

# Las Ciencias Penales y Criminológicas frente al espejo del tiempo

Serie • Ciencias Penales y Criminológicas • Julio de 2015 • 7



¿Qué queda de Beccaria 250 años después  
de la publicación de “Los delitos y las penas”?

*Coordinadora*  
**Dra. Arlín Pérez Duharte**

Coordinadora: Dra. Arlín Pérez Duharte  
Edición y corrección: Dra. Arlín Pérez Duharte  
Diseño interior y de cubierta: Di. Mario Villalba Gutiérrez  
Emplante digital: MSc. Daylín Rodríguez Javiqué

Sobre la presente edición:

© Dra. Arlín Pérez Duharte , 2015.

© Editorial UNIJURIS, 2015.

Las Ciencias Penales y Criminológicas frente al espejo del tiempo  
¿Qué queda de Beccaria 250 años después de la publicación  
de “Los delitos y las penas”?

ISBN 978-959-7219-28-6

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.unjc.co.cu](http://www.unjc.co.cu)

**Obra ganadora del Tercer premio en el Concurso Anual 2015 de la Editorial UNIJURIS:**

El jurado estuvo presidido por el 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.

# ÍNDICE

## **Prefacio / 1**

Dra. Arlín Pérez Duharte

## **Palabras de apertura / 3**

Dra. Mayda Goite Pierre

## **Un viaje virtual al interior de las cárceles / 11**

Dr. César Barros Leal

## **El carácter expansionista del Derecho Penal. Sus retos y perspectivas para sostener la seguridad jurídica en pos de la seguridad ciudadana / 21**

Dra. Iracema Gálvez Puebla

## **El Derecho penal mínimo y las penas privativas de libertad / 42**

Dr. Arnel Medina Cuenca

## **Entre la minimización y la expansión del Derecho Penal: la presencia de Beccaria en el debate contemporáneo / 76**

Esp. Manuel Alberto Leyva Estupiñán

Esp. Larisbel Lugo Arteaga

## **Interpretación y Analogía en Derecho Penal.**

### **¿Un dique roto o la búsqueda del espíritu del legislador? / 98**

Dra. Arlín Pérez Duharte

Dra. Myrna Méndez López

## **Las conminaciones penales en el ordenamiento jurídico cubano. Especial análisis de la privación de libertad / 112**

Dr. Ciro Félix Rodríguez Sánchez

MSc. Yusy D. Torres Fonseca

**El Bien Jurídico en el Derecho Penal Económico.  
“Una necesaria balanza entre el garantismo del objeto  
de protección en Beccaria y la aparición de nuevos bienes  
jurídicos” / 133**

Esp. Mariano Rodríguez García

**La Criminología Mediática, versión contemporánea  
de Beccaria acerca de “la opinión que atormenta” / 164**

Dra. Tania de Armas Fonticoba

**El perfeccionamiento del sistema de enjuiciar penal cubano:  
¿En busca de la alquimia perfecta? / 176**

MSc. Darina Ortega León

**Las ideas de Beccaria sobre la prisión provisional. Su impronta  
en el derecho adjetivo cubano dos siglos después / 211**

Dra. Ángela Gómez Pérez

**Beccaria y el inmovilismo penal. Una mirada a la detención  
y el aseguramiento con prisión provisional / 228**

MSc. Lázaro Enrique Ramos Portal

**Una nueva lectura de los delitos de prueba difícil a 250 años  
“De los delitos y las penas”. Especial referencia a los delitos  
económicos / 243**

Lic. María Carla de la Guardia Oriol

**Razones que abrigan la necesidad de introducir el Principio  
de Oportunidad en el proceso penal cubano / 270**

MSc. Rufina de la C. Hernández Rodríguez

**El siglo de la investigación criminal: una marca en la brújula  
de la obra de César Beccaria / 296**

MSc. Emma Calderón Arias

Dra. Arlín Pérez Duharte

**¿Por qué la Criminalística a 250 años de los delitos  
y las penas? / 317**

Dra. Zarezka Martínez Remigio

**La ejecución de la sanción privativa de libertad.  
Hacia un sistema penitenciario más justo y humano / 326**

MSc. Darina Ortega León  
MSc. Diana Medina Batista

**Evolución de los derechos humanos en la Constitución  
Mexicana / 346**

Dra. Celia Guadalupe Torres Ayala  
Dr. Félix Mauro Higuera Sánchez  
Mtra. Leticia María González Velásquez

**Memoria, Verdad y Justicia en Democracia / 365**

Dr. Antenor R. Ferreyra

**El castigo por la práctica de la brujería y el ocultismo a los  
niños en Angola. Una violación del Principio de Humanidad  
de las penas / 376**

Lic. Francisco de Sousa Gaspar da Silva

**Síntesis de la Biografía de Cesare Beccaria / 393**

Disponible en: <http://www.biografiasyvidas.com/biografia/b/beccaria.htm>

# Prefacio

Algunas de las claves para entender el presente se encuentran en el pasado, el mirar a través del espejo del tiempo nos permite explicar los cambios que experimenta la sociedad y sus estructuras, además de prevenir o avizorar posibles giros; no obstante, el mundo de hoy cambia a pasos agigantados y el Derecho Penal que lo acompaña sufre estos embates.

La delincuencia de nuevo que tipo que se gesta en algunos países o que gobierna en otros, exige de mecanismos ágiles y de normas penales también de nuevo tipo; por ello, el volver a mirar como Alicia a través del espejo a la obra de De los Delitos y las Penas es más que una tarea científica, es un mandato de fe en la búsqueda incesante de un mejor Derecho Penal.

César Beccaria y su obra cumbre “De los Delitos y las Penas” publicado en 1764 pueden servirnos de guía, a manera de hilo de Ariadna para encontrar el camino de salida. La obra de Beccaria ha perdurado en el tiempo entre otras razones, porque sienta las bases para un sistema penal, que en su época niega la tortura, las penas corporales y la sanción de muerte, se cuestiona los fines mismos del Derecho Penal, incluyendo la naturaleza y origen del derecho a castigar del soberano, hoy en manos del Estado.

Su obra constituye un punto de inflexión entre dos sistemas de enjuiciar: uno totalitario, absoluto y expansivo, que prevalecía en la Europa fragmentada del Medioevo y el otro propio de la Ilustración que va sustituyendo al oscurantismo por tiempo mantenido, tratando de que se impongan las ideas de mesura, justicia y equidad, paradigmas que siguen siendo irrenunciables en la convulsa sociedad moderna del siglo XXI.

La obra de Beccaria ha sido considerada por Antón Oneca como el “*evangelio de los reformadores*”, siendo en tal sentido la pretensión de los trabajos presentados en este compendio el de rendir merecido respeto al maestro y a la perdurabilidad de su pensamiento.

El libro presenta un análisis que transita por los modernos y complejos enfoques de datos a algunas de las instituciones del Derecho Penal, tanto General como Especial, el Derecho Procesal penal, la Criminalística y la ciencia criminológica, estos últimos recalcan su valor

como soporte y argumentos para toda transformación que se aspire a promover en el ámbito de dichas ciencias penales.

Temas tales como el expansionismo penal, la teoría del bien jurídico, las conminaciones penales, los principios procesales, las intervenciones de la técnica y la táctica criminalística, la influencia de los medios de comunicación y el fenómeno carcelario pretenden realizar un merecido homenaje a la obra de los Delitos y las Penas.

Estos análisis son el resultado de proyectos y líneas de investigación desarrollados por docentes de las Facultades de Santiago de Cuba, Holguín y La Habana, además de importantes aportes de otros profesionales de Argentina, Brasil y México y de jueces del Tribunal Supremo Popular de Cuba. Siendo su propósito fundamental el de contribuir a una mejor comprensión de los giros teóricos y prácticos que se presentan 250 años después de la publicación de la obra del maestro Cesar Beccaria, quedando un largo camino por recorrer en esa búsqueda de un mejor Derecho penal, en el que tanto el autor de esta obra a la que dedicamos estos artículos como otros soñamos.

**DRA. ARLÍN PÉREZ DUHARTE**

Profesora Titular de Derecho penal  
y Derecho Procesal de la Facultad de Derecho  
de la Universidad de La Habana. Secretaria de  
la Sociedad cubana de Ciencias Penales

# Palabras de apertura el 29 de octubre de 2014 al Seminario internacional: ¿Qué queda de Beccaria 250 años después de la publicación de “Los delitos y las penas”?

DRA. MAYDA GOITE PIERRE\*

## Estimados colegas, amigos y amigos:

Hablar de 250 años parecería demasiado tiempo para evocar teorías y fundamentos doctrinales, justamente esta Universidad que hoy nos acoge, próximamente cumplirá 287 años casi tres siglos de existencia y le decimos la casi tricentenaria Universidad de La Habana para engrandecer el cúmulo de historia, sabiduría y cultura que anidan cada uno de sus rincones, su patrimonio, sus majestuosas columnas que nos remontan a una época ya pasada, superada por el tiempo y que en ocasiones nos hacen sentir nostalgia por un mundo que existió y del que solo nos queda el recuerdo, cuando se trata de arquitectura como la de este hermoso recinto que es el Aula Magna, con sus pinturas antiguas y la magia que envuelve y contagia, tal vez, fuera ese también el sentimiento que pudiera embargarnos de la figura que hoy ponemos en el centro de nuestro análisis y del que durante dos días estaremos, debatiendo.

Nos encontramos aquí reunidos penalistas y criminólogos convocados por una interrogante. Qué queda de Beccaria 250 años después de su monumental obra “De los Delitos y de las Penas” y es que en 1764 Cesar Bonesana Marques de Becaria, de quien se discute hasta su fecha de nacimiento porque los biógrafos, se contradicen sobre el

---

\* 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. [mayda@lex.uh.cu](mailto:mayda@lex.uh.cu)

momento en el que tomó su primera bocanada de aire si en 1735 o en 1738 (yo a mi afilio a la segunda por ser la de mayores partidarios), sometido a una férrea disciplina familiar sufre desde muy joven los rigores de un sistema penitenciario que lo hace entender la necesidad de buscar respuestas y alternativas a lo que en esa época era una verdad de templos, el castigo contribuye a formar al hombre, por eso su padre inconforme por la relación sentimental que Beccaria inicia con Teresa de Blasco, gestiona y finalmente consigue la prisión para su hijo, así Cesar Bonesana conoce y siente los rigores de la cárcel reafirmandose una vez más que no hay mejor teoría que la viene de la práctica.

Por eso cuando yo enseñaba a mis alumnos Derecho penal general y le introducía el apasionante tema de las sanciones penales, les decía que solo se entienden si se conocen no solo por el libro sino por la realidad y es que soy partidaria que es imposible que se imponga un solo día de prisión a alguien, si el juez, no conoce el lugar a donde lo enviará, hay que ver las frías paredes de una prisión, el silencio sepulcral de la disciplina y hacer volar el pensamiento hasta donde resulte posible entender que las rejas significan perder el bien jurídico máspreciado que tiene el hombre después de la vida, su "libertad".

No perdamos de vista que la Italia de Beccaria, es la Italia de la Inquisición, por eso se requería de firmeza y aquí me aparto de Caballenas cuando describe al Marqués de Beccaria como débil, es difícil ser débil y enfrentarse desde las letras a un régimen arraigado por concepciones filosóficas muy severas, pero justo creo que la formación filosófica que tenía le ayudó a comprender de mejor manera el panorama social de la época, la costumbre del momento convocaba a jóvenes inquietos a reunirse en las tertulias para reflexionar sobre los problemas sociales Pietro Verri, concedor de las lecturas fanáticas de Beccaria sobre D Alambert, Diderot, Helvecio, Voltaire, quien señalaba que los enciclopedistas franceses eran un paradigma para el cambio social, cultural y político de la época, por ello le encarga escribir sobre la barbarie imperante en la época para un debate en las tertulias, pero el joven Cesar se sentía fatigado con el encargo y por qué no atemorizado por la fuerza que todavía tenían los postulados de la inquisición.

Eso hace que la obra que hoy conmemoramos saliera a la luz como anónima y aun así fue tal su impacto que inmediatamente fue traducida a varias lenguas, por lo que Beccaria decide revelar su identidad, sus temores a la reacción no se hicieron esperar y fueron lanzados desde todos los sectores de la sociedad incluyendo los más conservadores, fueron significativas las palabras de un monje que sentenció en

un panfleto donde acusa a autor de enemigo de la religión, blasfemo y socialista, y la Iglesia de Roma le condena e incluye en el Índice.

El texto sin embargo también concitó múltiples elogios y es así como los enciclopedistas franceses invitan al autor a que los visite, pero la llegada de Beccaria a Francia no fue exitosa y se marcha del lugar repentinamente abriendo serias interrogantes a su actuar.

Beccaria, incursionó con mucho éxito en los estudios de Economía, lo que llevó que el economista alemán Shumedre lo catalogara como el Adam Smith de Italia, consejero, magistrado y asesor para la reforma jurisdiccional en materia criminal, y es en pleno ejercicio de funciones de este último cargo, que muere de un ataque de apoplejía, un 28 de noviembre de 1793, a la edad de 55 años.

Beccaria fue un hombre profundamente humanista, excepcional, profundamente influenciado por los contractualistas al ser el iniciador de la corriente que busca el establecimiento de un Derecho penal más garantista para el reo, a tal grado que se manifiesta en contra de la pena de muerte, dando inicio al abolicionismo penal.

## DE QUE IBA SU OBRA?

De qué se componía la obra ya no es meritorio en el discurso, las penas, la humanidad de ellas y su proporcionalidad lo que pudiéramos asimilarlo como los principios limitativos del derecho de castigar.

