la del mero hecho de poder. Con avances y retrocesos, claro está, pero una marcha; con buenas y malas noticias, pero una marcha al fin. Dicho sea de paso, no se trata de matar “al mensajero que trae una mala noticia por lo indecoroso de su mensaje”.<sup>82</sup> En rigor, tampoco hay tal mensajero. El mensajero no glosa el recado que transmite, ni lo fundamenta ni lo torna comprensible: se limita a comunicarlo.

**VI.** Anuncié desde un principio que no convertiría esta labor monográfica en una apelación a lo emocional. Sólo pretendí atenerme a una visión crítica de la teoría que da título a esta contribución. Mas no estaría completa esta misión si obviara referirme a tres datos que, a mi entender, se complementan y reclaman suma prudencia a los teóricos del Derecho y demás Ciencias Sociales a la hora de enunciar categorías que permitan discriminar entre grupos de individuos de la especie *homo sapiens sapiens*.

---

<sup>81</sup> CAPELLA HERNÁNDEZ, Juan Ramón, “El trabajo como dato prejurídico”, en “Dos lecciones de Introducción al Derecho”, Universidad de Barcelona, s.f., , p. 127. Del mismo autor, *Vid.*, “Fruta prohibida - Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado: cuaderno marrón”, Trotta, Madrid, 1997, p. 46.

<sup>82</sup> JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano”, *cit.*, pp. 14 y ss.

El sociólogo alemán Theodor Adorno, exiliado durante los años de nazismo, en una conferencia dictada el 18 de Abril de 1966, bajo el título “La educación después de Auschwitz”, expuso lo siguiente: “La educación política debería proponerse como objetivo central impedir que Auschwitz se repita. Ello sólo será posible si trata este problema, el más importante de todos, abiertamente, sin miedo de chocar con poderes establecidos de cualquier tipo. Para ello debería transformarse en Sociología, es decir, esclarecer acerca del juego de las fuerzas sociales que se mueven tras la superficie de las formas políticas. Debería tratarse críticamente –digamos, a manera de ejemplo- un concepto tan respetable como el de ‘razón de Estado’: cuando se coloca el derecho del Estado por sobre el de sus súbditos, se pone ya, potencialmente, el terror”.<sup>83</sup>

Unos años más tarde, en 1990, el escritor alemán Günther Grass, galardonado posteriormente con el Premio Nobel de Literatura, se servía de la frase clásica de Theodor Adorno para titular su conferencia: “Escribir después de Auschwitz”. Grass, auxiliar de la Luftwaffe en su adolescencia, detenido en 1945 en un campo de prisioneros bajo el mando de las tropas de ocupación estadounidenses, reflexionaba casi medio siglo después, expresando: “Por mucho tiempo que haya pasado desde entonces, a pesar de todo el empeño de algunos historiadores por citar casos comparables para atribuir subrepticamente una importancia histórica relativa a una fase llamada ‘desgraciada’ de la historia alemana..., lo monstruoso, referido al nombre de Auschwitz, ha seguido siendo inconcebible, precisamente porque no es comparable, porque no puede justificarse históricamente con nada, porque no es asequible a ninguna confesión de culpa y se ha convertido así en punto de ruptura, de forma que resulta lógico fechar la historia de la Humanidad y nuestro concepto de la existencia humana con acontecimientos ocurridos antes y después de Auschwitz”<sup>84</sup>. Y hacia el final de sus reflexiones advierte: “Ni Prusia, ni Baviera, ni siquiera Austria hubieran podido por sí solas, desarrollar y aplicar los métodos y la voluntad del geno-

---

<sup>83</sup> ADORNO, Theodor, “La educación después de Auschwitz”, *Carpetas Docentes de Historia, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Universidad Nacional de La Plata, Carpeta 2, “La segunda guerra mundial y el holocausto”*, s.f.

<sup>84</sup> GRASS, Günther, “Escribir después de Auschwitz - Reflexiones sobre Alemania: un escritor hace balance de 35 años”, Paidós, Barcelona, Buenos Aires, México, 1999, p. 13.

cidio organizado: tenía que ser la gran Alemania. Tenemos todas las razones para tener miedo de nosotros mismos como unidad capaz de actuar. Nada, ningún sentido nacional, por muy idílico que se coloree, ninguna afirmación de buena voluntad de los que han nacido después puede relativizar ni eliminar a la ligera esa experiencia, que nosotros como autores y las víctimas con nosotros, tuvimos como alemanes unificados. No podemos pasar por alto Auschwitz. No deberíamos, por mucho que nos atrajera, tratar de realizar ese acto de violencia...<sup>85</sup>.

La tercera y última referencia se ubica cronológicamente entre las dos anteriores, pero su conocimiento público data de Agosto de 2013. Protocolos de los servicios secretos británicos desclasificados y publicados por el periódico *Der Spiegel* a comienzos de dicho mes y año dan cuenta del plan oculto del canciller Helmut Kohl, revelado personalmente a la primera ministro británica Margaret Thatcher a cuatro semanas de llegar al poder, en 1982, de deportar al menos a la mitad de los inmigrantes turcos, que por entonces sumaban un millón y medio de personas, por estimar que procedían de una cultura diferente y de problemática integración.<sup>86</sup> Hoy, el número de inmigrantes turcos en Alemania se acerca a los tres millones.

Parece juicioso que los juristas de todo el planeta -en especial, los penalistas y, por más de un motivo, los alemanes- atendamos sin soberbia las admoniciones de Adorno y de Günther Grass.

---

<sup>85</sup> GRASS, G., *op. cit.*, pp. 57 y s.

<sup>86</sup> Fuentes: Diario Europa Press Internacional.es del 19/8/13 y agencias Reuter y EP del 2/8/13.



# Límites de la Política Criminal

DR. RAMÓN DE LA CRUZ OCHOA\*

## Sumario

1. Principio de legalidad penal y derecho al debido proceso
  - 1.1. *Nulla poena sine lege scripta*
  - 1.2. *Nulla poena sine lege stricta*
  - 1.3. *Nulla poena sine lege previa*
2. La Proporcionalidad
3. El principio de *Ne bis in Idem*
4. El principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos
5. Principio de Intervención Mínima
6. Principio de la Responsabilidad Subjetiva
7. El Principio de Presunción de Inocencia
8. Principio de hecho
9. Derecho a la defensa

## 1. 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 solo en el Derecho penal.

---

\* Profesor Titular de Derecho penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. *Presidente de Honor de la Sociedad cubana de Ciencias Penales.* [ramon.delacruz@infomed.sld.cu](mailto:ramon.delacruz@infomed.sld.cu)

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.

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 puede 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, Capitulo 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 unanime 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.<sup>1</sup>

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)

---

<sup>1</sup> Amendment. V

No person shall be held to answer for a capital or other infamous crime unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service, in time of war or public danger, nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb, nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, not be deprived of life, liberty, or property, without due process of law, nor shall private property be taken for public use without just compensation.

Amendment VI

In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district where in the crime shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense.

Amendment XIV (Extractos de interés)

Section 1.- ... nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property without due process of law, nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws. (Todas estas enmiendas han sido tomadas del libro Derecho Constitucional de E.U. y P.Rico de Raúl Serrano Geyls. Universidad Int. De Puerto Rico, 1997.)

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 la leyes.

Las garantías jurídicas establecidas para asegurar la libertad de las personas, proclamadas por el art. 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 O.N.U. aprobada en 1945, es el primer documento internacional donde se plasma el reconocimiento internacional de los derechos humanos (Art. 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 Art. 10 establece < toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad a ser oída publicamente 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.> Art. 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 dió 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, publicamente 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, 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 ejecuten 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<sup>2</sup> 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 art. 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

---

<sup>2</sup> La expresión aparece por primera vez en la Enmienda V de 1791 a la Constitución Norteamericana. El significado < debido proceso de ley > es algo impreciso. En el caso *Murray's Lessee vs Hoboken Land* en la contestación, dice: <La Constitución no contiene una descripción de los procesos los cuales intenta permitir o prohibir. Ni siquiera declara que principios deben ser aplicados para ser considerado el debido proceso...El artículo es restrictivo de los poderes legislativos, ejecutivo a judicial y no puede ser construido para dejar al Congreso libre para hacer de cualquier proceso un <due process of law>... Para dar respuesta debemos examinar la constitución misma, para determinar si este proceso está en conflicto con cualquiera de sus previsiones.> Traducción no literal del autor. El texto está tomado de la obra citada de Raúl Serrano.

La doctrina define el debido proceso como todo el conjunto de garantías que protege al ciudadano sometido a cualquier proceso que le aseguran a lo largo del mismo una recta y cumplida administración de justicia, la libertad y la seguridad jurídica, la racionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho, siendo por tanto el debido proceso el principio generatriz del cual dimanar todos y cada uno de los principios del derecho procesal penal.

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 solo 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 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 10-12-48 señala <Nadie será condenado por acto 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: Art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 22/11/69 y el Art. 40.2a de la Convención sobre los Derechos del Niño. Naciones Unidas de . 20/11/89.

Contenido del principio:

Nulla poena sine lege scripta

Nulla poena sine lege stricta

Nulla poena sine lege previa

### **1.1. *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 solo 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.

## **1.2. *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 art. 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 art. 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 regimen nazi en Alemania, por la 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 cláusulas generales, es decir, que no dan criterio de determinabilidad como <substancias nocivas para la salud> o <medicamento de cualquier clase>

Es conveniente señalar que autores como Guissepe Maggión 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.

### **1.3. *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 sedespenaliza 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.

## **2. La Proporcionalidad**

La pena debe ser adecuada al delito en alguna medida. El nexo entre la sanción y el ilícito penal debe ser prevista por el legislador e impuesta 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 dano, según la tésis 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 dano 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.

### **3. 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.

### **4. El principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos**

Tal como hemos visto anteriormente el Derecho penal solo debe proteger bienes jurídicos. La realización de hechos socialmente danosos, 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 iniuria> 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 ej. Portar armas de fuego sin la correspondiente autorización.

Otro problema surge con la tentativa inidonia 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.

## **5. 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 mas importantes frente a los ataques mas 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 solo debe utilizarse en casos extraordinariamente graves (carácter fragmentario) y cuando no haya mas remedio por haber fracasado ya otros mecanismos de protección menos gravoso para la persona (naturaleza subsidiaria).

## **6. Principio de la Responsabilidad Subjetiva**

Se refiere a la imposibilidad de responsabilizar por su acción a quien ha actuando 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.

## **7. 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 solo al autor de un delito que haya podido comprender la antijuricidad de su comportamiento, asi como que haya obrado

sabiendo qué acción realiza, o haya infringido los deberes de ciudadano que le incumben.

El principio de culpabilidad excluye la posibilidad de determinar la pena solo, 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 la , al 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 solo 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, solo

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 imponérselle 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 basicamente a la prueba de los hechos durante el proceso penal. Dado que el acusado es en principio inocente, el fallo condenatorio contra el mismo solo 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 solo será desvirtuada a través de un proceso donde el acusado tenga la posibilidad de ejercer su derecho a la defensa en la debida forma.

## 8. Principio de hecho

Solo 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: solo 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.

## 9. 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 mas que mediante la oposición o choque entre la acusación y su antitetico pensamiento, esto es, la defensa.

Allí donde el sujeto pasivo del proceso penal no conozca la imputación de la que es objeto, no pueda manifiestar 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 autodefensa, 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, el acusado siempre debe ser asistido jurídicamente.

# Intervención mínima, proporcionalidad y expansionismo penal en el siglo XXI

DR. ARNEL MEDINA CUENCA\*

*“Si no confías en el derecho, no confías en las soluciones jurídicas, y entonces la única que queda es la violencia. En nuestro país, en nombre de la república, las instituciones, el derecho, la democracia, la libertad, se cometieron cuantas aberraciones se pudieron cometer. A diferencia de los regímenes alemanes u otros europeos, como el fascismo de Mussolini, donde cada uno apareció con su cara, aquí todo se hizo con la careta jurídica del derecho, la democracia y los principios. Esa es la confianza que hay que crear”.*

**Eugenio Raúl Zaffaroni**

Publicado en *Página 12*

3 de enero de 2015

## Sumario

1. Introducción
2. Intervención mínima
  - 2.1. Intervención mínima y expansionismo penal
  - 2.2. La influencia del derecho penal del enemigo
3. Proporcionalidad de la pena
  - 3.1. La proporcionalidad en el Código Penal cubano a partir de la Reforma penal de los ochenta del pasado siglo
4. A modo de conclusiones

## 1. Introducción

Constituye para mí un honor y un compromiso escribir estas reflexiones sobre dos de los principios limitativos del *ius puniendi*, la intervención mínima y la proporcionalidad del Derecho penal, en la

---

\* Profesor Titular de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana. Vicepresidente de la Sociedad cubana de Ciencias Penales. [arnel@lex.uh.cu](mailto:arnel@lex.uh.cu)



era de la globalización y del expansionismo penal, para un Libro Homenaje al querido profesor Juan María Terradillos Basoco, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Cádiz, que ha consagrado su vida y obra al Derecho penal económico, materia en la que es un referente obligado en Iberoamérica, y a la lucha por un Derecho penal más humano e inclusivo, de la única forma en que resulta posible lograrlo, con la aspiración de un mundo mejor, donde la distribución de las riquezas se realice de la forma más equitativa posible y en el que no existan unos pocos países y seres humanos inmensamente ricos y una gran mayoría abrumada por la falta de oportunidades y la desesperanza.

El Derecho penal se fundamenta en la necesaria tutela de los bienes jurídicos como juicio de valor que cada ordenamiento protege, y tiene en la pena el mecanismo oportuno y adecuado como consecuencia jurídica de posible aplicación para aquel que ha infringido las normas establecidas. Al propio tiempo, frente a las posibles arbitrariedades del Estado en el ejercicio del poder punitivo, se erigen como escudos protectores los principios de legalidad, intervención mínima, proporcionalidad, igualdad, humanidad, resocialización y culpabilidad, entre otros.

Las perspectivas para la determinación de la pena son cada día más controvertidas, porque la misma supone una afectación en los bienes individuales del infractor, y sus fines han sido objeto de las más diversas concepciones; pero en la base de toda esta polémica se presenta como primer plano formal de discusión, la legitimidad del órgano encargado de definir y aplicar las penas.

El derecho de castigar del Estado o *ius puniendi*, como doctrinalmente se le conoce, es la facultad que se le ha otorgado al Estado para imponer una pena o una medida de seguridad. Ha adquirido rango constitucional y supranacional, y su problemática actual atraviesa por la necesaria materialización de ese derecho sin vulnerar los derechos que también ha adquirido el hombre, y que le colocan en una situación en la cual puede exigirlos, y limitar el poder del Estado.

El pacto social propio de la modernidad, el derecho moderno y sus Constituciones, están ligados al intento de contener la guerra, de civilizar y de someter a reglas institucionales los conflictos políticos y sociales. En el interior de este proceso, la seguridad de los ciudadanos constituye la promesa central del Estado<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> BARATTA Alessandro, Criminología y Sistema Penal, Compilación In memoriam, Dirección: Carlos Alberto Elbert, Coordinadora: Laura Belloqui, Edito-

Para ello la doctrina ha estructurado un conjunto de principios, denominados limitativos al derecho de castigar, mediante los cuales se logra introducir una “barrera”, ante las posibles arbitrariedades del Estado.

La facultad del Estado de crear normas penales y de aplicarlas a los comisores de delitos, denominada potestad punitiva o *ius puniendi*, como afirmamos *supra* se legitima en la necesidad de garantizarles a los ciudadanos el disfrute de los derechos fundamentales establecidos por la Constitución, atribución inherente al propio poder estatal para mantener la convivencia pacífica y organizada.

A las constituciones nacionales de los Estados le corresponde precisar los valores fundamentales de cada sociedad; y a las normas de desarrollo y otras leyes del ordenamiento jurídico, determinar los derechos que van a recibir protección del Derecho penal, así como el sistema de principios reguladores del actuar de los legisladores en su labor de instituir delitos y penas y de los jueces y tribunales en su aplicación al caso concreto.

La Constitución cubana de 1976 ha refrendado expresamente los principios de Legalidad<sup>2</sup> y de igualdad ante la Ley<sup>3</sup>, mientras que los principios de proporcionalidad, humanidad de las penas, intervención mínima y resocialización, entre otros, han sido recogidos en el Código Penal.

La potestad estatal de castigar se materializa en dos sentidos: primero, en la posibilidad de legislar encargada a los parlamentos, que traduce la voluntad del Estado de recoger en tipos penales aquellas

---

riales Euros Editores S.R.L., Buenos Aires y B de F Ltda en Montevideo, 2004, p. 176.

<sup>2</sup> ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR, Constitución de la República de Cuba, Gaceta Oficial Extraordinaria No.3, de 31 de enero de 2003. Disponible en: [http://www.parlamentocubano.cu/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1418&Itemid=84](http://www.parlamentocubano.cu/index.php?option=com_content&view=article&id=1418&Itemid=84) Consultada el 22/4/2015, a las 23.00. La Constitución cubana aprobada en 1976 mediante referéndum constitucional y proclamada el 24 de febrero de ese año, posteriormente reformada en los años 1978, 1992 y 2002, consagra este principio en sus artículos 59 y 61.

<sup>3</sup> El artículo 41 de la Constitución cubana precisa que todos los ciudadanos gozan de iguales derechos, mientras que en el 42 proscribela discriminación por motivo de raza, color de piel, sexo, origen nacional, creencias religiosas y cualquier otro tipo de tratamiento discriminatorio que resulte lesivo a la dignidad humana.

conductas más intolerables que recaen sobre bienes jurídicos relevantes, y que resulta imprescindible protegerlos con mayor severidad. De este modo, se dibuja en la ley penal el tipo y la pena tipo. Segundo: en encargar la aplicación de estas normas al órgano jurisdiccional.

Es precisamente a partir de la concepción del Estado de Derecho que se justifica la aplicación del Derecho penal en la medida que resulte imprescindible para proteger los derechos de todos, a partir del hecho de que su propia aplicación supone una restricción de los derechos de las personas. Al respecto, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, afirman que: “La legitimidad del Derecho penal o poder punitivo del Estado proviene, pues, del modelo fijado en la Constitución y de los Pactos y Tratados Internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reconocidos por la propia Constitución (art. 10.2) que el Derecho penal debe respetar y garantizar en su ejercicio”<sup>4</sup>.

Junto a la legitimidad que tiene el Estado para instituir delitos y penas, y en consecuencia, aplicar sanciones penales a los que cometan delitos, también se legitiman, en armonía con la política criminal de los estados, los principios denominados limitativos del derecho de castigar. Los principios de legalidad de los delitos y las penas, intervención mínima, proporcionalidad de las penas, resocialización, humanidad y otros de tipo sustantivo y procesal, que han llegado a tener rango constitucional entre los derechos y libertades fundamentales, pretenden, en su conjunto, garantizar la protección del individuo frente al actuar del Estado, con el propósito, no siempre alcanzado, de configurar un Derecho penal garantista y respetuoso de la libertad y dignidad humanas<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 7ma. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia. 2007, p. 68. El artículo 10.2 mencionado se refiere a la Constitución española de 1978.

<sup>5</sup> *Vid*, entre otros autores a: GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo, *Derecho Penal Mexicano*, Quinta Edición, Editorial Porrúa, México D. F. 1999, p. 19, donde afirma que “El Derecho penal protege los más preciosos bienes (valores), constituyendo por tal motivo, la fórmula drástica para que el Estado pueda ejercer materialmente la conminación y coercibilidad cuando se transgrede la salvaguarda de dichos valores, en aras del bien común para una buena convivencia social, por supuesto, también sirve para ser utilizado en aspectos ajenos totalmente a tal finalidad, ya que, este instrumento en manos de la autoridad, lamentablemente puede ser usado para diversos logros”.

Para BARATTA, la política criminal es un concepto complejo: mientras su finalidad es unívoca, su instrumental resulta indeterminable porque es definible sólo en términos negativos: a través de instrumentos penales, de un lado, e instrumentos no penales, del otro. Para decir que la finalidad de la política criminal es unívoca debemos hacer una puntualización: hasta un pasado no muy lejano ésta se entendió constantemente como la finalidad de controlar la criminalidad, es decir, reducir el número de infracciones delictivas. A partir del desarrollo de estudios victimológicos, y en particular por la preocupación acerca de las necesidades de la víctima, de su ambiente social y de la sociedad, el campo de acción de la política criminal se extiende también hacia el control de las consecuencias del crimen, además de su prevención<sup>6</sup>.

Respecto del fin general de la política criminal, puede decirse que es la realización de los derechos fundamentales; no obstante, se discute si es un fin jurídico o social. Si se dice que es la vigencia material de los derechos fundamentales reconocidos, se parte de una concepción del Estado Social y Democrático de Derecho y de los derechos fundamentales que lo sustentan como principios guías a partir del cual se legitima la coerción de los poderes públicos y toda su actuación pública, y por lo tanto, también sus actuaciones políticas y jurídicas. En suma, toda política criminal tendrá que ser necesariamente el modelo de Estado personalista de realización positiva de los derechos fundamentales y limitado negativamente en su actuación por el respeto de éstos por encima de cualquier interés general. Los derechos fundamentales y el concepto de Estado de Derecho constituyen una legitimación axiológica. Los derechos fundamentales concebidos como paradigma de legitimidad del derecho vigente y de la actuación de los poderes públicos deben entenderse con los caracteres tradicionalmente atribuidos a los derechos humanos, sólo que están positivizados: igualdad,

---

<sup>6</sup> BARATTA Alessandro, *op, cit*, p. 152. Para el control de las consecuencias del delito las actuales teorías prevén, sobre todo, el uso de instrumentos no penales, en particular conciliatorios (la mediación en sus diversas formas), y restitutivos. Solamente en el ámbito de las teorías de las funciones simbólicas de la pena (teoría clásica y contemporánea de la retribución, teoría actual de la prevención general positiva o prevención-integración, y otras teorías), el instrumento principal para el control de las consecuencias del delito es la pena.

universalidad, indisponibilidad, atribución *ex lege* y rango constitucional, por ello se encuentran supraordenados en las normas jurídicas<sup>7</sup>.

En relación con los medios utilizables para controlar las infracciones delictivas y sus consecuencias, señala BARATTA, que resulta teóricamente indeterminado el instrumental no penal<sup>8</sup> en correspondencia con la posición teórica que se adopte en su diseño y puesta en práctica. Su muerte, el 25 de mayo de 2002, le impidió evaluar las actuales tendencias al expansionismo del Derecho penal a partir de los acontecimientos que han conmovido los cimientos de las estructuras del poder mundial, como el ataque terrorista a las Torres Gemelas de *Nueva York*, el 11 de septiembre de 2001 y otros que le sucedieron en la central ferroviaria de Atocha, España, el 11 de marzo de 2004, en el Reino Unido, en 2005, Bombay, India, 2006 y Pakistán, 2007.

En materia de política penal y penitenciaria, se apuesta por una concepción más amplia de los fines de las actuaciones políticas y jurídicas del Estado en relación con la delincuencia, considerando no sólo a la prevención de la delincuencia, sino también al objeto de controlar todas sus consecuencias, lo que se valora como positivo. Lamentablemente ello viene acompañado de un creciente abandono de los principios limitativos del derecho de castigar del Estado, que son el resultado de las luchas que ha tenido que librar la humanidad, durante siglos, incluidos los horrores de las dos guerras mundiales.

## 2. Intervención mínima

Los fundamentos de lo que hoy conocemos como el principio de intervención mínima los podemos encontrar en las luchas contra los poderes ilimitados que se concentraban en manos de los monarcas, en la segunda mitad del siglo XVIII, que dieron origen a la doctrina política del liberalismo, caracterizada por importantes reivindicaciones sociales en el ámbito personal, religioso y económico, y que en relación con el Derecho penal se materializaron en la lucha contra las leyes penales rígidas y la severidad de las penas.

La mayor expresión de los ideales del liberalismo en el Derecho penal fue Cesare Beccaria, que con su obra titulada “De los delitos y

---

<sup>7</sup> *Ídem*, p. 103.

<sup>8</sup> *Ídem*, p. 152.

de las penas”, lanza los fundamentos de un sistema penal garantista y limitador del poder punitivo, que sustentaron las proposiciones doctrinales presentadas más tarde, y que llegan hasta nuestros días<sup>9</sup>.

El sistema presentado por Beccaria está constituido básicamente por un elenco de garantías que limitan la intervención punitiva del Estado, que era el reclamo de la sociedad de la época, o sea, limitar el poder del soberano a través de la libertad e igualdad del ciudadano desde una nueva perspectiva, basada en la valorización de la persona, con afirmación del principio de la dignidad humana, donde ésta ya no es vista como cosa, sino asegurando su libertad e igualdad<sup>10</sup>.

En correspondencia con este principio, el Derecho penal ha de ser la “última *ratio*”, el último recurso al que hay que acudir a falta de otros menos lesivos, pues si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos con medios menos graves que los penales, no es preciso ni se deben utilizar estos. Incluso aunque haya que proteger bienes jurídicos, donde basten los medios del Derecho civil, del Derecho público o incluso medios extrajurídicos, ha de retraerse el Derecho penal, pues su intervención (con la dureza de sus medios) sería innecesaria y, por tanto, injustificable. También debe haber subsidiariedad dentro de las propias sanciones penales, no imponiendo sanciones graves si basta con otras menos duras<sup>11</sup>.

MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN, destacan el hecho de que al Derecho penal, en el contexto del ordenamiento jurídico, le corresponde la tarea más ingrata: “la de sancionar con las sanciones más graves los ataques más intolerables a los bienes jurídicos más importantes, y, en este sentido, sí se puede decir que el Derecho penal debe ser subsidiario del resto de las normas del ordenamiento jurídico, por cuanto en ello se expresa su carácter de «última *ratio*»; es decir, cuando

---

<sup>9</sup> ASÚA BATARRITA, Adela, *Reivindicación o superación del programa Beccaria*, en “El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad”, Bilbao, Ediciones Universidad de Deusto, 1990, pp. 9-10.

<sup>10</sup> MILANESE, Pablo. El moderno Derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima. Tomado del sitio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Fribourg, p.3. Disponible en: [http://www.unifr.ch/ddp1/de-rechopenal/articulos/a\\_20080526\\_33.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/de-rechopenal/articulos/a_20080526_33.pdf) Consultado el 22/11/2014, a las 13.30.

<sup>11</sup> LUZON PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal. Parte General I. El “ius puniendi” (la potestad unitiva)*, Editorial Universitas S.A., Año 1996, p. 82.

el ataque no sea tan grave o el bien jurídico no sea tan importante, o cuando el conflicto pueda ser solucionado con soluciones menos radicales que las sanciones penales propiamente dichas, deben ser aquellas la aplicables”<sup>12</sup>.

La presencia de un bien jurídico merecedor de tutela penal constituye un presupuesto para legitimar la facultad del Estado de instituir delitos y penas, pero en consecuencia con el principio de intervención mínima, se exige además que la intervención del Derecho penal, resulte necesaria, que se hayan agotado todas las posibilidades de buscar otras soluciones menos lesivas. “Se habla así del principio de intervención mínima, que debe entenderse en un doble sentido: se ha de castigar tan sólo aquellos hechos que necesiten ser penados, y para la sanción de tales hechos se deben preferir penas que, sin dejar de ser adecuadas y eficaces, resulten menos onerosas”<sup>13</sup>. La actual tendencia a criminalizar nuevas conductas que si bien representan un peligro para la sociedad, no necesariamente deben ser combatidas con las armas del Derecho penal sin ni tan siquiera experimentar primero con otros mecanismos como el Derecho administrativo sancionador, no contribuye a promover la necesaria racionalidad que debe caracterizar a una política criminal sensata y racional, propia del Estado de Derecho.

## 2.1. Intervención mínima y expansionismo penal

El proceso despenalizador que caracterizó las últimas décadas del pasado siglo, evidenció el grado de aceptación que tuvo en muchos países la aplicación consecuente de este principio, al prescindir del Derecho penal ante determinadas conductas que históricamente habían sido consideradas como delictivas, como son el caso del adulterio en la legislación española, y del maltrato de obra y la conducción de

---

<sup>12</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal. Parte General. Séptima edición, revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 72.

<sup>13</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María Dolores, “Los límites al *ius puniendi*”, en Anuario de Derecho y Ciencias Penales, Tomo XLVII, Facsímil III, septiembre-diciembre, 1994, Madrid, p. 99, *apud*, Exposición de motivos del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980, donde aparecían valiosas reflexiones relacionadas con el Principio de Intervención Mínima que, sin embargo, no se veían reflejadas en el texto articulado de éste proyecto.

vehículo motor sin poseer licencia de conducción, en Cuba, a partir de la vigencia del Código Penal de 1987.

ROXIN<sup>14</sup>, valora la despenalización en un doble sentido, por la vía del no castigo en un Estado de Derecho de una conducta que atentase sólo contra la moral, la religión o que condujere exclusivamente a la auto puesta en peligro, en la cual puede producirse una anulación sin sustitución de aquellos preceptos penales que no son necesarios para el mantenimiento de la paz social, pues entre las funciones que se le asignan al Derecho penal no se encuentra la inhibición de semejantes formas de conducta, sino que éste debe impedir el perjuicio ajeno y tutelar las condiciones de la existencia social. A través del principio de subsidiariedad se abre una segunda vía en el ámbito de la despenalización, que significa que sólo debería conminarse bajo sanción penal una conducta socialmente lesiva, allí donde la superación de la perturbación social no se puede alcanzar con otros medios extra-penales de menor injerencia, como ocurre con las sanciones administrativas del orden público, que por regla general, en la actualidad son sancionables con simples multas.

Los constantes avances y retrocesos que se producen en la tarea de consolidar una política penal, en la que sin dejar de proteger los bienes jurídicos prevalezca la tendencia reduccionista en la aplicación del Derecho penal, por diversas razones generalmente mediáticas y al servicio de los intereses de las nuevas fórmulas del mercado, continúa siendo una aspiración de numerosos tratadistas, que ven con preocupación la tendencia imperante en la mayoría de los países<sup>15</sup> a una

---

<sup>14</sup> ROXIN, Claus, “¿Tiene futuro el Derecho Penal?”, *Revista del Poder Judicial*, 3ra época, No. 49, Editor: Consejo General del Poder Judicial, 1998, pp. 49 y 50.

<sup>15</sup> *Vid.*, a modo de ejemplo, en la legislación española, la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, que establece medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas que, introduce negativos criterios retribucionistas, que se distancian de los fines de resocialización de las penas, con el argumento, expresado en la exposición de motivos de la Ley, de perfeccionar el ordenamiento jurídico con el fin de concretar la forma del cumplimiento de las penas para conseguir que se lleve a cabo de manera íntegra y efectiva y, en consecuencia, dar mayor protagonismo al principio de seguridad jurídica en esta materia, además de asegurar este derecho, la ley persigue un claro objetivo, conforme con su propia naturaleza penal: el de lograr una lucha más efectiva contra la criminalidad. Como ha seña-



criminalización excesiva de determinadas conductas, y a un irreflexivo aumento de las consecuencias jurídicas derivadas del delito<sup>16</sup>.

Los excesos que se aprecian de modo creciente en los últimos años, con la criminalización de nuevas conductas, incluidas algunas de dudosa constitucionalidad<sup>17</sup>, evidencian que el principio de intervención

---

lado autorizada doctrina penal, se continua señalando en la exposición de motivos, que el mayor freno de los delitos no es la dureza de las penas, sino su infalibilidad, de modo que la certeza de un castigo, aunque éste sea moderado, surtirá más efecto que el temor de otro más severo unido a la esperanza de la impunidad o de su incumplimiento. La Ley Orgánica No. 5/2010, de 22 de junio (BOE Número 152, Miércoles 23 de junio de 2010, Sec. I, p. 54811), por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal Español, incrementó las penas de varios delitos y creó la muy discutida medida de seguridad de libertad vigilada, que se impone en la sentencia junto a la pena privativa de libertad, para que sea ejecutada con posterioridad a su cumplimiento, con una duración de hasta diez años. Solo a modo de ejemplo podemos señalar lo regulado en el artículo 379 inciso 1 del CPE, tal y como quedo modificado por la referida Ley Orgánica, de 22 de junio de 2010, que sanciona con penas de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, al que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente y la forma en que quedo redactado el artículo 384, que prevé penas de prisión de tres a seis meses o de multa de doce a veinticuatro meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, para los que condujeren un vehículo de motor o ciclomotor, en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente y también al que realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción.

<sup>16</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal, Ley Penal*, Editorial DY-KINSON, S.L., Madrid, 2010, p.1.

<sup>17</sup> En España, la Ley Orgánica No. 15/2003 criminalizó el abandono de un animal doméstico en condiciones en que pueda peligrar su vida o su integridad y recientemente la Ley Orgánica No. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, le agravó las sanciones. Lo que se debate es el bien jurídico protegido

mínima está siendo abandonado con demasiada frecuencia y no siempre por causas que verdaderamente lo justifiquen.

Frente a las transformaciones ocurridas en las diversas esferas de la vida social, se afirma que el Derecho penal clásico no posee elementos suficientes para el enfrentamiento de los problemas derivados de ellas. De acuerdo con MUÑOZ CONDE, ese Derecho penal “carece de información suficiente sobre el efecto preventivo de sus disposiciones, exige una imputación del injusto a personas físicas individuales y requiere una prueba precisa de la relación causal entre la acción y los daños”<sup>18</sup>.

Esa presunta insuficiencia, provoca el surgimiento de un Derecho penal moderno, con características propias, actuando en sectores distintos que el Derecho penal clásico, con otros instrumentos y produciendo cambios en sus funciones, generando problemas de gran relevancia, que atentan directamente contra los fundamentos del Estado

---

do constitucionalmente y al respecto se han elaborado diversas teorías sobre si lo que se protege es la moral pública o las buenas costumbres, la conducta moral de la comunidad o una lesión al medio ambiente. Al respecto el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, ha expresado que “... el bien jurídico en el delito de maltrato de animales no puede ser otro que la salud y el bienestar del propio animal. Se puede argumentar: ¿Cómo el animal puede ejercer esos derechos? Tenemos varios seres que no pueden y que nunca podrán ejercer derechos y que sin embargo son objeto de tutela jurídico penal: oligofrénicos profundos, fetos, descerebrados, dementes en los últimos estadios, son seres que no podrán nunca ejercer sus derechos, pero no por eso les negamos esos derechos. Negarle ese derecho es el equivalente a aquel argumento que sirvió de ideología básica para la masacre nazi-fascista, o lo que ocurrió en Francia, en los manicomios, durante la Segunda Guerra Mundial”, en Conferencia impartida el 22 de septiembre de 2010, en Quito, en el acto de investidura como Doctor Honoris Causa de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, sobre “Los derechos de la naturaleza en la nueva Constitución ecuatoriana”. Vid, Rivadinegra Hernán J, Editor, Memorias de la XV Conferencia Continental de la Asociación Americana de Juristas, “Justicia, Soberanía, Democracia e Integración en América, Quito, 2011, p. 14. Al respecto, consideró que estamos en presencia de conductas criticables, pero que se pueden combatir con la intervención del Derecho administrativo.

<sup>18</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, “Presente y futuro de la dogmática jurídico penal”, *Revista Penal*, 2000, p. 48.

Social y Democrático de Derecho<sup>19</sup>. Por más que el Derecho penal clásico necesite de transformaciones, a fin de atender las nuevas necesidades sociales, el núcleo de esos cambios no puede representar la infracción de los principios fundamentales que sustentan los requerimientos básicos de convivencia de los seres humanos.

El expansionismo del Derecho penal ya no se extiende solamente a las partes especiales de los Códigos penales, incrementando el rigor de las penas, creando nuevas figuras delictivas, incluidas las de peligro abstracto, o ampliando las existentes; sino que también ha incursionado en la parte general, instituyendo nuevas sanciones y limitando la denominada adecuación administrativa de la pena. Tal parece que todos los problemas de la sociedad los vamos a resolver con la represión penal, lo que significa un retroceso a políticas criminales que parecían abandonadas desde la segunda mitad del pasado siglo.

Los últimos años parecen caracterizarse por un desmedido protagonismo del Derecho penal, como nos señala con acierto el profesor CARBONELL MATEU al afirmar que: “Basta asomarse a los medios de comunicación para comprobar que un elevadísimo porcentaje de sus contenidos está relacionado de manera más o menos directa con jueces, tribunales, crímenes, delitos, penas, policías, sobornos, prevaricaciones, etc. La vida política depende de sentencias judiciales y la amenaza con recurrir a los tribunales es constante...Allí donde la pena resulta innecesaria, es injusta, como se viene diciendo desde Beccaria y reconoce la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. No sólo no debe intervenir el Derecho penal allí donde no es necesario, bien porque puede ser el bien jurídico tutelado por otros mecanismos menos costosos, bien porque no necesita de tutela alguna, sino que hay que proclamar que la intervención ha de ser también la mínima imprescindible; por consiguiente, la consecuencia jurídica, la pena, ha de ser la menor de las posibles”<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> MILANESE, Pablo, *op cit*, p. 5.

<sup>20</sup> CARBONELL MATEU, Juan Carlos, “Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad”, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad, Salamanca, Cuenca, 2001, p. 129 y 131. Disponible en: [http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/reflexiones%20sobre%20el%20abuso%20del%20derecho%20penal%20y%20la%20banalizacion%20de%20la%20legalidad.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/reflexiones%20sobre%20el%20abuso%20del%20derecho%20penal%20y%20la%20banalizacion%20de%20la%20legalidad.pdf). Consultado el 28/3/2015, a las 13:00.

Las sociedades actuales son particularmente complejas, afirma CARNEVALI RODRÍGUEZ<sup>21</sup>, por ello se llega a hablar de *sociedad de riesgos*. Precisamente, la posible ocurrencia de tales riesgos ha determinado la generación de tipos penales que suponen adelantar la barrera punitiva a casos donde no puede apreciarse una víctima o esta se torna difusa “*delitos de peligro abstracto*”. Es cierto que el Derecho penal debe hacer frente a tales peligros, pero también se corre el riesgo de que dicha barrera protectora se adelante de tal manera que termine castigando conductas que perfectamente pueden ser comprendidas en otra esfera sancionatoria, como puede ser el Derecho administrativo sancionador. Es preciso pues, tener cuidado ante la creciente tendencia de incriminar los llamados *delitos* de víctima difusa, ya que ponen de manifiesto más bien objetivos de organización política, económica y social, y sólo de forma lejana se afecta al individuo. Es pues, tarea del teórico destacar cuándo se está frente a tendencias político criminales irracionales, para evitar que éstas se constituyan en una constante.

La denominada sociedad de riesgo y la aparición de fenómenos delictivos congruentes con ella, está 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 vigencia de los principios limitativos del derecho de castigar de los Estados, consagrados en numerosos instrumentos jurídicos internacionales de protección de los derechos humanos y en las constituciones y leyes nacionales. Lo cierto es que, de la mano de la globalización, el Derecho penal tiene que adaptarse a los nuevos tiempos y preservar, en la medida de lo posible, las garantías penales y procesales de rango constitucional.

El problema se complica cuando se trata de determinar cuáles serán estos nuevos intereses y la forma en que serán protegidos con el poder punitivo del Estado, y de momento los códigos penales y las leyes procesales que surgieron de las profundas reformas que se realizaron en nuestra región desde la última década del pasado siglo, se convierten

---

<sup>21</sup> CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl, “Derecho penal como última ratio. Hacia una política criminal racional”, Revista *Ius et Praxis* - año 14 - n° 1:13 -48, Talca, 2008, p. 10. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122008000100002&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122008000100002&script=sci_arttext) Consultada el 25/4/2015, a las 23.00.

en “la causa” de la violencia, la inseguridad ciudadana y otros males sociales.

Mediante los medios de comunicación, las medidas adoptadas para reducir la cuantía de las penas privativas de libertad, pasan de la letra de la ley a ser objeto de críticas en los programas de gobierno de los candidatos presidenciales y también de los aspirantes a diputados, senadores, alcaldes, concejales y otros cargos públicos, a los que se accede por elección popular. Con los nuevos gobiernos se inicia un proceso paulatino de desmontaje de las garantías penales y procesales que con tanto esfuerzo se han construido con la contribución de numerosos hombres y mujeres de buena voluntad.

Tal parece que la vida de nuestros países va a depender de ahora en adelante solo de la aprobación de leyes especiales, nuevas tipicidades delictivas, largas penas privativas de libertad, incremento del rigor penitenciario y sobre todo de la reducción de las garantías penales y procesales que con rango constitucional y afianzada en el Derecho internacional, constituyen los cimientos del Estado de Derecho.

El profesor ZAFFARONI, ha expresado al respecto que las garantías penales y procesales penales no son producto de un capricho, 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 todas 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 guerras<sup>22</sup>.

Con el surgimiento de nuevas y complejas formas de criminalidad, y especialmente las relacionadas con la denominada criminalidad organizada, se justifica que junto al proceso de discriminación de determinadas conductas de escasa peligrosidad social, exista en la actualidad una tendencia a criminalizar otras, como el terrorismo, el tráfico ilícito de migrantes, la trata de personas, el lavado de activos, la protección penal del ambiente, los delitos informáticos, los relacionados con la

---

<sup>22</sup> 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](http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/globalizacion_crimen_organizado.pdf) Consultado el 26/2/2015 a las 11:00.

corrupción y muchos más. Se trata de conductas que, por el perfeccionamiento del modo de actuar de sus comisores en la era de la globalización, requieren de frecuentes modificaciones de los tipos penales, y en ocasiones, de un mayor rigor en el sistema de sanciones; así como de una especial dedicación de la Comunidad internacional y de los Estados nacionales, que en los últimos años se han alineado a la tendencia de regularlos por leyes especiales, lo que rompe la sistematicidad de los códigos penales y afecta la armonía de la legislación penal.

En el actual escenario mundial y regional, el enfrentamiento a la violencia y a sus manifestaciones más peligrosas (aquellas vinculadas a la delincuencia organizada) resulta complejo y se mezcla demasiado con las campañas electorales, el oportunismo político y la aplicación de políticas extremas desde los gobiernos que en lugar de resolver el problema lo agudizan, y demuestran que el combate a la violencia con la violencia institucional, conduce a un camino sin salida. Se trata de un tema que no podemos dejar de abordar con sentido crítico, al menos los que continuamos pensando que la solución al incremento de la criminalidad hay que buscarla en las políticas de inclusión social, con medidas preventivas y no en el aumento del rigor de las penas, ni en la construcción de más cárceles<sup>23</sup>.

Las crecientes exigencias de aplicar una mayor severidad penal a partir de diferentes posiciones, para responder a las aparentes demandas de la sociedad, que generalmente son alentadas por los medios de comunicación, que responden a determinados sectores de la opinión pública, provoca que cuando el legislador sustenta su política criminal en semejantes reivindicaciones, ...“se corre el riesgo de incorporar al ordenamiento respuestas penalizadas a problemas falsos, en la medida en que el énfasis punitivista se alimenta de las noticias que aparecen en dichos medios de comunicación de masas, para los cuales, ni todos los sucesos se convierten en noticias, ni todas las que se convierten

---

<sup>23</sup> BLAUSTEIN, Eduardo. “Prisiones privatizadas en EEUU, modelo de exportación. Mazmorras Inc”. En Servicio Informativo Ecuménico y Popular. SIEP. EL Salvador, 2006. Disponible en: <http://www.ecumenico.org/article/prisiones-privatizadas-en-eeuu-modelo-de-exportaci/> Consultado el: 13/4/2015, a las 11.00. Vid, la expresión atribuida al experto en sistemas penitenciarios, de los Estados Unidos: Robert Gangi: “Construir más prisiones para detener el delito es como construir más cementerios para detener las enfermedades mortales”.

en tales, tienen la repercusión necesaria para crear «alarma» en la sociedad<sup>24</sup>.

De esta forma, la técnica de legislar sobre la base de los resultados de los estudios criminológicos y de las investigaciones científicas se sustituye por las campañas publicitarias, que no contribuyen al necesario equilibrio que debe existir entre la utilización del poder punitivo por parte del Estado y la aplicación de los principios de intervención mínima y de proporcionalidad de las penas.

## 2.2 La influencia del derecho penal del enemigo

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.

El denominado Derecho penal del enemigo se ha convertido en el principal argumento de los que consideran que con más cárceles, nuevas tipicidades delictivas y sanciones de mayor severidad, serán resueltos los graves problemas que enfrenta la humanidad con el incremento de la violencia y la presencia de las bandas criminales en todas las esferas de la vida.

El principal exponente de la teoría del Derecho penal del enemigo es el jurista alemán Günther Jakobs, quien distingue dos regulaciones del Derecho penal, dos modos de proceder con los delincuentes: el trato con el “ciudadano”, en el que se espera a que cometa el delito para reaccionar, viéndole como persona que ha infringido el pacto, pero que no persiste en ello, manteniendo el status de persona; y el trato con el “enemigo”, que se desvía del pacto por principio, perdiendo la consideración normativa de persona, y que por ello debe ser interceptado

---

<sup>24</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “Medición de la Respuesta Punitiva y Estado y Derecho. Especial Referencia al Tratamiento Penológico del Delincuente Imputable Peligroso”, *Monografía asociada a Revista ARANZADI de Derecho y Proceso penal*, Número 24, Pamplona, España, 2010, p. 18.

y combatido antes por su peligrosidad, una custodia de seguridad anticipada que se denomina “pena”, por tratarse de individuos que hay que coaccionar para evitar que destruyan el ordenamiento jurídico<sup>25</sup>.

En palabras del propio JAKOBS, “la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos”<sup>26</sup>. Para él, es tan legítima la pena como contradicción por la comisión de un delito, que la pena como eliminación de un peligro, pues el enemigo debe ser excluido; porque en estos casos la función de la pena no es la coacción dirigida contra la persona en derecho, sino la de combatir el riesgo generado por el individuo peligroso a través de medidas de seguridad.

La teoría del derecho penal del enemigo postula “despersonalizar” a los enemigos y, por ende no someterlos a las penas medidas conforme a la culpabilidad, sino “contenerlos” para neutralizar su peligro. No es más que la reiteración de “las medidas de seguridad” para los multi-reincidentes, habituales, etc, o sea penas sin culpabilidad<sup>27</sup>.

Sus consecuencias son el adelantamiento de la punición equivalente al *status* de un hecho consumado (lo que supone en ocasiones incriminar no tanto hechos propiamente dichos cuanto conductas cuya relevancia penal se manifiesta particularmente en un contenido simbólico) , pero sin que suponga reducción alguna de la pena, con la correspondiente desproporción; y la transición de un Derecho penal a una legislación de lucha que implica la reducción de las garantías procesales, sobre todo las derivadas del principio de legalidad, ya que el legislador utiliza términos tan porosos y ambiguos que permiten hablar

---

<sup>25</sup> Vid, SANZ MULAS, Nieves, “De las libertades del Marqués de Beccaria al todo vale de Günther Jakobs, El fantasma del enemigo en la legislación penal española”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. No.14, 2012, p. 10. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-10.pdf> Consultada el 25/2/2015, a las 22.00.

<sup>26</sup> JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, G.-CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006, p.40.

<sup>27</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “¿Es posible una contribución penal eficaz a la prevención de los crímenes contra la humanidad?”, *Revista de la Asociación Americana de Juristas*, Septiembre de 2010, Editada en Buenos Aires, Argentina, p.32.



de un intento consciente de eludir el mandato de determinación que de él se desprende<sup>28</sup>.

El Derecho penal del enemigo se convierte en un Derecho de guerra, un nuevo formato que configura una legislación penal y procesal preventiva que sólo atiende a la eliminación del riesgo generado por el “individuo peligroso” a través de medidas de seguridad<sup>29</sup>; porque la finalidad última no es sino una: la conservación de los intereses del sistema, la capacidad funcional de sus órganos y la defensa del Estado<sup>30</sup>. Ello puede resumirse en la máxima: todo vale en la guerra contra los enemigos. Enemigos que si son terroristas son aún más enemigos, y las justificaciones llegan todavía más lejos<sup>31</sup>.

Para SANZ MULAS, existen dos diferencias entre el Derecho penal y del Derecho penal del enemigo (y que cabe en consecuencia reprochársele a este último): una, el Derecho penal del enemigo no estabiliza normas (prevención general positiva), sino que demoniza (excluye) a determinados grupos de infractores; dos, el Derecho penal del enemigo es un claro derecho penal del autor<sup>32</sup>.

El expansionismo del Derecho penal, (reflejado especialmente en la multiplicación de tipos legales, el adelantamiento de la ilicitud a las etapas preparatorias y el aumento de penas) se amalgama con un Derecho penal simbólico entroncado en el denominado Realismo de Derecha. Así, se apela a una normativa abstracta que busca tranquilizar a la opinión pública mediante producciones legislativas que de antemano son de imposible cumplimiento<sup>33</sup>. En relación con lo mentado previamente, a las leyes penales y procesales no se les reconoce,

---

<sup>28</sup> SANZ MULAS, Nieves, *op cit*, p. 11.

<sup>29</sup> PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, en PORTILLA CONTRERAS, G., (Coord.), *Mutaciones del Leviatán, Legitimación de los nuevos modelos penales*, Universidad Internacional de Andalucía – Akal, Madrid, 2005, pp.241y ss.

<sup>30</sup> *Ídem*, p. 251.

<sup>31</sup> SANZ MULAS, Nieves, *op. cit*, p. 11.

<sup>32</sup> *Ídem*, p. 15.

<sup>33</sup> JAVIER RUA, Ramiro, “El Derecho penal del enemigo en la legislación relativa a los maras en EEUU y El Salvador”, *Revista Crítica Penal y Poder*, No. 3. 2012. Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad

conforme a los postulados de estas posiciones extremas, otra eficacia que la de tranquilizar a la opinión pública, o sea, un efecto figurado, con lo cual se acaba en un Derecho penal de riesgo simbólico, o sea, que no se neutralizan los riesgos sino que se hace creer a la gente que ya no existen, se calma la ansiedad o, más claramente, se miente, dando lugar a un Derecho penal promocional, que acaba convirtiéndose en un mero difusor de ideología<sup>34</sup>.

Al analizar su aplicación en el panorama actual, el profesor ZAFFARONI afirma con razón que "... en verdad, lo que se designa como derecho penal del enemigo es práctica corriente en casi todo el planeta y en especial en América Latina, donde su instrumento preferido es la prisión preventiva, usada como pena principal y casi única, dado que casi el 70 % de los presos latinoamericanos se hallan en prisión cautelar y suelen agotar la pena en ella, resulta muy claro que ésta opera como una pena sin culpabilidad, anticipada a la sentencia normal"<sup>35</sup>.

Sus principales características las podemos resumir en la construcción de tipos penales que suponen un adelantamiento al momento de la comisión del hecho delictivo, el retorno a las penas sin culpabilidad, el argumento de la necesidad de garantizar la seguridad de los ciudadanos frente al enemigo, penas desproporcionadas, recorte de las garantías procesales para determinados tipos de delincuentes y de delitos, y una disminución y transformación de las instituciones dogmáticas. A tales fines, la utilización de leyes excepcionales o de emergencia (anti mafia, anti terrorismo, anti camorra, anti maras) ha venido a alterar las fuentes de legitimación de un Derecho penal propio del Estado de Derecho.

Sobre las actuales tendencias del Derecho penal, MORILLAS CUEVA expresó recientemente que la tendencia legislativa (no solo en España sino en prácticamente todo el Derecho comparado) camina hacia presupuestos de expansión que en ocasiones resultan sumamente discutibles, cuando no sorprendentes, para una moderna y legitimada (en parámetros democráticos y sociales) ciencia punitiva. El aval doctrinal

---

de Barcelona, p. 61. Disponible en: <http://revistes.ub.edu/index.php/Critica-PenalPoder/article/view/3480/6726> Consultado el 15/3/2015, a las 9.00.

<sup>34</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Eugenio y SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 352.

<sup>35</sup> *Ídem*, p. 32.

que dan ciertas concepciones dogmáticas (entre las que destaca el funcionalismo radical, y su brazo ejecutor, el Derecho penal del enemigo) a dichas apetencias expansionistas, fortalece las formas organizadas de poder de los Estados. El desarrollo de sus inclinaciones represivas, generalmente disimuladas en invocaciones a la seguridad de los ciudadanos, parece hacer retroceder los niveles del imprescindible garantismo penal y aboca, cada vez con mayor frecuencia, a una utilización indiscriminada del Derecho punitivo y al continuado uso de la pena de prisión<sup>36</sup>.

BARATTA<sup>37</sup>, al analizar la doctrina de “seguridad nacional” y relacionarla con el derecho penal del enemigo, valoró que quedaba todavía el trágico recuerdo de los años setenta y ochenta en América Latina, cuando la ideología autoritaria inspirada en el principio *schmittiano* del amigo-enemigo sirvió para sostener, no sólo un derecho penal del enemigo (cuyas señales todavía están presentes incluso en los estados con regímenes formalmente democráticos) sino, sobre todo, un sistema penal ilegal, paralelo al legal y mucho más sanguinario y efectivo que este último: un verdadero terrorismo de Estado, como el que se desarrolló en las dictaduras militares del Cono Sur. Hoy, la tendencia a reprimir la violencia con más violencia, y la promulgación de normas penales representativas del derecho penal del enemigo, ha entrado también en los países más desarrollados como señalamos supra.

En línea con las ideas relacionadas con el Derecho penal del enemigo, se perfilan cuatro posiciones doctrinales<sup>38</sup>, alentadas por dichos

---

<sup>36</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “La función de la pena en el Estado Social y Democrático de Derecho”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol. 4, diciembre de 2013, Almería, España, pp. 3-4. Disponible en: [http://www.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2013-12/articulos\\_discurso-investigadura.pdf](http://www.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2013-12/articulos_discurso-investigadura.pdf) “El presente escrito corresponde a la parte científica de mi discurso en el acto de investidura de Doctor Honoris Causa por la Universidad de Almería (21 de marzo de 2013). Quiero reiterar en su publicación mi permanente agradecimiento a la Universidad de Almería por el alto honor que me ha concedido y que me llena de orgullo y satisfacción”.

<sup>37</sup> *Ídem*, p. 156.

<sup>38</sup> En éste particular se sigue la sistemática metodológica ofrecida por Díez Ripollés en su monografía: Díez Ripollés, José Luis; “De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un debate desenfocado”. *Revista Electrónica*

cambios y cuyos elementos epistémicos son una combinación armónica entre Derecho penal y Política Criminal, para dar respuesta a su asunción por el primero<sup>39</sup>.

La primera de ellas tiene su origen en la escuela penalista de Frankfurt, siendo uno de sus principales expositores HASSEMER<sup>40</sup>. Se puede caracterizar globalmente como una estrategia que, sin dejar de reconocer las nuevas necesidades sociales de intervención, se afana por mantener incólume el laboriosamente construido edificio conceptual del Derecho penal que se inició en la ilustración. En ese sentido, expone que resultan inaceptables las transformaciones que el abordaje de la problemática de la sociedad del riesgo parecen exigir al Derecho penal clásico, el cual se vería privado de sus señas de identidad.

La segunda de las estrategias doctrinalmente planteadas constituye, como la precedente, una aceptación resignada de las nuevas demandas sociales que se le plantean a la Política criminal y un intento de reducir su impacto sobre el Derecho penal hasta ahora vigente. Se distingue de la anterior en que se muestra dispuesta a que tales exigencias sociales tengan una directa, aunque limitada, repercusión en la

---

*nica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-01, 2005, Sección Artículos; 4 de enero de 2005. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>; Consultado el 10/3/2015, a las 22.00.

<sup>39</sup> Vid, GOITE PIERRE, Mayda y ALARCÓN BORGES, Ramón, “La utilización de las normas penales en blanco en el enfrentamiento a la criminalidad organizada contemporánea”, *Temas de Derecho y Proceso penal, desde una perspectiva jurídico penal contemporánea en el enfrentamiento a la criminalidad organizada*. Coordinadora: GOITE PIERRE, Mayda, Editorial vLex, 2013. Barcelona. p. 16. Disponible en: <http://vlex.com/source/temas-derecho-proceso-penal-12247> Consultado el 27/8/2014, a las 10.00. Los autores destacan las principales características de las referidas posiciones doctrinales.

<sup>40</sup> HASSEMER, Winfried, *Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLV, Fascículo I, Enero-Abril, 1992, p. 238. Destaca que el Derecho penal moderno “ha conducido a una humanización y a un mejor control de la actuación penal”. Pero, opina que “este desarrollo ha finalizado, la modernización amenaza con producir el efecto contrario y considera que ha llegado el momento en que debe volver a compaginarse el desarrollo del moderno Derecho penal con los tradicionales principios morales”.

configuración de este último. Formulada por SILVA SÁNCHEZ<sup>41</sup>, destaca, ante todo, que lo deseable sería reconducir al Derecho administrativo sancionador la mayoría de los nuevos objetivos de control social que dimanen de la sociedad del riesgo. Como eso parece hoy por hoy una alternativa irrealizable, propone estructurar dos clases de Derecho penal: el primero sería el Derecho penal clásico, que permanecería anclado en la protección del catálogo de bienes jurídicos tradicionales y en donde seguirían rigiendo los habituales y rigurosos criterios de imputación y garantías del presunto delincuente y junto a él surgiría un nuevo Derecho penal: un *Derecho penal de segunda velocidad*, que se ocuparía específicamente de esas perturbaciones sociales modernas que está sacando a la luz la sociedad del riesgo.

La tercera postura doctrinal es producto de la reacción de un amplio sector de la doctrina, fundamentalmente española, enfascada hasta este momento en la construcción e interpretación de los nuevos conceptos jurídicos y figuras delictivas del moderno Derecho penal, ante el cuestionamiento de su labor<sup>42</sup>.

La cuarta postura doctrinal<sup>43</sup> puede calificarse como una actitud de *resistencia garantista* ante las modificaciones que propone la Política

---

<sup>41</sup> Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximaciones al Derecho penal Contemporáneo*, José María Bosch Editor, S. A, Barcelona, 1992; pp. 149-162.

<sup>42</sup> *Vid*, GOITE PIERRE, Mayda y ALARCÓN BORGES, Ramón, *op. cit.*, p. 18, quienes destacan que los autores que siguen esta postura epistémica se centran, en la doctrina española en: Paredes Castañón, Gimbernat Ordeig; Martínez-Buján Pérez; Gracia Martín; Pozuelo Pérez; Laurenso Copello; Soto Navarro; Prieto del Pino; Terradillos Basoco; Górriz Núñez; Corco y Bidasolo; Gómez Martín, y García -Pablos Molina. Díez Ripollés, José Luis; De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-01, 2005, Sección Artículos; 4 de Enero de 2005; en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>. Consultado el 10/3/2015, a las 22.00.

<sup>43</sup> *Ídem*, p. 20. Entre los autores que siguen esta postura epistémica, GOITE PIERRE Y ALARCÓN BORGES, señalan a: Mendoza Buergo; Muñoz Lorente; Cerezo Mir; Bueno Arús; Díez Ripollés, José Luis; “De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un debate desenfocado”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-01 2005, Sección Artículos; 4 de enero de 2005; Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>. Consultado el 10/3/2015, a las 18.00. Una clara exposición, que constituye resumen de ésta postura se puede consultar en: Mendoza Buergo, Blanca;

criminal modernizadora. Se diferencia de las dos primeras posturas en que no ve la necesidad de realizar cesiones aceptando niveles intermedios de intervención penales o para-penales. La escasa idoneidad del Derecho penal para afrontar las nuevas necesidades de la sociedad del riesgo priva de justificación al socavamiento o en el mejor de los casos a la acomodación que la Política criminal modernizadora hace del Derecho penal garantista, y que pueden llevar a su desnaturalización. En último término, la Política criminal moderna, incapaz de prevenir eficazmente los comportamientos que le preocupan, termina asignando al Derecho penal una función meramente educadora, que le hace caer en las redes del Derecho penal simbólico.

En la primera década del nuevo siglo y los años siguientes, se ha producido un proceso creciente de elevación de las penas privativas de libertad, 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 estatal, con más violencia y las políticas de control social formal e informal y las medidas de prevención, con frecuencia son postergadas u olvidadas.

Los excesos cometidos por el poder punitivo de los estados y las largas condenas de prisión, no siempre por violaciones demasiado graves de las normas de convivencia, dan la impresión de que los que diseñan y aplican la política criminal, especialmente en América Latina, no tienen en cuenta el hacinamiento carcelario, y le dan la razón al recientemente fallecido escritor uruguayo Eduardo Galeano, cuando al referirse a la situación de los presos en América Latina expresó que

---

“Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho Penal”; en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LII, 1999; pp. 279-321.

“...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”<sup>44</sup>.

Estamos retornando al denominado Derecho penal de autor, a las medidas de seguridad, los tipos penales abiertos y otros males que ya parecían superados, como resultado de los esfuerzos de cientos de miles de hombres y mujeres de buena voluntad que, como señalamos *supra*, en diferentes épocas han contribuido al reconocimiento universal de los derechos humanos fundamentales.

El Derecho penal debe continuar reservándose para tutelar los valores o intereses con relevancia constitucional, los bienes jurídicos protegidos por la Constitución, que al recibir la protección de la ley penal, se convierten en bienes jurídicos penales, y nada indica que para enfrentar la creciente criminalidad en los primeros años del nuevo siglo, resulte absolutamente necesario abandonar el camino recorrido hasta ahora, y entonces retroceder a la era de los horrores de la Segunda Guerra Mundial de tan triste recordación, en materia de derechos humanos y tratamiento a los prisioneros que, como señalamos *supra* en palabras de Zaffaroni, causaron más muertes que la propia guerra.

Coincidimos con MILANESE<sup>45</sup> en que en el denominado Derecho penal moderno hay la evidente quiebra del principio de intervención

---

<sup>44</sup> 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 19/2/2015, a las 22.00.

<sup>45</sup> MILANESE, Pablo. *op. cit.*, p.7.

mínima, lo que es inadmisibile en el Estado de Derecho; así que, o se elimina una parte (o incluso toda) de esa modernidad, o se corre el riesgo de transformar el Derecho penal en un simple símbolo, perdiendo su carácter de principal medio de coacción jurídica y de control social.

A 250 años de la publicación de “Los delitos y las penas”, podemos preguntarnos ¿Qué queda de la obra que conmovió a la sociedad de su época y sentó las bases para la construcción de un Derecho penal más humano y equilibrado? No queda mucho, por lo que desde la academia nos corresponde insistir en la necesidad de retornar a la aplicación consecuente de reformas penales, procesales y penitenciarias, que despenalicen las conductas de menor dañisidad que aun abundan en las leyes penales de nuestros países, disminuyan los límites mínimos de las sanciones privativas de libertad, flexibilicen los requisitos para acceder a la libertad anticipada, incrementen las penas alternativas y conviertan al principio de intervención mínima en el pilar fundamental de la política penal y penitenciaria. Para lograr estos propósitos se requiere que desde la Comunidad internacional y los Estados nacionales se diseñen estrategias que prefieran la prevención y las políticas de inclusión social a la represión excesiva, en las que se evite, al menos en la medida de lo posible, que por circunstancias coyunturales y hasta de oportunismo político<sup>46</sup> se produzcan retrocesos en las estrategias diseñadas que atenten contra tales propósitos.

---

<sup>46</sup> Resulta frecuente en los parlamentos latinoamericanos y también en el español la presentación de proyectos legislativos que implican un retroceso a lo avanzado en la aplicación consecuente del principio de intervención mínima, que ha inspirado las reformas del sistema penal que se realizaron en la mayoría de los países de Iberoamérica en las últimas décadas del pasado siglo y en los primeros años del presente, con la característica de que en muchos casos han prosperado, sin que existan causas que verdaderamente lo justifiquen. A esta situación se unen las medidas que se han visto obligados a adoptar numerosos Estados para el enfrentamiento al terrorismo y a la criminalidad organizada transnacional, fundamentalmente al tráfico de drogas, el lavado de activos (generalmente bajo la presión de los países más ricos) y el tráfico y la trata de personas, en las que también, se cometen excesos, que conducen a un debilitamiento del Derecho penal del ciudadano y, en consecuencia, al fortalecimiento del denominado derecho penal del enemigo, que sin mencionarse por su nombre, está entrando de contrabando en las leyes penales de numerosos países.



Los últimos años, en cumplimiento de las convenciones internacionales y otros instrumentos jurídicos adoptados por la comunidad internacional, y también por decisiones de los estados nacionales, se han caracterizado por la promulgación excesiva de leyes especiales para combatir la criminalidad organizada, el tráfico de drogas, la violencia contra la mujer, el tráfico y la trata de personas, el terrorismo y otros males, que en el siglo XXI han adquirido magnitudes alarmantes; lo que en lugar de favorecer la coherencia y racionalidad que deben caracterizar al sistema de justicia penal, atentan contra la seguridad jurídica y las medidas de prevención que deben adoptar los estados para combatir el delito.

En Cuba, hasta la promulgación de la Ley No. 88/1999 de Protección de la Independencia Nacional y la Economía de Cuba<sup>47</sup>, se había mantenido la tradición de que todas las normas penales estaban concentradas en el Código Penal, lo que fortalece la seguridad jurídica y facilita el conocimiento de las normas jurídico penales por los ciudadanos, con la única excepción, hasta ese momento, de la Ley No. 72/1992, que en su Título XI incluyó los Ilícitos Electorales<sup>48</sup>. Con posterioridad, fue promulgada la Ley No 93/2001<sup>49</sup>, contra actos de terrorismo de 20 de diciembre, por lo que en la actualidad a los ilícitos penales regulados en el Código Penal, se le unen los de las tres leyes antes mencionadas.

---

<sup>47</sup> *Vid.*, Toledo Santander, José Luis, “La Ley No. 88/1999, de Protección de la Independencia Nacional y la Economía de Cuba”, No. 88 de 16 de febrero de 1999, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 1 de 15 de marzo de 1999, en MEDINA CUENCA, Arnel, *Comentarios al Código Penal. Concordado y actualizado. Ley No. 62 de 1987*, en Comentarios a las leyes penales cubanas, Editorial vLex.com, Barcelona, 2014, p. 3-199. Disponible en: <http://vlex.com/vid/540344378>. Consultado el 20/3/2015 a las 18:00.

<sup>48</sup> ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR, Ley No. 72, Ley Electoral, de 29 de octubre de 1992, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 9 de 2 de noviembre de 1992, Artículo 172. Disponible en: <http://www.gacetaoficial.cu/LEY%20ELECTORAL.zip> Consultado el 15/4/2015 a las 18.00.

<sup>49</sup> *Vid.*, DE LA CRUZ OCHOA, Ramón, Comentarios a la Ley contra actos de Terrorismo, No. 93 de 20 de diciembre de 2001, Gaceta Oficial Extraordinaria No.14 de 24 de diciembre de 1992, en MEDINA CUENCA, Arnel, *op. cit.* Disponible en: <http://vlex.com/vid/540344374> Consultado el 15/4/2015 a las 16.00.

Las recientes modificaciones al Código Penal realizadas a través del Decreto-Ley No. 316, de 7 de diciembre de 2013<sup>50</sup> en materia de lavado de activos (para atemperar nuestra legislación penal a los compromisos internacionales asumidos por nuestro Estado y Gobierno) parecen indicar un retorno a la técnica tradicional de la codificación de las leyes penales, que en nuestro criterio sería el mejor escenario, con lo que guardaríamos prudencial distancia de la tendencia a regularlo todo por leyes especiales, que además de los inconvenientes apuntados *supra*, también afectan la interpretación uniforme de las normas penales.

Se trata de un importante paso en el combate al lavado de activos, al agravar las penas y perfeccionar la legislación, para enfrentar esta modalidad de la criminalidad socio-económica, en correspondencia con los estándares internacionales<sup>51</sup>, que como afirma MEJÍAS RODRÍGUEZ<sup>52</sup>, tiene un tipo de delincuente que difiere del delincuente común, particularmente del que comete los delitos corrientes contra el patrimonio de finalidad casi siempre económica; caracterizándose por pertenecer a grupos sociales profesionalmente competentes, dominio de la esfera donde desempeña sus funciones o cargos y casi siempre un alto sentido ético y profesional, cuyos requisitos consubstanciales a la actividad laboral del sujeto, tienen como base una conducta anterior aparentemente destacada.

---

<sup>50</sup> CONSEJO DE ESTADO DE LA REPÚBLICA DE CUBA, Decreto-Ley No. 316, de 7 de diciembre de 2013, Modificativo del Código Penal y de la Ley contra Actos de Terrorismo, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 44 de 19 de diciembre de 2013. Disponible en: [http://www.gacetaoficial.cu/pdf/GO\\_X\\_044\\_2013.rar](http://www.gacetaoficial.cu/pdf/GO_X_044_2013.rar) Consultado el 15/4/2015 a las 15.00.

<sup>51</sup> *Vid*, GOITE PIERRE, Mayda y Arnel, MEDINA CUENCA, “El delito de lavado de activos: necesario análisis desde una dimensión plural”, en: El lavado de dinero en el siglo XXI. Una visión desde los Instrumentos Jurídicos Internacionales, desde la doctrina y las leyes en América Latina y España, Editorial de la Universidad de Sinaloa, México, 2015, pp. 29-38. En las condiciones de Cuba, apreciamos como excesiva la inclusión de delitos de escasa significación, desde el punto de vista económico en la nueva normativa cubana sobre el lavado de activos.

<sup>52</sup> MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto, “La pena y otras consecuencias jurídicas en delitos económicos”, Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, 2013, p.8. Disponible en: <http://www.ciidpe.com.ar/area1/penas%20y%20consecuencias.pdf> Consultado el 24/4/2015, a las 22.00.

### 3. Proporcionalidad de la pena

La exigencia del principio de proporcionalidad tiene entre sus antecedentes lo proclamado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789<sup>53</sup>, donde se señala que la ley no debe establecer más penas que las estrictamente necesarias y que estas deben ser proporcionales al delito.

En la obra cumbre de BECCARIA<sup>54</sup>, encontramos entre otras concepciones en relación con la proporcionalidad de las penas, la de que debe haber una proporción entre los delitos y las penas, y al respecto precisa que si se destina una pena igual a dos delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no encontrarán un obstáculo más fuerte para cometer el mayor cuando éste les acarree mayores ventajas y concluye afirmando que uno de los mayores frenos del delito no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad.

Hay coincidencia en la doctrina en que el principio de proporcionalidad de las penas (o de prohibición de exceso) se fue introduciendo como tal, en los Códigos Penales a partir de la Revolución Francesa de 1789, pero no logró su consagración hasta finalizada la II Guerra Mundial y las declaraciones internacionales que le sucedieron como la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>55</sup>, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 donde se materializan en regulaciones bien precisas, la eliminación de las torturas y de las penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes.

El principio de proporcionalidad de las penas exige por una parte, que la pena sea proporcional al delito y por la otra, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia

---

<sup>53</sup> Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789. Disponible en: [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/espagnol/es\\_ddhc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf) Consultada el 15/4/2015 a las 13.00.

<sup>54</sup> BECCARIA, César, *“De los delitos y de las penas”*, Introducción, notas y traducción por F. Tomás Valiente, Reimpresión, Madrid, 1979, p. 71.

<sup>55</sup> Instituto de Derechos Humanos y Comisión de la Unión Europea, *Instrumentos Internacionales de Protección de Derechos Humanos*, Talleres de Mundo Gráfico, San José de Costa Rica, 1998, p. 13.

social del hecho<sup>56</sup>, teniendo en cuenta su trascendencia para la propia sociedad que se pretende proteger con la norma<sup>57</sup>.

En la Constitución Española, si bien el principio de proporcionalidad no aparece reflejado de forma explícita, la doctrina mayoritariamente le confiere rango constitucional sobre la base de lo regulado en los artículos: 1.1, que proclama como valores superiores del ordenamiento jurídico español la libertad, la justicia y la igualdad; el 15, que proscribe la tortura y las penas inhumanas o degradantes<sup>58</sup>; el 17.2, que precisa que la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y en el inciso cuarto del propio artículo 17, que le asigna a la prisión provisional un límite máximo de duración, establecido por la ley.

Otros preceptos de esta Constitución, como el artículo 9.3 que ratifica la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y el 10.1 que afianza la dignidad de la persona, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, como fundamentos del orden político y de la

---

<sup>56</sup> MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Sexta Edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2002, p. 133.

<sup>57</sup> SANZ MULAS, Nieves, *Alternativas a la prisión. Su viabilidad en las legislaciones centroamericanas, española y mexicana*, Instituto Nacional de Ciencias Penales. Talleres Impresos Chávez, México, 2004, p. 395. Al analizar los elementos que deben ser tenidos en cuenta en la valoración de este principio, precisa que “el principio de proporcionalidad, en su perspectiva más garantista, está obligado a ponderar tres entidades: la gravedad de la conducta, el bien jurídico a proteger y la consecuencia jurídica con la que se va a castigar”.

<sup>58</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal Parte General, op cit*, p.132. Destaca que “la proporcionalidad de la pena con la gravedad del hecho cometido puede desprenderse del artículo 15 de la Constitución. Para nuestro Tribunal Constitucional el juicio de proporcionalidad respecto al tratamiento legislativo de los derechos fundamentales y, en concreto, en materia penal, en relación a la cantidad y calidad de la pena sobre el tipo de comportamiento incriminado debe partir en esta sede de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con que intenta conseguirlo”.

paz social; aparecen también muy relacionados con la consagración del principio de proporcionalidad en la Ley Fundamental.

Por la sentencia 65 del Tribunal Constitucional Español de 22 de mayo de 1986, se precisó que el juicio de proporcionalidad corresponde, en principio, al legislador; pero que ello no impide que la proporcionalidad debe ser tenida en cuenta por el juez en el momento de la individualización de la pena, ni excluye que pueda plantearse la cuestión de inconstitucionalidad allí donde la ley señale penas desorbitadas<sup>59</sup>.

En lo relacionado con la consideración de las penas como desproporcionadas, en correspondencia con lo postulado en el artículo 15 de la Constitución Española, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como el Tribunal Constitucional Español<sup>60</sup>, han afirmado, que solo ha de estimarse que una pena desproporcionada vulnera este precepto constitucional, en la medida en que conlleve sufrimientos físicos o psíquicos intolerables o provoque una humillación superior y distinta a la que supone toda condena.

El proceso despenalizador que caracterizó las últimas décadas del pasado siglo, evidencian el grado de aceptación que tuvo en muchos países la aplicación consecuente de los principios de intervención mínima y de proporcionalidad, al prescindir del Derecho penal ante determinadas conductas que históricamente habían sido consideradas

---

<sup>59</sup> COBO DEL ROSAL, Manuel. y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho Penal Parte General*, tercera edición, Valencia, 1990, pp. 71 y ss.

<sup>60</sup> CUERDA ARNAU, María Luisa, "Aproximación al principio de proporcionalidad en el Derecho Penal", en *Estudios jurídicos en memoria del Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, t. I, Universidad de Valencia, Valencia, 1997, p. 457. *Vid*, también: BATISTA JUMÉNEZ, Fernando, "La eficacia del valor dignidad de la persona en el sistema jurídico español", en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. STC 161/97, fundamento jurídico 12. En el mismo sentido, las SSTC 136/99, f. j. 23; donde se afirma que: "La relación valorativa entre precepto y sanción sólo será indicio de una vulneración del derecho fundamental que la sanción limita cuando atente contra el valor fundamental de la justicia propio de un Estado de derecho y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la *dignidad de la persona*... es decir, cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma". Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/11/ard/ard1.htm> Consultada el 22/3/2015, a las 22.00.

como delictivas, como ocurrió en Cuba con los delitos de maltrato de obra y la conducción de vehículo motor sin poseer licencia de conducción, a partir de la vigencia del Código Penal de 1987.

### **3.1. La proporcionalidad en el Código Penal cubano a partir de la Reforma penal de los ochenta del pasado siglo**

El Código Penal de 1978<sup>61</sup> constituyó un indiscutible avance con relación a su predecesor, el antiguo Código de Defensa Social de 1936,

---

<sup>61</sup> Ministerio de Justicia de la República de Cuba, *Código Penal*, Ley No. 21 de 30 de diciembre de 1978, Gaceta Oficial, Edición Ordinaria, No.3, de 1 de marzo de 1979. En sus por cuantos señala lo siguiente:

POR CUANTO: Es una necesidad imperiosa la adopción de un nuevo Código Penal que sustituya las normas penales aún vigentes, las cuales, pese a las importantes modificaciones que les han sido introducidas desde la victoria de la Revolución, ya no se corresponden con la realidad de nuestro desarrollo económico, social y político, ni tienen la coherencia requerida por los cuerpos jurídicos de ese carácter. La aprobación de un nuevo Código Penal se halla incluida entre las tareas básicas del plan legislativo destinado a crear los cuerpos jurídicos fundamentales que, en sustitución de los antiguos, requiere nuestro Estado socialista.

POR CUANTO: El proyecto de Código Penal presentado a la consideración de la Asamblea Nacional del Poder Popular, constituye el resultado de casi diez años de continua y sistemática labor, que se inició con los trabajos de una subcomisión de la Comisión de Estudios Jurídicos del Comité Central del Partido que, en el período de 1969 a 1973, elaboró un anteproyecto; continuó en los años subsiguientes, durante los cuales dicho anteproyecto fue enriquecido con los aportes procedentes de dirigentes políticos y administrativos, instituciones estatales y sociales y órganos de dirección de organismos políticos, sociales y de masas, entre los que fue circulado; y culminó con la colaboración de todo el pueblo en el curso de la amplia y democrática discusión pública a que fue sometido, que lo aprobó y perfeccionó.

POR CUANTO: El nuevo Código Penal responde íntegramente a los principios del Derecho socialista y se halla en concordancia con nuestro extraordinario avance cultural y el alto grado de conciencia alcanzado por nuestro pueblo, destacándose, como características esenciales del mismo, la incrementada protección que ofrece a la sociedad, a las personas y al orden social, económico y político del Estado; la finalidad de la sanción, que se propone la reeducación antes que la represión; el aumento de las clases de sanciones como medio de elevar el grado posible de individualización de la sanción; el establecimiento de sanciones que no privan de libertad ni del

vigente desde 1938, pero muy pronto se vio superado por la realidad social. La tipificación como delito de un alto número de figuras de escasa peligrosidad social, que en su gran mayoría eran las antiguas faltas de su predecesor; la existencia en su Parte Especial de marcos sancionadores muy cerrados, con límites mínimos de las sanciones de numerosos delitos demasiado elevados en unos casos, o excesivamente rígidos en otros; y el hecho de que fuera aprobado diez años después del inicio de su redacción, que causó su degeneración antes de su nacimiento; hicieron aconsejable someterlo a una transformación, de tal naturaleza, que motivó la decisión de sustituirlo por uno nuevo.

La Ley No. 62 de 29 de diciembre de 1987<sup>62</sup> que puso en vigor el Código Penal, comenzó a regir el 30 de abril de 1988 en sustitución de

---

contacto con el medio social y familiar a los sancionados por infracciones de poca gravedad; la posibilidad de reducir la sanción imponible al delito en los casos en que los infractores son menores de veinte años de edad; la regulación de la remisión condicional de la sanción y de la libertad condicional con vista a otorgarla en todas las oportunidades en que, por los antecedentes del caso, sea presumible que los fines de la sanción pueden alcanzarse sin su ejecución o con sólo su ejecución parcial; el fortalecimiento de la lucha contra la reincidencia mediante la imposición de penas más severas a los que incurrir en nuevos delitos; el establecimiento de una más efectiva atención postpenitenciaria de los reclusos que abandonan los establecimientos penitenciarios por haber extinguido la sanción o por recibir el beneficio de la libertad condicional o por otras causas; la incorporación de figuras delictivas repudiadas por la conciencia jurídica internacional y condenadas en convenciones internacionales de las que nuestro país es signatario, como las de mercenarismo, genocidio, y apartheid; la inclusión de los delitos contra los derechos laborales y contra el patrimonio cultural; el reforzamiento de la protección de los bienes de propiedad socialista; el mantenimiento de la pena capital, aunque con carácter excepcional, para los delitos más graves y repugnantes y siempre en forma alternativa con la de privación de libertad; y la eliminación de lo relativo a las contravenciones, que pasan a ser consideradas, en unos casos, delitos leves y en otros, infracciones que la legislación no penal sanciona con multas administrativas.

<sup>62</sup> MEDINA CUENCA, Arnel, *op. cit.*, pp. 237-246. Disponible en: <http://vlex.com/vid/540344370> Consultado el 21/3/2015 a las 11:00. *Vid*, la DISPOSICION FINAL TERCERA, que señala expresamente que esta Ley entraría en vigor el 30 de abril de 1988, seis meses después de su aprobación por la Asamblea Nacional del Poder Popular, lo que se justifica por el alto número de figuras delictivas que fueron despenalizadas, y por la reducción de los

la Ley No. 21 de 30 de diciembre de 1978, vigente desde el primero de octubre de 1979; sustituyendo al antiguo Código de Defensa Social de 1936, que rigió en nuestro país con innumerables modificaciones durante los primeros veinte años de la Revolución.

El Código Penal es el resultado de la Reforma Penal<sup>63</sup> que se produjo en Cuba entre los años 1985 y 1988, la que estuvo caracterizada por las profundas modificaciones que se efectuaron en el Sistema de Justicia Penal, en las que se percibe una clara orientación de la práctica cubana hacia la consagración de los principios de legalidad, intervención mínima, humanidad, proporcionalidad de la pena y la resocialización, como muestra el Decreto-Ley No. 87/1985 sobre el Procedimiento Especial de Revisión, y la propia aprobación del Código Penal de 1987.

Esta reforma, como plantea uno de los redactores principales de la Ley No. 62/1987, el Dr. Renén Quirós Pírez<sup>64</sup>, se basó en los cinco principios fundamentales siguientes:

1. La sanción penal constituye la respuesta estatal, socialmente condicionada, ligada en su concepción, contenido, objetivos, aplicación y ejecución al desarrollo material y cultural de la sociedad que la instituye, aplica y ejecuta.
2. El sistema de sanciones debe ser lo suficientemente flexible para permitir al tribunal una aplicación individualizada y diferenciada

---

marcos sancionadores de muchos delitos, que hacían prever un alto grado de aplicación retroactiva del nuevo Código en cumplimiento de lo regulado en el inciso dos del artículo tres, como realmente sucedió; lo que requirió de un intenso periodo de preparación previa por parte de los operadores del sistema penal.

<sup>63</sup> Vid, sobre este aspecto a QUIRÓS PÍREZ, Renén.(1988), "Las modificaciones al Código Penal", en *Revista Cubana de Derecho*, número 33, año XVII, abril-junio, en el mismo se realiza un pormenorizado análisis de los principios fundamentales que tuvo en cuenta el legislador cubano del año 1987, que inspirado en el movimiento internacional de Reformas en el Derecho penal, asumió el reto de atemperar la legislación cubana a los cambios más renovadores de la doctrina y la política criminal, tomando en consideración especialmente, el nivel de desarrollo alcanzado por la sociedad cubana en la década de los ochenta, las Recomendaciones derivadas del Plan de Acción de Milán y los resultados de la VIII Conferencia de la Asociación Americana de Juristas celebrada en La Habana en septiembre de 1987.

<sup>64</sup> *Ídem*. p. 10.



de la pena, sin vulnerar el principio de igualdad real de todos ante la ley.

3. El nivel de conminación penal señalado en la ley debe hallarse en relación con las funciones de protección que incumben al Derecho penal y a la sanción penal.
4. La sanción de privación de libertad debe quedar limitada para los casos de infracciones más graves.
5. La sanción penal debe reservarse para la prohibición, en la esfera del Derecho penal, de aquellos comportamientos considerados intolerables por la sociedad, por amenazar o poner en peligro fundamentales relaciones sociales.

Entre los principales aspectos de la reforma, que fueron recogidos en el texto del nuevo Código Penal, resaltan los siguientes:

- La eliminación, en la medida de lo posible, de las sanciones privativas de libertad de corta duración.
- La exclusión de la esfera de lo penal de determinadas conductas de escasa significación social.
- Se instituyó la posibilidad de sustituir sanciones privativas de libertad por otras alternativas de acentuada influencia social.
- Se adicionaron dos nuevos delitos el de enriquecimiento ilícito y el de incumplimiento de las obligaciones derivadas de la comisión de contravenciones, éste último debido a la necesidad de garantizar por la vía del Derecho penal, el cumplimiento de las sanciones administrativas de multas, en correspondencia con el alto número de delitos que pasaron de la esfera de lo penal a la administrativa, como resultado de la reforma.

A lo anterior se unen las regulaciones del artículo 8 en sus incisos 2 y 3. El primero de ellos, con el propósito de consagrar el principio de intervención mínima prevé una fórmula en la cual, no obstante la aparición de elementos típicos del delito, por la insignificante dañosidad del mismo, se excluye su consideración como tal; mientras que el segundo establece un tratamiento administrativo para aquellas conductas de poca significación social, con lo cual se pone de manifiesto que la legislación penal se reserva para la penalización de las infracciones de mayor gravedad.

- El artículo 8.2 del Código Penal precisa que no se considera delito la acción u omisión que aun reuniendo los elementos que lo cons-

tituyen, carece de peligrosidad social por la escasa entidad de sus consecuencias y las condiciones personales de su autor<sup>65</sup>.

- Las facultades que tiene la autoridad actuante<sup>66</sup> en los delitos en que el límite máximo de la sanción aplicable no exceda de tres años de privación de libertad o de multa no superior a mil cuotas o ambas, de en lugar de remitir el conocimiento del hecho al tribunal, imponer

---

<sup>65</sup> Este precepto ha estado presente en la legislación penal cubana desde el 1ro de octubre de 1979, en que entró en vigor la ley No. 21 de ese año, y durante el período de vigencia de este Código se aplicó con frecuencia por los tribunales. Con posterioridad a la reforma penal y al entrar en vigor el actual Código Penal, la ley No. 62 de 1987, su aplicación ha disminuido, como resultado de que numerosas conductas de escasa significación social dejaron de ser consideradas como delictivas pasando en su gran mayoría a convertirse en contravenciones administrativas.

<sup>66</sup> En el artículo 8.3 del Código Penal, se regula esta facultad, que puede ser ejercida por la policía o el fiscal, la que fue adicionada al Código Penal por el apartado 3 del artículo uno del Decreto-Ley No. 175 de 17 de junio de 1997, y ha tenido una aplicación lo suficientemente amplia, como para que se aprecie una significativa disminución de las causas penales que son competencia de los tribunales municipales populares, que hasta la vigencia del Decreto-Ley No. 310/2013, conocían de los delitos sancionables con privación de libertad que no excediera de tres años, o multa no superior a mil cuotas o ambas. El artículo 8 del Decreto-Ley No. 310/2013, de 29 de mayo, amplió la competencia de los Tribunales Municipales Populares, facultándolos para conocer de los índices de peligrosidad predelictiva y de los delitos cometidos en sus respectivos territorios, sancionables con multa de hasta mil cuotas, o privación de libertad que no exceda de ocho años, o ambas. En relación con el artículo 8.3 amplió su ámbito de aplicación a los delitos en los que el límite máximo de la sanción aplicable no exceda de tres años de privación de libertad o multa de hasta mil cuotas o ambas, facultando a la autoridad actuante para, en lugar de remitir el conocimiento del hecho al Tribunal, imponer una multa administrativa, siempre que en la comisión del hecho se evidencie escasa peligrosidad social, tanto por las condiciones personales del infractor como por las características y consecuencias del delito. Para la aplicación de esta prerrogativa a los delitos sancionables de uno a tres años de privación de libertad, se requiere la aprobación del Fiscal (Artículo 1 del Decreto-Ley No. 310/2013).

al infractor una multa administrativa, siempre que en la comisión del hecho resulte evidente la escasa peligrosidad social, tanto por las condiciones personales del infractor, como por las características y consecuencias del hecho, con la previsión de que para la aplicación de esta prerrogativa a los delitos sancionables de uno a tres años de privación de libertad, se requiere la aprobación del Fiscal.

En Cuba, a partir de la Ley No. 62 de 1987<sup>67</sup> se presentó una situación favorable para los operadores del sistema de justicia penal, con marcos penales más flexibles y la posibilidad de apreciar facultativamente la reincidencia y la multirreincidencia, entre otras importantes regulaciones de la parte general que favorecieron la aplicación de una política penal más racional y un incremento significativo de la utilización de las sanciones subsidiarias de la privación de libertad.

Modificaciones posteriores, que se correspondieron con el incremento de determinadas modalidades de la actividad delictiva así como con el surgimiento de nuevas formas de comisión de delitos<sup>68</sup>, endurecieron

---

<sup>67</sup> MEDINA CUENCA, Arnel, *Comentarios al Código Penal. Concordado y actualizado. Ley No. 62 de 1987*, en *Comentarios a las leyes penales cubanas*, Editorial vLex.com, Barcelona, 2014, p. 3-199. Disponible en: <http://vlex.com/vid/540344370> Consultado el 20/4/2015 a las 16:00.

<sup>68</sup> ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR, Ley No. 87 de 16 de febrero de 1999, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 1 de 15 de marzo de 1999, Disponible en: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l\\_20080616\\_25.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20080616_25.pdf) Vid, el primer por cuanto que expresa que “en los últimos años se ha advertido un incremento de determinadas modalidades de la actividad delictiva, así como el surgimiento de nuevas formas de comisión de delitos, lo cual resulta totalmente incompatible con los generalizados principios éticos de la sociedad cubana y exige una respuesta adecuada y enérgica, tanto en el orden a las medidas prácticas, como en la esfera de las normas jurídicas, en particular en las concernientes al Código Penal”, p. 1.

Esta Ley, vigente desde el 15 de marzo de 1999, introduce, entre otras modificaciones al Código penal, las siguientes:

- Introduce la sanción de privación perpetua de libertad;
- Elimina el límite de 30 años, para la aplicación por el Tribunal, de la sanción de privación temporal de libertad, al facultarlo para extender dicho término, sin límites de duración, en los delitos en los que al apreciar la agravación extraordinaria de la sanción, ésta excediera de treinta años, al aplicar preceptivamente la reincidencia o multirreincidencia y

---

cuando al formarse la sanción conjunta, ésta excediera de treinta años, a cuyos efectos también suprimió del artículo 56, inciso 1 del Código penal, los límites de 30 años para la sanción de privación temporal de libertad y de veinte mil cuotas para la multa;

- Modifica la cuantía de las cuotas de la sanción de multa, situándolas entre uno y cincuenta pesos. Hasta esa fecha estaban reguladas entre cincuenta centavos y veinte pesos;
- Incluye una nueva modalidad de agravación extraordinaria de la sanción en el artículo 54, al incrementar preceptivamente hasta el doble los límites mínimos y máximos de la sanción prevista para el delito cometido, cuando al ejecutar el hecho el autor se halle extinguiendo una sanción o medida de seguridad o sujeto a medida cautelar de prisión provisional o evadido de un establecimiento penitenciario o durante el período de prueba correspondiente a su remisión condicional;
- Modifica la forma de apreciar la reincidencia y la multirreincidencia por los tribunales pasándola de facultativa a preceptiva para los delitos intencionales reprimidos con sanción superior a un año de privación de libertad o de trescientas cuotas de multa e introduce con carácter facultativo, su apreciación por los tribunales cuando la sanción prevista para el delito sea inferior;
- Incrementa las sanciones para el delito de tráfico de drogas, hasta la pena de muerte, para los casos en que el delito se comete por funcionarios públicos, autoridades o sus agentes o auxiliares, cuando el inculgado participa en actos relacionados con el tráfico ilícito internacional o se utilizan en su comisión personas menores de 16 años de edad;
- Se modifican los artículos 298 y 299 sobre la Violación y la Pederastia con Violencia, perfeccionando y ampliando a nuevas situaciones, la redacción del primero y penalizando más severamente, hasta con la pena de muerte, la reincidencia en la comisión del delito de violación e incluyendo en la figura agravada del delito de Pederastia con Violencia la reincidencia, como circunstancia de agravación específica, sancionada con privación de libertad de 15 a 30 años o muerte;
- Se amplían las circunstancias de calificación de la figura agravada del delito de Corrupción de Menores y se le agrava la sanción de veinte a treinta años o muerte;
- Se penaliza la Venta y Tráfico de Menores;
- Se agravan las sanciones de los Delitos Contra los Derechos Patrimoniales, elevando significativamente las penas previstas para las figuras agravadas de mayor peligrosidad social, como el Robo con Fuerza y el con Violencia o Intimidación en las Personas, con límites mínimos de 20 años en dos apartados del artículo 327 y las sanciones de pri-

las penas y elevaron el límite mínimo de las sanciones previstas para determinados delitos, lo que en la práctica de su aplicación limitó el arbitrio judicial, como ocurre por ejemplo, con la formulación de los artículos 327 y 328, del citado cuerpo legal<sup>69</sup>.

Al entrar en vigor estas modificaciones, la práctica judicial enfrentó la problemática de la ocurrencia de determinados hechos delictivos,

---

vacación perpetua de libertad y la de muerte para las figuras delictivas más graves; y en el de Robo con Fuerza en las Cosas, se prevé también un límite mínimo de 20 años, que puede llegar hasta 30 o privación perpetua de libertad, cuando el hecho se comete en vivienda habitada hallándose presente sus moradores, ó se ejecuta por una persona que es reincidente específico en la comisión de delitos de robo con fuerza o con violencia, ó por miembros de un grupo organizado, ó con la participación de menores de 16 años de edad. Catorce años después de la promulgación de la Ley 87/1999, no ha existido ningún caso de aplicación efectiva de la pena máxima prevista en nuestro Código Penal por ningún hecho relacionado con éste artículo, por lo que, en relación con la previsión de la sanción de muerte, afortunadamente, se ha convertido en una norma penal simbólica.

<sup>69</sup> El artículo 327 del Código Penal al tipificar el delito de Robo con Violencia o Intimidación en las personas en su apartado 4, establece como marco sancionador de 20 a 30 años de privación de libertad o privación perpetua de la libertad, en los supuestos en los que el hecho se cometa en vivienda habitada; o portando el comisario un arma de fuego; ó se realiza por una o más personas actuando como miembros de un grupo organizado, o con la participación de personas menores de 16 años de edad; o si el hecho se ejecuta por una persona que con anterioridad ha sido ejecutoriamente sancionada por el delito de Robo con Fuerza en las Cosas o Robo con violencia ó intimidación en las personas; mientras que por el apartado 5, la sanción prevista es de 20 a 30 años o muerte, cuando se hace uso de un arma de fuego, se priva de libertad a una persona, se ocasionan lesiones graves o cuando la violencia o la intimidación se realiza en la persona de la autoridad o sus agentes. Cuando se produce la muerte de una persona en ocasión de la comisión de estos ilícitos penales, se integra el delito de asesinato, previsto y sancionado por el artículo 263, inciso j, del Código Penal.

Por su parte, el artículo 328 inciso 3 establece una sanción similar a la del apartado 4 del delito de Robo con Fuerza en las Cosas, cuando el hecho se comete en vivienda habitada hallándose presentes sus moradores; ó se ejecuta por un reincidente en este delito, ó integrando un grupo organizado o con la participación de menores de 16 años de edad.

en los que reuniéndose los elementos de tipicidad de las figuras agravadas, su magnitud, las circunstancias concretas en que se realizaron y las características personales de sus autores, no ameritaban la elevada severidad de las sanciones previstas, aun considerándolas en sus límites mínimos, por lo que, en los primeros meses de su aplicación, los Tribunales adoptaron decisiones que si bien se encontraban establecidas en los marcos legales no se correspondían con el principio de proporcionalidad y racionalidad que debe predominar en la administración de justicia.

A lo anterior se unió el hecho de que la Ley de Procedimiento Penal<sup>70</sup> vigente, tal y como quedó modificada por el Decreto-Ley 87 de 1985, autoriza al Tribunal que conoce de un proceso de revisión para que en caso de haberse calificado la modalidad agravada de un delito, si aún la sanción mínima correspondiente a éste resulta excesivamente severa, sustituirla por otra, partiendo del marco previsto para la modalidad básica del referido delito.

Ante esta nueva situación, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular adoptó el Acuerdo No 239 de 8 de octubre de 1999<sup>71</sup>, mediante el cual se facultó a los Tribunales, de forma excepcional, a adecuar la sanción partiendo del marco penal correspondiente a la modalidad básica del delito de que se trate, si estiman que aún el límite

---

Otros preceptos del Código Penal, tal y como quedó modificado por la Ley 87 de 1999, también contienen sanciones excesivamente severas para determinados delitos.

<sup>70</sup> ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR. Ley. No. 5 de Procedimiento Penal, de 13 de agosto de 1977. Disponible en: <http://legislacion.sld.cu/index.php?P=DownloadFile&Id=442> Consultada el 18/3/2015, a las 21.00. La Ley de Procedimiento Penal, No. 5, de 13 de agosto de 1977, Ley No. 87 de 22 de julio de 1985. La facultad de dictar Decretos-Leyes modificativos de una ley, le esta atribuida al Consejo de Estado, por la Constitución de la República en su artículo 90 inciso c, el que asume la función legislativa entre períodos de sesiones de la Asamblea Nacional del Poder Popular.

<sup>71</sup> La Constitución de la República de Cuba en su artículo 121 faculta al Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, sobre la base de la experiencia de los Tribunales a dictar instrucciones de carácter obligatorio para establecer una práctica judicial uniforme en la interpretación y aplicación de la Ley; facultad ésta que fue debidamente desarrollada en la Ley 82 de 1997, ley Orgánica de los Tribunales Populares.

mínimo previsto para la figura agravada por la que procede resulta excesivamente severo de acuerdo con la peligrosidad social del hecho, la entidad de sus consecuencias y la personalidad del comisor<sup>72</sup>.

El carácter excepcional de esta facultad atribuida a los tribunales por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, por una parte les daba la posibilidad de aplicar una mayor racionalidad en el momento de determinar la sanción que correspondía imponer al caso concreto<sup>73</sup>; y por la otra, evitaba la evidente contradicción que existía entre la causal de revisión que autoriza al Tribunal que conoce de este proceso a adecuar la sanción por el tipo básico, y la no previsión en la Parte General del Código Penal de una norma similar.

---

<sup>72</sup> La introducción en nuestro sistema penal de esta modalidad de adecuación que posibilitó una mayor individualización de la sanción tiene sus antecedentes, entre nosotros, en el Acuerdo 71 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de 10 de junio de 1986, que se mantuvo vigente hasta el 12 de abril de 1988, en que se entendió innecesario con la entrada en vigor de la Ley No 62 del 87, por las amplias facultades que otorgaba a los Tribunales en su arbitrio judicial. Internacionalmente han existido normas similares en los Códigos penales de los antiguos países socialistas de Europa del Este, tales como el artículo 43 del de la República Socialista Federativa Rusa, el artículo 40 de la antigua Checoslovaquia, el artículo 42 de la antigua República Federativa de Yugoslavia, el 47 de Polonia y el 68 de Hungría.

<sup>73</sup> La Sentencia 349 de 12 de enero del 2001, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, al materializar la aplicación de este acuerdo ha expresado que: La sanción de 5 años de Trabajo Correccional con Internamiento impuesta al acusado como autor de un delito de Robo con Fuerza en las Cosas de bienes de considerable valor, fijada por debajo del límite inferior del marco penal dispuesto para esa figura delictiva, en virtud de que se acogió en su beneficio a las prerrogativas que ofrece el acuerdo 239 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, lejos de ser excesiva, es por el contrario ponderada y justa, teniendo en cuenta la gravedad de la infracción penal, la circunstancia de que el agente venía obligado a proteger los bienes que sustrajo por la función específica que desempeñaba y el daño que ocasionó al patrimonio de la entidad, objeto de la ilícita actividad, sin que por demás, se observen violaciones de los principios contenidos en el artículo 47 apartado 1 del Código penal, todo lo cual determinó la desestimación del único motivo del recurso por Infracción de Ley.

El 29 de mayo de 2013, el Consejo de Estado de la República de Cuba aprobó el Decreto-Ley No. 310, modificativo del Código Penal y de la Ley de Procedimiento Penal, que añade el apartado cuatro al artículo 47 del Código Penal, y donde se precisa que: “Si al dictar sentencia el Tribunal considera que la sanción a imponer, aun en el límite mínimo previsto para el delito calificado, resulta excesivamente severa, podrá excepcionalmente adecuar la sanción dentro del marco previsto para la modalidad básica del propio delito”<sup>74</sup>, con lo cual ha quedado definitivamente incluido en el texto de nuestra ley penal esta importante regla de adecuación, apreciada frecuentemente por nuestros tribunales, con lo que se facilita la aplicación de la política de racionalidad en las resoluciones judiciales que debe caracterizar la justicia penal en Cuba.

Se trata de una modificación trascendente que facilita a partir de ahora, desde el propio articulado del Código Penal, la aplicación racional de la norma penal sin necesidad de recurrir a interpretaciones a través de normas de inferior rango, lo que ya se había planteado desde la doctrina<sup>75</sup> y evidencia la voluntad del legislador de dotar a los operadores del sistema de justicia penal en nuestro país, de los instrumentos requeridos para aplicar la necesaria política de racionalidad que debe caracterizar las decisiones judiciales en un sistema en el que la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos debe ir aparejada a la aplicación consecuente de los principios de intervención

---

<sup>74</sup> CONSEJO DE ESTADO DE LA REPÚBLICA DE CUBA, Decreto-Ley No. 310. Gaceta Oficial de la República de Cuba. No.18. Extraordinaria de 25 de junio de 2013. Disponible en: [http://www.gacetaoficial.cu/pdf/GO\\_X\\_018\\_2013.rar](http://www.gacetaoficial.cu/pdf/GO_X_018_2013.rar) Consultado el 20/3/2015, a las 14.00. Vid, el artículo 3, que adiciona al artículo 47 del Código Penal el apartado 4.

<sup>75</sup> Vid, MEDINA CUENCA, Arnel, “El expansionismo del Derecho penal y su expresión en el incremento de las penas en el Siglo XXI”, *Revista Cubana de Derecho* No. 38. Julio – diciembre, IV Época, Editorial UNIJURIS, La Habana, 2011, p. 67. Disponible en: <http://vlex.com/vid/expansionismo-penal-incremento-penas-345011750> Consultada el 30/3/2015, a las 22.00. En el referido artículo se afirmaba que “Esta solución, aunque justa y en correspondencia con la situación descrita anteriormente, estaba requerida de que en una posterior modificación del Código Penal se incorporará al contenido de su artículo 47, que precisa las reglas para la adecuación de las sanciones, porque de la forma en que se estaba aplicando, aunque a favor del encausado, lo cual apreciamos como positivo, podía entrar en contradicción con el principio de legalidad”.



mínima, proporcionalidad y humanidad de las penas, aplicables a los autores de las violaciones más intolerables de los valores fundamentales reconocidos constitucionalmente, que requieren de la protección del poder punitivo del Estado.

No obstante las situaciones explicadas anteriormente en el contenido de la Parte General del Código Penal y en las modificaciones que se le han realizado posteriormente, también existen disposiciones que favorecen y amplían las posibilidades de adecuación de la sanción por parte de los tribunales, incluyendo aquellas que especialmente permiten disminuir el límite mínimo del denominado marco penal legal normal, y facilitan la aplicación de una política de racionalidad y también de alternativas a las penas privativas de libertad, entre las que podemos destacar las siguientes:

- Los Tribunales pueden rebajar facultativamente hasta en dos tercios los límites mínimos de las sanciones establecidas para los delitos, cuando los mismos se cometen en grado de tentativa<sup>76</sup>.
- El artículo 17 que prevé en su apartado 1 que en el caso de las personas mayores de 16 años y menores de 18 años de edad, los límites mínimos y máximos de las sanciones pueden ser reducidos hasta la mitad, y con respecto a los mayores de 18 y hasta 20 años de edad, la rebaja puede ser hasta en un tercio. En ambos casos predominará el propósito de reeducarlos, adiestrarlos en una profesión u oficio e inculcarles el respeto al orden legal.
- El límite mínimo de las sanciones de privación de libertad puede ser rebajado en la tercera parte a las personas que tengan más de 60 años de edad en el momento en que se le juzga.
- La regulación de que la sanción imponible al cómplice es la correspondiente al delito, rebajados en un tercio en sus límites mínimo y máximo (artículo 19.2).

---

<sup>76</sup> La sentencia No 172 de 10 de enero del 2000, dictada en Casación por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, muestra el rigor antes comentado y al pronunciarse sobre la sanción de 14 años de privación de libertad, impuesta al acusado por el tribunal de instancia, por un delito de Robo con Fuerza en las Cosas en grado de tentativa, considera que la misma resulta en extremo severa, teniendo en cuenta la forma y circunstancias en que se produjo el hecho, así como las características individuales de su comisor, por lo que anuló la sentencia impugnada y dictó un fallo ajustado a derecho, rebajando la sanción a 9 años de privación de libertad.

- En la posibilidad de aplicar alternativamente a la sanción de privación de libertad que no exceda de cinco años, las sanciones subsidiarias<sup>77</sup> de trabajo correccional con internamiento, trabajo correccional sin internamiento y limitación de libertad, cuando por la índole del delito y sus circunstancias y por las características individuales del sancionado, existen razones fundadas para estimar que la reeducación es susceptible de obtenerse mediante el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 32, 33 y 34 del Código Penal para el cumplimiento de estas sanciones.
- La facultad que tienen los tribunales de disminuir hasta la mitad el límite mínimo de la sanción prevista para el delito cuando concurren varias circunstancias atenuantes o se manifieste una de ellas de modo muy intenso (artículo 54.1).
- La extensión a cinco años del límite de la sanción que faculta a los tribunales para disponer la remisión condicional<sup>78</sup>.
- La posibilidad que tienen los tribunales de otorgar la libertad condicional a los sancionados a privación temporal de libertad, cuando apreciando sus características individuales y su comportamiento durante el tiempo de reclusión, existen razones fundadas para considerar que se ha enmendado y que el fin de la punición se ha alcanzado sin necesidad de ejecutarse totalmente la sanción, siempre que haya extinguido uno de los términos siguientes:
  1. La tercera parte de la sanción impuesta para los menores de 20 años de edad.
  2. La mitad cuando se trate de sancionados primarios.
  3. Las dos terceras partes cuando se trate de reincidentes y multirreincidentes.

---

<sup>77</sup> MEDINA CUENCA, Arnel, "Las sanciones subsidiarias de la privación de libertad en la legislación cubana", *Revista Cubana de Derecho* No. 40, Año XIX, La Habana, Enero-abril de 1990. Vid, los antecedentes, requisitos y características de la aplicación de estas sanciones subsidiarias de la privación de libertad.

<sup>78</sup> El artículo 57 del Código Penal cubano hasta el año 1997, en que fue modificado en su apartado uno por el artículo 13 del Decreto-Ley No. 175 de 17 de junio de ese año, establecía el límite de tres años de privación de libertad.

## 4. A modo de conclusiones

En el actual escenario mundial y regional, resulta compleja la lucha por las alternativas a la privación de libertad, la intervención mínima y la proporcionalidad de la pena, 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 penas 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 principio de humanidad de las penas se tenían en cuenta, en mayor grado por los poderes legislativo y judicial.

La aplicación consecuente de los principios limitativos del *ius puniendi*, supone la existencia de un Derecho penal destinado a defender los valores fundamentales de la sociedad, que actúe solo en los casos de los ataques más graves a esos valores, y que tanto en su elaboración, como en el ámbito de su aplicación, garantice el respeto a la libertad y dignidad humanas.

La utilización del Derecho penal como método para garantizar la protección de los valores establecidos constitucionalmente, de los ataques más graves e intolerables a las relaciones de convivencia, no podrá ser abolida, ni en las actuales condiciones, ni tampoco en el futuro. El día que la humanidad se decida a adoptar formas de organización de la sociedad que garanticen una distribución más justa y equitativa de las riquezas, que conduzca a un modelo de sociedad más justo y solidario, con un alto grado de satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de sus ciudadanos, se requerirá entonces de una menor aplicación de la represión penal para garantizar las relaciones normales de convivencia y la protección de los valores fundamentales de rango constitucional, pero ese día no parece cercano en el tiempo.

Las leyes penales cubanas, como toda obra humana, pueden ser perfeccionadas en los próximos años, y adaptadas a las condiciones de convivencia que existan en cada momento histórico; pero esperamos que ello pueda ocurrir sin abandonar los principios por los que la humanidad ha luchado durante siglos, y que aun en los momentos más duros de la crisis económica que hemos tenido que enfrentar en la década de los noventas del siglo XX, (resultado de la desintegración de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, ocurrida el 25 de diciembre de 1991 y de la caída del socialismo en los países de Europa del Este) se mantuvieron y hasta fueron ampliados, como afirmamos *supra*,

buscando alternativas tendentes a evitar que las conductas de escasa dañosidad social sean combatidas con la utilización del Derecho penal y procurando que en aquellas conductas en las que no quede otra alternativa que someter a sus autores a un proceso penal, prevalezca el principio de proporcionalidad de la pena y la debida racionalidad que debe caracterizar el actuar de nuestros tribunales de justicia.

El futuro nos debe conducir a que las penas privativas de libertad queden reservadas solo para los casos más intolerables de violaciones de las reglas de convivencia mutuamente aceptadas por la sociedad, y a una aplicación creciente, y con amplia participación de la comunidad, de penas alternativas de todo tipo para las restantes violaciones de las normas penales, las que deberán mantener su tendencia a una disminución progresiva en la medida en que mejoren las condiciones de vida y se logre una mayor armonía en la convivencia social.

Concluimos reiterando nuestro compromiso de defender desde la academia, la aplicación consecuente del Derecho penal, con la racionalidad requerida y con la esperanza de que con la perseverancia de los millones de hombres y mujeres que tratamos de contribuir a la conformación de un mundo mejor para nuestros hijos y nietos, algún día, aunque sea lejano en el tiempo, se hagan realidad las aspiraciones expresadas por el profesor Morillas Cueva: “A lo mejor un día el Derecho Penal se muestre innecesario para la resolución de los conflictos sociales más graves, precisamente porque estos no existan, suprimidos por grandes dosis de solidaridad, de igualdad y de libertad. Mientras tanto, y me temo que por mucho tiempo, es imprescindible conseguir un Derecho punitivo verdadero protector de todos los Derechos Humanos, y una educación y compromiso entre los ciudadanos que hagan inviable la destrucción gratuita, aberrante e incomprensible de bienes jurídicos del más alto nivel, entre ellos la vida. Para que los hombres y mujeres, buenos, justos y comprometidos puedan aportar toda su sabiduría y bondad a una sociedad más libre y más equitativa; y que ello lo puedan hacer sin temor, en paz”<sup>79</sup>.

---

<sup>79</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. No. 4, 22 de abril de 2002, p. 1. Disponible en: [http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc\\_04-06.html](http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_04-06.html) Consultado el 22/3/2015, a las 18.00.

# Conhecimento, vontade, erro e dúvida no direito penal

DR. JACSON ZILIO\*

*Dedico este artigo ao Professor Doutor JUAN TERRADILLOS BASOCO, amigo de boas conversas, penalista refinado e politicamente comprometido com um outro mundo possível, sem qualquer forma de opressão.*

## SUMÁRIO

1. Considerações gerais sobre os fundamentos da imputação subjetiva
2. O dolo tipológico
3. O erro
4. A dúvida
4. Conclusões para o fim da visão cartesiana da mente no direito penal: por um conceito filológico de dolo
5. Referências bibliográficas.

## 1. Considerações gerais sobre os fundamentos da imputação subjetiva

No direito penal, o tipo de injusto e a culpabilidade exigem, respectivamente, que o autor conheça as circunstâncias de fato (conhecimento atualizado) e a antijuridicidade da ação (conhecimento atualizado). A ausência desses conhecimentos dá nascimento, no âmbito do tipo legal, ao chamado *erro de tipo* e, no âmbito da culpabilidade, ao *erro de proibição*. O erro é, portanto, sempre, a *falta ou defeito de conhecimento, a falsa representação ou a suposição equivocada da realidade*,

---

\* Professor de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná e Doutor em Direito Penal pela Universidade Pablo de Olavide, de Sevilha, Espanha. [jacsonzilio@me.com](mailto:jacsonzilio@me.com)

ou simplesmente a ignorância, das circunstâncias de fato (erro de tipo), ora da antijuridicidade da ação (erro de proibição).<sup>1</sup>

Uma das dimensões mais importantes do *princípio geral da culpabilidade*, que constitui ainda hoje uma pedra fundamental do direito penal, é a exigência da relação subjetiva entre o autor do fato e o resultado de violação do bem jurídico. O princípio da culpabilidade possibilita a imputação subjetiva porque só pessoas conhecem, produzem e dirigem resultados no mundo exterior. Ainda que empiricamente o dano seja sempre igual, ainda que o desvalor do resultado seja o mesmo, num sentido sócio-pessoal e até mesmo desde a perspectiva da vítima está mais do que claro que o dano doloso é mais grave que o imprudente, porque quem conhece e sabe controla o perigo ao bem jurídico.<sup>2</sup>

Com o desenvolvimento da teoria final da ação, a partir principalmente das contribuições de HANS WELZEL, o dolo apresentou-se como saber e querer a realização do tipo objetivo de um delito. O dolo portava uma função final-objetiva expressada na vontade de realização do tipo.<sup>3</sup> O lado objetivo retratava um “acontecimento externo” dirigido pelo lado subjetivo consistente nos “elementos internos do agente”. Ainda que KAUFMANN tenha mesclado esse dado ontológico (finalidade) com uma certa objetivação concentrada na determinação do dolo -não existiria dolo no caso de evitação de lesão ao bem jurídico, quando se tinha domínio do fato- o certo é que para o finalismo o dolo segue uma concepção puramente natural.<sup>4</sup>

Isso não representava, contudo, nenhum problema jurídico aparente, muito pelo contrário: graças ao pensamento aristotélico ancorado

---

<sup>1</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, *El error en Derecho Penal*, Buenos Aires, Rubinzal, 2003, p. 13.

<sup>2</sup> HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita, Valencia, Tirant lo blanch, 1999, p. 107.

<sup>3</sup> WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, trad. De Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 77.

<sup>4</sup> KAUFMANN, Armin, *Der dolus eventualis im Deliktsaufbau. Die Auswirkungen der handlungs- und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze*, em ZStW 70, 1958. Em espanhol, El dolo eventual en la estructura del delito. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, v.2, n. 13, p. 185-206, mayo-agosto, 1960.

na finalidade, o finalismo brindou o direito penal com um sistema racional de imputação, que se mantém até hoje pelo menos no ponto da retirada do dolo e da imprudência como **formas de culpabilidade**.

De fato, desde o momento em que a ação e a omissão não podem governar processos causais cegos, mas sim e apenas aqueles orientados para uma finalidade, não tem mais nenhum sentido situar o dolo e a imprudência na culpabilidade. Aqui parece existir um consenso: as únicas duas formas de imputação subjetiva pertencem ao tipo de injusto.<sup>5</sup>

## 2. O dolo tipológico

Na dogmática penal contemporânea, a corrente majoritária tem definido o dolo como **consciência e vontade de realizar o tipo objetivo de um delito**. Esse conceito unitário de dolo vem baseado em dois elementos básicos, que são o **conhecimento** e a **vontade**.

(i) O **conhecimento**, como **elemento intelectual do dolo**, sugere que o autor saiba o que realmente faz. O autor deve conhecer as circunstâncias de fato, o que não significa que deva conhecer as proibições do Direito. Esse elemento intelectual do dolo dirige-se aos elementos fáticos que objetivamente são retratados no tipo objetivo do delito doloso: sujeito, conduta, resultado, relação causal, imputação objetiva, objeto material, etc. Nesse sentido, só o conhecimento em sentido psicológico gera domínio sobre a realização do fato, domínio esse que, segundo alguns, justificaria então uma punição mais severa na medida em que aumentam as necessidades de prevenção.

Por óbvio, esse conhecimento deve ser **atual**, é dizer, deve estar **presente no momento da ação**, ainda que não seja um conhecimento exato. Por isso é que o lado inverso do conhecimento é o erro, que afasta consequentemente o dolo, não por mera disposição legal, mas sim por

---

<sup>5</sup> Isso não significa dizer que há consenso em relação ao elemento subjetivo. Basta pensar – sem recorrer aos problemas mais sérios do direito penal inglês (*absolute liability e strict liability*) ou norte-americano (*wilful ignorance*) – na teoria da imputação objetiva e nas novas formas de criminalização do moderno direito penal. Sobre essa crise e seus paradoxos, veja-se CANCIO MELIÁ, Manuel, *Crisis del lado subjetivo del hecho*, em *Estudios de Derecho Penal*, Lima, Palestra, 2010, pp. 153-179.

raciocínio lógico: se o sistema legal exige conhecimento, então não pode ser irrelevante o erro.

(ii) A **vontade**, que pressupõe o conhecimento porque ninguém tem vontade de algo que não conhece, é o **elemento volitivo do dolo**. Para agir com dolo não basta conhecer os elementos objetivos do tipo, mas sim querer realizá-los. Daí porque o elemento volitivo supõe uma vontade incondicionada de realizar algo. O autor só pode querer aquilo que está dentro das suas possibilidades, porque do contrário não seria vontade, mas desejo. Querer pressupõe agir; desejo pressupõe inatividade. Quem quer algo se movimento em direção ao resultado, ao passo que quem apenas deseja espera o resultado.

O direito penal tem classificado o dolo de acordo com a maior ou menor intensidade dos elementos básicos (intelectual e volitivo). Mais intensidade, dolo direto; menos intensidade, dolo eventual.

(a) O **dolo direto** comumente vem estudado em dois graus de intensidade, ainda que, na fixação da pena, não apresente significativas diferenças: o **dolo direto de primeiro grau** (intensidade forte) e o **dolo direto de segundo grau** (intensidade mediana).

No **dolo direto de primeiro grau** o autor conhece as circunstâncias de fato (domina aquilo que ele está pronto a realizar) e quer realizar o resultado (nos delitos de resultado) ou a ação típica (nos delitos de mera atividade). Se o autor tem apenas vontade e não conhece, não domina a realização do tipo, não existe dolo direto de primeiro grau (p. ex., o caso *Thyren*, em que o leigo efetua, com uma pistola normal, um disparo a uma enorme distância em direção à pessoa que ele deseja matar).<sup>6</sup> O importante aqui, mais do que nada, segundo o pensamento dominante, é o conhecimento seguro do resultado, que aponta para um conclusão confiável de decisão contra o bem jurídico.<sup>7</sup>

Por outro lado, no **dolo direto de segundo grau** o autor não quer diretamente as consequências que estão aliadas à produção do resultado, mas admite que são necessariamente unidas a esse resultado principal buscado. Para consistir em dolo direto, é preciso que essas consequências sejam previsíveis, necessárias ou seguras. As diferenças,

<sup>6</sup> GRECO, Luís, *Dolo sem vontade*, em DIAS, Augusto Silva e outros (coords.). *Liber Amicorum* de José de Sousa Brito em comemoração ao 70o Aniversário, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 885 e seguintes.

<sup>7</sup> HASSEMER, Winfried, *op. cit.*, p. 137.



portanto, entre esses dois graus de dolo direto não residem no elemento cognitivo, mas sim no volitivo, que não necessariamente possuem valorações penais distintas. Um exemplo clássico é o caso *Thomas*: um indivíduo estadunidense que vivia na Alemanha no começo de dezembro de 1875 praticou uma fraude para receber valores de seguro que implicou em uma série de mortos. Segundo consta, William King Thomas, que na verdade se chamava Alexander Keith, embarcou em Bremerhaven num contêiner no navio Mosel, que faria o trajeto de lá até New York, com escala em Southampton. No contêiner, Keith deixou armada uma bomba que deveria explodir no meio da travessia do Atlântico, destruindo a carga pela qual ele receberia o valor do seguro. A bomba efetivamente explodiu, destruindo a carga e matando oitenta e uma pessoas, além de provocar sérios danos no casco e na cabina da embarcação. Apesar do fato de que o objetivo era fraudar o seguro, Keith representava como certa ou necessária a morte da tripulação e de passageiros.<sup>8</sup> Portanto, em relação aos tripulantes que morreram, o autor tinha dolo direito de segundo grau.

(b) Por fim, o **dolo eventual** constitui, por razões de política criminal, uma espécie de dolo em que o querer não aponta diretamente ao resultado. Na realidade, não é o dolo eventual, mas o resultado, advindo da conhecimento e do querer, que é eventual. O dolo é sempre certo e o que é eventual é o resultado.<sup>9</sup> Nessa forma de dolo, o autor representa o **resultado como provável e, embora não o queira diretamente, admitindo sua eventual produção, segue atuando**. O dolo eventual porta também um aspecto cognitivo como volitivo: se de um lado o autor deve **conhecer** o perigo da realização do tipo ao bem jurídico, por outro lado deve **conformar-se** (em um sentido jurídico) com essa possibilidade. Em outras palavras: o autor deve **levar a sério** o perigo e contar inclusive com um resultado indesejado caso insista na decisão prévia de

<sup>8</sup> Sobre esse caso, no Brasil, confira-se BUSATO, Paulo César, *Direito Penal, Parte Geral*, São Paulo, Atlas, 2a ed., 2015, p. 420.

<sup>9</sup> ROXIN, Claus, *Strafrecht*. 4. ed. München, AT, 2006, p. 447: “Denn der Vorsatz als planverwirklichender Handlungswille ist gerade nicht „bedingt“, sondern vielmehr unbedingt, da der Täter auch um den Preis der Tatbestandsverwirklichung (also „unter jeder Bedingung“) sein Vorhaben ausführen will. Lediglich der Erfolgseintritt, nicht der Vorsatz, ist von ungewissen Bedingungen abhängig”.

contrariar a norma. Como ensina JESCHECK, o decisivo é o seguinte: no dolo eventual o autor introduz o resultado secundário não desejado nas bases da sua decisão.<sup>10</sup> Por isso parece dominante, nesse aspecto, a posição clara de ROXIN: o dolo eventual é a “vontade de ação realizadora de um plano” e caracteriza-se pela “decisão pela possível lesão de bens jurídicos”, é dizer, o **resultado possível** deve ser incluído dentro da realização do “plano do autor”, deve estar nos seus “cálculos a realização do tipo reconhecido pelo autor como possível, contra o bem jurídico protegido por esse tipo correspondente”.<sup>11</sup> A confiança de que o resultado não vai ocorrer, como diz ROXIN, ainda que seja uma mera esperança, não permite chegar a uma “decisão contra o bem jurídico protegido”.<sup>12</sup> Em suma: o autor deve **levar a sério** a possibilidade do delito (elemento cognitivo) e **conformar-se com essa possibilidade (em um sentido jurídico, como decisão contra o bem jurídico)**, ainda que não deseje ou goste (elemento volitivo). Um exemplo real pode ser o caso dos membros do ETA, comentado por GIMBERNAT, que abandonaram um carro com explosivos no estacionamento do supermercado Hipercor de Barcelona, às duas horas da tarde. Às três horas um deles telefonou para a Guarda Urbana de Barcelona comunicando que às 3h e 30min se produziria uma explosão. A polícia e a equipe de segurança do supermercado não acharam conveniente esvaziar o local e não lograram encontrar os explosivos. A bomba explodiu, matou 21 pessoas e deixou inúmeras outras feridas gravemente.<sup>13</sup>

### 3. O erro

Em tema de erro, o direito penal tem superado a antiga separação entre *erro de fato* e *erro de direito*. A diferença agora se estabelece entre o *erro de tipo* e o *erro de proibição* e está situada na consciência da antijuridicidade. Enquanto que o erro de tipo afasta o conhecimento das circunstâncias de fato e, logo, o *dolo* como elemento subjetivo do

---

<sup>10</sup> JESCHECK, Hans-Henrich, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, trad. de Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde, vol. 1, Barcelona, Bosch, 1981, p. 408.

<sup>11</sup> ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 446.

<sup>12</sup> ROXIN, Claus, *op. cit.*, pp. 446-447.

<sup>13</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 39.

*tipo legal*, o erro de proibição deixa intacto o dolo, mas afeta o *conhecimento da antijuridicidade*, que integra a culpabilidade.

(i) O *erro de tipo*, como *defeito de conhecimento do tipo legal*, tem duas consequências: se inevitável, exclui o dolo (conhecimento e vontade do tipo objetivo) e a imprudência; se evitável, exclui o dolo, mas permite a punição por delito imprudente, se existente.

Como se sabe, o *erro de tipo* pode ter como objeto qualquer *elemento descritivo* ou *normativo* do tipo objetivo. O conhecimento desse *elemento descritivo* se faz pela simples *percepção sensorial* das circunstâncias descritivas do fato. Já o *elemento normativo* é conhecido por meio de *compreensão intelectual*, como acontece na valoração de “coisa alheia” no furto, por exemplo.

O conhecimento efetivo das circunstâncias de fato tem também um certo grau de intensidade: não se exige *conhecimento refletido* (pensar expressamente no elemento objetivo do tipo), nem um *conhecimento potencial* (no sentido de um conhecimento latente não atualizado), mas sim uma *consciência implícita* no contexto das representações do autor, segundo a fórmula da *co-consciência*: por exemplo, no furto de mercadorias em lojas comerciais, a consciência do caráter alheio da coisa permeia o conjunto das representações do autor.

A compreensão intelectual, entretanto, não pressupõe uma subsunção perfeita ao tipo, porque basta o “significado social” do fato incriminado. Portanto, a valoração que se faz do elemento normativo dá-se de forma “paralela na esfera do profano”, como diz MEZGER, “una apreciación de la característica del tipo en el círculo de pensamientos de la persona individual y en el ambiente del autor, que marche en la misma dirección y sentido que la valoración legal-judicial”.<sup>14</sup> **Objeto do dolo** não é o conceito jurídico ou a antijuridicidade da ação, mas sim o **significado social dos fatos externos**. Se o objeto do dolo consiste no conhecimento das circunstâncias que pertencem ao tipo legal (objetivo), então qualquer defeito de formação intelectual sobre a ação, o objeto da ação, o resultado, a qualidade do autor, a relação de causalidade etc., representam sempre uma forma de erro de tipo. Em apertada e singela síntese: em direito penal, o erro de tipo pode ocorrer

---

<sup>14</sup> MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal*, 2ª ed. alemã (1933), tomos I e II, trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, pp. 148-149.

pela *falsa representação* e por *ausência de representação* de qualquer elemento (descritivo ou normativo) do tipo objetivo.

(ii) Por regra geral, o erro de proibição acontece quando o autor não tem consciência do ilícito, mas só conhecimento do fato. Se falta inclusive esse conhecimento de fato, mesmo de uma circunstância de fato justificante, o caso é de erro de tipo e não erro de proibição. Em tal situação há afastamento do dolo e da imprudência (se inevitável) e punição por delito imprudente, se evitável e previsto. Mas uma vez presente o conhecimento das circunstâncias fáticas, podem acontecer três situações: uma, o autor não tem conhecimento da norma transgredida, porque a conduta não lhe parece proibida (**erro de proibição direto**); duas, o autor sabe que seu comportamento viola uma norma, mas supõe erroneamente que concorre uma causa de justificação não prevista em lei ou erra sobre o alcance dessa justificação (**erro de proibição indireto ou erro de permissão**); três, o autor erra na representação de uma situação justificante realmente existente (erra sobre a verdade do fato) (**erro de tipo permissivo**).

Se a consciência da ilicitude faz parte ou não do dolo, parece ser algo bem resolvido por duas teorias fundamentais: de um lado **teoria do dolo** afirma que **a consciência da ilicitude é pressuposto do dolo e, portanto, sua ausência deve ser tratada como erro de tipo**, na estrutura e na consequência: o erro afasta o dolo e permite a imprudência, se prevista; de outro lado, a **teoria da culpabilidade**, defendida sobretudo pelos finalistas, afirma que **a consciência do ilícito integra a culpabilidade e só conhecimento do fato integra o dolo**. A ausência de conhecimento do injusto afasta a culpabilidade no caso de inevitabilidade e a reduz no caso de evitabilidade.

Embora a teoria da culpabilidade tenha dupla variante - a teoria extremada e a teoria limitada - esta última tem prevalecido assim: a) o **erro de proibição direto**, que tem como objeto a lei penal, considerada do ponto de vista da **existência, validade e significado** da norma, exclui ou reduz a reprovação de culpabilidade; b) o **erro de proibição indireto ou erro de permissão**, que tem como objeto os **limites jurídicos de uma causa de justificação legal ou a existência de uma causa de justificação não prevista em lei**, também exclui ou reduz a reprovação de culpabilidade; c) o **erro de tipo permissivo**, que tem por objeto **os pressupostos objetivos de justificação legal**, exclui, por analogia ao erro de tipo, o dolo, mas permite a punição por delito imprudente, se previsto. Portanto, a consciência da ilicitude continua sendo elemento autônomo da culpabilidade e sua exclusão não afeta o dolo, nada obstante essa teoria “se restrinja” para aceitar a exclusão do dolo: na

estrutura o erro de tipo permissivo é erro de proibição e na consequência é um erro de tipo.

Por fim, o direito penal tem evoluído bastante no tema da evitabilidade ou não do erro de proibição. A evitabilidade do erro de proibição determina-se por alguns parâmetros: pelo esforço de consciência para conhecer o ilícito do fato, pela reflexão ou pelo dever de informar-se.

#### 4. A dúvida

Diferentemente dessas problemáticas, o problema de conhecimento virtual da antijuridicidade apresenta pontos relacionados com a *trajetória vital do autor* (por exemplo, por ser de outra cultura) e com as *circunstâncias externas* (por exemplo, por ter recebido uma assessoria jurídica incorreta).<sup>15</sup> Se o sujeito **não sabe nem poderia saber** que sua ação viola normas jurídicas, não existe culpabilidade por ausência de reprovação.

Na verdade, nessa forma de erro de proibição, não se trata de **não saber o que faz**, mas sim de **não saber que o que faz é proibido**. Daí que a regra de que a ignorância da lei não exime de responsabilidade é obsoleta. Essa regra, de origem romana (*error iuris nocet*), que durante o século XIX foi incorporada em inúmeros códigos penais, era até justificada porque o direito penal estava limitado as infrações mais elementares, geralmente praticadas dentro dos próprios países. Nas circunstâncias antigas, de proteção do núcleo duro dos valores sociais, era muito raro que alguém ignorasse o conteúdo da lei penal. Mal se podia falar de ignorância escusável. Mas desde que a lei penal excedeu esse núcleo das normas sociais elementares e atravessar fronteiras fez parte do cotidiano de inúmeras pessoas, a regra de que o erro de proibição não exonera o autor porque é inescusável mudou para uma regra distinta: o erro de proibição não exonera o autor **quando** é inescusável. Essa posição só foi tomada pela jurisprudência na Alemanha após a Segunda Guerra Mundial, em 1952.

Sem embargo, hoje ainda restam algumas dúvidas no que se refere ao objeto que o sujeito realmente tem que saber para ter conhecimento

---

<sup>15</sup> LEITE, A laor, *Dúvida e erro sobre a proibição: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido*, São Paulo, Atlas, 2013.

da proibição. JESCHECK fala de que é suficiente conhecer a **antijuridicidade material**: basta que o autor considere seriamente a antijuridicidade de seu comportamento e se conforme com a possibilidade de vulnerar Direito.<sup>16</sup> Já OTTO, por exemplo, sustenta que basta saber da punibilidade do fato.<sup>17</sup> ROXIN exige um conhecimento da antijuridicidade concreta, como **conhecimento da específica lesão do bem jurídico compreendido no tipo legal respectivo**. O certo é que não é suficiente o conhecimento da imoralidade da ação, nem o conhecimento da punibilidade, muito menos as convicções religiosas, morais ou políticas podem afetar a consciência do ilícito. O que se exige é o **conhecimento do ilícito de fato**, numa “valoração correspondente ao mundo intelectual do autor”. Portanto, conhecer a norma cuja valoração se reprova é suficiente, sem analogia ao conhecimento do dolo.

A consciência eventual do ilícito, segundo posição dominante, equipara a dúvida ao conhecimento da ilicitude e, portanto, não afasta a culpabilidade.<sup>18</sup> O sujeito, no caso de dúvida, deve fazer um esforço de consciência, refletir e obter informação. Se não faz isso, a dúvida equipara-se ao conhecimento do injusto e, portanto, não se afasta a punição pelo erro de proibição. A única exceção à regra da punição completa da dúvida sobre a proibição se refere a deveres jurídicos que se autoexcluem: por exemplo, o funcionário público que, se atua, como um ilícito penal qualquer e, se omite, comete delito funcional.

Porém tem crescido a posição que defende que a dúvida é um caso de erro de proibição e que o problema deve ser resolvido pela questão da inevitabilidade ou não, se resulta possível ao autor alcançar a certeza da regulação jurídica. Dois critérios de BINDING seriam ainda hoje válidos: **clareza das ordens emitidas e atuação dentro dos limites da dúvida sobre a proibição**.<sup>19</sup> Quatro situações, bem esclarecidas entre nós por ALAOR LEITE, indicariam que a dúvida sobre a proibição não

<sup>16</sup> JESCHECK, Hans-Henrich, *op. cit.*, pp. 624-625.

<sup>17</sup> OTTO, *Der Vorsatz*, Jura, 1990.

<sup>18</sup> Cf., por todos, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Observaciones sobre el conocimiento “eventual” de la antijuridicidad*, in *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, pp. 259-281.

<sup>19</sup> BINDING, Karl, *La culpabilidad en Derecho penal*, trad. Manuel Cancio-Meliá, Buenos Aires/Montevideo, Editorial B de F, 2009; BINDING, Karl, *Handbuch des deutschen strafrechts*, 1885. Sobreissoveja-se LEITE, Alaor, *op. cit.*, pp. 40-53.

pode mais se equiparar ao conhecimento: a) erro sobre a validade da lei penal; b) erro de proibição indireto; c) decisão de praticar o fato após busca de informação jurídica; d) decisão baseada em jurisprudência contraditória, inconclusiva ou mesmo inexistente.<sup>20</sup>

## 5. Conclusões para o fim da visão cartesiana da mente no direito penal: por um conceito filológico de dolo

Ainda que seja num sentido diferente, o conceito significativo de dolo (volitivo e normativo) também tem aportado importantes contribuições na teoria da imputação subjetiva. Apesar de também com razão negar qualquer utilidade da teoria psicológica do dolo, VIVES ANTON propõe que o dolo seja entendido como “domínio de uma técnica” (conhecimento) e vontade como “compromisso de atuar”.<sup>21</sup> O dolo pressupõe o domínio de uma técnica e consiste no compromisso de atuar como aspecto normativo. Esse compromisso de atuar é determinado por regras sociais e jurídicas que definam a ação como típica e por fatores externos.

Nesse ponto, aliás, é útil a tese dos **indicadores externos da conduta** de que trata HASSEMER, que possibilitaria avaliar a bagagem de conhecimentos do autor (as técnicas que dominada, que poderia ou não prever e calcular) e entender as intenções expressadas na ação.<sup>22</sup>

Esses indicadores estão na razão do dolo em três níveis: a **situação perigosa**, a **representação do perigo** e a **decisão a favor da ação perigosa**. O dolo é o resultado de uma **atribuição** de responsabilidade por uma **decisão a favor do injusto**, constatada não numa linguagem coloquial, mas sim por indicações operativas. Possui, portanto, um aspecto interno e um aspecto que se refere ao acontecer externo. A base segue residindo na vontade e representação da pessoa e não no externo. O interno é deduzido pelo lado externo. Não basta, portanto, o mera representação do perigo da ação. É preciso possuir a informação do perigo para o bem jurídico e aceitá-la, admiti-la, querê-la, como “ato de autoafirmação frente ao mundo”. Essa conformidade não é um

---

<sup>20</sup> LEITE, Alaor, *op. cit.*, pp. 98-120.

<sup>21</sup> VIVES ANTON, TOMÁS S., *Fundamentos del Sistema Penal*, Valencia, Tirant lo blanch, 1996.

<sup>22</sup> HASSEMER, Winfried, *op. cit.*, pp. 151-152.

sentimento, nem precisa de uma reflexão positiva, mas sim é um dado jurídico.<sup>23</sup>

Para HASSEMER, o dolo se pode explicar por condições estritas e precisas, porque consiste numa disposição, ou seja, numa **atitude interna não observável de forma imediata**. O dolo é a sua prova e a prova é compreensão, interpretação do sentido, do significado do atuar doloso. Se o dolo é uma decisão a favor da lesão ao bem jurídico, de assunção pessoal do injusto típico, que é inacessível internamente, então só pode ser investigado por indicadores externos de caracterização. Como elemento dispositivo inacessível que é, o dolo só pode ser caracterizado por indicadores que se desenvolvem sobre dados **observáveis** (indicadores observáveis nos elementos externos do fato), **plenos** (indicadores observáveis devem ser completos (plenitude) no conceito dispositivo) e **relevantes** (deve subministrar algum aporte ao dilema da constatação de situações não observáveis). Ainda que os indicadores nunca sejam únicos e o catálogo seja diferenciado e complexo, a existência do dolo como decisão a favor do injusto típico supõe: a) **situação de perigo** (externo, que possui dados observáveis, como periculosidade objetiva, p. ex., força destrutiva de uma bomba, distância do objeto, zona do corpo atingida, etc.); b) **representação do perigo** (interna), como, por exemplo, a visibilidade do êxito (presença no lugar do fato, proximidade espacial do objeto), a capacidade de percepção, complexidade ou simplicidade da situação, etc.; **decisão** (interna) a favor da realização do perigo reconhecido, como, por exemplo, as condutas ativas de evitação, probabilidade de autolesão, incapacidade física, juventude, comportamento anteriores em situação similar, indícios de vínculos afetivos entre delinquente e vítima, etc.<sup>24</sup>

Enfim, em tema de imputação subjetiva no direito penal, asteses volitivas e cognitivas utilizam expressões de linguagem coloquial e não aportam nada sobre as condições de aplicação dos elementos do dolo. O dolo é apenas um ato dispositivo, interno, que não pode ser comprovado sem indicadores externos dele deduzidos. A tese dos **indicadores**

---

<sup>23</sup> Nesse sentido caminham os trabalhos de BUSATO, Paulo César, MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos e DÍAZ PITA, María del Mar, *in Modernas Tendências sobre o Dolo em Direito Penal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008. Veja-se também DÍAZ PITA, María del Mar, *El dolo eventual*, Valencia, Tirant lo blanch, 1994.

<sup>24</sup> HASSEMER, Winfried, *op. cit.*, p. 152.



**externos da conduta** de HASSEMER, ao deduzir objetivamente o interno do externo, contribui para fortalecer uma dogmática livre de conceitos metafísicos e de estruturas lógico-objetivas pré-existentes e vinculantes, os quais impedem um sistema de imputação discursivo que permita as pessoas construírem a realidade social em que vivem.<sup>25</sup>

## 6. Referências bibliográficas

- BUSATO, Paulo César, *Direito Penal, Parte Geral*, São Paulo, Atlas, 2ª ed., 2015.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, *Crisis del lado subjetivo del hecho*, em *Estudios de Derecho Penal*, Lima, Palestra, 2010.
- DÍAZ PITA, María del Mar, *El dolo eventual*, Valencia, Tirant lo blanch, 1994.
- GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Tecnos, 1990.
- GRECO, Luís, *Dolo sem vontade*, em DIAS, Augusto Silva e outros (coords.). *Liber Amicorum* de José de Sousa Brito em comemoração ao 70º Aniversário, Coimbra, Almedina, 2009.
- HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita, Valencia, Tirant lo blanch, 1999.
- JESCHECK, Hans-Henrich, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, trad. de Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde, vol. 1, Barcelona, Bosch, 1981.
- KAUFMANN, Armin, *Der dolus eventualis im Deliktsaufbau . Die Auswirkungen der handlungs- und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze*, em ZStW 70, 1958.
- \_\_\_\_\_, *El dolo eventual en la estructura del delito. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v.2, n. 13, p. 185-206, mayo-agosto, 1960.
- LEITE, Alaor, *Dúvida e erro sobre a proibição: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido*, São Paulo, Atlas, 2013.
- MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal*, 2º ed. alemã (1933), tomos I e II, trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1935.

<sup>25</sup> HASSEMER, Winfried, *op. cit.*, p. 137.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *El error en Derecho Penal*, Buenos Aires, Rubinzal, 2003.

OTTO, *Der Vorsatz*, Jura, 1990.

ROXIN, Claus, *Strafrecht*. 4. ed. München, AT, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Observaciones sobre el conocimiento "eventual" de la antijuridicidad, in Consideraciones sobre la teoría del delito*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.

Vives Antón, Tomás S., *Fundamentos del Sistema Penal*, Valencia, Tirant lo blanch, 1996.

WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, trad. De Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

# Derecho penal: entre el “derecho a la seguridad” y la seguridad de los derechos

FÁBIO DA SILVA BOZZA\*

## Sumario

1. Introducción
2. De las ideas políticas a la economía política de la pena
3. El Derecho penal entre el “derecho a la seguridad” y la “seguridad de los derechos”.

## 1. Introducción

Con gran entusiasmo participo, por segunda vez, en la ESCUELA DE VERANO DE LA HABANA SOBRE TEMAS PENALES CONTEMPORÁNEOS.

Agradezco la invitación da la Comisión Organizadora en la persona del profesor doctor Carlos Alberto Mejías Rodríguez, a quien saludo. En especial, destaco sus esfuerzos por la creación de vínculos académicos y de amistad entre profesores brasileños y cubanos.

Quiero también hacerles saber de mi gran alegría y orgullo por participar en esta reunión y del merecido homenaje al profesor y amigo

---

\* Doctor en Derecho penal (Universidade Federal do Paraná – Brasil). Profesor de Derecho penal y Criminología en el Instituto de Criminología y Política Criminal (ICPC), Facultad de Derecho de Francisco Beltrão (CESUL), y Centro Universitário UNIBRASIL

Traducción de Luiz Rodríguez Moro, Professor de Derecho penal. Universidad de Cádiz. Versión ampliada de la conferencia efectuada em el X Encuentro Internacional: Escuela de Verano de La Habana 2014 sobre temas penales contemporáneos y XI Congresso Internacional de La Sociedad Cubana de Ciencias Penales em Homenaje al Dr. Juan María Terradillos Basoco

Dr. Juan María Terradillos Basoco, que reúne las características de penalista emérito, sin dejar de ser una persona de inmensa humildad y generosidad, virtudes que denotan su elevado espíritu.

## 2. De las ideas políticas a la economía política de la pena

Las teorías explicativas de la pena determinan una lectura del fenómeno punitivo que se contrapone al tradicional enfoque de la ciencia penal y de la criminología, que colocaban el acento en la reconstrucción histórica del poder punitivo como *historia de la idea de la pena*.<sup>1</sup> De modo distinto, con fundamento en la crítica marxista a la economía burguesa, es posible desarrollar una reconstrucción materialista de la reacción social a la criminalidad, esto es, una *economía política de la pena*.

En la década de los 70, Melossi y Pavarini -en *Cárcel y Fábrica*-, con su criminología marxista, sugieren la existencia de una relación entre la forma que la pena asume en la sociedad capitalista y la situación del mercado de trabajo, concluyendo que es posible caracterizarla por la necesidad de disciplinar la fuerza de trabajo.<sup>2</sup>

Así como la naturaleza estructural de la criminalidad está determinada por el modo de producción capitalista, es posible explicar cómo la pena privativa de libertad surge como respuesta necesaria a las exigencias de disciplinar el mercado de trabajo en esta sociedad. Marx reconoce esta relación entre estructura socioeconómica y sistema penal en el paso del sistema feudal al sistema de producción capitalista, al afirmar que la población desocupada era sometida por medio de las leyes, los azotes, las marcas con fuego y la tortura, a la disciplina necesaria para el sistema de trabajo asalariado.

Al surgir este sistema, la burguesía necesita y utiliza el poder del Estado para reglar el sueldo, prolongar la jornada de trabajo y mantener

---

<sup>1</sup> PAVARINI, Massimo. *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002. p. 153.

<sup>2</sup> MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário – séculos XVI-XIX*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

al trabajador en situación de dependencia, de forma idónea para acumular plusvalía.

Marx también destaca la relación entre las exigencias del emergente capitalismo y el sistema punitivo cuando reconoce la necesidad de educar a las masas de campesinos en la disciplina de la fábrica, apuntando el origen de la cárcel como institución al servicio de la burguesía.

Durante los siglos XVII y XVIII, junto a la aparición de las manufacturas, van desapareciendo las viejas formas de castigo corporal y surgiendo nuevas formas de punición desconocidas en periodos anteriores, como las casas de trabajo, las casas de corrección y, poco después, la cárcel, en la que se imponen coactivamente las formas de disciplina a las que el proletariado estará obligado a someterse para hacer posible la existencia de la sociedad capitalista.

Después de un tiempo en el que la cultura del trabajo fuese impuesta por la burguesía y de que, ante la explosión demográfica en las ciudades se volviera innecesaria la disciplina del exceso de mano de obra, las prisiones dejaron de tener la finalidad de incluir a las personas en el mercado de trabajo.

Rusche y Kirchheimer constataron que las casas de corrección representaron el apogeo del control social de la organización mercantilista y permitieron el incremento de un nuevo modo de producción. Mientras tanto, su importancia económica desapareció con el surgimiento del *sistema fabril*. Con el paso del período mercantilista a la nueva sociedad industrial, que requiere que el trabajo sea libre como condición necesaria para el empleo de fuerza de trabajo, el papel del condenado perdió importancia.<sup>3</sup>

Esta constatación coincidió con que, en la década de los 70, en los países que implantaron el Estado del bienestar, algunos penalistas y criminólogos reconociesen el fracaso de las finalidades ideológicas de la pena y propusiesen la abolición del sistema penal o la necesidad de implantar penas alternativas a la prisión. Tanto en los abolicionistas como en los reformistas se apreciaba el mismo discurso: mientras las finalidades ideales de la pena (prevención de la criminalidad a través de la resocialización) fueran un fracaso, las funciones materiales de la pena (la producción y reproducción de la desigualdad por medio de

---

<sup>3</sup> RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 21

una violencia caracterizada por la crueldad y por elevadas cifras de nocividad social) serían un éxito.<sup>4</sup>

En materia de política criminal surgieron propuestas alternativas. En Europa, Alessandro Baratta, Albrecht, Melossi y Pavarini; en América Latina, Raúl Zaffaroni, Rosa Del Olmo, Lola Aniyar de Castro, Bustos Ramíres, entre otros; en Brasil, Juarez Cirino dos Santos, Juarez Tavares, Nilo Batista, Vera Batista, Vera Andrade; en fin, una parte considerable de los penalistas y criminólogos buscaban una política criminal distinta.

Aunque en América Latina nunca se consolidó el Estado del bienestar, por cuenta de las dictaduras del cono sur, el discurso político criminal estuvo marcado por la esperanza de la inclusión social de los condenados, no gracias a las cárceles, sino más bien, a pesar de ellas. Con excelentes intenciones, propuestas de penas alternativas a la prisión fueron desenvueltas. Más allá de eso, muchos criminólogos críticos presentaron propuestas de criminalización de las clases poderosas. Era el sueño de los años 70.

## **2. El salto epistemológico: de una política criminal inclusiva a la política criminal de exclusión.**

En Europa, el Estado del bienestar fracasó, en América Latina ni siquiera nació y después de las dictaduras militares surge la ideología neoliberal, sobre la que se trabajará a continuación.

Antes de cualquier desarrollo, se ha de fijar la premisa de lo que será expuesto: *el modelo económico neoliberal apenas caracteriza un modelo de organización de la economía, sino que principalmente debe ser entendido como un modelo epistemológico.*

De acuerdo con Agostinho Ramalho, el término neoliberalismo concentra ideas de ruptura y continuidad. La idea de continuidad se refiere al hecho de que se trata de una forma de liberalismo. Y la de ruptura se refiere a la drástica separación entre los fundamentos del modelo económico liberal clásico y los fundamentos del modelo económico neoliberal.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 488.

<sup>5</sup> MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo e gozo. In Escola Lacaniana de Vitória. *A lei em tempos sombrios*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2009. pp. 51 y ss.

De forma resumida, se puede afirmar que el liberalismo clásico, de base filosófica contractualista, se construye sobre las ideas de *igualdad, libertad y fraternidad*.

La *igualdad* no se refiere a la igualdad de condiciones y oportunidades entre las personas, como propone el pensamiento socialista de la mitad del siglo XIX. Se trata de la igualdad jurídica, solo ante la ley, que se oponía al sistema del Antiguo Régimen de privilegios a determinadas personas conforme a la clase social a la que pertenecían.<sup>6</sup>

En lo que se refiere a la *libertad*, se trata esencialmente de una idea que tiene por objetivo consagrar como principio la libertad contractual (libertad de elección), tanto en el campo de los negocios como en el de las relaciones entre los propietarios de los medios de producción y el proletariado. Se presupone que en los contratos negociales y en los contratos de trabajo, las partes están en igualdad de condiciones para manifestar libremente su voluntad. Firmado el contrato, éste debe ser respetado.<sup>7</sup>

Finalmente, la *fraternidad* se refiere a la solidaridad necesaria para el mantenimiento del orden social, y tiene como idea central la necesidad de implantar políticas que reduzcan desigualdades extremas que puedan representar el peligro de una ruptura violenta del orden establecido.<sup>8</sup>

Para entender el neoliberalismo y sus fundamentos se requiere una breve aproximación histórica. Las ideas neoliberales fueron pensadas cuando la política de inspiración keynesiana estaba siendo implantada crecientemente en Europa. Esta política defendía la intervención estatal en la economía con el objeto de corregir las desigualdades derivadas de la concentración de riqueza característica del modelo de producción capitalista. Se estaban construyendo los cimientos de la socialdemocracia.

Las ideas neoliberales representan una fuerte crítica al modelo de Estado del bienestar social. Este pensamiento percibe la política del bienestar como un auténtico desperdicio de dinero público que produce daños irreparables a la dinámica de la economía de mercado.

---

<sup>6</sup> MARQUES NETO, *Neoliberalismo...* p. 53.

<sup>7</sup> MARQUES NETO, *Neoliberalismo...* p. 53.

<sup>8</sup> MARQUES NETO, *Neoliberalismo...* p. 54.

En *El camino de la servidumbre*, de 1944, Hayek afirma que el origen de la crisis del Estado del bienestar social se produjo por el nefasto y excesivo poder de los sindicatos y, de forma más general, por el movimiento obrero, que erosionó las bases del capitalismo con reivindicaciones dirigidas a que el Estado aumentase cada vez más los gastos sociales. Argumentaba que el igualitarismo producido por el Estado del bienestar eliminaba la libertad de los ciudadanos y la viabilidad de la competencia, que era fundamental para la prosperidad de todos.<sup>9</sup> Por lo tanto, la desigualdad era entendida como un valor positivo, el elemento motor de la competencia, lo que estimularía el desarrollo de todos.

Por tanto, se puede afirmar que en el neoliberalismo los tres fundamentos de orden social son otros: desigualdad, competencia y eficiencia.

La *desigualdad* no puede ser entendida solo como exclusión económica y social, sino también como el contraste entre la concentración de riqueza en las manos de pocos y de pobreza en las de muchos. Como principio que fundamenta el neoliberalismo, la desigualdad es una relación asimétrica entre competidores en el mercado, lo que se presenta como un elemento favorable para la competencia y, consecuentemente, para el propio mercado. Así, la desigualdad no debe ser vista como un accidente histórico, sino más bien como algo necesario y constituyente de una organización social neoliberal.<sup>10</sup>

En este modelo económico, la *competencia* es el elemento que impulsa la economía de mercado. Los agentes económicos neoliberales están preparados para vencer a la competencia. La sobrevaloración de la competencia fomenta una ideología de éxito y una sociedad de vencedores y perdedores.

Con esta afirmación no se quiere subestimar la importancia de la competencia para el desarrollo humano y social. Lo que ocurre es que esa forma de competencia moderna representa una característica distinta de la competencia saludable. En tanto en cuanto en una competencia saludable la ley y la ética aparecen como límites para los competidores, en el mundo neoliberal la competencia es la propia ley. Esto es, no hay espacio para límites éticos y jurídicos entre los competidores. La ley del Padre (el “No” del Padre), en el sentido simbólico al

---

<sup>9</sup> HAYEK, F.A. *O caminho da servidão*. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura: Instituto Liberal, 1987. p. 68 e ss.

<sup>10</sup> MARQUES NETO, *Neoliberalismo...* p. 56.



que se refiere Lacan, revela su fragilidad en las sociedades contemporáneas. Es en ese terreno en el que se desarrolla la ideología del “todo está permitido”<sup>11</sup> y del “vivir sin límites”.

Si en la base de la estructura capitalista, el marxismo identificaba la oposición *opresores/oprimidos*, también resulta adecuado hacer uso de las categorías *incluidos/excluidos*, en la que los “incluidos” son tanto los opresores como los oprimidos, y los “excluidos”, son aquellos que no tienen ningún tipo de integración en la sociedad, no pudiendo ser catalogados de oprimidos por el hecho de que nadie se interesaría en oprimirlos, ya que de ellos no se extraería ningún provecho. En ese contexto, ser oprimido no deja de ser una forma de inclusión. Para los excluidos, el único destino es la muerte o el sistema penal.

Para asegurar el avance del desorden producido por la exclusión social, la precariedad laboral, la contracción de la actividad social del Estado y el crecimiento del desempleo, se hace uso de una política penal de exclusión. La pena deja de tener por objetivo declarado la resocialización del condenado y, sin ni siquiera disimularlo, muestra como objetivo la mera neutralización de las clases peligrosas. Se verifica la transición del Estado prevencionista al Estado penal. Como afirma Loïc Wacquant, en relación con las desigualdades sociales, se aplica la doctrina de *laissez faire, laissez passer*. En sentido opuesto, existe un intenso paternalismo estatal en lo que se refiere a al control social de la pobreza a través del sistema penal.<sup>12</sup>

El tercer elemento sobre el que se estructura el neoliberalismo es la *eficiencia técnica*. Ésta está ligada a la idea de competencia. No es suficiente competir. El agente económico adecuado tiene que ser *el mejor*. Tiene que vencer a la competencia. Y para ello debe hacer uso del medio adecuado para lograr sus objetivos. Se declara la lógica según la cual “los fines justifican los medios”.

El mejor competidor para el modelo neoliberal es el sujeto extremadamente capacitado para emplear los medios adecuados en su trabajo, pero que no es capaz de pensar críticamente los objetivos de su actividad. Un buen ejemplo se aprecia en las Universidades. Ya no queda espacio para los intelectuales, sino únicamente para los burócratas. En

<sup>11</sup> MARQUES NETO, *Neoliberalismo...* p. 58.

<sup>12</sup> WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 24.

el sector académico, en el que pensábamos que éramos inmunes, dicha ideología llegó a consolidarse. En lugar de tesis magistrales, lo que los burócratas tienen en cuenta para evaluar el mérito de cada profesor es el número de publicaciones científicas en determinados periódicos, medios o revistas.

### 3. El Derecho penal entre el “derecho a la seguridad” y la “seguridad de los derechos”

Esta lógica basada en la eficiencia alcanza diversos objetos de estudio en el pensamiento penal contemporáneo, de los cuales dos despiertan mi atención. Uno de ellos es la actividad del Estado relacionada con la seguridad pública, orientada por fundamentos científicos que tienen su origen en la denominada “criminología actuarial”. El segundo, que abordaré de forma breve, es el relativo a la legitimación jurídica, legal y judicial del actual y generalizado modelo de seguridad pública.

Resulta frecuente encontrarse con manifestaciones por parte del Ministerio Fiscal, así como con resoluciones judiciales, que justifican una restricción al derecho fundamental a la libertad, argumentando la necesaria tutela del *derecho fundamental a la seguridad pública de la sociedad*. Ésta es una cuestión que me incomoda y preocupa.

Como constató Habermas, la atribución de significado a cualquier concepto se consigue a través de una comunidad en la que sus integrantes están de acuerdo en una condición ideal del habla, que se caracteriza por: a) la necesidad de que las expresiones sean generales y entendidas de forma idéntica por los interlocutores; b) la publicidad e inclusión general, la participación en igualdad de derechos, el respeto y el reconocimiento mutuo, la responsabilidad por parte de los hablantes, la sinceridad (voluntad de los hablantes a entenderse) y la autonomía (la inmunización frente a restricciones externas e internas).<sup>13</sup>

Lo que ocurre es que estas condiciones ideales del habla están lejos de concretizarse y de ser suficientes para legitimar las normas jurídicas y sus interpretaciones. Principalmente, en lo que se refiere a la interpretación del concepto “seguridad”, como derecho primario o secundario, en el que se aprecia que no existen las citadas condiciones ideales del habla.

---

<sup>13</sup> HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p. 254.

En primer lugar, además de las múltiples interpretaciones existentes de un concepto en el mundo, éstas tampoco son entendidas de un modo idéntico por los hablantes. Cuando se habla de “seguridad” parece que cada sujeto lo hace de algo distinto. En segundo lugar, no hay participación de todos los integrantes en igualdad de derechos y, mucho menos, con respeto y reconocimiento mutuo. Tampoco hay autonomía por parte de los participantes, pues no son inmunes a restricciones externas, principalmente en lo que respecta a las dimensiones objetiva y subjetiva de los riesgos de victimización presentes en la sociedad contemporánea.<sup>14</sup>

En este contexto, el vocablo “seguridad” puede ser conceptualizado en dos sentidos. De acuerdo con Baratta, la seguridad presenta dos dimensiones: es una necesidad humana y una función del sistema jurídico. En los dos casos no tiene contenido propio, pues como necesidad es de naturaleza secundaria y como función del sistema jurídico es un derecho secundario.<sup>15</sup>

Hay que indicar que en el sistema jurídico las necesidades se presentan en forma de derechos. Así, como la seguridad no es una necesidad primaria, y sí accesoria o secundaria respecto de otras necesidades, también debe ser entendida como un derecho accesorio, secundario o instrumental de otros derechos.

En el ámbito del Derecho, la seguridad tiene dos significados distintos, en función de si se analiza desde un punto de vista interno o externo al sistema jurídico.

Desde el punto de vista externo, a partir de una teoría sociológica del derecho, la cuestión que se pone en duda es la siguiente, ¿hasta que punto el derecho contribuye (o debe contribuir) a la seguridad de la sociedad? Se trata de una pregunta sobre la eficacia del derecho, en la cual la seguridad está pensada como un hecho<sup>16</sup>. Ahora bien, desde la perspectiva de una teoría normativa del Derecho, la cuestión de la seguridad está vinculada con la validez ideal del Derecho. En resumen: a partir de esta teoría normativa del Derecho se está ante la seguridad

---

<sup>14</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminología de los Derechos Humanos: criminología axiológica como política criminal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010. p. 93.

<sup>15</sup> BARATTA, Alessandro. Seguridad. In *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 200.

<sup>16</sup> BARATTA, *Criminología...* p. 201.

del Derecho o seguridad jurídica; mientras que a partir de una teoría sociológica del Derecho, se está ante la seguridad a través del Derecho.

Desde el punto de vista interno del sistema jurídico, la seguridad debe estar construida con referencia a las normas jurídicas y sus interpretaciones, es decir, normativamente y no de un modo fáctico. Afirmar que los derechos están “seguros” significa decir que las normas que los protegen respetan las reglas y principios constitucionales.<sup>17</sup>

Por lo tanto, se concluye que un “derecho fundamental a la seguridad” es una construcción constitucional falsa o maliciosa. Además, será una construcción *superflua* si representa la seguridad de la totalidad de los derechos para la totalidad de los ciudadanos; y una construcción ideológica *perversa* si se presenta como una consecuencia de la protección de algunos derechos de los grupos privilegiados, así como de acciones administrativas y judiciales dirigidas a su favor, con la simultánea reducción de los derechos fundamentales de los demás –y los demás son la mayoría de la ciudadanía cuyos derechos también están reconocidos en la Constitución Nacional y en diversas Convenciones Internacionales-. Esta última manera de entender la “seguridad” deja constancia, de un modo selectivo, de diferentes áreas de riesgo de violación de los derechos, ya que la parte está en lugar del todo. En otras palabras, se selecciona como objeto de tutela jurídica el derecho de algunos como si fuera el derecho de todos.

En síntesis, la seguridad debe ser entendida como la relación objetiva o subjetiva que los sujetos tienen con la estabilidad de los medios de acceso a sus necesidades. De esta manera, en muchas ocasiones, la seguridad no deja de ser un sentimiento que, ciertamente, no puede ser objeto de tutela jurídica.

En este contexto, es posible afirmar que lo que debe ser tutelado jurídicamente son las necesidades humanas y los medios de acceso a ellas. Pero el sentimiento de estabilidad, en relación a la posibilidad de satisfacer las necesidades o garantizar los instrumentos para obtenerlas, no puede ser considerado un derecho, y menos aún si para proteger ese sentimiento es necesario restringir un derecho real, como la libertad, la igualdad, la dignidad, etc. En definitiva: ¡la seguridad no es un derecho!

---

<sup>17</sup> BARATTA, *Criminología...* p. 201.

Además, desde un punto de vista dogmático, se debe subrayar el carácter ideológico del bien jurídico “seguridad”, pues no se trata de un bien jurídico colectivo, sino que solamente constituye la suma de bienes jurídicos individuales. Aquí deviene importante la dogmática penal a los efectos de reconocer la distinción entre bienes jurídicos colectivos verdaderos y falsos.

La importancia de esta distinción no es simplemente teórica, ya que puede producir efectos reales, consistentes en la posibilidad de reconocer la atipicidad de una conducta aparentemente típica, con el consecuente mantenimiento en libertad de una persona frente a la pretensión punitiva estatal.

Por más que se desapruében los fundamentos políticos de una teoría dualista del bien jurídico, que legitima al Derecho penal para tutelar tanto bienes jurídicos individuales como colectivos autónomos, debemos reconocer que esta teoría tiene un potencial de rendimiento: funciona como instrumento para deconstruir falsos bienes jurídicos colectivos.<sup>18</sup>

La principal distinción entre bienes jurídicos individuales y colectivos está en la característica de que los segundos no son distribuibles; esto es, son indivisibles entre posibles titulares individuales. De esta característica surge una fundamental consecuencia dogmática: si los bienes jurídicos individuales pueden ser objeto de disposición por su titular, por contra, los bienes jurídicos colectivos son indisponibles.

La distinción entre bienes jurídicos individuales y colectivos permite el reconocimiento de falsos bienes jurídicos, contruidos a partir de fundamentaciones equivocadas a cerca del poder punitivo del Estado.

Un falso bien jurídico colectivo es la seguridad pública, que puede referirse a la vida, a la integridad física, a la propiedad privada, entre otros bienes jurídicos individuales.

---

<sup>18</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* na proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito Liberal. In *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 81.

También llama la atención el bien jurídico salud pública, que no es nada más que la suma de la salud de cada persona individualmente considerada.

Resulta fácil identificar una persona saludable y otra no; de este modo la característica de la indivisibilidad –que caracteriza a un bien jurídico colectivo– no se hace presente. Esta observación tiene consecuencias prácticas. Si reconocemos que la salud pública es un falso bien jurídico colectivo (por que no es más que la suma de la salud de las personas individualmente consideradas) llegamos a la conclusión de que los tipos penales relativos al tráfico de estupefacientes buscan proteger, en realidad, la salud de cada individuo –bien jurídico individual-. De este modo, sería posible reconocer al instituto del consentimiento del titular del bien jurídico la categoría de excluyente de la tipicidad en estos supuestos.

Esto vendría a significar que la conducta de vender estupefacientes requiere poner en riesgo la salud de una persona concreta, y puede que ésta consienta conscientemente en el riesgo que supone para su propio bien jurídico. Con este razonamiento sería necesario analizar caso por caso para averiguar si quien adquirió el estupefaciente tenía conocimiento de los efectos que éste produce. Y si las personas tienen este conocimiento, no sería posible condenar a la mayoría de los traficantes, pues, con el consentimiento del titular del bien jurídico, la conducta debería ser considerada atípica.

Con este ejemplo verificamos la ideología que está detrás del discurso de la seguridad de cualquier bien jurídico. Al considerar la seguridad como un bien jurídico colectivo, el intérprete no admite el consentimiento del titular del bien jurídico como excluyente de la tipicidad, con la consiguiente entrada en prisión de muchas personas. Además, cuando se reconoce un bien jurídico como colectivo, la tutela penal suele tener amenazas más serias que aquellas destinadas a proteger bienes jurídicos individuales.

Esto es lo que ocurre con la criminalización del tráfico de estupefacientes, que coloca a cientos de miles de personas en condiciones degradantes que caracterizan las prisiones contemporáneas.

Además, fíjese al absurdo lógico al que se llega si se utiliza el criterio de la proporcionalidad como instrumento para la interpretación de las leyes penales: en Brasil, el crimen de lesiones corporales seguidas de muerte puede llevar a una pena de 4 a 12 años de prisión, mientras que la pena por el delito de tráfico de estupefacientes, que es de peligro abstracto para la salud individual, puede llevar a una condena de 5 a 15 años de prisión. ¡Un absurdo lógico!

Por tales razones, tenemos que ser intransigentes con la protección de las libertades individuales y afirmar, sin temor alguno, que la seguridad no es un derecho fundamental y, mucho menos, un bien jurídico susceptible de ser tutelado por el Derecho penal.

Como conclusión, debemos apuntar en la dirección de un Derecho penal que, en contraposición al modelo existente, funcione menos como instrumento de protección de un supuesto “derecho a la seguridad pública” y más como un instrumento de protección de la “seguridad de los derechos de todos”.

# Autoría y participación en la criminalidad organizada. Especial mención a la criminalidad estatal

DR. IVÁN MEINI\*

## Sumario

1. Planteamiento
2. La coautoría como solución. Críticas.
3. La instigación como solución. Críticas
4. La posibilidad de sustituir al ejecutor (“fungibilidad”) como presupuesto del dominio de la organización. Críticas
5. La marginalidad del Derecho del acto ejecutado como presupuesto del dominio de la organización. Críticas
6. La innecesidad del principio de responsabilidad
7. El dominio sobre la organización. Propuesta
8. Conclusión

## 1. Planteamiento

La cuestión relativa a cómo han de responder las personas que sin intervenir en la ejecución del delito deciden su ejecución cobra especial importancia en el ámbito de la llamada criminalidad de Estado, pues el aparato estatal puede ser utilizado como una perfecta maquinaria criminal al encontrarse estructurado funcionalmente para responder

---

\* Profesor Principal de Derecho penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Abreviaturas utilizadas: ADPCP: Anuario de Derecho penal y Ciencias penales; art.: Artículo; AT: Allgemeiner Teil (parte general); FS: Festschrift (libro homenaje); GA: Goldammer’s Archiv für Strafrecht; JR: Juristische Rundschau; Jura: Juristische Ausbildung; JuS: Juristische Schulung; JZ: Juristenzeitung; LK: Leipziger Kommentar; MschrKrim: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform; n.m.: número marginal; NJW: Neue Juristische Wo



a las instrucciones de determinados funcionarios públicos. Para solventar la imputación de responsabilidad penal a los altos mandos (funcionarios o servidores públicos, cargos políticos, mandos militares, etc.) viene cobrando cada vez más importancia aquella tesis en virtud de la cual los que emiten las órdenes que desencadenan la comisión del delito responden como autores mediatos, sin perjuicio de la responsabilidad penal a título de autores directos que le incumbe a los ejecutores del delito. Y ello, lógicamente, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda derivarse por el delito de asociación o concierto para delinquir.

La formulación primigenia de esta modalidad de “autor detrás del autor” la formuló Roxin en 1963<sup>1</sup>. A partir de las críticas y comentarios recibidos a lo largo de los años, Roxin se ha preocupado por contestar a sus detractores y por exponer los beneficios de su teoría para la criminalidad estatal. Así, *grosso modo*, el estado actual del “dominio de la organización” (*Organisationsherrschaft*) consiste en que el funcionamiento de una organización criminal no depende en absoluto de los individuales ejecutores, pues ellos son sólo piezas intercambiables en el engranaje de la maquinaria y como tales no pueden impedir que las órdenes dadas por el hombre de detrás lleguen a cumplirse<sup>2</sup>. Así, por ejemplo, cuando el ejecutor se niega a cumplir la orden de matar, ello, a diferencia de los supuestos de instigación, no representa el fracaso del delito. En este caso entrará en escena otro sujeto a quien el hombre de detrás tampoco conoce, y ejecutará el hecho sin que éste se entere de los pormenores<sup>3</sup>. “El hombre de detrás domina pues los medios del aparato sin consideración de la persona que en mayor o menor medida entra en escena como órgano ejecutor de manera ocasional... El

---

chenschrift; NFP: Nuevo Foro Penal; NSTZ: Neue Zeitschrift für Strafrecht; PG: Parte General; RDPC: Revista de Derecho penal y Criminología; RP: Revista Penal; SH: Sonderheft; SK: Systematischer Kommentar; StGB: Strafgesetzbuch (Código penal alemán); ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

- <sup>1</sup> Roxin, «Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate», GA, (1963), p. 193 ss.
- <sup>2</sup> Roxin, «Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität», Festschrift für Gerald Grünwald, Samson/Dencker/Frisch/Frister/Reiß (Hrsg.), Baden-Baden, 1999, p. 550.
- <sup>3</sup> Roxin, FS-Grünwald, p. 550; *el mismo*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München, 2003, § 25 n.m. 106 s.

tiene en el sentido literal de la palabra el “dominio” y es por eso autor mediato”<sup>4</sup>. El dominio sobre la organización en la versión de Roxin requiere pues que los ejecutores sean intercambiables<sup>5</sup>. Pero requiere, además, que el concreto acto antijurídico que se realiza se encuentre desligado del ordenamiento jurídico, sin importar que la “actividad criminalidad” del aparato de poder se refiera siempre al mismo tipo penal o que esté limitada a una misma forma de ejecución<sup>6</sup>. Así, la responsabilidad penal del ejecutor a título de autor directo no tiene porqué entorpecer la del hombre de detrás como autor mediato, puesto que ambas se fundamentan en consideraciones distintas: la del hombre de detrás en el dominio sobre la organización y la del ejecutor en su dominio directo sobre el hecho<sup>7</sup>. De esto se sigue que autor mediato en virtud del dominio sobre la organización puede ser no sólo el jefe superior de la organización criminal, sino también cualquiera que en el marco de la estructura jerárquica trasmite las órdenes con capacidad de mando, pudiendo verificarse en consecuencia una cadena de autores mediatos. A contrario, es sólo partícipe quien en la transmisión de la orden se limita a cumplir un rol de obrero o peón<sup>8</sup>. Para ejemplificar su teoría, Roxin se valió de los crímenes cometidos por Eichmann durante el nacionalsocialismo alemán<sup>9</sup>.

Un amplio sector de la doctrina se decanta por este modelo de autoría mediata tal cual lo esboza Roxin<sup>10</sup>. Asimismo, el Tribunal Federal Alemán (BGH) lo ha adoptado en una serie de casos, entendiendo que el hombre de detrás responde como autor mediato cuando “se aprovecha de determinadas condiciones marco al interior de estruc-

---

<sup>4</sup> *Roxin*, FS-Grünwald, p. 550.

<sup>5</sup> *Roxin*, Strafrecht, AT, II, § 25 n.m. 107.; *el mismo*, «Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft», Sonderheft für Gerhard Schäfer zum 65. Geburtstag am 18. Oktober 2002, Boetticher/Huff/Landau/Widmaier (Hrsg.), Frankfurt a.M., 2002, p. 52.

<sup>6</sup> *Roxin*, FS-Grünwald, p. 556.

<sup>7</sup> *Roxin*, Strafrecht AT, II, § 25 n.m. 107.

<sup>8</sup> *Roxin*, FS-Grünwald, p. 556.

<sup>9</sup> *Roxin*, GA, (1963), p. 193 ss., en especial p. 201 ss.

<sup>10</sup> *Cfr.* sólo las referencias bibliográficas del propio *Roxin* en SH-Schäfer, p. 52, nota n. 2 y en Strafrecht AT, II, § 25 n.m. 108, nota n. 134.

turas organizadas, produciendo su contribución procesos reglados”<sup>11</sup>. Alejándose ya de la opinión de Roxin, el mismo BGH ha entendido que este dominio de la organización se produce cuando el hombre de detrás se aprovecha de la total predisposición de los actores inmediatos para realizar el hecho típico<sup>12</sup>. También en la jurisprudencia argentina se ha analizado esta teoría con motivo del juicio que se siguió a los miembros de la Junta Militar, aunque en definitiva no se llegó a adoptar<sup>13</sup>. Y es precisamente en delitos cometidos por medios de la organización estatal en donde la autoría mediata en virtud del dominio de la organización cobra especial relevancia. Piénsese sólo en personajes como Fujimori, Montesinos y toda una serie de funcionarios públicos y miembros de las fuerzas armadas, que delinquieron aprovechando el control del aparato estatal peruano que tuvieron a su cargo durante la década pasada.

## 2. La coautoría como solución. Críticas

Según un sector doctrinal los casos de autoría mediata en virtud del dominio de la organización serían en realidad supuestos de coautoría<sup>14</sup>. Los argumentos que se esbozan en este sentido son cuestionar

---

<sup>11</sup> BGH, NJW (1994), p. 2706. (se trata del llamado caso de los “disparos en el Muro”)

<sup>12</sup> BGH, NJW (1994), p. 2706.

<sup>13</sup> Cfr. las valoraciones al respecto de *Lascano* «Teoría de los aparatos de poder y delitos empresariales», p. 349 ss., *García Vitor* «La tesis del “Dominio del hecho a través de los aparatos organizados de poder”», p. 327 ss., *Donna* «El concepto de autoría y la teoría de los aparatos de poder de Roxin», p. 295 ss. y *Bruera* «Autoría y dominio de la voluntad a través de los aparatos organizados de poder», p. 259 ss., publicadas en *Nuevas formulaciones en las ciencias penales, Homenaje a Claus Roxin, Lascano (ed.)*, Córdoba, 2001. Para la aplicación de esta teoría al caso concreto, véase *Ambos/Grammer*, *Dominio del hecho por organización, La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann*, <http://www.iuscrim.mpg.de/info/aktuell/docs/Kaesem060303.pdf>.

<sup>14</sup> *Jescheck/Weigend*, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5 Aufl., München, 1996, § 62 II 8; *Jakobs*, *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, Ap. 21, n.m. 103; *el mismo*, «Mittelbare Täterschaft

que el instrumento ejecutor sea un sujeto responsable y simultáneamente también lo sea el autor mediato (principio de responsabilidad), así como el hecho de que habría un acuerdo entre los intervinientes en el hecho que los convertiría en coautores. En contra de la coautoría hay que replicar, en primer lugar, que la autoría mediata en virtud del dominio sobre la organización es sólo una modalidad más de la llamada autoría mediata del “autor detrás del autor”; pues junto a ella es posible reconocen otros supuestos de autoría mediata en los que el ejecutor actúa «sin defecto» y, en consecuencia, tanto él como el hombre de detrás (autor mediato) responden penalmente: cuando se actúa en error de prohibición vencible<sup>15</sup> y cuando a pesar de actuar en estado de error el dolo queda intacto (por ejemplo, en *error in persona*)<sup>16</sup>. Esta idea tiene que vincularse con el hecho de que cuando la ley define a la coautoría no exige que el instrumento sea un sujeto que padezca algún defecto que impida su punición. Sólo se limita a señalar que el autor mediato utiliza a otro para la comisión del delito. En tal sentido, es válido desde todo punto de vista entender que a ojos del autor mediato el sujeto ejecutor tiene que ser un instrumento, en el sentido de que aquél se vale de su intervención para cometer el delito, pero no que el ejecutor es en sí mismo y para efectos de la determinación de su responsabilidad penal un sujeto al que no se le puede imputar responsabilidad penal<sup>17</sup>. Esto, por lo demás, es compatible con aquella

---

der Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrats», NStZ (1995), p. 26; *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10 Aufl., Bielefeld, 1995, § n.m. 147; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 6. Aufl., 2000, § 21 n.m. 92; *el mismo*, «Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft», Jura (1987), p. 255; *el mismo*, «Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates», Jura (2001), p. 758 ss.; *Schünemann*, «Unternehmenskriminalität», in 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV: Strafrecht, Strafprozeßrecht, Roxin/Widmaier (Hrsg.), München, 2000, p. 628 ss., en especial p. 631 y 632.

<sup>15</sup> *Cfr.* LK-Roxin, § 25 n.m. 80 ss.; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, StGB Kommentar, 26 Aufl., München, 2001, § 25 n.m. 23; Kühn, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4 Aufl., München, 2002, § 20 n.m. 77 ss.;

<sup>16</sup> *Stratenwerth*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, I. Die Straftat, 4. Aufl., Berlin, 2000, § 12 n.m. 36; Kühn, Strafrecht AT, § 20 n.m. 74 ss.

<sup>17</sup> Esta interpretación es incluso defendible en el Derecho penal colombiano. Cuando el art. 29 del CP de Colombia define al autor mediato como aquel que realiza “la conducta punible (...) utilizando a otro como instrumen-

idea ya mencionada de que en las hipótesis que aquí se analizan la responsabilidad del hombre de detrás se basa en su dominio sobre la organización, mientras que la del ejecutor en su dominio directo sobre el hecho.

En segundo lugar, habla también en contra de la coautoría el que no exista una resolución conjunta para realizar el hecho, que como se sabe es presupuesto de la coautoría<sup>18</sup>. No obstante, se ha dicho que en los casos de organizaciones criminales la resolución conjunta para realizar el hecho se establece con la conciencia del superior y del ejecutor de que el hecho, o varios hechos del mismo género, serán llevados a cabo siguiendo las instrucciones de la dirección<sup>19</sup>. Pero una cosa es acordar formar parte de una organización y otra totalmente distinta acordar la perpetración de un *determinado* delito que de lugar a la coautoría. En otras palabras, el acuerdo que permite la atribución recíproca de los actos de unos coautores a los otros no puede estar constituido por la mera alianza de pertenecer a una organización y realizar en el futuro

---

to”, lo que hace es dejar en claro que el ejecutor es instrumento desde el punto de vista del autor mediato y, como tal, a través del él es que realiza la conducta punible. Pero en ningún momento se dice algo con respecto a la responsabilidad o irresponsabilidad del instrumento. Interpretar que el ejecutor ha de ser siempre un sujeto que no responda penalmente sobre la base de que el art. 29 CP lo califica de “instrumento” es en realidad dotar de contenido dogmático al mencionado artículo optando por una determinada teoría (en este caso, por el principio de responsabilidad); pero ello no es obligatorio desde el punto de vista de la literalidad del precepto. Así, se puede dotar de contenido al art. 29 CP con arreglo a la idea ya mencionada, en mérito de la cual el autor mediato es responsable en virtud de su dominio sobre la organización y el ejecutor (instrumento desde el punto de vista del autor mediato) responde por tener el dominio directo del hecho. En Colombia acepta la autoría mediata en virtud del dominio de la organización *Posada Echavarría*, «Una visión del “dominio de voluntad por organización” y su aproximación al derecho penal colombiano», NFP 62 (1999), p. 25 ss., en especial p. 34 ss. Opta por la coautoría para solvetar estos casos *Velásquez Velásquez*, *Derecho Penal, Parte General*, 3 ed., Bogotá, 1997, p. 618; *el mismo*, *Manual de Derecho Penal*, Bogotá, 2002, p. 446 s.

<sup>18</sup> *Roxin*, *Strafrecht AT*, II, § 25 n.m. 121; *el mismo*, *SH-Schäfer*, p. 55.

<sup>19</sup> *Jescheck/Weigend*, *Lehrbuch AT*, § 62 II 8.

*ciertos delitos*<sup>20</sup>. Si así fuera, no sería factible afirmar que en el caso concreto el hombre de detrás tuviera el dominio del hecho de la acción realizada, ya que no conocería el cómo ni el cuándo, ni los actos que son necesarios para realizar exactamente el delito, ni a las víctimas del mismo. Se limitaría a dar una orden y dejar a los ejecutores la decisión de los prolegómenos de la realización. Por eso, un acuerdo que se erija como presupuesto de la coautoría habrá de ser un convenio concreto y específico de cara a la conducta delictiva que se acuerda realizar y que implique, como mínimo, un reparto de papeles.

En tercer lugar, para poder afirmar coautoría falta también la ejecución conjunta de hecho<sup>21</sup>, pues el hombre de detrás se limita a dar la orden, contribución que a todas luces ocurre en estadios previos al de inicio de ejecución. Si se quiere responsabilizar al mando superior por la emisión de una orden, habrá que ubicar en aquella contribución los elementos que permitan hacerlo responsable. En lo que aquí interesa, aquella intervención, junto con la ejecución del delito por parte de los «instrumentos», representa la exteriorización del dominio que tiene sobre la maquinaria y, por ende, también sobre sus miembros. Obviamente que esto no sería predicable si es que se considera que el coautor no ha de intervenir necesariamente en la etapa de ejecución del delito, sino que basta que su aportación sea esencial, aun cuando se haya verificado en la etapa de preparación<sup>22</sup>. Este planteamiento, empero, no se condice con el hecho de que dominio es dominio de la realización del hecho típico, es decir, de la ejecución o realización de

---

<sup>20</sup> Esto puede dar lugar, en todo caso, al delito de concierto o asociación para delinquir.

<sup>21</sup> *Roxin*, Strafrecht AT, II, § 25 n.m. 122.

<sup>22</sup> Así, *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau, 32. Aufl., Heidelberg, 2002, n.m. 529; *Lackner/Kühl*, StGB, 24. Aufl., München, 2001, § 25 n.m. 11; *Schönke/Schröder-Cramer/Heine*, § 25 n.m. 66; *Stratenwerth*, Strafrecht AT, § 12 n.m. 94; *Jakobs*, Derecho Penal, PG, ap. 21 n.m. 52; *Kühl*, Strafrecht, AT, § 20 n.m. 111; *Muñoz Conde*, «Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate in Rahmen "nichtrechts-gelöster" Organisationen?», Festschrift für Roxin, Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Hrsg.), München, 2001, p. 609 ss.; en especial p. 620 ss.; *Muñoz Conde/García Arán*, Derecho Penal, Parte General, 4ª ed., Valencia, 2000, p. 501 ss; *Otto*, Grundkurs AT, § 21 n.m. 61; *el mismo*, Jura (2001), p. 759. Crítico, *Bloy*, «Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung», GA (1996), p. 432 a 437 y 442.

los elementos del tipo, pues de otra forma se llegaría a la conclusión de que el coautor que participa sólo en los actos preparatorios domina algo (los actos preparatorios) que por sí son irrelevantes penalmente. Y, además, si se adopta tal idea, la línea que separa la autoría de la cooperación necesaria se diluiría<sup>23</sup>. En efecto, si cooperador necesario es aquel que sin ser autor (sin tener el dominio) participa con una aportación sin la cual el delito no se hubiera podido realizar, y si autor es aquel que tiene el dominio -lo cual puede ser expresado también como que su intervención es vital para la realización del delito-, parece ser que la única manera de diferenciar al autor del cooperador necesario es entender que el primero interviene en la ejecución del hecho y el segundo en la preparación. Si alguien participa en la ejecución del delito con un acto sin el cual no se hubiera podido realizar, ello significa que tiene el dominio del hecho, y por lo mismo, que es autor y no cooperador. Esto no quiere decir que un autor no pueda intervenir en la fase de actos preparatorios, ni que tenga que estar presente en la ejecución del delito. Significa simplemente que el autor tiene que actualizar su dominio en la ejecución del delito<sup>24</sup>.

En cuarto lugar, si se llegara a catalogar estos hechos como supuestos de coautoría se obviaría una diferencia estructural en el ámbito de la participación criminal, conforme a la cual la autoría mediata se configura verticalmente (en el sentido de un desarrollo de arriba hacia abajo, del que ordena hacia el ejecutor), y la coautoría lo hace horizontalmente<sup>25</sup>. Esta circunstancia obliga a rechazar la

---

<sup>23</sup> Así también, *Roxin*, Autoría y dominio del hecho en derecho penal, 7ª ed., trad. Coello Contreras/Serrano Gonzáles de Murillo, Madrid, 2000, p. 328; *Gropp*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin, 2001, § 10 n.m. 85a.

<sup>24</sup> Otra cosa es que esta actualización se lleve a cabo por los ejecutores del delito en la etapa de ejecución. Esto podría suceder cuando el hombre de detrás organiza y configura el marco en que tendrá lugar la ejecución del delito sin intervenir directamente en su ejecución (ejemplo, el jefe de la banda). Aquí podría pensarse que el dominio del jefe de la banda se “actualiza” por los ejecutores cuando éstos cometen el delito, puesto que se limitan a actuar dentro del marco configurado por el hombre de detrás.

<sup>25</sup> *Bloy*, GA (1996), p. 440. En el mismo sentido *Roxin*, Strafrecht AT, II, § 25 n.m. 123; *el mismo*, SH-Schäfer, p. 55; *Ambos*, «Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones», trad. Cancio Meliá, RDPC 3 (1999), p. 137; *Ambos/Grammer*, Dominio del hecho por organización, p. 3.

calificación de coautor del mando superior del aparato de poder. Y el que la relación entre el mando superior y el ejecutor en los aparatos organizados de poder sea vertical y no horizontal, y que con ello se descarte la coautoría, no tiene porqué ser contradictorio con el hecho de que el receptor de la orden no se encuentre, desde el punto de vista de la realización del delito, subordinado al superior, sino que sea un sujeto responsable<sup>26</sup>. Una cosa es que el ejecutor sea independiente en términos jurídico penales frente al hombre de detrás y otra totalmente distinta que la propia estructura de los aparatos organizados de poder –al igual que en cualquier otra organización que conjugue el principio de jerarquía con el reparto de trabajo- condicione que la relación entre los mandos superiores y los ejecutores sea vertical. Y es así porque el hombre de detrás -como se verá en detalle más adelante- no controla la voluntad del ejecutor, sino que tan sólo se aprovecha de su disposición para realizar la orden. Ello conlleva pues que el ejecutor sea penalmente responsable, no obstante el dominio que ostenta el hombre de detrás sobre la organización. Esto sirve para llamar la atención de que desde el punto de vista aquí defendido estos casos de autoría mediata no pueden sindicarse como supuestos de «dominio de la voluntad», sino «en virtud del dominio de la organización».

Una propuesta cercana a la coautoría es aquella que entiende que estos casos podrían ser considerados como supuestos de autoría accesoria, pues tanto el ejecutor como el sujeto de detrás son independientes entre sí en el intento o en la consecución del objetivo<sup>27</sup>. No obstante, parece claro que el propio funcionamiento de una organización de las características de un aparato de poder excluye la posibilidad de que las aportaciones del hombre de detrás y del ejecutor discurran de manera simultánea y sin conexión entre ellas<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Como pretenden *Jakobs*, NStZ (1995), p. 27; *Gropp*, «Die Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates als „Mittelbare Mit-Täter hinter dem Tätern“?», JuS (1996), p. 17 y *Otto*, Jura (2001), p. 759.

<sup>27</sup> *Bockelmann/Volk*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., München, 1987, § 24. Ya antes, *Spendel*, «Der „Täter hinter dem Täter“ – eine notwendige Rechtsfigur?», Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, Warda/Waidler/von Hippel/Meurer (Hrsg.), Berlin, 1976, p. 168.

<sup>28</sup> *Roxin*, Strafrecht AT, II, § 25 n.m. 124.



### 3. La instigación como solución. Críticas

El hombre de detrás, a decir de algún sector doctrinal, ha de responder como instigador. Los argumentos que se barajan son que cuando una autoridad ideológica o institucional puede determinar a otro a realizar algo se trata de una fuerte forma de instigación<sup>29</sup>. O que si se acepta que el concreto ejecutor puede negarse a cumplir la orden, y ello en virtud de una resolución libre de su voluntad, entonces es que la influencia que está recibiendo a través de esa orden es constitutiva únicamente de inducción<sup>30</sup>. Los partidarios de calificar al hombre de detrás como instigador admiten incluso que éste detenta un dominio, pero sostienen que es insuficiente para hablar de autoría mediata. Así, sería posible que exista autoría mediata cuando el control o dominio que se tiene sobre la organización conlleva el dominio de la voluntad del quien ejecuta la acción, aunque en estos casos el único que responderá será el autor mediato. Pero si la presión ejercida por el hombre de detrás es insuficiente para la exculpación del ejecutante, habrá que afirmar inducción<sup>31</sup>. Se argumenta también que cuando entre la orden y el resultado delictivo existe la intervención responsable y dolosa de

---

<sup>29</sup> Con diferentes matices, *Herzberg*, Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen, in *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Amelung (Hrsg.), Sinzheim, 2000, p. 48 ss.; *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, p. 509 y 510; *Gimbernat*, Autor y cómplice en Derecho penal, Madrid, 1966, p. 189 ss.; *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, Tübingen, 1997, p. 87 ss.; *Murmann*, «Tatherrschaft durch Weisungsmacht», GA (1996), p. 279; *Maurach/Gössel/Zipf*, Derecho Penal, Parte General, 2, 7ª ed., trad. Bofill Genzsch, Buenos Aires, 1995, § 48 II E 88; *Hernández Placencia*, La autoría mediata, p. 276; *López Peregrín*, La complicidad en el delito, Valencia, 1997, p. 404 y 405; *Díez Ripollés*, «Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo código penal», RDPC 1 (1998), p. 50.

<sup>30</sup> *Herzberg*, in Amelung (Hrsg.), *Verantwortung*, p. 51 ss.; *Hernández Placencia*, La autoría mediata, p. 275.

<sup>31</sup> *Maurach/Gössel/Zipf*, Derecho Penal, PG, 2, § 48 II E 88; *Hernández Placencia*, la autoría mediata, p. 276; *López Peregrín*, La complicidad en el delito, p. 404 y 405. Próximo, *Díez Ripollés*, RDPC 1 (1998), p. 50.

un tercero, ello indica que se trata de instigación y no de autoría mediata<sup>32</sup>.

La doctrina que participa de la autoría mediata en virtud del dominio de la voluntad en los aparatos de poder, sostiene que no puede haber instigación ahí donde el ejecutor se encuentra ya resuelto a cometer el hecho, pues el instigador debe buscarse un autor, debe tomar contacto con él, convencerlo de su plan, vencer su resistencia. El autor mediato, por el contrario, sólo necesita dar una orden<sup>33</sup>. En la inducción se produce un encuentro de la voluntad del inductor con las contra-fuerzas psíquicas fieles a Derecho del inducido, de donde se deriva la inseguridad en cuanto al éxito de la acción inducida<sup>34</sup>. Entiendo, no obstante, que este argumento debe matizarse.

Si bien en los aparatos de poder el hombre de detrás, con su control sobre la organización, ofrece el marco y las garantías para la consecución del delito<sup>35</sup>, no es menos cierto que la decisión última de la comisión del concreto hecho punible depende de la voluntad del agente. En otras palabras, el ejecutor puede decidir si ejecuta la orden que recibe, o si por el contrario se aparta de ella. Esta posibilidad es incluso la base que permite hablar de autoría mediata en los aparatos de poder, pues es lo que se desprende de la llamada fungibilidad del instrumento: si el sujeto llamado a cumplir la orden se niega, otro lo reemplazará y el plan se ejecutará. Así las cosas, si el ejecutor puede negarse a realizar

---

<sup>32</sup> *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff, p. 89 ss.; *Köhler*, Strafrecht AT, p. 510; *Rotsch*, «Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen», NStZ (1998), p. 49 y *Otto*, Jura (2001), p. 758; *Herzberg*, in Amelung (Hrsg.), Verantwortung, p. 51 s.

<sup>33</sup> *Cfr.* sólo *Roxin*, SH-Schäfer, p. 55; *el mismo*, Anmerkungen zum Vortrag von Prof. Dr. Herzberg“, in Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates der Wirtschaft und der Gesellschaft, Amelung (Hrsg.), Sinzheim, 2000, p. 55; *el mismo*, Strafrecht AT, II, § 25 n.m. 127.

<sup>34</sup> *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, Berlin, 1965, p. 150 ss. y 196; *el mismo*, «Der Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis», JR (1995), p. 178; *Ambos*, RDPC 3 (1999), p. 145.

<sup>35</sup> Así también *Otto*, Jura (2001), p. 758). Próximo, *Stratenwerth*, Strafrecht AT, § 12, n.m. 65:

la orden, es porque no se encuentra siempre y en todos los casos resuelto a favor de la comisión del delito. Este es otro argumento que obliga a rechazar que estos casos de autoría mediata puedan ser catalogados como dominio de la voluntad<sup>36</sup>. De ahí que cuando se dice que el aparato funciona automáticamente, en el sentido de que las órdenes de los superiores son ejecutadas con seguridad, ello no significa que siempre y en todos los casos, sino sólo normalmente, deba de ser así. Esto, empero, no se puede decir con respecto a la instigación<sup>37</sup>.

En mi concepto, sólo desde la óptica de un injusto de organización puede aprehenderse cabalmente la diferencia entre instigación y autoría mediata en los aparatos de poder. Sin perjuicio de volver sobre ello más adelante, una cosa es que el hombre de detrás sea considerado instigador de un concreto potencial ejecutor y otra distinta que sea considerado autor mediato de un colectivo de ejecutores reales o del ejecutor real. Esto quiere decir que si el llamado a ejecutar la orden se niega y otro lo reemplaza, el hombre de detrás podrá ser considerado instigador del sujeto que decide no acatar la orden, pero sólo por haber intentado instigar. Y la tentativa de instigación, al menos que la ley indique otra cosa, es impune. Aquí se valora una relación directa entre el hombre de detrás y el potencial ejecutor, pero por lo mismo se deja de lado la propia naturaleza de los aparatos organizados de poder. Pero si lo que se valora es el injusto de organización, habrá que afirmar autoría mediata del hombre de detrás, pues él domina la organización. Su orden será cumplida, con independencia de la identidad del sujeto, por algún miembro del colectivo de potenciales ejecutores.

Por otro lado, el menor grado de desvaloración jurídico-social que implica la instigación como forma de participación frente a la autoría, habla también en contra de la conveniencia de calificar de instigador al hombre de detrás. Tal calificación no refleja la importancia de su intervención en la comisión del delito<sup>38</sup>. Esto es incluso admitido por

---

<sup>36</sup> De otra opinión, *SK-Hoyer*, § 25 n.m. 91 s., para quien se trata de una tercera forma del dominio de la voluntad, ya que la construcción de la voluntad del hombre de delante es influida por la situación, el hecho, que el autor de atrás controla, que tiene en su mano, y sobre la cual la voluntad del ejecutor es controlada.

<sup>37</sup> *Roxin*, SH-Schäfer, p. 53

<sup>38</sup> *Ambos*, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, Berlin, 2002, p. 593; *el mismo*, RDPC 3 (1999), p. 145; *Rogall*,

un sector de la doctrina partidaria de considerar al hombre de detrás como partícipe, pues se tiene en cuenta el escaso reproche penal que la calificación de instigador lleva aparejada para estos casos<sup>39</sup>.

Por último, -y esta es una razón de índole técnica- en los casos en los que el subordinado que ejecuta el hecho no ostenta las condiciones subjetivas y/o objetivas de autoría que exige el tipo de autoría (piénsese, por ejemplo, en los delitos especiales), no podría sancionarse al superior jerárquico si se le atribuyera a éste la condición de partícipe, al impedirlo el principio de accesoriidad, pues faltaría, por atipicidad, el hecho principal en el cual participar.

#### **4. La posibilidad de sustituir al ejecutor (“fungibilidad”) como presupuesto del dominio de la organización. Críticas**

Según la autoría mediata en virtud del dominio de la voluntad en los aparatos de poder, el que los ejecutores sean fungibles significa que los mandos superiores tienen la posibilidad de sustituir al concreto ejecutor del hecho ante una negativa de éste para cumplir la orden recibida y garantizar así la consecución del resultado. Por esta razón, precisamente, habría que prescindir del vocablo «fungibilidad» al no existir una correspondencia semántica entre él y lo que se quiere significar cuando se le invoca. «Fungible» significa “que se consume con el uso”<sup>40</sup>, y tal cualidad no sólo es incompatible con la condición de persona sino que nada tiene que ver con la posibilidad de sustituir a los ejecutores del hecho antijurídico en el seno de un aparato organizado

---

“Bewältigung von Systemkriminalität”, in 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV: Strafrecht, Strafprozeßrecht, Roxin/Widmaier (Hrg.), München, 2000; p. 47; Roxin, Strafrecht AT, II, § 25 n.m. 128; *el mismo*, in Amelung (Hrsg.), Verantwortung, p. 56.

<sup>39</sup> Así, entre otros, *Gimbernat Ordeig*, Autor, p. 187 y *Hernández Placencia*, La autoría mediata, p. 276.

<sup>40</sup> Voz «fungible», Diccionario de la lengua española, I, Real Academia Española, 21ª ed., Madrid, 1992, p. 1005.

de poder. Por eso resulta preferible emplear el término «intercambiable» o «sustituible»<sup>41</sup>.

Un considerable sector de la doctrina considera que la sustituibilidad de los ejecutores no existe<sup>42</sup>. Personalmente considero que, efectivamente, al menos en determinados modelos de aparatos organizados de poder, es así. Si se reconoce que aparato de poder puede ser no sólo una estructura de poder estatal sino también un movimiento clandestino, una organización secreta, una banda criminal, etc.<sup>43</sup>, hay que reconocer también que en éstas últimas la relación personal entre sus miembros es mucho más estrecha que la que concurre entre los miembros de los aparatos de poder estatales. En la criminalidad organizada las decisiones son adoptadas por unos pocos, pero son también unos pocos los que pueden llevarlas a cabo, pues el propio funcionamiento de un aparato cuya actividad discurre en la ilegalidad (formas de vida marginales en auténticos «ghettos», viviendas compartidas, etc.<sup>44</sup>) requiere una cierta familiarización y un elevado grado de confianza entre sus miembros<sup>45</sup>. Los ejecutores (reemplazables) tendrían que estar

---

<sup>41</sup> El término fungible es, no obstante, la traducción literal del término alemán *Fungibilität* al que el mismo Roxin recurre.

<sup>42</sup> *Schroeder*, *Der Täter hinter dem Täter*, p. 168; *el mismo*, JR (1995), p. 179; *Korn*, «Täterschaft oder Teilnahme bei staatlich organisierten Verbrechen», NJW (1965), p. 1208 y 1209; *Jakobs*, *Derecho Penal*, PG, ap. 21, n.m. 103; *el mismo*, NStZ (1995), p. 27; *Murmann*, GA (1996), p. 271; *Gropp*, JuS (1996), p. 16; *Hernández Placencia*, *La autoría mediata*, p. 274 ss.; *Muñoz Conde*, «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada», en Ferré Olivé/Anarte Borralló (edits.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999, p. 155 y Ferré Olivé, «“Blanqueo” de capitales y criminalidad organizada», en Ferré Olivé/Anarte Borralló (edits.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999, p. 95. Recientemente, en relación del llamado caso de los disparos en el muro, *Herzberg*, in Amelung (Hrsg.), *Verantwortung*, p. 37 y 38.

<sup>43</sup> *Stratenwerth*, *Strafrecht AT*, § 12, n.m. 65 y *Muñoz Conde*, «¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones “no desvinculadas del Derecho”?», RP 6 (2000), p. 110.

<sup>44</sup> *Muñoz Conde*, en Ferré Olivé/Anarte Borralló (edits.), *Delincuencia organizada*, p. 155

<sup>45</sup> *Ambos*, RDPC 3 (1999), p. 159; *Muñoz Conde*, en Ferré Olivé/Anarte Borralló (edits.), *Delincuencia organizada*, p. 155; *Ferré Olivé*, en Ferré Oli-

muchas veces dispuestos de *motu proprio* a vivir permanentemente en la ilegalidad. Si a esto se le suma el grado de especialización que en muchos casos se demanda para llevar a cabo la actividad delictiva<sup>46</sup>, se puede entender que la capacidad de sustituir a los ejecutores es –al menos en estos tipos de aparatos de poder– bastante reducida.

Pero es que esta posibilidad de sustituir a los ejecutores, además, no se puede probar. Ella, tal como es definida por quienes la exigen, es la posibilidad de sustituir al concreto ejecutor en caso haya una deserción. Pero nada se dice –simplemente porque no se puede– sobre si en el momento de la ejecución de la orden los ejecutores son efectivamente sustituibles. Ejemplo, si el encargado de asesinar a la víctima desiste en el momento en que debe actuar es difícil afirmar que el resultado (la muerte de la víctima) se producirá de todas maneras, porque tendrá que organizarse otra vez el operativo para rastrear al objetivo y puede ser que éste preste más atención. La posibilidad de reemplazar, de cambiar a los ejecutores en el caso concreto, no es pues segura<sup>47</sup>, y en todo caso, se trata de una expectativa de comportamiento criminal<sup>48</sup>. Vista así, la posibilidad de sustituir a los ejecutores no puede fundamentar dominio<sup>49</sup>. Ésta indica, a lo sumo, que existen suficientes medios, cuantitativa y cualitativamente considerados, a disposición de la organización y de sus directivos para realizar el delito, o lo que es lo mismo, que la maquinaria cuenta con un *stock* de personas que permite confiar que la orden será puesta en práctica<sup>50</sup>. El número de personas que conforman el colectivo de ejecutores, no obstante, no

---

vé/Anarte Borralló (edits.), *Delincuencia organizada*, p. 95; y Núñez Castaño, *Responsabilidad penal en la empresa*, Valencia, 2000, p. 183 y 184.

<sup>46</sup> *Schroeder*, *Der Täter hinter dem Täter*, p. 168 ss.; *Hilgers*, *Verantwortlichkeit von Führungskräften Unternehmen für ihrer Mitarbeiter*, Freiburg i. Br., 2000, p. 109, 114 y 115.

<sup>47</sup> *Herzberg*, in Amelung (Hrsg.), *Verantwortung*, p. 37 s.; *Rotsch*, «Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?», *ZStW* (2000), p. 528.

<sup>48</sup> *Murmann*, GA (1996), p. 274; *Otto*, Jura (2001), p. 755 y 756.

<sup>49</sup> En el mismo sentido *Schroeder*, *Der Täter hinter dem Täter*, p. 168; *el mismo*, JR (1995), p. 178; *Otto*, Jura (2001), p. 754; *Herzberg*, in Amelung (Hrsg.), *Verantwortung*, p. 37 y 38. De otra opinión, *Schmidhäuser*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Tübingen, 1984, 10/95; *el mismo*, *Einführung in das Strafrecht*, 2. Aufl., 1984, p. 238.

<sup>50</sup> Próximo, *Otto*, Jura (2001), p. 757

tiene por qué condicionar la posibilidad de sustitución. Eso depende de que siendo la cantidad que sea, se trate de una cantidad idónea que asegure el éxito del plan delictivo y, fundamentalmente, que la mayoría, por las razones que sean, estén predispuestos a ejecutar la orden que reciban. La posibilidad de sustituir a los ejecutores es, en puridad, un dato fáctico<sup>51</sup> cuya ausencia no tiene porqué distorsionar el dominio que puede ostentar el hombre de detrás sobre los subordinados ejecutores, ni cuya presencia tiene porqué condicionar la existencia de tal dominio. Este dominio podrá cimentarse sobre la relación de jerarquía, el mayor conocimiento e información que tiene el órgano directivo en comparación con su subordinado<sup>52</sup> pero, fundamentalmente, sobre la disponibilidad del ejecutor para realizar el hecho ilícito<sup>53</sup>. Este dominio, así configurado, puede proyectarse indistintamente sobre un solo subordinado o sobre un colectivo de ellos que sean intercambiables. La misma disponibilidad, obediencia, sumisión y capacidad para realizar el hecho antijurídico muestra quien es no reemplazable que aquel otro que sí lo es.

A raíz de esto se ha pronunciado recientemente Ambos, afirmando que ello significa sólo que una descripción puramente naturalística-descriptiva de la autoría no puede aportar soluciones convincentes<sup>54</sup>. Este autor sostiene que, ciertamente, en el caso concreto puede no darse la sustituibilidad, pero que ello no empece al dominio de la organización, pues lo importante es que el sujeto sea reemplazable *en abstracto*<sup>55</sup>. Él entiende que la cúspide de la organización ha de estar segura de que el aparato, de la manera que sea, seguirá trabajando, y que la próxima orden o mandato será ejecutada a través de un sujeto reemplazable. Una tal sustituibilidad no es normalmente simultánea al hecho, sino que sólo es posible con posterioridad a él<sup>56</sup>. Ahora bien, el

---

<sup>51</sup> Así, *Jakobs*, NStZ (1995), p. 27.

<sup>52</sup> Por todos, *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, pp. 102 y ss.

<sup>53</sup> *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, p. 166 a 169; *el mismo*, JR (1995), pp. 178 y ss.