La prevención y la readaptación como pilares esenciales en el fin de la pena, eso que decimos que se rescata en la concepción moderna, colocar en la justa medida que lleva la educación de los ciudadanos como premisa para la necesidad de una buena convivencia social en el “pacto social”, pilares de una necesaria política criminal abarcadora y plural, entonces una parte del mérito pasa por compartir las reflexiones del profesor Zaffaroni<sup>1</sup> cuando señala: su originalidad indiscutida estriba en haber mostrado en forma sistemática las consecuencias de la aplicación de ideas filosóficas de su momento en el campo del “control social punitivo” para los enemigos del Derecho

---

<sup>1</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria sobre la política criminal en el mundo”, Ponencia presentada en el Congreso Internacional Cesare Beccaria y la Política Criminal Moderna, celebrado en Milán (Italia), los días 15 a 17 de diciembre de 1988, p. 523. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46345.pdf> Consultado el 20/6/2015, a las 23.10.

penal de garantías, es decir, para los posteriores pensadores del control social del industrialismo, Beccaria se torna un personaje molesto, tanto como toda la corriente racionalista, puesto que su objetivo es desembarazarse de los límites reclamados por estos.

De las ideas contenidas en su obra, destacamos las siguientes:

- **Origen de las penas:** se establecen las penas contra los infractores de las leyes, el hombre quiere convivencia,
- **Derecho de castigar:** absoluta necesidad la suma de las pequeñas partes de libertad forman el derecho de castigar,
- **Consecuencias de las penas:** el legislador es el único que puede establecer las penas, los jueces no pueden decretar penas, solo le corresponde imponerlas, si la pena es atroz entonces es contraria a la justicia,
- **Interpretación de las leyes:** los jueces deben interpretar las leyes con imparcialidad solo así podrán hacer justicia,
- **Oscuridad de las leyes:** cuando más grande sea el número de los que entienden las leyes, menor será la cantidad de delitos cometidos, las leyes tiene que ser entendidas por todos,
- **Proporción entre los delitos y las penas:** la verdadera medida de las penas es el daño,
- **División de los delitos:** los más graves los que destruyen a la sociedad, los segundos los que destruyen la seguridad de los ciudadanos en sus bienes y en su honor y las terceras, las acciones contrarias a lo que uno está obligado a hacer o no hacer,
- **De la tranquilidad pública:** la función de la policía es velar por la tranquilidad pero no con leyes arbitrarias de lo contrario abren una brecha a la tiranía,
- **Fines de la pena:** no es deshacer un delito ya cometido, eso es imposible, por eso nadie puede ser condenado sino ha cometido delito, el fin de las penas es lograr que el individuo que cometió un delito, no vuelva a cometerlo, y tratar que los ciudadanos no cometiesen delitos.
- **Hay diferentes formas de penar al reo;** y se buscará la menos dolorosa para el cuerpo del reo, y la que haga una impresión más eficaz y durable sobre los ánimos de los hombres, testigos, juicio pronto, pena de muerte, confiscación y destierro, que serían hoy nuestras llamadas penas principales y accesorias,
- **Principios de un proceso,** delitos de prueba difícil, honor, hurtos, contrabandos, deudores, asilo, proceso, atentados, cómplices, impunidad, interrogatorios y declaraciones falsas, ideas de utilidad, de las ciencias, los jueces y la educación.

Si llevamos este tratado a nuestros días y a nuestros planes de estudio en la Universidad de La Habana, pudiéramos afirmar que se trata del texto básico de las asignaturas de Derecho penal general, especial, criminología y procesal penal, que poder de síntesis para una sola obra, así son los grandes.

## **BECCARIA HOY ASÍ TERMINO QUEDA ALGO DEL PENSAMIENTO 250 AÑOS DESPUÉS?**

Solo es necesario asomarnos al entorno del pensamiento contemporáneo, un pensamiento matizado por la decisiva influencia de la economía globalizada, de las políticas económicas suicidas, que crea su propia delincuencia y tiene su propio fenómeno criminal.

Francisco Muñoz Conde<sup>2</sup> se permite vincular de forma muy aguda la relación delincuencia versus economía, afirmando que: “La globalización de la economía ha traído consigo en todo el mundo, incluso en los países de mayor nivel económico, un aumento de la población subproletaria, un gran número de desempleados de escasa cualificación laboral, emigrantes “sin papeles”, etcétera, que lógicamente están abocados a la delincuencia, o, por lo menos, a un cierto tipo de delinquentes de supervivencia. Ciertamente es muy difícil que ninguna sociedad admita que tres millones de parados puedan robar impunemente, pero el problema del desempleo o los desajustes del mercado laboral no se solucionan con un aumento de la represión policial y penal, ni con la construcción de más cárceles, sino con una más inteligente política social y económica, con una mejor redistribución de la riqueza, con mayor gasto en ayuda y obras sociales.

Desgraciadamente, ello parece estar hoy lejos de los programas de la mayoría de los gobiernos, incluidos los de izquierda, la globalización del modelo económico, de la economía de mercado está provocando una reducción del Estado Social y Democrático de Derecho y un aumento del Estado policial, penal y penitenciario; y la idea de tolerancia cero no es más que la expresión de un pensamiento único sobre cómo proceder y prevenir la delincuencia, que se quiere extender a todo el mundo, independientemente de las diferencias económicas, culturales y sociales de cada país”.

---

<sup>2</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, *El derecho penal del enemigo*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, p. 43.

En ese panorama, el profesor Lorenzo Morillas Cueva<sup>3</sup> nos recuerda que en las concepciones penales sustentadas en el Iluminismo, estos postulados irrumpen con fuerza contra los fuertes muros de la tradición jurídica para revelarse incompatibles con la rigidez y la dureza de las leyes vigentes en esa época y tratan, de inculcar con la timidez propia de los principiantes, pero también con la gallardía de los convencidos, la realidad de una verdadera ciencia del Derecho penal, y al menos consiguen, lo que ya le da un importante significado histórico, el cambio de una concepción del Derecho anquilosada en pautas de comportamiento medieval a otra radicalmente diferente. En definitiva, es el inicio de la ciencia del Derecho penal, que es la que tiene por objeto el conocimiento de ese conjunto de normas que definen delitos e imponen penas; esto es, la que determina qué es lo que rige sobre la base del ordenamiento penal.

Los últimos años parecen caracterizarse por un desmedido protagonismo del Derecho penal, como nos señala con acierto el profesor Juan Carlos 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>4</sup>.

---

<sup>3</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Metodología y ciencia penal*, Universidad de Granada, Granada, 1990, p. 53.

<sup>4</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 memoria*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad, Salamanca, Cuenca, 2001, pp. 129 y 131. Disponible en: [http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/reflexiones%20](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/reflexiones%20)

Lo cierto es que vivimos en un mundo marcado por los signos de la economía y la tecnología, donde el delito económico, la corrupción administrativa y la seguridad ciudadana, parecerían marcar el rumbo de una política criminal, que sido tomada por sorpresa y por asalto y se defiende tratando de asegurar su posición orientando su discurso hacia una represión descontrolada en la que subyace un sentimiento de afianzamiento al poder y un desconocimiento de los cimientos de la creación de una Ciencia como la del Derecho penal, que corre el riesgo de perder esa condición, si se suma a un sentimiento de utilidad y funcionalismo descarnado como el que nos propone Günter Jakobs en su Derecho penal del enemigo.

La profesora Nieves Mulas<sup>5</sup> en unas palabras que a mí me resultaron alumbradoras cuestiona el papel de la Ciencia penal en nuestros días al considerarla como una ciencia, que ha pasado por distintas etapas, desde el maravilloso e inmortal alegato de libertades de Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, hasta el actual y denostador “todo vale” del Derecho penal del enemigo de Günter Jakobs. Una formulación teórica que supone una clara involución en el pensamiento penal humanista, pero que ha calado, y sigue haciéndolo, en las políticas criminales de la mayoría de los países y puede tener serias consecuencias para la convivencia humana.

Donde estamos entonces hoy, en una proliferación de Leyes especiales, que rompen la sistemática y los principios contrario a lo que quería Beccaria el papel de la Ley debe ser importante demasiado importante, pero no como estructura férrea y descarnada sino como baluarte del principio de Legalidad, un Derecho penal que en ocasiones más frecuentes que mínimas se olvida de los principios de proporcionalidad de las penas y bajo el slogan de que la mano dura restablecerá el orden quebrantado. Pobre Beccaria si escuchara esos argumentos, un Derecho penal que clama por una extensión de las penas más allá de su cumplimiento, que queda de la readaptación de

---

sobre%20el%20abuso%20del%20derecho%20penal%20y%20la%20banalización%20de%20la%20legalidad.pdf. Consultado el 28/6/2015, a las 13:00.

<sup>5</sup> 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. 2. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-10.pdf> Consultada el 25/6/2015, a las 22:00.

Beccaria como elementos de la prevención, un Derecho penal que es capaz de sancionar a las víctimas del tráfico de personas en vez de proporcionarles una mejor economía y mayor educación, no se toma en cuenta el pensamiento ilustrado de Beccaria, la educación parece no servir de mucho.

Ese es el panorama de nuestra Ciencia del Derecho penal hoy, un pensamiento nebuloso y gris que se agita para defenderse de la muerte, el Derecho penal no va a morir eso es una verdad, pero puede hacer morir a las sociedades si estas no pueden o no saben manejarlo, estamos obligados a rescatar un pensamiento criminológico racional e ilustrado, que contribuya a mantener la paz y la convivencia social, que se adapte a los nuevos cambios, que busque recursos para mantener el equilibrio, no soy de las que aboga por el fin del Derecho penal, creo que ello es una utopía, al Derecho penal le queda mucha vida, pero debe ser vida en límites razonables.

La delincuencia contemporánea no es la delincuencia de la inquisición, entonces no se puede tratar con sus métodos, hagamos del Derecho penal una Ciencia de avanzada con principios sólidos y garantías verificables, ellos debe significar un tratamiento penológico a la altura de un nuevo Siglo, no llamo a la impunidad del delito, ni a la retracción del Derecho penal, clamo por un Derecho penal sin desmanes que juegue su papel de ultima ratio como quería Beccaria, entonces que el ilumine nuestros debates.

Muchas gracias.

# Un viaje virtual al interior de las cárceles

DR. CÉSAR BARROS LEAL\*

En 1990, Leticia Benítez Jiménez fue supuestamente ahorcada por sus propias colegas de dormitorio, al poco tiempo de su llegada a un centro femenino de readaptación social en la ciudad de México<sup>1</sup>. Ocho años después, Luis Antônio Silva, pintor de paredes, encarcelado por equívoco en una delegación en São Paulo, convivió durante 45 días con 35 presos, en una celda superpoblada. En su entrevista desgarradora a la prensa, afirmó que tenía un miedo cerval de sufrir una agresión física, de ser sodomizado y que, por ausencia de espacio, dormía en el baño, muchas veces sobre los otros<sup>2</sup>.

Instigado por los dramas de Benítez Jiménez y de Silva, me propongo hacer un viaje virtual en el cual Usted está invitado a participar. Me desplazo, en la imaginación, como si condenado fuera, al interior de las cárceles. ¿Qué me espera?

Si no tuviere la suerte de arribar a una isla de gracia en un océano de duelo y desgracia –porque ella sí existe– cruzaré probablemente las puertas de un establecimiento decrepito, hacinado, promiscuo, donde, bajo la vigilancia de personas habitualmente sin preparación y corrompidas, seré sólo un guarismo, un don nadie, el último mono, y vegetaré sin tratamiento individualizado (lo que simboliza la quiebra del sistema), desprovisto de adecuada asistencia material, médica,

---

\* Procurador del Estado de Ceará, Brasil; Doctor y Posdoctor en Derecho; Profesor jubilado de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Ceará; Presidente del Instituto Brasileño de Derechos Humanos; Miembro de la Junta Directiva del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (San José, Costa Rica). [cesarbl@matrix.com.br](mailto:cesarbl@matrix.com.br)

<sup>1</sup> BRINGAS, Alejandro H. y ROLDÁN QUIÑONES, Luis F., *Las Cárceles Mexicanas. Una Revisión de la Realidad Penitenciaria*, Editorial Grijalgo, México, 1998, p. 209.

<sup>2</sup> Periódico *Folha de São Paulo*, 29 de noviembre de 1998.

social, religiosa y jurídica, sin trabajo, sin acceder a cualquier actividad educativa, sin derecho a redimir mi pena, sin separación<sup>3</sup> de los presos iracundos, perversos, homicidas, secuestradores, violadores, delincuentes de guante y cuello blanco, usuarios y traficantes de drogas, en una mezcla flagrantemente contraria a las leyes (idílicas, a juicio de Elías Neuman), cuya invocación resulta risible por su clamorosa inoperancia.

## 1. Si tuviere suerte

Si tuviere suerte, permaneceré, a lo mejor, en una celda individual, una posibilidad distante pero no del todo desechable, especialmente si dispongo de dinero suficiente para su compra. De no ser así, compartiré con uno o dos reclusos un espacio húmedo, infecto, o me pondrán en una celda múltiple, con un único retrete, junto con unos treinta a cuarenta hombres, algunos novicios en el delito, otros reincidentes, forzados a alternarse, a quedarse en hamacas o amarrarse a las rejas para poder dormir. Y de tiempo en tiempo seré desalojado para que custodios o policías procedan a una requisa, en busca de narcóticos o armas.

Si tuviere suerte, no seré un adicto a estimulantes, a la *mota*, heroína, cocaína o *crack*<sup>4</sup> y mi mujer no será pillada en flagrancia al desnudarse y flexionar su cuerpo delante de una funcionaria, cuando transporte para mí una pequeña cantidad de droga en sus partes íntimas.