<sup>54</sup> *Ambos*, AT; Völkerstrafrechts, p. 597. También en *Ambos/Grammer*, Dominio del hecho por organización, p. 6.

<sup>55</sup> *Ambos*, AT, Völkerstrafrechts, p. 597.

<sup>56</sup> *Herzberg*, in Amelung (Hrsg.), Verantwortung, p. 38; *Ambos*, AT, Völkerstrafrechts, p. 598.

diferenciar entre la sustituibilidad de los ejecutores en el caso concreto por un lado, y en abstracto y *a posteriori* por otro lado, sirve para dar a entender que el sujeto de detrás puede contar con que en el futuro sus órdenes serán obedecidas. Pero hasta donde alcanzo a observar, ello no impide apreciar que en el caso que se enjuicia, y por el cual se pretende responsabilizar al mando superior como autor mediado, ello no es así, pues no se ha verificado una sustituibilidad de los ejecutores. Una cosa es responsabilizar a alguien teniendo en cuenta cómo ha intervenido en la realización del delito, y otra cosa por cómo puede intervenir en el futuro (lo cual atentaría contra el principio de responsabilidad por el propio hecho). De ello se sigue que si se considera que el sujeto de detrás tiene el dominio de la organización, habrá que probar que en el caso concreto se dan todos los requisitos de tal dominio. Así, o bien se descarta que la posibilidad de reemplazar al ejecutor sea un elemento del dominio de la organización, o bien se acepta que éste concurre en el caso concreto; pero ya se ha visto que esto último no es posible.

Un modo de limitar la capacidad de sustituir a los ejecutores es entender, como hace Hoyer<sup>57</sup>, que para imputar el resultado al hombre de adelante (es decir, al ejecutor) éste debe de haber aumentado el riesgo con su intervención. De acuerdo con este autor, si se asume el criterio de la “sustituibilidad” en los términos en que la doctrina mayoritaria lo considera (cuando el llamado a realizar la orden se niega otro le reemplaza y el resultado se consigue igualmente) se tiene que el ejecutor concreto no aumenta el riesgo y no podría imputársele el resultado.

## **5. La marginalidad del Derecho del acto ejecutado como presupuesto del dominio de la organización. Críticas**

El sentido que se le otorga en la actualidad al requisito de la marginalidad del derecho (*Rechtsgelöstheit*) no es que la actividad del aparato ha de discurrir al margen del Derecho<sup>58</sup>, pues ella no se requiere para comprender a todas las posibles actividades del aparato, sino sólo para la de la conducta realizada en autoría mediata. Se puede leer en Roxin que “...en tanto que la dirección y los órganos ejecutores se mantengan

---

<sup>57</sup> SK-Hoyer, § 25 n.m. 90.

<sup>58</sup> Roxin, Schäfer, p. 52 s.; *el mismo*, FS Grünwald, p. 556.



en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer delitos no puede fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y con ello el poder de voluntad del sujeto de detrás”<sup>59</sup>. Una instrucción antijurídica (p.ej., cuando en un Estado de derecho una autoridad determina a sus subordinados a cometer delitos) no puede poner en movimiento la organización. Si la orden es obedecida se trataría de una iniciativa particular y no de una acción de la estructura de poder, puesto que es llevada a cabo eludiendo su modo de funcionar, cuya característica entonces suele ser también la ocultación cuidadosa con respecto a los demás titulares de competencias de la organización. En tales casos, “no se actúa *con* el aparato, sino *contra* él, quedando excluidos de entrada del ámbito del posible dominio de la organización”<sup>60</sup>.

Conforme se desprende de estas ideas, el concepto «marginalidad del Derecho» sobre el cual se edifica el dominio de la organización hace referencia no a un Derecho positivo, sino a un *supra* conjunto de valores, propios de las sociedades civilizadas y del Estado de Derecho. Sólo así se puede entender que en los casos en los que el aparato de poder es el propio estado, y éste se ha procurado una cobertura legal que ampara su actividad, sus actos sigan siendo «crímenes»<sup>61</sup>. Pero, por lo mismo, tal concepto de marginalidad del Derecho pierde su valor para distinguir cuándo y dónde puede existir dominio de la organización y, con ello, pierde sentido como elemento del dominio de la organización. La razón es que no sólo la actividad de un aparato organizado de poder discurre en esta marginalidad del Derecho, sino que todos los delitos que se cometen en el mundo «civilizado», desde un genocidio hasta una falta contra el patrimonio, e incluso una infracción administrativa, se oponen a tal *supra* conjunto de valores. De ahí se deriva que todos los comportamientos penalmente trascendentes, con independencia de que transgredan o no la legislación vigente en el país en que actúe el aparato de poder, y con independencia de que tengan

---

<sup>59</sup> También en FS Grünwald, p. 556.

<sup>60</sup> Roxin, Strafrecht AT, § 25 n.m. 130.

<sup>61</sup> Claramente *Bottke*, «Estructura de la autoría», p. 318 ss.

lugar en el seno de un aparato organizado de poder, constituyen actuaciones que quedan siempre excluidas de tal Derecho *supra* nacional<sup>62</sup>.

No obstante, el mismo Roxin, en respuesta a las críticas formuladas en torno a la pretendida *Rechtsgelöstheit* de la organización<sup>63</sup>, ha sostenido que este elemento no versa sobre una “abstracta” o “concreta” ajenidad del ordenamiento jurídico, en el sentido de un derecho positivo o general<sup>64</sup>. Sino que apunta a si un comportamiento que se ejecuta en cumplimiento de una orden es penalmente injusto o no<sup>65</sup>. Empero, la única forma de afirmar que un comportamiento es injusto, es confrontándolo con un sistema de valores, positivizado o no. En otras palabras, si se habla de ajenidad del derecho, habrá que conceptualizar el término derecho, y entiende que éste es, o bien el derecho positivo (en cuyo caso los estados que sean aparatos de poder no cumplirían este requisito) o bien un sistema de valores *supra* nacionales que inspira a las sociedad civilizadas y democráticas.

Si se lleva hasta al extremo el argumento en virtud del cual la maquinaria ha de actuar desligada de la legalidad (cuando una organización que se ajusta al marco de la legalidad –por ejemplo en la administración estatal o en una empresa privada- el jefe encarga a su subordinado una conducta punible, el Derecho espera que éste se niegue<sup>66</sup>), tendría que admitirse, *a contrario*, que en los aparatos organizados de poder que efectivamente operan a espaldas de la legalidad las expectativas

---

<sup>62</sup> Admiten también que es factible construir la autoría mediata en los aparatos de poder organizado cuya actividad se desarrolla dentro de la legalidad *Ambos*, RDPC 3 (1999), p. 156 ss.; *el mismo*, AT, Völkerstrafrechts, p. 606 ss. Lo siguen, Muñoz Conde, FS-Roxin, p. 616 ss; *el mismo*, en Ferré Olivé/ Anarte Borralló (edits.), en Delincuencia organizada, p. 7 ss.; *Bolea Bardón*, Autoría mediata, p. 337 ss.; *Núñez Castaño*, Responsabilidad penal en la empresa, p. 182 a 186; *Rotsch*, ZStW (2000), p. 535 y 536.

<sup>63</sup> *Cfr. Ambos*, RDPC 3 (1999), p.160 ss; *Herzberg*, in Amelung (Hrsg.), Verantwortung, p. 36.

<sup>64</sup> *Roxin*, FS Grünwald, p. 558.

<sup>65</sup> *Roxin*, FS Grünwald, p. 558. *Cfr.* el diálogo científico sobre este punto entre Roxin (FS Grunwald, p. 549 ss., en especial, p. 556 a 559 y en Strafrecht AT, II, § 25 n.m. 130 ss) y *Ambos* (RDPC 3 (1999) y en AT, Völkerstrafrechts, p. 606 ss.)

<sup>66</sup> *LK-Roxin*, § 25 n.m. 130; *el mismo*, SH-Schäfer p. 55; *el mismo*, «Anmerkung», JZ (1995), p. 51.

del Derecho de que el subordinado se niegue a cumplir la orden ilícita son nulas o muy reducidas. Y, si así fuera, se tendría que reconocer a renglón seguido que los subordinados-ejecutores habrían actuado en un estado en el cual la norma penal no podía motivarlos o éstos no podrían comportarse conforme a tal motivación. En otras palabras, habrían actuado en un estado en el cual no sería posible hacerlos responsables por el hecho antijurídico (habrían actuado como «instrumentos» en el sentido tradicional del término), a pesar de lo cual, sin embargo, se les castigaría como autores directos. Ciertamente que estos pueden ser casos de autoría mediata, pero en virtud de error y no en virtud del dominio de la organización.

Además, si el Ordenamiento jurídico o Derecho a cuyas espaldas tendría que operar la organización no es sino un derecho ideal, virtual, abstracto y hasta utópico, un modelo normativo que no tiene vigencia en el contexto en el que actúa el aparato de poder, en definitiva, un conjunto de valores y principios no positivizados y por lo mismo no siempre evidentes, tal Ordenamiento jurídico o Derecho, debido a sus propias características intrínsecas, no tendría suficiente capacidad para motivar comportamientos y no podría ser visto como un obstáculo para la ejecución de la orden. Esto es más claro cuando el Estado se convierte en aparato de poder y crea su propia normativa (contraria a este orden *supra* nacional). Aquí el dominio es más intenso que en otros casos, pues la relación vertical entre superior y subordinado no se ve perturbada por dudas jurídicas<sup>67</sup>, lo que permite apreciar con mayor nitidez el dominio de los hombres de atrás. Si la organización se encuentra desvinculada del ordenamiento jurídico, el ejecutor subordinado tiene al menos la posibilidad de orientarse con base en el ordenamiento jurídico (acorde al Estado de Derecho), mientras que cuando el aparato de poder concentra Derecho e injusto, tal sujeto no tiene posibilidad de orientación<sup>68</sup>. Ahonda en esta idea el hecho de que en situaciones en las que hay especiales condiciones de presión (como la guerra) que son utilizadas para configurar un estado-aparato de poder, las normas de convivencia de los pueblos civilizados pueden perder vigencia, o incluso circular en sentido contrario<sup>69</sup>. En estas situaciones el inferior «confiará» más o simplemente «se dejará llevar» con más

---

<sup>67</sup> Así, *Ambos*, RDPC 3 (1999), p. 164.

<sup>68</sup> En este sentido, *Ambos*, RDPC 3 (1999), p. 163 y 164.

<sup>69</sup> *Jäger*, «Betrachtungen zum Eichmann-Prozeß», MschrKrim (1962), p. 82.

facilidad hacia el cumplimiento de la orden antijurídica de lo que lo haría en situaciones normales.

En suma, cuando el aparato de poder sea el propio Estado, su actividad estará desligada de un Derecho abstracto e inmaterial conformado por los principios y valores que permiten la convivencia democrática, aunque desde un punto de vista formal opere dentro de los márgenes del Derecho vigente. Si se trata de un aparato de poder organizado no estatal (por ejemplo bandas criminales), su actividad estará excluida del Derecho vigente y también del *supra* ordenamiento jurídico. Y también cuando en una empresa o en la administración pública el superior ordena al subordinado ejecutar un mandato ilícito y éste lo hace, tal acto será contrario al Derecho vigente y al *supra* Ordenamiento jurídico. Las expectativas de un comportamiento ajustado a un *supra* Derecho son menores en el primer caso, y con ello mayores las posibilidades de dominio y de autoría mediata. Pero la razón de ello nada tiene que ver con el que el aparato actúe al margen del derecho, pues en los otros dos supuestos también se verifica esta marginalidad del ordenamiento jurídico.

## 6. La innecesidad del principio de responsabilidad

La principal crítica que se formula contra la autoría mediata del «autor detrás del autor», es de orden sistemática. Se cuestiona cómo es posible que el ejecutor sea autor responsable y al mismo tiempo instrumento del hombre de detrás, quien además responde también como autor responsable por el mismo hecho<sup>70</sup>. Hay, empero, un dato metodológico que puede condicionar la respuesta que a este planteamiento se dé. Si se empieza estableciendo la responsabilidad penal de las personas que tienen un contacto directo con el hecho, es decir, con

---

<sup>70</sup> La rechazan por el principio de responsabilidad, entre otros, *Bokelmann/Volk*, Strafrecht AT, p. 182; *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht AT, § 29 n.m. 146 y 147.; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch AT, § 62 I 2 y 8; *Hernández Placencia*, La autoría mediata, p. 274 ss.; *Köhler*, Strafrecht AT, p. 510; *Ferré Olivé*, en Ferré Olivé/Anarte Borrallo (edits.), Delincuencia organizada, p. 95; *López Barja de Quiroga*, «Artículo 31», en Cobo del Rosal (dir.), Comentarios al Código Penal, III, Edersa, Madrid, 2000, p. 138; *Hruschka*, «Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias», trad. Sánchez-Ostiz, RDPC 5 (2000), p. 214 y 215; *López Peregrín*, La complicidad en el delito, p. 405 y Bolea Bardón, *Autoría mediata*, p. 350 y 351.

los ejecutores del hecho, y si se establece que éstos son autores, lo más probable es que se condicione el pensamiento a que los demás intervinientes en el hecho tengan que ser coautores o partícipes.

Hasta donde alcanzo a observar, no se trata de que estos casos constituyan una excepción al principio de responsabilidad<sup>71</sup>, pues el principio de responsabilidad podrá tener vigencia en algunos supuestos de injustos personales<sup>72</sup>, más no cuando se trata de un injusto de organización<sup>73</sup>. En aquellos puede verse la utilidad del principio de responsabilidad, pues sirve, por ejemplo, para descartar la responsabilidad del instrumento cuando el dominio que fundamenta la autoría mediata es en virtud de coacción o error. Pero en puridad de términos no se trata de un principio, sino de un derivado histórico de la concepción que entiende que el dominio del hecho que ha de tener el autor mediato sobre el instrumento es un dominio fáctico<sup>74</sup>, algo que, ciertamente, no es admisible en los aparatos organizados de poder.

Personalmente entiendo que si se aprecia detenidamente el funcionamiento de los aparatos organizados de poder, se puede advertir que el dominio que sobre el ejecutor ostenta el hombre de detrás se encuentra supeditado al dominio que éste tiene sobre la organización. El dominio sobre el ejecutor que permite considerar al sujeto de detrás autor mediato no es un dominio directo -y no puede serlo desde el momento en que el hombre de detrás no conoce a quien domina-, sino uno indirecto pero suficiente, tan igual al que se tiene sobre los restantes elementos de la maquinaria, que se logra a través del dominio directo sobre el aparato. Así, el dominio indirecto sobre los ejecutores no sólo podrá apreciarse en aquellos sujetos que poseen un dominio sobre todo el aparato, sino también en quienes tengan el dominio de aquella parte del aparato que les permita la ejecución del delito sin tener que dejar a criterio de otros su realización.

Se trata pues, como se viene diciendo, de una responsabilidad con arreglo a un injusto por organización, y no por un injusto individual;

---

<sup>71</sup> Como proceden *Wessels/Beulke*, *Strafrecht AT*, n.m. 541; *Kühl*, *Strafrecht AT*, § 20 n.m. 72 y *Hauf*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Kurzlehrbuch*, 2. Aufl., 2001, p. 86.

<sup>72</sup> *Cfr.* *LK-Roxin*, § 25 n.m. 72 ss. y 128 ss.

<sup>73</sup> *Lampe*, «Systemunrecht und Unrechtssysteme», *ZStW* (1994), pp. 683 y ss.

<sup>74</sup> Véase *Bolea Bardón*, *Autoría mediata*, p. 155 a 158, en especial, p. 157.

de ahí que el principio de responsabilidad no tenga cabida<sup>75</sup>. En otras palabras, se trata de que el hombre de detrás será juzgado en mérito al dominio que tiene sobre la organización. En estos casos, no es dable valorar independientemente y por separado cada una de las conductas individuales que se suscitan en la maquinaria y cuya sumatoria forma la actividad de ésta, sino de advertir que se trata ya de una actividad de un colectivo<sup>76</sup>. Si no se tuviera en cuenta este aspecto se pasaría por alto datos como la predisposición de los ejecutores para llevar a cabo las órdenes que reciban, así como que el aparato es un sistema auto-poyético. Esto último ha de ser entendido en el sentido de que, independientemente de la identidad de sus miembros, debido a su propia estructura, organización y la forma cómo funciona, el aparato mantiene y desarrolla sus propios procesos reglados.

La autoría mediata del hombre de detrás y la autoría del ejecutor se fundamentan en diferentes presupuestos<sup>77</sup>. El ejecutor no ha de ser considerado un instrumento en sí mismo, sino que se le atribuye tal *nomen* sólo desde la perspectiva del autor mediato para fundamentar su responsabilidad. Pero para argumentar la propia responsabilidad penal del ejecutor, éste habrá de ser considerado como autor. Es pues un concepto normativo, que nada tiene que ver con el dominio de la voluntad, ni con un dominio fáctico, sino, únicamente, con la posibilidad de valerse de la actividad de una organización, en la cual destaca un colectivo de ejecutores predispuestos a llevar a cabo los mandatos que reciban. Como han señalado recientemente Ambos/Grammer<sup>78</sup>, en el caso del autor directo su responsabilidad se funda en su cercanía al hecho, mientras que la responsabilidad del hombre de detrás que ordena

---

<sup>75</sup> En esta línea, Ambos, AT, *Völkerstrafrechts*, p. 594 ss.; *el mismo*, RDPC3 (1999), p. 147; Ambos/Grammer, *Dominio del hecho por organización*, pp. 8 y ss.; Vest, *Genozid durch organisatorische Machtapparate*, p. 236 ss. Antes, Jäger, *MschrKrim* (1962); *el mismo*, «Makroverbrechen als Gegenstand des Völkerstrafrecht. Kriminalpolitisch-Kriminologische Aspekte», *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen*, Hankel/Stuby (Hrsg.), Hamburg, 1995, en especial, p. 329 ss. También Lampe, *ZStW* (1994), p. 683 ss. y Bloy, *GA* (1996), p. 441 y 442.

<sup>76</sup> Jäger, *MschrKrim* (1962), p. 75. También Bolea Bardón, *Autoría mediata*, p. 158; Núñez Castaño, *Responsabilidad penal en la empresa*, p. 178.

<sup>77</sup> Roxin, SH-Schäfer, p. 52.

<sup>78</sup> Ambos/Grammer, *Dominio del hecho por organización*, p. 6.

resulta de la influencia que ejerce sobre la organización en la cual está incluido el ejecutor.

En esta línea de pensamiento, se ha señalado recientemente que según el criterio del dominio de la organización, la distinción tradicional entre autoría y participación es reemplazada por tres niveles de intervención: dirección o mando (*Führung*), organización (*Organisation*) y ejecución (*Ausführung*)<sup>79</sup>. Los autores por mando serían los que pertenecen al reducido círculo de organización, los autores por organización serían aquellos que controlan sólo una parcela de la maquinaria, mientras que los autores ejecutivos serían aquellos que ejecutan el hecho. Los dos primeros serían considerados autores mediatos en virtud del dominio de la organización, mientras que el tercero autor directo.

## 7. El dominio sobre la organización. Propuesta

El concepto de responsabilidad a través de la organización –y con ello el propio concepto de dominio sobre la organización, independientemente de cuál sea la orientación que se le dé– todavía se encuentra falto de concreción por la doctrina, pero ello no empece a que el concepto formal que se tiene en la actualidad no sea manipulable y a que con él se pueda trabajar<sup>80</sup>. Las hipótesis de los aparatos de poder han de ser analizadas teniendo en cuenta que tales sistemas son más que la sumatoria de sus componentes<sup>81</sup>. En estos casos, la identidad entre el autor y el hecho es opaca, la posición de la autoría adquiere sentido en la red que conforman las relaciones funcionariales del aparato, en la cual cada cual y su particular contribución al hecho se entremezclan entre sí llegando a desaparecer<sup>82</sup>. Si bien la maquinaria no va a funcionar a no ser que los hombres con su actividad la hagan operativa<sup>83</sup>, es verdad también que es la propia organización la que gracias a la jerarquía y a la comunicación e interacción entre

---

<sup>79</sup> Vest, *Genozid durch organisatorische Machtapparate*, p. 239 ss.

<sup>80</sup> Bloy, GA (1996), p. 442

<sup>81</sup> Lampe, ZStW (1994), p. 693.

<sup>82</sup> Jäger, MschrKrim (1962), p. 78.

<sup>83</sup> Jäger, MschrKrim (1962), p. 78; *el mismo*, en Hankel/Stuby (Hrsg.), *Menschenheitsverbrechen*, p. 329

sus miembros que en su interior se produce<sup>84</sup>, genera que su actividad no se encuentre condicionada a la concreta voluntad de cada uno de sus miembros y que, por el contrario, sea la propia maquinaria la que busque su propio mantenimiento y funcionamiento automático<sup>85</sup>. La concreción del concepto «domino sobre la organización» que sobre una organización de tales características se puede tener, no puede olvidarse pues estos datos. En otras palabras, no me parece que se tenga que indagar si el hombre de detrás controla *de facto* todos y cada uno de los subsistemas de la organización, y con ello el resultado lesivo que se imputa, pues la concreta operatividad y el concreto funcionamiento del aparato puede muchas veces no depender de su voluntad y por lo tanto escapar a su control. Según lo veo, el dominio de la organización debe ser interpretado en armonía con la característica anteriormente resaltada de estos sistemas, pudiendo ser esbozado como el aprovechamiento de la funcionalidad de la organización.

Pero este aprovechamiento de la funcionalidad de la organización tiene que ser relacionado con el hecho antijurídico que se quiere imputar y con la persona que lo lleva a cabo, pues de otra forma no se podría fundamentar autoría mediata alguna. Así, si el colectivo de ejecutores, según el organigrama del aparato de poder, es el encargado de llevar a cabo las órdenes que se den, parece lógico que ellos sean una parte de la maquinaria que, desde el punto de vista de su funcionalidad, es importante que estén predispuestos a cumplir con su rol dentro de la organización. Y aquí resulta irrelevante la causa de su disposición para realizar la orden, a no ser que se trate de un supuesto de error o de coacción que pueda fundamentar la autoría mediata en virtud del error o de la coacción, respectivamente. No obstante, si se quiere argumentar la responsabilidad penal del hombre de detrás por los hechos que realizan los subordinados ejecutores, y que de una u otra manera pueden ser vistos como «actos de la organización» y no como actos independientes a ella, habrá que tener en cuenta, por un lado, que los ejecutores son parte de una organización a la cual voluntariamente «prestan sus servicios» y, por otro lado, que el hombre de detrás, al aprovecharse de la funcionalidad de la organización, se aprovecha de

---

<sup>84</sup> Así, *Lampe*, ZStW (1994), p. 694.

<sup>85</sup> Así, *Jäger*, en Hankel/Stuby (Hrsg.), *Menschheitsverbrechen*, p. 329. También *Herzberg*, *Täterschaft und Teilnahme, Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen*, München, 1977, p. 42.



la disposición de los ejecutores para realizar el delito<sup>86</sup>. Y este aprovechamiento no tiene porqué presuponer un déficit de conocimiento ni de libertad, ni un defecto de responsabilidad en el sujeto<sup>87</sup>.

De hecho, en el marco de un aparato organizado de poder y desde la perspectiva del hombre de detrás, la organización en cuanto mecanismo de poder que funciona automáticamente es ya un instrumento o herramienta<sup>88</sup>. Por lo mismo, y siempre desde la perspectiva del hombre de detrás, los ejecutores pueden ser considerados también como una «herramienta» o «instrumento», tan igual que los recursos financieros o materiales, pues todos por igual se utilizan para la consecución del plan. Obviamente que aquí no interesa el dominio que el hombre de detrás pueda tener sobre la maquinaria o sobre los recursos materiales con que cuenta la organización y que también, como a los ejecutores, utiliza. Aquí interesa únicamente la relación entre el hombre de detrás y el ejecutor, y para comprender dicha relación hay que aceptar que el primero domina (aprovecha el funcionamiento) de la organización en la cual el segundo actúa. Desde el punto de vista del ejecutor se produce una relación de reciprocidad entre él y la organización, pues por un lado él actúa en y para la organización y por otro lado, al no dominar la organización, es el funcionamiento de ésta lo que condiciona el marco situacional en que tiene lugar su actuación.

Incluso la posibilidad de sustituir a los ejecutores (sin dejar de ser un dato fáctico) confirma que el dominio sobre la organización consiste en el aprovechamiento de la predisposición del ejecutor para realizar la orden. En efecto, si cuando el encargado de llevar a cabo la orden se desiste otro le reemplaza y se asegura así el cumplimiento de la orden, es porque el reemplazante, al igual que la mayoría de los que componen el colectivo de ejecutores, están dispuestos a ejecutar la orden. En otras palabras, están dispuestos a cumplir con los mandatos que reciban de las instancias superiores. Y la razón del porqué estas personas están dispuestos a cumplir las ordenes pueden fluctuar desde que actúan en error o bajo coacción hasta que siendo plenamente conscientes de sus actos y de lo que significan, quieren realizarlos. Dentro de toda esta gama de posibilidades la que aquí interesa es aquella

---

<sup>86</sup> Así, *Schroeder*, JR (1995), p. 179. En detalle, *el mismo*, *Der Täter hinter dem Täter*, p. 168 ss.

<sup>87</sup> Así *Bolea Bardón*, *Autoría mediata*, p. 372 y 394.

<sup>88</sup> Así también, *Herzberg*, *Täterschaft und Teilnahme*, p. 42.

que consiste en que el ejecutor es conciente de lo que hace (de ahí que responda penalmente como autor), pero su individual conducta es, desde la perspectiva del aparato y del hombre de detrás, sólo un eslabón en la cadena que representa la actividad de la maquinaria. Si se comparte este razonamiento, se advierte que la razón de porqué el ejecutor realiza la orden y, por lo mismo, la razón de porqué puede ser sustituido por otro que también ejecutará la orden, es su predisposición para llevar a cabo el mandato recibido. Y esta predisposición es anterior a su participación en la realización en el hecho delictivo, de donde se sigue que es un presupuesto de su intervención en la ejecución del hecho dominado por el hombre de detrás. Con todo, la disposición de los ejecutores a realizar la orden no es una disposición incondicional<sup>89</sup>, pues en tal caso no sería lógico afirmar que pudieran presentarse deserciones.

La definición del dominio sobre la organización como aprovechamiento por parte del hombre de detrás de la predisposición de los ejecutores para realizar el hecho, ha sido criticada en la doctrina. Si se estima que el dominio del hombre de detrás es sobre la organización y que de ahí se deriva el dominio sobre los agentes que ejecutan el hecho<sup>90</sup>, tal concepto de dominio, por un lado, sería aplicable sólo a los organizadores que controlan la maquinaria<sup>91</sup> y, por otro, de ahí a afirmar que el organizador domina a las personas que trabajan o que realizan sus actividades en el aparato hay un paso que depende de que éstos no tengan la posibilidad o la libertad de tomar decisiones por la cuales puedan responder por ellos mismos<sup>92</sup>. Personalmente entiendo que sí; que el dominio sobre la organización lo pueden ostentar únicamente aquellas personas cuya posición al interior de la maquinaria (gracias a la información, poder de mando, conocimientos sobre el funcionamiento de la organización, capacidad de dirección administrativa, distancia de los ejecutores y del hecho, etc.<sup>93</sup>) les permita aprovecharse del funcionamiento del aparato y, con ello y para ello,

---

<sup>89</sup> Próximo a este concepto, *Schroeder*, JR (1995), p. 179.

<sup>90</sup> Así, *Schroeder*, *Der Täter hinter dem Täter*, p. 168. También, *Bloy*, GA (1996), p. 441 y *Bolea Bardón*, Autoría mediata, p. 367, nota n. 93.

<sup>91</sup> *Otto*, Jura (2001), p. 757.

<sup>92</sup> *Otto*, Jura (2001), p. 757.

<sup>93</sup> *Bloy*, GA (1996), p. 441 y 442. Así también *Ambos*, RDPC 3 (1999), p. 152, aunque este autor exige también como presupuesto del dominio que los ejecutores sean sustituibles.

aprovechar también los cursos causales que se dan al interior de la organización, dentro de los cuales hay que ubicar a las intervenciones de los ejecutores. Asimismo, el condicionar que el hombre de detrás sólo va a tener el dominio sobre los ejecutores cuando estos no puedan tomar libremente la decisión de actuar y con ello responder libremente, es propio del principio de responsabilidad válido para determinados casos de injustos individuales. Pero aquí nos encontramos, según lo dicho, frente a un injusto de organización.

Contra el dominio sobre la organización entendido como aprovechamiento de la disposición del ejecutor para realizar el hecho, se esgrime también que con tal definición se diluiría la distinción entre participación y autoría mediata en el ámbito de los aparatos de poder organizados. Pues cuando hay una disposición para realizar el hecho (incondicional o no) se trata de un supuesto de instigación<sup>94</sup>. No obstante, esta crítica encuentra su razón de ser en que el StGB regula en su § 30 II los casos de tentativa de participación<sup>95</sup>; en concreto el llamado supuesto de ofrecimiento (*Annahme des Erbietens*) que se considera como un caso de tentativa intentada<sup>96</sup>. De manera que para el Derecho alemán tendría sentido hacer tal distinción. Pero en un plano estrictamente teórico, aplicable a aquellos sistemas cuyos códigos penales no contienen una cláusula similar (como el colombiano, el peruano o el español), tal crítica pierde su valor esencial. Incluso, hasta donde alcanzo a ver, una disposición como el § 30 II StGB no tiene por qué ser incompatible con el dominio de la organización entendido como aprovechamiento de la disposición del ejecutor, pues una cosa es

---

<sup>94</sup> Roxin, SH-Schäfer, p. 57; *el mismo*, JZ 1 (1995), p. 51. Así también Ambos, RDPC 3 (1999), p. 140 y Rotsch, ZStW (2000), p. 525.

<sup>95</sup> § 30 StGB "tentativa de participación: (1) Quien intente determinar a otro a cometer un delito o inducir a su comisión, será penado conforme a las disposiciones sobre tentativa de delito grave. No obstante, la pena se atenuará de conformidad con lo dispuesto en el § 49, párrafo 1. Se aplicará en lo que corresponda el § 23, párrafo 3. (2) del mismo modo será penado, quien se declare dispuesto a cometer un delito grave o inducir a su comisión, quien acepte el ofrecimiento de otro para cometer un delito grave o inducir a su comisión o quien con otro concierte para cometer un delito grave o instigar a su comisión"

<sup>96</sup> LK-Roxin, § 30 n.m. 93; *el mismo*, SH-Schäfer, p. 57; *el mismo*, FS-Grunwald, p. 551.

manifestarse estar dispuesto a cometer un delito o aceptar el ofrecimiento de otro para cometerlo o concertarse con otro para cometerlo, y otra cosa distinta es efectivamente cometerlo. Es decir, una cosa es *intentar participar en un delito*, y otra *cometerlo*. Aquí se aprecia la diferenciación entre actos preparatorios (algunos de los cuales son punible en algunos sistemas jurídicos –como el alemán o el español-) y delito consumado. Considero que bien podría darse un concurso aparente, pues si en el marco de la actividad de un aparato de poder se comete un delito, hasta el momento en que la actividad no deja de ser una simple tentativa de participación –en principio impune por ausencia de accesoriadad- puede aplicarse una norma como la que regula el § 30 II StGB y con ella afirmar, recién, que el hecho es punible<sup>97</sup>. Pero cuando la actividad se corresponde al inicio de ejecución, una norma como el § 30 II StGB no tendría aplicación porque estaríamos ya frente a un acto *per se* punible que no necesita más que los preceptos que regulan la autoría (mediata) y participación para ser reprimido. Se trataría pues de dos momentos distintos en el *iter criminis*: el primero (tentativa de participación) anterior al segundo (autoría mediata) y subsumible en él. Sólo cuando el hecho quede en fase de tentativa de participación podrá pensarse en la aplicabilidad de un precepto como el § 30 II StGB, pues aquí el tipo de lo injusto de la tentativa ni siquiera se ha realizado<sup>98</sup>. Sólo en este caso, en consecuencia, cabe descartar el dominio sobre la organización entendido como aprovechamiento de la predisposición del ejecutor para realizar el delito. Esto, no obstante, hasta donde alcanzo a entender, no perturba el que el dominio sobre la organización se siga entendiendo como aprovechamiento de la predisposición del ejecutor, pues tal criterio es uno que permite afirmar la autoría (mediata) que, por definición, es dominio sobre la realización de los elementos del tipo y no sobre actos (de preparación) previos a él. Esta interpretación se ve favorecida por el hecho de que para reprimir actos de preparación se recurre al § 30 II StGB, pues cualquier concepto de dominio sobre el que se pretenda fundar la autoría no resulta aplicable a estos casos.

Con todo, es pensable que el dominio sobre la organización entendido como aprovechamiento de la predisposición del ejecutor para

---

<sup>97</sup> *Gropp*, Strafrecht AT, § 9 n.m. 101, *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht AT, § 30 n.m. 13.

<sup>98</sup> *Schmidhäuser*, Einführung, § 10 n.m. 121.

realizar el hecho pueda dificultar diferenciar entre esta forma de autoría mediata y el simple aprovechamiento de las conductas de terceros, que en principio no tienen porqué ser punibles. Es decir, si alguien se da cuenta que otro va a delinquir y se abstiene de hacer algo, no es responsable, a no ser que se tenga un deber especial de intentar impedir o de denunciar el hecho. Estos serían casos que deben ser analizados desde la perspectiva de la comisión por omisión o de la omisión de denunciar la comisión de delito. Pero los casos de autoría mediata con arreglo al dominio de la organización difícilmente serán casos de responsabilidad por omitir, porque en éstos el dominio (independientemente de cómo se defina) significa, como mínimo, que se ha hecho algo para acceder al control de la maquinaria. No es posible acceder al dominio sobre la organización mediante comportamientos omisivos. En esta línea, resulta irrelevante que el autor mediato no sea quien ha organizado originalmente el aparato de poder; importa sólo que haya accedido a su dominio.

## 8. Conclusión

Con base en todo lo dicho se concluye que el dominio sobre la organización en virtud del cual se fundamenta la autoría mediata del hombre de detrás en los aparatos de poder, y conforme a la cual el ejecutor del hecho es también un autor responsable, consiste en el aprovechamiento de la disposición de los miembros de la organización para llevar a cabo las órdenes que desde instancias superiores reciban. La posibilidad de sustituir a los ejecutores representa únicamente la existencia de mayores probabilidades de que el hecho se realice, pero no fundamenta dominio alguno. La ajenidad al Derecho del aparato pierde sentido como elemento del dominio sobre la organización, pues el concepto de Ordenamiento jurídico al cual se opone el funcionamiento del aparato (principios de los estados democráticos) no tiene un valor especial como modelo normativo orientador de conductas en los aparatos de poder.

# Sobre el bien jurídico en el delito de tráfico de influencias peruano

ERICK GUIMARAY MORI\*

*(...) la trayectoria vital de un profesor universitario trasciende el catálogo de su obra, pues es trazada fundamentalmente por dos elementos que se sitúan en su origen y en su ocaso: sus maestros y sus discípulos (...)*”.

**Juan María Terradillos Basoco**

*Acto de Investidura como Doctor Honoris Causa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima-2015.*

## Sumario

1. Introducción
2. Sobre el bien jurídico protegido en el delito de Tráfico de Influencias
  - 2.1. Consideraciones generales
  - 2.2. Traficar e influenciar
  - 2.3. Traficar con las influencias
  - 2.4. Bien jurídico protegido
3. Sobre la capacidad de rendimiento de la propuesta
  - 3.1. Críticas al bien jurídico protegido
  - 3.2. Innecesaria tipificación
4. Sobre el comportamiento típico. ¿Sistema de participación criminal?
5. Tráfico de Influencias Irreales
6. Conclusiones

---

\* Profesor del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Sistema Penal, Criminalidad y Políticas de Seguridad por la Universidad de Cádiz. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Investigador Senior del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

# 1. Introducción

El sancionar conductas como el tráfico de influencias responde al compromiso institucional de un Estado con las principales directrices, principios y valores que definen su administración pública. Así lo entienden con mucha similitud, la legislación peruana y la española (art. 428-431 Código penal). Y es que proteger al sistema que administra recursos y servicios pensados para todos los ciudadanos es, en buena cuenta, una forma más de evitar la creación de mercados paralelos de esos mismos bienes y servicios: realidad que no consigue otra cosa que agravar más la situación de los menos favorecidos en sociedad.

Una de las condiciones mínimas que el ciudadano puede exigir del Estado para su desarrollo y participación en sociedad es el ejercicio de una *correcta administración pública*,<sup>1</sup> esto es, el uso efectivo de los recursos públicos<sup>2</sup> de forma prestacional, objetiva y legal. El uso indebido de los recursos públicos genera desigualdad y es un atentado grave contra la democracia.<sup>3</sup> La dación de servicios públicos incide directamente en el ejercicio de los principales derechos fundamentales del ciudadano,<sup>4</sup> como por ejemplo, la salud pública, la seguridad pública, la educación pública, entre otras, sin las cuales el objetivo de defensa de la persona y su dignidad no podría verse cumplido.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> El Tribunal Constitucional también reconoce este bien jurídico, ver en: Sentencia, Exp.: 00017-2011-PI/TC, de fecha 03 de mayo de 2012, fundamento 14 y ss.

<sup>2</sup> El término “recurso público” no es sinónimo de “propiedad pública”. El patrimonio del Estado no es objeto de protección en los delitos contra la administración pública.

<sup>3</sup> CARASSALE, Santiago, “Corrupción”, en *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*. N° 4, agosto 2013-febrero 2013, p. 177. En el mismo sentido: Queralt, Joan, “Reflexiones marginales sobre la corrupción”, en *Revista Crítica Penal y Poder*. Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos. Universidad de Barcelona. N° 2, 2012, p. 22.

<sup>4</sup> Asua Batarrita, “La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria” En: *Delitos contra la Administración Pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, p. 19.

<sup>5</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “Corrupción y delitos contra la administración pública. Insuficiencias y límites del Derecho penal en la lu-

Entonces, desde el plano constitucional,<sup>6</sup> la lucha frontal contra actos de corrupción, por el grave desvalor que conductas de este tipo significan<sup>7</sup>, supone un deber insoslayable entre las funciones de un Estado constitucional de derecho. Dicho de otra forma, es lógico considerar un *principio constitucional de proscripción de la corrupción*.<sup>8</sup>

Los recursos, bienes y servicios con que cuenta el Estado para cumplir sus fines constitucionales y la asignación eficiente de los mismos se constituye en un valor positivo tan importante que amerita una respuesta político-criminal integral, es decir, que abarque el proceso de criminalización por completo y la tipificación del delito de tráfico de influencias (con su redacción vigente, peruana) es prueba clara de un acierto legislativo en ese sentido.<sup>9</sup>

A fundamentar esta premisa le dedican su esfuerzo las líneas que siguen.

---

cha contra la corrupción”, en: Revista de Derecho. N° 7, octubre 2014, En: Ejemplo español. p. 154. Disponible en: <http://www.lamjol.info/index.php/DERECHO/article/view/1531/1336>. Fecha de acceso: 25-01-2015.

<sup>6</sup> “Que la lucha contra la corrupción es un mandato constitucional que se desprende de los artículos 39° y 41° de la Constitución”, Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp.: 006-2006-PCC/TC, de fecha 23 de abril de 2007, fundamento 11.

<sup>7</sup> Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, Exp.: 0019-2005-PI/TC, de fecha 21 de julio de 2005, fundamento 59.

<sup>8</sup> Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional Exp. (acumulado): 0009-2007-PI/TC - 0010-2007-PI/TC, de fecha 29 de agosto de 2007, fundamento 47. La adopción de políticas preventivas, de control y sanción de actos de corrupción viene determinada principalmente por la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción y por la Convención Interamericana contra la Corrupción, en vigor para el Perú desde el año 2003 y 1997, respectivamente. Instrumentos internacionales que ratifican el compromiso y lo consecuente de un Estado constitucional de derecho respecto de la lucha contra conductas de corrupción. Existen, además, instrumentos internacionales como por ejemplo el “Código internacional de conducta para titulares de cargos públicos” (ONU, Res 51/59, 1997).

<sup>9</sup> El fenómeno jurídico social de la corrupción puede explicarse desde su principal característica: el abuso del poder público en beneficio privado. VILLORIA, Manuel, “Corrupción Pública”, en: *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*. N° 5, septiembre 2013-febrero 2014, p. 161.



## 2. Sobre el bien jurídico protegido en el delito de Tráfico de Influencias

### 2.1. Consideraciones generales

El precepto penal del art. 400 Código penal peruano (=CP) menciona lo siguiente:

“El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”.

Es preciso anotar algunas precisiones que se desprenden del tipo penal transcrito: i) es tan autor quien a iniciativa propia invoca sus influencias y recibe dinero por ello, como quien es consultado sobre sus influencias y luego recibe dinero por aceptar utilizarlas; ii) el autor del delito podrá ser un funcionario o servidor público, pero también cualquier particular que no cuente con tal calificación; iii) la intercesión que el traficante promete en virtud de sus influencias puede versar sobre un objeto lícito o pretensión justa, como sobre una palmaria pretensión ilegal del interesado; iv) en la redacción del art. 400 CP el elemento normativo “funcionario público” no fundamenta el tipo, sino que lo agrava, con lo cual en estricto no estamos ante un delito especial; y, v) nada se dice de la punición del particular interesado, lo cual no quiere decir no esté prevista realmente.

El Derecho penal protege bienes jurídicos, esto es, las condiciones mínimas e indispensables para asegurar: i) el proceso de libre determinación de las personas en sociedad; y, ii) el sistema jurídico en general.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Roxin, Claus. Derecho Penal Parte General Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García

Una Administración legal, objetiva y prestacional es un interés imprescindible para la sociedad, que justifica su protección desde el ordenamiento penal. Este bien jurídico categorial está presente en todos los delitos que el Título XVIII del CP sanciona; su definición inspira la tipificación de delitos tales como el cohecho, la colusión o la negociación incompatible, pero no es precisamente el objeto de protección en los delitos enumerados. Y esto es así porque el bien jurídico genérico se materializa en cada norma penal, lo cual indica que cada tipo penal hace referencia a tantos comportamientos típicos que lo lesionen o lo pongan en peligro. Esto a su vez significa que cada precepto específico tiene un particular objeto de protección.

## 2.2. Traficar e influenciar

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, traficar significa “Comerciar, negociar con el dinero y las mercancías”. Y, pare el mismo documento, “influencia” significa “Persona con poder o autoridad con cuya intervención se puede obtener una ventaja, favor o beneficio”. Así las cosas, el delito de tráfico de influencias sanciona el uso de las mismas para tergiversar en alguna medida la función pública, y lo que en ella se discute o decide. Pero ¿Cuál es el núcleo de protección? ¿Qué es lo que al Estado le interesa (puede) prevenir: las influencias o que su sistema sea influenciabile?

Poseer influencias no es ilícito, pues el propio desarrollo personal y profesional (positivo o negativo) permite la construcción de cierto prestigio y, por ende, respeto por parte de las personas con las que se interactúa (y con las que no), y ello puede reportar un grado de influencia sobre los demás, algo que de ninguna forma podrá considerarse un riesgo prohibido en sociedad.

El Estado, histórico y socialmente, es una institución influenciabile. Y lo es, entre otras razones, porque es operada por personas, con intereses

---

Conlledo y Javier de Vicente Remesal (traducción y notas), segunda edición alemana, Civitas: Madrid, 1997, p. 56. En el mismo sentido de lo planteado, Terradillos, Juan, Sistema Penal y Estado de Derecho. Ensayos de Derecho Penal, ARA editores: Lima, 2010, p. 125. Luzón Peña, Diego-Manuel. Curso de Derecho Penal Parte General I, editorial Universitas: Madrid, 1996, p. 82. Con una explicación bastante didáctica de la evolución del concepto de bien jurídico, Hormazábal, Juan. Bien Jurídico y Estado Social de Derecho, IDEMSA: Lima, 2005, p. 123 y ss.

propios y naturales (familiares, económicos, políticos, sentimentales, etc.); además, en muchos casos se trata de personas con muchos años en el mismo puesto de trabajo, con lo cual el sistema de interés es más complejo y consistente; y, la administración pública está estratificada, lo cual hace que existan intermediarios entre lo que se solicita y quien decidirá lo solicitado.

Desde este enfoque, al Estado le debe convenir preocuparse por su sistema de administración influenciable, no por las reales o simuladas influencias de sus ciudadanos. Así, el giro del objeto de protección ya advierte un total cambio de paradigma.

### 2.3. Traficar con las influencias

Se podría pensar que el contenido de la norma penal del art. 400 debería prohibir influenciar en las decisiones del funcionario judicial o administrativo para hacerle declinar de sus deberes de imparcialidad y objetividad y con ello postergar el fin prestacional de la administración pública para dar paso a intereses personales o particulares.<sup>11</sup> No obstante, el tipo penal no requiere que las influencias se efectivicen en el funcionario respectivo, es más, ni siquiera se requiere que exista un verdadero vínculo entre el traficante y el servidor público,<sup>12</sup> por tanto, el objeto de protección del delito de tráfico de influencias tendrá que ubicarse en un momento anterior al de la puesta en peligro de la objetividad e imparcialidad de los funcionarios públicos.

1. En un supuesto ideal se podría esperar que todos los ciudadanos posean una expectativa de probidad respecto de los funcionarios públicos en aquellos casos en que hayan tenido competencia, la estén teniendo o la vayan a tener. Sin embargo, no podemos presumir dicha expectativa, pues es igual de válido que los ciudadanos no confíen en los funcionarios públicos y con ello tampoco en la propia administración pública (existe el derecho de libertad de conciencia). El objeto de protección de un tipo penal no puede desprenderse de los sentimientos o confianza de los ciudadanos y,

---

<sup>11</sup> Aboso, Gustavo Eduardo, "Los delitos de tráfico pasivo y activo de influencias: aspectos esenciales de su configuración". En: *Delitos Contra la Administración Pública*, Nelson Salazar (coordinador), IDEMSA, Lima, 2010, p. 379.

<sup>12</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, RN. 2412-2004, de fecha 27 de enero de 2007, fundamento quinto.

en el caso concreto, tampoco es posible imponerles una expectativa de probidad.

2. Lo que sí es protegible es el modelo de organización social que un Estado constitucional de derecho manifiesta en su administración pública. Dicho de otra forma, al Estado le interesa, o lo considera un valor ético social protegible, el evitar o prevenir conductas que definan a la administración pública como una institución endeble o influenciabile, a tal punto que los intereses particulares puedan sobreponerse al interés público, prestacional, objetivo y legal que define a la administración pública.

## 2.4. Bien jurídico protegido

El bien jurídico específico en el delito de tráfico de influencias es “la institucionalidad de la administración pública”. El vocablo “institución” tiene diferentes acepciones en el Diccionario de la Real Academia Española. La que aquí interesa es la siguiente: “órganos constitucionales del poder soberano de la nación”. Y es que en buena cuenta, el concepto “institucionalidad” nos remite a una serie de valores, principios y deberes que definen la labor de los funcionarios públicos en la administración pública, valores que deben protegerse incluso de conductas que sin necesidad de trasgresión efectiva coadyuvan en el sistema nefasto de corrupción, mostrando al aparato de administración de justicia como un ente endeble e influenciabile por intereses particulares ilegítimos que escapan a la regular tutela que la función judicial o administrativa procura a los ciudadanos.

Si así se entiende al concepto de “institucionalidad” a efectos penales, no debería ser difícil fundamentar la responsabilidad del particular (que no es funcionario público) que se encuentra en capacidad de lesionar el bien jurídico, puesto que también a él le vinculan aquellos intereses y valores positivos que al Estado le interesa resguardar, es decir, “no contribuir en la percepción de una Administración endeble, vendible o transable”.

Este planteamiento no debe confundirse con una pretendida protección de la “imagen institucional” de un órgano público judicial o administrativo, pues como ya se dijo, no es posible proteger los sentimientos u opiniones de los ciudadanos, que de por sí son distintos, además de etéreos.

Del mismo modo, no es que el delito de tráfico de influencias sancione o prohíba todo comportamiento que atente contra la “institucionalidad de la administración pública”, por ejemplo, no habrá tráfico

de influencias si el órgano público contrata personal no calificado. La construcción teleológica que permite la construcción del bien jurídico solo se circunscribe a una específica forma de realización de comportamientos típicos, de ahí que cada tipo penal efectiviza el bien jurídico global denominado *objetiva, legal y prestacional naturaleza de la administración pública*.

### 3. Sobre la capacidad de rendimiento de la propuesta

#### 3.1. Críticas al bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido en determinada norma penal no puede variar dependiendo de las conductas que el tipo penal prevea y sancione. Entonces, no es que se proteja un bien jurídico en el supuesto de “tráfico de influencias reales” y otro en el supuesto de “tráfico de influencias simuladas” (no desde las bases que aquí se postularon). Tampoco lleva coherencia que se construya un objeto de protección para el primer caso y se postule la impunidad para el segundo supuesto.<sup>13</sup> La construcción del bien jurídico debe alcanzar al comportamiento típico prohibido por la norma penal, sin excepciones. En el mismo sentido, no se trata de definir el bien jurídico como “pluriofensivo” no solo por lo gaseoso del término, sino también porque, bien visto, toda tipificación es pluriofensiva, desde que es fruto de una valoración jurídica social, pero solo un tipo de ofensividad es tan grave que requiere determinada prohibición penal. Y es que debe quedar claro que la “pluriofensividad” es un dato criminológico, es decir de descripción, así, no se trata de un concepto de tipicidad y utilizarlo a ese nivel es un error.

Mencionar que en el delito de tráfico de influencias se sanciona un comportamiento de peligro abstracto y con ello se trata de un adelantamiento de las barreras de punibilidad o criminalidad para cuestionar la constitucionalidad del tipo penal,<sup>14</sup> solo tiene sentido si se parte de la idea según la cual el objeto de protección (es decir, la expresión

---

<sup>13</sup> San Martín Castro, Cesar, José Reaño y Dino Caro, El delito de tráfico de influencias: Aspectos sustantivos, en: Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación para Delinquir, Jurista Editores, Lima: 2002, p. 38 y ss.

<sup>14</sup> San Martín, El delito de tráfico de influencias. *Op Cit*, p. 40.

concreta de la objetiva, legal y prestacional administración pública) del delito de tráfico de influencias tiene que ver con la objetividad e imparcialidad del funcionario. Pero ello no es así. Desde lo que aquí se propone, existe una lesión directa del bien jurídico “institucionalidad de la administración pública”, con el solo hecho de invocar de forma idónea (la idoneidad no tiene que ver con que si existen o no realmente las influencias, sino con el contexto en el que se invocan) esas influencias.

Como se anotó *supra* la conducta de tráfico de influencias no pone en peligro abstracto la objetividad, o en término generales, los deberes que inspiran una *correcta administración pública*, pues se sanciona incluso el supuesto de influencias simuladas o irreales. La norma penal del art. 400 CP sanciona la lesión efectiva de la “institucionalidad de la administración pública”, definida como el interés estatal en prevenir conductas que muestren a la administración pública como un ente endeble e influenciabile, y se trata de un interés acorde con el modelo de organización social propio de un Estado constitucional de derecho, pues el compromiso estatal de lucha contra la corrupción debe abarcar todos los flancos posibles que coadyuven a fortalecer el sistema de corrupción, justamente por la idoneidad altamente lesiva que los actos de corrupción significan para el desarrollo del individuo en sociedad y para el mantenimiento del sistema jurídico: “*la regulación de los atentados contra la Administración Pública abarca un número fragmentario de acciones u omisiones cometidas por funcionarios o particulares que son aptas para lesionar tanto el regular desarrollo de dicha administración como otros aspectos esenciales de dicho ejercicio de la función y autoridad públicas*”.<sup>15</sup>

Dicho de otra forma, no es que sancione el tráfico de influencias por las probabilidades de peligro que pueda suscitarse<sup>16</sup>, la sanción viene

---

<sup>15</sup> Aboso, Gustavo Eduardo, El delito de tráfico pasivo y activo de influencias. *Op Cit*, p. 381.

<sup>16</sup> Definición del delito de peligro abstracto. Por todos, ver: Barbero Santos, Marino, Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto, p. 489. En: [www.indret.com](http://www.indret.com) página web consultada el 22 de setiembre de 2012.

determinada (como todos los casos de prohibición penal de conductas) por tratarse de una modalidad de comportamiento típico contra un bien jurídico.

### 3.2. Innecesaria tipificación

Tampoco resulta coherente la crítica según la cual, en el delito de tráfico de influencias se tipifican de actos preparatorios de otros delitos, tales como el cohecho o la colusión, y en tanto ello, es innecesaria su prohibición o resulta un adelantamiento de punibilidad innecesario. Pues si el propio cohecho o la colusión no sanciona sus actos preparatorios no veo cómo otro tipo penal vaya a encargarse de ello, lo contrario sería tanto como aceptar que el tráfico de influencias y la colusión protegen el mismo objeto en distintas fases de *iter criminis* (lo mismo podrá decirse para el caso del cohecho), algo que no es correcto, por lo menos si, como aquí se hace, se parte de que el bien jurídico global *objetiva legal y prestacional naturaleza de la administración pública* se materializa en cada precepto penal del Título XVIII del CP con objetos de protección distintos.

En este mismo sentido, si se considera correcta la crítica a la tipificación de actos preparatorios, lo mismo habría que decir respecto de la tipificación de actos post consumativos, pues según la redacción del art. 400 CP se sanciona a quien invoque influencias respecto de funcionarios públicos que hayan visto casos de su competencia. Pero nadie critica al delito desde esta perspectiva. Y es que ni en uno ni en otro caso es admisible la crítica sobre la punición.

Finalmente, bien vista, la redacción del delito de tráfico de influencias sanciona una promesa (“prometo interceder”), y de un repaso rápido de la legislación penal peruana en ningún caso se sanciona la promesa de estafar, matar, secuestrar o extorsionar. Por tanto, estaríamos ante un adelantamiento innecesario de las barreras de punibilidad. Sin embargo, ello se fundamenta si entendemos como bien jurídico al mandato constitucional de preservar una institución vital de la sociedad, ampliamente influenciabile, de ataques periféricos (porque no atacan el núcleo de su decisión o gestión, como sí sucede en la colusión o el cohecho, por ejemplo) que coadyuvan a una cultura de corrupción, y que político-criminalmente es necesario frenar.

#### 4. Sobre el comportamiento típico. ¿Sistema de participación criminal?

Una vez definido el objeto de protección de un tipo penal es posible identificar el tipo de conductas que la norma penal sanciona por suponer cursos causales idóneos de lesión o puesta en peligro<sup>17</sup> contra el bien jurídico. En términos generales, un comportamiento típico es una conducta desvalorada (merecedora de pena) por extralimitar la libertad jurídicamente garantizada, en la cual los conocimientos que sustentan la prohibición penal le son exigibles al agente. Así, el concepto de comportamiento típico tendrá dos elementos: el objetivo y el subjetivo. El primero está relacionado con la determinación del riesgo, el mismo que solo puede configurarse de forma *ex ante*.<sup>18</sup> El segundo elemento tiene que ver con la exigencia de conocimiento que recae sobre el creador del comportamiento típico. Una conducta se lleva a cabo de forma *dolosa* porque en los hechos el agente conoce la concreta capacidad de lesión o puesta en peligro contra bienes jurídicos que su conducta supone y aun así se decide por realizarla. Dicho de otra forma, el actuar *doloso* significa la actualización de los conocimientos que el ordenamiento jurídico-penal exige en los ciudadanos de cara a evitar la creación de riesgos prohibidos. Por lógica, en el actuar imprudente o *culposo*, el agente no capta la capacidad lesiva de la conducta realizada, a pesar que así lo exigía el ordenamiento jurídico.

En la categoría criminal de corrupción, y dado el alto tecnicismo, reglas y parámetros de actuación, poco espacio le queda a la comisión culposa de delitos. Y es que los conocimientos se exigen no dependiendo de lo que pueda decir el sujeto, sino del contexto normativo en que se desenvuelve. Y si esto es así, no será razonable que un alcalde argumente que no sabía que cobrar un *plus* a los habitantes de un barrio por las obras que realiza reñía con sus deberes y los principios que inspiran su cargo.

El tipo penal del art. 400 CP sanciona el invocar (directa o indirectamente) influencias, reales o no, conducentes a incidir en las decisiones

---

<sup>17</sup> Frisch/Robles Planas, Desvalorar e Imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal, Ricardo Robles Planas (director), Atelier: Barcelona, 2004, p. 43.

<sup>18</sup> La determinación del riesgo prohibido de forma *ex ante* es la única fórmula de prohibición que se condice con los fines preventivos de un Derecho penal inserto dentro de un modelo de organización constitucional de derecho.



de funcionarios o servidores públicos en el ejercicio de sus funciones administrativas o judiciales, para lo cual recibe o exige (directamente o no) algún tipo de ventaja o beneficio. Como se mencionó *supra* la intercesión que ofrece el traficante puede versar sobre pretensiones absolutamente justas o sobre gestiones manifiestamente ilegales, pues no se sanciona la efectiva influencia, de ahí que pueda hablarse de un “tráfico de influencias propio” (cuando el traficante se compromete a influir sobre una pretensión ilegal) y de un “tráfico de influencias impropio” (cuando el traficante se compromete a influir en un funcionario sin hacerlo declinar de sus deberes).

Sin embargo, no toda invocación de influencias es punible (como tampoco no toda solicitud de influencia), pues habrá que analizar la idoneidad en el caso concreto de la conducta del traficante (o del que intenta serlo), que de por sí no siempre revestirá el riesgo suficiente como para justificar la intervención del Derecho penal. Por ejemplo, no es lo mismo recibir el ofrecimiento de influencias de un secretario judicial que recibirlas del dueño del café donde el juez desayuna todos los días. Con lo cual, la determinación del peligro se realiza del caso concreto. Otro ejemplo que muestra cómo la idoneidad lesiva del ofrecimiento de influencias más que la sola invocación de influencias es lo que se prohíbe es la existencia de una Ley de Lobbies<sup>19</sup> donde ejercer influencias está permitido, siempre que dicha conducta esté reglada bajo una serie de requisitos que resguardan los valores y principios de la administración pública.

Si el precepto penal sanciona al agente que invoca o tiene influencias y las pone a disposición de algún interesado recibiendo algún tipo de ventaja en clave de contraprestación cabe la siguiente pregunta ¿qué pasaría en el supuesto donde el sujeto ofrece sus influencias, pero sin recibir ventaja alguna o beneficio por ello? Como primera impresión, de acuerdo a la literalidad del tipo penal, y en absoluta concordancia con la doctrina mayoritaria (que menciona que estamos ante un delito de encuentro<sup>20</sup>) habría que concluir que el supuesto de la pregunta planteada sería atípico o lo que es lo mismo, no significa la creación

---

<sup>19</sup> Ley N° 28024 “Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública”.

<sup>20</sup> Por todos, Reaño, José, ¿Una historia sin fin? La responsabilidad penal del interesado en el tráfico de influencias, Revista Jurídica Ius Et Veritas, Año XIV N° 28, julio 2004, p. 100.

de un riesgo intolerable en sociedad. En términos más claros “(...) La conclusión gratuita del acuerdo no es punible en nuestro ordenamiento jurídico”.<sup>21</sup>

Se puede incluir una variante al ejemplo, y mencionar que el traficante ha solicitado algún tipo de ventaja y el supuesto interesado no accedió a la propuesta, y la solución tendrá que ser la misma que la anterior, el supuesto de hecho habrá de quedar impune.

Se trata de custodiar la “institucionalidad de la administración pública” y cabe la pregunta ¿se evita el mensaje de una administración endeble e influenciable cuando el supuesto interesado no acepta otorgar ventaja alguna a favor del traficante? Es decir, ¿qué es lo que se prohíbe, el que se ofrezca influenciar, el que se acepte tal ofrecimiento o ambos? En mi opinión se prohíbe el ofrecer las influencias, si el interesado las acepta estará realizando un comportamiento típico contra el bien jurídico del tipo penal del art. 400 CP. Sin embargo, no es necesaria la “participación” del interesado para la configuración de la conducta típica de quien ofrece las influencias.<sup>22</sup> Pues en buena cuenta lo que se prohíbe es la conducta idónea que sirva como aprovechamiento de un sistema público influenciable, y ello viene determinado de forma independiente, tanto por el hecho de ofrecer influenciar, como por el hecho de pagar por ello o solicitar las influencias.

Si solo basta la conducta de invocar influencias haciendo referencia a la posibilidad de interceder ante un funcionario administrativo o judicial habrá tentativa hasta que el mensaje u ofrecimiento acerca de las influencias y la capacidad de intercesión no se haya concretado completamente. Es decir, estamos ante un supuesto consumado cuando el traficante ha ofrecido sus influencias, no así cuando se materializa o concluye en el acuerdo de intercesión<sup>23</sup> (pues no se trata de un supuesto de participación necesaria).

Respecto del supuesto interesado, su comportamiento típico estará absolutamente configurado cuando acepte la oferta del traficante y entregue o se comprometa a la entrega de alguna ventaja a favor de quien pone a su disposición sus supuestas influencias. Del mismo modo,

---

<sup>21</sup> Reaño, José, ¿Una historia sin fin?, pp. 110. San Martín Castro, Delitos de Tráfico de Influencias. *Op Cit*, p. 61.

<sup>22</sup> En opinión contraria, Reaño, José, ¿Una historia sin fin? *Op Cit*, p. 111.

<sup>23</sup> De esta opinión, Reaño, José, ¿Una historia sin fin? *Op Cit*, p. 111.

si es el interesado quien solicita las influencias habrá consumado su conducta. Si en caso el sujeto que porta las influencias no aceptare la solicitud de intercesión, él no habrá realizado comportamiento típico alguno.

Por tanto, caben dos formas de comportamiento típico del interesado, la primera está en comprometerse a una “contraprestación” por la intercesión ofrecida del traficante. La segunda, en la solicitud de las influencias. Nótese que ambas conductas pueden llevarse a cabo de forma directa o indirecta.

El fundamento del injusto independiente en el interesado es el mismo que se desprende del fundamento de sanción en la conducta de quien ofrece sus influencias (autor – para la posición mayoritaria). Esto es, si lo que se intenta proteger es la “institucionalidad de la administración pública” habrá que preguntarse si el interés del Estado de evitar que se muestre a la administración pública como endeble o influenciable se constata o no cuando existen personas solicitando influencias para solucionar sus controversias administrativas o judiciales. Parece que la respuesta debe ser afirmativa.

Con todo, el delito de tráfico de influencias no se dirige únicamente al que las ofrece, sino también al que las solicita. Los comportamientos típicos son autónomos y esto en virtud de la aplicación irrestricta del principio de responsabilidad por el propio hecho, imprescindible en un Derecho penal moderno donde el principio de legalidad cimienta su importancia no en la literalidad del precepto, sino en la exigencia de un uso racional y coherente del ordenamiento penal. No es la primera vez que se utiliza un análisis como este, pues el supuesto de cohecho activo es un buen ejemplo de la punición de injustos autónomos, no obstante su apariencia de “delito de encuentro”.

Este planteamiento tiene repercusiones inmediatas. En términos generales, el injusto del partícipe es accesorio y se fundamenta desde el injusto del autor, dicho de otra forma: “(...) es partícipe quien contribuye al resultado típico sin ejecutar la acción adecuada al supuesto de hecho típico. Por eso, los tipos de la parte especial describen sólo [sic] el comportamiento de los autores, y las disposiciones relativas a la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad representan una ampliación de la punibilidad a comportamientos que, de otro modo, serían impunes (...)”.<sup>24</sup> Esta base metodológica aplicada al delito

---

<sup>24</sup> Calderón Cerezo y Choclán Montalvo, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, 2da edición, BOSCH: Barcelona, 2001, p. 399.

de tráfico de influencias lleva a considerar que es autor quien ofrece sus influencias de intercesión a cambio de alguna ventaja. Del mismo modo, será partícipe en complicidad primaria el interesado que acepta la oferta (participación necesaria) y será inductor el interesado que solicita, primero, las influencias.<sup>25</sup>

Quienes asumen el argumento de la participación criminal parten de la idea que los tipos de la parte especial sancionan distintas formas de intervención delictiva, pero que la valoración de cada una de ellas viene determinada por la parte general del CP, de ahí que la conducta del autor sea de entre todas las punibles la más drástica por estar contenida en la parte especial.<sup>26</sup>

Por muy sugerente que se muestra este planteamiento, desde mi punto de vista trae consigo un error. Si imaginamos por un momento que la parte general del CP no existiese, ¿dejaríamos de sancionar conductas llamadas de “participación” o para ser específicos, deberíamos dejar impune al particular interesado que solicita influencias? Es decir, ¿acaso la valoración representada en un tipo de la parte especial del CP no es suficiente para no solo distribuir títulos de imputación, sino también para fundamentarlos? Parece lógico considerar que si la norma penal comunica determinada asignación de libertades (pues prohíbe la extralimitación de la libertad jurídicamente garantizada), su contenido prohibitivo ha de dirigirse a todo tipo de conductas, siempre que se analice la idoneidad lesiva de cara a poner en peligro o lesionar determinado bien jurídico.

Para el caso concreto del delito de tráfico de influencias, si se prohíbe mostrar a la administración pública como endeble o influenciable, es decir, si el mensaje normativo es evitar que se considere factible la imposición de intereses particulares por encima de los fines y objetivos prestacionales de la administración pública, habrá que prohibir no solo el comportamiento de ofrecer influencias, sino también el de solicitarlas.

---

<sup>25</sup> Reaño, José, ¿Una historia sin fin? *Op. Cit.*, pp. 111 y ss. San Martín Castro, Delitos de Tráfico de Influencias. *Op. Cit.*, p. 62 Reaño, José, Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias, Jurista Editores: Lima, 2004, p. 73 y ss.

<sup>26</sup> Robles Planas, Ricardo, La Participación en el Delito: fundamento y límites, Marcial Pons: Madrid, 2003, p. 176.

Sancionar la conducta del “partícipe” como de instigación o complicidad es reconocer, a fin de cuentas, que la conducta de participación lesiona el bien jurídico protegido, aunque se diga que solo es posible en virtud de una valoración que viene determinada de la parte general del CP, y en tanto ello se trata de una lesión indirecta. Pero el objeto de valoración viene de la propia parte especial que es donde la norma penal cobra sentido y se materializa efectivamente.

No se trata de mencionar que todo el hecho delictivo le pertenece tanto a autores como partícipes (interesado y traficante), pues ello revalida el principio de accesoriadad.<sup>27</sup> Se trata de advertir que el desvalor que contiene la prohibición normativa del art. 400 del CP puede realizarse tanto desde la conducta del interesado como del traficante, prescindiendo de términos tales como “autoría” o “participación”, bastando para lo que aquí interesa con el término “creación de comportamientos típicos”. De hecho así lo entiende el legislador, pues de acuerdo con el Dictamen de Código Penal aprobado por el Congreso de la República del Perú (9 de diciembre de 2014), el art. 588 CP sanciona lo que denomina “tráfico de influencias activo”, que no es otra cosa que la punición del particular interesado en el tráfico de influencias, negando así su condición de partícipe del delito y reconociendo su calidad de autor o creador de comportamiento típico.

## 5. Tráfico de Influencias Irreales

Se menciona que el tráfico de influencias irreales es un supuesto de tentativa inidónea y por mucho que esté tipificada en el precepto, una interpretación teleológica permitiría prescindir de su penalización, justamente en virtud de la contraposición advertida respecto del principio de lesividad<sup>28</sup> (además de la aplicación del art. 17 CP -tentativa inidónea-). No será necesario desde este punto de vista el razonar acerca de la impunidad de la conducta del interesado que solicita influencias a quien no las tiene o de quien acepta la inexistente influencia ofrecida, pues

---

<sup>27</sup> Al que se ha intentado redefinir criticando su tradicional concepción, entre otros: Robles Planas, La participación. *Op Cit*, p. 169 / 220-225. Sancinetti, Marcelo, El ilícito propio de participar en el hecho ajeno. Cuadernos de Conferencias y Artículos N° 3, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1996, p. 26.

<sup>28</sup> Reaño, José, ¿Una historia sin fin? *Op Cit*, p. 119.

sin injusto de autor no existe injusto de partícipe. Esta es una de las principales críticas a la técnica de tipificación de este delito, aunque no es del todo correcta.

Coincido en la necesidad de una interpretación teleológica del precepto de tal modo que reconstruyamos el proceso de “desnormativización” que el conjunto de enunciados legales produce.<sup>29</sup> Insertar el simple texto de la ley dentro de un sistema coherente y sistemático que parte de la Constitución es una de las tareas más importantes de un Derecho penal moderno.

Sin embargo, es justamente esta interpretación teleológica la que permite fundamentar la necesidad de sancionar el delito de tráfico de influencias, incluso cuando se trate del ofrecimiento o solicitud de influencias irreales. En primer lugar, habrá que recordar el compromiso institucional del Estado peruano en la lucha frontal contra la corrupción, compromiso que viene determinado no solo por los fines y objetivos constitucionales, sino también por la suscripción de instrumentos internacionales en la materia.

En segundo lugar, le legitimidad de sanción en el supuesto de influencias irreales es una cuestión que tiene que ver con el fin preventivo de la norma penal propio de un Estado constitucional de derecho que apela a la capacidad de motivación de los destinatarios de la norma. En este sentido, con razón menciona Mir Puig: “Para que el Derecho penal *pueda* desear la evitación de un hecho y considerarlo antijurídico, es preciso que se trate de una conducta *evitable mediante la motivación normativa*. Un derecho preventivo no puede desvalorar lo que no se puede evitar (...)”.<sup>30</sup>

Se mencionó *supra* que el concepto de riesgo debe ser determinado de forma *ex ante*, solo así se podrá exigir en el agente el conocimiento de aquel y con ello calificar su conducta de acuerdo a su evitabilidad. Y no podría ser de otro modo, pues el destinatario de una norma penal “(...) no podrá internalizar una norma de conducta para el futuro, porque la evaluación según las consecuencias del hecho no permite

---

<sup>29</sup> Silva Sánchez, Jesús, «Sobre la “interpretación” teleológica en Derecho Penal», En: Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado (editores), *Estudios de filosofía del derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 376 y ss.

<sup>30</sup> Mir Puig, Santiago, *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derechos*, Bosch: Barcelona, 1982, p. 47.

orientarse antes de realizar la acción”.<sup>31</sup> Entonces, si el sujeto a quien le ofrecen interceder a su favor ante un funcionario judicial o administrativo no tiene cómo saber si está frente a un individuo que dice la verdad o miente acerca de sus influencias, y aun así decide aceptar las influencias realiza un comportamiento de riesgo prohibido contra el bien jurídico, pues el interés que se intenta proteger no es la imparcialidad u objetividad de la administración pública (supuesto en el cual la conducta de tráfico irreal de influencia es absolutamente atípico), sino la “institucionalidad de la administración pública” en el entendido de evitar el mensaje de una administración endeble e influenciable.

De no ser así, en el supuesto del sujeto que no puede saber si está frente a un verdadero traficante habría que esperar a constatar en un momento posterior a la conducta realizada si es que existían o no las influencias, con lo cual la capacidad de motivación del destinatario de la norma, cuanto menos, se obstaculiza, en desmedro del fin preventivo de la norma penal. Dicho en otros términos, no es acorde con un ordenamiento penal inserto en un Estado constitucional de derecho que el carácter prohibido de una conducta se determine recién con posterioridad a la realización del comportamiento.

Finalmente, sancionar el supuesto de influencias simuladas es absolutamente coherente con el bien jurídico que aquí se protege, pues bastará la invocación idónea de las influencias, es decir, cuya verosimilitud pueda extraerse con razonabilidad en el caso concreto, para que exista la fundada concepción de que estamos ante una parcela de la administración pública transable.

## 6. Conclusiones

- La necesidad de una respuesta político-criminal integral de lucha anticorrupción legitima la reinterpretación del objeto de protección en delito de tráfico de influencias. El bien jurídico no puede seguir siendo considerado como la objetividad e imparcialidad del funcionario o de la Administración, no solo porque ello jamás pudo desprenderse de la redacción, sino porque además, existen otros tipos penales que guardan ese interés.

---

<sup>31</sup> Sancinetti, Marcelo, El ilícito de participar en el hecho ajeno, p. 8.

- La propuesta que aquí se defendió de forma resumida permite abordar de mejor forma los supuestos en los que no obstante existir el ofrecimiento de ciertas influencias, en los hechos reales nada de lo ofrecido ocurre. Ese supuesto permite a los corruptos librarse de cualquier responsabilidad penal, justamente porque el objeto de protección está mal entendido.
- Si lo dicho en el texto tiene algún nivel de razonabilidad no será necesario crear un tipo penal denominado “tráfico de influencias activo”, pues desde un planteamiento del comportamiento típico, el particular interesado es tan autor como el que invoca las influencias en el delito que fue objeto de este breve análisis.



# **Responsabilidad penal de las personas jurídicas en España. Breve análisis del alcance del artículo 31 bis del Código Penal, tras las reformas operadas por las leyes orgánicas 5/2010, de 22 de junio, y 1/2015, de 30 de marzo**

IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR\*

## **Sumario**

1. Introducción. El artículo 31 bis CP.
2. Criterios de atribución de responsabilidad y modelos de prevención de los delitos
3. Formas de atribución de la responsabilidad jurídica a las personas jurídicas
  - 3.1. Por los hechos realizados por sus directivos
  - 3.2. Por falta del deber de vigilancia. Hechos realizados por sus empleados. "Responsabilidad por defecto de organización"
4. Parte general/parte especial
5. Bibliografía

## **1. Introducción. El artículo 31 bis CP.**

Es común acudir a la normativa internacional para afirmar la imperiosa necesidad de incorporar en los ordenamientos jurídicos continentales la atribución directa de la responsabilidad penal a las Personas Jurídicas. Esta cuestión no es nueva en una tecnificación delictiva

---

\* Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Jaén. [ibenitez@ujaen.es](mailto:ibenitez@ujaen.es)

y globalización económica que hacen que el Derecho penal tradicional de la reprochabilidad por el hecho individual doloso o imprudente cometido quede como insuficiente respuesta estatal. Esta presión a la que ha estado sometida la legislación interna lo único que persigue es dotar de un sistema eficaz de lucha contra la criminalidad desarrollada en el entramado de los entes colectivos, especialmente en el ámbito económico o empresarial. La forma concreta de implementar estas obligaciones es una labor de los legisladores nacionales que tendrán que articular mecanismos adecuados a los principios generales de sus propios Ordenamientos Jurídicos.

Así, por ejemplo, la reforma del Código Penal español operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, incluía un nuevo artículo 31bis en el texto punitivo que rompía con la tradición jurídico-penal española que partía del aforismo "*societas delinquere non potest*"; por el que se negaba la responsabilidad jurídica a la persona jurídica, siendo ésta exclusivamente atribuible a la persona física. El ser humano en la concepción jurídica continental era el único que tenía capacidad de acción, capacidad de culpa y capacidad de pena, por lo cual era el único que podía ser responsable criminalmente. Es la esencia del Derecho penal de la culpabilidad.

La propia definición de delito, en cualquiera de sus variantes, parte de esa premisa, en tanto se conceptúa como el "hecho humano típicamente antijurídico, culpable y punible", debatiéndose dogmáticamente si la punibilidad es o no un elemento estructural del delito. Por ello, con algún matiz doctrinal, los elementos de la categoría del delito (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad) se predicen del hecho realizado por una persona física.

La evolución de la sociedad en sus estructuras sociales, económicas y, cómo no, jurídicas, no obstante, no podía dejar de incidir en el Derecho penal. En este sentido la admisión por otros ordenamientos jurídicos (civil, administrativo o mercantil) de la persona jurídica, como una ficción que permite en el tráfico jurídico ser considerada sujeto al margen de las personas físicas que la componen, no ha dejado de tener incidencia en el Derecho penal.

El problema de la posible consideración como sujeto activo del delito a la persona jurídica surgió como consecuencia de la vigencia de principio de legalidad en materia penal, el cual impide en todo caso la aplicación analógica de la Ley penal. Así, en los llamados delitos especiales, aquellos en los que el legislador exige unas especiales características en el sujeto al describir en la formulación típica al sujeto activo del delito, de tal forma que solo puede ser considerado autor del delito la conducta realizada por el sujeto en quien concurren esas

cualidades, dándose la circunstancia de que en determinados casos, la persona física que actúa no reúne esas cualidades si reuniéndolas la persona (física o jurídica) en nombre de la cual se actúa, creando, así, una laguna de punibilidad. Esta laguna de punibilidad fue ya advertida por los legisladores, que incluyeron en la Ley Penal cláusulas como la incluida en España en el Código Penal Texto refundido de 1973, cuando su artículo 15 bis (tras la reforma de operada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio) señalaba lo siguiente: “ *el que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concurren en él y si en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo*”. De esta forma, se evitaba la posible laguna de punibilidad de conductas delictivas realizadas por entidades dotadas de personalidad y capacidad de acción independiente de las personas físicas que la componen en otros sectores del ordenamiento jurídico manteniendo, de esta forma, el principio de que solo la persona física es la responsable en el Derecho penal.

La tecnificación jurídica en el ámbito mercantil hizo, no obstante, que la previsión de la regla de actuación en nombre de la persona jurídica no fuese suficiente. En esta línea, con la aprobación y entrada en vigor del de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código penal (Código penal de 1995), se dio un paso más allá, incluyendo, junto a la clausula relativa al actuar en nombre de otro del artículo 31 CP –equivalente al artículo 15bis del Código penal derogado, si bien ampliado a la actuación en nombre o representación de cualquier otro<sup>1</sup>- la posibilidad de actuar directamente sobre la persona jurídica, mediante unas “nuevas” consecuencias jurídicas, denominadas “Consecuencias accesorias”, además de extender la responsabilidad civil derivada del delito a las personas jurídicas, “en defecto de los que lo sean criminalmente” (artículo 120 CP).

---

<sup>1</sup> “*El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre*”

De esta forma, el Código Penal de 1995, en su redacción originaria, incorporaba en el artículo 129 CP una serie de medidas aplicables por los Tribunales a las empresas, que con el nombre de Consecuencias Accesorias, no tenían el carácter de penas y, por tanto, no respondían a la responsabilidad penal directa de la Persona Jurídica (clausura de la empresa o de sus establecimientos o locales, disolución de la sociedad, suspensión de actividades, prohibición de realizar actividades en el futuro e intervención judicial). Estas consecuencias accesorias tenían que estar previstas expresamente en la Parte especial del Código penal y encontraba su fundamentación en la prevención de la continuidad de la actividad delictiva.

Con ésta fórmula el legislador español mantenía una vía intermedia frente al problema de la criminalidad ejecutada a través de entes colectivos. Sin renunciar a la tradición jurídico-penal del sistema continental de limitar la responsabilidad penal a la persona física, al ser humano, abordaba la intervención de los entes colectivos interpuestos aportando a Jueces y tribunales una serie de instrumentos que sin dejar de ser de naturaleza penal no podían ser consideradas ni penas ni medidas de seguridad, manteniendo estas categorías jurídicas como únicas respuestas jurídico penales frente al autor de un hecho tipificado como delito. La fundamentación de la imposición de una consecuencia accesoria del artículo 129 solo podía estar orientadas a “prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma”, sin encontrar su fundamento ni en la culpabilidad de la persona jurídica ni en una atribución de la responsabilidad penal directa a la misma.

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal, incluía un apartado 2 en el artículo 31 CP<sup>2</sup>, en el sentido de atribuir solidariamente el pago de la pena de multa impuesta a la persona física autor del delito, a la persona jurídica en nombre de la cual se actúa: *“En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó”*). Aunque pareciera atisbarse una responsabilidad directa en este apartado segundo del artículo 31 CP a la Persona jurídica; debe advertirse que se trata de una responsabilidad de “pago”,

---

<sup>2</sup> Que fue derogado con inclusión del artículo 31bis en la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal.

no una imposición de pena. La pena de multa seguía siendo para la persona física.

En esta situación, sin una demanda ni doctrinal ni jurisprudencial acuciante, se llegó a la aprobación de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código penal, con la que se da un giro dogmático radical, asumiendo directamente en el Código Penal español la responsabilidad penal de la persona jurídica<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Artículo 31 bis CP, en la LO5/2010. de 22 de junio. «1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

4. Solo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

Al respecto, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, señalaba lo siguiente:

“Para la fijación de la responsabilidad de las personas jurídicas se ha optado por establecer una doble vía. Junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados, naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación.

Se deja claro que la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física...

En este ámbito se concreta un catálogo de penas imponibles a las personas jurídicas, añadiéndose –respecto a las hasta ahora denominadas consecuencias accesorias (disolución, suspensión de actividades, clausura de establecimientos...) –, la multa por cuotas y proporcional y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas

---

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.»

públicas, para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social. Se opta en este punto por el sistema claramente predominante en el Derecho comparado y en los textos comunitarios objeto de transposición, según el cual la multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad, reservándose la imposición adicional de otras medidas más severas solo para los supuestos cualificados que se ajusten a las reglas fijadas en el nuevo artículo 66 bis. Igualmente, se tiene en cuenta el posible fraccionamiento del pago de las multas que les sean impuestas a las personas jurídicas cuando exista peligro para la supervivencia de aquellas o la estabilidad de los puestos de trabajo, así como cuando lo aconseje el interés general. Además, se regulan taxativamente los supuestos de atenuación de la responsabilidad de las personas jurídicas, entre los que destacan la confesión de la infracción a las autoridades, la reparación del daño y el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro puedan cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

En este apartado, al objeto de evitar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas pueda ser burlada por una disolución encubierta o aparente o por su transformación, fusión, absorción o escisión, se contienen previsiones específicas donde se presume que existe la referida disolución aparente o encubierta cuando aquélla continúe con su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, trasladándose en aquellos casos la responsabilidad penal a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y extendiéndose a la entidad o entidades a que dé lugar la escisión.”.

Por su parte la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código penal (que tiene prevista su entrada en vigor el 1 de julio de 2015), reforma este artículo 31bis, con una mejora técnica y, como señala su exposición de motivos, “con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del <<debido control>>, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal”<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo:  
Artículo 31bis CP

«1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

- 
- a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.
- b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.
2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:
- 1.<sup>a</sup> el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;
  - 2.<sup>a</sup> la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;
  - 3.<sup>a</sup> los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y
  - 4.<sup>a</sup> no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.<sup>a</sup>
- En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.
3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.<sup>a</sup> del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.



---

4. 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.

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.<sup>a</sup> del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.»

Artículo 31 ter CP:

«1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

2. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el

## 2. Criterios de atribución de responsabilidad y modelos de prevención de los delitos

Es abundante la literatura científica que se ha ocupado de la posible responsabilidad penal de la persona jurídica, tanto en España como en otros Estados en los que rige un sistema continental de Derecho. Si

---

debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente.»

Artículo 31 quater CP:

«Solo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
- b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
- c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
- d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.»

Artículo 31 quinquies,:

«1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.

2. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.»

bien, la preocupación ha atendido más a su posible encaje dentro de una dogmática del delito que ha construido una categoría “cuasi” perfecta en orden y contenido de los elementos de la teoría jurídica del delito, cuyos pilares se tambalean decisivamente si se trata de incorporar a la misma la “ficción jurídica” que en otros sectores del ordenamiento jurídico es comúnmente aceptada como es la persona jurídica. La “ficción jurídica” de la Persona Jurídica es aceptada incluso en el Derecho Administrativo Sancionador, al que el propio Tribunal Constitucional ha señalado que deben aplicársele los derechos garantistas del Derecho penal.

En esta línea ha sido **el factor humano** el que ha marcado la histórica negativa a admitir la responsabilidad directa de la persona jurídica en el ámbito penal. La infracción penal exige la posibilidad de imputar un hecho al que haya obrado con “dolo o imprudencia”, lo cual exige la actuación de un sujeto con capacidad de comprender la ilicitud de su hecho y de dirigir su voluntad de acuerdo con esa comprensión, conformando la base de la reprochabilidad penal del hecho realizado.

Lo primero que debe hacerse con la incorporación del artículo 31bis CP por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, es la incorporación también en la dogmática penal de la ficción que en si misma es la propia “persona jurídica”, para analizar también como ficción jurídica la “responsabilidad penal de la persona jurídica, que dará lugar a una categoría distinta de la responsabilidad penal de la persona física basada en la culpabilidad. Tal vez el error se encuentre en su inclusión directa en el articulado del Código penal, siendo más conveniente una Ley Penal especial de responsabilidad penal de la persona jurídica tal y como indicaba el Informe del Consejo General del Poder Judicial respecto del Malogrado Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal de 2007. Esta opción hubiera facilitado una construcción de la teoría jurídica del delito de la persona jurídica diferenciada de la tradicional basada en la culpabilidad, si bien aunque no ha sido ésta la opción del legislador español, es el camino dogmático que debe seguirse, en tanto que la Responsabilidad de la Persona Jurídica no puede afirmarse en el plano penal como la “Culpabilidad de la persona jurídica”.

Otro escollo para aceptar la responsabilidad penal de la persona jurídica ha derivado del propio concepto de “pena” como la consecuencia jurídica diferenciadora del Derecho penal derivada de la comisión del hecho tipificado como delito por el ser humano capaz de comprender la ilicitud de sus hechos y de actuar de acuerdo a esa comprensión. Siendo esto cierto, también es verdad que la única pena específica para la persona física (que por otra parte es la que caracteriza al Derecho penal) es la pena de prisión. Efectivamente, no es posible “condenar a galeras” a una Sociedad Anónima, pero esta característica

de la persona individual como sujeto de la pena privativa de libertad no es defendible atendiendo otras penas, como las privativas o restrictivas de derechos o las penas pecuniarias, las cuales también podrían ser cumplidas por las personas jurídicas.

En este sentido, la pena a la persona jurídica será la resultante de una transferencia o impregnación de la responsabilidad de las personas físicas a la persona jurídica. Por ello lo que debe de hacer el legislador, una vez ha optado por esta vía de determinar directamente la responsabilidad penal de la persona jurídica en el articulado del Código Penal, es determinar claramente y de forma concisa cuales son los presupuestos legales que permiten taxativamente esa transferencia de responsabilidad. Esos presupuestos no serán en ningún caso de declaración de culpabilidad de la persona jurídica, sino de atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica.

La incorporación de consecuencias jurídicas derivadas del delito que no están basadas en la culpabilidad no es nueva en el Derecho penal. Así, cuando se afirma la aparición de la medida de seguridad para el sujeto individual inimputable como consecuencia jurídica derivada de la realización de un hecho tipificado como delito, se está admitiendo la respuesta penal sobre la negación de la capacidad de culpabilidad del sujeto, regulando incluso en estos casos, la responsabilidad civil derivada del delito, para estos hechos realizados por sujetos sin capacidad de culpabilidad.

En cualquier caso, la responsabilidad penal de la persona jurídica no limita la responsabilidad individual por el hecho cometido, sino que viene a incrementar su efectividad. O, al menos, esa es su intención, en tanto que la responsabilidad colectiva viene a reforzar la individual, en tanto que su finalidad consiste en que las propias personas jurídicas adopten medidas de organización que impidan la realización de hechos delictivos y, en su caso, permitan su esclarecimiento y denuncia.

Afirmado lo anterior, **el peligro que se corre es el de caer en la responsabilidad penal objetiva de la persona jurídica**. Hay que establecer instrumentos interpretativos que impidan la aplicación de la responsabilidad objetiva de la persona jurídica, por lo que deberá de fundamentarse en última instancia en componentes humanos y subjetivos precisos y reglados.

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal señala lo siguiente: *“Para la fijación de la responsabilidad de las personas jurídicas se ha optado por establecer una doble vía. Junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la respon-*

*sabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados, **naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación***”.

No es posible hacer una simple traslación de la responsabilidad penal de un sujeto que realiza una conducta penalmente relevante en el seno de una empresa a la Persona Jurídica titular de la misma, en tanto que eso sería simplemente asumir criterios de responsabilidad objetiva incompatibles con los principios garantistas del Derecho penal. La responsabilidad penal de la persona jurídica no suplanta las posibles responsabilidades individuales. Se podría decir que el sistema adoptado sigue construido sobre el delito concebido como “el hecho humano típico, antijurídico y culpable”, si bien, en el momento de determinar la responsabilidad, con fines preventivos, se complementa con este sistema de responsabilidad directa de la persona jurídica. Como se ha dicho antes, se trata de incorporar con todas sus consecuencias la “ficción jurídica” de la persona jurídica al ordenamiento jurídico penal. Por las reglas de imputación específicas que recoge el Código Penal, van a venir determinadas, de un lado, por la comisión de delitos, en su nombre o por su cuenta, y en su provecho por las personas que tienen el poder de representación en las mismas, es decir, aquellas personas sobre las que recae la capacidad de decisión y de actuación de la persona jurídica; o -por otro lado- por sus empleados, en cuyo caso solo será determinable la responsabilidad de la persona jurídica en aquellos casos en los que no se ha ejercido el debido control por parte de sus responsables.

El primer caso, en la determinación directa de responsabilidad penal de la persona jurídica derivada de la conducta delictiva de las personas físicas que tienen poder de representación y actúan en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, en la práctica no varía mucho la respuesta penal que ofrece el nuevo artículo 31bis CP –tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio-, si se tiene en cuenta la anterior responsabilidad solidaria del pago de la multa impuesta al administrador o gestor de la persona jurídica y la posible aplicación de alguna de las Consecuencias Jurídicas del artículo 129 Cp. En este caso estaríamos más en un “cambio de etiquetas” que podría dar lugar a un desarrollo de la literatura de la dogmática penal sin grandes consecuencias prácticas.

El segundo caso, si supone una auténtica novedad en la legislación penal española, extendiendo la responsabilidad penal y, por tanto, los efectos de las decisiones judiciales en este ámbito, a conductas realizadas en el seno de la actividad de la persona jurídica por personas

individuales que no tienen el poder de decisión y actuación de la misma. En esta segunda modalidad, para proceder a la imputación de la responsabilidad a la persona jurídica no bastará la determinación de la culpabilidad individual de la persona física que ha actuado ilícitamente, incluso cuando ésta lo haya realizado en la actividad societaria y en provecho de la persona jurídica. Para proceder a determinar la responsabilidad de la persona jurídica deberá afirmarse además la infracción del deber de control por los responsables individuales establecidos en el organigrama de la Persona Jurídica., en tanto que la responsabilidad de la persona jurídica no derivará directamente del delito cometido por la persona individual, sino de la previa falta del debido control *por las personas físicas obligadas al mismo a las que estaban sometidas los autores del delito*. Por lo que la imputación de la responsabilidad penal de la persona jurídica deberá ser siempre motivada en relación al caso concreto, atendiendo al cumplimiento ex-ante de los deberes de buen gobierno y organización implantados en el seno de la persona jurídica (compliance) y de su efectivo cumplimiento, para cuya motivación el Juez o Tribunal deberá determinar dicha violación de los deberes de control en el funcionamiento de la persona jurídica atendiendo a la complejidad de la actividad a la que se dedica y al tamaño de la misma. Se trata como se indicará más adelante, de trasladar a la propia Persona Jurídica la obligación de evaluación de los riesgos de comisión de hechos delictivos que pudieran realizarse en desarrollo de su actividad social y de establecer unos mecanismos de control eficaces.

En definitiva, resumidamente, son dos los modelos de imputación del hecho a la persona jurídica por los que ha optado el Código Penal español en su artículo 31Bis. La imputación de los hechos realizados por quienes ostentan directamente la capacidad de “voluntad” y de actuación de la persona jurídica, estableciéndose una doble vía de respuesta penal: la individual, basada en la culpabilidad del sujeto que realiza la conducta típica y antijurídica, y la responsabilidad directa de la persona jurídica en nombre de la cual y en provecho de la cual se actúa. Por otra parte, la segunda modalidad de imputación de los hechos delictivos a la persona jurídica, basada en un defecto de organización en la labor de vigilancia y control, se basa en la atribución a la persona jurídica de la responsabilidad penal por la violación del deber de vigilancia por quien tiene el deber de hacerlo de acuerdo con la organización concreta de la sociedad habiéndose realizado un hecho típico y antijurídico por quien no tiene ese poder decisorio en la misma, pero ha actuado en provecho de ella.

Debe advertirse que esta doble vía es la que incluyen todos los instrumentos internacionales citados en la exposición de motivos de la Ley.

Si bien, en su transposición la normativa internacional no obliga en ningún caso a incorporar directamente la responsabilidad penal de la persona jurídica en los textos penales, permitiendo que cada Estado, atendiendo a las normas propias de su derecho interno articule las medidas eficaces, bien como hacía el Código penal español hasta el momento, con las llamadas Consecuencias Accesorias del artículo 129 CP, bien con la utilización de normas sancionadoras de derecho Administrativo. En definitiva, puede afirmarse que para el Derecho penal “Europeo” en sentido amplio era Derecho penal de la Persona Jurídica, tanto la respuesta propiamente penal como la sanción administrativa imponible a la persona jurídica como consecuencia de la realización en sus actividades sociales de hechos delictivos.

La necesaria traslación de responsabilidad directa a la Persona Jurídica (penal o de otra naturaleza) se establece por la absoluta ineficacia mostrada en la imposición de penas exclusivamente a la persona física, en tanto que el entramado organizativo de la persona jurídica y su patrimonio quedaría intacto, incentivándose la formulación de estructuras de irresponsabilidad en el propio entramado organizativo de la sociedad, y fórmulas de desviación de la responsabilidad hacia niveles medios de la empresa. La obligación de autoregulación de la empresa y la responsabilidad derivada de los defectos de organización por falta de vigilancia y control lo que persigue es precisamente lo contrario: que la estructura organizativa de la propia sociedad establezca los mecanismos de prevención y detección de cualquier actividad delictiva en su seno.

La gran novedad, derivada de las obligaciones de armonización de la legislación penal en la materia, es la respuesta que deben otorgar los Ordenamientos Jurídicos a las actividades delictivas realizadas en el seno de la Persona Jurídica, es la que supone la atribución de responsabilidad por “defecto de organización”. Al respecto, de los textos internacionales se deriva una doble respuesta jurídica, siendo menos intensa la respuesta cuando la responsabilidad es derivada de defecto de organización, mientras que es más fuerte cuando deriva de la actuación de quienes tienen la responsabilidad directa del actuar de la Persona Jurídica. Sin embargo el legislador español ha optado por unificarlas con la previsión de una respuesta penal de la misma intensidad.

En cualquier caso, como se ha señalado, **no es posible hablar de culpabilidad de la persona jurídica**, en tanto que la misma es un elemento de la categoría dogmática del delito que fundamenta la reprochabilidad individual por el hecho realizado. Ello no supone, sin embargo una objeción a construir nuevas categorías jurídicas en un Derecho penal que debe adaptarse a la sociedad globalizada actual.

Por ello, la **atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica aparece como complemento (no como sustituto) del Derecho penal de la culpabilidad que seguirá siendo el Derecho penal de la persona individual**. La elaboración de una teoría jurídica del delito donde tenga lugar la integración de la implantación de una posible imputación penal de la persona jurídica por hechos delictivos realizados en el desarrollo de su actividad social, compatible con el sistema penal de responsabilidad individual es perfectamente posible. La responsabilidad de la persona jurídica, en este caso, no se fundamentaría en el juicio de reprochabilidad basada en la culpabilidad biopsicológica del órgano o la persona física que actúa, sino sobre una **“responsabilidad por defecto de organización”**. Así la persona jurídica sería responsable cuando, en su seno, estatutariamente y en su beneficio, con posibilidad de conocer la ilicitud del hecho, se adoptan o ejecutan acuerdos delictivos o se ejecutan acciones delictivas que no son impedidas por los órganos competentes.

Debe advertirse que el cambio producido en el Código Penal español en el artículo 31bis con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio respecto de los delitos cometidos en el seno de la actividad propia de los entes colectivos es solamente relativo. El artículo 31 bis se limita a la responsabilidad penal de la persona jurídica, considerando por persona jurídica exclusivamente aquellos colectivos a los que el Derecho Privado les reconoce esta cualidad (Sociedad Anónima, Sociedad Limitada, Sociedad Encomandita por acciones, Sociedad Cooperativa, Sociedad Anónima Laboral...) si bien, mantiene la **vía intermedia de las Consecuencias Accesorias del artículo 129 CP, para los delitos cometidos en el seno de entes o colectividades que no están dotadas de personalidad jurídica propia** (Comunidad de Bienes, Sociedades Civiles). El distinto tratamiento teórico y la distinta fundamentación dogmática de la respuesta penal frente a estos dos tipos de colectividades (las dotadas de personalidad jurídica propia y las que no tienen esta característica) en la práctica –sin embargo- no va a existir.

En este sentido, el artículo 129 CP, en su redacción definitiva tras la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, queda redactado como sigue:

*«1. En caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor*



*del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.*

2. *Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior solo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, **o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.***

3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7.»

La clausula genérica de remisión a los delitos por los que el Código Penal permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas, así como la remisión expresa –ahora como consecuencias accesorias- al catálogo de penas previsto en el artículo 33.7 (apartados a) a g)) CP, para la persona jurídica, muestra –en la práctica- un paralelismo de respuesta estatal previsto para ambos tipos de colectividades, si bien, en un caso –cuando la organización está dotada de personalidad jurídica propia- como pena, mientras que en otro caso –cuando la colectividad no está dotada de una personalidad jurídica diferenciada de la de sus socios- como consecuencia accesoria.

La diferencia teórica es esencial, en tanto que las colectividades sin personalidad jurídica propia siguen sin ser sujetos a los que se les atribuye responsabilidad penal directa, a diferencia de los entes reconocidos por personalidad jurídica propia. Sin embargo, en la práctica, la única diferencia radica en la no previsión de la multa como consecuencia accesoria, por carecer las colectividades sin personalidad jurídica propia de un patrimonio independiente de la de los individuos que la componen; así como la propia disolución de la persona jurídica con la consiguiente pérdida de la personalidad jurídica, por carecer de ella. Tal vez, a efectos prácticos, todo hubiera sido más fácil con la simple inclusión en el catálogo de consecuencias accesorias del antiguo artículo 129 CP de la multa y una revisión de los delitos y faltas de la parte especial en el que se incluyera la previsión de su adopción.

Cierto es que el título de imputación a estos entes o colectividades sin personalidad jurídica es más relajado, siendo discutible si sería aplicable la medida en caso de “defecto de organización”, por carecer en

la mayor parte de una estructura compleja organizativa. En cualquier caso, al ser la respuesta penal una consecuencia accesoria, derivada de lo que podría llamarse una responsabilidad indirecta de la empresa, las medidas a imponer tendrán su fundamentación exclusivamente en la prevención de la continuidad delictiva y los efectos de la misma.

Se ha comentado, probablemente con razón, la escasa utilización de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP (previo a la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio) por la Jurisprudencia. Siendo cierto esto, el problema no se encuentra en su conceptualización formal en la parte general del Código penal, sino más bien en su escasa expresa previsión en las distintas figuras delictivas de la parte especial del Derecho penal que recogía el Código Penal Español de 1995, en su redacción originaria de Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Como cualquier otra consecuencia jurídica del delito, su determinación e individualización judicial solo tiene lugar en aquellos delitos para los que expresamente estén previstos. Las reformas del Código penal operadas por las Leyes Orgánicas 5/2010, de 22 de junio y 1/2015, de 30 de marzo, prevén en un amplio grupo de delitos la posible determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica y, con ella, su traslación -como consecuencias accesorias- a estos entes colectivos sin personalidad jurídica propia.

Ahora bien, podría darse una paradoja, en tanto que la pena prevista para la persona jurídica debe estar, de un lado, recogida expresamente en la descripción de la correspondiente figura delictiva de la parte especial, y, de otro lado, determinar su imputación atendiendo a las reglas de imputación del artículo 31 bis CP. Es decir, deberá estar prevista expresamente en su calidad y cantidad, además de poder afirmarse su comisión por los individuos que ostentan su representación y actuar en su nombre y provecho, o bien, por empleados de la persona jurídica en beneficio de la misma cuando no exista el debido deber de vigilancia y control por parte de los responsables de la misma. La pena a la persona jurídica podrá negarse cuando los órganos internos de la misma hayan actuado correctamente, de acuerdo a derecho, sin que tampoco puedan imponérsele las consecuencias accesorias del artículo 129 CP al señalar expresamente que están previstas para aquellas colectividades que “carecen personalidad jurídica”. Mientras que estas consecuencias accesorias si podrán aplicarse a los entes sin personalidad jurídica propia.

Obsérvese que la expresión “delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de...” abarca un ámbito de conductas muy superior al del artículo 31 bis CP, en el que se recogen las reglas de imputación de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

### 3. Formas de atribución de la responsabilidad jurídica a las personas jurídicas

La respuesta penal ofrecida por el artículo 31bis CP, aunque discutible sobre todo desde un punto de vista dogmático, trata de afrontar el problema de la sociedad del riesgo y del aumento de la complejidad social derivada de un mundo económicamente globalizado. Con ella se traslada a las propias organizaciones una función hasta el momento de carácter público, de control y vigilancia de su propia actividad.

El mundo global sobre todo en el ámbito económico, obliga a introducir elementos del sistema jurídico anglosajón en las estructuras jurídicas continentales. Así, la responsabilidad penal de la persona jurídica está íntimamente unida al “buen gobierno corporativo”, al sistema de prevención de riesgos laborales y a las normas de organización y control derivadas del blanqueo de capitales. En definitiva lo que se trata es de que las empresas se autoregulen con el fin de ponerse junto a los poderes públicos en la labor de controlar los nuevos riesgos, proteger a accionistas y socios individuales, a los consumidores y usuarios, evitando hechos delictivos. De esta forma se puede considerar un pacto entre el Estado y el poder corporativo, en el que a cambio de los beneficios derivados de la responsabilidad limitada y la libertad económica, el poder corporativo se compromete a colaborar con determinados fines públicos mediante una labor interna de prevención, vigilancia y control de todos los ámbitos de su actividad de los que podrían derivarse hechos delictivos.