---

<sup>3</sup> Es de José Ingenieros, en *Criminología*, la amonestación: “Es un atentado a la moral y al orden público encerrar en una misma cárcel al obrero que desacata a la autoridad durante una huelga (no hay que olvidar que él como socialista alentó los movimientos de protesta proletarios), al ladrón habitual que vive del delito, al romántico raptor de una novia y al depravado parásito de una prostituta, al que mata para vengar el honor de su madre o de su hija y al bandido que premedita desde la cárcel un nuevo homicidio por robo. Hemos observado personalmente estos ejemplos.” (En DEL PONT, Luis Marco, *Derecho Penitenciario*, Cárdenas Velasco Editores, México, 2005, p. 87)

<sup>4</sup> Los reclusos, además de eso, mezclan medicinas controladas con alcohol, ampliando sus efectos. Además, fabrican bebidas alcohólicas con ingredientes como frutas y arroz; lo hacen a escondidas y se sirven de procesos primarios de fermentación y destilación.

Si tuviere suerte, mis compañeros de celda no padecerán de ataques epilépticos, no tendrán lepra, sífilis, tifus (la antigua fiebre carcelaria<sup>5</sup>), rubéola, sarampión, micosis, varicela, hepatitis C, diarreas, gonorrea o chancro, ni serán tuberculosos pulmonares o alienados mentales.

Si tuviere suerte, a causa de mi inmovilidad en la cama, no me aparecerán escaras ni tendré que automedicarme, cortándome la carne descompuesta y desarrollando aún más el proceso infeccioso.

Si tuviere suerte, no me volveré depresivo, hipocondríaco y no nutriré la idea de suicidio,<sup>6</sup> amenazando con crucificarme.

---

<sup>5</sup> Para mayor claridad: “En las antiguas prisiones reinaba completo abandono de las más elementales normas de higiene, y una absoluta ausencia de tratamiento médico. Las fiebres carcelarias y terribles epidemias causaban verdaderas hecatombes entre los presos. Baker, citado por Howard, refiere en sus crónicas que en las audiencias celebradas en 1577 en el castillo de Oxford, todos los asistentes, el Jefe de Justicia, el *sheriff* y 300 personas más perecieron en el espacio de cuarenta horas, lo que fue atribuido a la enfermedad de uno de los presos. La infección más terrible después de la peste, decía Bacon, es la exhalación del olor de las prisiones cuando los presos han estado encerrados en ellas largo tiempo con falta de limpieza. En las audiencias celebradas en Taunton en el mes de marzo de 1730, prosigue Howard, algunos presos infectaron al tribunal, y el Jefe de Justicia, el abogado, el *sheriff* y algunos cientos de personas murieron de fiebre penitenciaria. Veintiún años después en Axminster, pequeña ciudad de Devonshire, un preso absuelto infectó a toda su familia y a la ciudad entera. El número de los muertos de esta enfermedad en Londres y sus cercanías en 1750, añade, es bien conocido; tres jueces, el Lord Alcalde, un Alderman y gran número de personas fueron atacadas y murieron. En tiempo de Howard, aún hacia estragos la llamada fiebre de las prisiones cuyas causas trata de indagar en el último capítulo de su conocido libro.” (CUELLO CALÓN, Eugenio, *La Moderna Penología [Represión del Delito y Tratamiento de los Delincuentes. Penas y Medidas. Su Ejecución]*, Tomo I, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1958, pp. 464-465)

<sup>6</sup> Sobre esta cuestión: “Otro síntoma de la situación de las prisiones en relación con la ineficacia del tratamiento, cuando existe, y las consecuencias de la mala vida que se da en la prisión, es la elevada tasa de suicidios que se presenta...” (MENDOZA BREMAUNTZ, Emma, *Delincuencia Global*, M.E.L. Editor, México, 2005, p. 144) Más adelante, al tratar de las instituciones de máxima seguridad, agrega la autora que esos centros “total-

Si tuviere suerte, me será dada, por lo menos, una alimentación diaria y no usaré mi camiseta para recogerla ni tampoco buscaré en la basura vasos de plástico para beber agua, oro blanco que escasamente me proveerán.

Si tuviere suerte, no lameré la sangre que chorrea del cuerpo herido de un colega de infortunio.

Si tuviere suerte, no seré encadenado en una comisaría (a la espera de una vacante en las prisiones) o tirado en cueros en una celda sin lavabo ni cama, colchones o frazadas, obligado, por días, meses o años, a dormir en el suelo frío, húmedo, con filtraciones de agua servida, cucarachas, pulgas, chinches y ratones, donde no penetran los rayos del sol y el olor fétido de orina y excremento, acumulados en cubetas o bolsas de plástico, es insoportable.

Si tuviere suerte no seré puesto ex profeso en la misma celda con un enemigo ni atracado mientras camino por los pasillos, bajo la mira y la pasividad cómplice de quien tiene la incumbencia de *campanear* y cuidar a los presos.

Si tuviere suerte, no seré víctima de un atentado contra mi vida ni agonizaré durante horas por la falta o indiferencia de un médico<sup>7</sup> y, al pedir para ser asistido, no escucharé de los funcionarios la afirmación de que los cacos merecen morir.

---

mente deshumanizados" "no atienden a ningún tratamiento readaptador, ni siquiera psicológico o humanitario, generando depresiones suicidas o resentimientos insuperables..." (*Ibidem*, p. 145)

<sup>7</sup> Léase el *Juramento de Atenas*, reiteradamente destacado por el Consejo Internacional de Servicios Médicos de Instituciones Penales: Nosotros, los profesionales de la salud que trabajamos en centros penitenciarios, reunidos en Atenas el 10 de septiembre de 1979, juramos, siguiendo el espíritu del Juramento Hipocrático, que proporcionaremos la mejor atención sanitaria posible a las personas recluidas en prisiones, sea cual fuere el motivo de ello, sin prejuicios y dentro del ámbito de nuestra ética profesional... (*Manual de Buena Práctica Penitenciaria: Implementación de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998, p. 78)

Si tuviere suerte, cuando presencie un homicidio, sellaré los labios, tal y como lo hacen los carceleros que tienen la orden de no interferir en los aciertos del hampa.<sup>8</sup>

Si tuviere suerte, no seré sentenciado a muerte por otros presos y no imploraré una MPS (medida preventiva de seguridad) para quedarme en aislamiento, como los pobladores del *Amarillo*, en la ya desactivada Casa de Detención de São Paulo.

Si tuviere suerte, no seré objeto de alquiler o subasta, y nadie impedirá, a pesar de mis gritos de dolor, que sea violado por decenas de reclusos, muchos de los cuales diagnosticados como seropositivos o sidosos, quienes me ofrecerán, a cambio de favores inconfesables, protección contra los demás penados.

Si tuviere suerte, no cercenarán mi oreja y mis testículos ni tendré una muerte indigna al adquirir una enfermedad grave y encontrarme en fase terminal.

Si tuviere suerte, no seré sometido a tortura<sup>9</sup> para extraerme confesiones inculpatórias, con el uso reanudado de métodos como la asfixia por sumersión en el agua, descargas eléctricas y sonido elevado, que se utilizaron bajo el régimen militar argentino; o el teléfono, o sea, el golpe en los oídos con la mano en concha; el *pau-de-arara*, que

---

<sup>8</sup> VARELA, Dráuzio, *Estação Carandiru*, Editorial Companhia das Letras, São Paulo, 1999, p. 115. Sobre la ley del silencio: "...es imperativa, pues si tú ves que están apuñalando a tu mejor amigo o quizás a tu hermano, si no quieres correr su misma suerte tienes que hacer como que no lo ves y no lo oyes, pues la ley del hampa no perdona la infidelidad." (BEDOYA, José Raúl, op. cit., p. 195)

<sup>9</sup> Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (artículo 1.1): "...se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

consiste en amarrar las manos de la víctima a sus pies y colgarla de cabeza abajo de una barra de madera o metal, sometiéndola a apaleamientos o choques eléctricos; la palmatoria; la ejecución fingida; o la inmersión de cabeza en una bolsa plástica llena de agua hasta el ahogamiento parcial, tal como se empleó en el sombrío período de la dictadura brasileña.

Si tuviere suerte, seré un *cela livre* (*celda libre* o un *fajina*, trabajaré en la limpieza, en la lavandería, en la entrega de alimentos a los demás presos y disfrutaré de otras ventajas que me serán concedidas por las autoridades.

Si tuviere suerte, en aras de una interacción sin conflictividad, lograré establecer buenos contactos con el encargado general de la fajina, aceptaré su autoridad de juez y los acuerdos tácitos impuestos por su cofradía.

Si tuviere suerte, no pagaré *peaje* para desplazarme a otros sitios del penal o disfrutar de la visita íntima.

Si tuviere suerte, no cocinaré ni lavaré o plancharé la ropa de los *mayores*, ni tampoco haré masaje en sus espaldas o serviré de taxi para ellos, bribones, que me humillarán y se divertirán con mi fragilidad.

Si tuviere suerte, no me pegarán por negarme a infligir un castigo o golpear a un recluso, por imposición superior de quien no quiere mancharse las manos; y tal vez prolongue indefinidamente mi estadía en la prisión, coaccionado a asumir un crimen que no he cometido.

Si tuviere suerte, podré mantener relaciones sexuales con mi esposa en el patio del edificio prisional, cercado de reclusos solidarios que de espaldas a mí formarán un círculo silencioso, incómodo, vejatorio; o lo haré en una celda colectiva, donde se asegura la privacidad necesaria con un juego de sábanas y se eleva el volumen de la radio para que no se oigan los sonidos que emitiremos en nuestro acto de amor.

Si tuviere suerte, no seré filmado por cámaras ocultas, en el área de visita íntima, para deleite de *voyeurs* que contemplarán, como a los *big brothers* de un *reality show*, escenas de intimidad con mi pareja, exhibidas después, execrablemente, como material pornográfico, en canales de televisión abierta.

Si tuviere suerte, no tendré que ceder a mi mujer o a mi hija doncella, el día de visita, al líder de la celda, de la calle o del pabellón, bajo amenaza de represalias que podrán alcanzar a mi familia, ya victimada por la desprotección a la que se expuso con mi encarcelamiento, puesto que quedé imposibilitado para contribuir al magro presupuesto doméstico.

Si tuviere suerte, podré disfrutar del trabajo externo, de la libertad condicional y de otros beneficios de ley, a los cuales mis colegas suelen no tener acceso por la carencia de atención jurídica apropiada.

Si tuviere suerte, no seré elegido para dar mi propia vida, en la macabra *lotería de la muerte*, que, en señal de protesta, se efectúa por las malas condiciones de la cárcel o como mero pretexto para el ajuste de cuentas entre miembros de bandas delictivas.<sup>10</sup>

Si tuviere suerte, no cumpliré una condena superior a la dictada en la sentencia, por no haberse dictaminado el auto de mi libertad, como uno de los 111 masacrados con disparos a bocajarro en la Casa de Detención de São Paulo, el 02 de octubre de 1992.

Si tuviere suerte, no seré quemado vivo, como 22 codetenidos en la Penitenciaría Barreto Campelo, en Pernambuco, el 29 de mayo de 1998; o como acaeció con 13 reclusos en la penitenciaría de seguridad máxima de Pirajuí, a 233 kilómetros de São Paulo, el 7 de febrero de 1999.<sup>11</sup>

Si tuviere suerte, no compurgaré mi pena en la Cárcel de *Urso Branco* (*Oso Blanco*), en el Estado norteño de Rondônia, donde, en dos años, cerca de 100 presos fueron asesinados; y mi cuerpo no será tirado al vacío ni mi cabeza usada como balón en un partido de fútbol.

Si tuviere suerte, no seré decapitado y descuartizado, como 2 presos, durante un motín, en una cárcel de Ribeirão Preto, a 315 kilómetros al norte de São Paulo, en marzo de 2001; ni seré mutilado y degollado, como muchos de los 40 reclusos de la Casa de Custodia de Benfica, en la más larga rebelión en Rio de Janeiro, en junio de 2004.

Si tuviere suerte, seré transferido a un régimen más blando y ganaré la libertad. Sí, porque los regímenes semiabierto y abierto, en la vileza de la ejecución penal de Brasil, se confunden a veces con la liberación y sólo fortalecen la impunidad predominante, representada también por las cifras negras y doradas de la delincuencia y por miles de órdenes de prisión sin cumplir, que exceden al número de reclusos.

---

<sup>10</sup> Nombres de bandas famosas en Brasil: Comando Rojo (CR), Tercer Comando (TC), Primer Comando de la Capital (PCC), Secta Satánica (SS), y Amigos de los Amigos (ADA). En México: Bruno López, Antonio Escalera, Armando Rojas, Comandante Corona y El Negro Guerrero, etc.

<sup>11</sup> Revista *Veja*, Brasil, 15 de febrero de 1989.

Si tuviere suerte, tendré dinero contante y sonante para que mi nombre esté diariamente en la lista de asistencia (so pena de no computarse en mi pena) y pueda ocupar una celda o una tienda; así, no seré un *sin techo*, como lo fueron centenas de indigentes, en *La Mesa*, en Tijuana, en la frontera de México con San Diego, EE.UU.

Si tuviere suerte no seré lesionado a balazos o con *puntas*, en una riña sangrienta entre pandillas, tan común en los polvorines que son los penales de Morelos y Matamoros.

Si tuviere suerte no seré mantenido en mi celda con el agua hasta mi pecho, durante días, como ocurrió en 2007 en ocasión de las inundaciones en Tabasco.<sup>12</sup>

Si tuviere suerte purgaré cabalmente mi pena, dispuesto a no crear problemas, sin perder de vista la inscripción de la Cárcel de Belén: “El que en esta casa entrare, / ponga remedio en su vida, / que en su mano está la entrada / y en la de Dios la salida.”<sup>13</sup> O entonces me fugaré vestido de mujer o con una falsa carta de empleo; por un túnel o por la puerta de entrada como si fuera un visitante; en un helicóptero, a semejanza de Joel David Kaplan y Carlos Contreras Castro, de la Penitenciaría Santa Martha Acatitla, en 1971, o bien en uno de los

---

<sup>12</sup> En la prisión de Rasphuis, había “una terrible ‘celda de agua’ en la que el recluso sólo podía salvar su vida achicando con una bomba el agua que invadía la celda.” (CUELLO CALÓN, Eugenio, op. cit., p. 303)

<sup>13</sup> TAVIRA, Juan Pablo de, *¿Por qué Almoloya? Análisis de un Proyecto Penitenciario*, Editorial Diana, México, 1995, p. 32.