Se parte de la idea de que la empresa encuentra mejores condiciones que el Estado para controlar el comportamiento de sus agentes. Por otra parte, con esta fórmula se obliga a los socios y a la cúpula empresarial a considerar que forma parte de la gestión de la entidad el preocuparse por la prevención de hechos delictivos. De otra forma esta función organizativa social puede verse relajada. Si con la comisión de hechos delictivos en provecho de la persona jurídica ésta obtiene más beneficios que finalmente son repartidos en dividendos a los socios o accionistas, si no existe responsabilidad, poco se incita al control y prevención de la actividad delictiva. Al poder imputar directamente la responsabilidad por el hecho delictivo derivado del defecto de organización a la propia sociedad obliga a sus órganos y miembros a acentuar ese deber de control. La filosofía subyacente es que el medio más efectivo para controlar externamente una organización consiste en hacer responsable de lo que en ella ocurra al sujeto que ostenta la mayor capacidad de decisión en la sociedad, transfiriendo las consecuencias de sus actos a la propia sociedad. Se trata de obligar a la sociedad a

articular un código de buena conducta corporativa eficaz, lo que en el ámbito anglosajón vienen a desempeñar los llamados compliance.

Para paliar la posible inclusión en la violación de los principios de *ne bis in idem* y de proporcionalidad, el artículo 31ter.1 último inciso CP (tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo) señala lo siguiente: *“Cuando como consecuencia de los mismos hechos se imponiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos”*.

### 3.1. Por los hechos realizados por sus directivos

La primera forma de imputación a la persona jurídica es **por los hechos realizados por sus directivos**. es la recogida en el apartado a del artículo 31.1 bis CP Español (en la redacción dada por la LO1/2015, de 3º de marzo) .: *“En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica y ostentan facultades de organización y control dentro de la misma”*.

Parece que esta modalidad no plantea problemas prácticos respecto del sistema vigente con anterioridad a la admisión de la responsabilidad penal de la persona jurídica, especialmente tras la entrada en vigor del art. 31.2 CP español tras la reforma operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Se trataría de la **atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica por lo que se ha llamado un “defecto de organización permanente”**, en tanto que son los propios individuos que tienen capacidad de representación de la sociedad los que realizan individualmente el hecho típicamente antijurídico. Si bien si los plantea desde un punto de vista dogmático, al admitir una responsabilidad de doble vía: la individual de la persona física que actúa en nombre o por cuenta de la persona jurídica, y en su provecho, y la de la propia persona jurídica.

El título de imputación a la persona jurídica va a venir derivado de la previa determinación de la responsabilidad individual de aquellos que ostentan el poder de representación de la persona jurídica. Se puede afirmar que en este caso la responsabilidad de la persona jurídica nace como consecuencia de un “hecho propio”, en tanto que la persona física que materialmente realiza el hecho delictivo (y que será el autor del delito) actúa con un poder de representación y autoridad

directa en nombre de la Persona Jurídica, posibilitando así la heterorespuesta penal. En definitiva, los actos de los órganos que tienen poder de representación y decisión en la sociedad son actos de esta última, afirmándose un vínculo estructural entre el delito y la Persona Jurídica.

El inciso primero del apartado 1 del artículo 31 ter ((en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo) pudiera dar lugar a dudas interpretativas, al señalar que *“La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella”*. Pudiendo interpretarse erróneamente la afirmación de la responsabilidad de la persona jurídica al margen de la responsabilidad individual de sus representantes. Al respecto, lo que señala que es posible la determinación de la responsabilidad de la persona jurídica sin individualizar la concreta persona física que haya realizado el hecho, si bien el hecho individual debe quedar fehacientemente constatado.

Por su parte, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, para estos casos recoge en el nuevo artículo 31bis.2 un modelo de exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los hechos delictivos ejecutados en su nombre y en su beneficio por quienes están autorizados a actuar en su nombre, con la siguiente redacción:

“2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

- 1.<sup>a</sup> el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;
- 2.<sup>a</sup> la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;
- 3.<sup>a</sup> los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y
- 4.<sup>a</sup> no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.<sup>a</sup>

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena”.

Se trata, en cualquier caso, de hechos realizados por los representantes de la persona jurídica en su nombre y provecho, no entrarían aquí los realizados contra los propios intereses de la persona jurídica, en provecho exclusivo del propio sujeto individual que actúa, en tanto en este caso se trataría de un delito individual común en el que la persona jurídica se convertiría en sujeto pasivo del delito o, al menos, en perjudicado.

### **3.2. Por falta del deber de vigilancia. Hechos realizados por sus empleados. “Responsabilidad por defecto de organización”**

La novedosa previsión de imputación de la responsabilidad penal a la persona jurídica por “falta del deber de vigilancia” del apartado b) del artículo 31.1 bis CP obliga a la empresa a adoptar medidas de auto-organización preventivas, asumiendo la empresa parte del gasto público que genera la administración de Justicia, promoviendo una producción socialmente responsable, entroncándolo con la responsabilidad social corporativa. En estos casos de responsabilidad penal de la persona jurídica por el hecho realizado por un inferior en la organización por falta de vigilancia y control de quien en la estructura organizativa tiene el deber de llevarlo a cabo

En este sentido el apartado b) del apartado 1º del art. 31 bis completa el sistema dual elegido por el legislador español con una responsabilidad que tiene su origen en los delitos cometidos en ejercicio de actividades sociales y por cuenta o beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes estando sometidos a la autoridad de las personas físicas que están autorizadas para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control de su actividad, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso. Se trata en este caso de un gravamen derivado de un *hecho* susceptible de ser calificado como *propio* de la persona jurídica, por un defecto de organización interna. Esta opción legislativa se enfrenta a la crítica doctrinal en la medida en que conecta un defecto organizativo o de control con el resultado doloso producido por un tercero. Sin embargo, esta segunda opción se aproxima más al concepto de responsabilidad autónoma de la persona jurídica como consecuencia de su deficiente organización.

El problema puede surgir en la interpretación de la expresión *deberes de supervisión, vigilancia y control sobre los autores del hecho*, enunciado un tanto impreciso y susceptible de evocar previsiones de muy amplio espectro, con origen no solo en la prolija legalidad vigente, sino también en los acuerdos sectoriales, estatutarios o incluso en la práctica mercantil y comercial no escrita. Por ello, en la práctica será muy importante la determinación de infracciones penales descritas en la parte especial del Derecho penal de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Habrá que analizar la regulación sectorial en cada caso para determinar, de un lado, el marco organizativo exigible en cuanto a código de conducta dentro del organigrama interno de la persona jurídica y, de otro lado, el cumplimiento ex-ante del mismo, para poder afirmar esa conectividad (difícilmente puede hablarse de causalidad) entre el hecho doloso realizado por el sujeto individual que no tiene poder de representación de la persona jurídica y la relación de los sistemas de control internos de la persona jurídica. Solo cuando no se haya cumplido el deber de vigilancia establecido en el código de conducta social de la empresa, podrá afirmarse la atribución de la responsabilidad de la persona jurídica por el hecho tipificado como delito por el sujeto que ocupa un nivel jerárquico inferior en la estructura de la empresa.

El legislador español en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, optó (y esto es muy criticable y dará lugar a serias controversias en la aplicación jurisprudencial) por asumir directamente la responsabilidad penal de la persona jurídica en estos casos de defecto organizativo en la tareas de vigilancia y control interno en igualdad de términos que la derivada de la actuación realizada por quien tiene la capacidad de representación y decisión de la misma. Es decir, en aquellos casos en los que basta la constatación de la infracción por un empleado de la misma (sin capacidad decisoria en el seno de la organización) por un simple ejercicio defectuoso de las facultades de vigilancia y control de quien viene obligado a su ejecución de acuerdo con las normas de organización interna de la sociedad.

Se trata de una especie de responsabilidad de la sociedad por no haber organizado correctamente su proceso de producción.

Las Decisiones Marco de la Unión Europea citadas en la Exposición de Motivos, de la LO5/2010, de 22 de diciembre, que justifican la adopción en la legislación penal española la responsabilidad directa de la persona jurídica, sin embargo, optaban por una doble intensidad en la respuesta del Ordenamiento Jurídico frente a la persona jurídica., estableciendo una mayor dureza en la respuesta cuando el delito era cometido por un directivo de la entidad con capacidad de representación,

que cuando era cometido por un subordinado. Será la jurisprudencia la que deberá ir matizando la intensidad de la respuesta en cada caso concreto. Atendiendo a un doble criterio:

- La actividad a la que se dedica la persona jurídica en el tráfico mercantil. Criterio que podría calificarse de cualitativo. .
- El grado de complejidad organizativo que presenta la concreta persona jurídica, no siendo igual la estructura exigible a una multinacional que a una pequeña empresa. Criterio que podría calificarse de cuantitativo.

La opción elegida por el legislador español, en este sentido, en la parte general del Derecho penal da lugar a la atribución de la responsabilidad penal de la persona jurídica en todo caso en el que se aprecie una falta de organización que permita la comisión de un hecho tipificado como delito en la parte especial por cualquiera de las personas físicas que forman parte de la sociedad, aún cuando éstas ocupen un lugar jerárquico inferior, sin capacidad de representación de la persona jurídica. En este sentido, el defecto de organización permitirá atribuir a la persona jurídica directamente la responsabilidad penal por los hechos tipificados como delito, dolosos o imprudentes, realizados por sus empleados. En sentido contrario, la responsabilidad penal de la persona jurídica no podrá ser determinada, aún cuando alguno de sus empleados realice uno de los hechos tipificados como delito, en aquellos casos en los que el código de conducta de la sociedad incorpore todas las medidas organizativas razonables e indispensables para impedir la infracción cometida, y estas medidas estén convenientemente implementadas. Los comportamientos individuales aislados que no deriven de un defecto de organización en el sistema de vigilancia y control corporativo no darán lugar a la atribución a la persona jurídica de la responsabilidad penal. En el caso contrario se estaría hablando de responsabilidad objetiva, incompatible con los principios básicos del Derecho penal.

La LO 1/2015, de 31 de marzo, aclara lo expuesto, en los apartados 4 y 5 del nuevo artículo 31 bis CP español, al establecer lo siguiente:

“4. 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.

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.



5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.<sup>a</sup> del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:
- 1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.
  - 2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.
  - 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
  - 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.
  - 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.
  - 6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.»

La implementación de esta fórmula en el Derecho penal contacta con el concepto de la responsabilidad social de la empresa jurídica. Va a obligar a las distintas empresas a adoptar una serie de medidas de control y gestión dirigidas a impedir o dificultar la comisión de hechos delictivos, dolosos o imprudentes, por parte de sus empleados y, en caso de que se comentan, permitan a la sociedad localizar al infractor y reparar el daño. Se trata de implantar una ética empresarial que procure generar una cultura corporativa que fomente el respeto a la Ley. Por ello en la organización empresarial, conjuntamente con la estrategia económica dirigida a la consecución de beneficios, en paralelo, deberá estructurarse un código de “buen gobierno”, un código ético de conducta, en el que se incluya un organigrama de vigilancia y control de los distintos sujetos que conforman la sociedad. En ese sistema organizativo deberán delimitarse responsables de dicho control, dependiendo su complejidad de la propia complejidad que presente la sociedad.

Llegados a este punto es obligado hacerse la pregunta estrella: Si la persona jurídica va a ser responsable penalmente por los hechos cometidos por sus dirigentes o empleados como consecuencia derivada de

lo que se ha llamado “defecto de organización”: ¿qué debe considerarse organizar bien una empresa?

Se trata de incorporar una serie de instrumentos consistentes en Códigos de prevención en los que se establezcan normas de conducta, comités de ética empresarial, códigos de buena conductas, procedimientos para que cualquier empleado de la empresa pueda comunicar al responsable de la vigilancia y control la posible comisión de un hecho tipificado como delito, programas de formación de directivos y empleados, etc. En definitiva, se incorpora de la mano del Código Penal a la empresa la obligatoriedad de la introducción de un Código de Buen Gobierno Corporativo, tales como los ya existentes en las sociedades que cotizan en los Mercados de Valores. Realmente estos Códigos de Buen Gobierno Corporativo van a depender de la actividad concreta en la que desarrolle sus actividades la Sociedad. Algunas Decisiones Marco de la Unión Europea y normas estatales sectoriales ya obligan a las empresas a establecer una serie de conductas dirigidas a la prevención de actos delictivos en su actividad, tal como ocurre en el ámbito de la prevención de riesgos laborales (RD 604/2006) en la prevención del Blanqueo de capitales y financiación del terrorismo (Ley 10/2010, de 28 de abril) o en materia de legislación medioambiental.

A rasgos generales podría afirmarse que cualquier Código de buen gobierno societario debe incluir:

- La necesidad de contar con normas de conducta preventiva y de formación a sus dirigentes y empleados. En dicho código de conducta se determinarán los principios y reglas generales de actuación de directivos y empleados de la sociedad, con el fin de prevenir o descubrir la realización de hechos delictivos.
- El diseño de un Código de prevención en el que se realice una la evaluación de los posibles riesgos de comisión de delitos, dependiendo de la actividad concreta a la que se dedique la sociedad, estableciendo los controles internos de vigilancia y control de los mismos. Cada empresa debe realizar su propio análisis del riesgo atendiendo a su actividad, estableciendo los sectores y momentos en los que es más probable que aparezcan fenómenos delictivos
- Establecimiento de una organización jerárquica –dependerá del tamaño de la sociedad- en la que se determine expresamente las personas físicas encargadas de ejecutarlas y los controles internos para prevenir y detectar este tipo de comportamientos delictivos. Estos sujetos deberán tener el derecho a recabar y obtener todo tipo de información y asesoramiento necesario para el cumplimiento de las labores de supervisión que tengan encomendadas. De esta forma la propia empresa puede generar material probatorio frente a la

posible comisión de un hecho delictivo, facilitando la localización de sus responsables y evitando la atribución de la responsabilidad penal a la Persona Jurídica.

- Establecimiento de medidas de transparencia de la sociedad, con controles externos de la misma (administración, sindicatos...).
- Establecimiento de un sistema de comunicación de posibles situaciones delictivas detectadas por parte de cualquier empleado de la sociedad, sin posibilidad de represalias por su actuación.
- Establecimiento de un sistema periódico de revisión de las normas de prevención, en tanto que la tecnificación de la actividad delictiva está siempre en permanente evolución y desarrollo.

Realmente, con la opción legislativa adoptada lo que se trata es de implementar un sistema de responsabilidad social, en el que el buen gobierno corporativo consiste en garantizar el respeto a la Ley y en tener una producción respetuosa con el entorno. Se trata de una delegación del control social estatal de la empresa a la propia sociedad haciéndola co-responsable del sistema, fruto de la pérdida de eficacia de los ordenamientos jurídicos nacionales frente a la globalización económica. De esta forma, el Estado cede el monopolio del intervencionismo en la regulación del mercado, haciendo copártcipe a la propia entidad corporativa, haciendo a ésta responsable de su propia auto-organización regulada y de la gestión de las normas de comportamiento. No se trata de una ausencia de Estado, sino de una forma de control estatal más eficaz, haciendo responsable a la Persona Jurídica de la labor de cumplimiento de las normas de buen gobierno corporativo. En este sentido este artículo 31 bis CP español viene a incorporar en el Derecho penal, como última forma de control social formalizado, nuevos mecanismos destinados a obtener un mayor dominio sobre las personas que se integran en una organización, con el fin de que éstas adopten nuevos modelos de conducta.

Como se ha señalado las normas internacionales consideran esta vía válida en el ámbito del medio ambiente, a la protección de la salud de los trabajadores, de los consumidores, de los accionistas, de los inversores, en relación al blanqueo de capitales y respecto de la financiación del terrorismo. En todos estos sectores la normativa administrativa va obligando a las sociedades a adoptar determinadas normas organizativas destinadas a complementar la labor de sancionadora de la propia Administración. Esas normas administrativas sectoriales (como la guía de riesgos laborales en la empresa de obligatoria inclusión en la gestión empresarial) serán la base de la estructura y organización del Código de prevención de la sociedad.

Otro problema se plantea en el cambio de la cultura social de la empresa. En unos casos será la propia Administración la que, por Ley, deberá establecer unos principios genéricos que las empresas habrán de desarrollar, dialogando con la administración el modelo de organización de cada empresa, como puede ocurrir en materia de riesgos laborales donde se exigen los sistemas de prevención de riesgos laborales donde intervienen representantes de la empresa, de las organizaciones sindicales y de la propia administración laboral. En otros casos, se podrá incentivar a las empresas a adherirse a modelos de gestión, como puede ocurrir con la industria y las auditorías ambientales.

En cierto modo, con la estructura propuesta se establece una especie de “deber de garante corporativo” por parte de la Persona Jurídica respecto de las actuaciones realizadas por sus directivos o empleados. Se obliga a la Persona Jurídica, a través de una discutida y discutible responsabilidad penal directa, a la adopción de medidas para prevenir o descubrir delitos previos a su comisión. Realmente lo que se está castigando es la infracción de los “deberes de colaboración impuestos” por el Estado, en tanto que la Persona Jurídica sin un Código de Buen Gobierno se puede convertir en un “sujeto peligroso por la ausencia de controles internos”. La efectiva comisión de un delito ante esa ausencia de controles internos por parte de la persona jurídica (que conformaría el hecho propio del que derivaría la atribución de responsabilidad penal) se convertiría en una especie de “condición objetiva de punibilidad”, en tanto que sin ese hecho externo, independiente de la “voluntad” de la persona jurídica, de la simple ausencia de controles internos no derivaría una responsabilidad penal para la Persona Jurídica. Obviamente la persona jurídica no puede responder por cualquier hecho delictivo realizado por sus dirigentes o por sus empleados, de lo contrario estaríamos ante una responsabilidad objetiva pura y dura, y ésta es absolutamente rechazable en el Derecho penal. La omisión de las pautas de conducta derivadas del Código de Buen Gobierno Corporativo, será la que permitirá la atribución a la Persona Jurídica la responsabilidad penal (acumulativa a la correspondiente individual) por el hecho delictivo realizado por sus dirigentes o por sus empleados.

Por otra parte, el artículo 31quater CP Español, recoge una serie de conductas por parte de la Persona Jurídica que, realizadas ex-post, tendrán eficacia atenuante en la determinación de la pena a imponer.

“Solo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con pos-

terioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
- b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
- c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
- d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”.

Realmente, aún cuando no se incluyen cuales son las normas de buen gobierno corporativo previas a la comisión del delito, de las circunstancias atenuantes, cuando la persona jurídica actúa ex-post, con posterioridad a la comisión del hecho delictivo por sus dirigentes o empleados, pueden extraerse cuáles son estas normas que deberán ser implementadas ex-ante (como forma de prevención) para no responder por los hechos delictivos realizados por sus dirigentes o empleados. Sobre todo la recogida en el apartado d) de modo que si con anterioridad a la comisión del delito estas medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos futuros con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica se hubieran implementado, la responsabilidad penal de la persona jurídica por el hecho cometido no podría afirmarse.

#### **4. Parte general/parte especial**

Tras una rápida lectura del artículo 31 Bis CP, para su complementación práctica es imprescindible acudir a la parte especial del Código penal para determinar exactamente en qué tipologías delictivas y de qué forma prevé el Código penal la responsabilidad penal de la Persona Jurídica, o dicho de otra manera, en qué tipo de actividades sociales exige el texto punitivo la implementación en la organización de unas normas de buen gobierno corporativo eficaces en la lucha contra el delito. Es decir, solo en aquellas figuras delictivas en las que como con-

secuencia del defecto de organización (de la relajación de los sistemas de vigilancia y control autoexigibles a la sociedad) se prevea la responsabilidad penal de la Persona Jurídica es donde puede afirmarse que le es exigible penalmente ese tipo de regulación interna con efectos penales. Ello deriva obviamente del principio de intervención mínima del Derecho penal.

Opta el texto por un sistema de incriminación específica que se concreta en la previsión expresa de comisión del delito utilizando en la mayor parte de los casos la fórmula *en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica*, respecto de las siguientes infracciones penales: *Delito de tráfico ilegal de órganos (artículo 156bis)*, *Delito de trata de seres humanos (art. 177 bis)*, *delito de utilización de menores de edad e incapaces en espectáculos exhibicionistas o pornográficos (art. 189.bis)*, *delito de descubrimiento y revelación de secretos (art. 197.3 párrafo segundo)*, *delito de estafa (art. 251 bis)*, *delito de insolvencias punibles (artículo 261bis)*, *delito de daños en sistemas de información (art. 264.4)*, *delitos del Capítulo XI relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores conforme a la previsión del art. 288*, *delitos de receptación y blanqueo de capitales (art. 302)*; *delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis)*, *delitos contra ciudadanos extranjeros (art. 318 bis)*, *delitos relativos a la ordenación del territorio (art. 319)*, *delitos contra el medio ambiente (artículo 327 y 328 )delitos contra la salud pública (art. 369 bis)*, *delito de tráfico de influencias (art. 430)* y *delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445)*.

En cuanto a la selección de conductas típicas de la parte especial del Derecho penal, el legislador ha optado por un amplio abanico de tipos penales en los que establece responsabilidad penal de las personas jurídicas. No obstante debe advertirse que en un gran número de tipos penales lo analizado con respecto al artículo 31 bis es de discutible aplicación, sobre todo en lo previsto para los casos de inferiores jerárquicos y empleados en su actividad como consecuencia de la falta de control y vigilancia por quien tiene tal obligación en el organigrama corporativo de la persona jurídica. Este sería el caso, por ejemplo, de la extracción de órganos o la trata de seres humanos, por poner algunos ejemplos, por consistir en objetos sociales ilícitos en sí mismos. Así que la previsión de pena a la persona jurídica se acerca más a las consecuencias accesorias anteriores que a la propia responsabilidad penal del artículo 31 bis (esto habría que estudiarlo con más profundidad, pero creo que no plantea problemas mercantiles).

En otros casos es la propia normativa administrativa la que ya incorpora los deberes de control interno que deben funcionar en la

sociedad, atendiendo a los fines sociales de la actividad que desarrolla y la previsión de los posibles delitos que podrían cometerse atendiendo a la misma, como, por ejemplo ocurre con la Ley 10/2010 de de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, en cuyo capítulo IV se recogen las normas de control interno, en el que se establece que:

- “Los sujetos obligados, con las excepciones que se determinen reglamentariamente, aprobarán por escrito y aplicarán políticas y procedimientos adecuados en materia de diligencia debida, información, conservación de documentos, control interno, evaluación y gestión de riesgos, garantía del cumplimiento de las disposiciones pertinentes y comunicación, con objeto de prevenir e impedir operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. Dichas políticas y procedimientos serán comunicados a las sucursales y filiales con participación mayoritaria situadas en terceros países” (artículo 26.1).
- Los sujetos obligados establecerán un órgano adecuado de control interno responsable de la aplicación de las políticas y procedimientos a que se refiere el apartado 1. (artículo 26.2).
- Los sujetos obligados, con las excepciones que se determinen reglamentariamente, deberán aprobar un manual adecuado de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, que se mantendrá actualizado, con información completa sobre las medidas de control interno a que se refieren los apartados anteriores (artículo 26.3).
- Las medidas de control interno a que se refiere el artículo 26 serán objeto de examen anual por un experto externo (artículo 28.1).
- El informe estará en todo caso a disposición de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias o de sus órganos de apoyo durante los cinco años siguientes a la fecha de emisión (artículo 28.3).
- Los sujetos obligados adoptarán las medidas oportunas para que sus empleados tengan conocimiento de las exigencias derivadas de esta Ley. Estas medidas incluirán la participación debidamente acreditada de los empleados en cursos específicos de formación permanente orientados a detectar las operaciones que puedan estar relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo e instruirles sobre la forma de proceder en tales casos. Las acciones formativas serán objeto de un plan anual que, diseñado en función de los riesgos del sector de negocio del sujeto obligado, será aprobado por el órgano de control interno (artículo 29).

- Los sujetos obligados adoptarán las medidas adecuadas para mantener la confidencialidad sobre la identidad de los empleados, directivos o agentes que hayan realizado una comunicación a los órganos de control interno. Toda autoridad o funcionario tomará las medidas apropiadas a fin de proteger frente a cualquier amenaza o acción hostil a los empleados, directivos o agentes de los sujetos obligados que comuniquen indicios de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo (art. 30).

## 5. Bibliografía

- AA.VV. *Compliance y Derecho Penal*, Pamplona 2011.
- AA.VV. *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Madrid 2011.
- AA.VV. *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, Romeo Casabona/Flores Mendoza (Eds), Granada 2012.
- AA.VV. *Procedimientos Administrativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, Palma Herrera (dir)/González Tapia (coord.), Madrid 2004.
- BAJO FERNANDEZ, M./FEIJOO SÁNCHEZ, B./GOMIEZ-JARA DIEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Pamplona 2012.
- BOLDOVA PASAMAR, M. A., "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española", en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXX, 2013.
- CARBONEL MATEU, J.C., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su "dogmática" y al sistema de la reforma de 2010" , *Cuadernos de Política Criminal*, 1º1, 2010.
- Circular 1/2011, de la Fiscalía General del Estado, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 e junio.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español", *Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal*, 2011, A-05.
- DEL ROSAL BLASCO, B., "La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, nº 1, del Código penal", En *Cuadernos de Política Criminal*, n. 103, 2011.



- DIAZ GÓMEZ, A., "El modelo de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la Ley Orgánica 5/2010", en *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, 13-08, 2011.
- DIEZ RIPOLLÉS, J.L., "La responsabilidad penal de la persona jurídica. Reglación española, en *Indret*. I/2012;
- GOMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Valladolid, 2011.
- MORALES PRATS, O., "La responsabilidad penal de las Personas Jurídicas, en *La Reforma Penal de 201: Análisis y Comentarios*, Dir. Quintero Olivares, Pamplona 2010;" MORILLAS CUEVA, L., "La cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica", *Anales de Derecho*, 29/2011.
- ROBLES PLANAS, R., "pena y persona jurídica: crítica del artículo 31bis del Código penal", *Diario La Ley*, 27 de septiembre de 2011.
- SILVA SÁNCHEZ (dir)/MONTANER FERNANDEZ (coord.) *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona 2013; RODRÍGUEZ FERNANDEZ, S., "Las penas aplicables a las personas jurídicas tras la reforma legislativa de 2010", en *Cuadernos de Política Criminal*, 105, 2011.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los artículos 31bis y 129 del Código Penal*, Valencia 2013.

# De nuevo sobre la Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ahora desde la mirada de una sociedad de riesgo dieciséis años después\*

DRA. MAYDA GOITE PIERRE\*\*

## Sumario

1. Una necesaria meditación introductoria sobre la sociedad riesgo
2. Panorama actual de las personas jurídicas en el Derecho penal. De la discusión dogmática a las recomendaciones “globales”. La respuesta legislativa
3. Cuba dieciocho años después del Decreto Ley 175 de 1997. Qué ha cambiado?
4. La conclusión “ya no hay polémica, ahora hay resignación”

---

\* NA. Llevo tiempo tras las huellas de las personas jurídicas en el Derecho penal, comenzó como un desafíoante “la negativa”, se hizo presente en un propósito investigativo, lo alentó el cambio de los paradigmas, ya voy llegando al final ante la ineludible presencia, no obstante, tratándose del Derecho siempre existirá algo más que decir. *Vid*, Goite Pierre, Mayda, “La Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Revista Cubana de Derecho. No 14, III época*, La Habana, 1999, pp. 3-31. Disponible en: <http://vlex.com/vid/responsabilidad-personas-juridicas-47205945> Consultada el 10/6/2015, a las 22.00. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ediciones universitarias, Minerva, Cochabamba, Bolivia, 2001, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Perspectivas del derecho cubano actual*, Editorial Reus, Tomo I, Volumen II, Madrid, 2006, “La persona jurídica como sujeto activo en el Derecho penal económico. Del mito a la realidad” en *Memorias en Homenaje al Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni*, Guatemala, 2011, “El sistema de penas aplicables a las personas jurídicas”, en *Las consecuencias jurídicas derivadas del delito y una mirada a las personas jurídicas desde Cuba y España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. Disponible en: [http://www.ceps.es/index.php?option=com\\_content&view=article&id=309:las-consecuencias-juridicas-derivadas-del-delito-y-una-mirada-a-la-persona-juridica-desde-cuba-y-espana&catid=47:ediciones-del-ceps&Itemid=75](http://www.ceps.es/index.php?option=com_content&view=article&id=309:las-consecuencias-juridicas-derivadas-del-delito-y-una-mirada-a-la-persona-juridica-desde-cuba-y-espana&catid=47:ediciones-del-ceps&Itemid=75) Consultado el 4/6/2015, a las 16.00.

\*\*Profesora Titular de Derecho penal Presidenta de la Sociedad cubana de Ciencias Penales. [mayda@lex.uh.cu](mailto:mayda@lex.uh.cu)

## 1. Una necesaria meditación introductoria sobre la sociedad riesgo

Escribir en un libro Homenaje al Profesor Terradillos hace volar la imaginación y presiona el compromiso, ¿cómo estar a la altura del intelecto, la agudeza en la palabra y la virtud de la humildad?, ésta última es la que ofrece la mano llena de confianza para expresar ideas a los que somos simple aprendiz, entonces, las gracias al maestro por permitirnos el atrevimiento de honrarlo con reflexiones donde él dicta cátedras.

El siglo XXI nos ha traído una expresión significativa, vivimos en una sociedad de riesgo<sup>1</sup> lo repetimos todos los días como un slogan, parecido al que en su día enarboló la criminología crítica, cuando refiriéndose al positivismo jurídico dijo “Nada Anda” y los medios de comunicación replican cada día ese sentimiento de “peligro” ofreciendo sustancia a lo que el profesor Zaffaroni denomina la criminología mediática<sup>2</sup>, ese panorama nos impacta y los procesos globalizantes dejan

---

<sup>1</sup> En 1999 Beck en su obra *World Risk Society*, llama la atención al considerar que en las décadas venideras nos enfrentaríamos a profundas contradicciones y paradojas desconcertantes, donde experimentaríamos “esperanzas envueltas en desesperación” ese es nuestro sentimiento actual, marcado por su mismo pensamiento, que deja al descubierto cómo cinco grandes procesos, a saber: la globalización, la individualización, la revolución de los géneros, el subempleo y los riesgos globales, marcan el reto a las sociedades que deben responder “simultáneamente” a todos esos desafíos, por supuesto, todos ellos tienen un reflejo en el Derecho y específicamente en el Derecho penal de nuestros días. *Vid*, Ulrich, Beck, *La sociedad de riesgo global*. traducción de Jesús Albores Rey, Madrid, Editorial Siglo XXI de España, edición de 2002. Editores SA pp. 34. Disponible en: <http://www.um.es/tic/LIBROS%20FCI-II/Beck%20Ulrich%20-%20La%20Sociedad%20Del%20Riesgo%20Global.pdf> Consultada el 4/6/2015, a las 16.30.

<sup>2</sup> *Vid*, Zaffaroni, Eugenio Raúl, *La cuestión criminal*, 3ra edición, Editorial Planeta Argentina, 2012, pp. 215 y ss, donde realiza un crítico análisis del papel de los medios en esa sensación de riesgo-peligro en relación al delito, que fue descubierta en el Siglo XIX de la mano de los sociólogos y en la actualidad su característica esencial está basada en el *neopunitivismo* de Estados Unidos que se expande por este mundo globalizado, donde se crea sigue diciendo un mundo de *personas decentes* frente a una masa de criminales identificadas a través de estereotipos, que configuran un ellos se-

su impronta en el Derecho y fundamentalmente en el Derecho penal, donde vivir en el riesgo<sup>3</sup> significa que los fenómenos delictivos han adquirido una dimensión diferente.

Sin embargo, en este preámbulo preferiría realizar tres escalas de análisis sobre ese *riesgo*, para ello tomaré por base a Beck en el fenómeno global del riesgo, a López Barja y Cornelius Prittwitz<sup>4</sup> con algunos matices de Diez Ripollés<sup>5</sup> para conjugar el riesgo con el Derecho penal y finalmente a Zaffaroni<sup>6</sup> desde la perspectiva del riesgo y la criminología

No hay dudas que los estudios de Beck<sup>7</sup> han marcado una impronta en su filosofía global, con lo que él denomina los retos de la *segunda*

---

parados del resto de la sociedad, por ser un conjunto de *diferentes y malos*, volveré sobre ésta idea en otro momento.

<sup>3</sup> López Barja de Quiroga, Jacobo, "El moderno Derecho penal para una sociedad de riesgos" en *Revista del Poder Judicial No 48 cuarto trimestre*. Madrid. 1997. p. 5.

<sup>4</sup> Prittwitz, Cornelius, Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo, en *Sociedad de riesgo y Derecho penal*, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2003. Disponible en: [http://www.ciencias-penales.net/descargas/idp\\_docs/doctrinas/sociedad%20del%20riesgo%20y%20derecho%20penal.pdf](http://www.ciencias-penales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/sociedad%20del%20riesgo%20y%20derecho%20penal.pdf) Consultado el 7/6/2015, a las 21.00.

<sup>5</sup> Diez ripollés, José Luis, "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado", *Revista Electrónica de Ciencia Penaly Criminología* (en línea). 2005, núm. 07-01, p. 01:1-01:37. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf> Consultado el 5/6/2015, a las 22.30.

<sup>6</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op. cit.*, *La cuestión (...)*, p. 218.

<sup>7</sup> Ulrich, Beck, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Editorial Paidós, 1986, pp. 25-26. Disponible en: <http://davidhuerta.typepad.com/files/beck-ulrich-la-sociedad-del-riesgo-hacia-una-nueva-modernidad.pdf>

Consultado el 4/6/2015, a las 15.30. El sociólogo alemán en mayo de 1986, escribía el prefacio de su obra significando que la catástrofe de Chernobil ocurrido un mes antes, lo habían convencido que los riesgos no eran del "futuro", y que tenían un gran impacto en las clases sociales pero aquejaban a todos: *los riesgos de la modernización afectan más tarde o más temprano también a quienes los producen o se benefician de ellos*, por supuesto nos encontramos ante una visión desde Norte, el Sur merece una re-lectura, sobre esto volveré al final

*modernidad* y no la *postmodernidad*, como en algún momento se le quiso etiquetar a esta fase, toda vez, que la existencia de un nuevo modelo económico social, de un orden global diferente que distingue la vida social y la personal desde otro modelo, lo que implica un cambio en las reglas a seguir. Es importante dejar sentado desde un principio una idea esencial de su estudio sobre los riesgos, al establecer que en la modernidad avanzada, la producción social de riqueza va seguida por la producción social de riesgos. Y de esta manera, sostiene que la lógica del reparto de la riqueza que primaba en la sociedad industrial de clases es desplazada dando lugar, en la modernidad desarrollada, a la lógica del reparto de los riesgos, con un efecto *igualador*<sup>8</sup>.

Es lógico que el primer punto de análisis surge de la mirada de los países occidentales hacia otro punto del hemisferio, siempre visto como el "Tercer mundo" pero que ahora en este proceso de transmutación tiene también elementos que aportan en eso que es la *interdependencia transnacional* que conforma lo global, por eso Beck considera que en la misma medida en la que se desvanece el mundo bipolar, pasamos de un mundo de enemigos, a un mundo de peligros y riesgos. Qué es entonces el riesgo para él; *riesgo es el enfoque moderno de la previsión y el control de las consecuencias futuras de la acción humana, las diversas consecuencias no deseadas de la modernización radicalizada*<sup>9</sup>, ahora no desde el punto de vista nacional, sino global, continúa afirmando que el concepto *de riesgo y de sociedad de riesgo combina lo que en otros tiempos era mutuamente excluyente: sociedad y naturaleza, ciencias sociales y ciencias de la materia, construcción discursiva del riesgo y materialidad de las amenazas*<sup>10</sup>, de ahí se desprende su carácter interdisciplinar.

Ese es el enfoque macro, pero nos estamos refiriendo a un problema general, que tiene aristas económicas y políticas que impactan la esfera de lo social y con ello a todos los seres humanos, trayendo aparejado un sin número de *males*<sup>11</sup> que abre las grietas entre ricos y pobres y ello

---

<sup>8</sup> *Ídem.* 29.

<sup>9</sup> Ulrich, Beck, *op. cit.*, p. 7.

<sup>10</sup> *Ídem.*

<sup>11</sup> NA. Existe un considerable incremento de las personas que vive en condiciones de insalubridad, según la ONU, 1200 millones de personas carecen de agua potable, se incrementa la falta de servicios de salud, educacionales, 1500 millones de seres humanos sufre de desnutrición, no por falta de

comporta un serio riesgo global, es muy difícil ante este panorama, poder tomar decisiones en condiciones de incertidumbre que presuponen por sí mismas un riesgo<sup>12</sup>.

Termino mi introducción en este segmento, considerando que es cierto, existe un *riesgo global*, que exige mayor responsabilidad de la ciencia que antes, que su impacto no es singular sino colectivo, sus ataques generalizados y provienen de fuentes disímiles, que las preguntas de Beck, ¿qué es medio ambiente?, ¿qué es naturaleza?; ¿qué es tierra virgen?; ¿qué es “humano” en los seres humanos?<sup>13</sup>, no tienen

---

alimentos o sequía, sino por el aumento de la marginalización y la exclusión de los pobres.

Dice Zaffaroni comentando la obra de Paddy Hillaryard, Christina Pantazis, Steve Tomb y David Gordon de 2004 en el que se proponen ir más allá de la Criminología y titulada *Tomando en serio el daño*, que si bien el 11 de septiembre de 2001 murieron 3 045 personas en Nueva York, ese mismo día murieron también 24 000 mil personas de hambre en el mundo, 6 200 niños de diarrea y 2700 de sarampión. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *La cuestión* (...) p. 186.

<sup>12</sup> No sería objetivo éste análisis si dejara de señalar que, desde la perspectiva de Beck no se desconoce la desigualdad social y también se reconoce la existencia de zonas de solapamiento entre ambas lógicas de reparto. En la llamada “*sociedad del riesgo*”, también existen las desigualdades y frecuentemente el reparto de los riesgos sigue el esquema de clases pero a la inversa: “*las riquezas se acumulan arriba, los riesgos abajo*” Por otra parte, los riesgos producen nuevas desigualdades internacionales, entre el Tercer Mundo y los Estados Industrializados. Ulrich, Beck, *La sociedad de* (...), *op. cit.*, p. 41.

<sup>13</sup> Ulrich, Beck, *op. cit.*, p. 10, el impacto financiero global es uno de los mas poderosos y ello implica que: existe una interrelación entre dos conflictos, dos lógicas de distribución: la distribución de *bienes* y la distribución de *males*; los fundamentos del “*cálculo del riesgo*” han sido socavados: no es posible compensar financieramente daños como millones de desempleados y pobres, no tiene sentido asegurarse frente a una recesión global; la “*explosividad social*” de los riesgos financieros globales se esta haciendo real: desencadena una dinámica de cambios culturales y políticos que socava las burocracias, desafía el dominio de las economías clásicas y del neoliberalismo y redibuja las fronteras y frentes de batalla de la política comtemporánea; la institución del estado-nación se colapsa; el riesgo implica siempre el tema de la responsabilidad y la necesidad de “*globalización*” responsable se convierte en un tema público y político de alcance

aún respuesta y por ello el riesgo sigue creciendo, marcado por la consigna “primero yo” plagado de *individualismo, diversidad y escepticismo*<sup>14</sup>, de ahí lo complicado en la solución.

Mi segunda escala es vinculante, ¿cómo ese riesgo impacta al Derecho penal?, la respuesta pudiera ser obvia, el fenómeno delictivo es de naturaleza social, si la sociedad está en riesgo ello traerá entonces sus propios *riesgos criminales*, es exactamente así, analicemos algunos postulados para marcar la tendencia.

La sociedad de nuestros días es interactiva en todos sus sistemas, lo individual solo tiene cabida en ese entramado interconectado de tecnologías, factores sociales, económicos, políticos que marcan el rumbo y definen las posturas, entonces si la delincuencia es un *factor* será un componente más y estará sometida al mismo análisis del *riesgo global*, esa es la idea primigenia de un Derecho penal para la sociedad de riesgo que estará obligado a buscar respuestas eficaces para este momento histórico; el Derecho penal ha de estar a la altura de las circunstancias y proporcionar medios precisos y que sean los adecuados desde esa visión de la sociedad de riesgos, nos apunta López Barja<sup>15</sup>, ello obliga a precisar que esos riesgos parten de la comprensión de que las normas por sí solas no son suficientes para ofrecer seguridad y para ello apoyándose en Beck delimita el “origen y los efectos del riesgo” que tienen incidencia directa para determinar la línea de lo individual y lo colectivo en el Derecho penal. El riesgo afiliándose a Beck se debe a la suma de las acciones individuales de muchos individuos, aquí tenemos un problema importante para el Derecho penal, “la pluralidad de sujetos” y los “entes colectivos”.

Otro elemento importante es la determinación de los bienes jurídicos de la sociedad de riesgos que requieran protección penal, algunos son propios de esa nueva visión, otros estaban presentes pero invisibilizados, la invariante es también lo colectivo, dígase obligada protección al medio ambiente, la salud colectiva, los derechos humanos, la criminalidad organizada, entre otros. En ese camino Cornelius<sup>16</sup>

---

mundial; surgen nuevas opciones: proteccionismo nacional y regional, instituciones transnacionales y democratización.

<sup>14</sup> *Ídem*.

<sup>15</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *op. cit.*, p. 6.

<sup>16</sup> Prittwitz, Cornelius, *op. cit.*, p. 17.

considera y yo lo acompaño en ese pensamiento que existe un adelantamiento de las barreras entre el comportamiento impune y el punible y se proyecta una reducción de las exigencias para la reprochabilidad, lo que se expresa en el cambio de paradigma que va de la hostilidad para el bien jurídico a la peligrosidad para el mismo<sup>17</sup>.

Un resumen del impacto puede verse en López Barja, que asegura que como consecuencia de este movimiento, categorías como la causalidad, la culpabilidad y la autoría, entendida en la forma tradicional, no siempre son eficaces. Incluso, casi puede decirse que son categorías que en su desarrollo clásico, ya no sirven, diría yo que es excesivamente categórica esta afirmación y por eso me atrevo a seguir a Cornelius cuando dice que las críticas al Derecho penal, no deben venir de la utilización automática de los conceptos de Beck, que innegablemente son útiles, pero la sociedad de riesgo global, económica, no implicarían necesariamente el diseño de un Derecho penal de riesgo<sup>18</sup>, para ello reflexiona también desde la arista criminológica y el perfil criminal de éste fenómeno, que se diferencia diametralmente desde el punto de vista ético de la delincuencia tradicional y obliga entonces a definiciones propias, que no siempre van a significar una transformación absoluta del clásico Derecho penal y sentencia finalmente que junto a la legitimación proveniente en primera línea de la prometida prevención de riesgos mediante la dirección del comportamiento arriesgado, está en juego a largo plazo la preservación simbólica de la insegura sociedad de riesgo.

Cierro este segmento con los fundamentos que ofrece Diez Ripollés<sup>19</sup>, quien sin adentrarse en la polémica de la necesidad o no de un Derecho penal de la sociedad de riesgo, presenta puntos concluyentes de la política criminal orientadora de este movimiento<sup>20</sup> que a la larga

---

<sup>17</sup> *Ídem*.

<sup>18</sup> *Vid*, polémica sobre la Escuela de Frankfurt en Prittwitz, Cornelius, *op. cit.*, p. 32.

<sup>19</sup> Diez ripollés, José Luis, *op. cit.*, pp. 45 y ss.

<sup>20</sup> *Ibid.* p. 121. Incremento de la criminalización de comportamientos mediante la proliferación de nuevos bienes jurídicos de naturaleza colectiva. 2. Predominio de las estructuras típicas de simple actividad, ligadas a delitos de peligro o de lesión ideal del bien jurídico, en detrimento de las estructuras que exigen un resultado material lesivo: Dentro de esa tendencia, los delitos de peligro concreto ceden terreno frente a los de peligro abstracto, y se consolidan los delitos de acumulación y de obstaculización de funciones



resultará cuestionable por su propia esencia, es así que nos comenta que un grupo de penalistas<sup>21</sup> considera que esa política criminal esta asignando al Derecho penal una función meramente educadora, que no es otra cosa que un Derecho penal simbólico.

Mi tercera y última escala en esta necesaria introducción va de la mano del Prof. Zaffaroni, quien crítico manifiesto de la fuerza del poder punitivo, considera que el pretendido cambio de paradigma no es tan nuevo, sino que es la materialización de una filosofía ya arraigada del poder que ahora tiene un fundamento para socializarla devenido de los riesgos de la moderna sociedad, afirma que la selectividad, la reproducción de la violencia, el condicionamiento de mayores conductas lesivas, la corrupción institucional, la concentración de poder, la verticalización social y la destrucción de las relaciones horizontales

---

de control, lo que aproxima los comportamientos incriminados a los que son objeto de persecución por parte del derecho administrativo sancionador; se abre camino la fundamentación de la punición de comportamientos en base al principio de precaución, entendido como una alternativa más laxa que la exigencia de peligrosidad del comportamiento. 3. Anticipación del momento en que procede la intervención penal: Se penan abundantes ilícitos antes sólo administrativos, civiles o mercantiles, se generaliza el castigo de actos preparatorios específicamente delimitados, se autonomiza la punición de la asociación delictiva, cuando no se integra ésta dentro de las modalidades de autoría y participación. 4. Significativas modificaciones en el sistema de imputación de responsabilidad y en el conjunto de garantías penales y procesales: Se admiten ciertas pérdidas en el principio de seguridad jurídica derivadas de la menor precisión en la descripción de los comportamientos típicos y del uso frecuente de la técnica de las leyes penales en blanco; se hace una interpretación generosa de la lesividad real o potencial de ciertos comportamientos, como en la punición de determinadas tenencias o en el castigo de apologías; se considera razonable una cierta flexibilización de los requisitos de la causalidad o de la culpabilidad; se aproximan, hasta llegar a veces a neutralizarse, las diferencias entre autoría y participación, entre tentativa y consumación; se revaloriza el principio de disponibilidad del proceso, mediante la acreditación del principio de oportunidad procesal y de las conformidades entre las partes; la agilidad y celeridad del procedimiento son objetivos lo suficientemente importantes como para conducir a una significativa reducción de las posibilidades de defensa del acusado.

<sup>21</sup> Menciona a Cerezo Mir, Mendoza Buergo y Hassemer, entre otros.

o comunitarias, no son características coyunturales, sino estructurales del ejercicio de poder de todos los sistemas penales<sup>22</sup>.

El pensamiento de Zaffaroni está imbuido de la certeza de que nuestros países de la periferia no tienen la misma percepción del riesgo, ni el mismo diseño conceptual de él que los países occidentales, por ello, no es posible importar a nuestros entornos filosofías que deslegitiman la base social y confunden la estrategia político criminal a seguir.

La criminología de los años 80 del pasado siglo, de los países occidentales se desarrollaba en los marcos de un poder punitivo propio de un *estado de bienestar* y de una sociedad de consumo, sin embargo en Latinoamérica la mayoría de los países vivían en *estados gendarmes* con dictaduras y políticos corruptos y una clase media con discreto avance económico<sup>23</sup>, cuyo “riesgo” estaba compuesto por los pobres, inmigrantes y adolescentes de barrios precarios, la criminología de occidente justificaba ello con la frase *bueno son países en vías de desarrollo*. Hoy parecería que tenemos problemas comunes y que la globalización nos golpea por igual, sin embargo, el pensamiento se va diversificando va reconociendo distintos planos de observación para Latinoamérica, López Cerezo y Luján<sup>24</sup> la problemática de la distribución del riesgo está lejos de sustituir a la problemática de la distribución de la riqueza, si bien es cierto que los peligros ya no se circunscriben a un lugar geográfico, una clase social o incluso a la generación presente; también es cierto que al mismo tiempo que los riesgos se globalizan, la distribución de la riqueza y la distribución del conocimiento es cada vez más inequitativa. Y es por eso que para América Latina el análisis de la sociedad del riesgo a la luz de las desigualdades sociales y su propia dinámica presenta hoy un interés especial.

Por ello vale la pena detenerse a mirar a la Latinoamérica de hoy, donde las dictaduras fueron rebasadas por el ideario incluyente<sup>25</sup> y

---

<sup>22</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas, Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, 2da impresión Buenos Aires, 1998, p. 29.

<sup>23</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op. cit.*, La cuestión (...) pp. 176 y ss.

<sup>24</sup> LÓPEZ CERESO, José A. y Luján, José Luis, LUJÁN, *Ciencia y política del riesgo*, (“Ciencia y Tecnología”), Alianza Editorial, 2000, Madrid, p. 24.

<sup>25</sup> NA Cualquier análisis de nuestra región no puede estar ajeno a lo que ha significado el acceso al poder en los finales del Siglo XX y principios del XXI de gobiernos sociales, de la mano de mandatarios con una fuerte voca-

donde algunas economías emergentes, verbigracia Brasil, son más sólidas que algunas europeas, donde gobiernos de corte social, abogan por el “buen vivir”, sí hay riesgos comunes, a saber el medio ambiente, la salud colectiva, pero los estados occidentales miran hacia aquí, incluso con aires de inmigración, entonces la confrontación al delito no puede ser la misma.

Eso no significa que los vientos del Derecho penal de riesgo no han llegado a estas playas, todo lo contrario, de la mano de sus asesores, se incorporan a las leyes penales<sup>26</sup> los mismos fundamentos antes analizados sin someter a crítica real sus postulados y su conveniencia, de ahí el fracaso de muchos sistemas reformados en los últimos tiempos, por ello Zaffaroni se hace algunas interrogantes ¿Por qué prende la criminología mediática?; ¿qué es este neopunitivismo brutal?, A qué se debe esta agresividad intraespecífica que se pone de manifiesto en éste momento del poder?<sup>27</sup> No existirá una confusión entre *miedo y riesgo*?, termina señalando que se trata de buscar una manera de gobernar mediante la administración de los miedos e invoca a Jonathan Simon, profesor en Bekeley que en el 2007 publicó *Governing thorumg crime, Howthewaron crime transformed American Democracy, cuando comenta* cómo se ha ido construyendo la transformación institucional y social que desemboca en el autoritarismo penal actual, el miedo y el riesgo van cambiando. En época de Nixon en los Estados Unidos el miedo dominante era el cáncer, lo que fue evolucionado hasta llegar al terrorismo.

Termino considerando la real existencia de una sociedad de riesgo global, con base económica que sacude todos los ámbitos de la vida social, cultural, política que irremediamente es creadora de fuentes de riesgos que son necesarios enfrentar, pero igual que Zaffaroni y Cornelius no estoy segura que el diseño de un Derecho penal de riesgo o Derecho penal de la globalización que signifique una ruptura con las bases conceptuales del Derecho penal, sea la solución, sin embargo, estoy convencida que es necesaria una modernización de algunas

---

ción social. Los Kirchner en Argentina, Evo en Bolivia, Correa en Ecuador, Chávez en Venezuela y Mujica en Uruguay.

<sup>26</sup> Una rápida mirada a Leyes especiales como las del Terrorismo aprobadas en Guatemala, Honduras, el Salvador, países que nunca han padecido de ese fenómeno delictivo son una muestra de la traslación del riesgo .

<sup>27</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op. cit.*, La cuestión (...), p. 182.

instituciones y un replanteo político criminal a otras, en ese camino trascurrirá el análisis de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que desarrollo a continuación.

## 2. Panorama actual de las personas jurídicas en el Derecho penal. De la discusión dogmática a las recomendaciones “globales”. La respuesta legislativa

Pudiera decir casi sin temor a equivocarme que la institución que más ha movido el pensamiento de la dogmática penal en el reciente Siglo XXI, es la “persona jurídica”, la fuerza que impuso el aforismo *societas delinquere non potest*, caló hondo en el ideario de responsabilidad penal individual, que sirvió de cimiento para edificar la Teoría del delito y de la responsabilidad, la construcción conceptual de la “acción típica”, la “culpabilidad”, la “personalidad de las penas” y sus “fines”, fueron dibujadas con sabiduría, entereza y depuradas técnicas, los clásicos penalistas y sus seguidores durante años proporcionaban formas y retocaban el “edificio” conceptual, que con algunos aires renovadores trataba de mantener la teoría a tono con la realidad y su evolución, mucha tinta ha corrido y mucha inteligencia se ha volcado en este empeño. Solo en algunos momentos, allá por los años 50 del pasado siglo se abrió un pequeño espacio para transformar el apotegma<sup>28</sup> y a finales de siglo se habían sumado algunas voces autorizadas, que presentaban alternativas dogmáticas bien pensadas<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Goite Pierre, Mayda, *La persona jurídica como sujeto activo en el Derecho penal económico. Del mito a la realidad*, en Memorias en Homenaje al Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, Guatemala, 2011, presento un análisis de los Congresos sobre Derecho penal económico y tomo como punto de partida el del Cairo de 1948 y la postura dogmática de algunos penalista, enfrascados en dar cuerpo a la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero casi masacrados intelectualmente.

<sup>29</sup> Vid, por todos, Zugaldía, Espinar José Miguel, “Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*”, en *Cuadernos de política criminal*, No 11 1980. “Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, en *Cuadernos de política criminal* No. 53, 1994, *Vigencia del principio societas delinquere non potest en el moderno Derecho penal*, en HURTADO DEL ROSAL, Simons, “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una

Hoy el panorama es diferente, no se ha logrado consenso, es cierto, pero la balanza se inclina, primero al reconocimiento de la pérdida de liderazgo del adagio *societas delinquere not potest*; segundo, razones de política criminal obligan a esa transformación ante los “riesgos” de quedar indefensos frente un tipo de criminalidad diferente, tercero el Derecho penal tiene que ofrecer alternativas en éste nuevo “escenario global” que desde los instrumentos internacionales recomienda, sugiere, invita al cambio de postura, de ahí el debate político criminal<sup>30</sup>.

La sociedad de riesgo como hemos visto trajo aparejado un fenómeno delictivo de corte colectivo, que permite encubrir en su diseño organizacional al responsable individual y aun cuando éste se pusiera al descubierto, la ausencia de respuesta sobre el “ente colectivo”, facilita la reproducción del delito, por ello es menester crear mecanismos que propicien, tomar acciones concretas que frenen esa recaída. Ese argumento es la base de la discusión que se concreta en el hecho cierto, que la producción delictiva de este siglo, tiene como protagonista a las grandes asociaciones económicas (asociaciones, sociedades de todo tipo, transnacionales, consorcios económicos) que su propia actividad puede generar “riesgos” que se construyen como bienes jurídicos a proteger: medio ambiente, economía, salud, seguridad social, crimen organizado, tráfico de personas, armas, drogas, entre otros concebir en la criminalización de las personas jurídicas una herramienta eficaz para la prevención y la sanción efectiva contra esos delitos.

Ese panorama ha sido catalizador para que la comunidad internacional se pronuncie en numerosas Convenciones y Recomendaciones

---

perspectiva comparada”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

<sup>30</sup> Diez ripollés, José Luis, “La Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, en *Revista para el análisis del Derecho. InDret*, 2012. Disponible en: [file:///C:/Users/USAC/Downloads/260787-351638-1-SM%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/USAC/Downloads/260787-351638-1-SM%20(1).pdf) Consultada el: 3/6/2015, a las 21.00. considera que el debate político-criminal contemporáneo sobre las personas jurídicas como sujeto activo del delito se construye sobre el consenso de que los colectivos societarios deben ser objeto de atención específica por parte del Derecho penal: Se han convertido en un sujeto autónomo, cotidiano y protagonista en las interacciones sociales de las sociedades capitalistas avanzadas, por lo que están presentes en la comisión de delitos muy diversos

a los Estados<sup>31</sup> llamando la atención sobre la necesidad de prever mecanismos que enfrenten, combatan y prevengan las acciones delictivas que se comentan en las agrupaciones, tanto por ellas mismas como por quienes las integran, por el convencimiento que existe de que el derecho se encontraba incapaz de afrontar los avances tecnológicos, financieros y económicos, utilizados por las personas físicas que se mueven en el seno de las personas jurídicas, de esa forma los compromisos internacionales asumidos por los Estados fueron cerrando el círculo que empujaba los diseños legislativos.

Cómo reacciona la dogmática?, ya comentamos que los debates no han sido pacíficos y aunque hoy, se aprecia un giro copernicano en los discursos penales al menos para aceptar u ofrecer contenido a la

---

<sup>31</sup> 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. Disponible en: <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>, OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, aprobada por resolución No. 58/4 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de fecha 31 de octubre de 2003, suscripta en Mérida, México, el 10 de diciembre del mismo año. Disponible en: [http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications\\_unodc\\_convention-s.pdf](http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf), DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL, Organización de los Estados Americanos, Washington DC, “Convención Interamericana contra la Corrupción” de la OEA, de 1996. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sijprojweb2/sidie/imagesContenido/TICIContraCorrupcion.pdf>. Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las transacciones Comerciales Internacionales” suscripta en París en 1997, en el ámbito de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE). Disponible en: [http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3\\_arg\\_ley25319.doc](http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_arg_ley25319.doc), Recomendaciones contra el Lavado de Dinero y el Financiamiento del terrorismo del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI-GAFISU). Disponible en: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf> y Las Recomendaciones del Consejo de Europa (Comité de Ministros) de 1988, La Convención para la protección penal del medio ambiente del Consejo de Europa. Consultadas todas: 24/5/2015, a las 22.00.

responsabilidad de las personas jurídicas<sup>32</sup>, siguen posiciones atrincheradas en mantener el pensamiento clásico<sup>33</sup>, ello no quiere decir que exista aceptación unánime en las reglas o modelos de atribución, que es otro arista, pero el consenso atraviesa por su reconocimiento. Para Heine el problema estriba en que del control retrospectivo de las conductas individuales, en el que se mueve el Derecho penal clásico, se trata ahora del control de las disfunciones sociales<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> El mayor número de autores que incorporo son de España por el acercamiento a nuestro contexto, Vid ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel, “Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 81, 2003; CARBONELL MATEU, Juan Carlos, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Reflexiones en torno a su “dogmática” y al Sistema de la reforma de 2010”, en *Cuadernos de Política Criminal*. No. 101, 2010; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *ANALES DE DERECHO* Número 29, 2011. Disponible en: <http://revistas.um.es/analesderecho/article/viewFile/153501/135381> Consultado el 27/5/2015, a las 21.00, HURTADO POZO, José. “Responsabilidad penal de la empresa en el Derecho penal Suizo”. Disponible en: [http://portal.uexternado.edu.co/pdf/5\\_derechoPenalyCriminologia/numero86-87/joseHurtadoPozo2.pdf](http://portal.uexternado.edu.co/pdf/5_derechoPenalyCriminologia/numero86-87/joseHurtadoPozo2.pdf) y TIEDEMANN, Klaus. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Disponible en: [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\\_1996\\_07.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf)

<sup>33</sup> *Per omnia*, Gracia Martin. Luis, “La doctrina de la responsabilidad “penal” de las personas jurídicas: clímax y paroxismo del constructivismo jurídico arbitrario de la hostilidad entre las palabras y las cosas y del desprecio del saber jurídico que convierte bibliotecas enteras en basura”. Disponible en: [http://www.alfonsozambrano.com/doctrina\\_penal/responsabilidad\\_penal/23092014/dp-rp-responsabilidad\\_penal\\_LGracia.pdf](http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/responsabilidad_penal/23092014/dp-rp-responsabilidad_penal_LGracia.pdf) Consultado el 5/6/2015, a las 14.00. En un rabioso artículo en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídica, acusa al legislador español de decidir a partir del 2010 a favor del “extraviado y disparatado constructo de una conceptualmente imposible responsabilidad penal de las personas jurídicas”, esto nos da la medida que voces autorizadas en el Derecho penal aún se encuentran fervorosamente en contra.

<sup>34</sup> Günter, Heine, “La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales”, Disponible en: [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\\_1996\\_04.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_04.pdf) Consultado el 28/5/2015, a las 21.00.

Es por ello que se ensayan diversos modelos de responsabilidad, donde parece ser que el de la responsabilidad propia u originaria<sup>35</sup> de la persona jurídica es sin dudas el que está tomando una mayor presencia en los diseños legislativos, sin embargo, no es el único, Heine<sup>36</sup> considera que van por tres caminos, aunque lo importante reitero es presentar una alternativa en la legislación<sup>37</sup>.

Los sistemas de penas también son desdibujados entre los propios de un sistema penal como las multas y los que tienen su naturaleza en el Derecho administrativo y dependen de los modelos adoptados: Los países anglosajones han marcado el paso en la historia<sup>38</sup> y en la actualidad

---

<sup>35</sup> Robles Plana Ricardo, "¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austríaca de responsabilidad por hechos delictivos en Revista para el análisis del Derecho", *InDret*, abril del 2006, p. 39. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/344.pdf> Consultada el 29/5/2015. El autor revisa los distintos modelos que se proponen hoy y hace alusión pensamiento de Bacigalupo, Zulgadía y Bajo Fernández. p. 53.

<sup>36</sup> Los criterios, establecidos en todo el mundo para atribuir una responsabilidad a las empresas, se pueden resumir en tres modelos. En el primero (el acto del órgano como falta de la empresa), el hilo conductor es la clásica teoría de la identificación: una corporación debe ser identificada con las personas que de manera activa son responsables por ella (15). En el segundo (organización deficiente de la corporación), se pone en relación una determinada desarreglo social (por ejemplo, un delito económico o un acto de enriquecimiento de la empresa) con una organización deficiente de la corporación. A diferencia del primero, no es necesario que se verifique si el acto es obra de un representante de la empresa. Pero, si deben presentarse deficiencias en su organización. En el tercero (principio de causalidad), se renuncia completamente a la prueba de tales errores. Aún más, es suficiente comprobar la organización compleja de una empresa para poder imputarle (como causante) determinados desordenes sociales; por ejemplo la infracción de determinados valores límites fijados por el Estado. Los límites entre un modelo y otro no son rígidos.

<sup>37</sup> *Vid, infra* Benítez Ortúzar, Ignacio, Responsabilidad penal de las personas jurídicas en España. Breve análisis del alcance del artículo 31 bis del Código Penal, tras las reformas operadas por las leyes orgánicas 5/2010, de 22 de junio, y 1/2015, de 30 de marzo. 2015, donde se describen los modelos que se introducen en la legislación española, tras esta reforma legislativa.

<sup>38</sup> La idea de la responsabilidad penal de la persona jurídica es una creación jurisprudencial que data del inicio del siglo XIX, En las primeras decisiones,



Francia, Holanda, Noruega, Finlandia, Bélgica, Suiza y recientemente España en el año 2015, prevén penas del sistema del Derecho penal. En Latinoamérica Chile<sup>39</sup> y Cuba con su formulación directa no dejan espacio a la duda aunque las leyes especiales de Lavado de Dinero y Blanqueo de capitales en Guatemala<sup>40</sup> incorporaron algunas sanciones a las personas jurídicas.

Países con sanciones administrativas Alemania, Portugal y Argentina, aunque ésta última en leyes especiales como las Régimen cambiario, el Sistema Aduanero y el Tributario impone sanciones penales a las personas jurídicas y Brasil en la Ley especial de crímenes ambientales de 1998.

Del catálogo de delitos susceptibles de ser cometidos por personas jurídica, existen también dos modelos, uno de carácter general que establece la responsabilidad sin hacer mención a las figuras delictivas, entendiéndose entonces que todo tipo penal puede ser cometido por una persona jurídica, lo que no me parece adecuado, ya que existen figuras que por su propia naturaleza estarían excluidas de esa posibilidad y el segundo modelo pasa por utilizar el principio de excepcionalidad

---

los tribunales ingleses sólo la admitían como excepción al principio de irresponsabilidad para delitos omisivos culposos (*nonfeasance*) y comisivos dolosos (*misfeasance*). Posteriormente, por intervención legislativa, fue reconocida la responsabilidad penal de la persona jurídica en el *Interpretation Act* (1889), por medio de un dispositivo general que ha pasado a considerar el término persona como comprensivo también del ente colectivo. Esa especie de responsabilidad fue aplicada, inicialmente, a las *regulatory offences* (*public welfare offences*), infracciones castigadas con sanciones menos severas y de forma objetiva (independientemente de culpa). A partir de 1940, considerablemente ampliada, alcanzó a crímenes de cualquier naturaleza. La persona jurídica puede ser responsabilizada por toda infracción penal que su condición le permita realizar, fundamentalmente en el campo de los delitos referentes a las actividades económicas, de seguridad en el trabajo, de contaminación atmosférica y de protección al consumidor

<sup>39</sup> Chile en su Ley N° 20.393, de 2 de diciembre de 2009, introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas con un modelo derivado de la llamada responsabilidad por “defecto de organización”.

<sup>40</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, DECRETO NÚMERO 67-2001, “Ley contra el lavado de dinero u otros activos”. Disponible en: [https://www.oas.org/juridico/mla/sp/gtm/sp\\_gtm-mla-leg-lavado\\_dinero.pdf](https://www.oas.org/juridico/mla/sp/gtm/sp_gtm-mla-leg-lavado_dinero.pdf) Consultado el 4/6/2015, a las 13.00.

de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que ésta solo es posible exigirla en aquellas figuras delictivas que expresamente la hayan previsto, considero que es la correcta por dos razones, la primera precisar el delito en correspondencia con el debate político-criminal inclinado a la necesidad de responsabilidad societaria: Delitos contra bienes jurídicos económicos, delitos relacionados con la delincuencia organizada, el medio ambiente y todos aquellos que tengan un riesgo colectivo importante y la segunda enviar un mensaje de prevención general en esos tipos penales, de manera que los entes colectivos desde su propia regulación se encuentren interesados en disminuir el riesgo de su comisión

Finalmente todo ello demuestra que los “riesgos” fueron capaces de general un debate político criminal que hizo “tambalearse” la doctrina asentada y modificar el derecho positivo.

### **3. Cuba dieciocho años después del Decreto Ley 175 de 1997. Qué ha cambiado?**

Han transcurrido dieciocho años desde la aprobación del Decreto Ley 175 de 1997<sup>41</sup> que introdujo nuevamente<sup>42</sup> la responsabilidad de las personas jurídicas en la sistemática penal cubana, considerando que las transformaciones que se iban operando en las relaciones económicas en el país aconsejaban tal decisión<sup>43</sup>, sabio fue el legislador

---

<sup>41</sup> Publicado en la Gaceta Oficial extraordinaria No. 6 de 26 de junio de 1997, que en su artículo 3 modifica el Capítulo I del Título V del Libro I del Código penal, que en lo sucesivo se iba a denominar “Personas penalmente responsable”, así se daba cobertura a la responsabilidad de las personas naturales y a las jurídicas. Disponible en: <http://ufdc.ufl.edu/UF00015178/00074> Consultado el 26/5/2015, a las 22.00.

<sup>42</sup> El Código de Defensa Social aprobado en 1936 y vigente desde 1938, declaró que en Derecho penal cubano la responsabilidad se exigiría a personas naturales y jurídicas, cfr Goite Pierre, Mayda, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Perspectivas del derecho cubano actual*, Editorial Reus, Tomo I, Volumen II, Madrid, 2006, pp. 301 y ss.

<sup>43</sup> El segundo POR CUANTO del Decreto Ley señalaba que: El proceso de reformas que viene desarrollándose en la legislación económica, financiera y mercantil de nuestro país, determina la inmediata necesidad de modificar algunos de los preceptos de Código penal y de adicionar otros, a fin de al-

cubano en ese momento que se adelanta a la previsión global de los riesgos del delito económico, siempre que comento éste asunto, enfatizo en la idea que el Decreto Ley es anterior a la Convención de Palermo que en su artículo 10, le demanda a los Estados que evalúen algún mecanismo de respuesta para los entes colectivos, frente a la innegable presencia de estos en la vida económica y en la comisión de hechos delictivos.

Si bien el legislador cubano, se adelantó de manera temprana al retomar la institución y apreciamos que como respuesta al fenómeno delictivo que se avecinaba era útil, sin embargo, la manera en la que se diseñó adoleció de defectos que posiblemente hicieran inviable su aplicación<sup>44</sup>. La propia redacción del artículo 16 no estaba en correspondencia con las normativas vigentes para la conformación de las sociedades y asociaciones y personas jurídicas que se podía penalizar, el sistema de penas no era adecuado, no se había tomado en cuenta la necesidad de modificar algunos postulados del Código que tenían como destinatarios a la persona individual, como los artículos 27 (fines de la pena), 47 (adecuación) 52 y 53 (atenuantes y agravantes) y la responsabilidad civil derivada del delito, entre otros y fundamentalmente cuestionaba el sistema de penas del artículo 28 inciso 4 porque, se hacía depender de la prevista en la parte especial para los delitos que se cometían por las personas físicas y ello podía contravenir los principios de Proporcionalidad y Adecuación de las penas.

Finalmente otro aspecto cuestionado fue la ausencia de un pronunciamiento sobre los tipos penales que pudieran ser cometidos por las personas jurídicas con los inconvenientes que ello producía,<sup>45</sup> toda vez, que se había preferido utilizar la fórmula general, sin especificar las figuras delictivas, aunque el Por Cuanto antes señalado, daba la impresión de que la modificación se producía a tenor de los cambios relacionados con las instituciones económicas y financiera, aún si este

---

canzar la adecuada complementación de los objetivos procurados por esos cambios legislativos, mediante la previsión de normas que sancionan aquellos actos ilícitos que ocasionen o puedan ocasionar elevados perjuicios al desenvolvimiento correcto de las nuevas relaciones instituidas en la esfera aludida.

<sup>44</sup> Goite Pierre, Mayda, op. cit., “La Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Revista (...)*, pp.17 y ss.

<sup>45</sup> *Ídem*, pp 321-327.

fuera el mensaje quedaba limitado por dos razones; la primera porque la descripción de esas conductas en nuestro Código aún están necesitadas de una reevaluación, una simple mirada al catálogo de delitos previstos en el Título V relacionados con la Economía, deja ver que allí no están contenidas todas las infracciones que impactan el sistema económico cubano y por otra parte a lo largo del trabajo hemos enfatizado en un grupo de figuras penales, que pueden ser cometidas por los entes colectivos y que no son únicamente las económicas.

Por otra parte la ausencia de un proceso penal que se ajustara a las exigencias de las personas jurídicas es también un elemento importante en el análisis<sup>46</sup>. Qué produjo todo éste desliz legislativo?, efectivamente que la responsabilidad penal de las personas jurídicas en sede cubana, fuera una institución “simbólica”. El loable propósito del legislador del 97 no se vio materializado en la práctica.

En qué momento nos encontramos? Cuba ha tomado el rumbo de la “actualización de su modelo económico y social”<sup>47</sup>, con transformaciones importantes en el que hacer de la economía cubana, que buscan ser más eficientes y permitiendo la entrada de otros actores en la económica con el propósito de dinamizarla, si es así, será necesario desde la arista del Derecho penal, que es lo que me convoca en estas elucubraciones teóricas, pensar en las propuestas y diseños que acompañen esos objetivos.

---

<sup>46</sup> Desde el punto de vista procesal tampoco se tomaron las precisiones necesarias para el enjuiciamiento de las personas jurídicas, *vid, infra*, Mejías Rodríguez, Carlos Alberto, “El proceso penal contra las personas jurídicas. Fundamentos jurídicos y propuestas de aplicación. Especial atención a la etapa inicial e intermedia”, 2015.

<sup>47</sup> NA: De la mano de los Lineamientos de la Política económica y social de la Revolución cubana aprobados en el VI Congreso del Partido. Cuba ha emprendido un importante proceso de transformaciones económicas que redundan en bienestar de toda la sociedad y de la preservación de las conquistas sociales logradas durante estos años de Revolución, ello requiere de una mirada renovadora en todos los ámbitos y las leyes juegan un papel trascendental en el ese proceso, de ahí el reto de tomar las decisiones más adecuadas buscando un objetivo común y donde sea posible “cambiar todo lo que deba ser cambiado”.

Ya se han dictado algunas normas legales en lo penal<sup>48</sup> o fuera de él<sup>49</sup> que requieren repensar en las personas jurídicas, lo que unido a las razones de política criminal expuestas con anterioridad y que marcan el panorama de este mundo globalizado y con riesgos “globales”, las que junto a nuestras condiciones de “apertura” económica avizoran que este tema es de importancia capital<sup>50</sup>.

Entonces estoy obligada a realizar algunas recomendaciones para el cambio legislativo, además de las ya expuestas *supra* y que se han

---

<sup>48</sup> *Vid*, Decreto Ley No. 316 de 5 de diciembre de 2013, Gaceta Oficial extraordinaria No. 44 de 19 de diciembre del 2013. Disponible en: <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/95573/112574/F-344928011/CUB95573.pdf> Consultado el 12/6/2015, a las 21.00. En este Decreto Ley se establecen modificaciones al Código penal, referentes al Lavado de Activos y a la Ley contra Actos de terrorismos, dos materias en la que la persona jurídica puede tener un rol importante. La Ley No 20. 393 del 2009, aprobada en Chile, la que traigo a colación por pertenecer a nuestro entorno latinoamericano y además porque rompió de manera raigal con su tradición de desconocer la responsabilidad de las personas jurídicas en materia penal, es significativo que adoptara como técnica la de especificar los delitos, concretándolos en tres: Lavado de dinero, Financiamiento del Terrorismo y Soborno o Cohecho activo tanto de empleados públicos nacionales, como de funcionarios públicos extranjeros, es un catálogo muy restringido pero marca la idea de prioridad inicial.

<sup>49</sup> ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR, “Ley No. 118, de 29 de marzo de 2014, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 20, de 16 de abril de 2014. Disponible en: [http://www.cubadebate.cu/wp-content/uploads/2014/04/GO\\_X\\_20\\_2014\\_gaceta-ley-de-inversion-extranjera.pdf](http://www.cubadebate.cu/wp-content/uploads/2014/04/GO_X_20_2014_gaceta-ley-de-inversion-extranjera.pdf) Consultada el 6/6/2015 a las 23.00. Esta Ley ofrece una oportunidad a los inversores extranjeros para asentar en el país sus negocios, los que se materializaran a través de personas jurídicas con diferentes diseños, según los autorizados por las leyes cubanas, las que a su vez pueden en su quehacer diario, involucrarse en figuras delictivas, para las que es menester tener respuesta legal.

<sup>50</sup> Ya en estos momentos en nuestro país la presencia del delito económico y figuras asociadas a las estructuras societaria es una realidad, lo que unido a los compromisos internacionales que hemos asumido en el combate contra las drogas y todas las manifestaciones que propicien un posible lavado de activos nos marcan el desafío. *Vid, infra*. Torres Aguirre, Armando, “La internacionalización del lavado de activos. Su regulación jurídico-penal en Cuba”, 2015.

incorporado en este vertiginoso movimiento legislativo que experimenta la persona jurídica:

1. Es conveniente mantener el enfoque de un modelo de responsabilidad *autónoma*<sup>51</sup> u *originaria*<sup>52</sup> que se considera de una “conexión”

---

<sup>51</sup> Se reconoce un modelo de *responsabilidad derivada* mediante la cual se hace recaer sobre la persona jurídica la responsabilidad penal de una persona natural, hace dieciséis años la denominó *responsabilidad propia indirecta*. Vid, Goite Pierre; Mayda, op. cit., “La Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Revista* (...), p. 41.

<sup>52</sup> *Ídem*, me afilié a la doctrina que la denominaba *responsabilidad propia o directa*, que aunque en lo esencial tiene similares fundamentos se han añadido otros presupuestos interesantes que la complementan. Sin embargo el diseño de modelo varía en su denominación aún cuando puedan tener puntos de coincidencia en los distintos enfoques, a saber, el Prof., MORILLAS CUEVA, Lorenzo, op., cit, p. 6, los modelos se distinguen en modelo de *responsabilidad directa y cumulativa* de las personas jurídicas, en el que dicha responsabilidad es compatible, por ser autónoma o paralela, con la de la persona física; b) *responsabilidad subsidiaria*, que únicamente se concreta cuando no existe o no puede deducirse la de una persona física; para Boldova Pasamar, Miguel Ángel, “**La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española**”, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXIII 2013, p. 230-231, los modelos son la *heteroresponsabilidad* y la *autorresponsabilidad*. El primero presupone que el delito es obra de la persona física, pero este mismo delito se transfiere también a la persona jurídica (responsabilidad vicarial o por transferencia), el Prof. Argentino CESANO, José Daniel, “Problemas de responsabilidad penal de la empresa” en el sitio de internet DERECHO PENAL del profesor José Hurtado Pozo, Disponible en: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20080521\\_58.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_58.pdf) Consultado el 19/5/2015, a las 15.00, comenta que existen tres modelos que pueden estar interrelacionados en un mismo diseño legislativo que son responsabilidad: a) acumulativa, b) especial; y, c) condicionada; finalmente de la obra de Günter, Heine, op. cit., p. 12, se pueden resumir en tres modelos. En el primero (el acto del órgano como falta de la empresa): una corporación debe ser identificada con las personas que de manera activa son responsables por ella, en el segundo (organización deficiente de la corporación), se pone en relación una determinada desarreglo social con una organización deficiente de la corporación, en el tercero (principio de causalidad), es suficiente comprobar la organización compleja de una empresa para poder imputarle (como causante) determinados desordenes sociales. La variedad de opciones nos muestra

entre el hecho prohibido y las características de la entidad, sin tomar en cuenta la responsabilidad o no de una persona natural, que ha inspirado siempre la proyección cubana del artículo 16 del Código penal (...) cuando sean perpetrados por su representación o por acuerdos de sus asociados, sin perjuicio de la *responsabilidad penal individual* (...).

2. La última opción de clasificación tratada en la cita de Heine nos introduce en una concepción que se viene manejando desde hace un tiempo de la mano del profesor Tiedemann<sup>53</sup> y que hoy tiene una presencia importante en los diseños legislativos el “*defecto de organización*” como fundamento para prever la responsabilidad de las personas jurídicas, en la cual se requiere que el ente colectivo en su conformación favorezca o no impida la realización de hechos delictivos, sin prever los controles suficientes. Esta opción<sup>54</sup> también tiene la perspectiva de llamar la atención en las personas jurídicas de la necesidad de su autocontrol o del establecimiento de medidas útiles desde su propio diseño para contrarrestar la acción delictiva, que puede operar como un elemento de prevención, por ello considero que se dé una mirada a su diseño es una variante útil en Cuba

---

una gama de pensamientos teóricos con sus propios fundamentos, lo que nos lleva a considerar, que lo más aconsejable es en cada legislación introducir aquella que se aparte menos de su sistema, si es que ello es posible en esta institución.

- <sup>53</sup> Tiedemann, Klaus, “Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado”, en *La reforma de la Justicia Penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, coord. por Gómez Colomer/González-Cussac, Castelló de la Plana, 1997, p. 27.
- <sup>54</sup> Dice Hernández Basulto, Héctor, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, en *Política Criminal*, Vol. 5, No. 9, Julio de 2010, pp. 207-236. Disponible en: [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_05/n\\_09/Vol5N9A5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf), que desde el punto de vista político criminal el modelo de responsabilidad por “defecto de organización” es una estrategia de control del delito por vía de *autorregulación forzada*, a través de *programas de cumplimiento* que son de utilidad como medios de prevención, que es en definitivas la finalidad última del Derecho penal, así la empresa está obligada a velar que sus acciones no den lugar a delitos.

y propongo los siguientes elementos para la formulación de responsabilidad penal en ese camino:

- El incumplimiento por parte de la entidad, de sus deberes de “dirección y supervisión”, lo que obligaría a crear en las entidades un modelo de organización, administración y supervisión para prevenir delitos, lo que significaría introducir un modelo de “prevención de delitos”. Esta fórmula obliga a que la persona jurídica se conviertan en “garantes de vigilancia” *so pena* de ser enjuiciada por los delitos que prevenga la legislación sino toma las diligencias efectivas. El modelo de prevención debe ser además *idóneo* para contrarrestar los delitos.
  - El principal estímulo que deja la introducción de una fórmula de esta naturaleza para las personas jurídicas, es que si se comprueba que ha sido capaz de tomar todas las medidas organizativas y de control, puede estar *exenta* de punibilidad por la presencia de una Excusa legal absolutoria<sup>55</sup>, o ser beneficiada con la *atenuación de la pena* si no se lograron los resultados, pero se comprueba que hubo un acercamiento preventivo con resultados parciales para la contención del delito.
3. Es menester además de *lege ferenda* que el legislador cubano introduzca también las circunstancias atenuantes y agravantes que puedan ser útiles en la proporcionalidad de las penas imponibles, algunas de ellas pudieran ser:

Como atenuantes:

- Gestionar la reparación del daño causado o impedido sus consecuencias perjudiciales,
- Colaborar sustancialmente al esclarecimiento de los hechos,
- Poner el hecho punible en conocimiento de las autoridades o aportar antecedentes para establecerlo,
- Adoptar, antes del comienzo del juicio, medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación.

---

<sup>55</sup> NA: El Código Penal chileno y la actual modificación introducida por la Ley orgánica 1 de 2015 de España, prevén esta posibilidad la que tiene una visión de prevención importante y de estimula al control administrativo eficaz de las personas jurídicas, por ellas mismas.



Como agravantes ante la inconveniencia de hablar de reincidencia o multirreincidencia, la propuesta puede ser:

- Haya sido condenada la persona jurídica por el mismo delito en un período anterior (a saber tres, cinco o más años)

#### **4. La conclusión “ya no hay polémica, ahora hay resignación”**

Parece que el consenso va por reconocer que el Derecho penal debe responder de forma coordinada y adecuada a todos los retos que la existencia de agrupaciones y organizaciones colectivas de personas, plantea a nuestra sociedad, en un mundo globalizado, donde el delito parte de los “riesgos” asociados al mismo desarrollo social y económico, que obliga a dar una mirada diferente a las infracciones penales y a sus sujetos, creo que de ello existe un convencimiento casi unánime. El Derecho penal de doble vía “colectiva e individual”, permite alcanzar mayor efectividad en el enfrentamiento, por lo que los “reparos” sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho penal han bajado de tono.

La propia persona jurídica puede jugar un importante papel preventivo de la comisión de las figuras delictivas, si se le “invita” a participar en su enfrentamiento con medidas eficaces desde “adentro”, ello permitiría que la “prevención”, siga siendo la finalidad del Derecho penal.

Ojala el legislador cubano, tome en cuenta alguna de estas propuestas y acompañe el noble empeño de nuestra sociedad en “actualización” para servir de manera correcta con la política criminal que se ha diseñado y la voluntad de enfrentar con decisión los desafíos de la sociedad de riesgo económica y grupal, que marcan el panorama del fenómeno delictivo en el país.

# El proceso penal contra las personas jurídicas. Fundamentos jurídicos y propuestas de aplicación. Especial atención a la etapa inicial e intermedia

DR. CARLOS ALBERTO MEJÍAS RODRÍGUEZ\*

## Sumario

- I. Exordio
- II. Antecedentes legislativos en el sistema continental
- III. La salvaguarda de principios básicos ante la instauración del proceso penal sobre las personas jurídicas
- IV. Etapa procesal preliminar. Radicación e incoación del proceso penal
- V. Sobre las personas jurídicas que pueden ser entendidas como sujetos punibles
- VI. Sobre las diligencias y acciones de instrucción
- VII. Sobre las diligencias de registro y ocupación de locales, bienes y documentos.
- VIII. Sobre la imposición de la medida cautelar
- IX. Sobre la pretensión punitiva del fiscal en la etapa intermedia
- X. Referencias Bibliográfica

---

\* Profesor Titular de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana. Vicepresidente de la Sociedad cubana de Ciencias Penales.  
E. mail: [mejias@lex.uh.cu](mailto:mejias@lex.uh.cu) Portal: <http://mejiaslex.hol.es/blog>

## I. Exordio

Las reformas a nuestro ordenamiento adjetivo, constituyen un reclamo permanente de los procesalistas cubanos a los efectos de lograr su viabilidad, y que sus instrumentos puedan ser aplicables de manera satisfactoria en toda su extensión. Varias son las razones que se han expuesto para ajustar la norma instrumental a las exigencias más modernas del Derecho procesal penal, y como ocurre fuera de fronteras, en no pocas ocasiones resulta preocupante el escaso interés que despierta en el legislador los cambios que paralelamente en dicha sede, deben acompañar a las modificaciones sustantivas<sup>1</sup>.

Sin embargo el tema que en este trabajo analizamos, me atrevo asegurar, que se constituye como el de mayores carencias en los sistemas procesales modernos en tanto se trata de que la norma procedimental dote a la persona jurídica de la condición de parte en el proceso penal y esta reciba en su contenido esencial, un tratamiento homologable a la persona natural que ha sido acusada.

Gimeno Sendra alertó que el interés con que en la dogmática penal se viene estudiando este tema contrasta con la apatía con la que dicha cuestión ha sido tratada en la doctrina procesalista, pues son más bien escasos y fragmentarios los trabajos al respecto<sup>2</sup>. En ese mismo sentido Feijóo Sánchez señaló que lo importante es llegar a la conclusión de que hace falta desarrollar cuanto antes un Derecho procesal penal pensado para los procedimientos de los que se pueden derivar consecuencias distintas a las civiles para las personas jurídicas<sup>3</sup>.

Una mirada a la legislación procesal nuclear, es suficiente para aceptar los criterios expuestos. La condición de parte procesal como acusada de la persona jurídica no rebasa los extremos tradicionales a título de una responsabilidad por daños y perjuicios originados por

---

<sup>1</sup> ECHARRI Casi Fermín Javier. *Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales* Diario La Ley, N° 7632, Sección Doctrina, 18 Mayo. 2011, Año XXXII, Editorial La Ley. 2011, pp.24-37

<sup>2</sup> GIMENO Sendra, Vicente. *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal. Las consecuencias accesorias*. Aranzadi, Navarra. 2002, p. 21.

<sup>3</sup> FEIJÓO Sánchez. Bernardo. *La responsabilidad de las personas jurídicas ¿un medio eficaz de protección del medio ambiente?* Revista peruana de Ciencias Penales, No. 9, Lima, 2007, p. 287.

las personas físicas, situación que insatisface las nuevas exigencias autonómicas de responsabilidad y en las que autores como Del Moral García refiriéndose a ellas, considera que la persona jurídica ha de ser traída al proceso penal en una cualidad más asimilable a la de imputado que a la de tercero civil responsable.<sup>4</sup>

De otra parte, es cierto que el proceso penal no puede conformarse con imputar la actividad delictiva a la persona jurídica, sino que primero ha de averiguar qué personas físicas concretas han llevado a cabo el hecho criminal, y por tanto la responsabilidad de aquélla, no puede ser una vía de escape para éstas<sup>5</sup>.

La persona jurídica, tiene hoy una conexión importantísima con los sistemas constitucionales, y su existencia – a criterio de Echarrri - no puede entenderse como una simple ficción jurídica<sup>6</sup>. La misma no se concibe si no es en relación con las personas naturales de las que se nutre, ya que tal colectividad, se considera una específica forma de organización de las personas físicas para la conquista de los fines económicos, financieros y mercantiles que de otro modo, no podrían alcanzarse.

Dos posturas han asumido la doctrina del Derecho procesal con respecto a la incorporación o no de la persona jurídica al proceso penal. Una de ellas planteando que la persona jurídica debe asumir la condición de parte procesal y por lo tanto, son necesarios crearles espacios de mayor participación en las diversas etapas del proceso, pudiendo incluso intervenir en la fase intermedia y en el acto del juicio oral con el reconocimiento que entraña el derecho de impugnación<sup>7</sup> y la otra postura, que por el contrario plantea, que si la persona jurídica no es una imputada propiamente dicha, sino una “cosa peligrosa”, no hace falta establecer todo un sistema de garantías procesales, bastando la audiencia con sus titulares para resolver la *litis* jurídico penal<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> ECHARRRI, p. 25.

<sup>5</sup> *Ídem*.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> SAN MARTÍN Castro Cesar, *Delito socioeconómico y proceso penal. El derecho procesal penal económico*. Ed. Advocatus, Nueva Época. No. 4. 2001. p. 294.

<sup>8</sup> FEIJÓO, p. 287.

Asumir una postura a favor de un procedimiento penal con derechos y garantías hacia la persona jurídica, es propio de un Estado de Derecho que ha decidido por razones de política criminal invocar la responsabilidad penal de estos entes y que a la par, en ocasión de la persecución y el enfrentamiento de los delitos cometidos por ella, emanan asuntos tan ineludibles como el Derecho a la defensa y un grupo importante de garantías, que son necesarias para que se pueda aportar el material probatorio que luego permita considerar su culpabilidad o en su defecto declarar su inocencia.

Han pasado varios años desde que el legislador cubano decidió romper con el viejo apotegma *societas delinquere non potest* e introdujo en las leyes penales, la responsabilidad penal a la persona jurídica<sup>9</sup>; y aunque la institución que propendió a la exigencia de esa responsabilidad penal, apareció por primera vez en el Código de Defensa Social promulgado en el año 1936; hasta la fecha, el quehacer procesal penal cubano ha estado ausente de un procedimiento que logre tramitar y resolver las disímiles situaciones que se presentan, una vez que fuera incorporada la responsabilidad de las personas jurídicas al *corpus iuris* penal.

La primera clarinada, fue advertida por el Tribunal Supremo Popular mediante la Instrucción No 169 del año 2002; informando a los tribunales de justicia los aspectos a tener en cuenta una vez que le fuera presentado un proceso incoado contra la persona jurídica; anticipo este que resultó meritorio ante el vacío legislativo pero que lamentablemente no ha logrado colmar las complejas y disímiles problemáticas que tendrá que resolver el fuero de justicia penal tras dictar una sentencia condenatoria.

No obstante, tales orientaciones seguirán comportándose como una guía al sistema de justicia penal y debe mantenerse sus expectativas de aplicación hasta tanto no se logre sistematizar el procedimiento en una nueva Ley de procedimiento y cuyas reglas expuestas en las indicaciones de la mencionada instrucción, deben entrar en armonía con aquellas que en su día sean dictadas, incluso ex antes de una reforma

---

<sup>9</sup> El Decreto-Ley No 175 de 1997 introdujo en el Código Penal Cubano la responsabilidad penal sobre las personas jurídicas. GOITE Pierre. Mayda. El sistema de penas a las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico penal cubano. *“Las consecuencias jurídicas derivadas del delito y una mirada a la persona jurídica desde Cuba y España”*. Estudios Latinoamericanos .Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2012. pp. 307-326.

procesal, de igual manera, con aquellas que se incardinan por los órganos encargados de la persecución y la sustanciación del proceso penal, en ocasión de tramitarse un hecho delictivo del que sobrevenga la imputación de un ente colectivo.

Lamentablemente, en nuestro entorno no aparecen antecedentes en el orden teórico ni práctico, que le permitan al gremio de juristas, polemizar u ordenar las ideas e inquietudes que surgen ante la presencia incriminatoria de la persona jurídica en el contexto jurídico – procesal cubano. De ahí nuestra intención de acercarnos a un referente teórico para en la medida de lo posible, contribuir a despertar no solo el interés por este tema, sino y es lo más importante, aportar muy modestamente a las transformaciones procesales que en poco tiempo tendrán que producirse en Cuba.

El enfrentamiento a la criminalidad económica atraviesa por un momento trascendental en el empeño de perfeccionar nuestro modelo económico, de ahí que transversalmente la persona jurídica aparecerá en el escenario jurídico y penal como uno de los protagonistas en los que la imputación y el juzgamiento intervendrán, – amén de la selectividad, discrecionalidad y racionalidad que debe comportar en sede penal su reproche – ya sea para reprimir conductas antijurídicas o para lograr una vía más de prevención ante la ocurrencia de supuestos lesionadores de bienes jurídicos individuales, colectivos o supraindividuales.

En el campo del Derecho penal económico – como expresa Abanto Vázquez - se ha comprobado una y otra vez que la persona jurídica participa, ya no como excepción, sino como regla general en la comisión de delitos<sup>10</sup>, criterio al que se suma Carbonell Mateu cuando resalta que más del 80% de los delitos económicos son cometidos a través de las empresas<sup>11</sup>.

De ahí que como un elemento metodológico de suma importancia, ante la ocurrencia y exploración de los hechos delictivos, atendiendo

---

<sup>10</sup> ABANTOVázquez. Manuel A. *Responsabilidad penal de los entes colectivos: Estado actual y reflexiones preliminares*. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico. Diciembre 2011, p.3. Sitio web [www.ciidpe.com.ar](http://www.ciidpe.com.ar) Consultado el 28 de diciembre de 2011 a las 08:45. am

<sup>11</sup> CARBONELL Mateu. Juan Carlos. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010 del Código Penal Español”. Goite Pierre, Mayda Coordinadora. *Las consecuencias jurídicas derivadas del delito...*, p. 280.

a la relación que tiene la criminalidad de las personas jurídicas con la criminalidad económica, sea conveniente trasladar en la medida de lo posible, algunos estándares de investigación y enjuiciamiento que son empleados comúnmente para los delitos económicos, hacia aquellos supuestos delictuosos en los que asoman una participación los entes colectivos.

En otro orden, algunos autores explican la incapacidad procesal de las personas jurídicas<sup>12</sup> y otros advierten que la aplicación de un régimen de sanciones a las entidades, trae aparejado consecuencias negativas para terceros ajenos a la actividad delictiva, específicamente con la ruptura de puestos de trabajos y empleos al personal vinculado al ente inculpatado, a la par de las afectaciones que para los negocios de otras entidades se pueden originar.

Por eso unido al aspecto instrumental, será importante también el enfoque jurídico que parta de la necesidad de establecer un régimen de principios, garantías y derechos que de alguna manera alivie esas consecuencias con total y absoluto respeto a las Leyes y en evitación de los daños y perjuicios a personas que aun perteneciendo a la entidad no sea responsable de los hechos penales cometidos por esta.

## **II. Antecedentes legislativos en el sistema continental**

Se advierte, como expone Carbonell Mateu<sup>13</sup> que en los países donde viene regulándose la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tampoco se ha introducido la previsión procesal, debiéndose recurrir a la analogía respecto a la regulación civil o a los principios generales del proceso penal, como ocurre por ejemplo en Portugal y Brasil.

Los problemas que van a plantearse en este orden son numerosísimos, desde la traslación de los derechos del imputado hasta la misma competencia jurisdiccional, pasando por el puro mecanismo procedimental o la confrontación de intereses entre la persona jurídica y sus representantes legales o administradores de hecho o de derecho.

En Latinoamérica el antecedente más antiguo que se conoce, responde a uno de los proyectos discutidos en el parlamento argentino

---

<sup>12</sup> ABANTO, p. 6.

<sup>13</sup> CARBONELL, p. 308.

en ocasión de la Ley 12.906 – “Ley de represión de la especulación y monopolio” - sancionada en diciembre de 1946 y derogada en 1980; en el que se reconoció a la persona jurídica el carácter de parte en el proceso, estructurándose la fórmula de representación.

En la actualidad y a pesar de las reformas procesales acontecidas desde la década de los años 90 del siglo pasado para instaurar el proceso penal acusatorio formal, solo el Código Procesal Penal de Perú promulgado por el Decreto legislativo 957 de 2004, que entró en vigor progresivamente, el 1 de febrero de 2006, es el que ha regulado esta materia<sup>14</sup>; y en Chile, el artículo 21 del proyecto de la Ley sobre “Responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho” de septiembre de 2009, colocó algunas cláusulas con previsiones específicas sobre el procedimiento penal.

La mayoría de las legislaciones, especialmente las europeas, están introduciendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero lo hacen utilizando la fórmula de traslación de la responsabilidad por el hecho cometido — aunque no esté declarado procesalmente — por una persona física, en virtud del “defecto de organización” o de la ausencia del ejercicio del debido control<sup>15</sup>.

En países como Alemania<sup>16</sup>, Italia, Francia<sup>17</sup> y España<sup>18</sup>, se han establecido procedimientos especiales y reglas de aplicación contra la

---

<sup>14</sup> ESPINOZA Goyena. Julio Cesar. *La persona jurídica, en el nuevo proceso penal. El nuevo proceso penal, estudios fundamentales*, Instituto de Ciencia Procesal Penal. Palestra. Lima, junio 2005, p. 2.

<sup>15</sup> CARBONELL, p. 307.

<sup>16</sup> Ver la Ordenanza Procesal Alemana. Código Penal Alemán. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2000, p. 384.

<sup>17</sup> Ver Código Penal Francés de 1994 y la Ley Complementaria (Ley No 2001-504 de 12 de junio de 2001. Visible en [www.legifrance.gouv.fr/html](http://www.legifrance.gouv.fr/html).

<sup>18</sup> El Código penal Español de 1995 incorpora una serie de consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas estableciendo algunas pautas de procedimiento para su imposición. Recientemente por la Ley Orgánica No 5 del 2011 se dictaron normas complementarias para exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas y estaba a esta fecha en discusión la Ley de Agilización de Trámites Procesales que reordenaran lo relativo al procedimiento penal a seguir. BACIGALUPO, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 289.



persona jurídica, instaurándose procesos, decisiones sancionatorias y contravencionales que son prescritos por el ordenamiento procesal y sustantivo como consecuencias accesorias a la responsabilidad individual. Más recientemente en España se dictó la Circular No 1 del 2011 del Fiscal General de la Nación, que estableció un grupo de instrucciones para la sustanciación del proceso penal contra la persona jurídica.

### **III. La salvaguarda de principios básicos ante la instauración del proceso penal sobre las personas jurídicas**

La persona jurídica es sujeto pasivo del Derecho penal, esencialmente porque actúa en el proceso penal por derecho propio sea en defensa de sus derechos subjetivos y ocupando la parte contraria a quienes ejercitan la acción penal, a la vez que es posible imponerle durante el proceso una medida cautelar y contra ella recaerá, al finalizar el proceso, una de las consecuencias jurídicas establecidas en la ley penal.

Ello bastaría para justificar que tal y como ocurre con las personas naturales, sobre las personas jurídicas es dable en un Estado de Derecho la aplicación consecuente del debido proceso y una tutela judicial efectiva. Es por ello importante que en estos casos durante la tramitación de los procesos penales se vele por el cumplimiento estricto de los principios, derechos y garantías generales; sean aquellos coligados a los preceptos constitucionales o los preestablecidos en sus normas de desarrollo.

La Constitución de la nación define la subordinación a un régimen estatal centralizado y planificado de la economía; por lo que el intervencionismo directivo del Estado<sup>19</sup> será un elemento a tener presente en el enfoque que adopte la regulación procesal. Más específicamente el Estado ejerce la dirección y el control de la actividad del comercio exterior<sup>20</sup>, lo que indica que los entes jurídicos de ese sector – aun los

---

<sup>19</sup> ZÚÑIGA Rodríguez, Laura del Carmen, *Bases para un Modelo de Imputación de la Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*, Aranzadi editorial, Navarra, 2000, p. 19.

<sup>20</sup> Ver los artículos 15,16, 17,19, 20 y 23 de la Constitución de la República de Cuba que establecen el régimen estatal y de intervención del Estado en la economía.

creados como sociedades mercantiles - responden a dicha política y por tanto a las exigencias de las funciones ejecutivas que en el que hacer comercial y mercantil se prescriben.

La carta magna también le pone límites al *ius puniendi* a través de prohibiciones que tienen un carácter procesal y sustantivo e igual tratamiento deberá recibir la persona jurídica. Así ocurre con el principio constitucional de inviolabilidad del domicilio, cuyo diligenciamiento sujeto a las exigencias de la norma procesal y a otras especificidades o términos instrumentales; mantendrá su primacía cuando se disponga la ocupación de locales pertenecientes a la persona jurídica involucrada.

En nuestro sistema de justicia penal rigen un conjunto de principios procesales, especialmente en la etapa preparatoria del juicio oral que deben igualmente ser respetados. Tal es el caso de los principios de legalidad, oficialidad, presunción de inocencia, objetividad en la imputación, el mencionado derecho a la defensa y a la no autoincriminación, así como la prevalencia de los criterios de oportunidad cuando correspondan.

Otros principios de influencia procesal reconocidos por la doctrina y la *praxis* jurídico penal primarán; como los conocidos de intervención mínima en la persecución penal, que será positivamente aplicable de una parte en hechos de escasa dañosidad social, muy especialmente como resultado a la cuantía de los daños y perjuicios ocasionados por la persona jurídica en su actuar delictivo y las posibilidades de solucionar el conflicto en otras sedes restitutivas, como pudieran ser la civil o la administrativa.

Un elemento a tener en cuenta es que los actos jurídicos que acontecerán sobre la persona jurídica, son en rigor actos de persecución penal, por lo que es improcedente la intervención del actor civil o económico en la sustanciación del proceso penal sea cual fuere la etapa y tampoco será acertado en materia instrumental, la aplicación de analogía con otras normas procesales extra-penales que restrinjan derechos fundamentales de las personas jurídicas. La excepción de esta regla únicamente podrá emanar de la analogía *in bonam partem* a los efectos de homologar cuanto menos en contenido interpretativo, los conceptos e instituciones que son propios del Derecho económico, mercantil, financiero, tributario, etc.

#### **IV. Etapa procesal preliminar. Radicación e incoación del proceso penal**

La radicación e incoación del proceso penal contra la persona jurídica, debe responder a los criterios de objetividad procesal, racionalidad

jurídica y defensa de los intereses individuales y colectivos que se ponen en peligro o resultan lesionados tras la comisión de hechos graves.

De esta forma la política criminal en Cuba consecuente con los principios y fines del Derecho penal, tendrá que ajustarse al contexto socioeconómico nacional e internacional, muy especialmente en áreas de intercambio comercial y de incentivación de la inversión extranjera. Es por ello que será recurrente, hacer los juicios de complementariedad de la norma penal y utilizar los mecanismos de solución de conflictos, cuestión que también indica un uso discrecional de las prerrogativas existentes con respecto al ejercicio de la acción penal y pública en estos casos, utilizando siempre que haya méritos, las potestades selectivas que otorgan los criterios de oportunidad procesal.

Las personas jurídicas son sujetos punibles respecto de cualquiera de los delitos previstos en el digesto penal, sin embargo este criterio abierto de imputación no debe colisionar con la especial naturaleza de los ilícitos que objetivamente pueden ser cometidos por estos entes. Sin embargo como parte de la discrecionalidad que tienen los órganos de investigación, persecución y promoción de delitos, es viable por el momento restringir el ámbito de aplicación a un grupo de delitos en los que los espacios de la criminalidad económica tienen mayor relevancia, al menos en nuestro contexto, por lo que resultará acomodaticio a fines procesales radicar aquellas figuras que aparecen en el catálogo de los títulos contra la Administración y la Jurisdicción, la Seguridad Colectiva, la Economía, la Fe Pública, el Patrimonio y la Hacienda Pública.