Léase este testimonio: “Así llegamos a 1933. En este año se demolió la Cárcel de Belén y los presos que ahí se hallaban pasaron también a Lecumberri. Había, como suele suceder, una fuerte reclamación en contra de Belén, ese edificio de leyenda, que clama ya por su jubilación, como la sociedad clama también porque se arranque del centro de la capital ese tumefacto que constituye una vergüenza para México. Ojalá que en esas tierras, que han sido regadas con lágrimas y con sangre, se levante en breve una cárcel que responda a nuestra condición de país culto, de país civilizado y que sepulte para siempre el estigma de dolor, de vergüenza y de sangre que guardan los viejos muros que aún quedan en pie.” (GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Los Personajes del Cautiverio: Prisiones, Prisioneros y Custodios*, Editorial Porrúa, México, p. 133, citando, en letras cursivas, a MELLADO, Guillermo, “Belén por Dentro y por Fuera”, *Cuadernos Criminalia*, Editorial Botas, México, 1959, p. 21)

carros de lavandería, imitando a *El Chapo* Guzmán (Joaquín Guzmán Loera) del Cefereso de Puente Grande, en el año de 2001.<sup>14</sup>

## 2. Invitación

Permítame ahora sugerir a Usted, lector, que haga un recorrido por este universo. Sólo así podrá ver que la realidad dolorosa de la generalidad de las prisiones latinoamericanas, con su teratológica indigencia y su rutinaria desatención a los derechos humanos, es lúgubre, sobrecogedora y mucho más ultrajante que esta breve incursión, por los senderos tortuosos de su geografía, pueda haber dejado entrever.

Tal vez nunca haya Usted penetrado en una cárcel, sentido su olor inconfundible, y oído el silencio de las voces que vagan por sus celdas, sus corredores, sus patios, enmudecidas por el pausado sepelio de su dignidad y de sus esperanzas. Desde luego que comprenderías mejor el calvario de Marcos Ana (Fernando Macarro Castillo), preso político español que estuvo veintidós años y siete meses ininterrumpidos en calabozos franquistas y dejó escrito con las letras de oro de un esplendoroso talento: “Hasta las puertas del sueño se cerraron para los recuerdos y la cárcel se impuso definitiva e implacable en el día y en la noche de mi cautiverio.”<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Sobre fugas se sugiere la lectura de tres libros: *A Realidade das Prisões Brasileiras*, de Adeildo Nunes, Editorial Nossa Livraria, Recife, 2005 (páginas 203 a 207), *Fugas*, de Norberto Emilio de Equino, Editorial la Prensa, México, 1993 y *La Vida en los Reclusorios: Espeluznantes Sucesos Ocurridos en las Cárceles de México*, de Jorge Fernández Fonseca, Editorial Edamex, México, 1992.

<sup>15</sup> ANA, Marcos, “Prisión Central”, *Las Soledades del Muro*, Akal Editor, Madrid, 1977, p. 15. A su vez, Fritz Reuter registró: “Es una hermosa cosa estar solo. Pero el corazón ha de estar libre y la antigua desgracia tiene que haber desaparecido. Mi corazón no era libre, mi corazón estaba más cargado de cadenas y de lazos que mis huesos. ¡Un año y un día igual. ¡Y hoy igual que hace un año y un día! Nada estaba olvidado, y por delante treinta años de prisión. Se sueña en el claro mañana a través de una noche que dura treinta años.” (En von HENTIG, Hans, *La Pena, Volumen II [Las Formas Modernas de Aparición]*, trad. y notas de José María Rodríguez Devesa, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1968, p. 242).

Ésa, pues, podrá resultar una experiencia nueva y al mismo tiempo provechosa. Si es capaz de contribuir a que Usted se sume a la pequeña legión de los que no perdieron la capacidad de creer, de mover montañas, es hora de hacer un viaje por los senderos del dolor.

- \* Capítulo del libro “La Ejecución Penal en América Latina a la Luz de los Derechos Humanos: Viaje por los Senderos del Dolor”, publicado por la Editorial Porrúa, el Ilanud y la Facultad de Derecho de la UNAM, en 2009.

# El carácter expansionista del Derecho Penal. Sus retos y perspectivas para sostener la seguridad jurídica en pos de la seguridad ciudadana

DRA. IRACEMA GÁLVEZ PUEBLA\*

## Sumario

1. Introducción
2. El intervencionismo del Derecho penal. Análisis de los presupuestos que deben primar en el sustento de la seguridad jurídica
3. Problemas que pueden plantearse en el Derecho penal para lograr el cumplimiento estricto del principio de legalidad
4. La seguridad jurídica en función de la seguridad ciudadana
5. Conclusiones
6. Bibliografía

## 1. Introducción

La tendencia mayoritaria que prima hoy, tanto desde los criterios empíricos hasta los movimientos legislativos, es el maximalismo del Derecho penal; la protección de áreas<sup>1</sup> muy aisladas de la razón e intereses tradicionalmente preservados por este.

---

\* Profesora Auxiliar del Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. [iracema@lex.uh.cu](mailto:iracema@lex.uh.cu)

<sup>1</sup> *Vid.* LOUK HULSMAN Y JACQUELINE BERNAT DE CELIS. Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa. Editorial Ariel, S. A. Barcelona. 1ra Edición: septiembre 1984. p. 111.

La razón esencial de esta cuestión, parte entonces de comprender que se va a considerar como bien jurídico a defender dentro de esta rama del Derecho; si no existe un acuerdo unánime o al menos mayoritario de la concreción de su denominación<sup>2</sup> para asegurar con certeza; que el Derecho penal protege los bienes jurídicos más trascendentales para el orden social, en aras del cumplimiento de los principios limitativos del *ius puniendi* del Estado.

Por tanto, las experiencias que se han manifestado en este ámbito no han sido del todo desde una posición prevencionista, sino se han remontado a retomar con un matiz expansionista al Derecho Penal, para sucumbir en las posibles esperanzas de utilizar esta rama del Derecho, como verdadera última *ratio*.

Se debe ser extremadamente cauteloso en la aplicación de los instrumentos penales que hoy se traen a colación ante cualquier hecho acontecido, por la amplitud de los bienes jurídicos que se protegen desde esta materia.

La percepción que se tiene del ámbito de dominio del Derecho Penal, permite que entre en crisis la propia función y fines de la pena, porque se está desvirtuando las funciones del control social formal, que lo transfiere a un Derecho simbólico, por tanto va perdiendo su efectividad.

La tendencia a la hiperinflación<sup>3</sup> de las tipologías delictivas muestra el divorcio existente entre los bienes que realmente merecen protección

---

<sup>2</sup> Fue FEUCRBACH quien vinculó el Derecho penal con la protección de los derechos subjetivos del ciudadano. Pero pronto puso de relieve BIMBAUM la escasa consistencia de esta relación si el derecho subjetivo no se concretaba en algo material, un "bien". Desde entonces el concepto de bien jurídico ha dado muchas vueltas, aunque girando siempre en torno a dos cuestiones fundamentales: qué tipo de bienes deben ser protegidos y en qué forma debe dispensarles el Derecho penal esa protección. Vid. Muñoz Conde, Francisco. Prólogo a la obra de Hormazábal Malareé, Hernán. Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho. (El objeto protegido por la norma penal). Editorial Jurídica ConoSur. Segunda edición, Santiago de Chile, 1992. p. III.

<sup>3</sup> ZAFFARONI sostiene que la inflación penal es claro indicador de desintegración comunitaria. Vid. SARRULLE, Oscar Emilio. La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal (abolicionismo o justificación). Editorial Universidad Buenos Aires. 1998. p. 65.

dentro de la rama más enérgica con la que cuenta el Estado y las investigaciones criminológicas, que ponen en relieve la necesidad, de incorporar una nueva figura delictiva dentro de los códigos penales, o despenalizar otros de las ya existentes, cuestiones que inciden en el logro de la estabilidad dentro del sistema de relaciones sociales, para imprimir seguridad jurídica en las mismas.

Su efecto estigmatizante requiere por tanto que su uso sea racional, de esta manera, *“el Estado Democrático de Derecho debe por tanto reconducir el Derecho penal a su cauce natural para satisfacer así la exigencia de tutela efectiva de las reglas de la convivencia civil, garantizando al mismo tiempo los derechos del ciudadano frente a la intervención penal”*.<sup>4</sup>

El Derecho penal se tiene que cimentar en principios constitucionales; sustentos de la seguridad jurídica y de apego a la ley en la aplicación de la justicia penal, ante estos postulados entra en duda la sostenibilidad del Derecho penal de nuestros tiempos.

Hay que forjar un Derecho penal, con base en una cultura jurídica y penal, matizada con posturas científicas, para levantar y sostener desde estas reflexiones, las ideas sustentadas desde la obra de Beccaria.

## **2. El intervencionismo del Derecho penal. Análisis de los presupuestos que deben primar en el sustento de la seguridad jurídica**

Es en la obra de BECCARIA *“De los delitos y las penas”*<sup>5</sup> cuando se valora el principio de legalidad integrando su aspecto material con

---

<sup>4</sup> Vid. STORTONI, Luigi. Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha. 1ra edición. Coordinadores ARROYO ZAPATERO, Luis *et al.* Cuenca. 2003. p.16.

<sup>5</sup> *“La primera consecuencia de estos principios es que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Y como una pena extendida más allá del límite señalado por las leyes contiene en sí la pena justa más otra pena adicional, se sigue que ningún magistrado, bajo pretexto de celo o de bien público, puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente”*.

un fundamento político, como intento de preservar la seguridad jurídica.

Dentro de todo el andamiaje del proceso, es preciso determinar el alcance del **principio de legalidad**, como uno de los pilares centrales de un Estado de Derecho, sin dudas, todo lo que se desarrolla dentro del proceso penal se basa en este principio, partiendo de la obligación del Estado en el ejercicio del *ius puniedi*, de perseguir y condenar toda conducta que revista caracteres de delito; se vincula ante todo con el imperio de la ley como presupuesto de su actuación para salvaguardar los bienes jurídicos de los ciudadanos, lo que garantiza su sumisión a la Ley y al Derecho, este principio a través un largo proceso que se cristaliza con la Revolución Francesa de 1789,<sup>6</sup> a consecuencia del relevante influjo que significaron las ideas de la Ilustración.

Representa un límite impuesto al ejercicio de la potestad punitiva estatal y difunde las garantías que imposibilitan la intervención penal más allá de lo que la ley permite.<sup>7</sup> Su doble fundamento, parte de su aspecto político, propio del Estado de Derecho que se caracteriza por el imperio de la ley, y otro desde el punto de vista jurídico, que

---

<sup>6</sup> El principio de legalidad, junto al respeto de los derechos fundamentales, es una de las garantías que derivaron del Estado burgués, tras el derrumbamiento del absolutismo, en ella encuentra su fundamento político, que se materializará con la implantación del Estado surgido de la Revolución Francesa, por eso inicialmente es garantía del ciudadano frente al Estado. En ese sentido, originariamente la reivindicación legalista aparece como expresión de una oposición al denominado "*ancien régime*", con sus tantas veces explicadas carga de arbitrariedades, y abusos penales. El principio de legalidad se endereza al sometimiento del Estado a la ley, la garantía de la seguridad jurídica y de los derechos fundamentales de la persona, no se introduce con la misma rapidez en los sistemas penales positivos, entre otras cosas porque entraña la idea de la codificación del Derecho, que tiene lugar ante todo en la Francia napoleónica, por eso no hay que confundir la formulación teórica del principio con su incorporación efectiva al Derecho positivo, que queda vinculada a las circunstancias políticas de cada país. Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Derecho Penal. Parte General*. Edición Marcial Pons. Ediciones Juridicas S.A. Madrid 1992, pp. 37 y 38; LUZÓN CUESTA, José María: *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Dykinson.S.L. 1997, Madrid, pp. 42 y 43.

<sup>7</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN: "*Derecho penal parte general*", Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 97.

concentra el clásico aforismo de FEUERBACH, *nullum crimen, nulla poena sine lege*, permite una serie de garantías en el campo penal, desde el punto de vista criminal, que establece mediante los tipos penales concretos los bienes jurídicos que tienen relevancia en esta sede y por tanto necesitan tutela jurídica, la penal, que enfatiza la necesidad de que la pena se encuentre prevista con anterioridad al hecho en ley penal; la jurisdiccional, exige el respeto al debido proceso; y la ejecutiva, que asegura la ejecución de las penas y medidas de seguridad con arreglo a las normas legales.<sup>8</sup>

Sin embargo es difícil tanto en el área teórica como práctica conseguir un cumplimiento estricto del principio de legalidad, lo que supone valorar las posibles situaciones en las que este principio rector del Derecho penal puede ser vulnerado.

### **3. Problemas que pueden plantearse en el Derecho penal para lograr el cumplimiento estricto del principio de legalidad**

- **La garantía criminal como baluarte del principio de legalidad**

La garantía criminal, se deriva del principio de legalidad y recoge además de los bienes jurídicos que necesitan tutela dentro de esta esfera, la concreción de la tipificación del hecho.

La función teleológica que se ha valorado dentro de la teoría del bien jurídico ha permitido una interpretación en cuanto a la protección de los bienes; condicionando su sentido y alcance para la constitución de los tipos penales, siendo el bien jurídico el eje central de la figura delictiva y sobre este giran los elementos objetivos y subjetivos; que permiten agruparlos en la parte especial de los Códigos penales, a partir de su importancia y gravedad de su ataque, lográndose de esta manera jerarquizarlos.

Se desarrolla una perspectiva garantizadora sí, la teoría del bien jurídico, logra concretar la medida de la punición de la conducta en base a la necesidad de protección de un determinado bien jurídico, posibilitando la realización de una descriminalización de ciertos tipos

---

<sup>8</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Op. cit.*, p. 38; CUELLO CALÓN, Eugenio: *“La moderna penología”*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1948, pp. 10 y 271.

penales a partir de la poca vigencia social de esos comportamientos; así como la necesidad de criminalizar otras, necesitadas de tratamiento penal según su incidencia en un periodo de vigencia y en un lugar determinado.

El estudio detallado de las figuras de delito, ponen a relieve el cumplimiento o no de la garantía criminal, la creación de un tipo penal, permite puntualizar un determinado comportamiento antijurídico y garantizar la seguridad jurídica.

En la actualidad existe una tendencia hacia el maximalismo penal que provoca que esta rama del Derecho interfiera en ámbitos que no le son propios por la poca relevancia de los bienes jurídicos, los que pueden ser protegidos en otras esferas, o como establece QUINTERO OLIVARES, “proteger intereses minoritarios o anacrónicos”.<sup>9</sup>

El cumplimiento de la seguridad jurídica implica una mejor política criminal, si se respeta el principio de legalidad en lo que respecta a la certeza del Derecho y la concreción de los bienes jurídicos que necesitan tutela dentro de esta esfera incluyéndose en tipos penales específicos con penas estrictas.

Instaurar la política penal sobre la base de la protección de los bienes jurídicos, a su vez logra, una plena correlación entre las garantías que se difunden en esta materia y el reconocimiento del ciudadano como sujeto participativo en los diferentes procesos sociales.

Hoy día se lacera con frecuencia este principio, muestra de ello está en la hiperinflación de las tipologías jurídicas, el Derecho penal de riesgo y su anticipación en la punibilidad mediante los delitos de peligro fundamentalmente abstractos, cuestiones que en la práctica despojan aún más al Derecho penal de un proceso despenalizador propio de un Derecho penal mínimo.

El Derecho penal de riesgo, o de la sociedad de riesgo como se denomina desde la sociología;<sup>10</sup> surge como consecuencia del desarrollo científico- tecnológico e industrial y su efecto secundario es la inevitable amenaza de novedosas y en ocasiones amenazadoras fuentes de peligro. La técnica legislativa en la protección de estos bienes

---

<sup>9</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Op. cit.*, p. 47.

<sup>10</sup> Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. Isabel. El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico Universidad de Valladolid. 1999. p. 38.

jurídicos se basa en la creación de tipos penales de peligro abstracto, aunque no es totalmente exclusivo, conllevando a un proceso de criminalización excesivo e innecesario; más aún si en la creación de los tipos penales el objeto de protección recae en bienes jurídicos supraindividuales o colectivos; que por su naturaleza imprecisa se dificulta, cuando sea preciso, la comprobación de su puesta en peligro, cuestión que fundamenta la construcción de figuras de esta índole. La punibilidad también es un elemento que incide en la negativa de su utilización pues los marcos sancionadores de estas figuras de delito son en ocasiones desproporcionadamente altas.

Los delitos de peligro constituyen el instrumento principal por medio del cual se realiza una tutela penal anticipada, debe entenderse por delitos de peligro aquellos en los cuales existe una posible probabilidad de lesión concreta a un bien jurídico específico. “El problema radica en donde poner el límite a esa probabilidad, es por ello que la doctrina diferencia delitos de peligro abstracto y concreto”.<sup>11</sup>

El peligro, es necesario analizarlo desde una posición que visualice posibilidad de producción, este no se manifiesta de igual manera en todos los tipos penales; está en dependencia de su clasificación.

El peligro al recaer en un juicio de probabilidad debe analizarse a partir de su conceptualización normativa; a raíz de que ese bien pueda ser lesionado o verse afectada su seguridad jurídica por la conducta desplegada por el sujeto comisor del hecho, a pesar que posteriormente esa lesión no llegue a producirse. El juicio que debe realizarse es *ex ante*, el juez se debe situar en el momento en que se realizó la acción o se dejó de cumplir con el mandato impuesto por ley, delito de omisión; para concretar si era peligroso ese comportamiento realizado sobre un determinado bien jurídico y por tanto fuera posible que se produjeran las consecuencias dañinas para el mismo.

Los delitos de peligro abstracto son una presunción de la posible afectación de un bien jurídico. Mientras que en los delitos de peligro concreto los tipos penales exigen expresamente la situación concreta de peligro que se puede crear y como exigencia expresa debe ser

---

<sup>11</sup> Vid. BUSTO RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal parte general*. Editorial Ariel S.A. Tercera edición aumentada. Corregida y puesta al día. Barcelona. 1989. p. 164.

demostrado<sup>12</sup> dentro del proceso penal ese peligro a la seguridad del bien jurídico.

En las últimas décadas, la tendencia ha sido la búsqueda de la mayor exactitud posible que logre identificar aún más los delitos de peligro concreto y abstracto, con el objetivo, de imponer una barrera que logre al máximo delimitar la situación de peligro. Diferentes autores<sup>13</sup> han creado una tercera clasificación a los delitos de peligro, como lo estableció TORÍO LÓPEZ con los delitos de peligro hipotético, sin embargo, es menester aclarar que no conlleva a grandes desafíos en el Derecho penal, pues el peligro es siempre presunto, potencial, podríamos decir que hipotético. Diferente a nuestro modo de analizar la institución sería, si se quisiese disminuir la presunción de probabilidad a la posibilidad.

La utilización de esta nomenclatura<sup>14</sup> en la protección de bienes jurídicos no es novedosa, sin embargo su uso excesivo lacera la seguridad jurídica, porque permite aplicar una pena anticipada sin dañarse

---

<sup>12</sup> En los delitos de peligro concreto la probabilidad de la lesión concreta implica de algún modo una conmoción para el bien jurídico, es decir, que temporal y espacialmente el bien jurídico probablemente afectado ha estado en relación inmediata con la puesta en peligro; es necesario entonces probar que un bien jurídico fue puesto en peligro, y que hubo una relación entre el comportamiento típico del sujeto y el bien jurídico; sin embargo en los delitos de peligro abstracto, se presume, iure et de iure el peligro para el bien jurídico, no hay posibilidad de prueba, basta con probar la realización del comportamiento típico, de ahí que en general la doctrina se haya declarado en contra, pues se oponen al principio garantizador de *nullum crimen sine iniuria*. Vid. BARBERO SANTOS, Marino. *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto*, en ADP, Tomo XXVI, Madrid, 1973, pp. 487.

<sup>13</sup> Para MANTOVANI, el delito puede ser presunto, para GALLAS delitos de peligro potencial o general; y para TORÍO LÓPEZ delitos de Peligro hipotético. Vid. ESCRIVÁ, José María: *“La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal”*, s. E.d., Barcelona, 1976, p. 150; TORÍO LÓPEZ, Ángel: *“Los delitos de peligro hipotético”*, en ADP, Santiago de Compostela, 1981, p. 842.

<sup>14</sup> Son varios los reparos que desde la perspectiva del Derecho penal clásico presenta esta categoría. El fundamental, su contradicción con el principio de ofensividad o lesividad, que exige la presencia de una verdadera antijuricidad no sólo formal, sino material. Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. Isabel. Op. cit. p. 39.

o lesionarse materialmente el bien jurídico, solo basta un resultado en sentido formal, su puesta en peligro, y existe una tendencia a su utilización dentro de la técnica legislativa moderna.

La necesidad de protección de una relación social y la magnitud graduable de su protección, conlleva a la revisión constante del sistema penal, implica entonces someter a tutela realmente los bienes jurídicos de mayor trascendencia y que impliquen una lesión realmente grave, de lo contrario nos distanciamos de los objetivos que tradicionalmente han sustentado a un Estado Democrático de Derecho, que se basan sobre la perspectiva de la mínima intervención penal, solucionando mediante otras vías alternativas y procedimientos distintos de regularización, los problemas que van surgiendo en otros contextos con la dinámica social como los riesgos, mediante las amenazadoras fuentes de peligro.

- **El principio de taxatividad de los tipos penales. Su derivación de la garantía criminal**

Otro de los aspectos que haremos alusión dentro del tratamiento de la garantía criminal es el principio de taxatividad de los tipos penales o determinación en la descripción legal del tipo;<sup>15</sup> que parte de la relación de la técnica legislativa con el carácter político criminal de la garantía criminal.

La taxatividad, es una particular cuestión que puede verse afectada dentro de la materia penal, porque el legislador para la creación de los tipos penales debe atravesar por un proceso de abstracción, que permita recoger dentro de las figuras delictivas la mayor cantidad de elementos que representen la realidad en la que se pueda manifestar los hechos cotidianos. Sin embargo, con ello se está obviando la estre-

---

<sup>15</sup> Los tipos penales, como se ha dicho, recogen momentos singulares lesivos de los bienes jurídicos protegidos por la norma que los precede, Luego, esto significa que sólo serán típicas aquellas situaciones concretas que tengan significación para el bien jurídico protegido. No basta con la intencionalidad del sujeto para una responsabilidad penal. Es necesario valorar si esa acción concreta es señal de una posible lesión de un bien jurídico, desde el punto de vista formal. *Vid.* Hormazábal Malareé, Hernán. Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho. (El objeto protegido por la norma penal). Editorial Jurídica ConoSur. Segunda edición, Santiago de Chile, 1992. p. 172.

cha relación que debe existir entre los conceptos de delito, figura de delito y hecho concreto individual; correlación que se extiende desde lo general hasta lo particular, es casi imposible que con lo dinámico que puede resultar un hecho delictivo concreto el cual puede variar en tiempo, medios utilizados para perpetrar el hecho, sujeto, edad, estos elementos puedan reflejarse dentro de la figura delictiva que si bien debe crearse de manera genérica, no puede conllevar a la existencia en la creación de la norma de términos amplios, o ambiguos que tiendan a la confusión, o la incorporación de elementos normativos o valorativos que obliguen al juez a dotarlos de contenido o la realización de una interpretación extensiva que implique un peligro para la seguridad jurídica, dentro del Código penal cubano un ejemplo de ello son las normas de tipo abierto.<sup>16</sup>

Los elementos de tipicidad incorporados en la figura de delito, los cuales han sido expresados de forma abstracta por el legislador, constituirán el paso inicial a atemperar el comportamiento desplegado por el sujeto, constatándose de esta manera la posibilidad de atribuir una interrelación entre estos y la realidad social concreta. Mediante los mismos, se permite comprobar tanto el desvalor de la acción como el desvalor del resultado.

- **Las normas penales en blanco**

Una de las técnicas legislativas usadas en nuestro tiempos es estructurar los tipos penales sobre la base de normas penales en blanco,<sup>17</sup> consideradas como la remisión que hace el legislador a otra norma de carácter extrapenal, de igual o inferior rango que la norma jurídico-penal.

---

<sup>16</sup> Vid. QUIRÓS PÍREZ, Renén. Manual de Derecho penal. Tomo I . Editorial Félix Varela. La Habana. 1ra Edición. 1999. p. 176.

<sup>17</sup> Los Códigos penales utilizan cada vez más la técnica de la ley penal en blanco. Vid. SANTANA VEGA, Dulce María. El concepto de ley penal en blanco. Ad- Hoc S.R.L, Buenos Aires, 1ra edición, 2000, pp. 11, 12.

Para MUÑOZ CONDE, “es aquella cuyo supuesto de hecho viene consignado en una norma de carácter no penal”,<sup>18</sup> la que se configura por un “supuesto de hecho y de una consecuencia jurídica”.<sup>19</sup>

Tanto la norma completa como la norma penal en blanco, tienen consignadas todas las partes de su estructura, tanto la disposición como la sanción; sin embargo, su diferencia radica, en el contenido incompleto de la disposición de la norma penal en blanco, por tanto, el supuesto de hecho tiene que completarse por otra norma que se va a encontrar en una disposición jurídica fuera de la materia del Derecho penal, de ahí su inclusión en la clasificación de norma incompleta.

Cada sector presenta su propia disposición jurídica, las que se integran coherentemente dentro del ordenamiento jurídico del Estado el cual regirá en un período determinado en dependencia de las circunstancias históricas- concretas dadas; situación que en ocasiones fuerza a la actividad legislativa. Existen esferas que presentan un movimiento legislativo dinámico y continuo; por tanto si estos comportamientos fueran incorporados dentro de la disposición como parte de la estructura de la norma jurídico- penal, se provocaría un deterioro de la norma penal por su constante modificación; ello ha implicado la creación de las normas penales en blanco, las que permiten con la norma complemento encontrar los elementos fácticos que le ofrezcan al operador del Derecho penal las piezas necesarias para la interpretación y aplicación de la norma.

Ha resultado criticada en no pocas oportunidades esta técnica legislativa, porque obliga a los especialistas del Derecho penal a dirigirse a materias que pueden resultar desconocidas para este profesional.<sup>20</sup>

Otra de las cuestiones que han sido debatidas doctrinalmente es si es posible para completar la disposición de la norma penal en blanco, la remisión a otra norma contenida en una disposición normativa, de

---

<sup>18</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Introducción al Derecho penal. 2da Edición. Editorial de Montevideo- Buenos Aires. 2001. Buenos Aires. p. 48.

<sup>19</sup> *Ídem.* p. 44.