Las razones explicadas hacen suponer que prudentemente al presentarse la *notitia criminis* y tras las indagaciones iniciales de rigor que confirmen inobjetablemente la ocurrencia de un hecho penal y sus posibles responsables, es dable que la autoridad competente antes de diligenciar la fase sumarial o preparatoria, solicite autorización de los funcionarios y representantes del Ministerio Público para proceder a la incoación de proceso penal contra la persona jurídica penalmente responsable; aunque queden relativizadas las facultades expresadas en los artículos 116 y 121 de la Ley de procedimiento penal<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> El artículo 116 de la Ley de Procedimiento Penal dispone la obligatoriedad de denunciar y poner en conocimiento de un tribunal, fiscal, instructor, unidad de la policía o en defecto de esta, de la unidad militar más próxima del lugar en que se halle. Por su parte el artículo 121 orienta que cuando la denuncia se formule ante el instructor o cuando este reciba las primeras

La mirada atenta en esta *prima face* del proceso penal también debe recaer sobre el artículo 13 de la Ley de procedimiento penal, en lo concerniente a la conexidad plurisubjetiva y sustantiva<sup>22</sup>.

Por definición, persona física y jurídica son independientes, de ahí que una de las funciones básicas que desempeñan las sociedades e instituciones con personalidad jurídica propia es la de limitar la responsabilidad individual que estas pudieran tener con respecto a las personas físicas<sup>23</sup>, ello indica que nada impide que en la sustanciación del proceso penal en la que se determine la acusación de la persona jurídica, podrá incoarse a la par la responsabilidad penal de cuantas personas naturales estén implicadas en los hechos en lo que esta aparece y viceversa, sin que ello suponga, en absoluto, la infracción del principio *non bis in ídem*.

De esta forma, siguiendo los pronunciamientos de la ley adjetiva es recomendable no escindir o separar a ambas personas en el mismo proceso, salvo que razones de seguridad e interés estatal así lo aconsejen.<sup>24</sup>

## V. Sobre las personas jurídicas que pueden ser entendidas como sujetos punibles

El Código Penal establece también varias exenciones con respecto a los sujetos colectivos que ante la ocurrencia de conductas infractoras

---

diligencias dispondrá de un plazo de diez días para iniciar el expediente de fase preparatoria o decidir su archivo.

<sup>22</sup> El artículo 13 considera delitos conexos: 1) Los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas, siempre que éstas vengan sujetas a diversos Tribunales por su condición o por la índole de los delitos cometidos; 2) los cometidos, previo concierto, por dos o más personas en distintos lugares o momentos; 3) los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución; 4) los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos y 5) los diversos delitos que se atribuyan a un acusado al incoarse expediente contra él por cualesquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí y no hubieren sido hasta entonces objeto de proceso.

<sup>23</sup> CARBONELL p. 282.

<sup>24</sup> Al respecto Feijóo Sánchez adelantó en una ponencia la necesidad de que las medidas contra la persona jurídica se deben sustanciar en el mismo procedimiento seguido contra la persona física autora del delito. ESPINOZA, p. 8.

están eximidos de responder penalmente como ocurre con las entidades, organismos o instituciones de régimen estatal, las cuales están excluidas de la exigibilidad penal, lo cual resulta razonable en la medida de que no es imaginable que el Estado cometa delitos contra sí mismo y aún menos que se auto aplique pena de clase alguna.<sup>25</sup>

Sin embargo, la prerrogativa del inciso 4 del artículo 16 del Código penal, trasciende al procedimiento en el trámite del diligenciamiento que es menester realizar durante la sustanciación del proceso penal, a efectos de lograr seguridad jurídica para todos los intervinientes directos y colaterales del asunto; lo cual para su comprensión amerita algunas reflexiones de aplicabilidad.

Entre los entes sin personalidad jurídica reconocida en la actualidad se hallan los trabajadores por cuenta propia, las agrupaciones de personas y las sociedades irregulares<sup>26</sup>; a las cuales tampoco le es exigible responsabilidad penal, por lo que antes de iniciar la sustanciación de la denuncia será pertinente acreditar por el órgano del Estado que corresponda, el régimen jurídico y la legitimación que ostenta la entidad presunta responsable, que se acredita como persona jurídica en el territorio nacional<sup>27</sup>.

En todos los casos la autoridad actuante deberá comunicar por escrito a la autoridad pública que registró a la persona jurídica el interdicto

---

<sup>25</sup> CARBONELL p. 305-306.

<sup>26</sup> La Constitución es el acto por medio del cual una sociedad mercantil adquiere tal personalidad, para lo cual debe cumplir con requisitos y solemnidades legales que les sean aplicables. Las sociedades que carezcan de estos requisitos son conocidas como sociedades irregulares. Para el acto de constitución de una sociedad mercantil se establecen varios requisitos, se requiere de la autorización gubernativa posteriormente se procede ante notario a redactar la escritura pública y como último paso se procede a la inscripción en el registro Mercantil. tal y como lo establece el Decreto 226/2002 que regula el Registro Mercantil y la Resolución 230/2002 que es el Reglamento de esta.

<sup>27</sup> Todas las sociedades mercantiles en Cuba para alcanzar la personalidad jurídica deberán inscribirse en el Registro Mercantil como dispuso el mencionado Decreto-Ley 226 de 2002 "Del Registro Mercantil" se debe entender que cada sujeto de la Inversión extranjera se inscribirá en el nuevo registro creado al efecto, en materia mercantil, según se establece en la primera de la Disposiciones Especiales de este Decreto-Ley 226.

de que otras entidades pertenecientes al grupo de personas jurídicas no realicen o desarrollen las actividades que la persona jurídica implicada venía ejecutando; así como que siendo económicamente relevantes las actividades que venía desarrollando la persona jurídica acusada, se decida quien o quienes atenderán la cartera de clientes o sus medios productivos.

Hay que tener en cuenta las diferentes modalidades de sociedades que han sido enunciadas en la Ley 118 de 2014; por lo que en los casos de empresas mixtas y empresas de capital totalmente extranjeros, aún y cuando ello implica la formación de una persona jurídica, la responsabilidad penal debe recaer sobre inversionistas nacionales<sup>28</sup> o extranjeros.

Otra distinción importante a tener en cuenta a los efectos de responsabilidad penal es que el Decreto 206 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros del 10 de Abril de 1996 y recientemente la mencionada Ley 118 sobre la inversión extranjera, reconocen la figura del empresario individual como una persona natural con domicilio en el exterior, que en su nombre propio pudiera realizar habitualmente actos de comercio, por lo que al amparo del artículo 15 del Código de Comercio<sup>29</sup> se le permite que este ejerza el comercio en Cuba, con sujeción a las leyes de su país en lo que se refiere a su capacidad para contratar y a las disposiciones del mentado Código; en cuanto concierna a la creación de un establecimientos dentro del territorio cubano, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los tribunales de la nación.

---

<sup>28</sup> Es bueno destacar que estos aspectos relativos a la personalidad y representación del inversionista extranjero deben tenerse en cuenta desde la etapa misma de negociación previa, a fin de estar seguros que se negocia con alguien que está facultado para obligarse, cuando el inversionista se hace representar por un apoderado, y lo que es más importante aún, con el objetivo de conocer a ciencia cierta con quién se está negociando; recuérdese que sobre los países en vías de desarrollo, o dicho con más propiedad, subdesarrollados, caen en ocasiones verdaderos aventureros que sin respaldo suficiente de capital y bajo la fachada de una empresa constituida *ad-hoc* para la negociación, pretenden incursionar en el campo de las oportunidades que se brindan a la inversión extranjera. DÁVALOS Fernández. Rodolfo *La instrumentación jurídica de la empresa mixta*. Revista Cubana de Derecho, No 7. Ed. Unión Nacional de Juristas de Cuba, 1992. p. 29.

<sup>29</sup> Código de Comercio Actualizado, Editorial Félix Varela, La Habana, 1998.

En tal sentido, conforme a la aplicación de la Ley penal cubana y bajo el principio de territorialidad relativa, la responsabilidad por actos ilícitos deberá ser imputada a título de persona natural, aun y cuando este sujeto económico tenga constituida en el exterior una entidad con personalidad jurídica reconocida.<sup>30</sup>

En los hechos que se acredite el concurso de personas físicas que realizan actividades laborables en el territorio nacional, con las personas jurídicas implicadas, los primeros responderán penalmente como personas naturales amén de la aplicación de las sanciones administrativas que corresponda.

*De otra parte la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión.*

*No es posible aplicar con carácter retroactivo la responsabilidad penal sobre aquellas personas jurídicas que se hayan disuelto, por lo que la extinción legal de una persona jurídica, con antelación a la fecha de la denuncia, extingue también su responsabilidad penal y debe dar lugar al sobreseimiento libre de las actuaciones, independientemente de la responsabilidad penal que pueda recaer sobre las personas naturales.*

Por último, apartándonos de las controversiales ideas que en la actualidad matizan los principales inconvenientes de la dogmática aplicables a las personas jurídicas<sup>31</sup>, la responsabilidad penal es exigible por acción u omisión, sean estas conductas dolosas o imprudentes y en ese orden la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas se fundamenta sobre la base interpretativa de que sus órganos y administradores de hecho o de derecho pueden ser colectivos y

---

<sup>30</sup> Este empresario tiene que concurrir a los actos de comercio a través de una institución cubana que los represente, sin embargo en ocasiones estos sujetos se valen de testaferros y personas naturales residentes en Cuba o en exterior para realizar sus actos de comercio en nuestro país sin estar debidamente legitimados, constituyéndose este modo de proceder como una actividad económica ilícita, amén del quebrantamiento de otras regulaciones existente. (NA)

<sup>31</sup> CARBONELL, p. 287-301.

cuando actúan en nombre de la persona jurídica generan responsabilidad penal, presentándose así cuatro supuestos fundamentales de exigibilidad:

Primero: Cuando alguno de los representantes o administradores haya cometido el delito por su cuenta y en provecho de la persona jurídica. Ello indica que cuando se trate de actos *ultra vires*<sup>32</sup> en las que el representante del ente colectivo se excede y va más allá de sus competencias en beneficio o provecho personal, la responsabilidad penal debe ser exigible únicamente al administrador o representante a título individual en tanto no actuó en provecho de la persona jurídica que es el requisito exigido como fundamento para que esta última responda.

Segundo: Cuando el delito por su cuenta y en provecho de la persona jurídica haya sido cometido por uno o varios de sus empleados, siempre y cuando se confirme que el hecho punible realizado por sus empleados fue posible por no haber ejercido la persona jurídica el debido control y vigilancia sobre su personal y actividades.

Tercero: En todos los casos a los efectos de exigir la responsabilidad penal, se tendrá en cuenta, de una parte las afectaciones reales producidas por la persona jurídica en sus relaciones con otras instituciones y de otra las circunstancias que fueron propiciadas por la persona física para delinquir en su condición de pertenecer o participar de las actividades y operaciones desempeñadas por la persona jurídica.

Cuarto: Las personas jurídicas (sociedades, fundaciones, empresas) serán penalmente responsables de los hechos constitutivos de delito que sean consecuencia de acuerdos adoptados por sus órganos sociales a los que, legal o estatutariamente corresponda la adopción de decisiones ejecutivas. Para llegar a entender que tales hechos son típicos será necesario interpretar que los órganos colegiados son representantes legales o administradores de hecho o de derecho y que la ejecución de los acuerdos por ellos adoptados son responsabilidad suya y no del instrumento que los hace efectivos.

---

<sup>32</sup> SÁNCHEZ Calero, Fernando. *Los administradores en las sociedades de capital*, Editorial Thomson-Civitas, 2da edición, Navarra, 2007, p. 230.



## VI. Sobre las diligencias y acciones de instrucción

Siguiendo el contenido de nuestra Ley procedimental, hemos querido enunciar aquellas diligencias y acciones de instrucción que son menester ejecutar por el órgano de investigación en el proceso penal seguido contra la persona jurídica.

Un primer momento, pendiente aún, es el formato para realizar la citación a la persona jurídica penalmente responsable, citatorio este que se hará directamente y siempre que sea posible al representante de la entidad o persona designada por este. La representación de la persona jurídica en el proceso penal no debe distar de las exigencias legales expuestas en el artículo 42 del Código Civil<sup>33</sup>, por ello dicha representación les corresponde a sus administradores de hecho o de derecho o en su defecto al Presidente del órgano de administración, ya sean estos órganos unipersonales o colegiados, cuestión que como luego observaremos, también puede ser atendida en virtud de las particularidades establecidas en los estatutos que rigen el funcionamiento de cada ente colectivo.

También es necesario, habilitar mecanismos de sustitución que garanticen una adecuada representación de la persona jurídica en las distintas fases del proceso, ante las diferentes comparecencias judiciales que hayan de llevarse a efecto. Tal y como lo regula el Código Procesal Penal Francés la representación puede ser convencional o estatutaria bajo el criterio de que: “la persona jurídica puede ser representada por cualquier persona que ostente, conforme a la Ley o a sus Estatutos, una delegación de poderes a este efecto”.<sup>34</sup>

En cuanto a las citaciones que corresponden durante la sustanciación del proceso penal, se entenderá como representante de la persona jurídica penalmente responsable a las personas naturales acreditadas como directivos de los órganos de gobierno de las entidades, los cuales de conformidad con sus Estatutos y régimen jurídico, adoptan diferentes nomenclaturas.

---

<sup>33</sup> En el artículo 42 dispone que “... las personas jurídicas realizan sus actividades por medio de sus órganos de dirección legalmente designados o elegidos.” MESA Tejeda. Natacha. *Reflexiones en torno a la representación de las empresas mixtas en Cuba*. Revista Cubana de Derecho. IV Época. No 36. Unión Nacional de Juristas de Cuba. Julio – Diciembre, 2010 p. 71.

<sup>34</sup> ECHARRI, p. 15.

En las Sociedades Anónimas y las Mixtas<sup>35</sup>, correspondería al Presidente, Gerente<sup>36</sup>, Director General, o el Administrador del Consejo de la Administración de la casa matriz. Ello infiere que la exclusividad respecto a la representación de la sociedad mercantil en el proceso penal corresponde al órgano de administración que también por mandato del artículo 122.3 del Código de Comercio tiene a su vez la representación legal indelegable de la sociedad, ya que ni la junta de accionistas ni el órgano de vigilancia que pudiera existir sobre dicho órgano de administración, pueden ser sus representantes. Dicha representación incluye igualmente a los representantes voluntarios<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Las sociedades mercantiles en Cuba, con el objetivo de atemperar los agentes económicos a la nueva dinámica de la economía internacional, adoptan la forma de sociedad anónima. La sociedad anónima, cual persona jurídica, necesita de órganos que le permitan crear la voluntad social, que actúen en su nombre así como que la representen frente a terceros. Tradicionalmente estas sociedades poseen dos órganos, uno deliberante en el cual los socios crean y emiten la voluntad social; y otro ejecutivo encargado de materializar los acuerdos adoptados por los socios en el órgano deliberante. MESA, pp. 62-73.

<sup>36</sup> En un examen crítico de la figura del gerente en las empresas mixtas Mesa Tejeda expone: En el funcionamiento práctico de nuestras empresas mixtas sucede con frecuencia, que además del órgano de administración, existe otra estructura orgánica cuyo principal cometido es llevar el día a día de la sociedad, generalmente, se le denomina gerencia. El gerente general es quien tiene a su cargo la dirección y control ordinario y diario de las operaciones cotidianas de la sociedad y en la casi totalidad de los casos no coincide con el Presidente del órgano de administración, debido a la ausencia del Presidente en las operaciones cotidianas de la sociedad, por lo que la delegación de la representación, más que una posibilidad, se convierte en necesidad; por otro lado más que especial ha de tener dicha delegación un carácter general. En consecuencia, si nos atenemos a lo que dispone la cláusula estatutaria anteriormente referida, sería contraproducente otorgarle poder específico al director general o gerente para que ejerza la representación de la sociedad. ídem. p. 72.

<sup>37</sup> La representación voluntaria puede recaer sobre cualquier persona, sea miembro o ajena al órgano de administración que tenga vínculo o no con la sociedad, es el típico caso de los gerentes, directores generales, apoderados, etc. A estas personas la sociedad les otorgará poderes para que realicen determinadas funciones relacionadas con la vida de la sociedad, poderes que pueden ser generales o especiales. Ibídem. p. 69.

En las Cooperativas<sup>38</sup>, Asociaciones y Fundaciones en cualquiera de sus manifestaciones económicas o no, y vista cada una de ellas a partir de su definición, naturaleza o carácter autónomo, así como sus estructuras y funcionamiento, que a veces descansa en el *intuitu personae*, en tanto lo que se coloca en común no es ni el patrimonio de los miembros, ni el poder económico de cada uno de ellos, sino las prestaciones de índole personal que realizan al ente colectivo<sup>39</sup>, no resultará espinoso elegir al Presidente de la Asamblea General o Junta Directiva, como representantes de éstos entes en el proceso penal.

La citación se hará en el domicilio legal de la persona jurídica, según conste en la escritura pública u otros documentos que lo acrediten, como viene expuesto por referencia en el artículo 151 del Código de Comercio<sup>40</sup>.

En la citación se hará saber que la incomparecencia injustificada podrá dar lugar a la declaración de rebeldía y se seguirá el proceso dispuesto para el acusado ausente. De igual forma el paradero desconocido del representante de la entidad dará lugar a la requisitoria y posterior declaración de rebeldía.

La requisitoria de la persona jurídica se pudiera publicar en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, en su caso en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, la Cámara de Comercio de la República de Cuba o en cualquier otro medio e institución oficial relacionada con la naturaleza, el objeto social o las actividades del ente imputado.

El representante de la entidad podrá designar a otro representante para que en lo sucesivo atienda los trámites procesales que correspondan,

---

<sup>38</sup> El reconocimiento constitucional de las cooperativas agropecuaria como única fórmula de cooperativización en Cuba se encuentra en el artículo 20, que después de definir la propiedad de los agricultores pequeños, expresó el derecho de estos a asociarse entre sí, autorizándose la organización de cooperativas agropecuarias como otra forma de propiedad colectiva, junto a la estatal. RODRÍGUEZ Musa. Orestes. *La cooperativa como figura jurídica*. Revista Cubana de Derecho. IV Época. No 36. Unión Nacional de Juristas de Cuba. Julio – Diciembre, 2010. p. 115.

<sup>39</sup> RODRÍGUEZ, p. 107.

<sup>40</sup> Una persona jurídica puede tener uno o demás domicilios siempre y cuando estén plasmados en el acta constitutiva. Puede señalarse un domicilio principal y varios accesorios, al principal, se le llamará matriz y a los accesorios sucursales.

lo cual deberá acreditarse mediante escrito dirigido a la autoridad competente o dejando constancia en la declaración tomada a tales efectos. De igual forma la persona física que se presente ante la autoridad competente podrá acreditar a través de cualquier documento público o privado su vínculo y relación con la persona jurídica acusada.

Es obvio que no podrá designarse como representante de la entidad a una persona física que haya de declarar como testigo, víctima o perjudicado en el proceso, o a quien debe tener cualquier otra intervención en la práctica de las pruebas y será un derecho que en cualquier momento de la sustanciación del proceso, el representante de la entidad o la persona legal designada por este, podrá personarse a recibir la información pertinente sobre los motivos de la denuncia formulada contra la persona jurídica.

En la primera comparecencia el instructor podrá informar al representante legal de la entidad y, en su caso, a la persona especialmente designada para acudir al acto en su representación, de los hechos que se imputan al ente. Esta información se realizaría verbalmente, se facilitaría por escrito o mediante la entrega de una copia de la denuncia presentada.

Cuando en un proceso penal aparezcan en el mismo la persona jurídica como acusada y también su representante como persona natural, se le debe dar cuenta a este último con las imputaciones y los hechos que correspondan a los efectos de que si a bien lo tiene designe otro representante de la entidad o asuma directamente su representación.

Ante la negativa de declarar del representante legítimo de la persona jurídica, que como persona natural se encuentre acusada en el mismo proceso, podría emplazarse a cualquiera de los miembros del órgano de administración a los efectos de que asuma la representación de la persona jurídica acusada.

Debe recordarse en base al principio de no auto incriminación, que está prohibido imponérsele al representante la carga de colaborar con su propia inculpación, como ocurriría ante el requerimiento para aportar elementos o documentos relacionados con la imputaciones o de contenido incriminatorio. La prueba así obtenida con ausencia de voluntad o bajo el apercibimiento de desobediencia, sería ilícita<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> ECHARRI, p. 17.

Las disposiciones de la Ley procesal que requieren o autorizan la presencia del imputado en la práctica de diligencias de investigación o de pruebas anticipadas, se practicarían con la presencia del representante de la entidad, su designado o el abogado de la defensa. La incomparecencia de la persona especialmente designada no debe impedir la celebración del acto de investigación o de la prueba anticipada.

No pueden tampoco ser aplicables a las personas jurídicas imputadas aquellas disposiciones procesales que resulten incompatibles con su especial naturaleza, en particular las relativas a la declaración de imputado, que no procederá en ningún caso sin perjuicio de las alegaciones por escrito que se puedan presentar por el representante de la entidad, la persona designada, su abogado defensor o cuantas declaraciones de testigos y personas físicas imputadas o no, sean propuestas por el mismo.

De *lege ferenda* recomendamos que el órgano de instrucción en la primera comparecencia del representante de la entidad para emitir los descargos y alegaciones que correspondan, debe dejar constancia por escrito mediante un documento que pudiera denominarse: "Acta de Comparecencia del Representante de la Persona Jurídica Penalmente Responsable". En esta Acta de Comparecencia se le hará saber el derecho que le asiste de declarar o abstenerse de hacerlo; aportar cuantas pruebas estime necesarias para demostrar su inocencia y la posibilidad de presentarse ante la autoridad que investiga cuantas veces estime pertinente.

## **VII. Sobre las diligencias de registro y ocupación de locales, bienes y documentos**

Las ocupaciones de documentos y los registros a locales, edificios y domicilios privados de la persona jurídica acusada, se podrán regir por las disposiciones establecidas en los Capítulos IX y X de la Ley de Procedimiento Penal.

Entre las ocupaciones los documentos constitutivos de la persona jurídica, surgidos del negocio jurídico<sup>42</sup>, deben ocuparse y acreditarse en el sumario. La importancia de que este documento aparezca en el sumario consiste en los particulares que intrínsecamente contiene,

---

<sup>42</sup> DÁVALOS, p. 27.

especialmente el domicilio legal de la empresa; el objeto social al que se destinará la empresa; el capital social, con expresión del valor que se haya dado a los bienes aportados que no sean metálicos o de las bases, según la que habrá de hacerse el avalúo; el número y valor de las acciones en que el capital social estará dividido y representado; modos en que habrá de desembolsarse el resto del capital; la designación de las personas que habrán de ejercer la administración de la empresa e incluso la duración de la empresa; elementos todos de suma trascendencia para las diligencias y acciones de instrucción y para la toma de decisiones legales futuras.

Dávalos alerta que en la escritura de constitución debe incorporarse los documentos que acrediten la personalidad, facultades y representación de las partes<sup>43</sup>, y a ello en el procedimiento penal hay que prestarles gran atención, especialmente los del socio extranjero, a efectos de conocer su status, legitimación y si se hace representar por un mandatario o apoderado.

Otro documento de interés para el proceso será los Estatutos de la persona jurídica. Los Estatutos determinan la organización de la entidad y regulan las relaciones internas entre los socios, delimitando las facultades y eficacia de los órganos a los cuales corresponde la dirección, gestión y representación. Al igual que la escritura social este documento recoge el nombre y naturaleza de la actividad que desarrolla la persona social, es decir su objeto social; el capital social y las acciones; el gobierno y administración de la sociedad y otras referencias relativas a la contabilidad y las finanzas<sup>44</sup>.

Asimismo la certificación de inscripción en el Registro Mercantil a cargo del Ministerio de Justicia o el proscrito por el registro de Asociaciones Económicas de la Cámara de Comercio de Cuba, legitimará el acto que otorga la personalidad jurídica al ente procesado.

En otro orden, refiriéndonos a la entrada y registro de locales, la Ley de Procedimiento Penal no contempla la ocupación o clausura de locales o domicilios particulares; por lo que el Fiscal tendrá que velar por que solo en los supuestos de abandono de dichos locales y viviendas por parte de sus arrendatarios, convivientes o empleados se proceda a darle cuenta a la autoridad competente que corresponda. Ello no

---

<sup>43</sup> *Ídem*, p. 29.

<sup>44</sup> *Ibidem*. p. 32.

impide que conforme al artículo 226 de la Ley adjetiva, la instrucción adopte las medidas de vigilancia para evitar la sustracción de los documentos y bienes que forman parte del patrimonio de la entidad.

El órgano de instrucción, a través de las instituciones públicas que correspondan de igual forma, deberá solicitar el auxilio de personas con conocimiento en la manipulación de medios informáticos y digitales a los efectos de preservar la información que conste en las computadoras u otros medios destinados a las operaciones mercantiles, financieras y económicas que fueron realizadas por la persona jurídica y por ello resulta de interés para la indagación del hecho penal. Sin que tales actos lleguen a entorpecer el desarrollo de las actividades que la entidad y sus empleados realizan.

Con respecto a la ocupación de bienes muebles e inmuebles se tendrá en cuenta que la acción de instrucción recae sobre el patrimonio propio de la entidad, dentro del cual se encuentran las aportaciones de los socios o accionistas. Todo ello constituye el patrimonio y el capital de la sociedad y debe haber constancia de ello o existir su valorización en la contabilidad de la entidad. También en el diligenciamiento para la ocupación de bienes – en atención a la limitación de responsabilidades - deben quedar bien separados de los bienes que corresponden al patrimonio social de aquellos que forman parte del patrimonio individual.

En ese estado, es conveniente que se acredite en el expediente de fase preparatoria la constancia de que los bienes y especialmente las finanzas que constan en el estado de cuentas de la entidad - correspondientes o no al capital social<sup>45</sup> - pertenecen a la entidad imputada, diferenciándose de aquellos bienes pertenecientes a trabajadores y/o directivos de esta u otras personas naturales o jurídicas que no están involucradas en el hecho penal.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> Es prudente hacer una distinción importante entre las categorías, capital social y patrimonio. El capital social es la cifra estable, permanente, invariable, fija, que figura en la escritura de constitución. El patrimonio por su parte, es el conjunto de bienes, derechos, obligaciones del que dispone la sociedad en un momento determinado. El patrimonio, a diferencia del capital social, no es una cifra estable, sino variable.

<sup>46</sup> Ello se deduce de la naturaleza de instituciones como la disolución de las sociedades mercantiles que proceda de cualquier otra causa que no sea la terminación del plazo por el cual se constituyó, no surtirá efecto en perjuici-

## VIII. Sobre la imposición de la medida cautelar

Las medidas cautelares se constituye como un mecanismo procesal excepcional para alcanzar la efectividad de la tutela judicial, dirigidas a evitar afectaciones irreparables para el proceso y en buena medida es una vía idónea para materializar los valores de seguridad jurídica y justicia, aún y cuando en no pocas ocasiones su empleo arbitrario, desmedido y con mal uso, también afecta esos valores.

De esta forma en sede penal el catálogo de las medidas asegurativas que recaen sobre las personas naturales va orientado a lograr el cumplimiento sin interrupciones del *iter* procesal y el efectivo de la condena que en su día el tribunal imponga, sin embargo en lo concerniente a las personas jurídicas su sentido se amplía en tanto también podrán dirigirse cautamente, hacia los bienes muebles e inmuebles, especialmente utilizando la institución del embargo preventivo a efectos de conseguir con seguridad la ejecución posterior de la incautación<sup>47</sup>.

No resultaran aplicables por tanto cualquiera de las medidas cautelares dispuestas en la ley adjetiva para las personas jurídicas, sino solo aquellas que aseguren la presencia de esta a la vista del juicio oral y garanticen el cumplimiento efectivo de la sentencia y en las cuales

---

cio de tercero, hasta que no se anote en el Registro Mercantil. La razón es que al practicarse el asiento registral, deberá constar el plazo de su duración; de esta manera todo aquel que contrate con ella pueda conocer oportunamente el tiempo por el que la sociedad tendrá vida. La disolución. De esta forma se constituye como una garantía para los socios no involucrados y por tanto no es legítimo disponer a la ocupación de todo el capital social.

<sup>47</sup> GOLDSCHMIDT, James, *Derecho Procesal Civil*, traducción de la 2ª edición alemana por Leonardo Prieto Castro, Editorial Labor, S.A., Barcelona, 1936, p. 54.



regirán los principios de provisionalidad<sup>48</sup> y variabilidad<sup>49</sup>, concebidos para la imposición que recae en las personas físicas. Así de *lege data*, las únicas medidas cautelares asegurativas aplicables a las personas jurídicas, con carácter facultativo, son la fianza en efectivo y la moral, dispuestas en los incisos 1 y 2 del artículo 255 de la ley procesal y a los efectos de asegurar en su día la ejecución de la sentencia en lo referente a la responsabilidad civil la fianza, el embargo y el depósito de bienes, tal y como lo prevé el artículo 277, instituciones todas que merecen un comentario.

La fianza en efectivo en nuestra norma tiene una doble naturaleza: personal y patrimonial, pues de una parte se recurre a ella para asegurar al pretense asegurado hasta su comparecencia al acto del juicio oral y hacer efectiva la sentencia y de otra asegurar la responsabilidad civil derivada del delito. En este sentido podría cuestionarse si la autoridad competente puede disponer su doble imposición.

Una primera cuestión es lo referente a la proporcionalidad de ambas medidas precautorias las que no pueden convertirse en una sanción anticipada, *verbi gracia* al principio de presunción de inocencia, y por ende el *quantum* no puede rebasar en cada caso los límites impuestos por la ley para el delito, ni las afectaciones o perjuicios originados por el actuar delictivo del ente colectivo.

Es exigible así los presupuestos del *fumus boni iuris*<sup>50</sup> que obliga a quien impone la medida cautelar a tener una idea temprana – debida-

---

<sup>48</sup> Las medidas cautelares deben permanecer mientras subsistan los motivos que la determinaron y muy especialmente una vez hecha firme la sentencia, tal y como refiere el artículo 251 de la Ley de Procedimiento Penal. “Dicho en otras palabras, refiriéndose a las medidas cautelares, estas varían cuando cambien los presupuestos que la condicionaron, pues no se adoptaron para regir de forma definitiva, sino interinamente”. MENDOZA Díaz, Juan, “Un acercamiento al régimen cautelar del proceso económico cubano”, en Boletín ONBC, No.29, Ediciones ONBC, La Habana, octubre-diciembre 2007, p. 5.

<sup>49</sup> Las medidas cautelares pueden modificarse en cualquier momento en atención a lo previsto en los artículos 246, 247, 248, 249-4 de la Ley de Procedimiento Penal.

<sup>50</sup> PÉREZ Gutiérrez. Ivonne. *Algunas consideraciones sobre las medidas cautelares*. Revista Cubana de Derecho. IV Época. No 36. Unión Nacional de Juristas de Cuba. Julio – Diciembre. Año 2010. pp. 25-53

mente acreditada - sobre la base de un derecho probable, pero aún no demostrado del valor económico de los daños y perjuicios ocasionados, pues solo así se puede garantizar que se cumpla el principio de proporcionalidad en la imposición de la providencia precautoria que impone una correlación estricta entre medida y pronunciamiento de fondo.

La segunda cuestión está referida a la doble imposición, la que a mi modo de ver es aceptable, partiendo de la idea de que la fianza en efectivo regulada en el artículo 255 se impone sobre el acusado y la fianza como garante de la responsabilidad civil recae sobre los bienes y el patrimonio de la persona jurídica.

Es de significar que algunos autores estiman la posibilidad de imponer medidas cautelares no previstas taxativamente, ajustándose a la existencia en materia civil de un poder cautelar genérico en aras de garantizar la eficacia del proceso<sup>51</sup>. Una posición ajustada al principio de legalidad indica la inadmisibilidad de tales criterios, cuyo fundamento se encuentra en la comentada inaplicabilidad de la analogía procesal.

Así ocurre también respecto a la aplicación en la fase preparatoria de medidas cautelares de la que conocen los tribunales de otra competencia. No hay por tanto resquicios legales para interpretar como aplicable - en casos de imposición de medidas cautelares - el artículo 6 de la Ley de Procedimiento penal, que permite a los tribunales la extensión de la competencia a asuntos civiles y administrativos, al solo efecto de la represión y como vía para declarar la culpabilidad o inocencia del acusado; amén de que la medida cautelaren la etapa

---

<sup>51</sup> Entre otros: MONROY Palacios. José. Bases para la formación de una teoría cautelar. Comunidad, Lima, 2002.p. 355. También SAN MARTÍN Castro Ob. Cit y MEINI Méndez. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Pontificia Universidad católica del Perú. Fondo Editorial Lima, año 1999, p. 212. También se encuentra el fundamento en el artículo 313 del Nuevo Código procesal Penal en Perú, el cual ha incorporado las denominadas medidas anticipadas según el cual el Juez excepcionalmente , a pedido de la parte legitimada, puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar la permanencia del delito o la prolongación de sus efectos lesivos, así como la ejecución anticipada y provisional de las consecuencias pecuniarias del delito, siguiéndose la lógica del Código Procesal Civil de Perú y el Tribunal Constitucional Italiano que en materia de medidas cautelares se prevé una tutela innominada de los derechos, dejando a salvo su derecho a establecer determinadas medidas cautelares típicas.

preliminar del proceso penal cubano, están a cargo del órgano de instrucción y del fiscal.

De cara a la modificación de nuestra Ley procesal, en materia de medidas cautelares es sugerente atender a los criterios expuestos por algunos estudiosos del tema. La doctrina reconoce que la naturaleza jurídica de las medidas cautelares aplicables a las personas jurídicas difieren de aquellas que se le imponen a las personas naturales<sup>52</sup>, de ahí que el sustrato jurídico tiene que ser diferente.

Dice Moreno Catena<sup>53</sup> que estas medidas suponen una especie de tutela anticipada, adelantando un momento en el que se integran medidas que corresponden al contenido ejecutivo de la sentencia. Esa tutela anticipada que presupone la imposición de una medida cautelar, propia del proceso civil, es ajena al proceso penal quien tradicionalmente ha considerado su carácter tuitivo dirigido a evitar la continuidad delictiva y el peligro objetivo que genera un defecto de organización y ello pone de manifiesto que el contenido de la sentencia penal no puede anticiparse en base a meros indicios.

Sin embargo, en lo referente a su imposición a la persona jurídica su finalidad fundamentalmente es la restricción temporal de derechos y garantizar los efectos penales y civiles de la sentencia, siendo así que encontraremos un catálogo concurrente de medidas cautelares alguna de las cuales estarían homologadas al régimen de sanciones recogidas en el artículo 28 Decreto-Ley No 175 de 1997, en ocasión de instaurar las penas principales.

Otro aspecto que permite establecer las diferencias es que en sede penal la medida cautelar a la persona jurídica afecta un interés distinto de la libertad personal, propio de la medida cautelar a las personas físicas.

En las futuras modificaciones a la norma procesal respecto a las medidas cautelares es imprescindible respetar los ancestrales presupuestos del *fumus boni juris*, es decir, que aparezcan indicios suficientes de la actividad delictiva cometidas por las entidades; así como el *periculum in mora*, referido al tiempo de permanencia de las medidas impuestas y al daño irreparable que entraña la prolongación innecesaria de la medida cautelar, no solo para el procesado, sino incluso para

---

<sup>52</sup> ESPINOZA, p. 11.

<sup>53</sup> MORENO Catena. Derecho procesal penal. Colex, 1997, p. 480.

las víctimas del delito que pudieran ver enajenados o dilapidados el patrimonio ocupado.

Este análisis nos permite acreditar de *lege ferenda* que en su momento pudieran ser aplicables las medidas cautelares siguientes:

- La clausura temporal o parcial de locales y establecimientos pertenecientes a la entidad.
- La fianza en efectivo.
- La suspensión temporal o parcial de actividades.
- El embargo de bienes. En aquellos casos en los que preliminarmente se determine una afectación económica considerable, a los efectos de garantizar el pago de las deudas y la responsabilidad civil derivada del delito; y el Fiscal debería imponer esta medida cautelar, siguiendo los lineamientos de lo establecido en la Ley de Procedimiento Civil Administrativo, Laboral y Económico.
- Intervención y nombramiento temporal de autoridad administrativa.

Alguna de estas medidas conrae efectos colaterales que no pueden despreciarse y que estarán en consonancia con los artículos 245 y siguientes de la norma procesal ordinaria relativas al aseguramiento del acusado en el proceso penal.

El Fiscal por conducto del instructor tendrá que darle cuenta a las autoridades competentes del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social para que dispongan lo concerniente al régimen laboral de los trabajadores de la entidad y a la continuidad de las actividades económicas que se encuentren pendientes o en ejecución por parte de la persona jurídica.

Desde que se disponga y notifique una de las medidas cautelares a la persona jurídica, su representante pudiera designar un abogado defensor. En el supuesto de que el representante de la entidad coincida con el abogado representante de la entidad, este no puede asumir la defensa de la persona jurídica en tanto ya es parte en el proceso penal y tendrá que ocupar en la sala de juicio el lugar reservado al acusado.

En los casos de las medidas de intervención estatal por clausura temporal y suspensión temporal de actividades, tras la notificación de la medida cautelar, se le daría cuenta al Consejo de Ministros, o en su caso al Ministerio de Economía, al Registro Mercantil, a la Cámara de Comercio u otra entidad pública que concierna, a los efectos comerciales, financieros, económicos o de cualquier otra naturaleza que correspondan cumplimentar dada las implicaciones que la decisión tiene para el objeto social de la entidad, la publicidad pertinente y la seguridad jurídica que de ella emana.

En el supuesto de adoptarse las medidas cautelares relativas a la suspensión temporal o parcial de actividades de estas entidades, será menester atender a lo establecido en el numeral VII y los acápite 1 inciso e), 3 y 4, de la Resolución No 550 del 2001 del extinto Ministerio de Comercio Exterior, que aún está vigente y puso en vigor el procedimiento para la tramitación de expedientes por el Registro Nacional de Sucursales y Agentes de Sociedades Mercantiles Extranjeras, puesto que dada las razones que allí se expresan el trámite a seguir corresponde a esa institución y consecuentemente tendrá que evaluar la trascendencia que tiene la medida impuesta y si será conveniente la cancelación de la licencia otorgada, antes de que concluya el proceso penal<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> Ver Ordinal VII. De la Resolución 550 del 2001 del MINCEX. Causas que motivan la cancelación de la licencia. 1. La cancelación de la Licencia podrá estar fundamentada por las causales siguientes: inciso e) Por la aplicación de la medida de cancelación definitiva de la Licencia, motivada por la realización de actividades no autorizadas en la Licencia otorgada, tales como importar y exportar directamente con carácter comercial; realizar el comercio mayorista y minorista de productos y servicios, excepto los servicios de post-venta y garantía expresamente acordados en los contratos que amparan las operaciones de comercio exterior; así como, distribuir y transportar mercancías en el territorio nacional. También podrán ser causas de la cancelación de la Licencia, la contratación de personal para la prestación de servicios administrativos, técnicos y cualquier otro, que resulte contraria a las regulaciones vigentes dictadas a tales efectos; razones de orden público, de interés nacional o la modificación de las condiciones e intereses que justificaron la autorización de inscripción en el Registro. 3. En el caso comprendido en el inciso e) se emitirá la correspondiente Resolución Ministerial, en la que se explicará las causas de la cancelación de la Licencia, la que será remitida al Encargado del Registro, para una vez notificada al interesado, comunicar a los Organismos y demás entidades que correspondan, incluidas las entidades prestatarias de servicios. 4. Los Organismos y entidades cubanas deberán informar de inmediato al Encargado del Registro de las infracciones o violaciones que conozcan en la actividad de las Sucursales y Agentes.

## IX. Sobre la pretensión punitiva del fiscal en la etapa intermedia

El hecho imponible lo pudiéramos encontrar cuando el acto delictivo fue cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecer o encubrir otro delito. Puede incluso aceptarse - como expone Carbonell Mateu - que el defecto de organización sea el elemento que permita atribuir a la empresa la comisión de un hecho delictivo que no se habría producido de mediar el debido control. Pero eso no puede constituir el objeto de la imputación; éste no es ni puede ser otro que el hecho delictivo propio<sup>55</sup>.

Ello implica que contra la persona jurídica debe recaer una imputación específica que difiere de la realizada por la persona natural que pudiera estar involucrada. Manteniendo los postulados del principio *non bis in ídem*, es importante, como antes se explicó, una técnica de tipificación que separe los hechos cometidos por la persona jurídica de la física en caso de existir, en aras de lograr diferenciar también según corresponda los fundamentos punitivos de la acusación.

La mención de acusado en el proceso penal recae sobre la entidad, por lo que el representante de la persona jurídica será mencionado en el escrito acusatorio por una única vez, a los efectos de significar y describir en el relato de hecho las generales y datos que correspondan a la identidad de su representante.

En los supuestos de concurrencia, en calidad de imputados tanto de personas físicas, como jurídicas, que será lo más común, sería conveniente que la decisión formal de imputación, cualquiera que sea su denominación, venga referida a ambas, pues en aquélla, como hemos dicho, se deben plasmar los indicios racionales de criminalidad de que se disponga en relación con el hecho de conexión, es decir, deberá contener un relato de hechos punibles, encuadrable en determinadas conductas penales (se debe hacer alusión a las mismas sin perjuicio de ulterior calificación a efectos de fijar el tipo de procedimiento a seguir), la identificación de los sujetos tanto individuales como colectivos a los que se imputan dichos hechos, con expresa indicación de la relación de aquéllos con éstas, y si de las pruebas resultantes puede desprenderse que la conducta criminal tenía como finalidad beneficiar a la persona jurídica, o aquélla constituye su *modus operandi*, o si por

---

<sup>55</sup> CARBONELL, p. 293.

el contrario los hechos se han llevado a cabo por una falta de control sobre los sujetos en cuestión, debiendo identificar atendidas las circunstancias del caso, si ello es atribuible a los representantes legales, o administradores de hecho o derecho de las sociedades en cuestión.

Además, será preciso acreditar que la persona física dependiente, que actúa fuera del control, haya cometido el delito en el ejercicio de las actividades sociales y por cuenta y provecho de las personas jurídicas, pues de lo contrario éstas deberían quedar excluidas de la imputación.

El reconocimiento y al arrepentimiento espontaneo son instituciones que hasta el presente pueden ser aplicadas a la persona jurídica como circunstancias de atenuación. Asimismo la reincidencia y la multirreincidencia le son aplicables como circunstancias de agravación de la pena.

Las sanciones accesorias de confiscación y expulsión del territorio nacional deben ser propuestas en aquellos supuestos en los que existan méritos suficientes para su aplicación. Todo ello a la espera de una modificación de la ley adjetiva que colocaría quizás otras penas accesorias como pudiera ser la publicidad registral de la sanción principal impuesta, orientada a facilitar la reparación de las víctimas, lo que implicaría igualmente la restricción de su capacidad criminal en el tráfico mercantil; en tanto la disolución como sanción no implicaría la liquidación inmediata de la entidad, sujeta por demás a complejos y disímiles trámites.

## **X. Referencias Bibliográfica**

- ABANTO Vásquez. Manuel A. Responsabilidad penal de los entes colectivos: Estado actual y reflexiones preliminares. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico. Diciembre, Año 2011. Sitio [www.ciidpe.com.ar](http://www.ciidpe.com.ar). Consultado el 28 de Diciembre de 2011 a las 08:45. am.
- BACIGALUPO, Silvina. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Ed. Bosch, Barcelona, Año 1998.
- CARBONELL Mateu. Juan Carlos. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010 del Código Penal Español". Las consecuencias jurídicas derivadas del delito y una mirada a la persona jurídica desde Cuba y España. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2012.
- DÁVALOS Fernández. Rodolfo La instrumentación jurídica de la empresa mixta. Revista Cubana de Derecho, No 7. Ed. Unión Nacional de Juristas de Cuba. Año 1992.

- ECHARRI Casi. Fermín Javier Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales Magistrado, Doctor en Derecho Diario La Ley, N° 7632, Sección Doctrina, 18 mayo. 2011, Año XXXII, Editorial La Ley. Año 2011.
- ESPINOZA Goyena. Julio Cesar. La persona jurídica, en el nuevo proceso penal. El nuevo proceso penal, estudios fundamentales, Instituto de Ciencia Procesal Penal. Ed. Palestra. Lima, junio, Año 2005.
- FEIJÓO Sánchez. Bernardo. La responsabilidad de las personas jurídicas ¿un medio eficaz de protección del medio ambiente? Revista peruana de Ciencias Penales, No 9, Lima, Año 2009.
- FRAGA. Martínez Raiza. Los sujetos de derecho mercantil en la Legislación Cubana (II) en [www.derecho.com/articulos/](http://www.derecho.com/articulos/) Año 2006 Consultado el 20 de diciembre del 2011, a las 22:30 pm.
- GIMENO Sendra, Vicente. Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal. Las consecuencias accesorias. Ed. Aranzadi, Navarra. Año 2002.
- GOLDSCHMIDT, James, *Derecho Procesal Civil*, traducción de la 2ª edición alemana traducción Leonardo Prieto Castro, Ed. Labor, S.A., Barcelona, Año 1936.
- MENDOZA DÍAZ, Juan, "Un acercamiento al régimen cautelar del proceso económico cubano", en *Boletín ONBC*, No.29, Ediciones ONBC, La Habana, octubre-diciembre. Año 2006.
- MESA Tejada. Natacha. Reflexiones en torno a la representación de las empresas mixtas en Cuba. Revista Cubana de Derecho. IV Época. No 36. Unión Nacional de Juristas de Cuba. Julio – diciembre. Año 2010.
- MONROY Palacios. José. Bases para la formación de una teoría cautelar. Ed. Comunidad, Lima, Año 2002.
- MORENO Catena. Derecho Procesal penal. ED. Colex. Año 1997.
- PÉREZ Gutiérrez. Ivonne. Algunas consideraciones sobre las medidas cautelares. Revista Cubana de Derecho. IV Época. No 36. Unión Nacional de Juristas de Cuba. Julio – diciembre. Año 2010.
- RODRÍGUEZ Musa. Orestes. La cooperativa como figura jurídica. Revista Cubana de Derecho. IV Época. No 36. Unión Nacional de Juristas de Cuba. Julio – diciembre. Año 2010.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando, Los administradores en las sociedades de capital, 2da Edición, Ed. Thomson-Civitas Navarra, Año 2007.
- SAN MARTÍN Castro Cesar, Delito socioeconómico y proceso penal: El Derecho Procesal Penal Económico. Ed. Advocatus Nueva Época. No 4. Año 2001.
- La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pontificia Universidad católica del Perú. Fondo Editorial Lima, Año 1999.



# La interceptación de las comunicaciones en el enfrentamiento al crimen no convencional

DR. RODOLFO MÁXIMO FERNÁNDEZ ROMO\*

## Sumario

1. Introducción
2. Legalización de la interceptación como forma lícita de lucha contra el crimen de alto impacto
3. Valor probatorio de la Interceptación de las comunicaciones
4. La problemática de la interceptación de las comunicaciones en el ámbito internacional
5. Cuba: Crimen organizado e interceptación de las comunicaciones
6. Conclusiones

## 1. Introducción

Dado lo imprescindible que se muestra en la actualidad gozar de un espacio íntimo para alcanzar un desarrollo armónico del ser humano como ente biosico-social, se reconoce como derecho fundamental<sup>1</sup> indistintamente el derecho a la privacidad, a la intimidad o a la vida privada, lo que se traduce en el ámbito de las relaciones sociales como la posibilidad de mantener un espacio de su vida reservado ante la

---

\* Profesor Titular de Derecho procesal penal y Director del Departamento de Ciencias penales y Criminológicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana. [rodolfo@lex.uh.cu](mailto:rodolfo@lex.uh.cu)

<sup>1</sup> Vid. apartado 3 del artículo 18 de la Constitución Española, la que lo define como un derecho fundamental, al precisar que “se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”.

curiosidad de intrusos, que alcanza la posibilidad de mantener comunicación oral o escrita con otra persona, sin la injerencia de extraños<sup>2</sup>.

Este derecho se concreta de igual manera en la posibilidad de intercambiar mensajes o conversaciones día a día por correos electrónicos, gracias al desarrollo cada vez mayor de las tecnologías de la información, las que de la misma forma que son utilizadas por el hombre en su proceso de comunicación transcontinental en tiempo real y en este mismo ámbito en la realización de actividades delictivas de alto impacto, son manipuladas por los órganos encargados de la investigación criminal de las expresadas acciones ilegales a los efectos de lograr efectividad en la persecución penal.

El hecho de tomar, interceptar o apropiarse del contenido de los datos contenidos en la comunicación, compromete el derecho previamente reconocido, el que se protege frente a las escuchas y captaciones de datos personales, que vulneran o invadan elementos de la dimensión privada del ser humano o de las relaciones inherentes a la estructura y el vivir de la familia.

Aunque interceptar comunicaciones históricamente ha sido frecuente en el ámbito operativo de las distintas agencias policiales, tanto para la investigación de delitos comunes como para intentar debelar actos ilegales de extrema peligrosidad, resulta por la frecuente realización de actividades vinculadas al crimen organizado y al terrorismo que se comienza a legalizar en las normativas internas de los Estados como una forma práctica de penetrar el núcleo de las estructuras criminales, identificar a sus principales líderes y desarticular la organización en sí, lo que impone su carácter eminentemente excepcional.

Dado el sentido de necesidad que debe primar en toda interceptación de las comunicaciones y ante la reticencia de la doctrina<sup>3</sup> de

---

<sup>2</sup> En lo que respecta al derecho a la intimidad la Constitución en Cuba se refiere expresamente a la inviolabilidad de la correspondencia y a la inviolabilidad del domicilio como dos manifestaciones importantes de este derecho, sin que haga pronunciamiento expreso al secreto de las comunicaciones telefónicas en sus diversas variantes, aunque toda comunicación actual, vía internet, puede considerarse una forma de expresión de correspondencia.

<sup>3</sup> La asimilación de estas acciones investigativas han sido condicionadas doctrinalmente, siempre sobre la base de lograr una zona de equilibrio entre su efectiva persecución penal y el respeto de los derechos fundamentales de los implicados en las acciones de la criminalidad organizada, lo que

admitir esta tradicional y controvertida práctica operativa como legal, a la hoy denominada técnica especial de investigación criminal, se le ha impuesto ciertas exigencias previas a los efectos de dotarla de legalidad y de poder ser estimada dentro del material probatorio de cargo, que permita ejercitar una acción penal pública objetiva y oportuna, entre los que se destacan contar con autorización expresa de la autoridad competente, de modo formal y con motivación de la resolución.

## **2. Legalización de la interceptación como forma lícita de lucha contra el crimen de alto impacto**

La interceptación de las comunicaciones logra su reconocimiento como técnica especial de investigación en el año 2000, con la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocida mundialmente como Convención de Palermo, en su artículo 20; instrumento internacional que exhorta a su utilización por los Estados, a los efectos de combatir la delincuencia criminal organizada.

Ante el llamado internacional y dado el avance incontenible del crimen organizado<sup>4</sup>, Algunos Estados, han incorporado a la intercep-

---

presupone la existencia de requisitos previos que doten de legalidad a la operación encubierta en sí. *Cfr.* Guzmán Flujá, V. C. El agente encubierto y las garantías del proceso penal. Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Universidad de Castilla – La Mancha. Disponible: <http://www.cienciaspenales.net>. Fecha de consulta 20 de marzo de 2014.

<sup>4</sup> El crecimiento insostenible de la criminalidad organizada a nivel mundial se atribuye entre otros aspectos, al proceso de globalización económica neoliberal, con el consecuente aumento de la pobreza, de la brecha entre ricos y pobres, el impacto de las nuevas tecnologías de la información, el debilitamiento de las fronteras entre Estados, la crisis de la filosofía del Estado-Nación, etc., al punto de llegar a cuestionarse desde el punto de vista criminológico si se muestra como un fenómeno mundial que invade todas las esferas de la vida económica, política y social de los Estados, al que no escapa país alguno, ya que su caracterización inicial de ser transnacional y especializada, ha mutado hoy a estimarse transcontinental y diversificada. *Vid.* De La Cruz Ochoa, R. Crimen organizado. Delitos más frecuentes. Aspectos Criminológicos y Penales. Edición electrónica. Organización Nacional de Bufetes Colectivos. La Habana. Cuba. 2006. p. 1.

tación de las comunicaciones a su Código de procedimientos penales ordinario, como en el caso de España, que la prevé en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y otros como Guatemala, Costa Rica, Venezuela, etc., la han reconocido en leyes especiales contra la delincuencia organizada y de delitos de especial gravedad, para lo cual prevén expresamente a qué delitos puede aplicarse en función de la investigación.

En la doctrina<sup>5</sup> se identifican varios tipos de interceptación de las comunicaciones; entre las comunicaciones escritas se encuentra la epistolar, la que puede ser identificada como medio de comunicación escrito por un emisor a un receptor que lleva información y que puede tener un remitente desconocido, lo que dificulta la investigación; el telégrafo, que se corresponde con el dispositivo de telecomunicación destinado para la transmisión de señales a distancia y los mensajes, consistentes en encargos de decir algo a alguien, Y aunque son las formas más tradicionales de comunicación entre los humanos, no son necesariamente las menos usadas para delinquir.

Por la protección que los Estados históricamente han proporcionado a las comunicaciones escritas entre los ciudadanos, al punto de protegerse constitucionalmente de manera general la inviolabilidad de la correspondencia, su intervención se reconoce bajo la presencia de un conglomerado de requisitos<sup>6</sup>, que dirigen la utilización de esta técnica, entre los que se pueden citar:

- Que la intervención de las comunicaciones escritas se haga sobre actividades delictivas de especial peligrosidad.
- La permisión de la intervención de la comunicación escrita debe hacerse sobre la base de una información fundamentada y debe estar permitida por autoridad competente.

---

<sup>5</sup> *Cfr.* Muñoz Pope, C. Cuestiones sobre el proceso penal. Panamá, 1997. p. 13. Novoa Monreal, E. Derecho a la vida privada y libertad de información, México edición siglo XXI, 1979. p. 63. Quintero Ospina, T. Las pruebas en materia penal. Editorial Jurídica Wilches, Bogotá, 1991. p. 54. Roxin, C. Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, Bs. As. 2000. p. 82.

<sup>6</sup> *Cfr.* Correa de Carvalho, J. Intervención de las Comunicaciones en España. Civitas, Madrid. 2007. p. 12. Martín Morales R. El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones, Civitas, Madrid. 1995. p. 54. Rebollo Delgado, L. El derecho fundamental a la intimidad, Dykinson, Madrid. 2005. p. 32. Rives Seva A. P. Intervención de las comunicaciones en el proceso penal, Bosch, Barcelona. 2010. p. 24.

- Las acotaciones, reportes, informes, traducciones y transcripciones que se realicen sobre la información intervenida deben realizarse solo sobre la información de interés de la investigación en curso.

La medida de intervención telefónica se compone de dos elementos<sup>7</sup>; la intervención y la observación<sup>8</sup>. La intervención refiere apoderarse del contenido de las comunicaciones, en tanto el término observación se reduce a tomar conocimiento del destino de la comunicación y de la identidad subjetiva del receptor de la comunicación.

La medida de intervención telefónica, se estima también una medida coercitiva, limitativa de derechos fundamentales. Así ha sido reconocido por la doctrina, al señalar que...*constituye una medida coercitiva accesoria que tiende por lo general a la obtención de pruebas conforme lo que se transmite por medio de la palabra a distancia por esta*

---

<sup>7</sup> López Barja de Quiroga, respecto a las dos modalidades, señala coincidentemente que: *la intervención supone apoderarse del contenido de de las conversaciones telefónicas, poder llegar a conocerlas. Por su parte, el término observación ha de reducirse a poder tomar conocimiento del destino de la comunicación, la identidad subjetiva del receptor de la comunicación, al menos del titular, pero no permite el conocimiento del contenido, que debe permanecer secreto. Vid. López Barja de Quiroga. Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida. Editorial Akal, Madrid. 1989. p. 194. Cruz Castro, F. La Defensa Penal y la Independencia Judicial en el Estado de Derecho. Departamento de Capacitación Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Unidad Modular VI, San José, Costa Rica. 1989. p. 22.*

<sup>8</sup> Por su parte, Tomás López- – en forma amplia -, sostiene que: *...López Barja se pronuncia en sentido afirmativo, al considerar, ...la intervención en el sentido de apoderarse del contenido de lo comunicado, mientras que ... con la expresión observación se refiere exclusivamente al recuento – comptage o pen register -, o sea, aquella actividad técnica que consiste en el empleo de un mecanismo que registra los números marcados, y así, en su caso, la identidad de los interlocutores, la hora o duración de la llamada, conjunto de actividades que el autor incluye en el más amplio término de interceptación, tomar conocimiento de la existencia, destino y / o contenido de una comunicación, aprehendiéndola de alguna manera. Vid. López, T. Las intervenciones telefónicas en el proceso penal. Colex, Madrid. 1991. p. 46. Pascua, F.J. Escuchas telefónicas, grabaciones de audio subrepticias y filmaciones. 4 reimpresión, Mendoza, Argentina, 2003. p. 77.*

vía.<sup>9</sup> Y en tanto, debe ser estimada la técnica de investigación criminal que de manera más directa vulnera derechos personalísimos, como el derecho a la intimidad<sup>10</sup>.

Esta técnica especial de investigación criminal, está regido por determinados requisitos<sup>11</sup> entre los que se destacan:

- a) La intervención de las comunicaciones telefónicas debe hacerse sobre actividades delictivas de especial peligrosidad.
- b) La autorización de las mismas deben ser avaladas por autoridades competentes a cargo de la legalidad.
- c) La permisión de la intervención de la comunicación debe hacerse sobre la base de un proceso iniciado y sustentado, pero no terminado.
- d) El empleo de la misma tiene que basarse en información fundamentada de determinada actividad criminal.
- e) No puede ser indiscriminada la utilización de la intervención de las comunicaciones telefónicas.
- f) Las grabaciones y reproducciones que se realicen sobre la información intervenida deben, destruirse posterior a la terminación del proceso.

---

<sup>9</sup> Vid. Pascua, F.J. ob. cit. p. 79. Cafferata, J. Medidas de coerción en el proceso penal. Ed. Lerner, 1983. p.43. Zamorano, es del criterio *que constituyen medidas coercitivas accesorias, que tienen por lo general la obtención de pruebas conforme lo que se transmite por medio de la distancia o por esta vía, y que proporcionan información que es importante en la investigación penal.* Zamorano, A. A. Las pruebas obtenidas mediante las grabaciones sonoras y de imagen y las intervenciones telefónicas: su valor probatorio. Conferencia pronunciada en el III Congreso Colombo – panameño de Derecho Procesal, Panamá, agosto 2006. p.6. López Fragozo Álvarez, T. Las intervenciones telefónicas en el proceso penal, Civitas, Madrid, p. 14. Tal vez más detallada en lo que a los requisitos de validez de la medida de intervención telefónica se refiere, es la definición que ofrecen Paz Rubio, J. M., Mendoza Muñoz, J., Olle Sesé, M. y Rodríguez Moriche, R. M. La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales, Ed. Colex, 1999, p. 209.

<sup>10</sup> Vid. León, Leysser L. Derecho a la intimidad y responsabilidad civil, Ed. Sociedades Bíblicas, Perú, 2007, p.16.

<sup>11</sup> Vid. Pascua, F.J. ob. cit. p. 69. Cafferata, J. ob. cit. p. 25. Zamorano, A. A. ob. cit. p. 10. Cruz Castro, F. ob. cit. p. 20.

### 3. Valor probatorio de la Interceptación de las comunicaciones

Referido al valor probatorio que se le puede otorgar a la interceptación de las comunicaciones, la doctrina no se muestra pacífica, ya que por su fugacidad e inminencia ha de obtenerse en los momentos iniciales del proceso, y en muchas ocasiones cuando no existe siquiera proceso en sí y en tanto ello no puede preverse su producción u obtención como prueba para el acto del juicio oral.

En este sentido el debate se concentra en si puede o no concedérsele la condición de acto de prueba anticipada o solo puede ser estimado un indicio o acto de investigación, que debe reproducirse en el acto del juicio oral a través del medio de prueba documental.

A estos efectos, se considera oportuno resaltar que el tema prueba anticipada, está íntimamente ligado con el concepto que de prueba se tenga, y conteste con Gómez Orbaneja el concepto de prueba puede y debe construirse desde la teoría general y en tal sentido por prueba puede entenderse *la actividad y/o instrumento tendente a posibilitar la reconstrucción fáctica de la historia parcial introducida en el proceso a fin de convencer al juez de su verdad o falsedad, existencia o inexistencia*<sup>12</sup>.

Establecido como presupuesto que la prueba, entre otras exigencias, es una actividad del juzgador consistente en el juicio comparativo que hace entre las afirmaciones fácticas parciales y los datos extraídos en el juicio oral de acuerdo con las exigencias de inmediación, oralidad, contradicción, igualdad, publicidad, en la realidad procesal, resulta oportuno hacer referencia a determinadas diligencias probatorias llevadas a cabo con anterioridad y fuera de la presencia del decidor, se trata de la denominada prueba anticipada.

---

<sup>12</sup> Vid. Gómez Orbaneja y Herce-Quemada, Derecho Procesal Civil, I, 8.ª ed., Madrid, 1976, p. 287. Así, entre otros, Serra Domínguez define la prueba como: *Actividad consistente en una comparación entre una afirmación sobre unos hechos y la realidad de los mismos encaminada a formar la convicción del juez.* Serra Domínguez, M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. M. Albaladejo, 2.ª ed., T. XVI, vol. 2.º, Madrid, 1991, p. 12. Mientras que para Miranda Estrampes, *la prueba procesal es la verificación o comprobación que realiza el juez mediante la comparación de afirmaciones.* Miranda Estrampes. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, España, 1997. p. 31.

Gómez Orbaneja refiriéndose al proceso penal nos dice que *verdadera prueba es la que tiene lugar en el juicio oral, pero cuando algún medio de prueba, por cualquier causa, no puede realizarse en dicho acto, permite la ley que se adelante en la fase de instrucción, con intervención de las partes*<sup>13</sup>.

En sentido general, para que las diligencias investigativas adquieran la condición de actos de prueba anticipada, es criterio extendido en la doctrina<sup>14</sup> que al momento de su producción o aseguramiento, es necesario se cumplan determinados requisitos objetivos, subjetivos y formales.

Como requisito objetivo, se requiere que versen sobre hechos que por su fugacidad sean irrepetibles o de muy difícil reproducción en juicio oral. En ambos casos, es necesario, además, que se respete en su realización el derecho de defensa de las partes, dando la posibilidad de que se ejecuten de manera contradictoria.

Se pretende que en la práctica anticipada de prueba cada uno de los contendientes consiga participar de manera activa como verdadero sujeto procesal, con igualdad de armas y pueda efectuar las observaciones y alegaciones que estime oportunas a fin de esclarecer la realidad de los hechos en disputa, en correspondencia con sus intereses.

Como requisito subjetivo se demanda que sean actuadas o, al menos, ordenadas por la única autoridad dotada de potestad jurisdiccional y de la independencia necesaria para generar actos de prueba, a saber, un órgano judicial.

Y como requisito formal, resulta inexcusable que estos actos de pruebas sean reproducidos en el juicio oral en condiciones que permitan a las partes someterlas a efectiva contradicción, sin que baste la simple fórmula de tenerlas *por reproducidas*, lo cual resulta frecuente, sino que es preciso su real debate por medio de la lectura en la correspondiente vista pública, lo cual posibilita someter su contenido a

---

<sup>13</sup> *Vid.* Gómez Orbaneja. Derecho procesal Penal, I, 10.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1986, p. 215.

<sup>14</sup> *Cfr.* Miranda Estrampes, M. ob. cit., p. 55. Gimeno Sendra, V. Derecho Procesal Penal, ob. cit., p. 375. Pedraz Penalva, E. La práctica probatoria anticipada y la denominada prueba preconstituida, ob. cit., p. 26. Fernández Entralgo, J. El manejo del juicio oral. Impreso en LITOCOM, S. de R. L. de CV. Tegucigalpa, Honduras, 2001, p. 38.



confrontación con las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral.

De lo expuesto, no resulta difícil admitir que la interceptación de las comunicaciones dada la forma en que se lleva a cabo en la primera etapa del proceso penal y su real imposibilidad de concretarse en el acto del juicio oral, la que cuenta además de una aprobación judicial previa, y un estricto control de también judicial, pueda ser considerada como una prueba anticipada.

Sin embargo, estimamos que dada su condición de operación encubierta, impide un adecuado ejercicio del derecho de defensa en condiciones de igualdad, desde su inicio, teniendo el imputado y su defensor acceso a la interceptación en un momento posterior, una vez que ha sido interceptada, razón por la cual, debe ser estimado únicamente como un simple acto de investigación o indicio que debe ser introducido al proceso, como ya mencionamos *up supra* a través de los medios de prueba permitidos, y resistir el cuestionamiento propio del debate penal, para que pueda formar parte del material probatorio que permite decidir el conflicto penal.

#### **4. La problemática de la interceptación de las comunicaciones en el ámbito internacional**

No resulta difícil encontrar ejemplos actuales en los que las escuchas telefónicas tienen un destacado protagonismo por su afectación a la esfera más íntima de los ciudadanos. En este sentido, es de destacar por su alto nivel de injerencia en la vida privada de los ciudadanos la Ley aprobada por el Congreso de Estados Unidos tras los atentados en Nueva York el 11.09.2001, conocida como la *Patriot Act*, la cual bajo la finalidad declarada de luchar con el terrorismo en Estados Unidos y en el extranjero, autoriza entre otras medidas, la intervención de las comunicaciones telefónicas y por correo electrónico de los ciudadanos sin autorización judicial previa. Dicha ley ha sido objeto de numerosas críticas desde su entrada en vigor por debilitar la protección de las libertades civiles<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Cfr. Zoco Zabala, C. Interceptación de las comunicaciones electrónicas. Concordancias y discordancias de SITEL con el artículo 18.3 CE. Indret. Revista para el análisis del derecho. Barcelona, 2010. p. 45.

Lo trascendente de la mencionada ley es que el gobierno de Estados Unidos faculta a su cuerpo policial, el FBI, a espiar no solo a sus propios ciudadanos sino también a cualquier ciudadano de cualquier parte del mundo conjuntamente con las agencias de inteligencia del Reino Unido, entre otros países, focalizando a aquellas personas que hacen más usos del internet, pudiendo vulnerar sus derechos a la intimidad.

Muestra de la utilización de la interceptación de las comunicaciones como método de espionaje de los Estados Unidos hacia todo el mundo, con el deliberado propósito de mantener su hegemonía en el orbe, es el escándalo internacional por las revelaciones de Edward Snowden, con la publicación de documentos secretos sobre el sistema masivo de espionaje de telefónico y de internet, por parte de la Agencia Nacional de Seguridad (NSA), así como las recientes noticias sobre interceptación de comunicaciones a supuestos aliados como la canciller alemana Angela Merkel, y a la Presidente de Brasil Dilma Rousseff, entre otros altos políticos influyentes en el mundo hoy.

Se dice, que la Unión Europea cuenta con agencias de inteligencias conocidas como las agencias del orden (*Law Enforcement Agencies*) las cuales utilizan la técnica de intervención de datos de tal forma que registran y almacenan todo tráfico de información en las telecomunicaciones y toda utilización de la red que se produzca quien quiera que la efectúe, quedando archivada la información por un espacio aproximadamente de 7 años, aplicando también el sistema *Echelon*.

Respecto a la red *Echelon*, se corresponde con un sistema automatizado de escucha de las comunicaciones, sea cual sea su soporte: teléfono, fax, e-Mail, satélites, que ha sido puesta en funcionamiento desde hace 20 años, y en total secreto por 5 países anglo-sajones: los Estados Unidos, el Reino Unido, Canadá, Australia y Nueva Zelanda. La red *Echelon* es principalmente controlada por la NSA, la agencia de información electrónica americana<sup>16</sup>.

La idea de *Echelon* es de utilizar las tecnologías de reconocimiento vocal para hallar automáticamente palabras-claves en las conversaciones bajo vigilancia. Las palabras-claves a hallar son seleccionadas por los oficiales de *Echelon*, en función a la coyuntura y los objetivos del momento.

---

<sup>16</sup> Vid. Pascua, Francisco Javier. Escuchas telefónicas, grabaciones de audio subrepticias y filmaciones. 4 reimpresión, Mendoza, Argentina, 2003. p. 12.

La técnica de escucha siendo automatizada, un gran número de las comunicaciones en el mundo pueden ser grabadas y tratadas cada día. Solo las comunicaciones conteniendo las palabras-claves son seleccionadas para un análisis humano.

Se dice que *Echelon* puede analizar 2 millones de conversaciones por minuto. Cada día esta red intercepta 4,3 mil millones de comunicaciones, es decir casi la mitad de los 10 mil millones de comunicaciones intercambiadas cotidianamente en el mundo. La existencia de esta red fue revelada a los medios de comunicación social en 1998, en ocasión de un informe del Parlamento Europeo, el cual reprochaba a *Echelon* de violar “*el carácter privado de las comunicaciones de no-americanos, así como a gobiernos, sociedades y ciudadanos europeos*”<sup>17</sup>.

A cada estado dentro de la alianza UKUSA, (siglas con las que se identifica a la alianza de los países que integran *Echelon*), le es asignado una responsabilidad sobre el control de distintas áreas del planeta. La tarea principal de Canadá solía ser el control del área meridional de la antigua Unión Soviética. Durante el período de la guerra fría se puso mayor énfasis en el control de comunicaciones por satélite y radio en centro y Sudamérica, principalmente como medida para localizar tráfico de drogas y secuaces en la región.

Los Estados Unidos, con su gran cadena de satélites espías y puertos de escucha controlan gran parte de Latinoamérica, Asia, Rusia asiática y el norte de China.

Gran Bretaña intercepta comunicaciones en Europa, Rusia y África. Australia examina las comunicaciones de Indochina, Indonesia y el sur de China, mientras que Nueva Zelanda barre el Pacífico occidental.

Otro ejemplo, digo de mencionar, de la violación que los Estados en su aparente lucha contra el terrorismo, cuando en realidad se convierten en actividades de inteligencia de Estados, pero que tienen una fuerte repercusión en la intimidad de las personas de todo el mundo, lo es el sistema automatizado, establecido por España, conocida como Sistema Integral de Interceptación de las Comunicaciones Electrónicas (Sitel)<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> *Ibidem.*

<sup>18</sup> *Vid. Zoco Zabala, C. ob.cit., p. 45.*

## 5. Cuba: Crimen organizado e interceptación de las comunicaciones

En el caso de Cuba, en torno a la presencia del crimen organizado, la polémica no se torna pacífica, aunque predomina la idea de que aun no existen condiciones que favorezcan su existencia y a pesar de que se advierte la presencia de actividades delictivas de tráfico de drogas, de personas y entre otras, todas con carácter internacional y transnacional, estas se distinguen de la delincuencia no convencional u organizada, precisamente, por que como manifiesta De la Cruz Ochoa<sup>19</sup>, en este tipo de actividades ilegales falta permanencia, auto renovación y un modelo estructural maduro, características que identifican a esta forma de criminalidad, actividades que en el país se presentan como impactos temporales del crimen organizado transnacional, más que el resultado de un proceso interno.

Teniendo en cuenta que si bien no puede afirmarse categóricamente sobre la existencia en Cuba de una criminalidad organizada arraigada, al menos en los términos que se concibe criminológicamente, el sistema de tribunales populares con cada vez mayor frecuencia conoce de procesos penales de tráfico internacional de drogas y otros de naturaleza económica que dada las bondades de las tecnologías de la información permiten realizar jugosas transferencias de efectivo al exterior, con la consecuente afectación económica al Estado cubano, que demandan de un proceso investigativo donde se autorice la realización de estas acciones proactivas de inteligencias como operaciones encubiertas.

De igual manera contamos desde el año 1999 con una Ley especial de protección de la independencia nacional y la economía de Cuba, que en esencia protege al proyecto social cubano de acciones terroristas, principalmente proveniente de las acciones terroristas de los Estados Unidos de de Norteamérica, para lo cual resulta totalmente legal el reconocimiento *ex ante* y durante la investigación de esta especial técnica de investigación criminal, lo que sin lugar a dudas fortalecería la investigación penal en delitos de especial gravedad, como el terrorismo y aquellos vinculados al crimen organizado.

---

<sup>19</sup> *Ibidem.* p. 6.

## 6. Conclusiones

La interceptación de las comunicaciones como técnica especial de investigación criminal se legaliza ante el creciente auge de la criminalidad organizada, la que a diario perfecciona sus modos de actuación criminal y los Estados se ven en la necesidad de emplear este tipo de operación encubierta en su enfrentamiento; su objetivo no radica esencialmente en esclarecer un supuesto hecho delictivo, sino fundamentalmente están destinadas a desarticular a las organizaciones criminales que se encuentran operando tanto a nivel nacional, internacional o transnacional.

Por su efectividad, la interceptación de las comunicaciones se reconoce doctrinalmente como una técnica especial de investigación criminal, en el enfrentamiento a delitos graves, de alto impacto, y de terrorismo; su viable utilidad radica en que no implica poner en peligro la vida de los agentes especializados que llevan a vía de hechos la operación encubierta, además, dada las bondades de las nuevas tecnologías no suponen grandes desembolsos económicos para su implementación.

El reconocimiento internacional de la interceptación de las comunicaciones como técnica especial de investigación en la lucha contra la delincuencia organizada, tiene lugar en la Convención contra la Criminalidad Organizada Transnacional de 2000, conocida como Convención de Palermo, en la que se sugiere a los Estados su reconocimiento en las legislaciones nacionales, los que no han seguido idéntica sistemática legislativa, pues unos la reconocen en leyes especiales y otros en sus códigos procesales, siendo coincidentes en la regulación normativa de determinados principios previos de actuación, entre los que se destacan, la existencia de indicios suficientes para suponer que la persona investigada es miembro de la delincuencia organizada y que la intervención es el medio adecuado para recabar información que sirva para investigar a los miembros de dicha organización criminal.

Entre los métodos especiales de investigación criminal que se reconocen en la lucha contra la delincuencia organizada, la interceptación de las comunicaciones, resulta la que con mayor facilidad puede llegar a vulnerar derechos fundamentales reconocidos doctrinalmente como derechos personalísimos, en especial el derecho a la intimidad, razón por la cual, en su utilización se han de ponderar los costos-beneficios en términos de lograr el equilibrio necesario entre el bien sacrificado y el bien jurídico protegido, dado a lo cual, la decisión de su utilización debe ser analizada caso por caso.

En la actualidad la interceptación de las comunicaciones no se limita por parte de todos los Estados a la lucha contra el crimen organizado y el terrorismo, pues se ha demostrado que las potencias imperialistas, bajo el velo de la referida lucha, continúan utilizando estos métodos en actividades de espionaje y e inteligencia contra otros Estados, con el marcado propósito de afianzar su hegemonismo a nivel mundial.

En materia probatoria, es criterio extendido en la doctrina que para que la interceptación de las comunicaciones pueda ser estimada como prueba lícita no puede ser obtenida desconociendo derechos fundamentales de los imputados, lo que demanda que la misma sea realizada de conformidad con la regulación normativa existente en correspondencia con los principios antes expuestos.

En cuanto a su valoración como prueba lícita, la interceptación de las comunicaciones, no puede ser estimada prueba anticipada, toda vez que su condición de operación encubierta lo impide, habida cuenta que ni el imputado ni su defensa pueden ejercer su adecuado control en el momento de su obtención, y en tanto, solo debe ser considerado un elemento probatorio más, dentro del arsenal de actos de investigación de cargo que utiliza el Ministerio Público para ejercer la acción penal pública.

# La sucesión de leyes en los delitos económicos configurados como normas penales en blanco: Propuestas para no transitar por una época de epílogos

DR. RAMÓN YORDANIS ALARCÓN BORGES\*

## Sumario

- I. Una necesaria aproximación sin matices de cruzada
- II. Por los senderos dogmáticos de la eficacia temporal de las normas penales en blanco
- III. Propuestas teóricas para no transitar por una época de epílogos
- IV. CONSIDERACIONES ad finem

## I. Una necesaria aproximación sin matices de cruzada

La sociedad que se desarrolla en este siglo está inexorablemente marcada por el riesgo constante en todas las esferas de la vida social, lo que es consecuencia directa de las formas de producción, difusión, transmisión y aplicación del conocimiento científico tecnológico. Este se torna realmente incontrolable en muchas esferas de aplicación dado que las causas y efectos que producen no son lineales, sino profundamente complejas.

La teoría de la sociedad de riesgos se nos presenta como un paradigma contemporáneo, inacabado por la indudable dinámica que hoy marca esa sociedad, que cada día se mueve bajo los pares desarrollo-vulnerabilidad, progreso-inseguridad.

---

\* Profesor Auxiliar de Derecho penal y Derecho procesal penal. Director del Departamento de Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. Santiago de Cuba. [ralarcon@fd.uo.edu.cu](mailto:ralarcon@fd.uo.edu.cu)

En la actualidad, parafraseando a NIKLAS LUHMANN, el problema del riesgo ha sido descubierto también por las Ciencias Sociales, pero, para advertirlo de algún modo no en el jardín propio, sino porque el jardín no se había cuidado y regado suficientemente.

Esta perspectiva marcó una notable diferencia entre la sociedad tradicional y la de riesgos, que determinó la evolución y desarrollo del hombre moderno –primero-, y posmoderno en toda su extensión.

PABLO GUADARRAMA<sup>1</sup>, icono del pensamiento filosófico cubano contemporáneo, certeramente nos manifiesta que ser moderno siempre ha exigido una actitud renovadora ante lo establecido y comúnmente aceptado como normal o adecuado. Una actitud moderna es cuestionadora de lo existente por considerar que no ha cumplido con las exigencias de los tiempos nuevos. La postmodernidad es la insatisfacción con la satisfacción de la modernidad.

La modernidad es una conquista del hombre sobre sí mismo, sobre sus defectos e insuficiencias. Es una victoria del *logos* sobre el *ego*. La postmodernidad parece ser el triunfo del *ego* sobre el *logos*. Pero no de un ego simplemente individual, sino del ego de élites de consumo e intelectuales sobre las masas periféricas.

El espíritu de la modernidad se embriagaba en la conformación de una cultura superior para que el hombre se sintiera también superior y lograra mayores niveles de identidad. El espíritu postmoderno pone en peligro la identidad cultural de los pueblos, porque pretende homogeneizar a través de *los mass media* la vida de los más recónditos rincones del orbe imponiendo los valores sin frenos de las sociedades primer mundistas.

Estas premisas, que sitúan los senderos por los que transita la relación postmodernidad-sociedad de riesgos, marcan hoy el debate acerca de una crisis que ha incidido en el proceso de difuminación de las fronteras (reales y simbólicas) que mantenían las dicotomías propias de la modernidad<sup>2</sup>: Estado/Sociedad civil, Público/privado, formal/informal,

---

<sup>1</sup> Guadarrama, Pablo; *Fuentes y perspectivas del neoliberalismo; pensamiento alternativo vs. 'pensamiento único'* Paso a paso. Escuela Superior de Administración Pública. Tunja. A. 2 n. 2 diciembre de 2001. pp. 210.

<sup>2</sup> Guadarrama, Pablo; *Fuentes y perspectivas del neoliberalismo; pensamiento alternativo vs. 'pensamiento único'* Paso a paso. Escuela Superior de Administración Pública. Tunja. A. 2 n. 2 diciembre de 2001. pp. 209-222.



entre otras categorías. A lo que se suma, en la misma medida, los problemas globales que afectan los intereses de toda la comunidad mundial, que amenazan el futuro de la humanidad, y que atentan con las posibilidades de desarrollo de la civilización, a tenor: la gran desproporción en los niveles de desarrollo social y económico entre las distintas partes del planeta, las amenazas a la seguridad y la paz internacionales, la problemática ecológica, el apresurado aumento demográfico de la población mundial vinculado al insuficiente ritmo de crecimiento de la producción de alimentos, el agotamiento de los recursos naturales no renovables, en especial de los energéticos.

Lo anterior reafirma que: “El mundo contemporáneo es simultáneamente *uno, diverso y desigual*. (...) Lo que hoy llamamos globalización es la expresión de esa realidad”. Así nos dice SAMIR AMIN, al hablarnos de *Las desviaciones de la modernidad. El caso de África y del mundo árabe*<sup>3</sup>. Y es que la globalización, al acentuar nuestra individualidad, diversidad y desigualdad, también nos ha colocado ante un fenómeno de inexplicables consecuencias como es, la internacionalización de la delincuencia. En consecuencia, la humanidad está sometida a una serie de signos de extensión y dilatación de mecanismos para enfrentar ésta última y se debate, tal y como nos alerta PRITTWITZ<sup>4</sup>, entre la irritante percepción de la discrepancia entre un Derecho penal que desde el punto de vista programático se declara claramente limitado y la realidad diaria de una creciente política criminalizadora.

Ante tales circunstancias, en algunos de los Congresos sobre Prevención del Delito y Tratamiento del delincuente, organizados por la ONU, se han establecido los principales delitos internacionales que hoy afectan a la humanidad, a saber: la delincuencia internacionalmente organizada de tipo mafioso, cuyo objetivo último es el lucro; delitos económicos que llevan aparejadas operaciones y transacciones en más de un país y que no se homologan con los llamados delitos

---

<sup>3</sup> Amin, Samir. “Las desviaciones de la modernidad. El caso de África y del mundo árabe”. *Revista TEMAS. Cultura, Ideología, Sociedad*. No. 46, abril-junio de 2006. Nueva época. La Habana. Cuba. p. 4.

<sup>4</sup> Prittwitz, Cornelius. “*Das deutsche Strafrecht: Fragmentarisch?, Subsidiar?, Ultima ratio? Gedanken zu Grund und Grenzen gangiger Strafrechtsbeschränkungs-postulate*”; en Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (ed): *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt a. M. 1995, pp. 387-405.

patrimoniales que generalmente son de carácter individual; las actividades terroristas de naturaleza transnacional; el comercio ilícito transnacional con objetos de arte pertenecientes al patrimonio cultural y religioso de una nación; y las actividades que afectan el equilibrio ecológico y la estabilidad ambiental de más de un país. Derivándose, consecuentemente de su realización, dos elementos negativos que inciden directamente en los contextos sociales contemporáneos: la corrupción intensiva y generalizada, y la infiltración en gran escala de las actividades económicas legales.

Todos estos aspectos, no solo determinan la ampliación cualitativa y cuantitativa que lleva a definir a los Estados en sus legislaciones penales nuevos comportamientos penalmente relevantes, o el aumento, en igual sentido, de la reacción punitiva, sino el desarrollo de rasgos, cada vez más distintivos, del carácter expansivo y de inclinación a la anticipación de la intervención penal, auspiciada por las crecientes demandas de políticas de seguridad ciudadana, que han conllevado al llamado *populismo punitivo*.

Esta desarrollada pero complicada sociedad, coincidiendo con FERRANDO MANTOVANI,<sup>5</sup> por su dinamismo, por la multiplicidad y complejidad de los problemas que surgen a cada momento, el estatalismo, multiplicador de leyes e intervencionista, ya por autoritario ya por paternalista, en los detalles de la vida y el trabajo de la gente hacen que el Derecho penal haya abandonado el ideal iluminista de las “leyes pocas, sencillas, claras, estables” por la realidad de las “leyes muchas, complejas, confusas e inestables”, así como de las leyes vacías, simbólicas, mágicas destinadas tan solo a poner en escena la diligencia en la lucha contra ciertas formas de criminalidad; de las leyes “hermafroditas” como forma de ley pero sustancia de acto administrativo, de las leyes “burocráticas” meramente sancionadoras de genéricos preceptos extra-penales, de la inflación legislativa; de la crisis del Principio de Legalidad – Certeza y Taxatividad Jurídicas.

Esta inflación legislativa -que desborda el sistema jurídico contemporáneo-, reafirma una vez más la necesidad de utilizar en los cuerpos penales las NORMAS PENALES EN BLANCO, que se conceptualizan como normas necesitadas de complemento, porque su supuesto de hecho aparece formulado de un modo incompleto y su complemento ha de

---

<sup>5</sup> Mantovani, Ferrando; “Sobre la perenne necesidad de la Codificación”; *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminológicas*: 01/01 (1999).

buscarse en otras disposiciones del ordenamiento jurídico, como la norma constitucional, normas jurídicas del mismo rango que la ley penal o de inferior jerarquía, con las que se integrará la norma para obtener una formulación acabada de su significado.

Esta técnica de redacción de preceptos penales, cada día con mayor presencia en los códigos penales, es una técnica perfectamente admisible siempre que sean observables las reglas generales en materia de norma penal en blanco, esto es, que se trate de un mero complemento técnico y ejecutivo de la ley penal (Tesis de la Admisibilidad); aunque por un lado se roce con el principio de legalidad, por otro las normas penales en blanco son convenientes, sobre todo en hipótesis como las que plantea el medio ambiente, el orden económico, la propiedad intelectual, el sector informático, en los que existen innumerables opciones legales, imposibles de detallar en el texto codificado (Tesis de Conveniencia).

Esta perspectiva de la discusión es la que se aborda ante la llamada *criminalidad económica*, que matizada por un conjunto de factores socio-económicos y políticos, jurídicos, criminológicos, procesales y epistémicos, determina que sean hechos desvalorados socialmente de diferente naturaleza, con bienes jurídicos altamente difusos y distintos de los clásicos derechos patrimoniales; hechos que son lesivos al orden económico, y cometidos por personas, que por lo general pertenecen a estratos altos en el ejercicio de su actividad profesional.<sup>6</sup>

Es indudable que la realización de estos hechos repercute con notable incidencia en la sociedad, manifestándose en la cuantía de los daños ocasionados y por el reclutamiento del autor, entre los miembros de la alta sociedad. En reiteradas ocasiones, por el poder político o económico que ejerce, el delincuente económico logra que terceros o subalternos sean los autores materiales del hecho delictivo, lo que dificulta, sin duda alguna, la persecución del autor que realmente ha dominado la acción<sup>7</sup>.

Asimismo, vale destacar que el perjuicio económico provocado por esta criminalidad, es cuantioso; superando notablemente las pérdidas

---

<sup>6</sup> Bajo Fernández, Miguel. *"Derecho penal económico"*. Editorial Civitas. España. 1978. p. 49.

<sup>7</sup> Bustos Ramírez, Juan. *"Manual de Derecho Penal- Parte General"* Editorial Ariel. España. 1989. p. 284.

provenientes de todos los robos y hurtos cometidos por la pequeña y mediana delincuencia, sin embargo, la persecución del sistema penal<sup>8</sup>, y la atención de la prensa se concentra, mayoritariamente sobre la delincuencia convencional, ignorándose y minimizándose los efectos nocivos ocasionados por la criminalidad económica y en los casos excepcionales en que se impone una sanción, ésta es leve y poco significativa.

Otro aspecto relevante son los perjuicios inmateriales que provoca, determinado por la pérdida de confianza en el tráfico mercantil, las deformaciones en el equilibrio de los mercados y la grave distorsión o eliminación de la competencia. Estos efectos no se pueden determinar de inmediato, sino que se producen a corto o mediano plazo<sup>9</sup>. Otros perjuicios intangibles ocasionados por la criminalidad económica, en total coincidencia con Bajo Fernández, son: el efecto resaca o espiral<sup>10</sup>, la reacción en cadena<sup>11</sup>, y finalmente el fortalecimiento y profundización de la corrupción en la Administración Pública, pues en este tipo de delitos casi siempre se requiere la participación, por acción u omisión, de algún funcionario público.

---

<sup>8</sup> Sandoval Huertas, Emiro. *"Sistema penal y Criminología Crítica"*. Editorial Temis. Colombia. 1985. p. 72 y ss.

<sup>9</sup> Bajo Fernández, Miguel. *"Derecho penal económico"*. Editorial Civitas. España. 1978. p. 51.

<sup>10</sup> El efecto resaca o espiral se ilustra con el siguiente ejemplo: en un mercado de vigorosa competencia la deslealtad en la competencia se produce al agotarse las posibilidades legales que permiten mantener una lucha leal en el mercado. En estas circunstancias, quien primero delinque presiona a los otros para que éstos también realicen otros hechos delictivos similares, (efecto de resaca). De esta forma, cada participante se transforma en el eje de una nueva resaca, (efecto espiral). Este efecto contagioso se fortalece aún más porque el autor potencial es consciente del alto porcentaje de delitos económicos que no son descubiertos (escasa eficacia en la persecución y alta cifra negra) y de la intrascendencia de las penas que se imponen en estos delitos, lo que refleja, en gran medida, la imagen positiva y simpática que se proyecta del delincuente económico. *Ibid.* p. 52.

<sup>11</sup> El delito económico provoca una reacción en cadena, ya que multiplica el número de víctimas. Los perjuicios se transmiten de un sujeto a otro, ocasionando dificultades de pago, crisis y quiebras de las empresas, despido masivo de trabajadores, alza en el tipo de interés, por mencionar algunas; agravándose esta cadena de víctimas y perjuicios en los períodos de recesión económica. *Ibidem.*

De ahí que la criminalidad económica se caracterice por los acuerdos monopolísticos, la competencia ilícita, el espionaje industrial y los delitos societarios, la corrupción administrativa, las falsedades económicas, el mercado negro y la lesión de los planes económicos o las normas de producción.

Lo que conjugado con la existencia de una crisis estructural sistémica, y con la simultaneidad de las crisis económica, financiera, energética, alimentaria y ambiental, determina sin lugar a dudas, un aumento considerable en su realización, especialización y mutación.

Se apunta con relativa frecuencia que determinadas ramas del ordenamiento jurídico<sup>12</sup>, como es el caso del Derecho Económico, siguiendo el criterio de MUÑOZ CONDE<sup>13</sup>, por su naturaleza, presentan finalidades y alcances diferentes a los de la ley penal. La actividad legislativa en estos sectores es incesante, por lo que precisan de un marco típico flexible, que permita adaptarse a los constantes casos que han de ser previstos; un marco, a juicio de DOVAL PAÍS<sup>14</sup>, que posibilite aludir a todos ellos eludiendo, sin embargo, cualquier referencia concreta a ninguno. Este marco lo proporcionan las normas penales en blanco, mediante la inclusión de remisiones en sus enunciados, adoptando así la estructura flexible que dichas materias requieren.

Estas materias por su dinamismo y sus cambios constantes, aluden a bienes jurídicos, cuya indemnidad se hace depender del mantenimiento de una serie de condiciones establecidas en términos de “no infracción” de otras normas, aunque no toda vulneración acarrea un ilícito penal. Estos bienes jurídicos, denominados colectivos, universales, de titularidad difusa o de amplio espectro<sup>15</sup>, se caracterizan por su “no exclusión en el uso” y por su “no rivalidad en el consumo”, son real y jurídicamente imposibles de dividir en partes y asignar una porción de

---

<sup>12</sup> Ejemplificativo de lo expuesto es el Derecho Financiero, el Derecho Mercantil, el Derecho Tributario, entre otros.

<sup>13</sup> Muñoz Conde, Francisco; García Arán, Mercedes; *Derecho Penal. Parte General*; op. cit.; p. 38.

<sup>14</sup> Doval País, Antonio; *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*; op. cit.; p. 107.

<sup>15</sup> Moccia, Sergio; *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales*; en Silva Sánchez, J. M.; *Política Criminal y nuevo Derecho penal (Libro Homenaje a Claus Roxin)*, Barcelona 1997; p. 115.

éste a un individuo<sup>16</sup>. Es por ello que el ordenamiento jurídico penal requiere, en su regulación, de un mecanismo capaz de actualizarlo constantemente ante las nuevas situaciones fácticas y normativas.

La vinculación entre el ordenamiento penal con las disposiciones extrapenales, en primer lugar, al tener los bienes jurídicos un carácter normativizado, por estar su contenido determinado por referencias a normas, hace que las conductas que atentan contra ellos hayan de ser puestas en relación con las normas que establecen sus contenidos y que vienen a configurar unas determinadas condiciones para su existencia, lo que hace que los delitos se correspondan con acometidas a dichas condiciones. Se castiga, por tanto, la inobservancia de normas organizativas<sup>17</sup>, lo que explica la necesidad del recurso a la remisión normativa, como parte de la flexibilidad de la norma penal en la regulación de las conductas que atentan contra bienes jurídicos de esta clase<sup>18</sup>.

En segundo lugar, en cuanto a las conductas, coincido con DOVAL PAÍS, que el dinamismo de los ámbitos de actividad a los que pertenecen, hace aparecer constantemente nuevos supuestos que no hay razón para excluir del ámbito de protección de la ley penal, al mismo tiempo que su inclusión expresa y detallada en la misma obligaría a practicar sucesivas reformas para conservar su actualidad y aplicabilidad<sup>19</sup>.

Lo anterior me conlleva a reafirmar que las normas penales en blanco, son instrumentos necesarios para la integración del Derecho penal en los modelos institucionales de organización y control de determinados sectores complejos de actividad<sup>20</sup> en la sociedad, permitiendo

---

<sup>16</sup> Hefendehl, Roland; ¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 04-14 (2002), publicado el 25 de julio de 2002, en: <http://criminet.ugr.es/recpc.>; Consultado el 25 de febrero de 2015, 8:10 pm.

<sup>17</sup> Moccia, Sergio; *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales*; op. cit.; p. 115.

<sup>18</sup> *Ibidem*; pp. 115-116.

<sup>19</sup> Doval País, Antonio; *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*; op.cit.; pp. 111-112. Alarcón Borges, Ramón Yordanis; *Instituciones semipermeables de una porfía entre un Derecho penal racional y un Derecho penal de la necesidad*; op.cit.; p. 14.

<sup>20</sup> Quintero Olivares, G.; Morales Prats, F.; Prats Canut, J. M.; *Curso de Derecho Penal. Parte general*, op.cit.; p. 25.

además distanciar la ley penal de las circunstancias que podrían alterarla con facilidad, conservándose sensible a los cambios a través del hilo conductor que la mantiene unida a los sectores que los recogen, dotándola así de actualidad, permanencia y estabilidad<sup>21</sup>.

Lo anterior nos confirma que es con la norma penal en blanco donde más se ha dado a conocer, en los predios jurídicos penales, las remisiones normativas, toda vez que el enunciado de la norma penal aparece de forma simplificada, eludiendo la expresión detallada de las particulares versiones que puede adoptar la conducta, pero aludiendo a ellas mediante el reenvío a otras normas dónde aquellas encuentran su plasmación.

El fenómeno de las remisiones adopta muy variadas formas<sup>22</sup>, y no todas presentan los mismos problemas desde el prisma de la legalidad penal; es por ello, que analizaremos las que permiten dotar a la ley penal, de las características de flexibilidad que precisa, para la regulación de materias vinculadas a otros sectores del ordenamiento jurídico, para su posterior valoración en el fenómeno de la sucesión de leyes.

La **remisión relativa al supuesto de hecho** es la especie que se aviene con la norma penal en blanco, en correspondencia con su conceptualización, ya que solo con esta modalidad es que cumplen con la función asignada. Siendo aquí de importancia el debate acerca del carácter completo o incompleto, de la composición de las normas penales en blanco, por la trascendencia a circunstancias que pueden afectar a un elemento que pertenezca a la norma de remisión, como a los cambios normativos que pueda experimentar ésta última, con respecto a la retroactividad o irretroactividad.

Es dable observar que desde el punto de vista estructural (entendida como estructura formal bimembre) la norma penal en blanco, es completa, toda vez que por muy breve que sea su referencia, existe un supuesto de hecho y en correspondencia, una consecuencia jurídica. Y desde la concepción de norma penal en blanco, como norma ya integrada por su complemento, es también una norma completa, lo que

---

<sup>21</sup> Doval País, Antonio; *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*; op. cit.; pp. 112-113.

<sup>22</sup> Carbonell, Miguel; Pedroza de la Llave, Susana T.; *Elementos de Técnica Legislativa*; op. cit.; pp. 215-216. Doval País, Antonio; *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*; op. cit.; pp. 79-93.

se avala siguiendo los fundamentos de ANTOLISEI<sup>23</sup>, cuando expone que en las *"leyes penales en blanco no falta el precepto, que existe, pero se presenta de una forma sui generis, pues como observa LEONE, carece de concreción y de actualidad. No se trata de una sanción conminada para la inobservancia de un precepto futuro, sino de un precepto general que debe concertarse con un elemento futuro, el cual, sin embargo, debe preceder siempre al hecho que constituye delito"*<sup>24</sup>.

No es igual su carácter desde el punto de vista de su contenido, donde sí la norma penal resulta incompleta, ya que en ella no se han manifestado o descrito de forma completa los supuestos a los que es aplicable. Siendo éste el fundamento que han expuesto otros autores para afirmar el carácter incompleto de las normas penales en blanco<sup>25</sup>.

El segundo tipo de remisión es la **remisión externa**, que su base conceptual se encuentra en el hecho de que el objeto de la remisión que ha de contemplar la norma penal puede hallarse en una norma perteneciente a otro sector del ordenamiento, o incluso, en otra ley

---

<sup>23</sup> Antolisei, F.; *Manual de Derecho penal. Parte general*; 8va edición, traducido por J. Guerrero y M. Ayerra Redín, Bogotá 1988, p. 33. Se afilia a este criterio Doval País, cuando afirma: "(...) desde el punto de vista estructural, tampoco puede sostenerse otra cosa, ya que por formal, esquemática y breve que sea la referencia de ésta al presupuesto de la sanción que prevé, ello bastará para considerarla compuesta estructuralmente por los dos elementos que en general definen a la norma jurídica". Doval País, Antonio; *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*; op. cit.; p. 117.

<sup>24</sup> Avalando el mismo criterio tenemos a Muñoz Conde. *Vid.* Muñoz Conde, Francisco; García Arán, Mercedes; *Derecho Penal. Parte General*; op. cit.; p. 39.

<sup>25</sup> Rodríguez Mourullo, Gonzalo; *Derecho Penal. Parte General*; op. cit., p. 87. Creus, Carlos; *Derecho Penal. Parte General*; op. cit., p. 67. Quirós Pérez, René; *Manual de Derecho Penal, I*; op. cit.; p. 33.



penal distinta<sup>26</sup>. Siendo en este caso, a juicio de DOVAL PAÍS<sup>27</sup>, dos los complementos: los primeros procedentes de leyes y reglamentos, y el segundo, siguiendo a TIEDEMANN, provenientes de actos de la Administración (autorizaciones singulares)<sup>28</sup>.

En el primer caso, cabe señalar varias formas particulares que ésta puede revestir:

- a) El envío puede ser realizado desde la ley penal a toda la legislación (en su sentido comprensivo de leyes y reglamentos) de un determinado sector, que normalmente viene delimitado por la materia a que se refiere, de una forma expresa o no, la norma penal<sup>29</sup>.
- b) La referencia contenida en la norma penal alude a leyes/reglamentos, dado que el objeto a completar se halla regulado, o

---

<sup>26</sup> En el caso de las remisiones internas o reenvíos internos, donde el complemento se encuentra en la propia ley penal, considero que están descartadas para la designación de leyes penales en blanco, ya que las mismas obedecen a puras razones de economía legislativa, tratándose con las mismas de evitar repeticiones innecesarias que redundan en textos demasiados extensos. Stampa Braun, J. M.; *Introducción a la Ciencia del Derecho penal*; op. cit.; p. 32. Muñoz Conde, F.; *Introducción al Derecho penal*, op. cit.; p. 18. Mezger, W.; *Tratado de Derecho penal*; Tomo I, op. cit.; p. 397.

<sup>27</sup> Doval País, Antonio; *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*; op. cit.; pp. 82-83.

<sup>28</sup> Ilustra estas autorizaciones singulares el siguiente artículo del Código Penal Cubano vigente: Artículo 226: "Incurrir en sanción de privación de libertad de seis meses a dos años o multa de doscientas a quinientas cuotas o ambas: A-. el inventor que, **sin la autorización** del órgano o funcionario competente, registre, facilite la divulgación o autorice a otro a usar en el extranjero un invento por él en Cuba; B-. cualquier otra persona que registre, divulgue o use en el extranjero, **sin la debida autorización**, un invento realizado en Cuba, independientemente de la razón por la que tenga conocimiento del mismo".

<sup>29</sup> El Artículo 226.25 del Código Penal Francés, (última modificación 15 de septiembre de 2003) dispone: "artículo L. 145-15 **del Código de la Salud Pública**". El Artículo 277 del Código Penal español (Ley Orgánica No. 10 de 1995, modificado por Ley Orgánica 15 de 2003), cuando dispone: "**legislación de patentes**".

podría hallarse en el futuro, en disposiciones de cualquiera de estos rangos<sup>30</sup>.

- c) Por último, hay ocasiones en que la propia índole de la materia regulada limita la clase de fuente de complemento, exigiendo que se trate, con independencia de la concreta expresión empleada, de una norma de determinada clase o rango<sup>31</sup>.

A lo que yo agregaría una cuarta forma:

- d) Referencia a la leyes internacionales y la costumbre, dado que el complemento de las normas penales en blanco lo determinan estas<sup>32</sup>.

El tercer tipo de remisión hace referencia a la permanencia o estabilidad de la disposición a la que se envía, y en tal sentido las remisiones pueden ser **estáticas**<sup>33</sup> y **dinámicas**.

---

<sup>30</sup> Lo expuesto se puede evidenciar en el siguiente artículo del Código Penal Cubano vigente: Actividades económicas ilícitas, Artículo 228.1: "(.....) o realice alguna actividad de esa naturaleza no autorizada en forma expresa **por disposición legal o reglamentaria**".

<sup>31</sup> Es el caso, en España, donde la materia limita la fuente de la disposición complemento a **leyes orgánicas**, como se observa en los Artículos: 524 "**sentimientos religiosos legalmente tutelados**", artículo 531 "**con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales**", del Código Penal. Ley Orgánica No. 5-2010, de 22 de Junio, por la que se modifica la Ley Orgánica No. 10-1995, de 23 de Noviembre, Código Penal Español.

<sup>32</sup> El Código penal de Guatemala (DECRETO No. 17-73, veintisiete de julio de mil novecientos setenta y tres), en su Artículo 342 plantea: "**las leyes económicas naturales de la oferta y la demanda, o quebrare las condiciones ordinarias del mercado**".