<sup>20</sup> La conducta que constituye el supuesto de hecho de la norma penal en blanco está estrechamente relacionada con otras ramas del ordenamiento jurídico, de finalidades y alcances diferentes a los de la norma penal. *Ibidem.* p. 50.

inferior rango que la Ley penal, por resultar inconsistente con el cumplimiento del principio de legalidad; sin embargo, si la esencia de la conducta manifestada por el sujeto comisor viene descrita dentro de la disposición de la norma jurídica- penal, así como la narración del presunto o potencial peligro o la clara afectación del bien jurídicamente protegido y solo se reenvía a la norma de inferior rango a completar otros elementos de esa disposición, puede ser válida la utilización de esta técnica.

Por otro lado, si se parte de que el Derecho es un sistema<sup>21</sup> en el que se agrupan un conjunto de normas jurídicas, las cuales componen el ordenamiento jurídico;<sup>22</sup> el que se integra coherentemente a partir de la unidad tanto interna como externa que debe primar en el sistema normativo; esa composición no solo se puede asimilar por las diferentes disposiciones legales, sino por un conjunto de preceptos, conceptos y definiciones; que expresan como fundamento el propósito político, económico y social. Ello implica sustentar que toda la producción jurídica, forma parte de la organización jerárquica del sistema jurídico<sup>23</sup> el cual se cubre por el principio de legalidad.

---

<sup>21</sup> ...la primera condición para alcanzar una apreciación adecuada sobre un sistema cualquiera, es identificar cuáles son los elementos que se incluyen en ese sistema o que son admitidos en él y, cuáles quedan excluidos. Esta simple noción aplicada al ordenamiento jurídico, nos exige determinar cuáles son las normas que integran un determinado sistema jurídico. *Vid.* FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio. *Teorías del Estado y del Derecho. Teoría del Derecho II*. Editorial Félix Varela, La Habana. 2005. p. 150.

<sup>22</sup> La unidad del ordenamiento jurídico tiene que ser explicable no solo en atención a su estructura formal, normativa, lo cual identificaríamos como su unidad externa, sino atendiendo también y sobre todo a su esencia constitutiva y su contenido social, político e ideológico; es decir, en función de su unidad interna. *Ídem.* p. 150.

<sup>23</sup> Un ordenamiento es un sistema completo cuando un juez puede encontrar en el una norma para decidir cualquier caso que se someta a su consideración o, mejor dicho, cuando no hay caso que no pueda ser resuelto con base en una norma extraída del sistema. *Vid.* PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 4ta edición. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. 1997. p. 50.

La jerarquía forma parte de los principios generales que informan dichas normas, por no encontrarse todas en un mismo plano, sino de manera piramidal en dependencia del órgano que las crea; las normas inferiores no pueden contradecir lo estipulado por normas superiores, por encontrar en estas su fundamento.

Las normas proceden de un centro único de creación, el Estado, debe excluirse las posibles contradicciones entre ellas; por tanto la ciencia jurídica constituye un sistema completo y coherente de normas jurídicas que conforman el ordenamiento jurídico.<sup>24</sup>

Por tanto, siempre que en la norma penal se regulen los elementos esenciales de la conducta, el núcleo elemental de la prohibición, el verbo rector, el daño, lesión o puesta en peligro del bien jurídico, la sanción penal; y la determinación expresa al reenvío a la normativa extrapenal, se logra cumplir y sostener el principio de seguridad jurídica.

- Los delitos de comisión por omisión. La posición de garante

Otro aspecto que merece una particular atención porque es un área especialmente propicia para la inseguridad jurídica, son los delitos de comisión por omisión, que presenta como requisito indispensable, el deber de garante.

La omisión impropia o comisión por omisión<sup>25</sup> es una construcción doctrinal que resalta una modalidad de comisión de ciertos delitos de resultado, lo cual destaca su estructura y contenido, por no consistir solamente en una abstención, sino en la relación de ese dejar de hacer con un resultado positivo que se deriva de ese comportamiento, el

---

<sup>24</sup> El concepto de ordenamiento jurídico y la teoría del mismo arranca de la Teoría Institucional de Derecho de principios del siglo XX. Pero la idea del Derecho del Estado como un todo unitario y sistemático, como un ordenamiento y no como un amontonamiento o yuxtaposición de normas, está presente en la ciencia jurídica desde el siglo XIX. *Vid.* PÉREZ ROYO, Javier. *Op. cit.* p. 45.

<sup>25</sup> *Vid.* QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Derecho Penal. Parte General. Reedición de la Segunda edición. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid. 1992. p. 358.

cual pudo evitar el sujeto comisor y no lo hizo, incumpliendo con un deber especial impuesto por ley o una obligación específica.

Dentro de la doctrina cubana, se ha clasificado el delito de Comisión por Omisión en los de configuración legal, que se encuentran expresamente regulados en la norma penal, y los de configuración judicial, que como su nombre lo indica son aquellos que logran configurar el juez en el momento de interpretar y aplicar la norma porque no viene establecida su formulación en la Ley penal.

La controversia se suscita sobre los delitos de comisión por omisión de configuración judicial porque pueden socavar el principio de legalidad y a su vez el de la seguridad jurídica.

Se trató de brindar una solución a tal cuestión a través de dos vías diferentes: la primera fue mediante el nexo causal, y la segunda por medio de la antijuricidad, admitiendo en esta esfera una base jurídica que justifica el deber jurídico de actuar y de hecho la sanción a imponer al comisor del delito de omisión impropia, sin embargo se desvirtuó el propósito con el que fue creada esta concepción al ampliar las fuentes jurídicas de las inicialmente valoradas como la ley y el contrato.

Ante la insostenibilidad de los elementos antes mencionados surge un nuevo elemento que le brinda a los delitos de comisión por omisión un punto de vista diferente que se basa en el deber de garante.

La existencia de calidad de garante constituye un elemento imprescindible en la configuración de los delitos de omisión impropia, en los cuales el sujeto comisor del hecho delictivo debe impedir la producción de un resultado que sea evitable; no obstante, el requisito de la evitabilidad debe delimitarse a partir del ámbito de aplicación de este elemento a incidir en un grupo limitado de sujetos, los que van a presentar las especiales circunstancias que lo colocan en una relación especial de sujeción con respecto al bien jurídico protegido en la norma penal, porque para el Derecho, la sociedad es ese sujeto y no otro el que tiene que impedir las consecuencias adversas, el resultado producido. Es importante esta acotación, pues todos los individuos tienen la obligación por la función motivadora de la norma penal de evitar la transgresión de la ley así como el deber de impedir que se

produzcan resultados que provoquen en su actuar cotidiano un daño o peligro a las relaciones sociales.

*“El resultado material se asocia a la inactividad del garante por el deber que este tenía de evitarlo; es decir, al garante se le atribuye la autoría en la producción del resultado, no porque lo haya causado, sino por no haberlo evitado. Por tanto, el nexa normativo puede definirse como la relación jurídica que atribuye el resultado material a la inactividad del sujeto activo señalado en el tipo como garante de la evitación de ese resultado”.*<sup>26</sup>

Dentro de las fuentes tradicionales que regulan el deber de garante encontramos a la ley, pues solamente estas podían señalar la existencia de una calidad de garante, sin embargo su análisis se bifurca en dos sentidos, primero tomando a la ley desde un sentido interpretativo restrictivo; y en otro plano desde un sentido amplio, incluyendo otras fuentes del Derecho penal.

La corriente que considera que la ley debe entenderse desde un aspecto restrictivo, fundamenta su posición a partir de su creación, considerando como tal aquellas que surjan únicamente del órgano legislativo el cual da origen a la existencia de la posición de garante.

Sin embargo existen puntos de contacto en la doctrina que sustentan la posibilidad de ampliar otras fuentes de Derecho a la materia penal, además de la ley, y consideran que no solo debe tenerse en cuenta las disposiciones derivadas del proceso legislativo, sino que debe traerse a colación también como referencia para la calidad de garante las normas consuetudinarias y el precedente judicial como parte del ordenamiento jurídico.

Cuba considera como única fuente a la ley, lo cual desplaza cualquier otra dentro del Derecho penal propio del sistema romano-francés. La fuente de la calidad de garante de los delitos de comisión por omisión debe emanar del ordenamiento jurídico como ya ha sido valorado *ut supra*.

Por tanto los fundamentos teóricos-normativos en los que debe sostenerse la admisibilidad de la estructura de los delitos de comisión por omisión de configuración judicial, parten de establecer en la norma jurídico-penal todos los elementos necesarios para su configuración, dígase la descripción de la conducta, verbos rectores; el

---

<sup>26</sup> Vid. ISLAS DE GONZÁLES DEL MARISCAL, Olga. Análisis lógico de los delitos contra la vida. 5ta Edición. México. Trillas. 2004. p.49.

daño o lesión al bien jurídicamente protegido; así como la sanción imponible, aunque, remita indirectamente a otra norma de igual o inferior rango para determinar cuáles son las obligaciones específicas que por ley le imponen al sujeto y por tanto tiene el deber de impedir el resultado.

#### 4. La seguridad jurídica en función de la seguridad ciudadana

El Principio de seguridad jurídica,<sup>27</sup> es considerado un principio universal, reconocido por el Derecho, que por su certeza práctica sin dudas representa la seguridad con que cuentan los ciudadanos. La seguridad jurídica es considerada como la garantía que el Estado le brinda a los individuos, sobre los bienes que presentan relevancia jurídica, que no serán violentados o que, si esto llegara a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación.

La seguridad jurídica es por tanto, la certeza que tiene la sociedad de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y establecidos previamente. *“Los ciudadanos tienen que tener una razonable certeza en torno a las condiciones que se precisan para que un proceso penal por delito nazca y sobre cuáles son los modos de conclusión de ese proceso”*.<sup>28</sup>

Este principio presenta íntima conexión con el de la certeza del Derecho, de forma que para que la norma jurídica pueda ser observada y aplicada por sus destinatarios, el ciudadano tiene que tener la posibilidad de conocer cuáles son las consecuencias jurídicas que conllevan la realización de sus propios actos analizados de manera objetiva al amparo de lo regulado, sin caer en dobles sentidos de interpretación. Es, la expectativa razonablemente fundada del ciudadano basada en la actuación del poder en la aplicación del Derecho.

El progreso puede provocar determinados cambios que provoquen una modificación legislativa, sin embargo, esta modificación no

---

<sup>27</sup> Presupuesto natural del método de estudio del Derecho penal, que afecta a la realidad de su vigencia y a la certeza del proceso. *Vid.* QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; SANTIAGO, CAVANILLAS MUGICA; EMILIO DE LLERA, SUÁREZ-BARCENA. *“La responsabilidad civil ex delicto”*. Editorial Aranzadi, S.A. 2002. p. 29.

<sup>28</sup> *Ídem*, p. 29.

puede vulnerar ni la permanencia del Derecho ni, transferir inseguridad jurídica, los cambios normativos deben pronunciarse garantizando el principio de legalidad y estructurando un andamiaje de mecanismos que logren reparar, en su caso, los perjuicios y daños que se puedan provocar derivadas de las relaciones jurídicas ocasionadas en una sociedad determinada. La seguridad jurídica es un postulado de muy amplia proyección, que informa todo el ordenamiento jurídico.

El legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisla sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse; y no provocar lagunas legislativas.

Determinar los bienes jurídicos que realmente necesitan tutela dentro del Derecho penal posibilita cumplir con la garantía criminal y por ende con el principio de legalidad y de esta manera permite también que el ciudadano tenga garantías frente al poder punitivo del Estado y ello sitúa al Derecho penal como una piedra angular en el ámbito de la seguridad jurídica.

La seguridad jurídica, se amenaza en dependencia de dos situaciones que se pueden presentar, por un lado, incorrecta aplicación de la técnica normativa y por otro la inestabilidad del ordenamiento jurídico. Se debe implementar algún mecanismo que proteja a los sujetos de derecho, ante el caso de derogaciones o modificaciones parciales de alguna normativa que perjudique la defensa jurídica, así como el estado de vulneración que provoque indefensión y falta de confianza.

*“El principio de seguridad jurídica se encuentra en estrecho vínculo con el principio de legalidad, que comparte con aquél, una misma finalidad y fundamento, siendo uno de sus aspectos fundamentales el que todos, tanto los poderes públicos como los sujetos de derecho, sepan a qué atenerse lo que implica en el ámbito del Derecho sancionador estatal, no parece razonable, consiguientemente, que los ciudadanos en particular no sepa con certeza el límite de cumplimiento máximo en cuanto a la responsabilidad civil derivada del delito, ni las circunstancias durante el iter de su ejecución, máxime si ese ciudadano es además el directamente afectado por la actividad delictiva, la víctima, lo cual puede llegar a socavar la certeza del Derecho y la confianza de la sociedad en el mismo y empeñar el mismo valor de la justicia”.*<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> Vid. INSTAN BURÓN, JAVIER: *“El principio constitucional de seguridad jurídica. Su posible desconocimiento por el actual sistema de ejecución penal”*, Editorial Actualidad Jurídica Arazandi, No. 173, Madrid, 2008, p. 4.

El término seguridad ciudadana, presupone el ejercicio de cada uno de los derechos que tiene reconocido el ciudadano por su condición, así como la activación cuando sea preciso, de los mecanismos pertinentes para garantizar el goce efectivo de los mismos. Sin embargo, la representación que se tiene de seguridad ciudadana, parte desde un sentido estricto, al conjugarla con la necesidad de protección ante la criminalidad o los procesos de criminalización; o en la inseguridad que proporciona la desconfianza desmedida en las instituciones encargadas de esa seguridad pública, dígame, la policía, el Ministerio Fiscal, los Órganos Jurisdiccionales, así como los Establecimientos Penitenciarios como marco escénico de cumplimiento de las sanciones de privación de libertad, esa ineficiencia estructural ha propiciado una pérdida de la legitimidad del Estado ante la capacidad de respuesta para proporcionar la seguridad pública y la disminución de la delincuencia.

En la sociedad moderna, compete primordialmente al Estado la protección de los derechos humanos, en tanto posea el monopolio del poder coactivo, cuya legitimación se basa, precisamente, en esa protección. Pero de ninguna manera ésta es excluyente, puesto que, de lo contrario, el hombre quedaría desvalido frente a las eventuales violaciones que pudiese cometer el propio Estado.<sup>30</sup>

No puede circunscribirse la seguridad del ciudadano solamente a la imperiosa necesidad de protección con relación a la criminalidad o a determinado proceso de criminalización; sino hay que ampliar su valoración a la garantía de poder ejercitar sus derechos, o de poder activar los mecanismos necesarios para su defensa tanto; ante la vulneración de los derechos de este ante terceros o ante la maquinaria estatal, es su garantía jurídica para hacer valer sus derechos; solo así el ciudadano se encuentra seguro y esa seguridad alcanza su nivel más cimero.

---

<sup>30</sup> *Vid.* Russo, Eduardo Ángel. *Derechos Humanos y Garantías, el Derecho al mañana*. Eudeba. Universidad de Buenos Aires. 1999. p. 39.

## 5. Conclusiones

- Desde el punto de vista teórico como práctico cuesta conseguir estrictamente el cumplimiento del principio de legalidad, por las posibles situaciones en las que este principio rector del Derecho penal puede ser vulnerado.
- La hiperinflación de las tipologías delictivas muestra un divorcio entre las investigaciones criminológicas y los bienes jurídicos que merecen realmente tutela dentro de la rama más enérgica con que cuenta el Estado para reprimir determinadas conductas.
- Existe una tendencia a la utilización dentro de la técnica legislativa moderna de incluir en los códigos penales la regulación de delitos de peligro, lo que permite aplicar una pena anticipada sin dañarse o lesionarse materialmente el bien jurídico, bastando solo su puesta en peligro, lacerándose la seguridad jurídica.
- Los presupuestos que deben incorporarse en la norma penal para sostener el principio de seguridad jurídica ante la regulación de normas penales en blanco son: los elementos esenciales de la conducta, el núcleo elemental de la prohibición, el verbo rector, el daño, lesión o puesta en peligro del bien jurídico, la sanción penal; y la determinación expresa al reenvío a la normativa extrapenal.
- Los fundamentos teóricos-normativos en los que debe sostenerse la admisibilidad de la estructura de los delitos de comisión por omisión, parten de establecer en la norma jurídico- penal todos los elementos necesarios para su configuración aunque, remita indirectamente a otra norma de igual o inferior rango para determinar cuáles son las obligaciones específicas que por ley le imponen al sujeto y por tanto tiene el deber de impedir el resultado.
- La seguridad jurídica, se amenaza en dependencia de dos situaciones que se pueden presentar, por un lado, incorrecta aplicación de la técnica normativa y por otro la inestabilidad del ordenamiento jurídico.
- Situar a la seguridad jurídica como una piedra angular en el ámbito del Derecho penal, es garantizarle al ciudadano el disfrute de sus derechos, los mecanismos necesario para su defensa y claridad normativa.

## 6. Bibliografía

- BARBERO SANTOS, Marino. *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto*, en ADP, Tomo XXVI, Madrid, 1973.
- BUSTO RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal parte general*. Editorial Ariel S.A. Tercera edición aumentada. Corregida y puesta al día. Barcelona. 1989.
- ESCRIVÁ, José María. *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, s. E.d., Barcelona, 1976.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio. *Teorías del Estado y del Derecho. Teoría del Derecho II*. Editorial Félix Varela, La Habana. 2005.
- GIL GIL, Alicia (et al). *Curso de Derecho Penal Parte General*. Editorial DYKINSON, S.L. Madrid, 2011.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “*Causalidad, omisión e imprudencia*”, en *El derecho penal hoy, Homenaje al profesor DAVID BAIGÚN*, Julio B. J. Maier y Alberto M. Binder (Coordinadores), (et. al.). Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires. 1995.
- HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán. *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho. (El objeto protegido por la norma penal)*. Editorial Jurídica ConoSur. Segunda edición, Santiago de Chile, 1992.
- INSTAN BURÓN, Javier: “*El principio constitucional de seguridad jurídica. Su posible desconocimiento por el actual sistema de ejecución penal*”, Editorial Actualidad Jurídica Arazandi, No. 173, Madrid, 2008.
- ISLAS DE GONZÁLES DEL MARISCAL, Olga. *Análisis lógico de los delitos contra la vida*. 5ta Edición. México. Trillas. 2004.
- Justicia y Derecho. *Revista del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba*. Publicación semestral. Año 12, no. 22, junio de 2014.
- Justicia y Derecho. *Revista del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba*. Publicación semestral. Año 11, no. 21, diciembre de 2013.
- LOUK HULSMAN Y JACQUELINE BERNAT DE CELIS. *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa*. Editorial Ariel, S. A. Barcelona. 1ra Edición: septiembre 1984.
- LUZÓN CUESTA, José María. *Compendio de derecho penal parte general*. Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 1997.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Derecho penal parte general*. Editorial Tirant lo Blanch. Madrid. 1998.

- MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al Derecho penal. 2da Edición. Editorial de Montevideo- Buenos Aires. 2001.
- PÉREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional. 4ta edición. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. 1997.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Derecho Penal. Parte General. Reedi- ción de la Segunda edición. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid. 1992.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; Santiago, CAVANILLAS MUGICA; Emilio De Llera, SUÁREZ- BARCENA. *“La responsabilidad civil ex delicto”*. Edi- torial Aranzadi, S.A. 2002.
- QUIRÓS PÍREZ, Renén. Manual de Derecho Penal. Tomo I y II. Editorial Félix Varela. La Habana. 1ra Edición. 1999.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Yumil (*et al*). Los Tribunales en Cuba. Pasado y Actualidad. Editorial ONBC y Oficina del historiador de la Ciu- dad. La Habana. 2013.
- RUSO, Eduardo Ángel. Derechos Humanos y Garantías, el Derecho al mañana. Eudeba. Universidad de Buenos Aires. 1999.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. Isabel. El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal. Secretariado de Publicaciones e In- tercambio Científico Universidad de Valladolid. 1999.
- SANTANA VEGA, Dulce María. El concepto de ley penal en blanco. Ad- Hoc S.R.L, Buenos Aires, 1ra edición, 2000.
- SARRULLE, Oscar Emilio. La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal (abolicionismo o justificación). Editorial Universidad Bue- nos Aires. 1998.
- STORTONI, Luigi. Crítica y justificación del Derecho Penal en el cam- bio de siglo. Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha. 1ra edición. Coordinadores ARROYO ZAPATERO, Luis (*et al.*). Cuen- ca. 2003.
- TORÍO LÓPEZ, Ángel: *“Los delitos de peligro hipotético”*, en ADP, Santia- go de Compostela, 1981.
- VIERA HERNÁNDEZ, Margarita. Temas Fundamentales sobre Crimino- logía. Editorial Ciencias Sociales. La Habana. 2000.

# El Derecho penal mínimo y las penas privativas de libertad

DR. ARNEL MEDINA CUENCA\*

*La prisión es una pena que por necesidad debe, a diferencia de las demás, preceder a la declaración del delito; pero este carácter distintivo suyo no le quita el otro esencial, esto es, que sólo la ley determine los casos en que el hombre es digno de esta pena.*

(BONESANA, César, *Tratado de los delitos y las penas*, Decimosegunda Edición, Editorial Heliasta S.R.R., Sao Pablo, Brasil, 1993, p. 134.)

## Sumario

1. Exordio
2. El Derecho penal mínimo y las penas privativas de libertad
3. La influencia del Derecho penal del enemigo en el endurecimiento de las condiciones de reclusión
4. La crisis de la resocialización de los privados de libertad
5. A manera de conclusiones
6. Bibliografía

## 1. Exordio

El derecho de castigar del Estado o *ius puniendi*, es la facultad que tiene el Estado para utilizar el poder punitivo e imponer penas o medidas de seguridad. Se trata de una reacción del aparato estatal, en nombre de la sociedad, que tiene el deber Constitucional de proteger

---

\* 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)

a los demás ciudadanos de las acciones humanas más intolerables, utilizando el poder punitivo para enfrentar los actos que atentan contra el llamado orden social.

Coincidimos con Quintero Olivares<sup>1</sup>, en que si bien la incidencia del Derecho penal en la vida social es alta, no lo es hasta el punto de cincelar y sostener la sociedad; sino solamente, y eso no es poco, un instrumento jurídico que los que tienen atribuida la representación de la sociedad en lo legislativo y en lo judicial, aplican a aquellos que contravienen sus reglas. De la Actitud que cada sistema penal positivo adopte, a través de las leyes penales de cada país, dependerá el mejor o peor juicio que se emita, sobre dicho sistema.

La facultad estatal de castigar se materializa en dos sentidos: primero en la posibilidad de legislar que se encarga al órgano legislativo, mediante la cual se traduce la voluntad del Estado de recoger en tipos penales aquellas conductas más intolerables que recaen sobre bienes jurídicos relevantes y resulta necesario castigar, dibujándose en la ley penal, el tipo y la pena tipo y de ahí entonces, se desdobra su segundo sentido, encargar ésta aplicación al órgano jurisdiccional.

Le corresponde a las constituciones nacionales de los Estados precisar los valores fundamentales de cada sociedad y a las normas de desarrollo, y a otras leyes del ordenamiento jurídico determinar, por una parte, los derechos que van a recibir protección del Derecho penal y por la otra, el sistema de principios reguladores del actuar de los legisladores en su labor de instituir delitos y penas y de los jueces y tribunales a la hora de aplicarlas a los que los cometen.

Para el profesor Zaffaroni, el poder punitivo, como todo ejercicio de coerción estatal que no persigue la reparación (no pertenece al derecho civil o privado en general) y tampoco contiene o interrumpe un proceso lesivo en curso o inminente (coerción directa del Derecho administrativo) y precisa la importancia de distinguir entre la legislación penal, que la hace el legislador, el poder punitivo que lo hacen las agencias ejecutivas y el Derecho penal, que lo elaboran los profesores y doctrinarios. Lo clasifica en manifiesto cuando se habilita como tal en las leyes penales, como ocurre con el Código Penal y las leyes penales especiales y en latente, cuando se oculta bajo otras formas jurídicas, como la institucionalización psiquiátrica de personas

---

<sup>1</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Derecho Penal Parte General*, Reedición de la segunda edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1992, pp. 7-8.

mayores, de niños y adolescentes, lo que exige el control de los jueces, para que se adopte de forma manifiesta o para hacerlo cesar<sup>2</sup>.

El Estado va a ejercer esa facultad, a partir de la definición constitucional de los valores e intereses fundamentales de mayor relevancia, que reciben protección de la ley penal, mediante la determinación como delitos, de las conductas que atentan contra ellos, “bien porque niegan los valores al destruirlos, bien porque su mera realización constituye un peligro indeseable”<sup>3</sup>, y de las consecuencias jurídicas derivadas de dichas conductas, las penas o medidas de seguridad.

La naturaleza jurídica de la potestad punitiva del Estado, o “*ius puniendi*”, que con frecuencia se ha denominado como un derecho subjetivo del Estado, en la actualidad, “ha de considerarse indiscutible que no se trata del ejercicio de ningún derecho subjetivo, sino de las funciones que corresponden al Estado en virtud del pacto social traducido en la Constitución. El poder de crear normas penales no tiene diferentes características que el de legislar en materia de cultura, obras públicas o educación, si bien, a diferencia de esas materias, y como ya sabemos, el Derecho penal supone recortes a la libertad general con el fin de tutelar las libertades de los ciudadanos”<sup>4</sup>.

El Derecho penal debe reservarse 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.

El legislador al seleccionar las conductas humanas que reciben protección del Derecho penal debe limitarse al mínimo indispensable para garantizar los derechos de los ciudadanos sobre la base del principio general de que “las libertades de los ciudadanos terminan

---

<sup>2</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Estructura Básica del Derecho Penal*, Primera Reimpresión, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2011, pp. 16-19. Precisa que la imagen dominante del poder punitivo la ejercen, en primer lugar los legisladores, que hacen la ley, luego los jueces que la aplican y en último lugar las agencias ejecutivas (policías), que cumplen las ordenes de los jueces.

<sup>3</sup> CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, 2da edición adaptada al Código Penal de 1995, Tirant lo blanch, 1996, p. 36.

<sup>4</sup> CARBONELL MATEU, Juan Carlos, “Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad”, p. 31. Disponible en: <http://aidpespana.uclm.es/pdf/barbero1/7.pdf> Consultado el 25/5/2015, a las 19.00.

allí donde se afecta la libertad de todos los demás ciudadanos"<sup>5</sup>, por lo que la potestad punitiva del Estado queda limitada a proteger solo a aquellos bienes jurídicos que teniendo relevancia constitucional, afectan a las libertades de los demás, y los que no alcancen esa connotación, deben ser considerados como intrascendentes, para dichas libertades. El principio general de libertad, del que el de prohibición de exceso es un componente, viene a afirmar que tan sólo puede limitarse la libertad de los ciudadanos en aras de la tutela de las propias libertades de los demás ciudadanos. Y sólo en la medida de lo estrictamente necesario<sup>6</sup>.

Desde los años noventa del pasado siglo y especialmente a partir de los acontecimientos del once de septiembre de 2001, con el derribo de las Torres Gemelas de Nueva York y otros hechos que le sucedieron en los años siguientes en Europa y Asia, con el pretexto de combatir el terrorismo y la delincuencia organizada, la tendencia ha sido a incrementar la cuantía de la pena y a endurecer las condiciones de reclusión, mientras que las modernas corrientes del pensamiento criminológico sobre la ineficacia del encierro como pena, han quedado olvidadas.