<sup>33</sup> Su objeto está constituido por una disposición normativa concreta y determinada. No son remisiones propias de las normas penales en blanco, satisfacen funciones de economía legislativa. Ilustrativo es al artículo 261.1.2.b.3, referido al delito de Lavado de Dinero; ocultamiento de bienes mal habidos, del Código Penal alemán (de 15 de mayo de 1871, última reforma de 31 de enero de 1998), que plantea: (1) Quien oculte una cosa, encubra su origen, o impida o ponga en peligro la investigación del origen, del descubrimiento, del comiso, la confiscación, o el aseguramiento de un tal objeto, que provenga de un hecho antijurídico mencionado en la frase 2, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa. Hechos antijurídicos en el sentido de la frase 1 son: 1. Crímenes; 2.

Estas últimas se caracterizan porque el sentido de la norma de remisión depende, en cada momento, del que posea la disposición a la que se remite, sin que se acoja en concreto el contenido que ésta posee en un instante dado. Lo anterior determina que cualquier cambio en la norma complemento repercute inmediatamente en la norma penal, variando también su sentido. Es por ello que son, afiliándose al criterio de KUHL<sup>34</sup>, elementos técnicamente viables para adaptar automáticamente la ley penal a lo regulado por otras disposiciones. Son estas remisiones propias de las normas penales en blanco, y a través de la misma pueden cumplir debidamente la función que les caracteriza.

En este particular, merece hacer alusión a la advertencia que ilustra SCHUNEMANN<sup>35</sup>, en el Derecho penal alemán, sobre la remisión expresa o tácita a *usos, recomendaciones o regulaciones privadas* y la consecuente afectación a la seguridad jurídica de los ciudadanos, ya que el complemento de la norma penal en blanco no se realiza en este caso por una “fuente jurídica”, en sentido amplio que pueda reconducirse a una instancia estatal.

La cuarta modalidad de remisión, la diseña Mercedes GARCÍA ARÁN<sup>36</sup> y se denominan: **Remisiones interpretativas y remisiones en bloque**. En las *primeras* la referencia a la normativa extrapenal obedece a nece-

---

delitos conforme a: a) § 332 inciso 1, también en conexión con el inciso 3 y el § 334; b) § 29 inciso 1 frase 1 numeral 1 de la Ley de Estupefacientes y el § 29 inciso 1 numeral 1 de la Ley de Vigilancia de Materias Básicas; 3. Delitos según el § 373 y cuando el autor actúe profesionalmente según el § 374 de la **Ley general tributaria**, también en conexión con el § 12 inciso 1 de la **Ley para la ejecución de las Organizaciones Comunes de Mercado**.

<sup>34</sup> Kuhl, K.; *Probleme der Verwaltungsakzessorietat des Strafrechts, insbesondere im Umweltstrafrecht*; en *Festschrift für K. Lackner*, Berlin- New York; pp. 831-832.

<sup>35</sup> Schunemann, Bernd; *Las reglas de la técnica en Derecho Penal*; op. cit.; pp. 312-315.

<sup>36</sup> García Arán, Mercedes; *Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*; Estudios Penales y Criminológicos, XVI, 1992-1993, pp. 70-80. Doval País expone, que la especial importancia de estas clases *-(de remisiones)-* reside en que, al tiempo que advierten de la distinta función que pueden desempeñar las remisiones en el marco del Derecho penal, aportan un criterio que permite ser ensayado, a la hora de diferenciar los términos normativos de los “blancos” de las leyes penales.

sidades de simplificación de un elemento típico que consta fijado, pero no determinado suficientemente, en la propia norma penal. El acudir al complemento que proporciona la disposición a la que se dirige la remisión permite, en estos casos, integrar con fines interpretativos un determinado término típico. A esta clase de remisiones se asimilan formas de expresión diversas, como: *“fuera de los casos permitidos por la ley”* o *“sin autorización”*. Por su parte las *remisiones en bloque* se caracterizan, porque la ley penal incluye una referencia a la infracción de normativa extrapenal. Para ello se sirve de expresiones como *“con infracción de leyes y/o reglamentos”* o *“contraviniendo lo dispuesto en leyes y/o reglamentos”*. Esta infracción se incorpora a la norma como un elemento típico más, con lo que, en definitiva, la instancia extrapenal adquiere competencia para establecerlo.

Si bien a las normas penales en blanco se les asigna la función de instrumento para regular materias caracterizadas por su dinamismo, no implica que sólo puedan consistir en remisiones en bloque. Ya que la contribución de la normativa extrapenal que se precisa en estos casos puede lograrse mediante mecanismos diversos, algunos de los cuales permitirían, desde luego ser catalogados como *“remisiones interpretativas”*.

La modalidad de remisión quinta, depende de que el objeto de la remisión sea más o menos amplio. Siendo denominada: **remisiones generales y remisiones especiales**<sup>37</sup>. En la primera, el legislador configura la conducta delictiva mediante una referencia completa y exclusiva a la infracción de disposiciones, con lo que cualquier infracción de la normativa extrapenal constituirá, ilícito penal<sup>38</sup>. En las segundas se acota el ámbito de la remisión a sólo determinados aspectos del supuesto de hecho. Aquí la disposición complemento determina o precisa sólo algunas circunstancias en las que se debe realizar la conducta prohibida<sup>39</sup>. Sumándose dentro de ésta modalidad especial, las remi-

---

Doval País, Antonio; *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*; op. cit.; p. 86.

<sup>37</sup> Doval País, Antonio; *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*; op. cit.; pp. 88-89.

<sup>38</sup> En ésta modalidad la norma penal adopta la fórmula: *“quien contravenga la disposición de complemento, será castigado...”*. *ibid.* En el Código penal cubano vigente, en sus artículos 220, 221, 222 se ilustra esta modalidad.

<sup>39</sup> La fórmula que adopta la norma puede ser: *“quien, contra lo dispuesto en la disposición de complemento, haga X, será castigado...”*. *Ibid.* Ilustrativo es

siones que añaden, además, de la composición anterior, una referencia a la afección al bien jurídico protegido o/a algún objeto o elemento en el que cabe entender que éste se plasma<sup>40</sup>.

Si bien la primera posibilita la integración de toda la materia de prohibición por una instancia extrapenal, no dejan de ser importantes las palabras de DOVAL PAÍS, las cuales suscribo, de “que la clases de envíos que ahora parece predominar es la de las remisiones especiales, en las que el papel que desempeña la normativa extrapenal en el marco de la ley penal es más limitado”<sup>41</sup>.

Son estas las modalidades que a mi juicio, apoyado fundamentalmente en los fundamentos avalados por Mercedes GARCÍA ARÁN y Antonio DOVAL PAÍS, permiten hacer una selección de los problemas que se suscitan en torno a las normas penales en blanco y encauzan su verdadera configuración desde el punto de vista funcional.

La sistemática legislativa penal ha determinado que con reiterada frecuencia una conducta se realice de un modo contrario a la normativa extrapenal o complementaria. Ello se visualiza en la descripción típica, cuando se emplean fórmulas diversas que se refieren a la desviación de un comportamiento con respecto a lo estipulado en otras disposiciones legales. Ejemplo de ello, se observa cuando la conducta se realiza: “*sin autorización*”, “*ilegalmente*”, “*dejando de cumplir los deberes legales*”,

---

el artículo 277 del Código penal español cuando expone: “Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses, el que intencionadamente haya divulgado la invención objeto de una solicitud de patente secreta, **en contravención con lo dispuesto en la legislación de patentes**, siempre que ello sea en perjuicio de la defensa nacional. *Ibid.*”

<sup>40</sup> Aquí la norma penal responde a la forma: “*quien, contra lo dispuesto en la disposición de complemento, haga X, y con ello afecte [ponga en peligro]... será castigado...*”.*Ibid.* Ejemplificativo de lo anterior es el artículo del Código penal alemán: §324a. **Contaminación de suelos:** (1) Quien **bajo lesión de deberes jurídicos administrativos** introduzca, haga introducir o libere sustancias en el suelo y **lo contamine o altere desventajosamente** 1. De una manera que es apropiada para perjudicar la salud de otro, de animales, plantas u otras cosas de valor significativo o un recurso hídrico; o 2. De una dimensión significativa, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.

<sup>41</sup> *Ibidem*; p. 123.

*“faltando a los deberes de su cargo”, “sin autorización expresa”, “sin cumplir las formalidades previstas en las leyes y reglamentos”, “sin los requisitos establecidos por la legislación vigente”, “fuera de los casos permitidos por la Ley”, “en contravención con lo dispuesto en la legislación”, “ilegítimamente”, “indebidamente”, entre otras.*

Es indudable que las remisiones referidas indican que debe existir una contrariedad con la norma complemento, derivándose de su formulación dos grandes grupos de referencias, que indicados de un modo muy sintetizado, serían los siguientes<sup>42</sup>:

- el de la clase que alude directa o indirectamente a la **“infracción”** de normas;
- el de la clase que se refiere a la **“ausencia de autorización (o permiso)”**.

El **primer grupo** se caracteriza por la referencia a la infracción de prohibiciones (u obligaciones), establecidas en la norma complemento. Tal contrariedad deberá producirse por la infracción de imperativos (de prohibiciones o mandatos), que tendrá lugar tanto cuando la conducta se halle no permitida (esté prohibido llevarla a cabo), como cuando no resulte permitida expresamente, debiendo estarlo, pues esto significa que en los demás supuestos se encuentra prohibida. Las fórmulas de la clase “con infracción” se yuxtaponen a la exigencia de que el comportamiento, además de dar lugar a una contravención extrapenal, generalmente, comporte la afección de algún bien jurídico protegido; lo que se grafica de la siguiente forma: *“El que con infracción....., realice X, de modo que afecte (lesione, ponga en peligro) al bien jurídico Z...”*<sup>43</sup>.

La referencia a la lesión o puesta en peligro, del bien jurídico, en un determinado marco de actividad deja claro el propósito de la norma penal de salvaguardar un cierto objeto y, en consecuencia, su pretensión de evitar los ataques dirigidos contra el mismo.

---

<sup>42</sup> Comparto en este particular la clasificación que crea Doval País. *Cfr.*, Doval País, Antonio; *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*; op. cit.; pp. 173-175.

<sup>43</sup> Para ilustrar lo planteado consultar los Artículos 316, 325, 350 del Código penal Español. Ley Orgánica No. 5-2010, de 22 de Junio, por la que se modifica la Ley Orgánica No. 10-1995, de 23 de Noviembre, Código Penal Español.

Participo del criterio de que esta fórmula, empleada por el legislador, no utiliza la “infracción” como un elemento necesario desde el punto de vista *valorativo*, o sea, necesario para consignar el ataque antijurídico, sino como un instrumento que es valioso en ciertos casos para limitar la intervención penal en la materia. No se trata, siguiendo a DOVAL de que sin tal elemento no fuera posible llegar a considerar una conducta disvaliosa, sino de que, seguramente, la única forma de intervenir limitativamente en un determinado ámbito, y con ciertas garantías de certeza, es incorporando en la ley penal referencias de ésta clase<sup>44</sup>.

Sumándose a lo anterior el hecho de que este tipo de fórmula, es asimilada por la remisión en bloque<sup>45</sup>, toda vez que incorporan como un elemento típico más, la infracción de la normativa extrapenal, de modo que hace que se sancione penalmente la desobediencia de ésta última.

El **segundo grupo** se caracteriza por el hecho de que solo tiene sentido que la norma complementaria establezca requisitos, formalidades y condiciones con respecto a conductas que realizadas de otro modo se hallen prohibidas. Suelen encuadrarse en estructuras normativas más simples, generalmente, del tipo: “*El que sin autorización realice X...*”.

En este tipo de fórmula, el que la conducta no se halle autorizada en el ámbito extrapenal, puede suceder en dos distintos supuestos<sup>46</sup>:

- cuando exista una norma que no permita realizarla, es decir, cuando se halle prohibida; lo que constituiría el sentido *fuerte* de la expresión “no autorizada”;
- cuando no haya norma alguna que la permita expresamente, es decir que se ignore por completo dicha conducta en tal sector normativo; lo que se entendería como el sentido *débil* de la fórmula “no autorizada”.

---

<sup>44</sup> Un criterio contrario lo asume Mestre Delgado. *Cfr.*, Mestre Delgado, Esteban; *Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal*; op. cit.; pp. 523-525.

<sup>45</sup> García Arán, Mercedes; *Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*; Estudios Penales y Criminológicos, XVI, 1992-1993, p. 72.

<sup>46</sup> Doval País, Antonio; *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*; op. cit.; p. 178.

En el primer supuesto la realización de la conducta “sin autorización” comportaría necesariamente la infracción de normas prohibitivas extrapenales, en el segundo aparentemente no tendría ese significado, ya que parece que la conducta descrita en la norma penal podría realizarse sin infracción de norma alguna. Es por ello, que DOVAL afirma, de forma resumida, que las fórmulas de la clase “sin autorización” podrían llevar a castigar penalmente en estas dos hipótesis: cuando la conducta se hallara no permitida (o sea, prohibida) en la normativa extrapenal y cuando no se hallara permitida (expresamente). En la primera, el legislador penal incorporaría a la Ley la prohibición extrapenal; pero en la segunda podría suponerse que no, porque aparentemente toda la prohibición permanecería en sus manos, ya que el castigo penal no dependería necesariamente de la existencia de una prohibición de la conducta en el ámbito extrapenal<sup>47</sup>.

Adiciono a lo planteado, que esta modalidad prescinde, con frecuencia, de referencias expresas a la afección del bien jurídico. La razón de que puedan prescindir de tal referencia, compartiendo los criterios de DOVAL PAÍS, se halla en que las propias fórmulas de esta clase normalmente expresan por sí mismas en qué consiste el injusto típico. Es decir, que la afección al bien jurídico viene configurada en estos casos sólo por la “ausencia de autorización”, lo que significa que aquella actividad, prevista en la norma penal, realizada “sin autorización”, extrapenal, supone inmediatamente la perturbación del bien jurídico. Esto solo es posible porque se concibe el bien jurídico como una categoría normativa absolutamente formalizada, completamente dependiente de normas. Debido a esto, la autorización aparece concebida en estos supuestos como un fin; de ahí el carácter necesario y, muy probablemente, suficiente de la “falta de autorización” para la ilicitud penal de la conducta<sup>48</sup>.

En esta fórmula, al estar en consonancia con las remisiones interpretativas, la normativa complemento es necesaria para *interpretar o integrar un elemento típico*, pero su cumplimiento no es incorporado como un interés añadido al protegido penalmente<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> *Ibidem*; pp. 178-179.

<sup>48</sup> Doval País, Antonio; *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*; op. cit.; p. 191.

<sup>49</sup> *Ibidem*; pp. 177-178.



Como se puede observar, en ambos tipos de fórmulas –“con infracción”, “sin autorización”- el sentido prohibitivo de la norma complemento, que emana de la instancia correspondiente, configura una condición adicional y completamente relevante para determinar el carácter penalmente ilícito de un comportamiento.

Ante este escenario, que alienta y soporta el dinamismo legislativo, se revitaliza el fenómeno de la sucesión de leyes, en todos los ámbitos socio-jurídicos, en especial en el ámbito económico-, que es algo que en la actualidad hay que ponderar y debe valorarse en su justa dimensión, con la consecuente conjugación de elementos que transversalizan el objeto de estudio en Cuba, como son: las regulaciones fiscales con incidencia en el ámbito empresarial, el saneamiento financiero, la política arancelaria, la aplicación y desarrollo del sistema de perfeccionamiento empresarial, la inversión extranjera y el funcionamiento de las zonas francas y parques industriales, los cambios sociales y las decisiones políticas, que caracterizan la vida económica de un país y consecuentemente trascienden a lo político, lo social y lo jurídico. A lo que se suma que en estos momentos la política económica cubana, en franco proceso de actualización, pero sin renunciar a la planificación, asume tendencias del mercado, armonizando una mayor autonomía de las empresas estatales con el desarrollo de otras formas de gestión y reconociendo las modalidades de inversión extranjera, las cooperativas, los agricultores pequeños, los usufructuarios, los arrendatarios, los trabajadores por cuenta propia y otras formas que pudieran surgir para contribuir a elevar la eficiencia.

No cabe dudas que, desde el punto de vista jurídico, la incidencia de lo anterior en materia de sucesión de leyes abre dos espacios importantes para avanzar en una progresiva valoración dogmática con trascendencia legislativa y jurisprudencial concretas en las normas penales en blanco como técnica de tipificación de delitos económicos: a) análisis de la eficacia de la norma penal en blanco en el tiempo, motivado por las consecuencias de la variabilidad de la norma complemento (retroactividad o irretroactividad de la norma penal); b) forma de determinación del efecto retroactivo.

Veamos detalladamente los aspectos ontologizantes enunciados, para no transitar por un Derecho penal en Cuba que construya epílogos.

## II. Por los senderos dogmáticos de la eficacia temporal de las normas penales en blanco.

Una de las primeras cuestiones que hay que poner en claro para desarrollar el tema es que ciertamente, como afirma QUIRÓS PÍREZ<sup>50</sup>, analizar la eficacia de la norma penal en blanco en el tiempo ha generado determinada complejidad, motivado por las consecuencias de las variaciones (modificativas o derogatorias) en la norma complemento, en orden a la eficacia de la ley penal en el tiempo (retroactividad o irretroactividad de la norma penal).

Soy seguidor de la exigencia que el Derecho penal, como ordenamiento protector de bienes jurídicos esenciales para la colectividad, exprese en cada momento histórico el orden de valores existentes en una sociedad lo que determinada que las normas evolucionen y sean sustituidas al compás de los cambios valorativos operados en el seno social, lo que determina la sucesión de leyes<sup>51</sup>.

Es este contenido material de la sucesión de leyes el que permite explicar el principio de irretroactividad de las leyes penales, por el cual

---

<sup>50</sup> Quirós Pérez, Renén; *Manual de Derecho Penal*, I; op. cit.; p. 49.

<sup>51</sup> Cobo del Rosal, M., Vives Antón, T. M.; *Derecho Penal: Parte General*; op. cit.; pp. 151 y ss. Núñez, Ricardo C.; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, op. cit.; pp. 91 y ss. Creus, Carlos; *Derecho Penal. Parte General*; op. cit.; pp. 92-93. Bacigalupo, Enrique; *Manual de Derecho Penal. Parte General*. op. cit.; pp. 56-57. Soler, Sebastián; *Derecho Penal Argentino*; op. cit.; pp. 245-248. Roxin, Claus; *Derecho Penal. Parte General*; Tomo I; op. cit.; pp. 161-164. Rodríguez Mourullo, Gonzalo; *Derecho Penal. Parte General*; op. cit., pp. 123-125. *Conviene, pues, advertir que, en el actual panorama en el que se mueve el Derecho penal, que huye hacia una constante expansión e interviene de un modo inflacionista y con una finalidad fuertemente preventiva, la problemática de la irretroactividad de la ley penal cobra un renovado interés político-jurídico, no resuelto todavía.* Iglesias del Río, Miguel; *Algunas reflexiones sobre la retro-irretroactividad de la ley penal. A propósito de las últimas reformas del Código Penal*; Ponencia defendida en el marco de un Programa de Formación Continuada Judicial sobre La reforma del Código Penal, organizado por la Consejería de Presidencia de la Junta de Castilla y León y el Consejo General del Poder Judicial, celebrado en Palencia el 14 y el 15 de octubre de 2004; REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN. No. 6; Mayo 2005; p. 16.

éstas no pueden ser aplicadas a hechos anteriores a su promulgación<sup>52</sup>. Y permite también explicar la excepción al principio, esto es, la retroactividad de la ley más favorable.

Esto motivó los tres criterios fundamentales en materia de eficacia de la ley penal en el tiempo, a tenor: irretroactividad absoluta, retroactividad absoluta e irretroactividad relativa; identificándome con el tercero que es el que acoge la legislación penal cubana<sup>53</sup>, y que comparto en estas líneas.

El propio desarrollo del Derecho penal ha motivado el debate polémico alrededor del fundamento de la irretroactividad de las leyes penales, así como de la excepción: la retroactividad de la ley más favorable al encausado<sup>54</sup>. Mostrándome partidario, conjuntamente con la tesis de QUIRÓS PÍREZ<sup>55</sup>, de que el principio de irretroactividad de la ley penal se fundamenta en la idea de la seguridad jurídica, garantía que se basa no tan solo en exigencias emergentes del Derecho, sino además en necesidades materiales ligadas al principio de legalidad de los delitos y las penas<sup>56</sup>.

Situado en este plano, surgen dos interrogantes a debatir: ¿Puede aplicarse la nueva norma complemento a *hechos cometidos* con anterioridad a su entrada en vigor?, ¿y con respecto a los *hechos enjuiciados* con anterioridad a su entrada en vigor?

---

<sup>52</sup> El principio *tempus regit actum* es regla general en materia jurídico penal.

<sup>53</sup> Ver Artículo 3 del Código Penal Cubano. Ley No. 62 "Código Penal", 1987, entró en vigor el 30 de abril de 1988.

<sup>54</sup> Soler, Sebastián; *Derecho Penal Argentino*; op. cit.; p. 247. Rodríguez Mourullo, Gonzalo; *Derecho Penal. Parte General*; op. cit., p. 131. Bacigalupo, Enrique; *Manual de Derecho Penal. Parte General. Exposición referida a los derechos vigentes en Argentina, Colombia, España, México y Venezuela*; op. cit.; pp. 57-58. Bacigalupo, Enrique; *Derecho Penal. Parte General*; op. cit.; pp. 188-189. Roxin, Claus; *Derecho Penal. Parte General*; Tomo I; op.cit.; p. 161.

<sup>55</sup> Quirós Pírez, Renén; *Manual de Derecho Penal*, I; op. cit.; p. 43. Muñoz Conde, Francisco; García Arán, Mercedes; *Derecho Penal. Parte General*; op. cit.; p. 140.

<sup>56</sup> Ruiz Antón, Luis Felipe; *El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia*; Revista del Consejo General del Poder Judicial, Número Especial VI: Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas; Ponencia, Serie: Constitucional; 6/1989; pp. 95-107.

Para responder estas interrogantes, las soluciones transitan por dos vías. La primera se basa en la **no aplicación retroactiva de las normas complementos**, anclando sus criterios en la irretroactividad absoluta de la ley penal<sup>57</sup>.

La segunda parte de reconocer que la ley extrapenal integra la ley penal, de modo que **la alteración de la ley extrapenal que beneficia al sujeto debe aplicarse retroactivamente**, pues se trata de un caso de aplicación retroactiva de ley penal más benigna, que se rige por los principios generales de esa retroactividad. Señalándose que cuando la modificación de la ley no penal constituye una verdadera des-incriminación de una conducta cuya penalización no respondía a circunstancias especiales, esta reforma debe beneficiar al sujeto<sup>58</sup>. Pero la

---

<sup>57</sup> Quirós Pérez, Renén; *Manual de Derecho Penal*, I; op. cit.; p. 49. Creus, Carlos; *Derecho Penal. Parte General*; op. cit.; p. 98. Zaffaroni, Eugenio Raúl; *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, I; op. cit., p. 466. Bustos Ramírez, Juan J.; Hormazábal Malarée, Hernán; *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*; op. cit.; p. 104.

<sup>58</sup> Con razón dice Fragoso que “por regla, la alteración de los complementos de la norma penal en blanco, si des-incriminan la acción o benefician al reo, no pueden dejar de tener efecto retroactivo. Las disposiciones que completan las leyes penales en blanco integran el contenido de hecho de la conducta incriminada y su alteración representa una nueva valoración jurídica del mismo”. Zaffaroni, Eugenio Raúl; *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, I; op. cit.; pp. 465-466. Rodríguez Mourullo, Gonzalo; *Derecho Penal. Parte General*; op. cit.; p. 136. Las normas que pertenecen a otras ramas del Derecho, no penal, particularmente las de derecho privado, tienen efectos cuando por ellas el hecho criminal se toma más favorable para el caso concreto. Así, en las *leyes penales en blanco*, no parece dudoso que el cambio en sentido favorable de la ley, decreto u ordenanza a que ellas se remiten, resulta aplicable. Cuando la norma modifica los elementos del tipo, reduciendo el número y naturaleza de las acciones subsumibles, la aplicación de la disposición más benigna no puede ser dudosa. Fontán Balestra, Carlos; *Derecho Penal: Introducción y Parte General*; op. cit.; p. 146. Roxin, Claus; *Derecho Penal. Parte General*; Tomo I; op. cit.; p. 168. En efecto, la ley penal, a los efectos de la aplicación del principio de retroactividad de las disposiciones penales más favorables, debe ser entendida como referida a toda aquella previsión normativa que tenga consecuencias penales. Esto supone incluir, bajo tal denominación, no sólo a las normas que definen delitos y determinan la imposición de penas, sino también a

cuestión no es tan pacífica<sup>59</sup>, es por ello que siguiendo la línea metodológica configurada por SILVA SÁNCHEZ<sup>60</sup> expondré la secuencia epistémica que argumenta el debate que se traba en estos predios.

La primera postura, denominada **tradicional**, se mostraba mayoritariamente contraria a la aplicación retroactiva de las modificaciones favorables al reo producidas en las normas penales en blanco a consecuencia de una variación en la normativa extrapenal objeto de remisión. Sus principales exponentes se encontraban en la *Corte di Cassazione Italiana* y en la jurisprudencia sentada por el *Reichsgericht*

---

aquellas otras que, pertenecientes a otras ramas del ordenamiento jurídico, se incorporan al tipo penal para completar su sentido, actuando como presupuestos de la imposición de una pena. De esta manera “*la modificación de la normativa de complemento, en cuanto puede ampliar, restringir o suprimir el ámbito de lo punible queda sometida a la excepción de la retroactividad*”. Cesano, José Daniel; *Criminalidad económica, norma penal en blanco y retroactividad de la ley más benigna. (A propósito de un relevante cambio de criterio por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)*. Centro de investigación interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, CIIDPE; [www.ciidpe.com.ar](http://www.ciidpe.com.ar), Consultado el 14 de Marzo de 2015, 08:50 pm; p. 11. González, Ventura; *Nociones generales sobre derecho penal económico*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1998, pp. 176-179.

<sup>59</sup> El problema del entendimiento del *efecto retroactivo* favorable al acusado de las variaciones de las normas complementadoras de las leyes penales en blanco ha dado lugar en España a una jurisprudencia cambiante del Tribunal Supremo: mientras la STS 31/1/1871 entendía que el anterior art. 24 del Cód. Penal -actual art. 2-, (efecto retroactivo de la ley más beneficiosa) no era aplicable más que en los casos de modificación de la penalidad, las SSTs del 8/11/63, 25/9/85 y 13/6/90 extendieron la aplicación de dicha disposición a los preceptos administrativos y a la norma extrapenal complementadores de una ley penal en blanco. La jurisprudencia española ha seguido, por lo tanto, una evolución similar a la alemana, en la que hasta la sentencia contenida en *BGHSt20*, se sostuvo que en las leyes penales en blanco no cabía admitir una modificación de la ley penal cuando sólo se habían reformado normas extrapenales. Bacigalupo, Enrique; *Principios Constitucionales de Derecho Penal*; op. cit.; p.105.

<sup>60</sup> Silva Sánchez, Jesús María; *Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: El caso de las “Leyes en Blanco”*; Comunicación presentada a las Jornadas “Hacia un Derecho penal económico europeo”, celebradas en Madrid del 14 al 17 de Octubre de 1992; DGICYT del Ministerio de Educación y Ciencia; PB91-0852-CO2-01.

alemán, seguida por los tribunales inferiores e incluso por algún pronunciamiento inicial del *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo federal alemán). Los fundamentos de tal criterio se enmarcaron en la teoría de las normas de BINDING, y se subdividen en las siguientes vertientes:

- a) La básicamente **formalista**, que partiendo de la distinción entre *normas* y *leyes penales*, plantea que la expresión *leyes*, empleada en el artículo 2 del StGB<sup>61</sup>, para aludir a la aplicación retroactiva, debía ser interpretada como alusiva a las “leyes penales”, pero no a las “normas”; en conclusión, sólo podría aplicarse retroactivamente una modificación de las leyes favorables al reo, pero no una modificación de las “normas”, que como se conocen, según la teoría de BINDING, no pertenecen al Derecho penal, sino al Derecho Público general<sup>62</sup>. La “ley” es el total estado jurídico en que descansa la punibilidad, en ella se incluyen las disposiciones que complementan a las leyes penales en blanco. Si una modificación de las mismas repercute una atenuación, es de aplicación el artículo 2<sup>63</sup>, antes mencionado.
- b) La vertiente de **índole material**, que partiendo de que la esencia del injusto, de modo muy especial en las leyes penales en blanco, radica en la desobediencia a la norma, con independencia del contenido de la misma, plantea que en éstas, la norma constituida de modo puramente formal, obliga a cumplir lo dispuesto en las leyes y reglamentos vigentes sobre una determinada materia, prescindiendo de su alcance y contenido concreto. A partir de estas premisas resulta consecuente sostener que las variaciones favorables al reo producidas en el contenido de las disposiciones objeto de remisión por la ley penal en blanco no dan lugar a una aplicación retroactiva. En efecto, esas variaciones no afectan en nada el juicio según el cual se constata que en su momento se infringió la norma (la que prohíbe infringir las leyes y reglamentos que disciplinan determinada materia) y que dicha norma continúa inalterada. La cuestión no es ya, pues, que con las modificaciones que ahora nos

---

<sup>61</sup> El Código penal alemán de 1871, en su artículo 2 planteaba: “En caso de diversidad de las leyes desde el tiempo de comisión de la acción hasta el de su enjuiciamiento, se aplicará el más favorable”.

<sup>62</sup> Silva Sánchez, Jesús María; *Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: El caso de las “Leyes en Blanco”*; op. cit.; pp. 434-435.

<sup>63</sup> Mezger, W; *Tratado de Derecho Penal, Tomo I*, op. cit.; pp. 116-118.

ocupan no se incida sobre la “ley penal” sino sobre la “norma”; sucede, más bien, que ni siquiera afectan a la norma, en tanto que puro mandato genérico de obediencia, y por ello no hay fundamento alguno para la retroactividad.

- c) Por último, la vertiente de **índole jurisprudencial**, que toma como punto de partida la consideración de que las normas penales no establecen por sí mismas sus “objetos de protección”, sino que se limitan a prestar protección penal a bienes jurídicos definidos fuera de las mismas, en otros sectores del ordenamiento jurídico. Sentado esto, se considera que el artículo 2 StGB se refiere solo –a efectos de su eventual aplicación retroactiva–, a modificaciones favorables de las normas protectoras, que son las que merecen realmente el apelativo de “leyes penales”; no, en cambio, a variaciones que afecten a la configuración del bien jurídico<sup>64</sup>.

La segunda postura, denominada **favorable a la aplicación retroactiva**, parte del presupuesto que las modificaciones favorables al reo experimentadas por las normas penales en blanco a consecuencia de variaciones de las normas extrapenales de complemento, debe tener una aplicación retroactiva. Avalada por la jurisprudencia alemana, italiana y española de esos tiempos, fue consolidada en la posguerra.

En tal sentido se destaca que la normativa italiana en materia de retroactividad se enuncia en los artículos 2.2 y 2.3 del Código Penal. El primero dispone que: “*nadie puede ser sancionado por un hecho que, según una ley posterior, no constituye delito...*”, y el segundo, que “*si la ley del tiempo en que fue cometido el delito y las posteriores son distintas, se aplicará aquélla cuya disposiciones sean más favorables al reo, salvo que haya recaído sentencia irrevocable*”.

Por su parte, en la jurisprudencia española, insigne es la Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de Septiembre de 1983, donde se exponen las premisas de la postura que es objeto de análisis, a tenor: “por ley penal, a efectos del artículo 24 del Código Penal, debe entenderse todo precepto del cual resultan consecuencias penales. Por tanto no sólo los que se refieren a la pena o definen figuras concretas del delito, sino también los de otras ramas jurídicas que dan contenido a las

---

<sup>64</sup> Silva Sánchez, Jesús María; *Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: El caso de las “Leyes en Blanco”*; op. cit.; p. 436.

llamadas leyes penales en blanco; son modificaciones extrapenales de la ley penal, pues forman parte del conjunto de presupuestos de los que depende la pena. La modificación puede aumentar o restringir el ámbito de la tutela penal, dando mayor o menor amplitud al precepto a partir del momento en que la modificación se produce; en rigor estamos en presencia de una ley nueva a la que es de aplicación lo prevenido en el artículo 24 del Código penal<sup>65</sup>.

La tercera postura, se conoce como **tesis diferenciadoras**<sup>66</sup>, que plantea varias vertientes de solución al problema que estoy valorando.

- a) La primera vertiente parte de que el criterio general utilizado para decidir si ha de aplicarse una nueva ley penal más favorable ha descansado en la motivación de una determinada reforma legal, diferenciando si obedece a **cambios fácticos** o a **cambios valorativos**. Si la reforma legal responde a una transformación de circunstancias meramente fácticas no se aplica la ley posterior -ni la penal en blanco ni la extrapenal de remisión-, aun cuando sea más favorable. Si la modificación legal -de la norma penal en blanco o de la extrapenal de complemento-, se debe a un cambio global de naturaleza axiológica, entonces se daría entrada a un análisis de retroactividad más benigna. En la jurisprudencia española, la *Sentencia del Tribunal Supremo de 23-4-2004* sostiene que “no cualquier modificación de una norma extrapenal con incidencia penal siempre ha de aplicarse cuando pueda ser beneficioso para el reo”; distingue esta resolución en la idea del “cambio de valoración” o la modificación legal “por razones de cambio en las circunstancias del hecho”. En el caso enjuiciado se discutía la repercusión de la supresión administrativa -“nueva situación fáctica”-, de los libros de operaciones al contado, llevados por los Agentes de cambio y bolsa, después de la Ley del Mercado de Valores de 28-7-1998, que incorpora nuevas normas de llevanza de libros por parte de los mismos a consecuencia de la adaptación del sistema de contratación bursátil a las exigencias de la informatización. En este sentido, el delito de falsedad documental no se altera a consecuencia de una posible aplicación indiscriminada del principio de retroactividad más favorable, porque la “modificación de la norma extrapenal” no afecta al “núcleo del comportamiento delictivo”

---

<sup>65</sup> *Ibidem*; p. 438.

<sup>66</sup> *Ibidem*; pp. 441-442.



y, en este caso, la supresión del mencionado libro o su nueva regulación no afecta al “núcleo de la conducta falsaria por la que se condenó”, con lo que, en consecuencia no cabe aplicar la retroactividad.

Sin embargo, recientemente, se ha puesto en cuestión el criterio que atiende al **cambio legal fáctico** versus **cambio legal valorativo**, cuya validez universal y aplicación automática no puede aceptarse para cualquier caso pues, como entiende LASCURAÍN<sup>67</sup>, si no se matiza o desarrolla resulta a veces inútil, a veces insatisfactorio para designar qué norma posterior debe aplicarse retroactivamente o, lo que es lo mismo, qué norma anterior puede devenir desproporcionada; entre otras razones, porque resulta complejo delimitar si una reforma legal se debe a razones fácticas o a razones valorativas, dado que normalmente concurren ambas perspectivas.

Una solución inicial a esta última problemática, a juicio de IGLESIAS RÍO, es la de disponer expresamente en las Disposiciones Transitorias de las leyes complementos los efectos retroactivos de la legislación<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> En primer lugar, por la dificultad de deslindar lo valorativo de lo fáctico como razón del cambio normativo. Dista de la claridad, por ejemplo, qué tipo de razones, fácticas o valorativas, impulsan predominantemente un cambio en la normativa tributaria. En segundo lugar, porque desde la perspectiva de proporcionalidad penal elegida, sólo nos importan ciertos cambios valorativos: aquéllos que inciden de modo directo y relevante en la valoración de la gravedad del hecho, en la necesidad de contrarrestarlo con la pena prevista, o en la cantidad o calidad de la pena. Lascuráin Sánchez, Juan Antonio; *Tres problemas de aplicación del delito fiscal: retroactividad, prescripción y exención de los partícipes por regularización*; Revista del Consejo General del Poder Judicial, Problemas específicos de la aplicación del Código Penal, Serie: Penal, Ponencia, 4/1999, pp. 359-413.

<sup>68</sup> A esta solución se llega partiendo del debate de si la modificación penal de las cuantías de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o de la propia Ley General Tributaria, en España, se debe a cambios esencialmente fácticos o a cambios valorativos. Señalando éste autor que en los últimos tiempos, las Exposiciones de Motivos no resultan muy clarificadoras ni el nivel de los debates parlamentarios suele ser más ilustrativo. Desde luego, con el límite constitucional de no restringir derechos individuales, el art. 2.3 del Código Civil y el art. 9.3 CE conceden un amplio margen de libertad al legislador para otorgar efectos retroactivos a las normas. Por eso, a fin de evitar incertidumbres y discusiones interpretativas, sería conveniente que estas cuestiones fueran resueltas expresamente en las

Otra a juicio del mentado autor es que únicamente tendrían efecto retroactivo las modificaciones más beneficiosas que afecten a la propia institución o a la forma de ataque expresados en el tipo penal que implicase una modificación en la valoración de la conducta, o en aquellas situaciones en las que el mantenimiento de la sanción anterior más intensa (la vigente en el momento de la realización del delito) fuera manifiestamente desproporcionada a la luz de los planteamientos axiológicos del presente. Argumentando que lo que sucede en determinados casos, es que el Derecho penal protege ciertos bienes, ciertas instituciones, con independencia de su concreta y coyuntural conformación interna, de modo que las variaciones de las reglas internas de conformación de la institución afectan a la descripción del círculo de comportamientos penalmente prohibidos pero, ya se deban dichas variaciones a factores fácticos, ya a factores valorativos, no tienen incidencia alguna en una evaluación del desvalor penal de comportamientos que se quedan en la puerta de la institución, que reparan sólo en el daño a la institución, tenga ésta una u otra configuración<sup>69</sup>.

---

Disposiciones Transitorias de cada modificación legislativa; esta solución ideal, conforme al principio de seguridad jurídica, contribuiría a solucionar esta *“importante parcela de indefinición”* que acompaña al conflicto de normas en el tiempo respecto de los posibles y concretos efectos retroactivos de la legislación. Iglesias del Río, Miguel; *Algunas reflexiones sobre la retro-irretroactividad de la ley penal. A propósito de las últimas reformas del Código Penal*; op. cit.; p. 16.

<sup>69</sup> Argumentos similares a los aquí expuestos son susceptibles de trasladarse a otros ámbitos, por ejemplo, a los delitos contra la ordenación del territorio; el estudio de Gorriz Royo, teniendo en cuenta la vinculación axiológica-material de la ordenación del territorio a la *«utilización racional del suelo orientado a los intereses generales»* (art. 45 CE), considera irrelevante a efectos retroactivos una modificación puntual del parámetro de suelo urbano o urbanizable, porque el bien jurídico entonces lesionado por una edificación constitutiva de delito urbanístico necesita y continúa mereciendo ahora la misma protección, de manera que el mantenimiento de la pena es necesario, no es desproporcionado y, en cambio, una aplicación restrictiva más beneficiosa podría resultar disfuncional para la eficaz protección del bien jurídico. Sin embargo, más allá de puntuales recalificaciones urbanísticas, procedería una revisión retroactiva favorable al reo si la modificación legal hubiera derogado una entera categoría administrativa (por ejemplo, la de *«suelo no urbanizable»*). Los ejemplos podrían sucederse: no podría absolverse al condenado por un delito de caza de una especie animal en

La segunda vertiente es la ofrecida por RODRÍGUEZ MOURULLO<sup>70</sup> y SILVA

---

vías de extinción, a pesar de que en la actualidad, debido a las medidas gubernativas adoptadas, se asiste afortunadamente a la proliferación de dicha especie, por lo que ha dejado de precisar una especial protección. Tampoco se aplicará la retroactividad más favorable por un cambio de la normativa medioambiental extrapenal derivada de una modificación de la actividad productiva o de una mejora del entorno natural. No se puede aceptar la impunidad de un hipotético delito de conducción temeraria con infracción de reglamentos y resultado de concreto peligro, por el hecho de que, posteriormente, el límite de velocidad en la curva del incidente haya variado debido a una sensible mejora de la calzada. O una modificación normativa de la obligación de circular por la izquierda, no afecta a las infracciones anteriores cometidas por quienes circulaban por la derecha. *Ibidem*; pp. 54-55.

<sup>70</sup> A efectos del art. 24 del Código Penal creemos que deben distinguirse dos clases de leyes temporales. Las que vinculan el carácter delictivo del hecho o la agravación de la penalidad a la comisión de la acción en «un determinado tiempo» (tiempo de guerra, tiempo de epidemia, tiempo de catástrofe, etc.). Y las que castigan el hecho sin referencia temporal alguna (porque estiman que debe ser castigado en absoluto), aunque la propia ley señale expresa o tácitamente un plazo limitado de vigencia. Respecto a estas últimas es aplicable el art. 24. En relación con las primeras, en cambio, no resulta aplicable dicho precepto. Dos tipos de razones abonan en esta hipótesis la inaplicabilidad del art. 24. En primer lugar, no concurre *la ratio* de la retroactividad de la ley más favorable. En efecto, la derogación de la ley temporal no supone en este caso un cambio de valoración jurídica. Se debe a un cambio fáctico. A que ha desaparecido el estado de cosas que constituía no ya el motivo, sino la verdadera *ratio legis*. Pero no ha variado el criterio valorativo. Si las circunstancias se repitiesen, el ordenamiento jurídico volvería a considerar los hechos tan censurables como cuando se realizaron bajo la vigencia de la ley temporal ya derogada. Por otro lado, hay una clara razón político-criminal. La mayoría de las leyes temporales de esta índole quedarían privadas de sentido, pues dada su limitada duración pocas veces llegarían efectivamente a ser aplicadas. Ahora bien, en una materia como ésta, donde no está en juego la fundamentación o agravación de la responsabilidad criminal del reo, sino la posibilidad de aplicarle retroactivamente una ley posterior más favorable, no podemos quedar detenidos en una interpretación gramatical —en la letra del art. 24, que tan reiteradamente se invoca—, sino que es preciso ascender hasta la interpretación teleológica. Y desde este punto de vista, tanto si se atiende al fin del art. 24 (evitar que el inculpado sea juzgado conforme a una ley

SÁNCHEZ, que partiendo de un análisis del artículo 24 del antiguo Código penal español, hoy artículo 2.2 del vigente Código penal, donde aparentemente no hay excepciones a la retroactividad de la ley penal posterior más benigna, con independencia de que los cambios fueran impulsados por razones fácticas o valorativas, previnieron sobre la necesidad de realizar una interpretación de acuerdo con el método de restricción teleológica, destinada a alcanzar soluciones más satisfactorias que las formalistas.

De seguir, esta orientación hermenéutica, el criterio directriz clásico que juega con la contraposición de lo fáctico frente a lo valorativo, ha de ceder protagonismo en ciertas hipótesis a un parámetro distinto de enjuiciamiento: **el del cambio de la valoración penal** del mismo hecho desde la **perspectiva del bien jurídico** que se quiere proteger y de los ataques relevantes que se consideran intolerablemente lesivos contra éste, proceda de una modificación directamente de la ley penal o de la normativa extrapenal de reenvío y responda a una variación predominantemente axiológica o a una variación predominantemente fáctica. Es decir, que si subsiste la necesidad político-criminal de continuar manteniendo la pena originaria, la prevista en el momento de la comisión del hecho, no está justificado aplicar con carácter retroactivo la ley penal posterior más benigna, porque no se ha modificado la valoración jurídica actual de lo que es penalmente injusto y, en el presente, la respuesta penal anterior se considera aún razonable y proporcionada, siendo además que dada la importancia del bien jurídico, el hecho y la forma de ataque puede seguir contemplándose como lesivo o peligroso para el bien jurídico protegido. En estos casos no estaríamos ante una genuina sucesión de leyes en el sentido que planteamos, sino de lo que podríamos denominar “sucesión de leyes temporales” que no trazan la necesidad de aplicar retroactivamente la nueva norma más favorable.

Indudablemente el problema se centra en valorar si el cambio de la normativa de remisión, al integrarse en la norma penal, muestra un

---

más severa que ya no se considera justa) como al fin de la ley temporal (que vincula el carácter delictivo del hecho a su comisión en un cierto tiempo), debe llegarse necesariamente a la que Rodríguez Muñoz califica, con razón, de interpretación correcta: inaplicación a las leyes temporales de que nos estamos ocupando de lo dispuesto en el art. 24. Rodríguez Mourullo, Gonzalo; *Derecho Penal. Parte General*; op. cit.; pp. 137-138.

***cambio valorativo relevante en la perspectiva penal***<sup>71</sup>. Dicho con menor abstracción: si con nuestros criterios valorativos de hoy respecto a la punibilidad del hecho y a la medida de la punibilidad sigue teniendo sentido aplicar la norma del momento de la comisión, porque no es desproporcionada y porque es necesaria para la protección del bien jurídico respecto a determinado tipo de ataques, o si, por el contrario, dicha aplicación es, en sí o en su dureza, desproporcionada e innecesaria con las pautas valorativas con las que contamos en el momento del juicio, lo que hace que tengamos que aplicar la nueva norma, a la vez más favorable para el reo y satisfactoria para solventar el conflicto suscitado. Tal y como nos dice JAKOBS<sup>72</sup>: de lo que se trata es de comprobar, con nuestra concepción actual de lo que es penalmente injusto, “la presencia de injusto en el momento del hecho”.

En la concepción de este autor lo decisivo para calibrar dicha presencia será la función que desempeñe la norma penal en blanco: asegurar la obediencia de la norma complementaria, en cuyo caso habría que aplicar la norma posterior favorable (por ejemplo, si la prohibición se deroga); o asegurar el efecto de regulación que persigue la norma complementaria, en cuyo caso, aunque la formación del concreto efecto de regulación se excluya posteriormente (por ejemplo, anulación de

---

<sup>71</sup> Los argumentos que explicitáramos – en sintonía con los sostenidos por el decisorio que comentamos -hacen difícil oponer alguna consideración a la premisa de que las modificaciones experimentadas por las normas de complemento, en tanto parte integrante de la ley penal, puedan quedar marginadas de la aplicación del artículo 2º del Código Penal (Argentino). Ello es así por cuanto, toda mutación de una norma (por efecto de una sucesión temporal) -aun cuando se trate de un precepto reglamentario que completa el blanco de la ley-, no es sino la consecuencia “de una revaloración jurídica de una relación determinada”; variación axiológica que, necesariamente, debe proyectar sus efectos sobre el pasado en cuanto ha tomado como punto de referencia hechos sucedidos durante la vigencia de otras valoraciones jurídicas a las cuales modifica. Cesano, José Daniel; *Criminalidad económica, norma penal en blanco y retroactividad de la ley más benigna. (A propósito de un relevante cambio de criterio por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)*. Centro de investigación interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, CIIDPE; [www.ciidpe.com.ar](http://www.ciidpe.com.ar), Consultado el 14 de marzo de 2015, 08:50 pm, p.12.

<sup>72</sup> Jakobs, Gunther; *Derecho penal. Parte general*; traducción de Cuello Contreras y de Serrano González de Murillo, Madrid; Marcial Pons; 1995, ap. 4, n.º m. 72.

obligaciones relacionadas con la disciplina tecnológica), permanecen los efectos antiguos, por lo que carece de sentido la retroactividad<sup>73</sup>.

Similar es la opinión de RUDOLPHI<sup>74</sup>, que distingue también entre normas penales cuya tarea consista en asegurar los mandatos y prohibiciones contenidos en la normativa extrapenal, y normas penales que se anudan a un efecto de regulación de la norma extrapenal: que, por ejemplo, se limitan a proteger un bien jurídico constituido por su relación con dicha normativa. Sólo las primeras serían susceptibles de aplicación retroactiva favorable.

En relación con estas concepciones resulta de sumo interés la distinción que propone GARCÍA ARÁN entre remisión en bloque -"aquella en la que la infracción de la normativa extrapenal se convierte en un elemento típico"-, y remisión interpretativa -"la normativa extrapenal es necesaria para interpretar o integrar un elemento típico": "en la remisión en bloque se deja el establecimiento de uno de los elementos típicos a la norma extrapenal, mientras que en la remisión interpretativa el elemento típico lo establece el legislador, pero la precisión de su sentido necesita del recurso a la norma extrapenal".

Preguntémonos ahora cuál es la posición cubana al respecto y cómo valorar el fenómeno para los delitos económicos, cuando estamos en una etapa en la que no se puede vivir de *espaldas* a los campos de tensión que genera el Derecho Penal Económico.

### **III. Propuestas teóricas para no transitar por una época de epílogos.**

En nuestra legislación penal la vigencia de las leyes penales en el tiempo se halla presidida por el principio de irretroactividad<sup>75</sup>, lo que responde a las innegables exigencias de seguridad jurídica y garantía de los derechos individuales<sup>76</sup>, que se verían afectados si el sujeto pudiera ser sancionado por una ley que no pudo tener en cuenta en el

---

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> Rudolphi, V.; *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Allgemeiner Teil, Francfort; Metzner; 1997 (6.a); n.º 96, comentario al § 2, 8b y 8c.

<sup>75</sup> Artículo 3.1: "La ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del acto punible". Código Penal vigente.

<sup>76</sup> Quirós Pérez, Renén; *Manual de Derecho Penal*, I; op. cit.; p. 43.

momento de realización del hecho. A lo que se une el sentido de motivación del sujeto en el momento del hecho, pues resulta obvio que el sujeto no puede motivarse por una ley que todavía no existía o, en todo caso, no en esa configuración, al iniciarse la comisión del delito. Este principio cuenta con una significativa excepción: la aplicación retroactiva de las disposiciones favorables al encausado o sancionado<sup>77</sup>, incluso con rango constitucional<sup>78</sup>.

Pese a la aparente claridad de los anteriores enunciados normativos, se suscitan interrogantes en la doctrina y práctica judicial cubanas, referidas a su aplicación cuando estamos en presencia de una norma penal en blanco, cuya característica más significativa es que la norma complementaria pueda sufrir modificación y el Código penal quedarse intacto, o sea, se da la posibilidad de que, sin una variación formal, aparente, de los términos del tipo penal, su contenido resulte modificado, bien en términos restrictivos, bien en términos ampliatorios, por la normativa complementaria.

Las dudas se concentran en dos aspectos:

1. Una modificación de la normativa complementaria que amplíe el ámbito de la responsabilidad penal, puede aplicarse a hechos cometidos con anterioridad a la misma.
2. Una modificación que restrinja el ámbito de lo punible puede aplicarse a hechos cometidos, e incluso enjuiciados, con anterioridad a su producción.

Ambas interrogantes se refieren a posibles modificaciones en la norma extrapenal, no a aspectos del tipo penal propiamente, en el que está claro rige el principio de la irretroactividad penal, o en el caso procedente su excepción.

Sobre la primera interrogante, la doctrina y práctica judicial cubanas, no muestran discusión, toda vez que las modificaciones en las normas complementarias que tengan un sentido ampliatorio de la punibilidad no son aplicables retroactivamente. Opera aquí el principio de irretroactividad penal.

El verdadero debate se suscita en la segunda interrogante, o sea, cuando la norma extrapenal ha sufrido variaciones.

---

<sup>77</sup> Artículo 3.2: "(...), la nueva ley es aplicable al delito cometido con anterioridad a su vigencia si es más favorable al encausado". Código Penal vigente.

<sup>78</sup> Artículo 61: "Las leyes penales tienen efecto retroactivo cuando sean favorables al encausado o sancionado". Constitución de la República de Cuba, 1976.

En relación con éste tema, QUIRÓS PÍREZ<sup>79</sup>, reconoce con certeza que es un tema complejo, destacando que un amplio sector doctrinal, con el cual no coincide<sup>80</sup>, partiendo, que si bien la norma complemento integra la norma penal, las modificaciones originadas en la primera han de entenderse comprendidas dentro del principio de la retroactividad de la ley más favorable; tomándose en cuenta, en este caso, la disposición complementaria, que integrada a la norma penal, debe valorarse su favorabilidad o no para el encausado o sancionado.

Este autor, mantiene una postura contraria a la aplicación retroactiva de las modificaciones favorables al encausado producidas en las normas penales en blanco a consecuencia de una variación de la normativa complemento objeto de remisión, alegando que solo podría aceptarse como válido para ocasionar un cambio en la norma penal, la modificación que se produjera en la propia norma penal, por la función que la misma cumple dentro del sistema jurídico.<sup>81</sup>

La tesis anterior<sup>82</sup> puede valorarse, a manera de ilustración, en el análisis del Artículo 221.1 "Incumplimiento de normas de seguridad en entidades económicas" del Código Penal cubano vigente, cuando se incumple alguna norma relativa a la seguridad de los bienes pertenecientes a una entidad económica y denota para algunos autores y juristas la defensa del criterio de la aplicación del principio de irretroactividad penal. Lo anterior se confirma, por el hecho de que la esencia de los ilícitos penales, configurados como normas penales en blanco, radica en la desobediencia a la norma extrapenal, ya que hay que cumplir lo dispuesto en leyes o reglamentos vigentes sobre una determinada materia. Siendo así, se sostiene que las variaciones favorables al encausado o sancionado, producidas en el contenido de las normas objeto de remisión no dan lugar a la aplicación retroactiva de

---

<sup>79</sup> Quirós Pérez, Renén; *Manual de Derecho Penal, I*; op. cit.; pp. 49-50.

<sup>80</sup> Destaca Quirós que se parte de una incorrecta interpretación acerca del modo de integrarse la norma complemento en la norma en blanco, así como del fundamento de ésta. Quirós Pérez, Renén; *Manual de Derecho Penal, I*; op. cit.; p. 49.

<sup>81</sup> Quirós Pérez, Renén; *Manual de Derecho Penal, I*; op. cit.; pp. 49-50.

<sup>82</sup> Se consultaron las Instrucciones Nos. 122, 123, 124 de 12 de Abril de 1988, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, que hacen referencia a la Eficacia de la ley penal en el tiempo, ante la entrada en vigor de la Ley 62 de Diciembre de 1987.



la ley penal, toda vez que esas variaciones no afectan en nada el juicio según el cual se constata en su momento se infringió la norma penal.

En mi opinión y partiendo de los argumentos analizados en relación a la temática, debemos partir del fundamento de que la norma penal en blanco es una modalidad técnica legislativa de creación de tipos penales, y que en base a ello cumple la función de ser un instrumento flexible para la actualización de forma acompasada de nuevas situaciones normativas, a través de la norma extrapenal o complementaria. Por ello debe tener muy en cuenta la forma de remisión que la misma adopta, porque en base a esto, y conjuntamente con los fundamentos de las tesis diferenciadoras, se optará por aplicar o no el principio de irretroactividad penal y su excepción en la realidad cubana.

Tomando como punto de referencia lo anterior, considero que si la remisión es en bloque, o sea adopta la fórmula “con infracción”, y al propio tiempo se dinamiza y generaliza, debe realizar la integración de la norma complemento con la norma penal y proseguir a valorar si la norma penal ya integrada es o no favorable para el encausado o procesado. Dos, entonces, son las soluciones que se ofrecen, la primera es que la valoración, siguiendo la sistemática que adopta nuestra legislación penal vigente<sup>83</sup>, deben hacerla los Tribunales en el análisis particularizado del asunto en cuestión, porque, según las consideraciones de QUIRÓS PÍREZ<sup>84</sup>, establecer una reglamentación al respecto, siempre correría el riesgo de no abarcar la totalidad de las situaciones que pueden ocurrir.

La segunda, avalada *ut supra*, parte de que la valoración debe nacer del fundamento que debe ser un cambio valorativo trascendente en sede penal, y en este tipo de remisión lo que se persigue es la obediencia de la norma complemento, por lo que ante un cambio fáctico en la norma complemento no se debe aplicar la excepción cuando se produce la integración, ya que pese al cambio normativo producido, continúa cumpliendo perfectamente sus fines preventivos la sanción penal impuesta a un sujeto que, en un momento en que determinados bienes jurídicos se hallaban especialmente expuestos al riesgo, realizó una conducta de puesta en peligro relevante de los mismos que todavía hoy se pretende evitar, o sea, el comportamiento continua estando desvalorado y todo ratifica la permanencia de la sanción penal.

---

<sup>83</sup> Quirós Pérez, Renén; *Manual de Derecho Penal, I*; op.cit.; pp. 46-47.

<sup>84</sup> *Ibidem*; p. 46.

Ahora bien, partiendo de este tipo de remisión, si el cambio es valorativo, consecuente es aplicar la retroactividad de la ley más favorable, en primer lugar por su fundamento de justicia, y la modificación de la ley es signo de un cambio valorativo operado en el ordenamiento jurídico, por lo que mantener a ultranza la irretroactividad equivaldría a condenar al autor de acuerdo con una concepción más severa que el propio ordenamiento jurídico repudió y la ley ya no profesa, vulnerándose la justicia material y el principio de proporcionalidad o prohibición de exceso<sup>85</sup>.

Si la remisión es igualmente en bloque, pero estática y especial, rige el principio de irretroactividad penal, la esencia de éste tipo de remisión es asegurar el efecto de regulación que persigue la norma complementaria, por lo que su observación deviene obligatoria.

Por otra parte, si la remisión es interpretativa, o sea adopta la fórmula “ausencia de autorización”, se debe partir de considerar que se produce una integración de normas prohibitivas y normas permisivas en el tipo penal, o sea, el elemento típico –ausencia de autorización–, está establecido por el legislador penal, delimitándose a partir de lo que en ejercicio de su función de tutela de determinados intereses, se ha autorizado.

En tal sentido, si la norma complementaria se modifica, declarándose la autorización del comportamiento, de modo que resulte beneficiosa para el encausado, una vez integrada a la norma penal, se debe aplicar la retroactividad de la norma penal. Ello obedece a dos razones fundamentales, en primer lugar al hecho de que el fundamento de éste tipo de remisión radica en que el legislador penal, con el mismo, excluye del ilícito penal aquello que la Administración autoriza en la norma complementaria; y en segundo lugar, si la nueva norma complementaria, decide autorizar el comportamiento, por razones de política criminal no resulta adecuado sancionar una conducta que está autorizada administrativamente.

Para sintetizar lo que se ha dicho hasta ahora se puede afirmar, tomando como pilares fundamentales los siguientes presupuestos, que

---

<sup>85</sup> OLIVER, Guillermo; “Modificaciones en la regulación del delito de giro fraudulento de cheque: análisis desde la teoría de la sucesión de leyes”. *Política criminal*, Vol. 4, N° 7 (Julio 2009), Art. 2, pp. 57-86. Disponible en:[\[http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_04/n\\_07/Vol4N7A2.pdf\]](http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_07/Vol4N7A2.pdf) Consultado el 6 de abril de 2015. Hora: 9: 00 am.

determinan una refundamentación valorativa de la sucesión de leyes de los delitos económicos configurados como normas penales en blanco en Cuba, los siguientes:

A. En materia de eficacia de la ley penal en el tiempo:

- Se debe partir de que la norma penal en blanco cumple la función de ser un instrumento flexible para la actualización de forma acompasada de nuevas situaciones normativas, a través de la norma extrapenal o complementaria, y en tal sentido realizar la integración de la norma complemento con la norma penal en blanco.
- Tomando en cuenta la forma de remisión que la misma emplee en su configuración se realizará el siguiente análisis:
  - Si la remisión es en bloque, o sea adopta la fórmula “con infracción”, y es al propio tiempo dinámica y general, se debe realizar la integración de la norma complemento con la norma penal y proseguir a valorar si la norma penal ya integrada es o no favorable para el encausado o procesado.

**Variante Uno:** La valoración, deben hacerla los Tribunales en el análisis particularizado del asunto en cuestión, basados en la totalidad de la norma penal integrada, en sus elementos constitutivos, las circunstancias de la infracción y otros elementos concurrentes.

**Variante Dos:** Tomando como premisa que la valoración debe nacer del fundamento que debe ser un cambio valorativo trascendente en sede penal, y en este tipo de remisión lo que se persigue es la obediencia de la norma complemento, ante un **cambio fáctico** en la norma complemento no se debe aplicar la excepción cuando se produce la integración, ya que pese al cambio normativo producido, continúa cumpliendo perfectamente sus fines preventivos la sanción penal impuesta a un sujeto que, en un momento en que determinados bienes jurídicos se hallaban especialmente expuestos al riesgo, realizó una conducta de puesta en peligro relevante de los mismos que todavía hoy se pretende evitar, o sea, el comportamiento continua estando desvalorado y todo abona la permanencia de la sanción penal.

Si el **cambio es valorativo**, es consecuente aplicar la retroactividad de la ley más favorable, en primer lugar porque su fundamento es de justicia, y la modificación de la ley es signo de un cambio valorativo operado en el ordenamiento jurídico, por lo que mantener a ultranza la irretroactividad equivaldría a condenar al autor de acuerdo con una concepción más severa que el propio ordenamiento jurídico repudió y la ley ya no profesa, vulnerándose la justicia material.

- Si la remisión es igualmente en bloque, pero es estática y especial, rige el principio de irretroactividad penal, porque la esencia de éste tipo

de remisión es asegurar el efecto de regulación que persigue la norma complementaria, por lo que su observación deviene obligatoria.

- Si la remisión es interpretativa, o sea adopta la fórmula “ausencia de autorización”, se debe partir de considerar que se produce una integración de normas prohibitivas y normas permisivas en el tipo penal. En tal sentido, si la norma complementaria se modifica, declarándose la autorización del comportamiento, de modo que resulte beneficiosa para el encausado, una vez integrada a la norma penal, se debe aplicar la retroactividad de la norma penal.

#### IV. Consideraciones *ad finem*

Al concluir, me doy cuenta que dejo innumerables puntos polémicos alrededor del tema. Es comprensible que el Derecho penal ha pasado de un Derecho Penal de garantías a un Derecho penal del sistema, y coincidimos con Borja Jiménez<sup>86</sup>, en que ya nadie nos entiende, y pervertimos los fundamentos y la propia razón de ser de la elaboración teórica del marco punitivo. Considero que el vasto territorio de lo que es controvertido y de lo que es opinable, que aquí se presenta en toda su magnitud, no se parece a la noche en la cual todos los *gatos son pardos*<sup>87</sup>: existen cuestiones más o menos controvertidas, más o menos opinables. Existen espacios para la argumentación racional. En tal sentido se impone que los cambios que hoy asume el Derecho penal y que de forma evidente nos crean zonas polémicas en los predios de la dogmática jurídico penal, no sean asumidos por nosotros los penalistas de la sociedad contemporánea, con matices de cruzada, no como un Derecho penal *a la carta*, acorde con las necesidades y preferencias del propio *yo*, sino un Derecho penal –parafraseando a Winfred Hassemer–, que tiene que mantener la vinculación con el cambio social: tiene que estar preparado para dar respuesta a las preguntas de hoy. Tiene que seguir evolucionando en contacto con su realidad.

---

<sup>86</sup> Borja Jiménez, Emiliano; *Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función ideológica del derecho penal*; Revista del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia, No. 62 de 1999; pg. 24.

<sup>87</sup> “*Non assomiglia allanotte in cui tutte le vacchesononere*”. Pazé, Valentina; Luigi Ferrajoli, *Filosofo Político*; en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Edición de Miguel Carbonell y Pedro Salazar; Segunda Edición, 2009, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM; Editorial TROTTA, Madrid; p.156.

# La internacionalización del lavado de activos. Su regulación jurídico-penal en Cuba

DR. ARMANDO TORRES AGUIRRE\*

## Sumario

1. Introducción
2. La Internacionalización del lavado de activos
3. Regulación del delito de lavado de activos en el Código Penal cubano
4. Epílogo

## 1. Introducción

Abordar un tema como el que titula este trabajo, supone adentrarse en la complejidad de un fenómeno transnacional con múltiples y crecientes aristas. Por un lado los delincuentes renuevan sus técnicas para burlar su detección y persecución, mientras, por otro, los organismos internacionales, mediatizados por las potencias mundiales, realizan ingentes esfuerzos para lograr un consenso universal con los Estados nacionales respecto a las bases para la prevención y enfrentamiento al flagelo del lavado de activos en un mundo cada vez más desigual, globalizado e interconectado.

Es históricamente reconocido que los países de economías más desarrolladas originaron este fenómeno en la era moderna, algunos hicieron de la vista gorda durante décadas y hasta se beneficiaron del mismo, las grandes sumas de dinero provenientes del tráfico ilegal de drogas u otros males han ido a parar a sus bancos; sin embargo, ahora

---

\* Doctor en Ciencias Jurídicas. Director de la Dirección de Investigaciones de Operaciones Financieras del Banco Central de Cuba. [armando.torres@bc.gob.cu](mailto:armando.torres@bc.gob.cu)

imponen los compases al resto del mundo para su prevención y enfrentamiento, apoyándose y hasta creando organismos internacionales que exijan y apliquen sanciones a los que no se alineen fielmente a sus estándares, que en ocasiones son ajenos a las tradiciones culturales, jurídicas y legislativas y al contexto socioeconómico y político de cada país. De cualquier manera, haciendo abstracción de estos métodos, es un flagelo mundial que ya afecta a todos y, a estas alturas, queda afrontarlo con apego a los principios generales del Derecho.

Este trabajo es una aproximación al tema, porque es imposible agotarlo en un breve artículo; de tal suerte, nuestros objetivos se circunscriben a abordar el fenómeno del lavado de activos desde su origen y desarrollo, los estándares e instrumentos jurídicos y organismos internacionales encargados de liderar su prevención y enfrentamiento a escala global conjuntamente con los Estados nacionales, así como a realizar un breve análisis exegético de las normas jurídico-penales que lo regulan en Cuba, en relación con los estándares internacionales en la materia.

## **2. La Internacionalización del lavado de activos**

### **2.1. Origen y desarrollo del lavado de activos**

Hay autores como Uribe<sup>1</sup> que señalan que los delitos con el dinero, tanto falsificación como lavado, han existido incluso antes de que existiera el dinero tal y como lo conocemos hoy. Sin embargo, la costumbre de utilizar prácticas para disfrazar los ingresos procedentes de actividades ilícitas se remonta a la Edad Media cuando la usura fue declarada delito y pecado mortal. Los mercaderes y prestamistas para cobrar intereses por los préstamos otorgados, innovaron prácticas muy diversas que anticipan las modernas técnicas de ocultar, desplazar y blanquear el producto del delito.

Luego, entre los siglos XVI y XVIII, los piratas, bucaneros y filibusteros iniciaron la práctica del "lavado" de oro obtenido en los ataques a las naves comerciales europeas que surcaban el Atlántico. En muchos casos los corsarios estaban apoyados por sus gobernantes, pero aun

---

<sup>1</sup> URIBE, Rodolfo "Cambio de paradigmas sobre el lavado de activos". Visible en el sitio: [http://www.cicad.oas.org/oid/new/information/elobservador/EIObservador2\\_2003/LavadoActivos.htm](http://www.cicad.oas.org/oid/new/information/elobservador/EIObservador2_2003/LavadoActivos.htm)

así, se convocó a reconocidos juristas como Hugo Grotius y Francisco de Vittoria para buscar una solución de carácter jurídico. El resultado fue la creación de los primeros conceptos del Derecho Internacional, de “*mare nostrum*”, “*mare liberum*” y “persecución en caliente”.

Vincular el vocablo “lavado” a este fenómeno, tiene su origen en Estados Unidos en los años 20 del siglo pasado, momento en que las mafias norteamericanas crearon una red de lavanderías y fregadoras de autos para esconder la procedencia ilícita del dinero conseguido a través de sus actividades criminales. El mecanismo consistía en presentar las ganancias procedentes de actividades delictivas como provenientes del negocio de lavanderías y fregadoras. Como la mayoría de los pagos en éstas se hacía en metálico, resultaba muy difícil distinguir cuál dinero procedía de la extorsión, tráfico de armas o de alcohol y prostitución y cuál provenía del negocio legal.

En los años setenta con la vista puesta en el narcotráfico se advirtió de nuevo el fenómeno del blanqueo de dinero. La recaudación de la venta de droga era depositada en los bancos sin ningún tipo de control. Una vez introducido el dinero en los sistemas financieros oficiales se movía fácilmente por el circuito formal.

La expresión “lavado de dinero” fue utilizada judicialmente por primera vez en 1982, en los Estados Unidos, al ser confiscado dinero “blanqueado” procedente del tráfico ilegal de cocaína colombiana.

En la actualidad, este flagelo se ha convertido en un desafío global dado el propio desarrollo de las telecomunicaciones y la facilidad para transferir activos de un extremo a otro del planeta mediante el crimen financiero transfronterizo, afectando los mercados monetarios y vulnerando los sistemas jurídicos y políticos ya que constituye una inmensa “caja” disponible para financiar la corrupción y el delito.

Ese escenario condiciona todo el proceso de criminalización que pueda ponerse en marcha en un Estado con el objetivo de sancionar esta conducta delictiva y hace necesario examinar las instancias de armonización jurídica que tienen lugar en un mundo globalizado, todo lo cual influye en las políticas criminales que sostendrán los elementos punitivos de estos ilícitos en el seno de un ordenamiento jurídico-penal nacional.

## 2.2. Técnicas de lavado de activos

Son muchos los procedimientos o tipologías para “lavar” dinero, la mayoría están interrelacionados y suelen suceder de forma simultánea o sucesiva. Una característica común es que el lavado de dinero, en especial si es de grandes cantidades, suele costar una parte del dinero que se “lava”.

A continuación se plasman los procedimientos más comunes de lavado de activos:

- Estructurar, trabajo de hormiga o pitufo: División o reordenación de las grandes sumas de dinero adquiridas por ilícitos, reduciéndolas a un monto que haga que las transacciones no sean registradas o no resulten sospechosas. Estas transacciones se realizan por un período limitado en distintas entidades financieras.
- Complicidad de un funcionario u organización: Uno o varios empleados de las instituciones financieras u otras actividades o profesiones pueden colaborar con el lavado de dinero omitiendo informar a las autoridades sobre las grandes transacciones de fondos, generalmente su complicidad es causada por una extorsión y, a veces, obtendrá una comisión por ella.
- Complicidad de la banca: Hay casos en que las organizaciones de lavado de dinero gozan de la colaboración de las instituciones financieras (a sabiendas o por ignorancia), dentro o fuera del mismo país, las cuales dan una justificación a los fondos objeto del lavado de dinero.
- Mezclar: Las organizaciones suman el dinero recaudado de las transacciones ilícitas al capital de una empresa legal, para luego presentar todos los fondos como rentas de la empresa. Esta es una forma “legal” para no explicar las altas sumas de dinero.
- Empresas fantasmas (shellcompany): También conocidas como compañías de fachada o de portafolio. Son empresas legales, las cuales se utilizan como cortina de humo para enmascarar el lavado de dinero. Esto puede suceder de múltiples formas, en general, la “compañía de fachada” desarrollará pocas o ninguna de las actividades que oficialmente debería realizar, siendo su principal función aparentar que las desarrolla y que obtiene de las mismas el dinero que se está lavando. Lo habitual es que de dicha empresa sólo existan los documentos que acrediten su existencia y actividades, no teniendo presencia física ni funcionamiento alguno más que en papeles.
- Compraventa de bienes o instrumentos monetarios: Inversión en bienes como vehículos e inmuebles (los que a menudo son usados en la perpetración de otros ilícitos) para obtener beneficios monetarios de forma legal. En muchos casos el vendedor tiene conocimiento de la procedencia ilícita del dinero que recibe, e incluso puede ser parte de la organización de lavado de dinero. En esos casos, la compra de bienes se produce a un precio muy por debajo de su costo real, quedando la diferencia como comisión para el vendedor. Posteriormente el blanqueador vende todo o parte de lo que ha adquirido a



su precio de mercado para obtener dinero lícito. Este proceso puede repetirse, de tal modo que los productos originalmente ilícitos son pasados de una forma a otra sucesivamente para así enmascarar el verdadero origen del dinero que permitió adquirir los bienes. Además, con cada transformación se suele disminuir el valor de los bienes para que las transacciones no resulten tan evidentes.

- Contrabando de efectivo: Es el transporte del dinero objeto del lavado hacia el exterior. En ocasiones los blanqueadores de activos mezclan el efectivo con fondos transportados de otras empresas, para así no dejar rastro del ilícito.
- Transferencias bancarias o electrónicas: Uso de Internet para mover fondos ilícitos de una entidad bancaria a otra u otras, para así no dar cuenta de las altas sumas de dinero ingresado. Con el objetivo de hacer más difícil la detección del origen de los fondos, es frecuente que se dividan en entidades de distintos países, y se realicen transferencias sucesivas.
- Transferencias inalámbricas o entre corresponsales: Las organizaciones de lavado de dinero pueden tener ramificaciones en distintos países, por lo tanto la transferencia de dinero de una a otra organización no tiene por qué resultar sospechosa. En muchos casos, dos o más empresas aparentemente sin relación, tienen detrás a la misma organización que transfiere a voluntad fondos de una a otra para así enmascarar el dinero ilícito.
- Falsas facturas de importación/exportación o “doble facturación”: Aumentar los montos declarados de exportaciones e importaciones aparentemente legales, de modo que el dinero ilegal pueda ser colocado como la diferencia entre la factura “engordada” y el valor real.
- Garantías de préstamos: Adquisición de préstamos legalmente, con los cuales el blanqueador obtiene bienes que aparentan haber sido adquiridos de forma lícita. El pago de dichos préstamos hace efectivo el blanqueo.
- Acogerse a ciertos tipos de amnistías fiscales: Por ejemplo, aquellas que permiten que el defraudador regularice dinero en efectivo.

### **2.3. Definición de lavado de activos**

El “lavado” de dinero, de capitales o de activos, también conocido como “blanqueo” de capitales, “legitimación” de capitales u operaciones con recursos de procedencia ilícita, consiste en hacer que los fondos o activos obtenidos ilícitamente aparezcan como fruto de una actividad económica o financiera legal, a través de la acción de

“lavar”<sup>2</sup>, en este caso, para encubrir el origen ilegítimo de dichos fondos o activos.

Por ende, quien “lava” dinero, pretende legitimar los fondos o activos procedentes de determinado delito e insertarlos para su circulación en el sistema financiero, si no tiene este propósito específico, simplemente está “disfrutando” del producto de otro ilícito penal cometido, pero no es autor del delito de lavado de activos.

De ahí que es imprescindible que el dinero obtenido ilícitamente ingrese o se intente ingresar al torrente financiero para disimular su origen, “legitimándolo” mediante negocios “lícitos” de inversiones, creación de empresas, ahorros, seguros, transacciones y préstamos, entre los más comunes.

## **2.4. La Organización de las Naciones Unidas (ONU) en la lucha contra el lavado de activos**

La ONU ha resaltado su preocupación frente al tema del lavado de activos a través de los instrumentos jurídicos siguientes:

- Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Controladas (Convención de Viena), adoptada el 20 de diciembre de 1988 por la Conferencia de Naciones Unidas para ese propósito. Entró en vigor el 11 de noviembre de 1990. Elabora recomendaciones para la lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias controladas y el lavado de dinero derivado de éste en el mundo entero.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) y sus protocolos, adoptada el 15 de noviembre de 2000 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, a través de la Resolución No. 55/25. Entró en vigor el 25 de diciembre de 2003. Establece que los Estados miembros deberán considerar ciertas acciones como delitos graves<sup>3</sup>, dentro de ellas encontramos como ilícito la participación en ilegalidades como el lavado de dinero y uno de los aspectos más importantes acordados mediante esta Convención fue que se declara la

---

<sup>2</sup> En su acepción literal, lavar es purificar o quitar las manchas de alguna cosa.

<sup>3</sup> Artículo .b) de la Convención de Palermo: “Por ‘delito grave’ se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave;”

responsabilidad penal de las personas jurídicas, las que deberán ser juzgadas y sancionadas caso que se vean envueltas en hechos de lavado de activos.

- Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (Convención de Mérida), adoptada el 31 de octubre de 2003 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, a través de la Resolución No. 58/4. Entró en vigor el 14 de diciembre de 2005. Tiene por objetivos promover eficientemente la lucha contra la corrupción, así como facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra este flagelo, incluida la recuperación de activos.

A tono con estos instrumentos internacionales, el 8 de noviembre de 1990 el Consejo de Europa acordó el “Convenio relativo al lavado de dinero, identificación, embargo y confiscación de los productos del delito” (Convenio de Estrasburgo), en el cual se establece la cooperación entre los países suscritos al tratado, de apoyarse en las investigaciones y procedimientos judiciales en cuanto al lavado de dinero.

## 2.5. El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)

El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) o Financial Action Task Force on Money Laundering (-FATF- por sus siglas en inglés), fue creado en la cumbre del grupo de los siete países más desarrollados (G-7) celebrada en París en julio de 1989, para luchar contra el blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico y el terrorismo.

El GAFI está integrado por 36 países u organizaciones regionales<sup>4</sup>. En las reuniones participan además observadores y organizaciones

---

<sup>4</sup> La membresía original del GAFI fue de 16 miembros. Durante 1991 y 1992, la amplió a 28. En el 2000, el GAFI amplió sus miembros a 31, en el 2003 a 33, en 2007 a 34 miembros, en el 2009 a 35, y en 2010 a sus actuales 36 miembros, a saber: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, China, Corea del Sur, Dinamarca, España, Estados Unidos de América (EEUU), Federación Rusa, Finlandia, Francia, Grecia, , Hong Kong (China), India, Islandia, Irlanda, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Holanda, Nueva Zelanda, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Singapur, Sudáfrica, Suecia, Suiza y Turquía. Además, lo integran las organizaciones regionales Comisión Europea y el Consejo de Cooperación para los Estados del Golfo Pérsico. En el momento de su creación el G-7 lo integraban: Estados Unidos, Japón, Canadá, Italia, Francia, Reino Unido y Alemania, y como

internacionales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, Interpol, Europol, las Naciones Unidas y la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE). Cada periodo de sesiones es anual, de julio a junio, y la presidencia es rotativa, cada año corresponde a uno de sus miembros.

## 2.6. Naturaleza jurídica del GAFI

El GAFI se define a sí mismo como un “organismo intergubernamental”, cuya finalidad es el desarrollo y la promoción de medidas tanto a nivel nacional como internacional, dirigidas a combatir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo y de la proliferación de armas de destrucción masiva.

El mandato del GAFI es fijar estándares<sup>5</sup> y promover la implementación efectiva de medidas legales, regulatorias y operativas para com-

---

observadores participaron Austria, España, Suiza, Suecia, Holanda, Bélgica, Luxemburgo y Australia.

<sup>5</sup> En un sentido genérico, estándar (del inglés, standard), significa patrón o referencia. En un sentido propiamente jurídico, un estándar normativo es un dispositivo que opera como medida de equivalencia para los ordenamientos jurídicos nacionales, a los efectos de que los mismos, a partir de sus características propias (realidad económico-social, sistema político, cultura y tradiciones jurídicas), puedan producir una norma de igual valor, alcance y eficacia. La estandarización jurídica es, de este modo, el proceso mediante el cual una instancia de decisión política internacional promueve la gestación y aplicación de estándares normativos con el objetivo de armonizar ordenamientos jurídicos diversos. De modo que la “estandarización jurídica” es una especie dentro del género “armonización jurídica”. Ésta tiene por objeto ofrecer criterios y principios jurídicos comunes a los efectos de que los distintos ordenamientos locales puedan generar respuestas jurídicas similares y congruentes entre sí. Sin embargo, no se trata de copiar al fiel, deben tenerse en cuenta los contextos nacionales para que las normas jurídicas sean eficaces y cumplibles, existen múltiples ejemplos de países que infelizmente se han dado leyes “muy avanzadas” pero descontextualizadas, por eso, en todo proceso de armonización existe un margen de determinación en la recepción y en la aplicación de los criterios comunes donde los actores jurídicos (legislador o juez) hacen jugar los valores, los intereses y las necesidades que son propias del ordenamiento nacional. En cuanto a los estándares del GAFI, se intentan presentar con un velo puramente tecnicista que es poco convincente, porque vivimos en un mundo marcado por

batir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y de la proliferación de armas de destrucción masiva, así como otras amenazas a la integridad del sistema financiero internacional. En colaboración con otras partes involucradas a nivel internacional, el GAFI también trata de identificar vulnerabilidades a nivel nacional para proteger el sistema financiero internacional de usos indebidos.

La Secretaría del GAFI funciona en la sede de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en París; no obstante, el GAFI no forma parte de la OCDE ni de ningún otro organismo internacional. No es una organización internacional permanente ni un cuerpo regido por una Convención internacional de carácter obligatorio. Es un grupo ad hoc.

Como se aprecia, el GAFI no es un órgano de las Naciones Unidas, es un organismo integrado por una pequeña cantidad de países u organizaciones regionales con un peso económico significativo, no es incluyente y su legitimidad democrática ha sido cuestionada en un mundo que debe avanzar hacia la inclusión.

Esta circunstancia influye en que determinados estándares se manifiestan restrictiva y dogmáticamente, sin evaluar en toda su dimensión el impacto de las tradiciones culturales, jurídicas y legislativas y los contextos socioeconómicos y políticos concretos de cada país. Los estándares se expresan en criterios y no en objetivos, lo que propiciaría su mejor adecuación.

Por otra parte, su eficacia se mide, fundamentalmente, en términos de enfrentamiento, en este caso, apostando al efecto de la prevención general como resultado de la detección de hechos delictivos, su condena y castigo, así pretenden caracterizar un sistema eficaz y disuadir a los posibles criminales de cometer este delito<sup>6</sup>, pero no atienden la

---

el desarrollo desigual, poco equitativo y excluyente, lo cual influye en la determinación, interpretación, aplicación y control sobre el cumplimiento de los estándares; no obstante, existe consenso respecto a la mayoría de éstos, pues han generado análisis de riesgos, medidas de control y debida diligencia por los sujetos obligados, cierta estandarización normativa necesaria y la recuperación de activos y capitales ilícitos, además de facilitar la cooperación internacional. Estos aspectos, contenidos en las llamadas “40 Recomendaciones del GAFI”, los analizamos más adelante en este trabajo.

<sup>6</sup> Ver Resultado Inmediato No.7. “Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y de la prolife-

fase de ejecución de las penas, la cual está pautada por las Naciones Unidas y juega un papel importante en la efectividad de las mismas.<sup>7</sup>

En la práctica se ha impuesto el criterio de la necesidad de eficacia en la lucha contra el “blanqueo” de capitales que en el marco del Derecho penal de la globalización supone el relajamiento de los postulados del Derecho “duro” de los estados nacionales, lo que no es una realidad generalizable y depende de la voluntad política de cada Estado<sup>8</sup>.

---

ración. Las Recomendaciones del GAFI. Grupo de Acción Financiera Internacional”. GAFISUD, junio 2012. Visibles en el sitio: <http://www.gafilat.org/blog/noticias>.

<sup>7</sup> Los estándares del GAFI no abarcan el cumplimiento de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas por el 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 Nos. 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977 y, de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad o “Reglas de Tokio”, adoptadas por la Asamblea General de la ONU mediante la Resolución No. 45/110 de 14 de diciembre de 1990, a los efectos de garantizar el cumplimiento adecuado de las penas que se imponen por este delito, lo cual influye decisivamente en su efectividad. En el caso puntual de Cuba, tanto los órganos de prisiones del Ministerio del Interior como las principales organizaciones sociales y de masas de la sociedad civil, atesoran vasta experiencia en el control sobre el cumplimiento de ambas Resoluciones de Naciones Unidas. Estas resoluciones acogieron criterios de prevención especial, a los efectos de procurar la reinserción social de los sancionados (Ver artículo de este autor: “El cumplimiento de las ‘Reglas de Tokio’ y la experiencia de los jueces encargados del control de la ejecución”. Visible en el sitio: <http://www.lex.uh.cu/sites/default/files/02JusticiaDerecho.pdf>

<sup>8</sup> El Derecho penal de los inicios del siglo XXI está matizado por estándares internacionales que realzan su carácter utilitario, no es la primera vez, ya sucedió a finales del siglo XIX con el empuje del positivismo sobre la escuela clásica que parecía haber fracasado en la contención del auge de la delincuencia, entonces se dirigió la mirada al sujeto del crimen, se decía que no había delitos sino delincuentes, ahora, con el crimen global y la influencia de Estados Unidos como principal potencia mundial que sangra por la herida del 11 de septiembre de 2001, se determinan nuevos elementos de tipicidad de los delitos, en ocasiones redundantes o que atañen a riesgos o sistemas jurídico-penales propios de ciertas potencias, pero se imponen a

Sin embargo, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, mediante su Resolución No. 1617 de julio de 2005, instó a los Estados miembros a implementar los estándares internacionales comprendidos en las cuarenta recomendaciones del GAFI para la prevención del blanqueo de capitales y las nueve recomendaciones especiales para la prevención del financiamiento al terrorismo, lo cual constituye un reconocimiento explícito de que se trata del organismo internacional de mayor importancia en la lucha contra el blanqueo de capitales a nivel mundial, encargado de establecer un control de la adecuación de cada Estado a las recomendaciones, señalándoles sus posibles debilidades y compromiso a la adopción de contramedidas dirigidas a los países que no cooperen en la prevención y enfrentamiento a este flagelo<sup>9</sup>.

Por otra parte, la realidad incontestable de que casi 200 países han aceptado los estándares del GAFI y se han integrado a los Grupos regionales tipo GAFI<sup>10</sup>, aunque no pone el punto final a la discusión sobre la cuestionada legitimidad democrática de dicho organismo internacional, al menos “aplaza la partida” e insta a integrarse a sus mecanismos.

---

los demás países mediante mecanismos a veces intrusivos, para reducir su soberanía legislativa y el arbitrio de sus jueces y, obtener sanciones severas con la finalidad de “garantizar la eficacia global en el enfrentamiento a estos delitos”.

<sup>9</sup> ACNUR, 29 de julio de 2005, Nueva York, Resolución 1617 (2005) / aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5244ª sesión. (Artículo en línea). Disponible desde internet en: <[http://www.un.org/depts/dhl/spanish/landmark\\_sc/topical.htm](http://www.un.org/depts/dhl/spanish/landmark_sc/topical.htm)>, [con acceso el 1-10-2010], p.4.

<sup>10</sup> Estos organismos tienen la misión de aglutinar a los países de sus respectivas áreas geográficas para controlarles el cumplimiento de las Recomendaciones del GAFI y asesorarlos en esta materia. Entre ellos se encuentran el Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD) que recientemente incrementó su membresía a 16 países y adopta el nombre de GAFILAT, el Grupo Asia/Pacífico Contra el Lavado de Dinero (APG), el Grupo Caribeño de Acción Financiera (CFATF o GAFIC), el Grupo de África Oriental y del Sur Contra el Lavado de Dinero (ESAAMLG), el Grupo Euroasiático Contra el Lavado de Dinero (EAG), el FATF del Medio Oriente y África del Norte (MENAFATF), el Comité Selecto de Expertos del Consejo de Europa para la Evaluación de las Medidas Contra el Lavado de Dinero (MONEYVAL) y el Grupo Offshore de Supervisores Bancarios (OGBS).

## 2.7. Las “40 Recomendaciones del GAFI”

En abril de 1990, a menos de un año después de su creación, el GAFI emitió un informe que contiene un conjunto de 40 Recomendaciones que proporcionan un amplio plan de acción para prevenir, principalmente, el lavado de activos proveniente del tráfico ilícito de drogas. Se las llamó las “40 Recomendaciones”.

Estas Recomendaciones fueron modificadas en 1996 para reflejar la evolución del lavado de activos y sus técnicas, y para ampliar el espectro de los delitos asociados. En octubre de 2001, luego del atentado a las Torres Gemelas en EEUU, el GAFI expandió su objetivo en contra del financiamiento de actos y organizaciones terroristas y emite “VIII Recomendaciones Especiales” para la prevención del financiamiento del terrorismo<sup>11</sup>. En 2003 las “40 Recomendaciones” fueron revisadas por segunda vez. En 2008 se incorporó la Recomendación Especial IX, vinculada a los estándares contra la financiación del terrorismo.

---

<sup>11</sup> Es la época en que el neoliberalismo comienza a expandir y endurecer el Derecho penal, como señala el Dr. Ramón de la Cruz Ochoa, “el neoliberalismo, por un lado, pide un Estado mínimo en lo económico y reclama un Estado máximo represivo y policíaco en la lucha del Estado contra los delincuentes” (Ver de la Cruz Ochoa, Ramón. “El Derecho Penal de los inicios del siglo XXI en la encrucijada entre las garantías penales y el expansionismo irracional”. Artículo de dicho autor titulado: “La polémica actual en el Derecho Penal”. Ediciones ONBC, La Habana, 2014). Esta reaccionaria y retrógrada posición política e ideológica promovió teorías jurídico-penales que intentaron conciliar sus postulados de un Derecho penal autoritario con los “valores liberales” de un Derecho penal garantista, para ello, autores como Jakobs intentan retomar lo que se denomina el “Derecho Penal del enemigo” frente al “Derecho Penal del ciudadano”, bajo la convicción de que hay ciudadanos que transitan a enemigos y por ende no merecen garantías ni respeto a sus derechos humanos (Ver Jakobs, Günter. “Derecho Penal del enemigo”. Cuadernos Civitas. Civitas Ediciones, 2003, Madrid, España). Es decir, que coexisten dos sistemas jurídico-procesales de enjuiciamiento penal en una misma sociedad y así, al menos en el discurso, siguen manteniendo sus “valores liberales garantistas”, una vieja receta retocada que distingue entre un Derecho penal de la generalidad y un Derecho penal especial para los enemigos, que como recuerda Ramón de la Cruz, fue formulada por Edmund Mezger en el marco del régimen totalitario del naciente fascismo nazi, es decir, la barbarie tras bambalinas.



En febrero de 2012, las “40 Recomendaciones” y las “IX Recomendaciones Especiales” fueron unificadas en un sólo texto, abarcando el lavado de activos, la financiación del terrorismo, así como la financiación de la proliferación de armas de destrucción masiva (Ver anexo único de este artículo)<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Las “40 Recomendaciones del GAFI” procuran estandarizar en todos los países, las bases legales, procedimientos, mecanismos, coordinaciones y efectividad, de manera integral, de sus sistemas anti-lavado de activos y contra el financiamiento al terrorismo, potenciando: 1) los análisis y estrategias nacionales de riesgos; 2) la cooperación internacional; 3) la tipificación de estas conductas en base a elementos predeterminados en los estándares; 4) la recuperación de activos de procedencia ilícita; 5) adecuación de las leyes sobre el secreto bancario; 6) la debida diligencia con los clientes por parte de las instituciones financieras y las actividades y profesiones no financieras designadas (abogados, notarios, otros profesionales jurídicos, contadores independientes, casinos, agentes inmobiliarios, comerciantes de metales y piedras preciosas cuando realizan transacciones de compraventa que sobrepasan determinado umbral, administración de dinero o cuentas bancarias, ahorros o valores, organización de contribuciones, creación, operación o administración de empresas y, proveedores de servicios fiduciarios y societarios cuando realizan transacciones como agentes de creación de personas jurídicas, director o apoderado de compañía, socio o posición similar, provisión de un domicilio registrado, postal, comercial o administrativo o espacio físico para una compañía o sociedad o cualquier otra persona jurídica) que consiste en identificar a los clientes y beneficiarios finales de los negocios o transacciones, así como la licitud del origen de los fondos, lo que tributa a la prevención y en Cuba se practica por las instituciones financieras desde hace más de 15 años por normativas internas del Sistema Bancario Nacional, aunque a partir del 7 de diciembre de 2013 se elevó el rango de su regulación al establecerse en el Capítulo III del Decreto Ley No. 317 que ha sido complementado con las correspondientes disposiciones normativas del Banco Central de Cuba y de los órganos y organismos que actúan como reguladores de los sujetos obligados del mentado Decreto Ley; 7) la obligación de los sujetos antes mencionados de reportar operaciones sospechosas de estos delitos a la Unidad de Inteligencia Financiera que debe habilitar cada país para estos fines, lo que tributa a la detección de casos y en Cuba se realizan por las instituciones financieras desde 2009, aunque de acuerdo a lo establecido en el Capítulo I del antes mentado Decreto Ley No. 317 esta obligación se amplió a otras actividades o profesiones no financieras designadas, las que igualmente deben reportar estas operaciones a la Dirección General de Investigación de Operaciones

Esta unificación no sólo significó un cambio de forma sino, en algunos casos, también de contenido. Así, por ejemplo, es de destacar que el Enfoque Basado en el Riesgo, antes distribuido en varias Recomendaciones, se concentró en una sola, la No. 1, que se aplica transversalmente con requerimientos más claros y específicos para los países.

El objetivo es que los regímenes anti-lavado de activos y contra el financiamiento al terrorismo se adapten a los contextos específicos con respuestas acordes a la evolución de los riesgos, para lo cual deberán emprender el desarrollo de una evaluación de estos riesgos a escala nacional, y en función de ello, procurar una asignación más eficiente y una implementación más efectiva de los recursos.

Otra novedad es la incorporación del delito fiscal como ilícito precedente del lavado de activos. Asimismo, se incorporó el deber de los países de considerar la adopción de medidas que permitan que el producto o los instrumentos del delito sean decomisados sin que se requiera de una condena penal -decomiso sin condena<sup>13</sup>.

---

Financieras del Banco Central de Cuba, creada mediante el propio Decreto Ley como centro nacional para recepcionar y analizar los Reportes de Operaciones Sospechosas y diseminar a las autoridades competentes los que constituyen posibles delitos de lavado de activos, sus delitos determinantes y financiamiento al terrorismo (artículos 5 y 6), cuyas funciones y estructura se instituyeron en el Decreto No. 322 de 30 de diciembre de 2013; y 8) la supervisión de dichos sujetos; entre otras.

<sup>13</sup> El comiso o la confiscación de bienes guardan estrecha relación con el enfrentamiento al lavado de activos, la Recomendación No. 4 del GAFI los regula conjuntamente con las medidas provisionales de congelación e incautación y establece que los países deben adoptar medidas similares a las establecidas en la Convención de Viena, la Convención de Palermo y el Convenio sobre la financiación del terrorismo, incluidas medidas legislativas, que permitan a sus autoridades competentes congelar o decomisar y confiscar, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe: (a) los bienes blanqueados, (b) los productos derivados o los instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en el blanqueo de capitales o en el delito previo, (c) los bienes que sean producto de o utilizados en, dirigidos o destinados para su uso en la financiación del terrorismo, actos terroristas u organizaciones terroristas y (d) bienes de valor equivalente.

Esas medidas deben incluir la facultad para: (a) identificar, localizar y evaluar los bienes que estén sujetos a comiso, (b) llevar a cabo las medidas provisionales, tales como el congelamiento y el embargo, para impedir

Las “nuevas” recomendaciones también hacen mención a que debe impedirse el abuso de estructuras jurídicas y que las autoridades competentes deben tener acceso oportuno a la información de dueño beneficiario de personas jurídicas y fideicomisos.

Las Recomendaciones se subdividen en apartados e incisos y sobre las mismas el GAFI ha emitido Notas Interpretativas (que se subdividen igual), las que intentan dar claridad, especificidad y flexibilidad sobre los pasos prácticos que deben tomar los países, por lo que el eslogan de las “40 Recomendaciones” es más simbólico que real.

## **2.8. Recomendación No. 3 “Delito de lavado de activos”**

La Recomendación No. 3 se refiere específicamente al blanqueo de capitales, establece que los países deben tipificar como delito los hechos de blanqueo de dinero sobre la base de la Convención de Viena y la Convención de Palermo y, que deben prescribir todos los delitos graves como delitos determinantes del lavado de activos, con el fin de incluir la más amplia gama de delitos.

La Nota Interpretativa de esta Recomendación precisa que los países deben tener en cuenta para la regulación del delito de lavado de activos los elementos de tipicidad siguientes:

*1. Los países deben tipificar el lavado de activos con base en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, 1988 (Convención de Viena) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada, 2000 (Convención de Palermo).*

Ambas convenciones presentan una serie de elementos comunes para la determinación del estándar normativo del delito de lavado de activos, dando así el marco legal, a saber: 1) identificación del alcance

---

cualquier comercialización, transferencia o enajenación de esos bienes; (c) tomar medidas que impidan o eviten actos que perjudiquen la capacidad del país para congelar o confiscar o recuperar los bienes que estén sujetos a comiso y (d) tomar las medidas de investigación pertinentes.

Los países deben considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados sin necesidad de condena penal (comiso no basado en una condena) o requieran a un delincuente para que demuestre el origen lícito de los activos eventualmente sujetos a comiso, en la medida en que tal requisito sea consistente con los principios de su Derecho interno.

de las acciones típicas del lavado de activos; 2) determinación de la naturaleza del objeto a lavar; y 3) precisión del contenido del aspecto subjetivo de la conducta de lavado de dinero.

En esta misma dirección, se proyecta en su Artículo 23 la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 31 de octubre de 2003 (Convención de Mérida).

Respecto al alcance de las acciones típicas, estas convenciones definen al lavado de dinero como un delito de resultado y presentan una serie de acciones típicas semejantes. Por un lado, se refieren a la *conversión* o *transferencia*. Convertir significa mutar o volver una cosa en otra, lo que implica que las maniobras tendrán por resultado una cosa distinta. Transferir es mover una cosa de un lugar a otro. Este supuesto contempla el caso del movimiento de dinero por remisión electrónica a través de las fronteras nacionales.

Asimismo, ambos instrumentos se refieren a otros dos pares de acciones básicas como *ocultamiento* o *encubrimiento* y *ocultamiento* y *disimulación*. Ocultar implica esconder algo de la vista. Encubrir significa impedir que llegue a saberse algo. Disimular es disfrazar algo para que parezca distinto de lo que es. Todas éstas son conductas destinadas a evitar que terceros conozcan la naturaleza (su calidad esencial), origen (su fuente), ubicación (el lugar donde se localiza), destino (el lugar a donde se han desplazado), movimiento (el cambio de posición), propiedad (el derecho de dominio) de los bienes o el legítimo derecho sobre ellos (cualquier otro derecho que permita su disposición).

Las Notas interpretativas extienden el ocultamiento y la disimulación, no sólo a los bienes, sino también a otras circunstancias que obstruyan el descubrimiento de su origen. Ello supone, como en el delito de encubrimiento, obstaculizar el normal funcionamiento de los órganos de investigación penal.

*2. Los países deben aplicar el delito de lavado de activos a todos los delitos graves, con la finalidad de incluir la gama más amplia de delitos determinantes. Los delitos determinantes se pueden describir mediante referencia a todos los delitos o a un umbral ligado ya sea a una categoría de delitos graves o a la sanción de privación de libertad aplicable al delito determinante (enfoque de umbral) o a una lista de delitos determinantes o a una combinación de estos enfoques.*<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Como se aprecia, el GAFI ha sintetizado tres modelos a seguir por los países para tipificar este delito, los que pueden ser combinados, a saber: 1) un

En lo referido al número de delitos precedentes, las Convenciones de Viena, Palermo y Mérida ofrecen un tratamiento diferente de este elemento de tipicidad del lavado de activos.

La Convención de Viena establece que los bienes a convertir o transferir deben proceder de alguno o algunos de los delitos tipificados en el artículo 3.a) o de un acto de participación en tal delito o delitos. En el aludido inciso a), se refieren a una serie de acciones típicas del tráfico de drogas: producción, fabricación, extracción, preparación, oferta para la venta, distribución, venta, entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, envío, envío en tránsito, transporte, la importación o exportación de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica. De esta manera, en la Convención de Viena se estableció un número cerrado de delitos precedentes (*numerus clausus*).

En la Convención de Palermo -a diferencia de su predecesora- ya no se establece como único delito determinante el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; por el contrario, en el artículo 6.2 se insta a la ampliación de los delitos previos conforme a una serie de "reglas". En el artículo 6. 2.a) se establece que los Estados partes deberán considerar para el lavado de dinero la gama más amplia posible de delitos precedentes. Esto rompe el sistema de clausura (delito de tráfico ilícito de drogas) y establece un sistema abierto (*numerus aperto*): todos los delitos pueden ser considerados delitos precedentes del lavado de dinero.

Además, el inc. 2. b) del propio artículo, establece un umbral mínimo que los Estados partes deberán considerar: "*delitos graves*", aquellos sancionados con pena privativa de la libertad máxima de al menos cuatro años y considera también "*delitos graves*" a los delitos tipificados en los artículos 5 (participación en un grupo delictivo organizado transnacional), 8 (penalización de la corrupción) y 23 (penalización de la obstrucción de justicia) de la propia Convención.

---

modelo en el que todos los delitos pueden ser precedentes del lavado de activos, 2) un modelo de umbral por el que son precedentes del delito de lavado de activos aquellos cuya sanción rebasa determinado marco, generalmente 4 años de privación de libertad en base a lo previsto en la Convención de Palermo y 3) un modelo de lista en el que se relacionan los delitos precedentes, este último es el que acoge el Código Penal cubano- Ley No. 62 de 29 de diciembre de 1987.

Esta Convención recomienda para el supuesto en que las jurisdicciones adopten como criterio que el delito de lavado de activos tenga sólo ciertos delitos determinantes, que estas incluyan como mínimo una amplia gama de ilícitos penales relacionados con grupos delictivos organizados (artículo 6.2.b).

Se aclara en las Notas Interpretativas de la Convención de Palermo que “el sentido de las palabras ‘relacionados con grupos delictivos organizados’ tiene por objeto indicar actividades ilícitas como las que suelen realizar los grupos delictivos organizados” (Nota al artículo 6. 12).

Finalmente, en el cuarto párrafo se señala que: “Cualquiera sea el criterio que se adopte, cada país debería incluir por lo menos una serie de delitos dentro de cada una de las categorías establecidas de delitos.”

Estas categorías de delitos se encuentran mencionadas en el Glosario de las 40 Recomendaciones del GAFI y son los siguientes:

1. Participación en un grupo delictivo organizado y asociaciones extorsivas;
2. Terrorismo, incluyendo el financiamiento del terrorismo;
3. Tráfico de seres humanos y tráfico ilícito de inmigrantes;
4. Explotación sexual, incluyendo la explotación sexual de niños;
5. Tráfico ilegal de estupefacientes y sustancias psicotrópicas;
6. Tráfico ilegal de armas;
7. Tráfico de mercancías robadas y otros bienes;
8. Corrupción y soborno;
9. Fraude;
10. Falsificación de dinero;
11. Falsificación y piratería de productos;
12. Delitos ambientales;
13. Homicidio, lesiones corporales graves;
14. Secuestro, privación ilegítima de la libertad y toma de rehenes;
15. Robo o hurto;
16. Contrabando;
17. Extorsión;
18. Falsificación;
19. Piratería;
20. Uso indebido de información confidencial o privilegiada y manipulación del mercado.
21. Evasión fiscal

3. Cuando los países apliquen un enfoque de umbral, los delitos determinantes deben, como mínimo, comprender todos los delitos que están dentro de la categoría de delitos graves bajo sus leyes nacionales, o deben incluir delitos que son sancionables con una pena máxima de más de un año de privación de libertad, o, para los países que tienen un umbral mínimo para los delitos en sus respectivos sistemas jurídicos, los delitos determinantes deben comprender todos los delitos que son sancionables con una pena mínima de más de seis meses de privación de libertad.

Es evidente que el GAFI encuentra en este elemento del estándar una cuestión delicada, ya que después de haber remitido a las convenciones en su primer párrafo, vuelve al asunto y va más allá de lo establecido en las mismas; no obstante, ya resulta intrascendente al existir un modelo que incluye a todos los delitos como determinantes del lavado de activos.

4. Cualquiera que sea el enfoque que se adopte, cada país debe, como mínimo, incluir una gama de delitos dentro de cada una de las categorías establecidas de delitos. El delito de lavado de activos debe extenderse a todo tipo de propiedad, independientemente de su valor, que represente, directa o indirectamente, los activos del crimen. Al probar que esos bienes son activos del crimen, no debe ser necesario que una persona sea condenada por un delito determinante.

Con relación a la naturaleza del objeto sobre el que recae el delito, las Convenciones de Viena y Palermo se refieren por igual a bienes como “activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos” -artículo 1.q) de la Convención de Viena y artículo 2.d) de la Convención de Palermo-.

Se entiende que dentro del producto a lavar se incluye a los bienes que resultan directamente del delito o los bienes derivados, como lo señalan los artículos 1.p) y 2. e) de estas convenciones, respectivamente. Debe tenerse en cuenta que las convenciones requieren que estos bienes provengan, sean producto de actividades delictivas. Respecto a los bienes susceptibles de ser lavados, el estándar establece que es suficiente que el origen delictivo de los mismos esté probado, sin explicitar el nivel de prueba requerido, excluyendo la exigencia de que exista una condena sobre el autor del delito previo.

5. *Los delitos predicados<sup>15</sup> para el lavado de activos deben extenderse a la conducta que ocurrió en otro país, que constituye un delito en ese país y que hubiera constituido un delito determinante de haber tenido lugar internamente. Los países pueden disponer que el único prerrequisito sea que la conducta hubiera constituido un delito determinante, de haber tenido lugar internamente.*

A través de este elemento del estándar, el GAFI quiere asegurar la criminalización del lavado de dinero cuando el delito que origina el dinero ilícito tiene lugar en otra jurisdicción. De este modo, se procura garantizar que la complejidad que se produce por el carácter transnacional que está asociado a este tipo de acciones criminales no quede abortada por la circunstancia de la extraterritorialidad de la acción previa.

Este estándar establece la garantía de la doble incriminación de los delitos precedentes. Sin embargo, deja abierta la posibilidad de que los países puedan criminalizar por lavado de dinero cuando el bien tiene su origen en una acción que no constituye un delito en el extranjero, pero sí en el propio, constituyendo un delito precedente.

6. *Los países pueden disponer que el delito de lavado de activos no se aplica a las personas que cometieron el delito determinante, cuando así lo requieran los principios fundamentales de sus leyes internas.*

En este elemento del estándar se trata de aquello que la doctrina ha dado en llamar el auto-lavado (*selflaundering*), donde el itinerario criminal de un autor (*itercriminis*) comienza con un delito que origina un bien susceptible de ser “lavado” y continua con la propia tarea de “lavado” del bien así obtenido. Partiendo de la consideración de que el delito de lavado de activos ha nacido “emparentado” con el de encubrimiento, el estándar considera las restricciones de la garantía del *non bis in idem*, que impiden la doble incriminación de un autor por un mismo hecho.

En la redacción de este párrafo el elemento del estándar parece guardar más relación con la garantía procesal antes señalada que con la incriminación del auto-lavado, pero en la Nota Interpretativa queda claro que el mismo se orienta a fomentar esto último, a menos que exista un impedimento legal de importancia en las legislaciones nacionales.

---

<sup>15</sup> Término equivalente al de delito determinante, precedente o subyacente.



7. *Los países deben asegurar que:*

(a) *La intención y el conocimiento requerido para probar el delito de lavado de activos se puedan inferir a partir de circunstancias objetivas de hecho.*

Este acápite de la Nota Interpretativa inevitablemente pasa por los principios de libre apreciación de las pruebas y de sana crítica, pero se concreta en lo tocante al elemento subjetivo del delito de lavado de activos, pues la Convención de Viena exige que las acciones “se cometan intencionalmente” (artículo 3.1), demandando que el conocimiento, la intención o la finalidad se infieran de las circunstancias objetivas del caso” –artículos 3.3 de la propia Convención y, 5.2 y 6.2.f) de la Convención de Palermo-.

Esto significa que el lavado de activos es un delito doloso. Se ha discutido el contenido de este elemento subjetivo, en el sentido de saber si el mismo exige dolo directo o dolo eventual, toda vez que la expresión “*a sabiendas*”, presente en ambos instrumentos jurídicos parece inclinar la balanza hacia el dolo directo; sin embargo, el conocimiento y la voluntad que caracterizan al dolo, también se sintetizan en el dolo eventual.

(b) *Debe aplicarse a las personas naturales condenadas por lavado de activos sanciones penales eficaces, proporcionales y disuasivas.*

(c) *Debe aplicarse a las personas jurídicas responsabilidad penal y sanciones penales, y, cuando ello no sea posible (debido a los principios fundamentales de derecho interno), debe aplicarse la responsabilidad y sanciones civiles o administrativas. Estas medidas no deben ir en perjuicio de la responsabilidad penal de las personas naturales. Todas las sanciones deben ser eficaces, proporcionales y disuasivas.*

(d) *Deben existir delitos auxiliares al delito de lavado de activos, incluyendo la participación en, asociación con o conspiración para cometer, intentar, ayudar y cooperar, facilitar y asesorar la comisión del delito, a menos que esto no esté permitido por los principios fundamentales de derecho interno.*

Esta práctica legislativa de incorporar al tipo aspectos relacionados con la participación del autor en el delito y el grado de consumación del mismo, generalmente no se utiliza en los códigos que siguen la tradición legislativa de regular las instituciones del Derecho Penal General en un libro aparte y primero del que se ocupa de los delitos en

especie<sup>16</sup>, lo cual es más racional y responde a una práctica codificada-ra más depurada, a tono con el principio de economía legislativa, pero los estándares han sido pensados en idioma inglés y sus principales fuentes de Derecho están en el Derecho anglosajón.

### **3. Regulación del delito de lavado de activos en el Código Penal cubano**

#### **3.1. Análisis exegético de la formulación original del delito de lavado de dinero en el Código Penal cubano, en relación con los estándares internacionales**

El delito de lavado de dinero fue adicionado al Código Penal cubano por el artículo 21 de la Ley No. 87 de 16 de febrero de 1999, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 1 de 15 de marzo del propio año. Su formulación fue la siguiente:

*“Artículo 346. 1.- El que adquiera, convierta o transfiera recursos, bienes o derechos a ellos relativos, o intenterealizar estas operaciones, con conocimiento o debiendo conocer, o suponer racionalmente por la ocasión o circunstancias de la operación, que proceden directa o indirectamente de actos relacionados con el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, o de personas, o relacionados con el crimen organizado, incurre en sanción de privación de libertad de cinco a doce años.*

*2. En igual sanción incurre el que encubra o impida la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o propiedad verdadera de recursos, bienes o derechos a ellos relativos, a sabiendas, debiendo conocer o suponer racionalmente, por la ocasión o circunstancia de la operación, que procedían de los delitos referidos en el apartado anterior.*

---

<sup>16</sup> Este es el caso del Código Penal cubano que resuelve estos particulares vinculados a la adecuación de la responsabilidad penal en el Libro Primero “Parte General”. Por ejemplo, en su artículo 18 sobre “la participación”, el Código acoge un concepto extensivo de autor y prevé además varias formas de complicidad y, en su artículo 12 sobre “el delito consumado, la tentativa y los actos preparatorios”, establece lo fundamental respecto a la perfección del delito.

3. Si los hechos referidos en los apartados que anteceden se cometen por ignorancia inexcusable, la sanción será de dos a cinco años de privación de libertad.

4. Los delitos previstos en este artículo se sancionan con independencia de los cometidos en ocasión de ellos.

5. A los declarados responsables de los delitos previstos en los apartados anteriores se les impone, además, la sanción accesoria de confiscación de bienes.”

Como se aprecia, este delito ve la luz en la legislación penal cubana escasos meses antes de que fuera adoptada la Convención de Palermo de 2000 que entró en vigor en 2003 y varios años antes de la Convención de Mérida de 2003, lo cual condicionó que como referente en la ONU solo tuvo la Convención de Viena de 1988<sup>17</sup>; no obstante, como antes explicamos, existen una serie de elementos comunes entre dichas convenciones que en este caso propiciaron que no hubiera un desfase en lo relativo a la identificación del alcance de las acciones típicas del lavado de activos, a la determinación de la naturaleza del objeto a “lavar” y a la precisión del contenido del aspecto subjetivo de la conducta típica.

### 3.1. a. Resultado y verbos rectores

Se configura como un delito de resultado y los verbos rectores: *adquirir, convertir, transferir, encubrir e impedir* (éste último respecto a la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o propiedad verdadera de recursos, bienes o derechos a ellos relativos) están a tono con los postulados de las mentadas convenciones<sup>18</sup>.

### 3.1. b. Sujeto activo y objeto del delito

El sujeto activo del delito de lavado de activos puede ser cualquier persona natural o jurídica<sup>19</sup>. En cuanto a la determinación de la natu-

<sup>17</sup> Cuba es firmante de estas tres convenciones, el 7/4/1989 firmó la de Viena, el 13/12/2012 la de Palermo y el 9/2/2005 la de Mérida e igualmente ratificó las tres, el 12/6/1996 la de Viena y el 9/2/2007 las de Palermo y Mérida.

<sup>18</sup> Artículos 3.1.b.i y ii) de la Convención de Viena; 6.1.a.i y ii y b. i) de la Convención de Palermo y 23.1.a.i y ii y b. i) de la Convención de Mérida.

<sup>19</sup> La responsabilidad penal de las personas jurídicas se introduce en la legislación penal cubana con la promulgación del Decreto Ley No. 175 de 17 de junio de 1997, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 6

raleza del objeto a “lavar” (*recursos, bienes o derechos a ellos relativos o propiedad verdadera de estos*), esta formulación cubriría, al menos esencialmente, con las exigencias de las Convenciones de Viena y Palermo<sup>20</sup> respecto a que el objeto del delito recaiga sobre *bienes* como “*activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos*” y que resulten directamente o derivados del delito.

### 3.1. c. Elemento subjetivo

Sobre el contenido del aspecto subjetivo de la conducta típica, en la figura básica de los apartados 1 y 2 se requiere, sin dudas, el dolo típico, directo y eventual exigido por dichas convenciones<sup>21</sup> para que se integre este delito, al exigir la norma al sujeto activo del crimen el conocimiento o deber de conocer, o suponer racionalmente por la ocasión o circunstancias de la operación, la procedencia directa o indirecta (del objeto del delito) de actos relacionados con los delitos determinantes. Respecto a la voluntad, que es el otro elemento del dolo, está presente porque el que sabe o debe saber la procedencia ilícita de los bienes o derechos que adquiere, convierte, transfiere, etc, para hacerlos pasar por lícitos<sup>22</sup>, quiere el resultado del delito o lo asume.

Sin embargo, con la figura atenuada del apartado 3, que se integra con la *ignorancia inexcusable*, el legislador cubano fue más allá de los postulados de las Convenciones de Viena, Palermo y Mérida, porque

---

de 26 de junio del propio año. Dicho Decreto Ley modificó, entre otros, los artículos 16 y 28 del Código Penal, en los que se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas y las sanciones principales y accesorias que les son aplicables.

<sup>20</sup> Artículos 3.1.b. ii) de la Convención de Viena y 6.1.a. ii) de la Convención de Palermo.

<sup>21</sup> Artículos 3.1.b. ii) y c. i) de la Convención de Viena; 6.1.a.i y ii) de la Convención de Palermo y 23.1.a.i) de la Convención de Mérida.

<sup>22</sup> Obviamente este elemento (el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito del objeto del delito) no forma parte del tipo objetivo del delito de lavado de dinero en su formulación original en el Código Penal; sin embargo, debe inferirse porque es la esencia misma de este ilícito penal y la que lo diferencia de otros como el de receptación. Dicho particular fue resuelto con las modificaciones de este delito introducidas por el Decreto Ley No. 316 de 7 de diciembre de 2013.

en nuestra opinión se trata una modalidad culposa que se integra con la imprudencia consciente, toda vez que a título de *ignorancia* aun siendo *inexcusable*, no se puede afirmar la conciencia y la voluntad para cometer el tipo objetivo de este delito, elementos necesarios, ambos inclusive, para que se complete el dolo. Tal incongruencia solo se explica por razones de política criminal.

### **3.1. d. Adelantamiento en la consumación del tipo**

Otro aspecto a resaltar en esta formulación del delito de lavado de dinero es el adelantamiento de la figura consumada en el tipo, al describirse en la acción típica la intención de realizar estas operaciones, lo cual está en sintonía con las demandas del artículo 3.3 de la Convención de Viena.

### **3.1. e. Delitos determinantes**

En lo tocante a la gama de delitos determinantes del lavado de dinero en esta formulación original de la Ley No. 87, es trascendente el hecho ya mencionado de que en el contexto en que se promulgó esta Ley, solo tuvo la Convención de Viena como patrón en la ONU<sup>23</sup>, la que estableció un número cerrado de delitos determinantes, por lo que solo contempló cuatro delitos o conductas precedentes del lavado de activos (“...*el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, o de personas, o relacionados con el crimen organizado...*”).

Esta circunstancia resultó ser la principal limitación de la formulación original del lavado de dinero en el Código Penal cubano, aun cuando el legislador nacional ingenió incluir el crimen organizado dentro de sus conductas precedentes sin que estuviera tipificada como un delito, pero no fue suficiente; al adoptarse las Convenciones de Palermo y Mérida y actualizarse las Recomendaciones del GAFI, el estándar exigía como mínimo 20 figuras delictivas determinadas que debían estar contempladas como precedentes del delito de lavado de activos.

### **3.1. f. Eficacia de la Ley penal en el espacio respecto a los delitos determinantes del lavado de activos**

Es preciso comentar una cuestión advertida en el delito de lavado de activos en relación al criterio No. 5 antes comentado de la Nota Interpretativa de la Recomendación No. 3 del GAFI, y es que no prevé específicamente el supuesto de que el delito precedente se dé en el extranjero, pero ello encuentra solución en la Parte General del Código

---

<sup>23</sup> Artículo 3.1.b.i de la Convención de Viena.

Penal, concretamente en lo establecido en sus artículos 4 y 5, sobre la eficacia de la Ley penal cubana en el espacio<sup>24</sup>, aun cuando en este delito en particular, por su complejidad, pudiera llevarse al ámbito de la tipicidad.

### **3.2. Modificaciones introducidas al Código Penal por el Decreto Ley No. 316 de 7 de diciembre de 2013, respecto al delito de lavado de activos. Análisis exegético en relación con los estándares internacionales**

A raíz del cumplimiento de un Plan de Acción comprometido por el Gobierno de la República de Cuba con el GAFI<sup>25</sup>, se promulgó el Decreto Ley No. 316 de 7 de diciembre de 2013 “Modificativo del Código Penal y de la Ley Contra Actos de Terrorismo”<sup>26</sup>, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 44 de 19 de diciembre de 2013, el que cambió la denominación del delito de Lavado de Dinero por la de Lavado de Activos, reformulándolo de la manera siguiente:

*“ARTÍCULO 3.- Del Código Penal, se modifica la denominación del Capítulo II “Lavado de Dinero” del Título XIV “Delitos contra la Hacienda Pública”, por la de “Lavado de Activos”; se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 346; se le adiciona al propio artículo un apartado que sustituye al apartado 3; los apartados 3, 4 y 5 pasan a ser, con igual redacción, los números 4, 5 y 6, quedando redactados de la forma siguiente:*

*‘Artículo 346.1. El que adquiera, convierta, transfiera, utilice o tenga en su poder recursos, fondos, bienes, derechos, acciones u otras formas de participación a ellos relativos, o intente realizar estas ope-*

---

<sup>24</sup> El artículo 5.3 del Código Penal acoge el principio de doble incriminación.

<sup>25</sup> Este Plan de Acción comprendía medidas para resolver algunas deficiencias estratégicas; entre dichas medidas estaba también la incorporación de Cuba a un Grupo regional “tipo GAFI”, lo que se materializó el 13 de diciembre de 2012, en la ciudad de Buenos Aires, Argentina, con la entrada de Cuba a GAFISUD, hoy GAFILAT. Fuentes: <http://www.granma.cu/cuba/2014-10-24/gafi-demuestra-confianza-internacional-en-el-sistema-financiero-cubano>. <http://www.gafilat.org/blog/noticias/130614095654/Ingreso-de-Cuba-como-miembro-de-GAFISUD-y-retirada-de-Cuba-del-documento-p%C3%BAblico-del-GAFI.htm>.

<sup>26</sup> Ley No. 93 de 20 de diciembre de 2001.

*raciones, con el propósito de ocultar o disimular su origen ilícito, o con conocimiento o debiendo conocer, o suponer racionalmente por la ocasión o circunstancias de la operación, que proceden directa o indirectamente de actos relacionados con el crimen organizado, la delincuencia transnacional, el tráfico de artículos robados, o con los delitos de tráfico ilícito de drogas, fabricación, tráfico ilícito de armas, sus piezas o componentes, tráfico o trata de personas, venta y tráfico de menores, extorsión, terrorismo, financiamiento al terrorismo, proxenetismo, corrupción de menores, cohecho, exacción ilegal y negociaciones ilícitas, tráfico de influencias, estafa, falsificación de moneda, tráfico ilegal de monedas, divisas, metales piedras preciosas, contrabando, transmisión, tenencia ilegal de bienes del patrimonio cultural y falsificación de obras de arte, sacrificio ilegal de ganado mayor, falsificación de documentos públicos, falsificación de documentos bancarios y de comercio, evasión fiscal, insolvencia punible, enriquecimiento ilícito, malversación, apropiación indebida, actos en perjuicio de la actividad económica o de la contratación, lesiones graves, homicidio, asesinato, privación ilegal de libertad, toma de rehenes, robo con fuerza en las cosas, robo con violencia o intimidación en las personas y hurto, incurre en sanción de privación de libertad de cinco a doce años.*

*2. En igual sanción incurre el que encubra, oculte o impida la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o propiedad verdadera de recursos, fondos, bienes o derechos a ellos relativos, a sabiendas, o debiendo conocer o suponer racionalmente, por la ocasión o circunstancia de la operación, que procedían de los actos referidos en el apartado anterior.*

*3. El que cometa los delitos previstos en los apartados anteriores, formando parte de un grupo organizado, o cuando estos constituyan actos asociados a la corrupción o que dañen la flora o la fauna especialmente protegida, incurre en sanción de privación de libertad de siete a quince años.*

*4. Si los hechos referidos en los apartados que anteceden se cometen por ignorancia inexcusable, la sanción será de dos a cinco años de privación de libertad.*

*5. Los delitos previstos en este artículo se sancionan con independencia de los cometidos en ocasión de ellos.*

*6. A los declarados responsables de los delitos previstos en los apartados anteriores se les impone, además, la sanción accesoria de confiscación de bienes.'"*

### **3.2. a. Denominación del delito**

Como se distingue, la primera modificación importante introducida por el Decreto Ley No. 316 de 2013, consiste en el cambio de denominación del delito de “lavado de dinero” por la de “lavado de activos”, lo cual no responde a una cuestión lingüística, sino a que el término “activos” tiene una significación conceptual más amplia y no solo incluye al dinero, pues contempla además los bienes tangibles o intangibles que posee una empresa o persona natural<sup>27</sup>. De este modo, en su propia denominación, este delito no solo se integra cuando se “lava” dinero sino cuando se “lava” cualquier tipo de bien, tangible o intangible.

### **3.2. b. Bienes jurídicos protegidos y mágnium de las sanciones**

El lavado de activos es un delito pluriofensivo ya que aun cuando se encuentra dentro del Título XIV “Delitos contra la Hacienda Pública”<sup>28</sup> afecta diferentes bienes jurídicos<sup>29</sup>, a saber: la hacienda pública, la administración de justicia, la seguridad del Estado, la salud pública, el medio ambiente, el orden socioeconómico, los derechos patrimoniales, el normal desarrollo de las relaciones sexuales, la familia, la infancia, la juventud, la fe pública, la vida e integridad física de las personas, el normal tráfico migratorio, la economía nacional y el patrimonio cultural. Respecto a las penas previstas, oscilan entre dos y quince años de privación de libertad<sup>30</sup>, lo cual ofrece un amplio margen para su

---

<sup>27</sup> Disponible en internet en el sitio: <http://www.es.wikipedia.org/wiki/>

<sup>28</sup> Ese Título fue adicionado al Código Penal por el artículo 4 del Decreto Ley No. 150 de 6 de junio de 1994.

<sup>29</sup> Visto el bien jurídico como “interés vital para el desarrollo de los individuos en una sociedad”. Kierszenbaum, Mariano “El bien jurídico en el Derecho Penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual”. Lecciones y ensayos No. 86, 2000, p 190. Visible en el sitio: <http://www.derecho.uba.org/publicaciones/lye/.../07-ensayo-Kierszenbaum.pdf>. Con la modificación introducida por el Decreto Ley No. 316 se incrementan notablemente los delitos determinantes del de lavado de activos (aspecto que trataremos más adelante) y por ende amplía la esfera de protección de bienes jurídicos.

<sup>30</sup> Sanción máxima establecida para este delito en una figura agravada (nueva) prevista en su apartado 3.



adecuación judicial y posibilita que estas sean eficaces, proporcionales y disuasivas, como exige el artículo 3.4.a) de la Convención de Viena y la Recomendación No. 3 del GAFI.

### **3.2. c. Nuevos verbos rectores y objeto del delito**

El Decreto Ley No. 316, en lo relativo a los verbos rectores, añadió los siguientes: *utilizar* y *tener* en el apartado 1, de conformidad con lo establecido en los artículos 3.1.c.i) de la Convención de Viena; 6.1.b.i) de la Convención de Palermo y 23.1.b.i) de la Convención de Mérida y, *ocultar* en el apartado 2, según lo previsto en los artículos 3.1.b.ii) de la Convención de Viena; 6.1.a.ii) de la Convención de Palermo y 23.1.a.i y ii) de la Convención de Mérida. Referente al objeto del delito<sup>31</sup>, agregó: *fondos y acciones u otras formas de participación a ellos relativos*, con lo cual se enfatiza y amplía el mismo.

### **3.2. d. Nuevo elemento del dolo**

En lo tocante al dolo, también es acentuado en la figura básica al exigir *el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito* del objeto del delito. Este elemento que no formaba parte del tipo objetivo en la formulación original del Código Penal era necesario, pues constituye la esencia de este ilícito penal y la que lo diferencia de otros como el de receptación.

### **3.2. e. Modificaciones en los delitos determinantes**

Donde más impactó la modificación introducida por este Decreto Ley al delito de lavado de activos, fue en lo concerniente a los delitos determinantes que era su principal limitación de cara a los estándares internacionales. En este sentido, se añadieron 32 figuras delictivas y dos conductas no tipificadas como tal, todas como precedentes del delito de lavado de activos. De modo que, en la actualidad este ilícito penal cuenta con 35 tipos delictivos y 3 conductas no tipificadas como delitos que igual son precedentes del lavado de activos.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> Visto el objeto del delito como “persona o cosa sobre la que recae la ejecución del delito”. López Betancourt, Eduardo. “Los objetos del delito”. Visible en el sitio: [http://www.academia.edu/4895726/DELITOS\\_EN\\_PAR-TICULAR](http://www.academia.edu/4895726/DELITOS_EN_PAR-TICULAR).

<sup>32</sup> Para futuras modificaciones legislativas de este delito, debe valorarse la conveniencia de combinar el modelo de lista con el de umbral, para lo cual habrá que tener en cuenta que aun cuando la Convención de Palermo define como delito grave aquel cuya sanción rebase los 4 años de privación

Aunque esta formulación del lavado de activos abarca una amplia gama de delitos determinantes, todavía no contempla todos los exigidos en los estándares del GAFI, pues persisten cinco sin incorporar, a saber: 1) Falsificación y piratería de productos, 2) Delitos ambientales, 3) Piratería, 4) Secuestro y 5) Uso indebido de información confidencial o privilegiada y manipulación del mercado<sup>33</sup>.

La razón fundamental es que ninguno de estos delitos se encuentra tipificado como tal en la legislación penal cubana, entonces la modificación legislativa debería ir más allá del delito de lavado de activos y tipificar los faltantes, lo cual tiene un mayor impacto social y en la política criminal del país o, cuando menos, contemplarlos como conductas precedentes del lavado de activos aun sin tipificarlas como delictivas. Esta sutileza legislativa<sup>34</sup> se ha justificado ante el hecho cierto de que algunas de esas conductas son extrañas en el contexto nacional o constituyen fenómenos amplios y complejos, difíciles de esquematizar en figuras delictivas específicas<sup>35</sup> y, de no hallarse una solución, afectaría la prevención y enfrentamiento a este flagelo y las posibilidades legales

---

de libertad, en el contexto de Cuba el umbral que determine estos delitos precedentes deberá ser el de la sanción privativa de libertad superior a los 5 años, para que esté en consonancia con los artículos del 30 al 34 y 46, todos del Código Penal, que autorizan subsidiar o remitir condicionalmente la sanción de privación temporal de libertad hasta 5 años, cuando por la índole del delito, sus circunstancias y las características individuales del sancionado o su comportamiento en prisión, existen razones fundadas para estimar que su reeducación es susceptible de obtenerse sin el internamiento del mismo, lo cual es justo, dialéctico y acorde a una política penal humana, a las "Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos" y a las Reglas mínimas sobre las medidas no privativas de libertad, ambas de Naciones Unidas. En este sentido, una pena privativa de libertad que puede ser subsidiada o remitida condicionalmente, no se reputa a un delito grave.

<sup>33</sup> Existen otros delitos que en esta reformulación del lavado de activos están incluidos como delitos determinantes pero que en la legislación penal cubana aparecen con otra denominación, como es el caso del "soborno" que se conoce como "cohecho" y el "fraude" como "malversación".

<sup>34</sup> Nos referimos a incorporar conductas precedentes del delito de lavado de activos sin estar tipificadas como delictivas.

<sup>35</sup> Vale la aclaración para salvar la ambigüedad de que dichas conductas no se tipifiquen como delictivas y, sin embargo, se contemplen como precedentes del delito de lavado de activos.

de cooperación internacional del país, que en este tópico se basa en el principio de doble incriminación.<sup>36</sup>

Aunque el GAFI exige a los países que contemplen todos los delitos enlistados como precedentes del de lavado de activos, existen paliativos, pues algunos casos de falsificación y piratería de productos, integran otros delitos determinantes como los de *contrabando, trasmisión, tenencia ilegal de bienes del patrimonio cultural y falsificación de obras de arte y, enriquecimiento ilícito*. El secuestro es infrecuente en Cuba y subsumible por los delitos de *privación ilegal de libertad y toma de rehenes*, mientras que un delito de uso indebido de información confidencial o privilegiada y manipulación del mercado, carece de virtualidad en el escenario cubano dado el alto nivel de control estatal sobre los actores económicos y el mercado; no obstante, de cara a la cooperación internacional y al nuevo escenario condicionado por la actualización del modelo económico, deberá valorarse.

En lo concerniente a la piratería, estuvo regulada en los artículos 117 y 118 del Código Penal pero fueron derogados por la Disposición Segunda de la Ley No. 93 de 20 de diciembre de 2001- “Ley Contra Actos de Terrorismo”- dadas las peculiaridades con que se dan esas conductas en el entorno cubano que condicionaron al legislador a tipificarlas como actos de terrorismo en dicha Ley especial y derogar expresamente el delito de piratería, en base al principio de especialidad, para evitar la inseguridad jurídica que originaría el concurso de leyes derivado de la duplicidad normativa. No obstante, caso de darse un acto de “piratería común” en Cuba u otra jurisdicción nacional, vinculado a técnicas de lavado de activos, es perfectamente calificable la conducta de los piratas de conformidad con los delitos determinantes de *tráfico ilícito de armas, sus piezas o componentes, contrabando, lesiones graves, homicidio, asesinato, privación ilegal de libertad, toma de rehenes, hurto, robo con fuerza en las cosas y robo con violencia e intimidación en las personas* o con las conductas precedentes no tipificadas de *crimen organizado, delincuencia trasnacional y tráfico de artículos robados*. Es

---

<sup>36</sup> Este principio refiere “la expresa necesidad de que el hecho que motiva la solicitud de la extradición debe ser definido como delito tanto en la legislación del país requirente como en la del requerido”. Álvarez Cozzi, Carlos. “El principio de doble incriminación”. Visible en el sitio: <http://www.profdrcarlosalvarezcozzi-cac.blogspot.com/.../resumen-sobre-doble-incriminación>.

difícil imaginar un acto de piratería que no integre alguno de los ilícitos penales antes mencionados.

Respecto a los delitos ambientales se incluyeron en una figura agravada nueva (apartado 3), con la fórmula de “*actos que dañen la flora o la fauna especialmente protegida*”; sin embargo, no se puso en la lista de delitos predicados, lo cual debe ser resuelto en futuras modificaciones legislativas. La referida figura agravada introducida por el Decreto Ley No. 316, también prevé cometer el hecho “*formando parte de un grupo organizado, o cuando estos constituyan actos asociados a la corrupción*”. El primero de estos dos supuestos ya es un elemento típico de la figura básica incluso en su manifestación más grave, porque el crimen organizado se practica en grupos organizados, de modo que en atención al principio de *non bis in idem*, no debe ser, adicionalmente, un elemento de cualificación del delito y, si se diera al margen del crimen organizado, no es congruente que una conducta menos grave constituya una modalidad agravada; así, solo se justifica el mantenimiento de esta figura agravada por el segundo supuesto.

## 4. Epílogo

Las reflexiones y comentarios contenidos en este trabajo demuestran la complejidad del tema como fenómeno transnacional y sus múltiples aristas, pero sobre todo, lo difícil que resulta su prevención y enfrentamiento en un mundo reducido geográficamente por la interconectividad y plagado de desigualdades; no obstante, como el problema afecta a todos en mayor o menor medida, ambas tareas deben realizarse.<sup>37</sup>

Los estándares internacionales en general son adecuados y responden a las experiencias acumuladas a escala global en el enfrentamiento

---

<sup>37</sup> En el caso de Cuba, se promulgó el Decreto Ley No. 317 de 7 de diciembre de 2013- “De la prevención y detección de operaciones en el enfrentamiento al lavado de activos, al financiamiento al terrorismo, a la proliferación de armas y al movimiento de capitales ilícitos”- el que establece las pautas legales e institucionales para el sistema anti-lavado de activos en el país, creando un Comité Coordinador integrado por los órganos u organismos encargados de liderar esta tarea y monitorear este fenómeno para su prevención, y enfrentamiento, lo cual es de vital importancia de cara a al proceso de actualización del modelo económico cubano que genera nuevos actores económicos y relaciones sociales.

al flagelo del blanqueo de capitales y a riesgos reales; sin embargo, por sí solos no resuelven el dilema de la delincuencia internacional globalizada, porque no toman en cuenta los problemas del desarrollo y la pobreza extrema en muchos países, la injusticia social, la desregulación económica excesiva, los diversos ángulos de la prevención anterior al delito, las condiciones para el cumplimiento de las sanciones penales y su control, incluso los efectos devastadores de las guerras u otras calamidades, lo cual no afecta en lo particular a Cuba que tiene amplia experticia y resultados en esos ámbitos.

Por otra parte, las posibilidades de los Estados para disponer de los recursos materiales y financieros necesarios para enfrentar esta problemática que se caracteriza por la mutación de sus tipologías, difieren de acuerdo al desarrollo económico de cada país; de modo que no solo se trata de una cuestión de voluntad política, aun cuando países subdesarrollados como Cuba, a costa de extraordinarios sacrificios dedican cuantiosos recursos a la prevención y enfrentamiento a los delitos.

Lo anterior impacta de manera decisiva en los procesos de informatización de las sociedades, que marchan con extrema desigualdad y son imprescindibles para el monitoreo de las transacciones y la detección de los delitos que se cometen con utilización de las telecomunicaciones.

La lucha contra el blanqueo de capitales debe desarrollarse con apego a los principios generales y universales del Derecho, potenciando la cooperación entre los Estados y, a la vez, su inclusión en los organismos internacionales encargados de liderar esta cruzada para que puedan participar activamente en la fijación de los estándares. Ninguna circunstancia actual releva a sus actores de ese deber, pues el GAFI, que es el organismo internacional encargado de dictar las pautas a cumplir en esta materia por la inmensa mayoría de las naciones, está integrado por una ínfima cantidad de países, lo cual condiciona restrictiva y dogmáticamente determinados estándares.

Finalmente destacar, que son notables los avances de Cuba en su legislación para adecuarse a los estándares internacionales en materia anti-lavado de activos, aunque todavía sea susceptible de perfeccionar, lo cual demuestra el sostenimiento de la voluntad política del Estado y Gobierno revolucionarios de que su fuente de desarrollo y riqueza provenga únicamente el trabajo creador.

# Nuevo paradigma de esclavitud en el siglo XXI: La trata de personas en México

DR. GONZALO ARMIENTA HERNÁNDEZ\*

DRA. LIZBETH GARCÍA MONTOYA\*\*

Ms C. ITZÉ CORONEL SALOMÓN\*\*\*

## Sumario

### Introducción

1. Aspectos histórico de la Trata de Personas
2. Generalidades sobre la Trata de Personas
3. Formas en las que opera la delincuencia organizada en el delito de trata de personas
  - 3.1. *Prevalencia en México*
  - 3.2. *Modus Operandi*
4. Trata versus tráfico ilícito de personas
5. Marco normativo de Trata de Personas en México
6. Iniciativas legislativas federales y estatales para combatir la trata de personas en los Estados Unidos de América como experiencia comparada
  - 6.1. *Legislación contra Trata de Personas en California*

### Conclusiones

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Notario Público, Profesor e Investigador de Tiempo Completo de la Universidad Autónoma de Sinaloa, Integrante del Sistema Nacional de Investigadores (nivel II), Coordinador de la Unidad de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho Culiacán y Líder del Cuerpo Académico de Derecho Constitucional de dicha facultad. [notaria180@yahoo.com](mailto:notaria180@yahoo.com)

\*\* Doctora en Criminología por la Universidad de Castilla La Mancha. Profesora Investigadora de Tiempo Completo de la Universidad Autónoma de Sinaloa, adscrita a la Facultad de Derecho. Colaboradora del Cuerpo Académico de Derecho Constitucional de la UAS [lizabeth.garcia@uas.edu.mx](mailto:lizabeth.garcia@uas.edu.mx)

\*\*\* Alumna del doctorado en Derecho interna y relaciones internacional por la Universidad Autónoma de Madrid. [ltze.coronel84@gmail.com](mailto:ltze.coronel84@gmail.com)

## Introducción

México es un país que en la actualidad está viviendo un periodo de violencia encabezada por diversos cárteles distribuidos y operando acentuadamente en ciertos estados de la república. En décadas atrás el abordar este problema se limitaba exclusivamente en hacer mención a la forma en la que se dirigían dichos cárteles con respecto al delito de tráfico de drogas, el gobierno se abocaba en determinar el impacto económico y social que esta modalidad de operar el crimen organizado repercutía en nuestro país, olvidando con ello las otras formas de modalidades de accionar de estos grupos criminales, como lo es la Trata de Personas.

Con el paso del tiempo y el desarrollo y fortaleza que alcanzaron los grupos criminales, se puso atención a la forma en la que empezaron a accionar dichos grupos con mayor énfasis, refiriéndonos al tráfico ilegal de personas, culminando en muchas ocasiones este traslado de personas con el inicio de una conducta hoy en día tipificada como delito de Trata de Personas. Fue así que el gobierno de México en 2002, inicia un proyecto de leyes para atender, prevenir y sancionar la Trata de Personas.

Por otro lado, cabe señalar que al hacer mención a la palabra o término de Trata de Personas se suele pensar que las víctimas son solo en la modalidad de violencia sexual, siendo esto limitado, ya que no es la única modalidad en la que se presenta la Trata de Personas, teniendo también: la servidumbre, tráfico de órganos, explotación laboral, por citar algunas.

Con este capítulo intentaremos reflejar por una parte, lo que consiste la Trata de Personas diferenciándola de la conceptualización de tráfico ilegal de personas, pues en muchos casos suelen confundirse por su estrecha relación. Asimismo, se abordará algunos antecedentes históricos del tema de trata: así como aspecto normativo a nivel internacional, nacional y estatal que imperan en México y que han hecho de una u otra manera que el delito de Trata de Personas sea atendido a través de ciertas recomendaciones hechas a nuestro país por los comités de expertos de convenciones internacionales de las que México es parte.

Y por último, en este capítulo se hace un breve análisis de la normatividad vigente sobre Trata en el aspecto normativo en Estados Unidos, específicamente en California.

## 1. Aspecto Histórico de la Trata de Personas

La Trata de Personas es un problema a nivel mundial, acentuado claro está en ciertos países, donde sus características económicas, culturales y sociales los hacen vulnerables a la incidencia de estas prácticas delictivas; cabe destacar que hay ciertos aspectos en países como en personas que constituyen un factor de riesgo a la ejecución de la trata, violentando los derechos humanos de las y los individuos que han sido víctimas de ellas.

La raíz de la Trata de Personas tal y como lo señala Koffi Annan se sitúa “en las condiciones sociales y económicas de los países de origen de las víctimas, así como las prácticas discriminatorias contra la mujer y la indiferencia hacia el sufrimiento humano de parte de las personas que se dedicaban a lucrar con ello”<sup>1</sup>.

La Trata de Personas es un problema cuya práctica implica crueldad, humillación, violencia, por ende es un accionar violatorio a los derechos humanos de las personas, así pues este problema ha originado tensión, inseguridad enfatizándose en las sociedades con régimen jurídico aún inconsistente para afrontar el problema, como es el caso de México.

Ahora bien, como dice Chiarotti “la comercialización de seres humanos no es un fenómeno nuevo, ha ocurrido desde varios siglos atrás. Durante el periodo que abarca los siglos XVI al XIX, predominó la trata de esclavos procedentes de África que fueron trasladados a diferentes partes del mundo en barco cruzando el Océano Atlántico. En ese contexto de esclavitud, colonización y guerras, es donde da inicio el tráfico de mujeres con finalidades de explotación; las mujeres africanas e indígenas eran sujetas de tráfico con propósito de servir como objeto sexual, mano de obra gratuita en el trabajo y para la reproducción de esclavos, lo que implicaba la generación de más mano de obra”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Annan, Kofi Atta, “Prefacio” en Oficina contra la Droga y el Delito (UNODC), 2004, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, Organización de las Naciones Unidas (ONU), Nueva York, 2000, p. IV.

<sup>2</sup> CHIAROTTI, Susana, La trata de mujeres: sus conexiones y desconexiones con la migración y los derechos humanos, Santiago de Chile, Naciones Unidas. 2003, p. 1.



Por lo que respecta a México, desde la época de la colonización se ha observado conductas consideradas como trata, sin embargo en aquella época no era usada esta terminología, así pues los españoles respaldados por una ley entregaban a mujeres a la parte que ganaba la guerra, dando origen con esto a la comercialización de mujeres con fines sexuales.

A finales del siglo XVIII e inicio del siglo XIX, se retoma en Estados Unidos la terminología de trata de blancas, la cual correspondía a la comercialización de mujeres blancas al mercado con el objetivo de prostituirlas. Con el paso del tiempo la terminología de trata de blancas sufrió una crisis conceptual, pues se argumentaba por estudiosos del tema que este término era limitante y dejaba por una parte a las personas de color y a los hombres, pero también las otras modalidades o los otros fines que tenía el comercio de personas que no era específicamente sexual<sup>3</sup>.

A lo anterior Del Toro Ramírez indica que efectivamente: “el término de trata de blancas resultaba excluyente de otras formas de explotación de personas, las que incluían a hombres y a mujeres por su color de piel, condición social y etnia, entre otras. De esta manera, los Estados, las organizaciones sociales y los organismos internacionales buscaron una definición más incluyente y se acordó llamarle *Trata de Personas*”<sup>4</sup>.

Es importante no seguir confundiendo como se ha hecho hasta ahora el término de trata de blancas con el de Trata de Personas, pues el primero implica el comercio de mujeres con fin de explotación sexual, mientras que el segundo no se limita a la explotación sexual de mujeres.

---

<sup>3</sup> Esto se debió también que a finales del siglo XIX Josephine Butler equiparó la explotación sexual como esclavitud. Así pues “la “trata de blancas” es definida como un término decimonónico que describe una forma de esclavitud, la cual implicaba un abuso sexual hacia las mujeres quienes eran mantenidas en calidad de presas y se les obligaba a ejercer la prostitución; esta situación es diferente en la actualidad, pues la prisión en la que viven es psicológica y generada a partir de diferentes formas de engaño. Citado en FLORES LÓPEZ Raúl. “Estudio sobre trata de personas en México”. Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República. 2010 p. 20.

<sup>4</sup> DEL TORO RAMÍREZ *op. cit.* p. 9.

## 2. Generalidades Sobre Trata de Personas

Si bien es difícil cuantificar a escala mundial la trata de personas, se cree que anualmente unas 800.000 personas son objeto de trata a través de las fronteras internacionales, al tiempo que muchas otras lo son dentro de las fronteras de sus propios países.<sup>5</sup> Según estimaciones, la explotación de estas personas genera, anualmente, ganancias cercanas a los 32,000 millones de dólares para los tratantes, lo que coloca a esta actividad comercial ilícita en el tercer lugar entre las más lucrativas del mundo para el crimen organizado, después del tráfico de armas y del tráfico de estupefacientes. A pesar del alto número de personas que son explotadas en el mundo, muy pocas llegan a ser identificadas<sup>6</sup>.

Con las cifras anteriores nos podemos dar cuenta de la fuerza que ha tomado el crimen organizado en países a nivel mundial. Por lo que respecta a México se puede visualizar que la Trata de Personas ha llegado a convertirse en uno de los problemas con gran impacto social y una de los delitos que se ha suscitado y ejecutado a través de la delincuencia organizada en las sociedades actuales. Al igual que el narcotráfico y lavado de dinero, la trata es difícil medirla, prevenirla y erradicarla. Ala Trata de Personasse le ha considerado por diversos autores como una forma “contemporánea de esclavitud”.<sup>7</sup> Y se le ha llamado así porque literalmente las personas son sometidas a esclavitud por los tratantes y explotadores.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> <https://www.iom.int/cms/es/sites/iom/home/what-we-do/countertrafficking.html>. Consultado el 17 de marzo de 2015.

<sup>6</sup> Trafficking in Persons Report 2010. Oficina de G-TiP, Departamento de Estado de Estados Unidos, Washington, Estados Unidos, junio 2010. <http://www.state.gov/g/tip/rls/tiprpt/2010/142760.htm>. Cit por. Le GoffHélène y LotharWeiiss Thomas. “trata de personas en México: diagnóstico sobre la asistencia a víctimas” Department of State, UnitedState of América, 2011. p. 4. ESTÉVEZ, Dolia, “Esclavos del siglo XXI”, 2011, p 2. <http://www.huellas-mexicanas.org/alejandra/migracion-y-derechoshumanos/P7%2003%20TRATA%20PERSONAS.pdf> Consultado el 19 de marzo de 2015.

<sup>7</sup> FLORES LÓPEZ Raúl. *Op. Cit.*, p.14.

<sup>8</sup> **Esclavitud:** la esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o alguno de ellos. La Trata de esclavos comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle y en general todo acto de comer-

Así pues la trata es un fenómeno global que se ha expandido en las últimas décadas, pues según Instituciones como la Interpol y Europol, además de la policía especializada en Gran Bretaña afirman que el fenómeno global de la Trata de Personas va en aumento.<sup>9</sup>

Por su parte la Organización Internacional para las migraciones en el periodo de 2005 a 2010, en México registró 176 casos atendidos, donde 126 fueron identificados en el estado de Chiapas, 20 en el Estado de México y 30 más en otros estados.<sup>10</sup>

Realmente las cifras citadas son alarmantes, pues con ellas viene a la mente todo lo que implica las consecuencias a corto y largo plazo de las víctimas de cada uno de esos casos registrados. Es ineludible no pensar en el impacto que esta violencia trae no solo en la víctimas; sino en sus familiares y en las personas en general como parte de una sociedad a la que afecta este problema desde diversos ámbitos, pues no es otra cosa que la evidencia de la existencia de corrupción, impunidad, violencia, pobreza, faltas de oportunidades por citar algunos elementos de un estado fallido.

Si bien es cierto, como ya se ha visto el problema de trata no es nuevo, fue hasta mediados de 2002, cuando inició el Estado mexicano a atender este problema en nuestro marco jurídico nacional haciendo alusión a la imperante necesidad de toma de conciencia que detonó “el hecho ocurrido en Cancún, Quintana Roo, pues éste despertó no sólo el interés de los medios de comunicación nacional e internacionales, sino que también puso de manifiesto una red de complicidades entre empresarios hoteleros y funcionarios públicos sobre una red internacional de pornografía infantil y crimen organizado. El episodio fue protagonizado por el empresario de origen libanes Jean Touma Hanna

---

cio o de transporte de esclavos. ONODC. Manual sobre la Investigación de delitos sobre trata de personas. 2009. p. 12.

<sup>9</sup> LÓPEZ FLORES. Op. Cit. p. 7.

<sup>10</sup> Dentro del rubro de otros estados se encuentran por orden de número de casos: Oaxaca (11 casos), Jalisco (3), Tamaulipas (3), Nuevo León (2), Tabasco (2), Yucatán (2), Chihuahua (1), Coahuila (1), Guanajuato (1), Guerrero (1), Puebla (1), Quintana Roo (1), Veracruz (1). . Dato extraído de la siguiente página web. [http://oim.org.mx/pdf/4%20OIM\\_est\\_trata%200605\\_0810.pdf](http://oim.org.mx/pdf/4%20OIM_est_trata%200605_0810.pdf). Consultado el 19 de marzo de 2015.

Succar Kuri, quien fue acusado de abuso sexual de menores por una joven llamada Emma".<sup>11</sup>

Lamentablemente tuvo que pasar un caso que llamara la atención de las instancias internacionales para que nuestro país iniciara los procesos jurídicos correspondientes para contar con una normatividad que no solo sancionara el delito de Trata de Personas como ya lo hacían otros países en Europa y América; sino que pusiera los medios e instancias adecuadas para la atención de las víctimas de este delito.

En el caso concreto de México, tenemos que las modalidades de la trata más recurrentes son las que tienen fines sexuales y laborales. No obstante existen más modalidades de Trata de Personas que, si bien es cierto no son tan incidentes en nuestro país, no dejan de constituir un problema que merece nuestra atención. Por citar alguno de ellos tenemos: tráfico de órganos, militar, servidumbre, adopciones falsas, comisión de delitos menores, tráfico de órganos y esclavitud.

Con respecto a la Trata de Personas en la modalidad explotación sexual tenemos de acuerdo con datos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) que cada año son explotados sexualmente entre 16 y 20 niños y niñas en México, 85 son usados en actos de pornografía, mientras que en 21 de las 32 entidades del país existe turismo sexual<sup>12</sup>.

Por otro lado, cabe destacar que el fenómeno de trata es multifactorial, nos referimos a que no hay un solo factor que por sí solo explique la causa de la existencia de este fenómeno. Lydia Cacho señala como "factores de riesgo la pobreza y pobreza extrema, la educación sexual, la falta de oportunidades de educación y empleo, la promoción de la prostitución dentro del ámbito familiar o social, el traslado de mujeres y niñas procedentes de países subdesarrollados a países desarrollados, las adicciones, aislamiento y discriminación o haber sufrido abuso sexual o maltrato en la infancia"<sup>13</sup>.

Por su parte la Organización Internacional para la Migración (OIM) ha definido como resultado del diagnóstico de 2009 que las características que constituyen el perfil de las víctimas de trata asistidas por esta

---

<sup>11</sup> LÓPEZ FLORES. Op. Cit. p. 18.

<sup>12</sup> Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, Fondo Internacional para la Infancia.

<sup>13</sup> CACHO, Lidia, Los demonios del Edén, Grijalvo, México, 2009. p. 36.

institución en México, no se circunscriben a un sólo aspecto o factores específicos. No obstante la OIM establece que “algunos de los rasgos que componen el perfil de las víctimas de trata son: el sexo<sup>14 15</sup>, la edad, la nacionalidad, la lengua, el grado de escolaridad y el entorno familiar y social, por mencionar los de mayor importancia.

Según datos extraídos del Diagnóstico de las Condiciones de Vulnerabilidad que Propician la Trata de Personas en México, publicado en 2009, una de las características que hacen más vulnerable a una persona a experimentar el delito de trata son los siguientes: ser mujer entre 18 y 25 años, ser niños o niñas, originario de un país subdesarrollado, ser pobres, tener autoestima bajo, haber vivido violencia en el hogar, haber crecido bajo aspectos culturales donde se encuentra arraigada la violencia, entre otros<sup>16</sup>.

Con respecto al sexo como factor vulnerable en las personas a sufrir trata Del Toro Ramírez externa lo siguiente: “la vulnerabilidad ha sido referida al género, a la edad, al origen social y cultural de las víctimas. En lo general, se considera que existe una probabilidad mayor de que sean las mujeres las que estén más expuestas a ser víctimas de la Trata de Personas; esto se debe a la marcada desigualdad social generada por la construcción cultural de género”.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> Así pues, observamos que más del 80% de la población atendida fueron mujeres la mayoría de las víctimas asistidas fueron mujeres de entre 8 y 22 años de edad provenientes de zonas rurales y suburbanas de países centroamericanos, mientras que los hombres constituyeron poco menos del 20%. Extraído de Diagnóstico [http://oim.org.mx/pdf/4%20OIM\\_est\\_trata%200605\\_0810.pdf](http://oim.org.mx/pdf/4%20OIM_est_trata%200605_0810.pdf). Consultado el 19 de marzo de 2015.

<sup>15</sup> Ahora bien, según el Informe Mundial Sobre la Trata de Personas, publicado en febrero de 2009, revela que es un alto número de mujeres involucradas como víctimas en el delito de trata, pero también las mujeres desempeñan un papel destacado en la esclavitud moderna comparándolo con otros delitos. [http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Executive\\_summary\\_spanish.pdf](http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Executive_summary_spanish.pdf). Consultado el 13 de marzo de 2015.

<sup>16</sup> CEIDAS y CNDH. Diagnóstico de las condiciones de vulnerabilidad que propician la trata de personas en México. México, 2009. pp. 35-39.

<sup>17</sup> DEL TORO RAMÍREZ, Oscar Guillermo. La vulnerabilidad de género en la trata de personas en situación de explotación sexual en Tijuana. México, 2012 p. 11. <http://www.colef.mx/posgrado/wp-content/uploads/2014/03/Tesis-completa-Del-Toro-Guillermo.pdf>. Consultado el 13 de marzo de 2015.

Haciendo alusión a que los menores son vulnerables al delito de trata citamos el dato del Informe Global sobre Tráfico de Personas publicado en 2012, el cual dice: "En América "6.000 víctimas de la Trata de Personas detectadas entre 2007 y 2010. De estas víctimas, cerca de 1.600 eran niños, lo que representa alrededor del 27% del número total de víctimas detectado en la región".<sup>18</sup>

### **3. Formas en las que Opera la Delincuencia Organizada en el Delito de Trata de Personas en México**

#### **3.1. Prevalencia en México**

Para darnos una visión de la prevalencia o incidencia del delito de trata en México decimos que dentro de los países donde se han registrado más personas víctimas de trata y que han sido atendidas por la OIM, según diagnóstico realizado por esta institución en México en el 2009, se encuentran: Guatemala con un 64.8%, Honduras con un 13,9% y México con un 4.2%.

Cabe mencionar que México cuenta con 31 estados y un Distrito Federal, cada uno de los estados que componen el territorio mexicano, tienen su historia sobre violencia y sobre la lucha que se ha generado para erradicar las formas delictivas que asechan con mayor incidencia a ciertos estados de la república.

Ahora bien, según *Trafficking in Persons Report 2010* "en los casos atendidos por el delito de Trata de Personas por la OIM durante el periodo 2005 a 2009, se identificaron más de 35 destinos de explotación a lo largo y ancho del territorio mexicano, principalmente en los centros urbanos de Chiapas, Tabasco, Quintana Roo, Veracruz y el Distrito Federal, donde las modalidades de explotación más reveladas fueron la laboral y la sexual, aunque también se identificaron el reclutamiento para cometer delitos menores o de bajo nivel, la servidumbre en el matrimonio y la falsa adopción de niños. Durante la explotación, los tratantes ejercieron diversos métodos de control en contra de las víctimas, siendo los más frecuentes la violencia física, sexual y psicológica, la

---

<sup>18</sup> UNODC. Global Report in Trafficking In persons, 2012, p. 65.

privación de la libertad, la presión por supuestas deudas y la retención de documentos de identidad<sup>19</sup>.

Haciendo alusión a lo anterior, se puede decir que la zona centro y sur son las zonas en México más afectadas por el delito de trata, no obstante no hay que olvidar que en Baja California Norte (principalmente en Tijuana), por constituir un estado fronterizo y un camino de migración es un estado riesgoso para implicaciones de Trata de Personas. Haciendo alusión a lo anterior el Diario Regional “El Mexicano” publicó el 25 de marzo de 2015, una nota que a su texto dice: “cada año México aporta aproximadamente 16 mil menores a la explotación sexual por medio de la trata de blancas y Tijuana es uno de los principales focos de este delito en el país, junto con Puebla, Chiapas y el Distrito Federal<sup>20</sup>”.

### 3.2. Modus operandi

De acuerdo con el modus operandi que se ha ido registrando las organizaciones criminales y los grupos criminales vinculados a las estructuras del narcotráfico, “privan a los migrantes de su libertad para realizar trabajos forzados y actividades ilícitas relacionadas con el narcotráfico, incluso, algunos han sido secuestrados para ser entrenados como asesinos. Si la víctima o su familia no pueden pagar el rescate, la persona secuestrada puede sufrir tortura, mutilación y amputación de las extremidades o la muerte. Las mujeres migrantes son víctimas de abusos sexuales durante su secuestro. Los métodos utilizados por traficantes incluyen, pero no se limitan, a abuso sexual y físico, confiscación de documentos legales, inanición, y manipulación psicológica”.<sup>21</sup>

De acuerdo con Montiel Torres, “los proxenetas, encargados en primera instancia del reclutamiento hacia mujeres y niñas potencialmente

---

<sup>19</sup> Le Goff y Lothar Weiiss, Op. Cit. p. 14.

<sup>20</sup> Alma Tucker presidenta y fundadora de la Red Binacional de Corazones, organización que lucha por erradicar la trata de blancas en el Estado, señaló que “desde que se lanzó la ley para prevenir y sancionar el crimen de la trata de personas en 2011 en Tijuana se han documentado más de 250 casos en la ciudad, de los cuales ya se han logrado 5 sentencias.” <http://www.el-mexicano.com.mx/informacion/noticias/1/3/estatal/2014/05/25/757440/tijuana-foco-de-trata-de-blancas>. Consultado el 25 de marzo de 2015.

<sup>21</sup> Oficina del Fiscal General de Texas, 2008, p. 1.

sujetas a la Trata de Personas, han desarrollado una serie de mecanismos de enamoramiento que provienen de prácticas culturales tradicionales cuyo objetivo se centra en la somatización de la dominación”.<sup>22</sup>

Es importante no dejar de mencionar un aspecto vanguardista que ha marcado la pauta para el crecimiento y fortalecimiento de las mafias delictivas en el actuar del delito de trata, refiriéndonos a la internet, toda esta red cibernética que ha facilitado por una parte el actuar de los tratantes, pero también el desmantelamiento de bandas importantes de tratantes en México. La internet ha logrado a convertirse el instrumento idóneo para el reclutamiento de personas que a posteriori serán las presas fáciles de trata.

Por lo dicho hasta aquí, se evidencia la existencia del preocupante problema de Trata de Personas en México, es importante señalar también que el territorio mexicano constituye un potencial fuerte para operaciones delictivas del crimen organizado en la modalidad de trata, pues no hay que olvidar que México es un país que funge como país vecino de un país desarrollado al cual muchos centro y suramericanos quieren llegar de manera ilegal pasando por las fronteras mexicanas con el único fin de “mejorar” sus condiciones de vida. Dicho en otras palabras, Méxicofunge como país de origen y de tránsito de migrantes del centro y sur de América Latina.

Con lo anterior cabe preguntarnos si existe alguna relación en la forma de operar del crimen organizado con la migración, la respuesta es positiva, ya que en 2008 y 2009 delegaciones de Amnistía Internacional visitaron México para entrevistar a migrantes, representantes de organizaciones de derechos humanos, personas que trabajan en refugios de migrantes, abogados, académicos, miembros del Congreso, miembros de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y autoridades federales y estatales. Las delegaciones visitaron Ciudad de México y los estados de Chiapas, Oaxaca, Tabasco y Veracruz, donde, según el Instituto Nacional de Migración, las autoridades detienen a la gran mayoría de los migrantes. Amnistía Internacional llevó también a cabo una encuesta entre 110 migrantes, a los que entrevistó en junio de 2009. Estas declaraciones reforzaron las conclusiones de los estudios

---

<sup>22</sup> MONTIEL TORRES, Oscar, *Trata de personas: Padrotes, iniciación, y modus operandi*, Tesis de maestría, 2008. Citado en LÓPEZ FLORES Raúl. *Estudio sobre la trata de personas en México*, Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República. 2010. p. 9.



Llevados a cabo por otras ONG que indicaban que se cometen numerosos abusos contra migrantes irregulares que atraviesan México, y que esos abusos rara vez se denuncian, entre estas violaciones de derechos humanos se encuentra la Trata de Personas.

Con el objetivo de dar respuesta al fenómeno transnacional operado por el crimen organizado: la trata, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) observó la imperante e indiscutible necesidad de crear una normativa jurídica internacional donde los Estados parte previnieran, atendieran, sancionaran y erradicara el problema de Trata de Personas transnacional, es así como nace el Protocolo de Palermo.

#### **4. Trata Versus Tráfico Ilícito de Personas**

Aunque ya se dijo en el subtema que antecede, es importante acentuar que la Trata de Personas tiene una estrecha relación con la migración de individuos, esto obedece a que actualmente por cuestiones talvez culturales, sociales o económicas muchas de las personas en América, tratan de migrar al país de los sueños (Estados Unidos) en busca de mejores condiciones laborales con el propósito de huir de las pésimas condiciones de vida que les ofrece el país de origen, tratando con este cambio poder establecer un mejor patrimonio para sus familias, ignorando o demeritando en muchas ocasiones el riesgo que corren en dicho trance.

Así pues, para poder alcanzar el llamado sueño americano, en la mayoría de los casos las personas migran a otro país sin facilidades legales, es decir, lo hacen haciendo uso de medios no idóneos y poco seguros para poder llegar a su destino final, refiriéndonos con ello la contratación de polleros o coyotes quienes a cambio de un pago o remuneración, poniendo en peligro a las y los migrantes prometencruzar las fronteras del país destino, impidiendo a estas personas a través de engaños llegar a su destino.

Un alto índice de las personas que se dedican a la realización del traslado fronterizos (trata ilegal de personas), son personas que operan conjuntamente con los grupos criminales, cabe destacar que el trabajo del coyote o pollero termina en el momento que ponen a su disposición a las y los migrantes a su disposición, es allí donde termina el tráfico de personas para inicial el delito de Trata de Personas.

Por otro lado, en la actualidad muchas de las personas tienden a homogenizar el término de trata y el de tráfico de personas, si bien es cierto que ambas están muy relacionadas, también es cierto que sus fines las hacen diferentes. Para poder entender la diferencia entre ambas a continuación daremos una definición de cada una de ellas, para

definir la Trata de Personas retomaremos la definición que contempla en su artículo 3 inciso a) el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, también llamado Protocolo de Palermo, a nuestro humilde punto de vista hemos considerado a esta definición como una de las más completas, ya que retoma en su conceptualización los elementos claves que integran el delito de trata, siendo esta definición la siguiente:

“Trata de Personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esta explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos<sup>23</sup>.

De la definición anterior se puede acentuar tres elementos importantes que integran el concepto de trata, siendo éstos: la acción o actividad, los medios y el propósito o fin.

Por “acción o actividad” se refiere, según el protocolo para prevenir, reprimir y Sancionar la trata de Persona, Especialmente Mujeres y Niños “a la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas”, esto engloba el traslado físico de la persona víctima de trata de un lugar a otro, (dentro del mismo país o de este país trasladándolo a otro). Como señala de Le Goff Héléne y Lothar Weiiss Thomas “el traslado no sólo debe concebirse en términos de distancia geográfica, sino, además, como un desarraigo o un aislamiento de las personas de su medio conocido y familiar, con el objeto de hacer más efectiva la explotación y evitar, a toda costa, cualquier intento de escapar”.<sup>24</sup>

Con relación al “medio o medios” como segundo elemento de la conceptualización de trata que hace el Protocolo de Palermo, son definidos como: todas las formas a las que los victimarios acuden o se valen para poder llevar acabo el delito de trata, encontrándose entre

<sup>23</sup> Este protocolo entró en vigor el 25 de diciembre de 2003.

<sup>24</sup> De Le Goff y Lothar Weiiss. Op. Cit. p. 22.

estas: los engaños, amenazas, violencia física, chantaje, abuso de poder, entre otras logrando con estas en muchos de los casos el “consentimiento” de la víctima de trata.<sup>25</sup>

Por lo que respecta al tercer elemento “el propósito o fin” del delito debe ser única y exclusivamente la explotación de la víctima de trata, ya sea explotación laboral, sexual, servidumbre e incluso la extracción de órganos para su comercialización.

A diferencia de la trata el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire en su artículo 3 inciso a) establece que el tráfico ilícito de migrantes es: “la facilitación de la entrada ilegal de una persona a un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente un beneficio financiero u otro beneficio de orden material.

En términos generales, la Organización de las Naciones Unidas ha definido el tráfico de personas como “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.<sup>26</sup>

A continuación se ilustra en la Tabla 1 las diferencias que existe entre la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Personas.

---

<sup>25</sup> Cabe señalar que para el protocolo de Palermo, dicho su consentimiento no se tomará en cuenta cuando haya sido otorgado en condiciones de engaño o bajo cualquier otro modo de coacción, así como cuando las víctimas sean menores de edad, tal como se especifica en los incisos b), c) y d) de su artículo 3º.

<sup>26</sup> Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Anexo II, Sección I, Art. 3, pp. 44-45.

Tabla<sup>27</sup>

	<b>TRATA DE PERSONAS</b>	<b>TRÁFICO ILÍCITO DE PERSONAS</b>
<b>Consentimiento</b>	Las víctimas consienten el traslado no la explotación. El traslado se dé bajo engaño, abuso y/o coacción.	El migrante establece contacto directo con el traficante (polero o coyote). El traslado es voluntario.
<b>Documentación</b>	La migración puede darse de modo regular o irregular.	La migración es irregular.
<b>Transnacionalidad</b>	Puede darse dentro o fuera de un país, implicando el traslado de una región a otra en un mismo país o de un país a otro	Siempre es transnacional. Implica el cruce de una o más fronteras.
<b>Pago</b>	El factor económico relevante no es el dinero para el traslado, sino la deuda a la que se somete a la persona y que deviene explotación.	El dinero por el traslado es un factor intrínseco. El migrante paga por cruzar la(s) frontera (s).
<b>Interacción</b>	La relación entre el tratante y la víctima es más prolongada: generalmente, una vez llegada ésta al destino, inicia o continúa la explotación.	La relación entre el traficante y el migrante termina una vez que éste llega al destino.
<b>Género</b>	Las víctimas son, mayormente, mujeres, niños de ambos sexos y, en menor grado, hombres.	Los migrantes son, en su mayoría hombres, aunque hay poca diferencia respecto del número de migrantes mujeres.

<sup>27</sup> OIM. COMMCA, AECID, SICA, La Experiencia de las Mujeres Víctimas de Trata en América Central y República Dominicana y la Actuación de las Instituciones. Estudio Regional, San José, Costa Rica, 2008, p. 20.

<b>Riesgo</b>	Se minimizan los riesgos a la salud y a la vida durante el traslado. Estos son mayores a largo plazo, por el impacto físico y psicológico en las víctimas.	Durante el traslado hay mayores riesgos para la salud y la vida.
<b>Bien Jurídico Protegido</b>	Es un delito contra las personas. Atenta contra la vida, libertad, dignidad, integridad y seguridad de las víctimas.	Es fundamentalmente un delito contra el Estado: violenta su soberanía.

## 5. Marco Normativo de Trata de Personas en México

El Informe Global de la Organización de Naciones Unidas sobre la Trata de Personas<sup>28</sup> coloca a México entre los países donde se considera un delito la explotación sexual y el trabajo forzado; el último estudio realizado por el Departamento de Estado de EE.UU.<sup>29</sup> coloca a México como un país de nivel 2, lo que significa que el gobierno mexicano no ha cumplido íntegramente las normas mínimas para erradicar la trata de personas, según lo establecido en la Ley de Protección de las Víctimas de dicho reporte<sup>30</sup>.

Al delito de Trata de Personas en México le correspondía ser juzgado por la jurisdicción federal cuando los casos eran con la participación de al menos tres individuos, cuando el acto de la trata se había repetido, o cuando el delito tenía dimensiones internacionales. Todos los demás casos de Trata de Personas eran juzgados bajo la jurisdicción

<sup>28</sup> United Nations Office on Drugs and Crime (2009) Global Report on Trafficking in Persons. <http://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/global-report-on-trafficking-in-persons.html>

<sup>29</sup> U.S Department of State. (2009). Trafficking in Persons Report 2009 (U.S Department of State Publication 11407). <http://www.state.gov/documents/organization/123357.pdf> Consultado el 10 de marzo de 2015.

<sup>30</sup> Es importante señalar según el Informe Mundial Sobre Trata de Personas que hasta el 2009 existían países sobre todo africanos que no contemplan legislaciones nacionales donde regulen la figura de trata de personas. Extraído de [http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Executive\\_summary\\_spanish.pdf](http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Executive_summary_spanish.pdf). Consultado el 13 de marzo de 2015.

estatal. En 2007, el Congreso Mexicano aprobó la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas<sup>31</sup>, en la que se establece que todas las formas de trata de personas, tal y como se encuentran en el artículo 3 del Protocolo de las Naciones Unidas para Suprimir y Prevenir la Trata de Personas<sup>32</sup>, constituyen delitos. En concreto, la trata de personas era sancionada con 6 a 12 años de prisión, y de 9 a 18 años si la víctima era menor de edad o sufría de alguna forma de discapacidad mental. La pena se incrementa por la mitad cuando la persona procesada es un servidor público (artículo 6). Ésta ley también ayuda a las víctimas mediante la creación de una Comisión Federal liderada por el Ministerio del Interior, que tiene autoridad para solicitar fondos y poner la nueva ley en la práctica, y mediante el desarrollo de un programa nacional dirigido a la prevención de la Trata de Personas<sup>33</sup>.

Desde 2009, el gobierno Mexicano ha promulgado una serie de reglamentos correspondientes a la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, que incluye los principios rectores sobre la aplicación de esta ley, y el mandato expreso del Programa Nacional que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de enero de 2011<sup>34</sup>.

Sin embargo, a pesar de la legislación vigente, se han identificado varias deficiencias en los esfuerzos de México para hacer frente a la Trata de Personas; por mencionar un ejemplo, las víctimas están obligadas a presentar cargos contra los traficantes antes de ser consideradas víctimas reales de trata, hasta ese momento no son elegibles para recibir ayuda y asistencia<sup>35</sup>.

Lamentablemente, este condicionamiento desanima a las víctimas a la identificación de sus captores o denuncia de los abusos a que han

---

<sup>31</sup> Ahora Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de esos Delitos. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPSEDMTP.pdf>. Consultado el 10 de marzo de 2015.

<sup>32</sup> United Nations Office on Drugs and Crime.(2000). Protocol to suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children. <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/index.html>. Consultado el 10 de marzo de 2015.

<sup>33</sup> Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2009, p.134

<sup>34</sup> Consultar en <http://www.sre.gob.mx/images/stories/docsdh/.../2012/bd-gdh1412011.pdf>

<sup>35</sup> EE.UU. Departamento de Estado, 2009.

sido sometidos debido al temor a represalias infligidas a ellos o a sus familiares por las bandas de traficantes.

La legislación contra la trata de personas (tráfico de personas) es bastante nueva en los Estados Unidos y México, y ambos países se encuentran todavía en el proceso de criminalización del delito de la trata de personas a nivel local, lo cual ha frenado la lucha contra la trata de personas en la frontera México-Estados Unidos.

Estos son algunos intentos por ofrecer una ventana abierta a la cruda realidad de la trata de personas en el contexto Mexicano-Estadounidense, describiendo sus diferentes manifestaciones (dentro de los últimos cinco años) y proporcionando estadísticas actuales que demuestran su prevalencia. También destaca la legislación que recién se ha elaborado e implementado en cada país, tanto a nivel federal y estatal en un esfuerzo por combatir eficazmente esta forma moderna de esclavitud.

En 2000, el Gobierno de los Estados Unidos de América aprobó la Ley de Protección de Víctimas de Trata (TVPA), que tipifica la trata de personas como delito federal, establece recursos para combatir la trata de personas y las medidas de las cuestiones de la protección de las víctimas, que incluyen la elegibilidad para ciertos servicios y beneficios independientemente de su estatus migratorio (asesoramiento, asistencia de salud mental, vivienda), y servicios de interpretación y traducción disponibles (United States Department of Justice, 2008).

## **6. Iniciativas Legislativas Federales y Estatales para Combatir la Trata de Personas en los Estados Unidos de América como Experiencia Comparada**

En 2000, el Gobierno de los Estados Unidos de América aprobó la Ley de Protección de Víctimas de Trata (TVPA por sus siglas en inglés), que hace de la trata de personas un delito federal, establece recursos para combatir la trata de personas y las medidas de protección de las víctimas, que incluyen la elegibilidad para ciertos servicios y beneficios sin importar su estatus de inmigración (consejería de crisis, asistencia de salud mental, vivienda), y dispone de servicios de interpretación y traducción<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Departamento de Justicia. (2005). Fuerza de Tarea contra el Tráfico Humano Formado en Los Ángeles (Comunicado de prensa N ° O5-014). Obtenido

Con el fin de satisfacer los crecientes desafíos que plantea la trata de personas, la TVPA fue modificada con la Ley de Reautorización de Víctimas de la Trata de Prevención de 2003 (TVPRA), que incluye nuevos recursos legales contra la trata de personas, tales como permitir que las víctimas interpongan demandas civiles contra los traficantes.<sup>37</sup> Dos años más tarde le siguió otra enmienda, la Ley de Reautorización de la Prevención de Víctimas del Trato de Personas de 2005 (TVPRA), que atribuye competencia a los tribunales de Estados Unidos contra los empleados gubernamentales que se involucren en el tráfico de personas en el extranjero. Esta enmienda también proporciona nuevas medidas contra la trata, como el desarrollo de programas de becas dirigidos a ayudar a la aplicación de leyes estatales y locales contra la trata, y la ampliación de los programas de asistencia para ayudar a las víctimas que son ciudadanos estadounidenses o extranjeros residentes<sup>38</sup>.

Desde la aprobación de estas leyes por parte del Gobierno de EE.UU., el número de investigaciones y actuaciones judiciales ha aumentado. Por ejemplo, entre 2000 y 2005, de los 555 sospechosos de trata de personas, 146 sospechosos fueron acusados y procesados por comportamiento delictuoso<sup>39</sup>, mientras que en el año fiscal 2008 solamente el gobierno de EE.UU. dio cuenta de 183 investigaciones, 82 procesamientos y condenas 77. En cuanto a la trata de niños con fines sexuales, 2008 terminó con 486 arrestos, 148 condenas estatales y federales, así como la recuperación de 245 niños<sup>40</sup>. En la actualidad, 42 estados han aprobado leyes penales para combatir la trata de per-

---

de <http://www.justice.gov/usao/cac/pressroom/pr2005/014.html>. Consultado el 10 de marzo de 2015.

<sup>37</sup> Alianza de California de Lucha contra la Trata y Grupo de Trabajo sobre la Esclavitud. (Octubre de 2007). Trata de personas en California. Informe Final de la Alianza de California para combatir la trata y Grupo de Trabajo sobre la Esclavitud. Obtenido de [http://www.ohs.ca.gov/pdf/Human\\_Trafficking\\_in\\_CA-Final\\_Report-2007.pdf](http://www.ohs.ca.gov/pdf/Human_Trafficking_in_CA-Final_Report-2007.pdf) (California Alianza para luchar contra la trata y la esclavitud, 2007, p. 19). Consultado el 10 de marzo de 2015.

<sup>38</sup> NortheasternUniversity. (2008). Trata de recopilación de datos y presentación de informes del proyecto (Centro de Recursos en línea). Obtenido de [http://www.humantrafficking.neu.edu/responses/federal\\_human/](http://www.humantrafficking.neu.edu/responses/federal_human/)

<sup>39</sup> (California Alianza de Lucha contra la Trata y la Esclavitud, 2007). Consultado el 10 de marzo de 2015.

<sup>40</sup> (EE.UU. Departamento de Estado, 2009).



sonas, otros ocho estados - Alabama, Hawai, Ohio, Dakota del Sur, Vermont, Virginia, Virginia Occidental y Wyoming - todavía se espera que promulguen leyes contra la trata<sup>41</sup>.

## 6.1. Legislación Contra la Trata en California

En 2006 entró en vigor la Ley AB 22. Esta ley establece el tráfico en California como un delito grave punible con un máximo de ocho años en una prisión estatal. También hace obligatoria la restitución a las víctimas, y les permite interponer acción civil en contra de los traficantes, y establece medidas para garantizar la confidencialidad y la protección de la información. Además, esta ley ordena al Ministerio Público para dar prioridad al tráfico de personas entre otros delitos<sup>42</sup>.

En 2006 también se estableció la Ley California SB 1569, que permite la asistencia temporal inmediata a las víctimas mientras esperan que el gobierno federal las certifique como víctimas de trata de personas (lo que les permite recibir beneficios federales, y que puede durar hasta dos años). California fue el primer estado del país en aprobar la ley<sup>43</sup>. AB 1278 entró en vigor en 2008, y anulará cualquier disposición del contrato de trabajo por el cual los salarios son retirados para compensar el movimiento de un futuro empleado en los Estados Unidos. También en el mismo año promulgó California AB 2810 que establece una serie de indicadores para identificar los casos de trata de personas, y requiere de las agencias del orden público para determinar si las víctimas de otros delitos también pueden ser víctimas de trata de personas al mismo tiempo.<sup>44</sup> En 2009 California aprobó AB 17 que ordena, entre otras disposiciones, que el dinero o las multas de los casos de trata de menores con fines sexuales se colocarán en el Fondo de Asistencia a Víctimas y Testigos<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> EE.UU. Departamento de Estado. (2009). Trata de Personas 2009 (EE.UU. Departamento de Estado de publicación 11407). Obtenido de <http://www.state.gov/documents/organization/123357.pdf>. Consultado el 10 de marzo de 2015.

<sup>42</sup> (California Alianza de Lucha contra la Trata y la Esclavitud, 2007).

<sup>43</sup> (California Alianza de Lucha contra la Trata y la Esclavitud, 2007).

<sup>44</sup> (Centro de Políticas para la Mujer Estudios, 2010).

<sup>45</sup> (Centro de Estudios Políticos de la Mujer, 2010).

## Conclusiones

La trata de personas implica la explotación de individuos por parte de otras personas, englobando esta acción una serie de violaciones a los derechos humanos como lo son: la libertad, seguridad, dignidad, trabajo digno, vida libre de violencia, igualdad, no discriminación, entre otros.

México es uno de los países con trascendencia en la presencia de trata de personas, pues como se ha dicho existe que entre el periodo que comprende 2005 a 2010 fueron atendidos según la OIM 176 casos en México donde 126 fueron identificados en el estado de Chiapas, 20 en el Estado de México y 30 más en otros estados.

El problema de trata es multifactorial, no hay un solo factor detonante en la presencia de este fenómeno, no obstante se sabe que hay variables o características en las víctimas que puedan coadyuvar con el crimen organizado en la ejecución del delito de trata, como lo son: analfabetismo, pobreza extrema, vivir violencia en casa, sexo, edad, por citar algunas.

Ante la creciente de la trata de personas en México, nuestro país en 2002 se vio en la necesidad de proveer a las y los ciudadanos de un marco jurídico internacional, nacional y estatal, para sancionar el a los grupos criminales de trata, pero también se vio en la necesidad de crear áreas especializadas en la indagación de los actos delictivos relacionados con trata. Es así como nuestro país inicia una estrategia para combatir al crimen organizado. No obstante, no hay muchos estudios que reflejen o midan la efectividad de las normas o la efectividad de las políticas públicas establecidas por el gobierno con el único objetivo de prevenir y erradicar la trata en México, constituyendo ésta otra de las cosas que deberá atender el Estado mexicano ante las recomendaciones hechas por los comités internacionales.

Si bien es cierto, existe una dificultad para medir por una parte la incidencia del delito de trata y la eficacia de la normatividad interna en el Estado mexicano, también es cierto que según el último estudio realizado por el Departamento de Estado de EE.UU coloca a México como un país de nivel 2, indicando que México no ha podido hasta ahora garantizar que se sigan violando los derechos humanos de las personas por el delito de trata.

Así pues, en México existe un marco normativo nuevo al igual que en Estados Unidos de América, pero está normatividad pareciera ser invisible ante los grupos criminales, pues no hay que olvidar que las estadísticas a nivel mundial repuntan el crecimiento del problema y es

evidente que en ciertos países de América la entrada de leyes especializadas para combatir el la Trata de Personas no ha funcionado como se esperaba.

Por lo que respecta a las y los ciudadanos mexicanos seguimos en espera de un actuar conciso y adecuado que verdaderamente genere impacto en el poder garantizar a las personas una vida libre de violencia, el respeto de los derechos humanos establecidos en nuestra carta Magna, pero también, en los Tratados Internaciones en esta materia en los que México es parte.

Lo anterior, es una tarea muy difícil, que incumbe, no solo al gobierno mexicano; sino también, implica el esfuerzo de cada uno de nosotros como ciudadanos y como parte de este sistema corrompido por la mafia del crimen organizado.

# Rediseño orgánico y competencial para la implementación del sistema penal acusatorio. La experiencia local

DRA. MARÍA DEL ROSARIO MOLINA GONZÁLEZ\*

M.D.P. MARÍA DE JESÚS CAMARGO PACHECO\*\*

## Sumario

- I. Algunas líneas de introducción
- II. La reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública: su impacto en las instituciones operadoras del procedimiento penal
- III. Los compromisos para la implementación del sistema penal acusatorio
- IV. Avances del rediseño orgánico y competencial de los operadores del procedimiento penal en Sonora
- V. Conclusiones
- VI. Anexo

---

\* Doctora en Derecho, Docente e Investigadora del Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad de Sonora, Líder del CAEF Dogmática Jurídica y Proceso Educativo. Tendencias actuales. La presente aportación es producto parcial de la investigación “Armonización legislativa para la implementación del sistema penal acusatorio, su prospectiva en el diseño curricular en las instituciones de educación superior en la región noroeste de México”, financiada por Programa de Mejoramiento del Profesorado. Dirigir comunicaciones a: [rmolina@navojoa.uson.mx](mailto:rmolina@navojoa.uson.mx)

\*\* Maestra en Derecho penal, Candidata a Grado de Doctora en Derecho, Docente e Investigadora del Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad de Sonora, Integrante del CAEF Dogmática Jurídica y Proceso Educativo. Tendencias actuales. Dirigir comunicaciones a: [mcamargo@navojoa.uson.mx](mailto:mcamargo@navojoa.uson.mx)

## I. Algunas líneas de introducción

Los cambios paradigmáticos a los que se enfrentan los estados constitucionales de la posmodernidad, derivados de la globalización impactaron en diversos aspectos de la vida comunitaria, tanto en lo cultural, social, político, económico; estos cambios permearon a los sistemas jurídicos, haciéndose necesarias adecuaciones que respondieran a estos nuevos entornos de interrelación colectiva. Así desde el plano de la ciencia del derecho, se renovaron discusiones sustancialmente en lo referente a la validez, eficacia y legitimidad de los sistemas normativos, de la impartición de justicia, los derechos fundamentales de la persona, a las garantías que las tutelan y a la responsabilidad institucional.

La crisis de un estado de derecho, legalista de frente a la democratización de los estados constitucionales, que implican una racionalización de la justicia a la luz de los derechos fundamentales y la dignidad humana, posicionó al tema de la justicia penal como el centro de discusión, análisis y planteamientos de reforma.

Fenómenos como la poca credibilidad de las instituciones operadoras de la justicia penal: en sus fases de investigación, procuración, defensoría pública e impartición de justicia; la desconfianza social, altos índices de impunidad y de corrupción, son algunas de las variables que incidieron para modificar del sistema actual. Proceso que concluyó con la reforma en junio del 2008, con la adición y reforma de diez artículos constitucionales los cuales proveen las directrices para cambios estructurales en la justicia penal mexicana, uno de los más trascendentes: el sistema de justicia oral y adversarial en materia penal.

Dentro de la teoría del derecho, estos cambios se acogen de dos postulados: El neoconstitucionalismo y el garantismo penal. El neoconstitucionalismo como modelo teórico se concibe como “un conjunto de mecanismos normativos e institucionales, realizados en un sistema jurídico-político históricamente determinado que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales”<sup>1</sup>. Gestándose además

---

<sup>1</sup> Comanducci, Paoli, Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis meta-teórico, fuente electrónica disponible en: [http://www.upf.edu/filosofiadeldret/\\_pdf/comanducci-formas.pdf](http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/comanducci-formas.pdf)

toda una corriente del garantismo<sup>2</sup> entendido como un modelo de derecho orientado a garantizar derechos subjetivos.

El derecho penal como última ratio del ius puniendi del Estado, postula un principio de mínima intervención, de ahí la definición sinónima de derecho penal mínimo y de garantismo penal<sup>3</sup>, implica todo un sistema de técnicas tendientes a la protección de la libertad, sobre todo la libertad personal respecto a los actos de la autoridad; capaz de reducir al mínimo la violencia de la intervención punitiva –tanto en la previsión legal de los delitos como en la comprobación y procesamiento judicial- sometiéndolo a estrictos límites impuestos, desde la sustancia constitucional, para tutelar los derechos de la persona<sup>4</sup>.

Los aportes de la concepción teórica del italiano Luigi Ferrajoli, permite identificar una serie de principios que limitan y legitiman las funciones legislativas y las funciones jurisdiccionales del Estado en su intervención e impacto en la esfera de los derechos fundamentales de la persona, éstos como sustancia del estado constitucional, lo que él describe como “la esfera de lo indecible” o, el juez Garzón denomina “el coto vedado”<sup>5</sup>, esto es, los derechos fundamentales: sustantivos

---

<sup>2</sup> Luigi Ferrajoli uno de los máximos exponentes del garantismo, determina que éste se gesta como una respuesta frente a la gran divergencia existente entre lo que establecen las constituciones y demás normas superiores de los ordenamientos jurídicos, que consagran derechos y garantías ideales para los ciudadanos, y lo que acontece en la realidad, en donde tales derechos y garantías muchas veces no se cumplen. Ferrajoli, Luigi: *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, España, 2006.

<sup>3</sup> El garantismo penal como límites que se imponen en la parte sustantiva, como garantías penales sustanciales, responden a los principios de legalidad o taxatividad de los hechos punibles, de lesividad, materialidad y culpabilidad. Por lo que respecta al proceso, como sustento de tutela de los derechos fundamentales, que dan seguridad jurídica a través de los principios de contradicción en el juicio, publicidad, oralidad, presunción de inocencia, carga de la prueba, estricta independencia entre acusación y juez.

<sup>4</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Garantismo y Derecho Penal*. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, número 31, Sección de Previa, 2001. Fuente electrónica, (consultado marzo 2013). Disponible en Internet en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/31/pr/pr11.pdf>;

<sup>5</sup> Garzón Valdez, Ernesto, en *Representación y Democracia*; Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Núm. 6, Alicante, 1989, (consulta-

y procesales que constituyen el límite, sustancia y legitimación de los actos de poder del Estado.

Es precisamente este garantismo en lo sustantivo y adjetivo lo que orienta la justicia penal y los principios rectores de la misma. No debe pasar desapercibido que la justicia penal y el sistema procesal a través del cual se operativiza, responde necesariamente a la ideología política y al modelo de estado imperante en un lugar y en una época determinada; por lo que los sistemas de justicia podrán expresar una forma inquisitiva o acusatoria de acuerdo al paradigma<sup>6</sup> y modelo de estado de que se trate: absolutista, legalista, constitucional, etc.

En el sistema de justicia acusatorio, el individuo ocupa el rol central, el legislador debe establecer los mecanismos para que se respete su libertad. El Estado se encuentra al servicio de los individuos para resolver los problemas o conflictos que entre ellos se susciten, son la característica básica de la división de las funciones de acusación, defensa y fallo en órganos diferentes e independiente entre si y su finalidad última es la resolución de conflictos. El sistema inquisitivo prevalece la idea de pecado y del delito, quien delinque está cometiendo pecado y por ello debe de ser sancionado, lo que se busca es la verdad material, no existe la división de funciones de acusación y fallo, el acusado es un objeto del proceso y la tortura es aceptada como medio para obtener la confesión<sup>7</sup>.

---

do abril 2010), disponible en internet en: [www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620813462839088024/cuaderno6/Doxa6\\_07pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620813462839088024/cuaderno6/Doxa6_07pdf); y *Algo más acerca del <coto vedado>*, fuente electrónica, (consultado abril 2013), disponible en: [www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620813462839088024/cuaderno6/Doxa6\\_12.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620813462839088024/cuaderno6/Doxa6_12.pdf)

<sup>6</sup> En la dogmática penal se identifican al sistema penal inquisitivo, al sistema penal acusatorio-adversarial, y a un sistema mixto, esto es que congrega principios, elementos y características de los anteriores. Conceptualmente a México se le ubicó como un sistema inquisitivo mixto.

<sup>7</sup> Obando Herrera, Sandra W. *El sistema acusatorio y el proyecto de reforma procesal penal*. *Rev. derecho (Valdivia)*. [online]. ago. 1999, vol.10 supl., pp. 31-39. Disponible en [http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09501999000100006&lng=es&nrm=iso](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501999000100006&lng=es&nrm=iso), ISSN 0718-0950.

Los sistemas de procesamiento penal descritos representan dos extremos de la justicia penal. La evolución histórica del sistema de justicia en la esfera criminal ha pretendido, en el mayor de los casos sólo a través del sistema de garantías y en la reforma del sistema normativo -constitucional<sup>8</sup> y legal-, el perfeccionamiento de éste, como estrategia para imponer al delincuente las penas o medidas de seguridad por el delito cometido, el resarcimiento de los daños causados al sujeto pasivo del delito –víctima y ofendido-; y buscado la readaptación y reinserción social del sujeto como mecanismos para preservar la seguridad social y el Estado mismo.

Las amplias críticas a la ineficiencia del sistema de justicia penal en México<sup>9</sup> se debieron sustancialmente a su naturaleza de tipo inquisitorio mixto, aun con lo paradójico que representa el intentar hacer compatible dos sistemas con principios rectores inconciliables. Sistema que intenta en forma ecléctica obtener aspectos favorables de los extremos, inquisitivo y acusador, expresado en un proceso escrito, lento, secreto en la parte de averiguación previa. El Ministerio Público tiene un amplio poder durante el proceso y sus actividades se llevan, en el mayor de los casos en la opacidad y la secrecía, esa fusión del sistema de justicia penal se revelaba porque:

Tenemos un órgano de acusación, como en el caso del acusatorio, se tienen etapas de oralidad expresa como el acusatorio, algunas pruebas tasadas y otras de libre apreciación como el inquisitivo y acusatorio, respectivamente, por ello el proceso penal no representa una puridad sistémica<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Los últimos cuatro lustros del siglo pasado ofrecieron a la luz de la justicia reformas determinantes en materia de justicia penal, efectuadas en los años 1983, 1984, 1986, 1993 y 1994. Debe mencionarse también que 1996 se previó el establecimiento de una legislación de excepción como lo es la Ley contra la delincuencia organizada.

<sup>9</sup> Hacia la implementación del juicio oral de tipo adversarial, es de comentarse que el artículo \_\_ transitorio de la reforma constitucional en materia penal de junio de 2008, concedió a las legislaturas un periodo de vacatio legis de ocho años, a fin de que en ese lapso se instrumenten las modificaciones legislativas, institucionales, de infraestructura, capacitación, etc., condicionantes para el ejercicio de la oralidad.

<sup>10</sup> Mancera Espinoza, Miguel Ángel, *La necesidad de un cambio en la forma de enjuiciamiento penal en México*, 2004, en: [www.info:jurídicas.unam.mx/ins/evacad/eventos/2004/0902/mesa4/106s.pdf](http://www.info:jurídicas.unam.mx/ins/evacad/eventos/2004/0902/mesa4/106s.pdf)



El procesamiento penal, al desahogarse, debe ser sustentado en el mandato constitucional obligado por diversos principios clásicos del proceso penal, estructurado en varias etapas de investigación, de acusación, juicio y ejecución. Este modelo ha fracasado, expresado por la crisis de la eficacia de la justicia penal y el abuso del poder de la práctica procesal penal, ampliamente documentada; tensión que se manifiesta en el rezago, la impunidad, parcialidad, lentitud y corrupción.

Son profusos los estudios e investigaciones, de instituciones públicas, privadas y académicas, con los cuales se demostró el grado de insatisfacción por la justicia penal, la impunidad, las flagrantes violaciones a los derechos de los imputados, la posición fantasmal de la víctima durante el proceso penal, pero junto a ello, también fue evidente como el ius puniendi estatal se definió con reformas legales desarticuladas, con la severidad de penas y la ampliación del catálogo de delitos graves, y su eficacia punitiva se midió cuantitativamente a la luz de la imposición de cuotas de consignación, multiplicándose los procesos, reclusos y sentenciados, soportados en causas penales preponderantemente por delitos de bagatela.

## **II. La reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública: su impacto en las instituciones operadoras del procedimiento penal**

El proceso de reformas y adiciones que experimentaron diez artículos constitucionales son el referente para iniciar la reestructuración del sistema de justicia penal mexicano, sin dejar de puntualizar que las reformas impactan sustancialmente a temas tanto del sistema penitenciario, de seguridad pública, de los derechos fundamentales como el de libertad personal<sup>11</sup>, expresa además un empoderamiento de las

---

<sup>11</sup> Las modificaciones que propone la reforma constitucional impactan en relación a la libertad personal por: a) la constitucionalización del principio de inocencia; b) la modificación de los requisitos para el libramiento de una orden de aprehensión flexibilizando sus elementos, introduciendo el conceptos de hecho ilícito; c) se incorpora la figura de la extensión de la flagrancia para la detención al incorporar la posibilidad de que cualquier persona pueda detener en flagrancia del delito “inmediatamente después de haberlo cometido”, prohibiendo lo que en algunas codificaciones estatales reglamentaron como “flagrancia equiparada” o “flagrancia de la prueba”;

partes en el proceso penal que da seguridad jurídica a la víctima y al imputado.

De acuerdo a Guillermo Zepeda<sup>12</sup>, el eje del sistema penal pasa a ser el juez, que rige el proceso y controla la actividad de la policía y el Ministerio Público.

- Todas las audiencias serán orales y grabadas, terminando con el anacrónico, ineficiente, bromoso y poco transparente sistema de expedientes escritos.
- Se establece un proceso con un juez imparcial con igualdad entre las partes (Ministerio Público que acusa y el abogado defensor que asesora al acusado).
- La audiencia pública da transparencia al proceso y le dejará claro a la sociedad los hechos y la forma en que están siendo juzgados.
- Sistema de salidas alternas.

La reforma constitucional en materia de justicia penal importa transformaciones de las instituciones operadoras del procedimiento penal, tanto en las funciones de investigación, procuración e impartición de justicia; además de que muestra un derecho diferenciado en tratándose de la delincuencia organizada<sup>13</sup>; lo que es una constatación de la

---

d) la constitucionalización del arraigo para delincuencia organizada; e) la restricción de la prisión preventiva, estableciéndose como plazo máximo de dos años, además que se prevé que ésta medida preventiva sólo podrá solicitarse cuando “otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado a juicio.

<sup>12</sup> Zepeda Lecuona, Guillermo; *La justicia penal alternativa en el modelo de justicia penal de Chihuahua*, Universidad Autónoma de México y Procuraduría General de Justicia del Estado de Chihuahua, México, 2010, p. 31

<sup>13</sup> Régimen diferenciado que se refleja en las modificaciones constitucionales al: a) elevar a rango constitucional un régimen de prisión especial para los miembros de la delincuencia organizada, a través de “centros especiales”, con la autorización de restringir sus comunicaciones, salvo las relativas a su defensor; b) Se incorpora la figura de la extinción de dominio, que procederá, en forma autónoma a la materia penal, y aun cuando no se haya dictado sentencia que determine la responsabilidad penal; c) Se prevé como del ámbito exclusivo federal legislar en materia de “delincuencia organizada”; d) la constitucionalización del arraigo para los miembros de la organizaciones criminales.

inmersión de la construcción teórica del derecho penal del enemigo, la prevalencia de la eficiencia persecutoria y punitiva contra la criminalidad organizada, los argumentos legitimadores de esa medida son los indicadores de corrupción, de infiltración en las instituciones públicas, de sus ramificaciones en el poder económico y político, y del peligro social que representa este tipo de criminalidad.

Las minucias de la reforma constitucional en materia penal propician un análisis esmerado y profuso para cada tópico; sin embargo se ha socializado su relevancia en el tránsito a un sistema de juicios orales en materia penal como soporte de un modelo de justicia acusatorio adversarial para México<sup>14</sup>; su esencia quedó contemplada en la inclusión de un apartado A<sup>15</sup>, del artículo 20 constitucional que prevé los principios generales y rectores que regirán el proceso penal: publicidad, contradicción, concentración, continuidad e intermediación.

La expectativa de éxito en la instrumentación del juicio oral en materia penal tiene su basamento en la aplicación plena de tales principios, entendiendo que: la oralidad impacta a todos los actos del drama penal, esto es acusaciones, alegaciones y argumentaciones de las partes, declaraciones, recepción de pruebas, y que la sentencia sea expresada oralmente; inherentemente esta oralidad debe soportarse en la intermediación, esto es el contacto directo del juzgador con las pruebas y las partes en las audiencias públicas; ligándose así el principio, que dará transparencia, confianza y asequibilidad de las partes al proceso y a la justicia; asimismo, la continuidad y concentración y contradicción que precisa el requisito de que el juicio oral se desarrolle en forma

---

<sup>14</sup> Es posible equiparar, para el caso mexicano, las causas generadoras que justificaron el impulso de las reformas al procedimiento penal en otros países, entre las que destacan: a) el proceso de democratización presente en varios países de América Latina; b) la crítica a sistemas políticos obsoletos; c) las presiones para modernizar el Estado en general; d) la reevaluación del papel de los derechos humanos –fundamentales–; e) la percepción negativa sobre el sistema judicial, y en particular, sobre los juzgados penales. Duce Mauricio y Pérez Perdomo Rogelio, cit por Carbonell, Miguel y Ochoa Reza Enrique, ¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?, Edit. Porrúa-UNAM, México, 4ª ed., 2009, p. 1.

<sup>15</sup> Integrado dicho artículo constitucional por tres incisos, A) Principios generales, recorriéndose lo que anteriormente ya regulaba la Constitución como inciso B) Derechos de toda persona imputada, y C) Derechos de las víctimas u ofendidos por el delito;

continua y se prolongue hasta su conclusión, desarrollándose tantas audiencias como sea necesario, y la contradicción de argumentaciones como equilibrada del litigio entre las partes en el proceso penal.

Junto a la innovación del juicio oral se incluyó todo un sistema de salidas o mecanismos alternos con el fin de administrar los procesos y con ello el número de juicios que llegan al procedimiento oral, constituyen por tanto el núcleo del nuevo sistema.

Pueden definirse como “las formas de cómo el proceso penal termina no en virtud de una resolución jurisdiccional, sino debido a la actuación o iniciativa de las partes”<sup>16</sup>, así los mecanismos alternativos para la solución de controversias, es el preámbulo para intentar llegar a una justicia restaurativa, y no solo retributiva, con la previsión de que en materia penal se regulará la aplicación, asegurando la reparación del daño y el establecimiento de los casos en que se requerirá supervisión judicial.

Las modalidades de estas salidas alternas son: a) Principio o Criterios de oportunidad; b) El procedimiento abreviado; c) Acuerdos reparatorios derivados de la solución del conflicto a través de cualquier mecanismo idóneo, incluyéndose por tanto en la reforma los mecanismos de justicia alternativa y restaurativa: mediación, conciliación, etc.; finalmente la d) Suspensión del juicio a prueba.

La necesidad de racionalizar y planificar la persecución penal es el argumento legitimante de las salidas alternas. El principio de oportunidad implica el establecimiento de “reglas claras para prescindir de la acusación penal, frente a casos en los cuales ordinariamente debía acusarse por un aparente hecho delictivo”<sup>17</sup>. Las experiencias de implementación de ésta salida responde a criterios cualitativos, es decir,

---

<sup>16</sup> Nataren Nandayapa, Carlos F. *Las “salidas alternas” en el diseño del nuevo proceso penal: breves notas desde la experiencia de la reforma en las entidades de la federación*, fuente electrónica, disponible en: [www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/11/rjf/rjf6](http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/11/rjf/rjf6)

<sup>17</sup> González Álvarez, Daniel, citado por Hernández Reyes, René, en *Breves comentarios sobre las salidas alternas al conflicto penal en el nuevo código procesal penal*, fuente electrónica disponible en: [www.juiciooraloaxaca.gab.mx/publicaciones55revitajussemperioquitur/BREVE%20COMENTARIOS%20SOBRE%20LAS%20SALIDAS%20ALTERNAS%20AL%20CONFLICTO%20PENAL%20EN%20EL%20NUEVO%20CODIGO%20PROCESAL%20PENAL.pdf](http://www.juiciooraloaxaca.gab.mx/publicaciones55revitajussemperioquitur/BREVE%20COMENTARIOS%20SOBRE%20LAS%20SALIDAS%20ALTERNAS%20AL%20CONFLICTO%20PENAL%20EN%20EL%20NUEVO%20CODIGO%20PROCESAL%20PENAL.pdf)

se trata de conductas delictivas menores, perseguibles por solo por el ofendido y previa querrela, a criterios cuantitativos de escasa penalidad, de criterios de economía procesal, de criterios subjetivos evaluables del sujeto activo del delito –primo delincuyente, colaboración del ofensor-, la reparación del daño a la víctima.

El procedimiento o juicio abreviado, esta modalidad supone un hecho delictivo, la existencia de elementos suficientes que relacionen al inculpado con aquél, la aceptación, confesión o reconocimiento de la culpabilidad y participación en el delito que se le imputa ante la autoridad jurisdiccional y su defensor, y al adminicular el dicho y las pruebas existe una constatación y congruencia, el proceso puede simplificarse, esto es, abreviarse las etapas de juicio, y dictarse sentencia. No solo es una estrategia de ahorro en tiempo y dinero para los sistemas de justicia y penitenciario, la procedencia de tal impone el cercioramiento de pruebas suficientes para vincular la culpabilidad del activo del delito y la reparación del daño a la víctima.

Los acuerdos reparatorios derivados de la solución del conflicto a través de cualquier mecanismo alternativo y restaurativo: mediación, conciliación, insertos con las adiciones efectuadas al artículo 17 constitucional. Estos mecanismos son formas alternas de administrar justicia, implican presupuestos de procedibilidad<sup>18</sup>: solicitud de las partes, son de tipo consensual y voluntario, las partes concurren legítimamente ante un tercero, la aceptación de soluciones y acuerdos reparatorios y resarcitorios, acuerdos que gozan del reconocimiento legal. Las bondades proporcionadas por estas formas de justicia son la brevedad, la economía, la sanación y restablecimiento de las relaciones interpersonales.

La suspensión del juicio a prueba como modalidad para evitar llegar al juicio oral tiene como características que se implementa para delitos no violentos, sobre primo delincuentes, condicionado a la reparación del daño, a saldar su deuda por alguna medida sustituta a la pena de

---

<sup>18</sup> En la práctica procesal, su implementación está condicionada a que se trata de delitos culposos, perseguibles solo por querrela del ofendido, no se ha empleado violencia en su comisión y de nueva cuenta la satisfacción plena de la reparación de daño. Su operación implica la participación imparcial de un tercero que asegure condiciones mínimas de voluntariedad y consenso, equidad, confidencialidad, sanación, verdaderos indicios de arrepentimiento del ofensor. Los riesgos es provocar en una revictimización en el sujeto pasivo del delito.

prisión: multa, servicio a la comunidad, terapias y apoyo profesional. El procedimiento se archiva provisionalmente, dándose seguimiento a la persona, si satisface las condiciones y no incurre en nuevas conductas delictivas puede archivar en definitiva; sin embargo, la reincidencia y la presencia de nuevas acusaciones reactivan el juicio en suspenso, además que ya no puede aspirar a éste beneficio<sup>19</sup>.

Frente a un cambio estructural de forma y sustancia de la justicia penal en México, el impacto a las instituciones operadoras del procedimiento penal ha comprometido a esfuerzos, no solo derivados del emplazamiento del Constituyente Permanente a una armonización legislativa, solo que el proceso no se reduce a la construcción del enunciado normativo, sino a erradicar viejas prácticas del qué y cómo de la justicia penal: en sus fases de investigación, persecución, impartición de justicia y ejecución de penas.

Como consecuencia a la transformación del sistema de justicia penal, su implementación lleva consigo el requerimiento de profundos cambios institucionales, en este nuevo escenario el recuento de modificaciones impactan:

- a) En el ámbito de las funciones investigadoras: Se legitima para investigar a todas las policías al establecerse que: “La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquel en el ejercicio de su función”;
- b) Se reconoce constitucionalmente el servicio de defensoría de oficio,
- c) El poder judicial experimenta transformaciones sustanciales al innovarse en figuras como: “juez de control”, “juez de vinculación o de trámite”, “juez de ejecución penal”;
- d) Se continúa con el proceso de desmonopolización de la acción penal del Ministerio Público, incorporándose la posibilidad de la acción penal privada,
- e) Existe un redimensionamiento de la participación procesal de la víctima del delito.

---

<sup>19</sup> Zepeda Lecuona, Guillermo. *La reforma constitucional en materia penal de junio de 2008. Claroscuros de una oportunidad histórica para transformar el sistema penal mexicano*. En Revista Digital de Derecho, del Colegio de Notarios de Jalisco, México, Análisis Plural, 2008, No. 3, fuente electrónica disponible en: [www.revistanotarios.com/files/la%20reforma%20constitucional%20en%20materia%20penal.pdf](http://www.revistanotarios.com/files/la%20reforma%20constitucional%20en%20materia%20penal.pdf)

Las adecuaciones y armonizaciones para la implementación del Sistema de Justicia Penal es integral, ya que comprende los subsistemas de Seguridad Pública, Procuración e Impartición de Justicia y Reinserción Social, que al potencializarse el modelo de justicia a propósito de la publicidad, la oralidad y la contradicción, de un sistema de audiencias, los roles de los operadores se modifican de fondo.

a) cambios en la función judicial.

Por lo que toca a los jueces, la reforma constitucional planteó la segmentación de la función jurisdiccional como consecuencia de los diferentes momentos de intervención dentro del juicio de reproche; los aspectos medulares se instituyen en un trípode, como garante de los derechos fundamentales que pueden ser tocados como consecuencia de una investigación criminal; como detentador de la función de la dicción del derecho en los casos de conflicto penal; y, en la aplicación de derecho como consecuencia de judicializarse la ejecución de las penas: Juez de control o de garantías<sup>20</sup>, Juez de instrucción o vinculación<sup>21</sup>, y Juez de Ejecución<sup>22</sup>.

Una innovación destacada a propósito del garantismo penal son las funciones que se encomiendan al juez de control o de garantías, pues se responsabilizará de la resolución de las solicitudes ministeriales de cateo, arraigos, intervención de comunicaciones privadas, órdenes de aprehensión, realizará audiencias preliminares al juicio conforme a la

---

<sup>20</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 16, párrafo décimo cuarto constitucional: *“Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.”*

<sup>21</sup> *Ibid.* Artículo 20, inciso A, fracción IV constitucional: *“El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral”.*

<sup>22</sup> *Ibidem.* Artículo 18 que organiza el sistema penitenciario para lograr la reinserción social, en relación al 21: *“La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial...”*

principios del sistema acusatorio, concluyendo su participación con el dictamen de auto de vinculación de proceso<sup>23</sup>.

El juez de control embona como parte de un sistema de contrapesos, controlando la actuación investigadora del Ministerio Público, a fin de evitar lesiones a los derechos fundamentales en riesgo por la imputación penal, pero además, como unidad estratégica para intervenir y validar judicialmente el espectro de salidas alternas al juicio oral: acuerdos reparatorios, resuelve sobre el ejercicio de la víctima de la acción penal.

Por lo que respecta al juez de ejecución es garante, por un lado del cumplimiento del control social del estado en el cumplimiento de que la pena de privación de libertad se cumpla de conformidad con los fines correctivos y de reinserción social y, por otro lado, vigilante, de que durante la ejecución de la pena se respeten los derechos fundamentales y se resuelvan con apego a las ley los beneficios de libertad anticipada, medidas sustitutas de la pena, beneficios, etc.

Debe acotarse que al Juez de Ejecución no se le ubicó en el paquete para que iniciara su vigencia en 2016, sino en virtud del decreto de 2008, que estableció en su artículo quinto transitorio que el nuevo sistema de reinserción previsto por el artículo 18, así como el régimen de modificación y duración de la penas establecido en el artículo 21, derivado de la adecuación normativa, sin que pueda exceder del plazo de 3 años contados a partir del día siguiente de la publicación del decreto de reforma constitucional; por lo que se parte del presupuesto que desde 2011 el Juez de Ejecución opera en todo el territorio nacional.

Sin dejar de reconocer las bondades de las nuevas figuras judiciales, el mayor impacto para la restauración de la confiabilidad de la justicia penal está en el juez de instrucción o de juicio, quien sin contaminarse con las minucias previas de la investigación será el “encargado de valorar la prueba que se presente durante la fase de juicio y, decidir la sentencia correspondiente”<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Cfr. García Ramírez, Sergio. La reforma constitucional penal (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?, Editorial Porrúa, 2ª ed., México 2009, pp. 59-66.

<sup>24</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación. *El sistema penal acusatorio en México: Estudio sobre su implementación en el Poder Judicial de la Federación*, México, 2008, p. 40.



A este funcionario jurisdiccional, durante la etapa de juicio, le corresponde la conducción del debate y la toma de decisiones, que tendrán un alto impacto en el desarrollo de las audiencias. Respecto a la conducción del debate o confrontación de interés de las partes, genera potencialmente un conjunto variado de problemas e incidencias que el juez debe resolver o administrar para que la audiencia cumpla sus funciones. Una vez que inicia la audiencia la persona responsable de asegurar que todo marche en forma correcta es el juez.

Debe además dar posibilidad para que las partes presenten sus peticiones, fundamentos y argumentos que la justifican, asegurarse de propiciar el equilibrio procesal, en espacio igualitarios a cada parte para que pueda presentar en forma razonable su punto de vista acerca del asunto que se debate; el juez debe permitir a las partes concluir un argumento cuando este aporta información no debatida y no es repetitivo.

El juez debe evitar intervenir en el debate con el propósito de manifestar sus propios argumentos a favor o en contra de una de las posibilidades antes de resolver el caso, asumir el papel de un tercero imparcial para la toma de decisiones, convirtiéndose en un promotor activo del principio de contradicción entre las partes. Por otro lado, en las audiencias, el juzgador debe asegurarse que las víctimas o el imputado comprendan las distintas acciones que se van realizando en la audiencia<sup>25</sup>.

Poseedor de funciones específicas respecto al sistema<sup>26</sup>, el juez debe mantener el orden y la disciplina dentro de la sala: no propiciar ni permitir debates personales, no descargar las iras acumuladas en contra del adversario durante el transcurso del proceso o cualquier otro

---

<sup>25</sup> Por ejemplo, en relación con el imputado manifestarle sus obligaciones en la suspensión de proceso a prueba y las consecuencias jurídicas de no cumplir con tales obligaciones. En el procedimiento abreviado de las consecuencias jurídicas de aceptación de hechos –cargos- y su derecho de ir o no a juicio oral.

<sup>26</sup> Por lo tanto, debe el juez velar para que la audiencia se desarrolló en un espacio de tiempo acotado. los jueces deben mantener un control estricto del tiempo. Las partes no tiene derecho a repetir ilimitadamente sus argumentos ni la información que la sustenta. El juez debe velar por el cumplimiento de la agenda del tribunal con el fin de que todas las audiencias programadas sean celebradas a tiempo, resguardar celosamente el carácter público de la audiencia, y ser garante de la legitimación de la justicia.

tipo de agresiones; debe evitarse cualquier acción proveniente de los litigantes, de la víctima, del imputado o del público que impida el normal desenvolvimiento de la audiencia, para lo cual posee un amplio esquema de facultades disciplinarias: que oscilan desde los llamados de atención, la solicitud de abandono de la sala, y detenciones.

Como instrumento de la justicia penal, la toma de decisiones del juzgador debe incentivar que las partes incorporen toda la información que sea útil para resolver el asunto debatido en audiencia; debe el juez emitir sus pronunciamientos donde deje en claro las decisión acerca de lo debatido en audiencia; y finalmente, tiene el deber de fundamentar y expresar verbalmente en la audiencia la decisión que adopta.

#### b) Cambios en la función acusadora y defensora.

Respecto al rol de fiscales y defensores: las principales diferencias entre ambos no emanan tanto del interés que defienden sino del hecho de ser peticionarios o no de la misma pretensión. Las actividades de ambas instituciones son muy similares: presentan la mayor cantidad de información, argumentos y medios probatorios relevantes para que el juez pueda tomar una decisión sobre el asunto que se debate.

Planteada la litis, cada uno es detentador de una posición y una teoría de caso en conflicto con la otra. Nuevas habilidades orales, discursivas: lógicas, argumentativas y racionales, intuitivas, psicológicas y hay quienes opinan que hasta competencias de naturaleza histriónica, son necesarias para lograr la persuasión y la convicción en el juzgador.

Los retos comprometen a un nuevo profesionista, pues si bien, la existencia de la oralidad no es propiamente una innovación en el sistema de justicia mexicano –juicios orales en el derecho civil y familiar, las audiencias orales y públicas en los juicios laborales y agrarios- , los riesgos de la vulneración de derechos fundamentales en conflicto con la ley penal, junto con la publicidad, la transparencia, la responsabilidad institucional y personal, inciden, para bien, como un cernidor del simulador del derecho.

#### c) Impacto en una investigación científica: Institución policial y pericial

Los indicadores de la justicia penal que revelan los amplios datos porcentuales de detención en flagrancia, las condiciones de opacidad y secrecía en que se desarrolló, o desarrolla aun la etapa de averiguación previa, catalogándose incluso como una etapa prejudicial, en la cual la recolección e integración de las pruebas representaron una solidez de la imputación y donde el auto de formal prisión, prácticamente predeterminaba la condición de culpabilidad, en espera de formalizar la sentencia condenatoria.

El tránsito al sistema penal acusatorio requiere una reestructuración de fondo en la labor de investigación, no solo a partir de la cientificidad del proceso y resultado mismo, sino con la profesionalización de las corporaciones y del sistema de periciales, donde los presupuestos mínimos de su actuación el respeto irrestricto al principio de inocencia y a la dignidad humana, donde la libertad es la regla del proceso; y donde su actuación responde a estándares de imparcialidad, neutralidad, veracidad, racionalidad de los medios indiciarios, y un manejo adecuado a través de protocolos de cadena de custodia.

No pasa desapercibido que la implementación del sistema, supone como premisas, un empoderamiento de las partes en el proceso penal, sus actividades previas a la audiencia deben revisar en forma detallada la información disponible; la integración de la teoría del caso bajo la selección de las cuestiones a pedir en la audiencia y de los argumentos que se formularán en la misma; y la preparación de los antecedentes que justificaran sus peticiones en caso de que sea necesario mostrarlos.

En la conversión de la parte como peticionario en la audiencia, tiene el deber de explicar el contenido de la solicitud; sustentar peticiones, afirmaciones y argumentos correlacionándolos con evidencia que las respalde; y, en atención al principio de contradicción, responder las eventuales objeciones y argumentos de la contraparte.

El objetivo para la integración e intervención de la víctima en el proceso penal ha evolucionado, las modificaciones al artículo 20 constitucional de las últimas tres décadas, así lo hacen constar. La reforma de 2008 preserva triunfos anteriores: asesoría jurídica, coadyuvancia con el Ministerio Público, atención médica y psicológica, interposición de recursos, reparación del daño, adicionándose nuevas garantías como el resguardo de la identidad tratándose de delitos de peligro y altamente traumatizantes como violación, secuestro, delincuencia organizada, tratándose de menores; institucionalmente se le impone la obligación al Ministerio Público de diseñar estrategias de protección a víctimas, ofendidos y testigos, la posibilidad de impugnar las decisiones ministeriales de no ejercicio y desistimiento de la acción penal, y la posibilidad de solicitar ejercitar la acción penal directamente ante el juez de control.

Por otra parte, en la situación del imputado en el proceso penal, se atiende a partir de la constitucionalización de los principios y derechos fundamentales que internacionalmente eran una exigencia impostergable; la presunción de inocencia y el derecho a declarar o a guardar silencio se extiende a todo el proceso penal, y no sólo a la detención; el derecho de ser informado, de conocer los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten; el derecho de ofrecer la prueba pertinente,

esto es valorando la condición de oportunidad para el ofrecimiento de la prueba, a ser juzgado en una audiencia pública; que se le respete el derecho a un plazo razonable para el juicio; a tener una defensa adecuada, y la limitación de la prisión preventiva a no más de dos años.

Los claroscuros de la justicia penal en México, evidenciada no solo por el clamor ciudadano nacional, sino expuesta por organismos internacionales de protección a los derechos humanos frente a las violaciones sistemáticas y estructurales a los derechos fundamentales y la incapacidad de tutelarlos, en lo sustantivo, procesal y en el nulo sistema de control y reparación por su violación; ello gestó para el México contemporáneo una nueva reforma en materia de derechos humanos y sus garantías, concretada en junio de 2011, impactando a la parte dogmática de la carta fundamental nacional que grosso modo establece la directiva de la dignidad humana como principio rector, valor y derecho supremo; además bajo las cualidades de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos implementando además el principio pro persona interpretación conforme y equiparando a máxima jerarquía normativa los tratados internacionales que regulen o protejan los derechos humanos, exigiéndose aparejadamente el control de convencionalidad.

A estas adecuaciones a la parte sustantiva o sustancial de los derechos humanos se adhiere la reforma al Juicio de Amparo, como medio de control constitucional –de tipo jurisdiccional- por excelencia, pues al reformarse también en 2011 sus fundamentos constitucionales, nos referimos a los artículos 103 y 107 que integra como elementos de procedibilidad del amparo: *“Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”*; y que provocó la emisión de una nueva Ley de Amparo reglamentaria de aquellos, publicada el 2 de abril de 2013.

Sendas interpretaciones jurisprudenciales han ido detallando a estas tres reformas y adiciones estructurales reflejo de los esfuerzos normativos del país por mejorar las condiciones de democracia, igualdad y constitucionalidad.

### **III. Los compromisos para la implementación del sistema penal acusatorio**

La implementación del sistema penal acusatorio en la natural exigencia de la armonización legislativa de las Entidades Federativas para operativizar y cumplimentar la meta de su entrada en vigencia en

toda la República para junio de 2016, estableciendo la elección del criterio la gradualidad, sea en loterritorial o por delito, para su entrada en vigencia en sus propias jurisdicciones.

En la experiencia, los esfuerzos de análisis y coordinación recayeron en la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos (CONATRIJ), y con posterioridad por acuerdo entre los tres supremos poderes federales determinaron instalar el Consejo de Coordinación para la implementación, que el noveno transitorio de la reforma de 2008 les conminó, a:

...establecer las bases para la operación del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, reconociendo a éste el objeto de analizar y acordar las políticas de coordinación nacionales necesarias para implementar, en los tres órdenes de gobierno, con la concurrencia de la sociedad y la academia, el nuevo Sistema de Justicia Penal.<sup>27</sup>

Este Consejo de Coordinación opera a través de su Secretaría Técnica (SETEC), y la premisa ha sido crear una serie de sinergias a fin de homogeneizar los procedimientos de su instrumentación, expresadas en el carácter inclusivo de las diversas instancias. En lo político como la Conferencia Nacional de Gobernadores (CONAGO), a instancias de seguridad pública, extensiva a todas las corporaciones preventivas de los tres niveles de gobierno, incluso los fueros militares; a las áreas administrativas, entre ellas la Secretaría de Educación Pública como responsable del proceso educativo y de culturización ciudadana, Secretaría de Hacienda y Crédito Público por las proyecciones presupuestarias a invertirse en la modificación y construcción de los espacios e infraestructura, y las necesidades de equipo tecnológicamente adecuado, que responda a las necesidades de la publicidad del juicio penal oral.

Las experiencias de las entidades federativas del país avanzaron a diferentes velocidades y tiempos, incluso de frente a la soberanía legislativa acogieron los postulados de la reforma en materia de justicia penal y seguridad pública adaptándola a sus particularidades locales, generando inconsistencias con los postulados del sistema penal acusatorio, que concluyó con materializar la federalización de la facultad

---

<sup>27</sup> México, Diario Oficial de la Federación, 5 de agosto de 2009.

legislativa y con la promulgación del código único que se comentara más adelante.

Los esfuerzos para la armonización se delinearon y calificaron a partir de la guía que el propio Consejo de Coordinación aprobó y que denominó “Método de Seguimiento a la Armonización Legislativa en las Entidades Federativas”<sup>28</sup>, que permite la clasificación y estratificación de los avances en los estados. Este método clasifica los esfuerzos a partir de las reformas y adiciones efectuadas en las legislaciones estatales: básicas, intermedia y complementaria. Esta metodología de seguimiento determina el contenido de esta clasificación:

- a) Legislación básica: Constitución Estatal o el Estatuto de Gobierno no contravenga los principios y contenidos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como el ordenamiento en que se establezca la forma de entrada en vigor del Sistema de Justicia Penal Acusatorio, ya que si la contraviene, debe reformarse.
- b) Legislación Intermedia: Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia, la Ley de Defensoría Pública, la Ley de Seguridad Pública, la Ley de Justicia para Adolescentes, el Código Penal y la Declaratoria de Incorporación al Sistema, todas, alineadas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y al Sistema de Justicia Penal Acusatorio y se les asigna a cada una de éstas el puntaje que se estima congruente con su importancia y trascendencia para la debida operación del Sistema.
- c) Legislación Complementaria: Ley de Atención a Víctimas u Ofendidos del Delito, la Ley de Sujetos Protegidos, la Ley de Administración de Bienes Asegurados y Decomisados, la Ley en materia de Secuestro, la Ley en materia de Trata de Personas y la Ley de Extinción de Dominio, todas, cuando estén alineadas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y al Sistema Procesal Penal Acusatorio.

El método de seguimiento y armonización en las entidades federativas evalúa los grados de cumplimiento en función de un orden de

---

<sup>28</sup> COCO/XI/003/13.-Acuerdo del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal por el que se aprueba el Método de Seguimiento a la Armonización Legislativa en las Entidades Federativas. Tomado en la sesión de fecha 09 de Diciembre de 2013.

prelación y de puntajes definidos, estructurados de acuerdo a los contenidos normativos y su correspondiente puntaje que se concentra en el cuadro inferior.

En este contexto, el rediseño orgánico y competencial de las instituciones operadoras del procedimiento penal corresponde a las evaluaciones de armonización legislativa, estratificadas en la etapa intermedia, y que exigen las adecuaciones de las legislaciones orgánicas del Poder Judicial Estatal, la Procuraduría General de Justicia de los Estados, Defensoría Pública, Justicia Penal para adolescentes, Seguridad Pública y la parte sustantiva de la legislación punitiva.

En lo que toca a los ámbitos de procedimiento penal, no obstante que la experiencia nacional ya revela la implementación del sistema penal acusatorio, en 13 Estados de la República, que representa el 40.6% del país<sup>29</sup>, incluso con la aprobación de las legislaturas locales de las leyes adjetivas. Sonora<sup>30</sup>, entre ellas, aprobó el Nuevo Código de Procedimientos Penales que recogió los postulados del sistema penal acusatorio; sin embargo, la discutida inconsistencia normativa, que hizo contradictoria la pretensión primera de la regularidad en materia de justicia penal, reavivo las corrientes por la unificación procedimental.

---

<sup>29</sup> De acuerdo a la organización Reforma Penal México, son nueve estados que están en proceso de iniciar con la implementación que representan el 28.12%, en tanto que a la fecha de consulta, son diez entidades federativas que no han iniciado que corresponde al 31.25%; fuente electrónica, disponible en el portal oficial, con dirección de acceso: [www.reformapenalmexico.org](http://www.reformapenalmexico.org) Véase Anexo I

<sup>30</sup> En la experiencia local de la entidad sonorenses, su promulgación ocurrió el 30 de enero de 2012.

<b>Clasificación*</b>	<b>Armonización legislativa local y puntaje</b>
1. Legislación básica:	1.1 El ordenamiento en que se establezca la forma de entrada en vigor del Sistema de Justicia Penal Acusatorio con un valor de 10 sobre 100, y 1.2 Constitución Estatal o el Estatuto de Gobierno que no contravenga los principios y contenidos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos con un valor de 10 sobre 100.
2. Legislación intermedia alineada a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y al Sistema de Justicia Penal Acusatorio:	2.1 Declaratoria de Incorporación al Sistema con un valor de 9 sobre 100; 2.2 Ley Orgánica del Poder Judicial con un valor de 8 sobre 100; 2.3 Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia con un valor de 8 sobre 100; 2.4 Ley de la Defensoría Pública con un valor de 8 sobre 100; 2.5 Ley de Justicia para Adolescentes con un valor de 8 sobre 100; 2.6 Código Penal con un valor de 8 sobre 100, y 2.7 Ley de Seguridad Pública con un valor de 8 sobre 100.
3. Legislación Complementaria alineada a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y al Sistema de Justicia Penal Acusatorio:	3.1 Ley de Atención a Víctimas u Ofendidos del Delito con un valor de 4 sobre 100; 3.2 Ley de Sujetos Protegidos con un valor de 4 sobre 100; 3.3 Ley de Administración de Bienes Asegurados y Decomisados con un valor de 3 sobre 100; 3.4 Ley de Medidas Cautelares con un valor de 3 sobre 100; 3.5 Ley de Extinción de Dominio con un valor de 3 sobre 100; 3.6 Ley en materia de Secuestro con un valor de 3 sobre 100, y 3.7 Ley en materia de Trata de Personas con un valor de 3 sobre 100.

Al retomarse la necesidad de la codificación única para todo el país, se materializó en un primer momento con la federalización de la facultad para legislar en la materia, adicionándose a la fracción XXI del artículo 73 Constitucional, que literalmente estableció en el inciso c:

La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución

---

\* *Ibidem.*



de penas que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común<sup>31</sup>.

Esta federalización culminó con la promulgación de Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014, reconociéndose en su artículo 2 como objetivo el:

...establecer las normas que han de observarse en la investigación, el procesamiento y la sanción de los delitos, para esclarecer los hechos proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que se repare el daño, y así contribuir a asegurar el acceso a la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito, en un marco de respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

Los transitorios establecen que su entrada en vigencia es gradual en el territorio nacional. En relación a las entidades federativas que ya hubieran iniciado con la operación del sistema penal acusatorio, su vigencia será previa solicitud, debiendo mediar sesenta días naturales entre la declaratoria y su inicio de vigencia; se establecen los criterios de derogación tácita de los preceptos incompatibles, así como la convalidación o regularización de actuaciones. Por otra parte, el artículo 8 transitorio emplaza a un periodo de doscientos setenta días naturales para que las entidades federativas publiquen las reformas a sus leyes y demás normatividad complementaria que resulten necesarias para la implementación de este ordenamiento, venciendo tal plazo el día 1 de diciembre del 2014, emplazando a un nuevo proceso de armonización legislativa estatal para hacerlo compatible a los postulados del código único de procedimientos penales.

Los esfuerzos por las adecuaciones normativas: orgánicas, sustantivas y procesales, como preámbulo para la implementación y, en algunos casos la puesta en marcha de los juicios orales en materia penal, que efectuaron las entidades de la República si bien generan contrariedad por el cambio de reglas, implicando una nueva armonización legislativa bajo los presupuestos de consensos, pesos y contrapesos

---

<sup>31</sup> De acuerdo a la adición aprobada por el Constituyente Permanente, con fecha del 08 de Octubre de 2013.

políticos inherente al órgano colegiado; finalmente los legisladores para eso están. Llama la atención los casos en los que ya han concretado la praxis de la justicia; esto es, nuevamente se define y modifican los parámetros y directivas de actuación de los operadores de la justicia penal, y se da el proceso de aprehensión y culturización ciudadana y de la comunidad jurídica: postulancia y académica.

El 40.6% de las entidades que ya lo han implementado han operado prácticamente en los ejercicios de prueba y error, justificable finalmente en la homogenización y el carácter perfectible de las normas y del procedimiento, pero pensando que el objetivo es un escenario de justicia que respete los derechos humanos y procesales, garantizando una justicia imparcial, bien vale la pena cualquier mejora que se intente.

#### **IV. Avances del rediseño orgánico y competencial de los operadores del procedimiento penal en Sonora**

En decreto del 28 de Marzo de 2011, se crea la Comisión Implementadora del Nuevo Sistema de Justicia Penal en el Estado de Sonora, creándose como una instancia del Ejecutivo del Estado de coordinación interinstitucional que tiene por objeto establecer la política, directrices y seguimiento para implementar el nuevo sistema de Justicia Penal en los términos previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Aglutinando diversas instancias del Poder Ejecutivo –toda el área de seguridad pública, procuración y defensoría pública, sistema penitenciario, etc-; Judicial –representado por su presidente y tres integrantes más; y Legislativo –con la presencia de tres legisladores-, incluyendo a la representación ciudadana integrando a un profesionista del colegio de abogados. Concretándose el 1 de septiembre del mismo año el Reglamento interior de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Implementadora del Nuevo Sistema de Justicia Penal en el Estado de Sonora que delinea las facultades en relación a la implementación del sistema acusatorio adversarial.

El 30 de enero de 2012, se publicó el Nuevo Código de Procedimientos Penales para el Estado de Sonora, recogiendo en lo básico el pronunciamiento de los principios rectores del sistema acusatorio adversarial, en réplica del marco constitucional, literalmente sosteniendo que: “El proceso será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad, igualdad de las partes e intermediación, en las formas que este Código determine”.

En su transitorio, la experiencia local apeló al periodo más amplio concedido por la *vacatio legis* para su entrada en vigencia, esto es el 18 de junio de 2016, y que habría de abrogar la ley adjetiva penal de

1949; determinando además que la forma de entrada en vigencia sería gradual, de acuerdo al criterio por región o por el tipo de delito. Una codificación cuya vigencia se frustró, precisamente por la situación anteriormente descrita, por la federalización de la facultad para legislar en materia de procedimientos penales, adoptada precisamente por la inconsistencia de las experiencias locales.

a) El rediseño institucional del Poder Judicial Sonorense.

Por decreto del 28 de junio de 2012 se reformaron, adicionaron y derogaron disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial de Sonora, creando los Juzgados de primera instancia de lo penal, juzgados de control, juzgados orales en lo penal y mercantil, y los juzgados de ejecución de sanciones<sup>32</sup>.

La implementación del sistema acusatorio adversarial, implica la capacitación del operador, además de crear las condiciones materiales y de infraestructura, previendo las esferas competenciales del personal de servicio que implique y atienda las condiciones de publicidad, oralidad, y permita abandonar el sistema de expediente, por el resguardo del proceso en los materiales de video y audio que se requiera en el sistema de audiencias. Personal de control de procesos, de administración de recurso humano y de agenda, de control de bienes e inventarios, y el resguardo, cotejo y reproducción de materiales, asegurando su fidelidad.

La competencia penal se distribuye en los Jueces de lo penal, de control, de juicio oral y de ejecución de sanciones, para el fuero común y en materia concurrente en el fuero federal, obligados en su actuación a:

- I. Resolver los asuntos sometidos a su potestad dentro de los términos previstos en la ley y con sujeción a los principios que orientan el ejercicio de la función jurisdiccional y los del procedimiento;
- II. Respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso;
- III. Realizar personalmente las funciones que le confiere la ley y responder por el uso de la autoridad que les haya sido otorgada en el ámbito de su competencia;

---

<sup>32</sup> Sonora, Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Sonora, Publicado en el Boletín Oficial del Estado, 28/06/2012; artículo 56, fracciones V, VI y IX

- IV. Guardar reserva sobre los asuntos relacionados con su función, aún después de haber cesado en el ejercicio del cargo;
- V. Atender oportuna y debidamente las peticiones dirigidas por los sujetos que intervienen dentro del procedimiento penal;
- VI. Abstenerse de presentar en público al imputado o acusado como culpable.

El origen de la distribución de la función judicial<sup>33</sup>, es evitar influenciar y predisponer la posible causa criminal a quien habrá de resolverla. Estas adecuaciones normativas, en concordancia a la cautela que Sonora ha tomado para la implementación del juicio penal oral y la distribución competencial de los órganos del Poder Judicial, entrarán sincronizadas al Código Único de Procedimientos Penales.

La entidad previó, en virtud del sistema de audiencias, estructuradas en 1) preliminar (investigación); 2) intermedia (preparación del juicio oral); y 3) de juicio oral (base para el debate)<sup>34</sup>. La fase primera de investigación está custodiada precisamente por el juez de control o garantías cuya función grosso modo es verificar el respeto a los derechos fundamentales del imputado, implicados aquí en las figuras procesales de cateo, de intervención de comunicaciones, toma de muestras personales; etc., esto es en relación a todas aquellas actuaciones de las autoridades de investigación que puedan privar, restringir o perturbar los derechos asegurados constitucional y convencionalmente.

El juez de control o de garantías resuelve la vinculación a proceso, dirige sustancialmente la fase intermedia y dicta sentencia en los juicios abreviados, entre otro.

---

<sup>33</sup> *Ibidem*, artículos 60 bis, 60 ter y 60 cuater.

<sup>34</sup> DE acuerdo a Carolina Villadiego, el diseño del proceso se integra en tres fases a. Investigación: liderada por el MP y la Policía, con el fin de recopilar información y evidencia para acusar y llevar a juicio. (Flagrancias o denuncias/querellas) Control de actuaciones por parte de juez. Medida cautelar y salidas alternativas b. Intermedia: verificar la seriedad de la acusación y preparar el juicio oral c. Juicio Oral: audiencia pública y contradictoria. Villadiego Carolina, Implementación del sistema penal acusatorio en América Latina, Nicaragua, Octubre de 2012, fuente electrónica, disponible en: [http://comunidadyprevencion.org/managua\\_doc/Carolina\\_Villadiego\\_Impacto\\_de\\_la\\_implementacion\\_del\\_SPA.pdf](http://comunidadyprevencion.org/managua_doc/Carolina_Villadiego_Impacto_de_la_implementacion_del_SPA.pdf)

Las competencias de los Juzgados Orales de lo Penal conocen y resuelven las causas penales, resolviendo las cuestiones que implique el desarrollo del juicio mismo, y dicta sentencia definitiva.

En la reestructuración que hace Sonora, la tercera figura judicial del proceso, es el Juez de Ejecución de sanciones, cuyo espectro competencial se describe como la “actividad ordenadora y fiscalizadora por los órganos jurisdiccionales para lograr el cumplimiento de los títulos de ejecución y las sentencias firmes de condena dictadas en los procesos penales”<sup>35</sup>.

En términos de las armonizaciones de la legislación sonorenses, El Juez de ejecución interviene a partir de la etapa de sentencia definitiva ejecutoriada, resolviendo sobre la modificación y duración de las sanciones penales, integra el expediente y da seguimiento para determinar el acceso a beneficios o tratamientos del recluso.

b) Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Sonora

La entidad no ha concretado los ajustes en el ámbito de Procuración de Justicia, que impacte en facultades específicas, tendiente a la armonización de la actuación ministerial, no obstante que los retos para el Ministerio Público, Policías Investigadoras y Servicios Periciales son sustantivas para la confiabilidad de los procesos de investigación en el sistema de justicia penal.

Como soporte del sistema, se espera que la etapa de investigación sea menos formalista y más funcional; ya que implica grandes desafíos para el posicionamiento institucional, para el manejo del flujo de casos del sistema que implique desestimar las causas, encauzar a las salidas alternas, el aumento en la capacidad y calidad de respuesta, y su contribución en materia de seguridad ciudadana<sup>36</sup>.

En las implicaciones de investigación, el establecimiento de los protocolos para la cadena de custodia, no se limita exclusivamente a los manuales, sino a crear condiciones para “mejorar el control y registro de los indicios, instrumentos o productos del hecho delictuoso particularmente para asegurar su inalterabilidad y autenticidad, lo que

---

<sup>35</sup> Benavente Chorres, Hesbert; *La ejecución de la sentencia en el proceso penal, acusatorio y oral*; Flores Editor y Distribuidor, México, 2011, p. 66.

<sup>36</sup> Centro de Estudios de Justicia para las Américas; *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*, Santiago de Chile, 2006, pp. 71 y ss.

permite, además, la debida preservación de las pruebas desde su localización, descubrimiento, aportación, hasta la conclusión de la cadena de custodia mediante acuerdo de la autoridad competente<sup>37</sup>.

### c) Rediseño orgánico y competencial de la Defensoría Pública

En origen su modificación trasciende a la mera nomenclatura, dejando de ser una defensoría de oficio a una de tipo público, se asume como una institución patrocinadora del derecho y de la justicia en materia penal, civil y administrativa, regida bajo principios de confidencialidad, gratuidad, legalidad, especialización, responsabilidad, diligencia y profesionalización.

Es precisamente la necesaria profesionalización que condiciona y califica al funcionario imponiendo requisitos precisos, además de preparación formalizada, de contar y demostrar conocimientos, aptitudes y habilidades suficientes para desempeñar el cargo de manera eficiente; además de someterse a procesos de control, que aspiran a transparentar un servicio civil de carrera, puntualizando los requisitos de ingreso y de permanencia.

La institución en su rediseño competencial, se integra en correspondencia al trípede de las funciones judiciales, en la adscripción a los juzgados de control, de juicio oral y de ejecución de sanciones. En concordancia a la implementación, esta reestructuración contempla iniciar su vigencia sincrónicamente al sistema de justicia adversarial.

Por otro lado, en relación a las legislaciones complementarias, se advierten avances en materia de Mecanismos Alternos de Solución de conflictos (MASC), promulgados el 11 de octubre de 2012, se concretaron adiciones a la Ley de Mecanismos Alternativos de solución de conflictos en Sonora, en este se incluyen las directivas para la justicia penal, en el marco del sistema acusatorio y de la operativización de las salidas alternas al juicio oral. Serán operados por el Centro de Justicia Alternativa, estructuralmente ubicados dentro del Poder Judicial; sin embargo, se les reconoce autonomía técnica. Su entrada en vigencia igualmente se prolonga a junio de 2016, situación que deberá también armonizarse en función de la federalización de la facultad en materia de los métodos alternos.

En sustancia se amplía su aplicabilidad a la materia penal, estableciéndose que proceden por “hechos que la ley señale como delito

---

<sup>37</sup> Exposición de motivos, Proyecto del Código Procesal Penal Único.

respecto de las que no proceda el perdón o el desinterés jurídico de la víctima, exclusivamente con el objeto de que se repare el daño o se atienda a sus diversas necesidades”<sup>38</sup>.

Otra adición que se vincula a la materia penal, quedo integrada en el artículo 18 del mismo decreto que estipula:

En las controversias del orden penal que puedan someterse a algún mecanismo alternativo, el Ministerio Público, durante la averiguación previa o investigación, o el Juez, en el auto de sujeción a proceso o de formal prisión, o en la etapa intermedia, hasta antes del auto de apertura a juicio oral, en su caso, podrán ordenar la citación al imputado o acusado y a la víctima u ofendido a una audiencia en la que se les expondrá la posibilidad de acudir a los centros de justicia alternativa para solucionar la controversia.

Sin embargo, en consonancia con la tendencia de unificación del procedimiento penal, y sopesando que el éxito del sistema de justicia penal oral se espera en función de la eficacia de las salidas alternas, integradas en ellas los acuerdos reparatorios a través de la mediación penal, se federalizó la facultad legislativa, de tal suerte que será le Congreso de la Unión quien cree las directivas de los Mecanismos Alternos de Solución de Conflictos, instrumentando para ello una ley especial, que derogará los cuerpos normativos locales.

En el mismo eje de legislación complementaria, Sonora concretó en el 2012<sup>39</sup> el dictamen de una nueva Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Medidas de Seguridad del Estado de Sonora, que regulará la ejecución de las sentencias penales, las medidas de seguridad, las medidas cautelares y las condiciones para el otorgamiento de la suspensión condicional de las sanciones, establecerá la intervención judicial en la fase ejecutiva de la pena privativa de libertad, y fijará las bases del sistema de reinserción social de los sentenciados.

---

<sup>38</sup> Sonora, Decreto Número 200, que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley De Mecanismos Alternativos de solución de Controversias para el estado de Sonora, Boletín Oficial del Estado, 11/10/2012; Segundo Párrafo del artículo 7.

<sup>39</sup> Su vigencia de acuerdo al transitorio primero inició el 18 de junio de 2014, lo que supone la derogación de la ley anterior; sin embargo, de acuerdo a las Ley Orgánica del Poder Judicial de la Entidad, establece que los jueces de ejecución se instrumentaran en 2016.

Estableciendo como principios rectores de la etapa de ejecución de penas, categorizados como mandatos de optimización a la legalidad, el respeto a la dignidad y la igualdad humana, evitando todo acto de discriminación; un trato humano, esto es con respeto absoluto a su integridad física, psíquica y moral; a su dignidad humana y a sus derechos y garantías fundamentales. Aparece nuevamente la cualidad de intermediación que debe caracterizar a las audiencias y actos procesales que se desarrollen en el procedimiento de ejecución, ya que deberán realizarse íntegramente bajo la observancia directa del juez de ejecución, sin que pueda delegar en alguna otra persona esa función; la socialización del régimen penitenciario; estableciendo como premisa la gobernabilidad y seguridad institucional como elementos para garantizar la seguridad de los propios internos como del personal penitenciario.

## V. Conclusiones

La implementación exitosa del sistema penal acusatorio no puede reducirse al criterio formalista -normativo y legalista-, sino a la aplicación a asumir los compromisos en forma transversal. En ello implica necesariamente la correlación entre teoría y praxis; difícilmente podrá alcanzarse su instrumentación si se desconoce el soporte teórico garantista del sistema penal acusatorio.

Esta transversalidad se colige y complementa con las reformas en materia de derechos humanos que arroja al principio pro persona y a la interpretación conforme, a los derechos humanos en su carácter de interdependencia, progresividad, universalidad, etc.; de sus garantías y de los mecanismos de control jurisdiccional o no, esto es juicio de amparo concretado en el nuevo cuerpo reglamentario de abril de 2013, que hace suyos los postulados de la justicia penal acusatoria, y que representa mejoría en la protección del inculpado y víctima, incluso para el primero a través del juicio de amparo directo, y protección de los derechos humanos, en este último caso, con las reformas a los procedimientos de queja, y de las facultades de investigación conferidas por violaciones graves a los derechos humanos; asimismo a partir de los criterios de control de la convencionalidad, del carácter vinculatorio de las resoluciones de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, no obstante el criterio del 3 de septiembre de 2013, sobre el control de regularidad de los derechos humanos que emitió la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que ha sido interpretada como un desacierto y un retroceso en la salvaguarda de estos derechos fundamentales en la vida nacional.



Los avances transversales en lo normativo, vinculan adicionalmente políticas públicas, presupuestarias, de educación y culturización por el nuevo sistema de justicia. En el colectivo social permanece el criterio de la prisión preventiva como un acto justiciero y de intervención inmediata frente a la lesión causada en su esfera jurídica, de la eficiencia institucional por encima de la protección garantista de los derechos humanos del inculpaado y víctima. Las ventajas que supone juicios orales, rápidos, públicos, impacta igualmente en los límites e intervención y afectación del operador del procedimiento penal.

Esta culturización exige igualmente avanzar en el uso de las salidas alternas al juicio penal y oral, su no operatividad augura un colapso del sistema. Estos criterios de oportunidad, de juicio abreviado, de acuerdos reparatorios, y de la suspensión del juicio a prueba, se soportan en una justicia restaurativa; donde no es la fórmula simplista de visibilizar a la víctima u ofendido, sino asegurarse en su resarcimiento, no solo económico –con la reparación del daño–, sino en lo psicológico y emocional. No es pues una fórmula simplista de la negociación de la justicia, la premisa es lograr la restauración del sujeto pasivo de la conducta delictiva.

La aplicación transversal supone los avances que se han dado en materia de infraestructura y diseño arquitectónico–salas de audiencias–y presupuestaria. Con relación al primero, se ha concretado un diseño modelo de lo que debe ser una sala de tribunal oral, con las ventajas de la publicidad y los sistemas de comunicaciones, circuitos cerrados, cámaras, videograbaciones, en suma, la administración de tecnologías de la información al servicio de la justicia. Lo presupuestario<sup>40</sup> implica además la contratación de personal, administrador, de profesionistas y

---

<sup>40</sup> A manera de ejemplo los Acuerdos del 13 de Marzo de 2013, por el que se establecen las políticas para la obtención y aplicación de los recursos destinados a la implementación de la reforma del sistema de justicia penal a favor de las entidades federativas para el ejercicio fiscal 2013, que en lo general plantean Establecer las bases y requisitos para destinar a las entidades federativas el subsidio, así como los mecanismos de seguimiento y evaluación de los proyectos que, en su caso, se aprueben a las entidades federativas, con el fin de que la administración de los recursos públicos federales se realice con base en los criterios de legalidad, honestidad, eficiencia, eficacia, economía, racionalidad, austeridad, transparencia, control, rendición de cuentas y equidad de género, fuente electrónica, disponible en: <http://www.stjsonora.gob.mx/reformas/Reformas130313.pdf>

técnicos en equipo de sonido y grabación, sustituyendo la cultura del expediente, ahora por material y equipos de audio y sonido. Propuestas técnicas y financieras para los sistemas penitenciarios, y las innovaciones de proyectos como la “cárcel vertical”<sup>41</sup>.

De acuerdo a la metodología de seguimiento a la implementación del sistema penal acusatorio, destaca el incumplimiento de la Entidad por realizar las adecuaciones desde el marco constitucional local, y en omisiones de leyes intermedias como las de justicia penal y de procuración de justicia. La armonización legislativa aun es inconclusa, y la vacatio legis se acorta inexorablemente, si bien los portales oficiales dan cuenta de estadísticas de capacitación y actualización de los operadores del procedimiento penal; sin embargo, los modelos formativos deben instrumentalizarse a partir de la práctica, y de abreviar de las experiencias nacionales e internacionales, que permitan allanar la implementación exitosa.

Finalmente habrá que estar atento al curso de las cosas en relación a la acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, impetrada por la Comisión Nacional de Derechos Humanos en contra de diversos artículos<sup>42</sup> del Código Nacional de Procedimientos Penales, por contemplar actos que traspasan los límites de la actuación constitucional y convencional de la autoridad para afectar los derechos de la libertad personal, a la libertad de tránsito, a la seguridad jurídica, a la privacidad o vida privada, a la integridad personal, de no injerencias arbitrarias, así como de los principios de legalidad y de certeza jurídica; implicados con motivo de la investigación penal. De proceder, implicarán un nuevo ajuste en la codificación nacional, y en la necesaria armonización local.

---

<sup>41</sup> Rojas Arguelles, Roberto; *Generación de espacios para la detención y cumplimiento de condena*, en: Los retos de la implementación en el nuevo sistema de justicia penal, Jornadas en temas de Planeación para la Administración de Tecnologías de la Información e Infraestructura, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la implementación del Sistema de Justicia Penal, México, 2010, p. 57.

<sup>42</sup> Los artículos en cuestión son: 132, 147, 148, 153, 155, 242, 249, 251, 266, 268, 303, 355 y 434. Que en su mayoría exceden los márgenes de actuación policial, policía para realizar inspecciones a personas o vehículos sin orden judicial, o al Ministerio Público (la procuraduría) para que congele los bienes de un detenido u ordene a una empresa de telefonía celular localizar en tiempo real un aparato ligado a un delito, la geolocalización, entre otros.

## VI. Anexo

### Imagen de avances de implementación del Sistema Penal Acusatorio



*Imagen:* Autor Organización Reforma Penal en México, disponible en portal oficial, dirección electrónica: [www.reformapenalmexico.org](http://www.reformapenalmexico.org)

# Aproximación político-criminal a la Ley de regulación y control del mercado de la marihuana aprobada en Uruguay

DR. DIEGO SILVA FORNÉ\*

## Sumario

- I. Antecedentes. La discusión se instala en el continente americano
- II. La evolución del marco normativo uruguayo en materia de drogas ilícitas hasta la sanción de la Ley N° 19.172
- III. La Ley de Regulación y Control del Mercado de la Marihuana

## I. Antecedentes. La discusión se instala en el continente americano

El resquebrajamiento del modelo prohibicionista sustentado a nivel internacional desde las Naciones Unidas, a través del esquema bélico de “guerra a las drogas”, se ha hecho evidente en América Latina en las últimas décadas. Ya lo era al momento de la aprobación de la Convención de Viena de 1988, más aún en tiempos más recientes. Efectivamente, hace ya décadas que los especialistas a nivel académico,

---

\* Profesor Adjunto de Derecho penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Director de la *Revista de Derecho Penal* (Uruguay). Redactor del Anteproyecto y Asesor parlamentario durante la discusión del texto que culminara siendo aprobado en Uruguay como Ley N° 19.172, de 20.12.2013, de Regulación y Control del Mercado de la Marihuana. [dsilvaf2@gmail.com](mailto:dsilvaf2@gmail.com)

sanitario, analistas políticos, juristas, economistas, etc., han advertido acerca del estrepitoso fracaso de este enfoque, la mentada “guerra” contra las drogas<sup>1</sup>.

En los últimos años nuestra región comienza a asumir la vanguardia a nivel internacional cuando el discurso crítico es asumido ya por operadores políticos de primera línea. Recordemos el impacto que produjo el artículo aparecido en un medio de prensa tan influyente como *The Wall Street Journal* el 23 de febrero de 2009, titulado “La guerra contra las drogas es un fracaso. Hay que centrarse en la reducción del daño para los usuarios y en la lucha contra la delincuencia organizada” y especialmente el hecho de que dicha nota estuviese firmada por tres ex - presidentes latinoamericanos: Fernando Enrique Cardoso (Brasil), César Gaviria (Colombia) y Ernesto Zedillo (México).

Novedoso resultaría entonces también que estas personalidades pertenecientes al mundo de la política efectuasen tal llamamiento, tratándose de un ámbito generalmente renuente a asumir posicionamientos comprometidos en una temática tan sensible y proclive a las generalizaciones y estigmatizaciones<sup>2</sup>. Los ex dignatarios mencionados integraban como co-Presidentes la *Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia*, junto a otras relevantes personalidades de América Latina; había precedido a este artículo una extensa y fundamentada Declaración, cuya presentación se había producido el 11 de febrero de 2009 en el marco de la tercera sesión de la Comisión, llevada a cabo en Río de Janeiro. En ella se manifestó la necesidad de una campaña de información sobre el tema, insistiendo en lo imperioso de acabar con los prejuicios que impiden una discusión seria y profunda, instando a su vez a América Latina a establecer con los Estados Unidos y con la Unión Europea un diálogo tendiente al desarrollo de alternativas viables a la guerra contra las drogas.

---

<sup>1</sup> Puede verse al respecto, en SILVA FORNÉ, Diego - “Legalización de las drogas”, *Revista Jurídica del Centro Estudiantes de Derecho*, Segunda época, Año II, Nº 4, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991; reproducido también en *Criminología y Derecho III*, “Primer Congreso Nacional Universitario de Derecho Penal y Criminología: Cárcel, Drogas. Minoridad”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1992.

<sup>2</sup> No debe extrañar que el plantear alternativas al prohibicionismo haya sido tradicionalmente estigmatizado como “complaciente” con el narcotráfico o “ingenuo” cuanto menos.

## A. La Declaración de la Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia

Este documento se tituló “Drogas y Democracia: hacia un cambio de paradigma”, y fue dada a público conocimiento con el propósito de formular recomendaciones tendientes a adoptar “...estrategias más eficientes, seguras y humanas” como alternativa a las políticas de “guerra a las drogas”. Refiere entonces a numerosos aspectos de interés cuestionando el prohibicionismo y los perversos efectos que ha tenido su enfoque bélico, fundándose en la ilusoria e inalcanzable utopía de un “mundo sin drogas”, con altísimos costos en vidas humanas, generando niveles de violencia crecientes así como el incremento del crimen organizado y la corrupción. En tal sentido, destaca alternativamente las políticas de “reducción de daños”, que enfocan el tema en el marco de la Salud Pública<sup>3</sup>.

Si bien podría sostenerse que la referida Declaración fue excesivamente cauta teniendo en cuenta la discusión que viene dándose desde hace décadas en diversos ámbitos, seguramente ello se haya debido a la consideración de que lograr un viraje de la política dominante a nivel internacional es un largo proceso en cuya incidencia se requiere medida y la búsqueda de un viable nivel de diálogo y consensos. En ese entendido, se trató de un documento sumamente valioso.

Parecería que se requiere en primer lugar la incorporación a las agendas políticas nacionales de esta discusión, lo que todavía es un debe en buena parte de nuestra región<sup>4</sup>; solamente la profundización del debate en las áreas involucradas (lo político, lo jurídico, lo sanitario, lo social, etc.) puede permitir una reflexión que de generalizarse y alcanzar incidencia en los órganos de decisión, contribuya a repensar la fallida estrategia seguida preponderantemente a nivel global.

---

<sup>3</sup> Al respecto, SILVA FORNÉ, Diego - “El fracaso de la guerra contra las drogas”, *Revista de Derecho Penal* N° 18, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2009.

<sup>4</sup> La colisión con el Estado de Derecho y el fracaso de la política de control de la droga en América Latina a través del enfoque bélico ya hace dos décadas han sido denunciados por juristas de la región en obras clásicas como, entre otras, SAAVEDRA ROJAS, Edgar y DEL OLMO, Rosa - *La Convención de Viena y el narcotráfico*, Temis, Bogotá, 1991; o BUSTOS RAMÍREZ, Juan - *Cocaína. Política criminal de la droga*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1995.

Volviendo al documento, recordemos que propuso también incorporar en las políticas públicas en la materia, la experiencia adquirida en relación al control de las drogas legales como el alcohol y el tabaco. En ese marco inserta una propuesta legalizadora de la marihuana, a partir de señalar que la evidencia empírica demuestra que puede ser tan dañina para la salud como las drogas legales que se consumen masivamente, a la vez que la prohibición limita el debate científico obstaculizando los posibles esfuerzos investigadores relativos a un aprovechamiento lícito y terapéutico<sup>5</sup>.

## **B. El surgimiento de un ambiente propicio para el debate**

En los años siguientes diversos hechos continuarían sucediendo en el continente, propiciando un terreno fértil para la introducción de cambios. Así, otras personalidades a nivel internacional así como académicos y diversas entidades no gubernamentales, generarían ámbitos de debate y emitirían declaraciones al respecto, propiciando alternativas al prohibicionismo.

Un aspecto que puede ser considerado clave en tanto favorecedor de la apertura a la discusión experimentada en la región, tiene que ver también con la situación político-institucional norteamericana. La Administración Obama moderó el discurso represivo característico de gobiernos anteriores, sobre lo que probablemente haya incidido que casi dos decenas de sus Estados hayan aprobado en sus jurisdicciones el uso medicinal de la marihuana, generando una importante experiencia regulativa y a la vez, en ese momento estuviera planteada la iniciativa para la regulación de su uso recreativo en dos de ellos; téngase presente que tales experiencias regulatorias a nivel de algunos Estados, si bien hasta entonces referidas a los usos medicinales del cannabis, permiten en algunos casos el cultivo de marihuana para consumo del paciente, así como en otros autorizan a través de licencias la producción y distribución de cannabis para la compra por aquéllos.

---

<sup>5</sup> No se trata tampoco de argumentos nuevos. Véase que obras de divulgación al respecto circulan masivamente hace años señalando precisamente tal limitación y sin embargo aportando datos científicos desde diversas disciplinas. Así, puede verse por ejemplo y desde procedencias heterogéneas, GRINSPOON, Lester y BAKALAR, James, *Marihuana, la medicina prohibida*, Paidós, Barcelona, 1997 (1ª edición en inglés: 1993, Yale University); ESCO-HOTADO, Antonio, *Aprendiendo de las drogas. Usos y abusos, prejuicios y desafíos*, Anagrama, Barcelona, 1995.

Si bien la política federal ha continuado siendo prohibicionista y en algunos casos hostil a la industria de la marihuana medicinal, no se ha dado un conflicto frontal con los gobiernos estatales. Esa distensión a su vez también comenzó a manifestarse lentamente hacia el sistema judicial, considerando la descomunal prisionización que caracteriza a los Estados Unidos, donde buena parte de los encarcelamientos se vinculan a conductas relativas a estupefacientes, y a su vez una cifra importante de éstos -hasta hace poco, más de la mitad- en relación al cannabis<sup>6</sup>.

En ese marco, mientras en los estados norteamericanos de Colorado y Washington se proponía el sometimiento a referéndum de un régimen estatal de contralor de la marihuana para usos recreativos -tras varios años de experiencia en su expendio para usos medicinales-, en América Central cada vez más voces se alzarían contra los resultados dramáticos en violencia y vidas humanas en dicha región a partir del régimen de control de las drogas emergente de las Convenciones de Naciones Unidas, reclamando alternativas (así, se manifestaría el Presidente de Guatemala, Otto Pérez Molina, en tanto en sentido similar se orientarían las iniciativas promovidas por el ex Presidente de México, Vicente Fox). Para entonces, ya las agencias noticiosas de todo el mundo se habían hecho eco del proyecto de ley que se discutía en el Uruguay en relación a la marihuana.

Al mismo tiempo, la Organización de Estados Americanos también pondría el tema entre sus prioridades de discusión hemisférica, cuando la *Sexta Cumbre de las Américas* celebrada en Cartagena de Indias en abril de 2012, reuniendo a los jefes de gobierno de los Estados miembros y presidida por Juan Manuel Santos, Presidente de Colombia, mandata a la Secretaría General a "...analizar los resultados de la actual política en las Américas y de explorar nuevos enfoques para fortalecer esta lucha y para ser más efectivos".

Resultante de esa iniciativa, el informe titulado *El problema de las drogas en las Américas*, contentivo de un *Informe Analítico* y un *Informe de Escenarios 2013-2025*, sería presentado por el Secretario General de la O.E.A. José Miguel Insulza, el 17 de mayo de 2013, al

---

<sup>6</sup> TODD, Tamar - "The case of Medical Marijuana in the U.S.: Lessons and Challenges", conferencia brindada en el Paraninfo de la Universidad de la República Oriental del Uruguay, Junta Nacional de Drogas - Universidad de la República, Montevideo, 2012.



Presidente de Colombia como anfitrión de la VI Cumbre, y a través de éste fue enviado a todos los mandatarios de la región. Por otra parte, el documento formó parte de la discusión del tema central de la *XLIII Asamblea General* del organismo americano celebrada en La Antigua, Guatemala, entre los días 4 y 6 de junio de 2013.

### C. Los informes de la OEA

Como se dijera, en mayo de 2013 fue presentado el Informe de la OEA titulado *El Problema de las Drogas en las Américas*, constando de dos partes: un *Informe Analítico* que en varios capítulos se ocupa de diversos aspectos de la problemática, así como un *Informe de Escenarios 2013-2025*, donde se delinearán posibles situaciones a ocurrir en la región durante el período señalado.

La sola elaboración de estos informes denota un importante cambio de rumbo en el organismo multilateral, con el reconocimiento a nivel interestatal de la necesidad de comenzar a discutir cambios en las políticas existentes en la materia; particularmente el cambio se advierte en lo que había sido la política de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), tradicionalmente alineada con los puntos de vista del gobierno norteamericano.

Ello se reflejó también en la convocatoria a expertos para la preparación de los informes, donde sobre todo en el *Informe de Escenarios* se contó inclusive con la participación de destacados especialistas así como representantes de entidades no gubernamentales que desde hace tiempo abogan por cambios en las políticas represivas y prohibicionistas.

Cabe señalar como aspecto positivo en una visión de conjunto, el declarado propósito de que los aportes vertidos constituyan insumos para una discusión profunda que la región debe dar sobre el tema y desde la óptica y particular situación de todos los Estados involucrados, con sus diferentes realidades.

Ello de por sí ya constituye un sustantivo avance frente a la perspectiva tradicional emanada de los órganos de Naciones Unidas, embarcados a ultranza en una defensa casi mística de un modelo fracasado y agotado, particularmente cumpliendo dicho rol la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE).

#### 1. El *Informe Analítico*

En relación con el *Informe Analítico*, corresponde señalar que se trata de un extenso documento que recoge opiniones y datos de fuentes diversas, acumulando información muchas veces sin un hilo conductor o una perspectiva crítica que permita hacer explícito o cuanto menos,

cognoscible, el diverso marco teórico del que provienen unas y otras<sup>7</sup>. Sin perjuicio de ello, reúne importantes datos, así como formula afirmaciones hasta el momento innovadoras en ámbitos institucionales, como las siguientes:

- Que no existe un único problema en relación con las drogas en el hemisferio sino múltiples problemas que afectan en forma diferencial a los distintos países de la región;
- Que en tanto Estados Unidos y Canadá (sobre todo el primero) son los principales lugares de destino final de las drogas traficadas, el impacto en la economía, las relaciones sociales, la seguridad y la gobernabilidad es mucho mayor en los países de cultivo, producción y tránsito (América Latina);
- Que todas las drogas pueden ser perjudiciales para la salud, inclusive las drogas legales;
- Que la reducción de la violencia e inseguridad asociadas a la venta de drogas ilegales está relacionada con la reducción de la condición de vulnerabilidad social y demanda una atención integral del Estado y la sociedad civil en los ámbitos de la educación, el empleo, la igualdad de oportunidades y la habitabilidad urbana;
- Que la impunidad y la corrupción son los problemas que deben atenderse en lugar del incremento de las penas por los delitos;
- Que el consumo de drogas requiere un enfoque sanitario, encontrándose su despenalización en la base de cualquier estrategia de Salud Pública;
- Que el enfrentamiento a los problemas de las drogas requiere una gran flexibilidad y la comprensión de las realidades diferentes que enfrentan las distintas sociedades, por lo que debe admitirse la diversidad de las situaciones particulares de los distintos Estados;
- Que tal mayor flexibilidad podría llevar a aceptar la posibilidad de transformaciones en las legislaciones nacionales así como impulsar cambios en la normativa emanada de las convenciones internacionales en la materia.

---

<sup>7</sup> *El Problema de las Drogas en las Américas*, Organización de Estados Americanos - Secretaría General, Washington DC, 2013. Disponible en [www.oea.org](http://www.oea.org).

## 2. El *Informe de Escenarios 2013 - 2025*

Como expresamente se indica en el documento, los escenarios son narraciones de lo que podría ocurrir en la región en el futuro; no son pronósticos sobre lo que podría ocurrir ni recomendaciones sobre el rumbo que debería adoptarse: se trata de cuatro relatos acerca de cómo podría evolucionar la situación hemisférica en base a las variables más importantes que los especialistas convocados evaluaron en materia política, económica, social, cultural e internacional<sup>8</sup>.

Los escenarios presentados fueron cuatro, con las siguientes denominaciones: *Juntos*, *Caminos*, *Resiliencia* y *Ruptura*. La ocasión nos impone nada más que breves lineamientos al respecto.

El escenario *Juntos* parte de la base de que las medidas adoptadas hasta el momento en el combate a las drogas son correctas, en tanto lo que ha fallado es su implementación; la problemática de las drogas es parte de un problema mayor donde las instituciones estatales son débiles y no pueden controlar el crimen organizado, la violencia y la corrupción derivados del narcotráfico. Se orienta entonces a fortalecer las capacidades de las instituciones judiciales y policiales mediante una mayor profesionalización, más recursos, incremento de medios técnicos y una cooperación internacional más fuerte y homogénea.

El escenario *Caminos* entiende que el problema de las drogas lo genera en sí el propio régimen legal de los estupefacientes, que enfocado desde una perspectiva punitiva está causando daños mucho más graves que aquéllos que pretendía prevenir, por lo cual deben introducirse cambios cualitativos en las políticas en la materia. Las respuestas entonces surgirán a partir de generar regímenes legales y regulatorios alternativos, iniciando con el cannabis, y reasignando entonces recursos hacia la prevención, la investigación y el apoyo sanitario respecto del uso problemático.

El escenario *Resiliencia* considera que el problema de las drogas es una manifestación de disfunciones sociales y económicas subyacentes, por lo que en lugar del enfoque represivo los Estados se orientarán hacia el fortalecimiento de las comunidades a nivel local, así como el

---

<sup>8</sup> *Escenarios para el Problema de las Drogas en las Américas*, por el Equipo de Escenarios convocado por la Organización de Estados Americanos bajo el mandato recibido de los Jefes de Gobierno de los Estados Miembros en la Cumbre de las Américas, Cartagena de Indias - 2012, Organización de Estados Americanos, Washington DC, 2013. Disponible en [www.oea.org](http://www.oea.org).

apoyo a las empresas y las organizaciones no gubernamentales, con lo que se obtendrá mejores resultados en seguridad y salud públicas.

El escenario *Ruptura* parte de la base de que los países donde se producen drogas y aquéllos por donde éstas transitan hacia sus mercados, están pagando costos insoportables e injustos en vidas humanas, violencia y corrupción. Como consecuencia de ello, algunos países abandonan unilateralmente la lucha contra la producción o el tráfico de drogas por su territorio, o llegan a aceptarlo sin enfrentarlo, dando mayor atención a las prioridades domésticas y reasignando recursos que actualmente se invierten en seguridad y cooperación internacional securitaria.

Evidentemente y conforme con su propósito, el documento no brinda conclusiones ni directivas, sino que ofrece como material de discusión para los próximos años, estos cuatro escenarios plausibles, fundados, claros y desafiantes.

Paralelamente mientras se comenzaban a elaborar estos documentos, en los Estados Unidos en noviembre de 2012 los estados de Colorado y Washington aprueban en referéndum por voto popular, la regulación estatal del uso recreativo del cannabis, en contraposición a las políticas federales en la materia. Finalmente a su vez, en diciembre de 2013 Uruguay aprobaría la Ley de Regulación y Control Estatal del Mercado de la Marihuana, constituyéndose en el primer país del orbe que se aparta del modelo prohibicionista tratándose de cannabis.

## **II. La evolución del marco normativo uruguayo en materia de drogas ilícitas hasta la sanción de la Ley N° 19.172**

### **A. La normativa penal anterior al impulso bélico**

El marco normativo uruguayo en relación a las drogas ilícitas, anterior a la vigencia del modelo actual basado en las Convenciones de 1961, 1971 y 1988, se basaba en dos disposiciones: un artículo del Código Penal de 1934 referido al comercio de la coca, opio o sus derivados fuera de las circunstancias previstas reglamentariamente (art. 223, derogado en 1974) y la Ley N° 9.692, de 1937, que estableciera el monopolio del Estado para la importación de estupefacientes, controles administrativos a las droguerías, farmacias y laboratorios, así como sanciones penales al respecto. Se trató de disposiciones que tuvieron escasa aplicación en la órbita judicial, sin perjuicio de su eventual

utilización como mecanismo de control policial respecto de sectores especialmente vulnerables<sup>9</sup>.

Característico sin embargo de dicha normativa resultaría que no preveía en ningún caso la utilización de la respuesta penal para los consumidores, ni tampoco respecto de la tenencia de droga para consumo personal, pues como sostuvo entonces RETA, "...quien la tiene para sí, jamás puede poner en peligro la Salud Pública"<sup>10</sup>.

Como consecuencia de la implementación a nivel internacional del modelo convencional actual de control de sustancias psicoactivas a impulso de los Estados Unidos y a través del marco de las Naciones Unidas, a inicios de la década de los 70' Uruguay comienza a analizar la modificación de su normativa en relación a dichas drogas, siguiendo la tendencia imperante en la región.

### **B. El endurecimiento punitivo**

En 1973 una Comisión integrada por representantes políticos y académicos elabora un proyecto de ley al respecto, que no obtiene sanción al producirse el golpe de estado en julio de ese año. La dictadura militar retoma la iniciativa, adoptando el proyecto que lo precediera en lo sustancial pero agravando las penas, así como refiriendo las conductas delictivas a las sustancias emergentes de las listas de las convenciones internacionales (Decreto-ley N° 14.294, de 31.10.1974). En forma concomitante, Uruguay ratifica la Convención Única de 1961 (Nueva York) y su Protocolo de 1972, en julio de 1974 (Decreto-ley N° 14.222, de 11.07.1974), así como el Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971 (Viena), en mayo de 1975 (Decreto-ley N° 14.369, de 08.05.1975).

La legislación que emergió de ese marco se caracterizó por la dureza de las penas de los delitos, existiendo una única figura excarcelable. En mérito a la sistemática defectuosa de la ley, la doctrina inspiró a la jurisprudencia a seguir el camino de canalizar la mayoría de las conductas a través del art. 35 del Decreto-ley N° 14.294, compatible con la libertad provisional. En efecto, este draconiano régimen fue atemperado

---

<sup>9</sup> GARAT, Guillermo - *Marihuana y otras yerbas. Prohibición, regulación y uso de drogas en Uruguay*, Debate, Montevideo, 2012.

<sup>10</sup> RETA, Adela - *Derecho Penal. Segundo Curso*, Oficina de Apuntes del Centro Estudiantes de Derecho, Montevideo, 1960, p. 52.

en su interpretación a partir de la obra de Adela RETA al respecto, la que marcó la jurisprudencia en la materia<sup>11</sup>.

Pese a la gravedad de las penas, la ley mantuvo la disposición del proyecto de 1973, en cuanto consagraba expresamente -conforme la posición de RETA, que ya sustentara respecto de la legislación anterior- que no se castigaba la tenencia de drogas ilícitas cuando ésta fuere para consumo personal (art. 31).

La discusión se produjo doctrinaria y jurisprudencialmente respecto a qué cantidades podían considerarse que eran exclusivamente para consumo personal, dado que la ley hablaba de "cantidad mínima". Así, conforme el criterio que adoptara cada juez, la interpretación que se hiciera variaba de un tribunal a otro, lo que desde el punto de vista práctico podía implicar un castigo oblicuo para el consumidor cuando a juicio de la sede judicial interviniente la cantidad de sustancia ilícita habida no encuadraba en el concepto que el Juez en cuestión considerara "mínima".

Ya restablecido el régimen democrático, la jurisprudencia comenzó a adoptar también a instancias de la doctrina, el concepto de "consumo grupal" distinguiéndolo del suministro de estupefacientes. De esta manera, las situaciones de consumo colectivo de drogas ilícitas se entendieron como amparadas en la disposición de la ley relativa al consumo personal.

En 1994 Uruguay ratifica la Convención de Viena de 1988 (Ley N° 16.579, de 21.09.1994), y cuatro años después se modifica la legislación sobre estupefacientes (Ley N° 17.016, de 22.10.1998), por un lado para introducir las modificaciones legislativas que reclamara dicha convención en lo que tiene que ver con lavado de activos, medidas cautelares y régimen de control de precursores químicos, en tanto por otro lado se redujo el mínimo de pena de buena parte de las figuras delictivas, por lo que se hicieron compatibles con la excarcelación provisional.

En relación a la tenencia para consumo personal, se modificó la redacción de la disposición, haciendo referencia ahora a "cantidad razonable destinada exclusivamente a su consumo personal", lo que

---

<sup>11</sup> RETA, Adela - "La Ley N° 14.294 sobre comercialización y uso de estupefacientes y sustancias sicotrópicas", *Anuario de Derecho Penal Uruguayo* N° 1, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1976, pp. 287-308.

permitió una mayor latitud a los jueces para valorarla. Sin embargo, se mantuvieron criterios muy dispares entre los distintos tribunales en cuanto a su determinación.

En cuanto al autocultivo de cannabis, si bien la doctrina había señalado ya desde la década de los ochenta que tratándose de una conducta destinada al consumo personal, no debería ser castigada en tanto no existía afectación a la Salud Pública<sup>12</sup>, la jurisprudencia se mantuvo muy reticente en relación a este concepto, efectuándose numerosos procesamientos por cultivo de escasas plantas aún cuando resultara evidente que estuvieran destinadas al consumo personal o doméstico.

### C. El debate académico

En el Uruguay, la discusión en el ámbito universitario se remonta a algunas décadas<sup>13</sup>. En 1991 se llevó a cabo el *1º Congreso Nacional Universitario de Derecho Penal y Criminología*, con la participación de estudiantes, docentes y operadores jurídicos, una de cuyas comisiones se dedicó a la problemática de las drogas, dando lugar a un intenso y recordado debate sobre el tema. A más de veinte años, los argumentos allí vertidos continúan teniendo plena vigencia: "...la política represiva frente a las drogas ha tenido efectos nefastos, dado que: I) Su costo social y político ha sido elevadísimo, frente a los magros resultados obtenidos. El enorme poder económico del narcotráfico ha hecho estéril toda iniciativa contra éste, generándose una organización criminal con ramificaciones a todo nivel en el plano internacional. (...) La racionalidad inherente a una economía de mercado -siendo el tráfico un negocio espectacular- indica que solamente puede desestimarse haciendo que sea un mal negocio, y para ello, la legalización parece ser el único medio. Desde el punto de vista individual, el enfoque represivo

---

<sup>12</sup> En tal sentido se manifestaría Adela RETA ya en 1981, en su artículo "Análisis de los resultados de la aplicación de la Ley N° 14.294 sobre estupefacientes y psicotrópicos", *Revista de Derecho Penal* N° 3, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1981.

<sup>13</sup> Allí se debatiría nuestra contribución SILVA FORNÉ, "Legalización de las drogas", cit. Véase asimismo con mayor referencia al punto y varios años después, en SILVA FORNÉ, "El fracaso de la guerra contra las drogas", cit.; en sentido similar, SILVA FORNÉ, Diego - *LA REFORMA PENAL. El derecho vigente: legislación, doctrina, jurisprudencia. Modificaciones proyectadas. Alternativas*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2012, pp. 232-234.

ha supuesto una mayor marginación del consumidor, dado que lejos de obtenerse la tutela de la libertad de autodeterminación del mismo, el efecto ha sido el inverso. II) Se desarticulan todos los esfuerzos dirigidos a la prevención; ésta debe entenderse en el sentido de la promoción de actitudes vitales basadas en la autonomía y responsabilidad individuales." Se consideró que la política alternativa debería ser ajena al Derecho penal y orientada a la prevención de la demanda y la asistencia al consumidor (como se vio, lo que actualmente se denomina "reducción de riesgos") a través de políticas educativas con el objetivo de reducir los posibles riesgos derivados del consumo; "...únicamente deberían permanecer figuras penales residuales tales como las que se refieren al suministro de drogas a menores o incapaces, ya que en este caso se tutelaría su capacidad de autodeterminación..."<sup>14</sup>.

En cuanto a la interpretación de la normativa penal relativa a los estupefacientes, se sostuvo que: "En relación al fenómeno sociocultural de las drogas (...) la norma penal debe interpretarse conjunta y sistemáticamente con los preceptos constitucionales y convenciones internacionales tuitivas de los derechos humanos; en segundo término, debe apreciarse concretamente el aspecto empírico cultural donde se desarrolla éste, so riesgo de generar un divorcio entre norma y realidad. Normativamente desde la óptica constitucional, advertimos la consagración del derecho a consumir las sustancias que se deseen aunque el individuo se perjudique física o psíquicamente, reflejo esto del principio de autonomía moral, pilar de nuestro sistema democrático republicano, y que resulta un límite *infranqueable* a la acción represiva del Estado. También se requiere, con rango garantista de los derechos humanos, el carácter lesivo de la conducta, en amparo de la libertad de realizar aquellas acciones privadas inocuas al orden público o a los terceros (artículo 10 de la Constitución), por lo que consecuentemente debemos reivindicar en la apreciación del caso concreto, la valoración de la lesividad de la conducta, lo que implica desterrar todas aquellas posiciones doctrinarias que vedan al Juez la posibilidad de valorar la idoneidad de la conducta para colocar en situación de riesgo cierto al

---

<sup>14</sup> "Drogas: Conclusiones de la Comisión", *Criminología y Derecho III*, "Primer Congreso Nacional Universitario de Derecho Penal y Criminología: Cárcel. Drogas. Minoridad", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1992, p. 144.



bien jurídico tutelado (léase, presunciones absolutas, delitos de peligro abstracto, hipótesis de responsabilidad objetiva, etc.)”<sup>15</sup>.

Pese a que la temática estaba entonces ya situada en el debate académico de occidente<sup>16</sup>, inclusive entre los juristas<sup>17</sup>, no tuvo mayores repercusiones en la Academia vernácula, que mayoritariamente se decantaría por argumentaciones propias del tecnicismo, con algunas críticas hacia aquélla perspectiva<sup>18</sup>. Recién en la década siguiente una visión similar sería retomada<sup>19</sup>, si bien aún sin incidencia alguna en el discurso de la clase política.

#### **D. El cambio en la agenda política**

A partir del año 2000 el gobierno comienza a dar un viraje en relación al discurso a nivel internacional en relación con las drogas ilícitas. Del apego silencioso al modelo bélico patrocinado desde Naciones Unidas que siguieron los sucesivos gobiernos desde el restablecimiento democrático, a partir de esa fecha las autoridades nacionales vinculadas al control de las drogas comienzan a moderar el discurso, incli-  
nándose por una línea que hiciera mayor hincapié en la libertad de

---

<sup>15</sup> “Drogas: Conclusiones de la Comisión”, *Criminología y Derecho III*, cit., pp. 143-144.

<sup>16</sup> Como panorámicamente se ilustra en SILVA FORNÉ, “Legalización de las drogas”, cit., pp. 62 y ss.

<sup>17</sup> Recordemos que en diciembre de 1990 la *Revista del Colegio de Abogados del Uruguay* publicaba como nota central de su Tomo XVII el *Manifiesto por una Nueva Política sobre la Droga*, reproduciendo las conclusiones del “Encuentro sobre alternativas a la actual política para drogas” organizado por el Área de Derecho Penal de la Universidad de Málaga en diciembre de 1989.

<sup>18</sup> En tal sentido se manifestaría FERNÁNDEZ, cuestionando el “soñar o apostar a propuestas descriminalizadoras” y promoviendo en su lugar limitarse a la aplicación de la teoría jurídica para acotar la interpretación del marco normativo, a fin de evitar que a través de éste se terminase castigando el consumo de drogas, en tanto mecanismo de represión de la “desviación juvenil”; en FERNÁNDEZ, Gonzalo D. - “Problemas concursales e interpretación dogmática en la ley de drogas”, *Criminología y Derecho III*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1992, p. 95.

<sup>19</sup> CAMAÑO VIERA, Diego - “Legislación anti-drogas: ¿una amenaza para el Estado de Derecho?”, *Revista de Derecho Penal* N° 14, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004, pp. 79-96.

autodeterminación del individuo y el respeto por sus opciones vitales, si bien sin mayor incidencia en las prácticas judiciales y policiales.

A partir del año 2005 con el acceso de la izquierda al gobierno, la representación uruguaya ante Naciones Unidas comienza a plantear sistemáticamente la necesidad de reorientar las políticas internacionales en materia de drogas, para hacerlas compatibles con los instrumentos internacionales de derechos humanos. Dicha postura es contemporánea al incremento paulatino de las voces a nivel internacional que reclaman un cambio en el modelo bélico ante las evidencias de su estrepitoso fracaso y sus altísimos costos en vidas, corrupción y auge del crimen organizado vinculados al narcotráfico. Sin embargo, tampoco estos cambios incidirían en las prácticas judiciales y policiales al respecto.

En la legislatura que se inició en 2010, parlamentarios de la izquierda nuevamente en el gobierno, así como algunos de la oposición, presentan un proyecto de ley regulando el autocultivo de cannabis, así como proponiendo modificar la legislación vigente para que la tenencia de cannabis para consumo personal establezca una cantidad básica cuyo porte no pueda considerarse delictivo (25 gramos de marihuana), pudiendo entenderse destinada al consumo personal la tenencia de cantidades superiores conforme la valoración que haga el juez de las modalidades y hábitos de consumo que tuviere la persona en cuestión.

### III. La Ley de Regulación y Control del Mercado de la Marihuana

#### A. Antecedentes

##### 1. El proyecto de ley sobre autocultivo de cannabis

El principal antecedente de la Ley N° 19.172 fue el proyecto promovido por el Diputado Sebastián Sabini, que tras un importante proceso de elaboración y búsqueda de consensos a nivel parlamentario, finalmente fuera presentado el 13 de julio de 2011 a consideración de la Cámara de Representantes, por legisladores del Frente Amplio y algunos integrantes de la oposición, denominado "*Plantación y cultivo de cannabis. Normas*" (*Comisión Especial sobre Adicciones, Consecuencias e Impacto en la Sociedad Uruguaya de la Cámara de Representantes, Carpeta N° 958 de 2011; Repartido N° 629, julio de 2011*)<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Puede consultarse en [www.parlamento.gub.uy](http://www.parlamento.gub.uy).

El proyecto en lo central estaba destinado a regular el autocultivo de cannabis y su tenencia: se autorizaba el autocultivo de cannabis psicoactivo para consumo personal o doméstico (ocho plantas) así como se regulaba su tenencia con igual fin, tanto el porte -estableciendo una cantidad básica cuya tenencia no pudiese considerarse delictiva (25 gramos de marihuana)- así como la cosecha del autocultivo o del correspondiente a una asociación de consumidores.

Otro aspecto de gran trascendencia del proyecto lo constituía la modificación de las previsiones generales sobre tenencia de estupefacientes contenidas en el artículo 31 del Decreto-ley N° 14.294 en la redacción dada por la Ley N° 17.016, al no calificar la cantidad que se poseyese para consumo personal, encomendando la valoración de dicho extremo al Juez conforme las reglas de la sana crítica.

La Exposición de Motivos del proyecto reconocía que el consumo de cannabis psicoactivo era una práctica social extendida y aceptada por importantes sectores de la población, que a su vez se trataba de una actividad lícita al amparo de lo dispuesto por el artículo 10 de la Constitución<sup>21</sup>, y sin embargo la lógica del sistema prohibicionista obligaba a los consumidores a tener que recurrir a la ilegalidad para acceder a la marihuana. A la vez, señalaba la inseguridad jurídica emergente del régimen de valoración judicial de las cantidades destinadas a tenencia para consumo personal, a partir de la disímil interpretación que las sedes judiciales hacían de su “razonabilidad”, al amparo a su vez de un régimen sentado en la convicción moral del magistrado.

### 2.1. La *Estrategia por la vida y la convivencia*

Durante el año 2012 algunos hechos violentos con importante repercusión mediática -unido a la dificultad del partido de gobierno para articular un discurso político-criminal coherente, lo que ya se había hecho visible en el período de gobierno anterior- terminan por llevar al Poder Ejecutivo a definir en el marco del Gabinete de Seguridad, un conjunto de medidas largamente anunciadas con las que el gobierno

---

<sup>21</sup> Constitución uruguaya vigente, Artículo 10. “Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

daría respuesta a los diversos reclamos de la oposición por un endurecimiento del aparato represivo<sup>22</sup>.

Se da a conocer así lo que se llamaría *Estrategia por la vida y la convivencia*, heterogéneo conjunto de propuestas y medidas con las cuales el gobierno pretende dar respuesta a distintos fenómenos de violencia que encuentra a nivel social como generadores de preocupación. Incluiría entre sus puntos la iniciativa estatal para regular y controlar la marihuana a todos sus fines (científicos, terapéuticos, recreativos), descartando la vía prohibicionista por considerarla suficientemente probada y correlativamente fracasados todos sus objetivos, si bien estableciendo estrictos controles y límites. De esta manera, dicha herramienta se considerará una alternativa para enfrentar su tráfico ilícito, con el propósito de arrebatarle al crimen organizado buena parte de su negocio al pasar a regular estatalmente y bajo consistentes reglas, el mercado del cannabis psicoactivo.

## 2.2. El proyecto del Poder Ejecutivo

Correlato de lo referido precedentemente, es que una importante inflexión se produce en el debate público tras el anuncio por el gobierno en junio de 2012, de la propuesta tendiente a que el Estado asuma la regulación y control del mercado de la marihuana. Se trató evidentemente de la propuesta que obtuvo mayor difusión entre las medidas previstas en el documento referido en el acápite precedente.

Esta iniciativa causaría un enorme impacto mediático a nivel internacional en tanto Uruguay pasaría a ser el único país en el mundo que adoptara una medida de tal calibre, apartándose expresamente del marco prohibicionista de control de las drogas ilícitas propiciado desde las Naciones Unidas. Hasta el momento el antecedente que se contaba en tal sentido tenía que ver con el proyectado sometimiento a referéndum en los estados norteamericanos de Colorado y Washington

---

<sup>22</sup> Paradójicamente y frente a una normativa penal-económica casi inexistente en el Uruguay, en las últimas décadas no ha habido iniciativa legislativa alguna relativa a la delincuencia corporativa y empresarial, inclusive habiéndose derogado en 2008, por motivos equívocos, los delitos de la antigua ley de sociedades anónimas (de 1893), instrumento del que mal que bien se había valido la Justicia para condenar -en contados casos- a banqueros y empresarios. En ese contexto, la reciente ley de accidentes laborales y responsabilidad penal del empleador, No. 19.196, de marzo de 2014, ha sido una conquista resonante del movimiento sindical.

de iniciativas similares, pero obviamente a nivel local en la medida que la legislación federal de ese país sostiene lo contrario.

La concreción de la iniciativa, tras reiterados anuncios, se verificaría a través de un proyecto de ley elaborado por el Poder Ejecutivo, que constaba de un artículo único, que sería remitido al Poder Legislativo en agosto de 2012 (“Marihuana y sus derivados. Control y regulación del Estado de la importación, producción, adquisición, almacenamiento, comercialización y distribución”; *Comisión Especial de Drogas y Adicciones, con fines legislativos de la Cámara de Representantes, Carpeta N° 1785 de 2012, Repartido N° 945, agosto de 2012*).

Este proyecto contaría con una muy fundamentada *Exposición de Motivos* donde afirmaba con contundentes argumentos la necesidad de producir un cambio decisivo en las políticas en torno a las drogas ilegales. Partiendo de la base de que el uso de drogas ha acompañado desde tiempos inmemoriales a la Humanidad, analiza el surgimiento de las políticas prohibicionistas en el siglo XX, para luego brindar relevantes datos en relación a su colapso.

En efecto, particularmente se detiene a analizar el estrepitoso fracaso del modelo “bélico” en relación con estas sustancias, enfatizando que ha sido “...un instrumento ineficiente, ineficaz y contradictorio para el logro de los objetivos que se propone”, afirmando que a través de las directivas canalizadas por las Naciones Unidas, involucrando a los Estados nacionales, en las últimas décadas ha generado niveles intolerables de violencia y corrupción, sin solucionar problema alguno en relación a la salud pública.

Concluye planteando que el proyecto resulta un instrumento idóneo para tres objetivos definidos como centrales: a) separar el mercado de la marihuana del mercado de las otras drogas más riesgosas para la salud; b) profundizar y diversificar los mecanismos de atención a las situaciones de consumo problemático de drogas; c) definir a la iniciativa como necesaria para combatir el narcotráfico a través de la intervención en el mercado ilícito que maneja, generador de violencia y corrupción.

### 3. El nuevo proyecto surgido a nivel parlamentario

Tras un acercamiento de posiciones a nivel legislativo en diversos aspectos, le fue solicitado a quien suscribe la redacción de un anteproyecto de ley modificativo de la iniciativa de artículo único remitida por el Poder Ejecutivo, y conforme las premisas acordadas en cuanto a los contenidos; para su elaboración se mantendría un estrecho contacto con los legisladores del partido de gobierno directamente vinculados a la iniciativa y con autoridades de la Junta Nacional de Drogas. El texto del anteproyecto, que contendría para entonces treinta y seis artículos,

sería finalmente introducido por la bancada del Frente Amplio en la *Comisión Especial de Drogas y Adicciones, con fines legislativos* de la Cámara de Representantes, en noviembre de 2012.

A partir de allí los legisladores inician la discusión del texto, al cual se irían incorporando algunas modificaciones y agregados fruto de las negociaciones tendientes a obtener los votos necesarios para la aprobación del proyecto. Fue aprobado parlamentariamente el 10 de diciembre de 2013 y su promulgación como Ley N° 19.172, se produjo el 20 de diciembre de dicho año<sup>23</sup>.

### **B. Los principios generales del texto aprobado**

Tanto en las exposiciones de motivos de los proyectos de ley referidos, así como en los informes en mayoría elevados por las Comisiones legislativas intervinientes -lo que a su vez surge del articulado- se hizo especial hincapié en una serie de aspectos que dejan atrás la visión tradicional represiva en materia de drogas, lo que resulta especialmente significativo al formar parte del discurso político:

- Que referirse a “drogas” implica considerar tanto las sustancias prohibidas como otra serie de drogas lícitas de consumo mucho más masivo que aquéllas, y probado efecto nocivo para la salud de la población (como ser, alcohol, tabaco, psicofármacos).
- Que la diferenciación entre unas y otras no obedece a criterios sanitarios sino a consideraciones de carácter político y económico.
- Que la política prohibicionista sustentada desde Naciones Unidas ha resultado un estrepitoso fracaso, generando muchísimos más daños que los que pretendidamente prevendría.
- Que la incongruencia generada por la legislación al no prever el acceso lícito a las sustancias cuando el consumo de drogas ilícitas resulta una actividad amparada por el Derecho, debía ser objeto de revisión.
- Que el consumo de cualquier tipo de sustancia por las personas adultas, es una actividad personal amparada en el ámbito de su libertad individual.
- Que corresponde diferenciar entre consumo de drogas y consumo problemático de drogas, dado que son situaciones radicalmente

---

<sup>23</sup> Puede consultarse su texto en [www.presidencia.gub.uy](http://www.presidencia.gub.uy) o en [www.parlamento.gub.uy](http://www.parlamento.gub.uy).

diferentes en cuanto a sus efectos en el individuo y su impacto en el grupo social, y por ende, debía evitarse su equiparación a cualquier nivel discursivo.

- Que el consumo problemático de drogas debe enfocarse no como un problema securitario o punitivo, sino como un problema de salud pública.
- Que por ende, el énfasis en las políticas estatales en la materia, debe darse sobre todo en la educación sobre los riesgos que apareja el consumo de todas las drogas -lícitas e ilícitas- y en la prevención del consumo problemático.
- Que de lo que debe ocuparse el derecho penal es del narcotráfico y el crimen organizado.

### **C. Las ideas centrales que introduce la Ley**

Del articulado de la ley pueden destacarse varios conceptos fundamentales:

- Que el centro de gravitación en relación al tema drogas se ubica en su consumo problemático, situándolo a su vez como un problema de salud pública, haciendo especial énfasis en la educación y la prevención (art. 1°).
- Que la promoción de la salud pública tiene su límite en lo dispuesto por el artículo 10 de la Constitución de la República (art. 3°).
- Que el Estado asume la regulación y el control de las actividades relativas al cannabis y sus derivados (art. 2°).
- Que tales políticas están orientadas también a reducir la incidencia del crimen organizado y el narcotráfico, mediante la regulación estatal del cannabis psicoactivo (art. 4°).

Las líneas básicas a su vez que recoge el texto aprobado, pueden sintetizarse en cuatro aspectos principales:

- a) un desarrollo particularizado de la propuesta inicial del Poder Ejecutivo en cuanto a la regulación y control del cannabis, así como los mecanismos a emplear para llevar a cabo tales cometidos;
- b) la previsión de diversos mecanismos orientados a la educación, así como a la prevención del consumo problemático de drogas lícitas e ilícitas;
- c) la incorporación de las propuestas sobre autocultivo de cannabis planteadas en el proyecto presentado el 13 de julio de 2011 por legisladores de varios partidos;
- d) la adecuación de la normativa vigente en materia de estupefacientes a los cambios propuestos, introduciendo entonces algunos ajustes

a las disposiciones del Decreto-ley N° 14.294, de 31 de octubre de 1974, en la redacción dada por la Ley N° 17.016, de 22 de octubre de 1998, siguiendo en esto también los aspectos principales del proyecto de 2011.

#### **D. Sobre la regulación jurídico-penal de los estupefacientes<sup>24</sup>**

##### 1. Tenencia de estupefacientes para consumo personal

En cuanto al régimen general, para los delitos de estupefacientes se sustituye el régimen de tenencia de drogas ilícitas para consumo personal previsto por el artículo 31 del Decreto-ley N° 14.294, en la redacción dada por la Ley N° 17.016<sup>25</sup>. Recordemos que la fórmula original instaurada por el referido artículo 31, establecía: *“Quedará exento de pena el que tuviera en su poder una cantidad mínima, destinada exclusivamente a su consumo personal”*.

La redacción dada por la Ley N° 17.016 modificaría el alcance de la cantidad que pudiere tener el consumidor consigo, dado que la terminología empleada por el Decreto-ley N° 14.294 amparaba interpretaciones sumamente restrictivas, lo que no condecía con la lógica de la disposición. En mérito a ello, se pasa de “cantidad mínima” a “cantidad razonable”: *“Quedará exento de pena el que tuviere en su poder una cantidad razonable destinada exclusivamente a su consumo personal, con arreglo a la convicción moral que se forme el Juez a su respecto, debiendo fundamentar en su fallo las razones que la han formado”*.

No obstante como se advertirá, se incorporaría el criterio de la *convicción moral* del Juez en cuanto al destino del estupefaciente que el consumidor tuviere consigo, si bien requiriendo la fundamentación de las razones que llevaron a dicha convicción; pese a dicha pauta, consagró un relevante ámbito de discrecionalidad.

La aplicación de esta disposición a lo largo de los años sería fuente de grave inseguridad jurídica, en tanto emergieron sustanciales disparidades de criterio entre las distintas sedes judiciales, llevando a numerosos procesamientos francamente irracionales. A ello contribuiría

---

<sup>24</sup> Un primer análisis de la Ley en perspectiva dogmático-penal puede verse en SILVA FORNÉ, Diego - “Sobre cultivo, tenencia y consumo de marihuana y sus garantías, en el nuevo régimen de la Ley N° 19.172”, *Revista de Derecho Penal* N° 22, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, pp. 172-192.

<sup>25</sup> Estas normas pueden consultarse en la web oficial [www.parlamento.gub.uy](http://www.parlamento.gub.uy).



también la cultura exegética de buena parte de nuestros operadores judiciales, fomentada a su vez por gran parte de la Academia, olvidando que las figuras delictivas deben analizarse a la luz del bien jurídico que pretenden tutelar, esto es, la Salud Pública.

La redacción prevista ahora por el artículo 7º de la Ley N° 19.172, introduce importantes cambios, dando nueva redacción al artículo 31 del Decreto-ley N° 14.294:

- Se abandona la anacrónica redacción que amparaba la consideración de la tenencia de drogas ilícitas para consumo personal como una causa de impunidad; en efecto, el paradigma exegético imperante al que ya se ha hecho referencia, absolutamente dominante en doctrina y jurisprudencia nacionales, llevaba a ignorar el claro precepto constitucional (Art. 10) ya citado. Este punto a su vez conllevaría importante atención parlamentaria, en tanto algún diputado oficialista condicionaría su voto a que se retirase del texto cualquier referencia a la licitud del consumo de estupefacientes, por lo cual no obstante ello surgir del texto y del marco constitucional, se suprimirían del articulado las referencias a la licitud de la conducta y se utilizaría la fórmula *“quedará exento de responsabilidad...”*.
- No se califica la cantidad de la sustancia que se poseyere para consumo personal, debiendo valorar el Juez dicho extremo conforme con las reglas de la sana crítica. La modificación introducida permitirá que los magistrados evalúen si las cantidades de drogas ilícitas poseídas, pueden corresponder a las modalidades y hábitos de consumo de la persona en cuestión, los que pueden resultar sensiblemente diferentes para cada caso (si se trata de un consumidor esporádico, social, habitual o se está frente a un caso de adicción, que podrá ser más o menos grave; si el consumo para ese individuo suele ser individual o grupal; si obtiene la sustancia cada vez que desea consumirla o la acopia; la frecuencia con que consume; la constitución física del individuo; su sensibilidad a los principios activos; etc.).
- Anticipando un aspecto que en puridad correspondería al apartado siguiente, para el cannabis psicoactivo se prevé que la tenencia de hasta cuarenta gramos se entenderá destinada al consumo personal, así como la cosecha de hasta seis plantas en el caso de autocultivo o la cantidad respectiva tratándose de la cosecha correspondiente a un club cannábico.

## 2. Previsiones relativas al cannabis psicoactivo

La creación de un régimen de regulación y control estatal de la marihuana determinó la necesidad de modificar la legislación so-

bre estupefacientes, introduciendo excepciones al respecto. De esta forma, además de las modificaciones señaladas en el apartado anterior, se hizo necesario sustituir el texto del artículo 3º del Decreto-ley N° 14.294 introduciendo previsiones específicas sobre el cannabis, lo que se haría a través del artículo 5º de la ley.

Se establecen entonces algunos cometidos a cargo del Instituto de Regulación y Control del Cannabis (IRCCA) que sería creado y dimensionado a su vez por los artículos 17 y siguientes de la ley. Se define a su vez lo que ha de entenderse por *cannabis psicoactivo* y se asignan las competencias para la autorización y contralor de su plantación, cultivo, cosecha, industrialización y expendio -sin perjuicio de lo desarrollado más adelante en el articulado-, así como también lo relativo al cannabis no psicoactivo. Se incorporan asimismo previsiones en relación con la investigación y los usos farmacéuticos del cannabis.

*Autocultivo y clubes cannábicos:* también se establecen previsiones en relación al autocultivo de cannabis (plantación, cultivo y cosecha domésticos), así como tales actividades cuando fueren llevadas a cabo por los clubes cannábicos que se crearen: se autoriza el autocultivo de hasta seis plantas y la recolección de hasta cuatrocientos ochenta gramos anuales; para los clubes cannábicos, se tratará de hasta noventa y nueve plantas y el acopio proporcional con la cifra anterior. Teniendo en cuenta estas modalidades, se introducen las modificaciones respectivas al régimen de producción de estupefacientes previsto por el artículo 30 del Decreto-ley N° 14.294, el cual es sustituido por el artículo 6º de la ley.

*Expendio regulado de cannabis psicoactivo:* se asigna al sistema de farmacias conforme las licencias que expedirá el IRCCA; tratándose de expendio para uso medicinal se requerirá receta médica, en tanto el expendio para uso recreativo no podrá superar los cuarenta gramos mensuales por usuario y requerirá registro previo (lo que será desarrollado por el artículo 8º de la ley). Los menores de dieciocho años de edad y los incapaces no podrán acceder al cannabis psicoactivo para uso recreativo (art. 14).

*Registro:* en lo que nos ocupa, cabe destacar que el autocultivo (doméstico o a través de clubes cannábicos) así como el expendio de cannabis psicoactivo a través del sistema de farmacias, requerirán se lleven a cabo actos de registro en el IRCCA, encontrándose protegida no obstante la identidad de sus titulares, conforme la asignación a aquélla del carácter de *dato sensible* en el marco de lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley N° 18.331, de 11.08.2008, de Protección de Datos, lo que surge de los artículos 8º y 28 lit. B) de la Ley.

## **E. Cambio de paradigma: nueva política para la marihuana y tutela penal de la Salud Pública**

### **1. Por qué el cannabis: droga blanda por excelencia y riguroso control estatal**

La estrategia desarrollada por la Ley parte de la base de que el cannabis forma parte de las llamadas comúnmente “drogas blandas”, esto es, sustancias que pueden resultar perjudiciales para la salud pero cuyo consumo tiene consecuencias negativas similares a las vinculadas a productos o sustancias de venta legal y consumo masivo. BATTISTONI ha hecho un estudio reciente -al cual se remite el Informe en Mayoría de la *Comisión Especial de Drogas y Adicciones, con fines legislativos*, al elevar al pleno de la Cámara de Representantes el proyecto aprobado en la Comisión<sup>26</sup>- relevando la información disponible sobre los efectos del cannabis en las principales revistas científicas a nivel mundial, con profusión de datos verificables, del cual surge que no cuenta con efectos tan negativos como los resultantes del tabaco o el alcohol, por ejemplo.

Paralelamente, se trata de una sustancia que cada vez más a nivel internacional es utilizada con finalidades terapéuticas, lo que se evidencia en que como ya se ha señalado reiteradamente, en casi una veintena de estados de EE.UU. se expende con ese fin, así como en varios países occidentales a través de diversas modalidades y presentaciones. Su uso ha formado parte también de rituales o prácticas de consumo en culturas ancestrales.

Por otra parte, el modelo aprobado prevé un riguroso contralor de su producción y expendio. Para las conductas que se desplieguen al margen de las previsiones legales permanecen con toda su vigencia las hipótesis delictivas disciplinadas en la ley uruguaya.

### **2. Por qué no se afecta la salud pública**

El modelo aprobado para el cannabis regula el expendio para sus diferentes usos, por lo cual tiene por objeto tutelar la Salud Pública. En efecto, ésta puede verse afectada cuando existan para el consumo de la población, sustancias sobre las cuáles no se ejercita ningún tipo de

---

<sup>26</sup> Distribuido 2284/2013, de 6 de agosto de 2013, Carpeta 1288/2013, Comisión de Salud Pública de la Cámara de Senadores, pp. 23 y ss. Véase en [www.parlamento.gub.uy](http://www.parlamento.gub.uy).

contralor sobre su contenido y calidad, como sucede actualmente en el régimen resultante de la prohibición respecto de las drogas ilícitas.

Por ello, los consumidores de marihuana se veían expuestos no solamente a tener que vincularse con el mercado negro, con la estigmatización y riesgos inherentes al contacto con actividades al margen de la ley, sino además a no tener ningún tipo de garantía en relación a la sustancia que adquieren, la cual puede estar contaminada o adulterada, con riesgo para su salud.

En este punto el legislador nacional no ha innovado, sino continuado con una tradición legislativa en la materia. En efecto, en la discusión parlamentaria de la que luego sería la ley de creación del ente industrial y comercial estatal denominado Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland (ANCAP), Ley N° 8.764, de 15 de octubre de 1931, los miembros informantes Batlle Berres y González Bidart destacarían en cuanto al contralor estatal respecto de los alcoholes: "...se considera pues, como un principio higiénico, el hacer llegar al pueblo, los alcoholes de bebidas a los grados de pureza más altos posibles"; es que entonces el comercio ilícito del alcohol repercutía "...también sobre la salud pública pues el comerciante o industrial que desafía las penalidades de estas leyes no se detiene, para lograr sus beneficios, ante las malas condiciones higiénicas que resultan de sus fraudes. Sólo mediante un contralor centralizado y competente pueden reducirse al *minimum* las facilidades para esas operaciones dolosas...".

Si vamos a la normativa penal vigente, veremos que las figuras delictivas previstas por el Código Penal uruguayo en relación a la tutela de la Salud Pública (*Delitos contra la Salud Pública*, Título VII del Libro Segundo del Código Penal) comparten la característica de ser figuras de *común peligro*. Ello implica que la tutela jurídico penal de la Salud Pública requiere que existan conductas que pongan en riesgo en forma genérica e indiscriminada a las personas; la población se encuentra en riesgo en tanto existen productos o sustancias para consumo humano expendidas en forma peligrosa para la salud sin los debidos controles, o contaminadas o adulteradas.

Paradojalmente, la legislación prohibicionista invocando la tutela de la Salud Pública termina poniéndola en riesgo, al determinar la creación de un mercado negro que pone a disposición del mercado sustancias sin ningún tipo de control.

Ya es un lugar común referirse a los efectos nefastos de la "Ley Seca" en los Estados Unidos, donde además de potenciar y fortalecer el crimen organizado a partir de las ganancias exorbitantes resultado de la prohibición del alcohol, se multiplicaron las intoxicaciones por el consumo de cualquier tipo de producto de dicha naturaleza, sin control estatal alguno.

Por consiguiente, la producción y expendio en forma controlada de cannabis, lejos de poner en riesgo la Salud Pública, contribuye en forma sustantiva a mejorarla al permitir el control sanitario de la sustancia que se pondrá a disposición de los consumidores, desplegando al mismo tiempo mecanismos informativos así como ofreciendo asistencia desde el punto de vista sanitario.

Por otra parte, el autocultivo de cannabis, tratándose efectivamente de cultivo para consumo personal, no puede generar riesgo alguno para la Salud Pública; al contrario, quien cultiva plantas para su consumo personal evita introducirse en el mercado negro para proveerse de la sustancia que desea consumir, lo que le reduce sustancialmente los riesgos inherentes a aquél. Y con las previsiones y controles contenidos en la Ley, su cumplimiento asegura un conocimiento cabal de la sustancia así como que el destino de lo producido sea para quienes lo cultivan, no evadiendo del ámbito de su salud privada.

### 3. Salud pública y salud privada

En un Estado social y democrático de Derecho como el emergente de la Constitución de la República Oriental del Uruguay, el ámbito de la salud privada de las personas forma parte de su esfera de autodeterminación. Se trata de las *acciones privadas de las personas*, que como tales, se encuentran exentas "...de la autoridad de los magistrados", tal como nos recuerda el artículo 10 de la Carta.

Corolario de ello es que la autolesión no constituye delito (artículo 44 del Código Penal uruguayo), por lo que la autopuesta en peligro que puedan efectuar las personas adultas en relación a su salud forma parte de sus decisiones libérrimas, expresión de su autonomía moral.

El consumo de drogas ilegales es una actividad lícita, a pesar de que pueda acarrear daños a la salud, así como los pueden generar el consumo de tabaco, de alcohol, de psicofármacos, de cloruro de sodio o de alimentos ricos en colesterol o grasas trans.

Por consiguiente, el expendio controlado a personas adultas de cannabis inclusive con fines recreativos, aún cuando pudiere tener consecuencias negativas para su salud, se ubica en el ámbito de la salud privada de los consumidores, y no en la esfera de tutela de la Salud Pública asignada a la ley penal.

Los fuertes lazos académicos y de amistad que unen a los penalistas cubanos con el profesor Juan María Terradillos Basoco, llevó a la Sociedad cubana de Ciencias Penales de la Unión Nacional de Juristas de Cuba y a la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana a rendirle en julio de 2014, un merecido homenaje en el "X Encuentro Internacional: Escuela de Verano de La Habana 2014 sobre Temas Penales Contemporáneos", dedicado a su vida y obra, y fue precisamente durante los fructíferos intercambios académicos y de solidaridad, que se desarrollaron en esos días, que surgió la idea de publicar esta obra, con la certeza de que, como afortunadamente ha sucedido, muchos de sus discípulos y otros amigos profesores españoles y latinoamericanos nos aportarían sus valiosos artículos para tan noble empeño.

Para todos nosotros existe además de su condición de destacado académico, una cualidad del profesor Terradillos que va más allá de su sapiencia y sus libros, y es su modestia y solidaridad con Latinoamérica, por ello es un referente obligado en la Ciencia del Derecho penal.

ISBN 978-959-7219-24-8



9 789597 219248