Los altos niveles de violencia y las grandes dosis de dolor que provocan la aplicación indiscriminada de las penas privativas de libertad, sobre todo en los países menos desarrollados, el encierro en lugares sin las condiciones mínimas indispensables para la vida humana, donde los derechos humanos parecen no regir, ni tampoco importar demasiado, le dan la razón a Zaffaroni, cuando afirma que: "La cárcel es verdaderamente una máquina deteriorante que genera en el privado de libertad una patología específica de regresión, producto de las condiciones antinaturales a que es sometido el adulto

---

<sup>5</sup> INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (IIDH) y COMISIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA, "Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre", aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, efectuada en Bogotá, en 1948, en Instrumentos Internacionales de Protección de Derechos Humanos, Editora Talleres Mundo Gráfico. San José de Costa Rica, 1998, p. 30. El artículo XXVIII precisa que los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.

<sup>6</sup> CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *op cit*,... p. 102.

recluido, privado de todas la libertadas y capacidades que como tal tiene. Se determina en estos sujetos un síndrome de prisionización o “cultura de la jaula”, en la que la propuesta de resocialización es irrealizable, y por el contrario se revela, junto con la ideología del tratamiento, como un discurso encubridor del verdadero papel que juegan dentro de un sistema penal irracional e ilegítimo”<sup>7</sup>.

En el escenario actual, a 250 años de la obra cumbre de Beccaria, resulta compleja la lucha por mantener un derecho penal mínimo y respetuoso de los derechos humanos, por el cumplimiento de los principios limitativos del *ius puniendi* o derecho de castigar del Estado, las alternativas a la privación de libertad, la intervención mínima, la proporcionalidad de la pena y la resocialización de los sancionados, en la tarea de darle continuidad a los avances que se habían logrado desde la segunda mitad del pasado siglo, cuando el tratamiento penal adoptó una amplia variedad de formas, que incluían la despenalización de las conductas de escasa peligrosidad social, una mayor racionalidad en la determinación de la cuantía de las penas y medidas sustitutivas de las sanciones privativas de libertad, entre otras acciones, encaminadas a lograr una política penal, en la que los propósitos enunciados desde la doctrina, sobre el cumplimiento del principio de humanidad de las penas, se tenían en cuenta, en mayor grado por los poderes legislativo y judicial.

El tema de la violencia y la inseguridad ciudadana, muy maltratado desde la política y el poder mediático, unido a la tendencia a copiar fórmulas propias de otras regiones, con características y niveles de desarrollo diferentes, es el principal obstáculo para lograr una estrategia de enfrentamiento a la delincuencia coherente y en armonía con el desarrollo alcanzado por nuestros países.

Coincidimos con el profesor Zaffaroni, en que frente a la horrorosa violencia en Latinoamérica, los avatares epistemológicos del norte no nos brindan ninguna explicación y menos aún, alguna solución.

---

<sup>7</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, En busca de las penas perdidas, Deslegitimación y Dogmática Jurídico-penal, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 104. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/5185047/Eugenio-Raul-Zaffaroni-En-busca-de-las-penas-perdidas#scribd> Consultado el 23/7(2015, a las 22.15.

Ninguna de esas criminologías del norte nos permite enfrentar la letalidad violenta de nuestra región<sup>8</sup>.

Tenemos ante nuestros ojos un fenómeno de altísima violencia, como claro producto de la política internacional. No podemos en Latinoamérica seguir a la zaga del saber criminológico central, que ignoró el genocidio o la violencia letal por acción u omisión estatal, porque tenemos un genocidio en marcha ante nuestra vista<sup>9</sup>.

## 2. El Derecho penal mínimo y las penas privativas de libertad

El origen del principio de intervención mínima coincide con el nacimiento del liberalismo, que es una doctrina política nacida en la segunda mitad del siglo XVIII, principalmente en Francia y el Reino Unido, caracterizada por la “reivindicación de un importante espacio de libertad en el ámbito personal, religioso, literario, económico, etc.; un espacio mucho más amplio de lo que los filósofos del pasado (aun los más ilustrados, como Spinoza o Locke) consideraban razonable”<sup>10</sup>.

El Estado a través del Derecho, como afirmamos *supra*, es el único ente que tiene la facultad de determinar qué conductas son prohibitivas dentro de la sociedad y determinar qué pena deberá imponerse cuando no se ha respetado la norma jurídica limitativa. El

---

<sup>8</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Violencia letal en América Latina” *Revista Pensamiento Penal*, agosto 12 de 2015, p. 142, XVI Congreso Nacional de Criminología y el VIII Simposium Mundial de Criminología y Criminológica, que se realizó en la Ciudad de León, Guanajuato, México el 11 de marzo de 2015. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/08/doctrina41721.pdf> Consultado el 23/8/2015, a las 22.15. Al respecto ha manifestado también que: “Ha llegado al momento de mirar al norte desde el sur. No se trata de ninguna elección arbitraria, ni de ninguna declaración de independencia científica nacionalista, sino que nos enfrentamos a una brutal realidad, a una acuciante necesidad, que son las muertes, la letalidad violenta que recorre nuestra región”.

<sup>9</sup> *Ídem.*, pp. 155-156.

<sup>10</sup> MILANESE, Pablo, “El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima”. Disponible en: <http://www.milanesesebastianio.com.br/Public/pdf/Artigos/Pablo/artigo4.pdf> Consultado el 28/3/2015, a las 22.00.

Estado deberá de acordar los bienes más importantes que deberán de estar protegidos a través del Derecho penal, en uso de su potestad punitiva, un poder coercitivo, que no es absoluto, y que tiene sus limitaciones, toda vez que éste poder público que posee el Estado debe cumplir los principios limitativos del derecho de castigar o *ius puniendi*, que se integra, entre otros, por los principios de legalidad, intervención mínima o prohibición de exceso, proporcionalidad, humanidad y resocialización.

La doctrina ha desarrollado como principios que hoy alcanzan rango constitucional, los de legalidad, culpabilidad, humanidad, proporcionalidad, intervención mínima, igualdad, resocialización, presunción de inocencia y otros que se erigen como escudos protectores del individuo frente al poder del Estado<sup>11</sup> para no dejar en estado de vulnerabilidad a la persona ante todo el poder que ejerce el Estado.

Desde los últimos años del pasado siglo y en lo que va del siglo XXI, los principios limitativos del derecho de castigar o *ius puniendi*, han comenzado a ser observados de manera diferente desde la política, los Instrumentos jurídicos internacionales y numerosas legislaciones nacionales en las que la influencia del Derecho penal del enemigo y las tendencias expansionistas imperantes, ejercen una influencia negativa en las aspiraciones de poder contar con un Derecho penal garantista y respetuoso de los derechos humanos, lo que en materia penitenciaria se asocia a sanciones más altas y elevación de los requisitos para el otorgamiento de la libertad anticipada y otros beneficios penitenciarios, entre otros males, afectan el régimen progresivo y el tratamiento penitenciario en general.

Al analizar 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 cuándo no sorprendentes para una moderna y legitimada en parámetros democráticos y sociales ciencia punitiva. El aval doctrinal 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, esto es los Estados, el desarrollo de sus

---

<sup>11</sup> *Ibidem.*

inclinaciones represivas generalmente disimuladas en invocaciones a la seguridad de los ciudadanos en lo que lo útil, lo funcional, 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>12</sup>.

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>13</sup>.

---

<sup>12</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-investidura.pdf](http://www.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2013-12/articulos_discurso-investidura.pdf) Consultado el 23/4/2015, a las 21.00. "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>13</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, pp. 129 y 131. Disponible en: [http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/reflexiones%20sobre%20el%20abuso%20del%20derecho%20penal%20](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/reflexiones%20sobre%20el%20abuso%20del%20derecho%20penal%20)

En el Derecho penal basado en un derecho represivo, se tiende a perpetuar la idea simplista de que hay buenos a un lado y malos al otro lado. La justicia, el derecho y la sociedad visualizan a los delincuentes como personas de una especie aparte, se les concibe como seres socialmente anormales que a fin de cuentas deberían ser reconocidos con facilidad puesto que no son como los demás, se les castiga por ser distintos. Por lo tanto hay que desafiar las ideas preconcebidas adoptadas en abstracto y fuera de todo razonamiento personal que mantienen en pie los sistemas de opresión, cambiar paradigmas y adoptar sistemas que tiendan a la efectiva rehabilitación, resocialización y reinserción de los delincuentes.

Sin embargo, el expansionismo acelerado e irracional del Derecho penal y las largas condenas de prisión, no siempre por violaciones demasiado graves de las normas de convivencia, agudiza el hacinamiento en las cárceles, hacinamiento carcelario que no parece importarles demasiado a los que diseñan y aplican la política criminal, especialmente en América Latina.

Es una cuestión el imaginar e interiorizar lo que es el encierro en la prisión no como una cuestión en abstracto sino como algo real. Es difícil sobrellevar el encierro por años. La limitación de no poder ir o venir al aire libre, ir a donde nos plazca, no poder encontrar a las personas que deseamos encontrar, constituye un castigo corporal. La prisión denigra la dignidad humana, porque la privación del aire en espacios abiertos, del sol, la luz y el confinamiento entre cuatro muros, el paseo entre rejas, la tolerancia para vivir con compañeros no deseados, las condiciones sanitarias humillantes, la ingesta de alimentos siempre fríos; son sufrimientos físicos que implican una lesión corporal que deteriora lentamente a todo ser humano. El esfuerzo que realice el régimen penitenciario debe ser doble, para que a pesar de estas condiciones, el delincuente se dirija hacia la rehabilitación<sup>14</sup>.

---

[y%20la%20banalizacion%20de%20la%20legalidad.pdf](#). Consultado el 28/6/2015, a las 13:00.

<sup>14</sup> BATUN BETANCOURT, Lisbeth Mireya, "El beneficio de la redención de penas por trabajo y/o estudio en Guatemala", Tesis en opción al título de Máster en Criminología, defendida exitosamente en la Universidad San Carlos de Guatemala, en un proyecto de doble titulación con la Universidad de La Habana, el 11 de agosto de 2015, p. 41.

El profesor Morillas Cueva<sup>15</sup>, en referencia a los parámetros esenciales proclamados por Naciones Unidas y la Unión Europea, en relación con una política penal reduccionista de las penas privativas de libertad, sin especial éxito en su concreción legal en el derecho interno de sus países miembros, precisa que procede, en todo caso, apostar por una política criminal moderna y planificada que no puede ser otra que la del reduccionismo punitivo, que aporte los mecanismos suficientes para desterrar las disfuncionalidades que la excesiva utilización de la pena de prisión muestra en los sistemas actuales y que lleve a los Ordenamientos que limiten, al máximo de lo posible, en esencia para las penas de corta y media duración y también para las de larga duración, en estas como mínimo el deber de los gobiernos de justificar necesariamente semejante encarcelamiento con la precisión de conseguir relevantes fines sociales en clave de bienes jurídicos fundamentales para la seguridad y la paz social cuya conculcación suponga tal negatividad de aquellas que no puedan ser protegidas por otros medios menos restrictivos de un derecho humano tan esencial como es el de la libertad personal.

En definitiva, reducir la presencia de la pena de prisión y su aplicación para racionalizar, todavía con más intensidad, las políticas de justicia penal sobre el imprescindible soporte del respeto a los derechos humanos de todos los ciudadanos incluidos los condenados, las exigencias de justicia social sobre la trilogía garantista y aseguradora: delincuente-sociedad- víctima. Únicamente así se podrá legitimar en cierta medida la pena de prisión en el Estado social y democrático de Derecho<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “¿Pasa la legitimación de la pena de prisión en una sociedad democrática por una política penal reduccionista?”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Universidad de Almería, Volumen 8. Diciembre de 2014, pp. 35-36. Disponible en: <http://www.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2014-12/%C2%BFPASA%20LA%20LEGITIMACI%C3%93N%20DE%20LA%20PENAS%20DE%20PRISI%C3%93N%20EN%20UN%20SOCIEDAD%20DEMOCR%C3%81TICA%20POR%20UNA%20POLITICA%20CRIMINAL%20REDUCCIONISTA.pdf> Consultado el 24/7/2015, a las 21.18.

<sup>16</sup> *Ídem*, p. 36.

### 3. La influencia del Derecho penal del enemigo en el endurecimiento de las condiciones de reclusión

Para combatir a los traficantes de armas, drogas y seres humanos, que junto al terrorismo, la corrupción, la violencia 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.

Coincidimos con el Juez y profesor de la Universidad de Buenos Aires, Luis Niño, en que 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<sup>17</sup>.

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 aconsejar la eliminación lisa y llana de aquellos cuya deficiencia en tal materia no fuera pasible de enmienda<sup>18</sup>.

En realidad, sin control social la convivencia humana no sería posible, ya que es inimaginable un proceso de socialización sin normas de conducta, sin sanciones para el caso de incumplimiento de las mismas y sin realización material de la norma y la sanción, es decir, sin control social. Dentro del amplio campo del control social el

---

<sup>17</sup> Vid, NIÑO, Luis, "El Derecho penal como instrumento de exclusión", En: Globalización, Delincuencia organizada, Expansionismo penal y Derecho penal económico en el siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Dr. Juan María Terradillos Basoco. Coordinadora: Dra. Mayda Goite Pierre, p. 89. Disponible en: <http://vlex.com/vid/nuevo-responsabilidad-penal-personas-577044390> y también en: <http://www.lex.uh.cu/node/44>

<sup>18</sup> *Ídem.*, pp. 90 y 91.

Derecho penal llena el sector que se ocupa de los intereses, es decir, de los bienes jurídicos fundamentales y que, por tanto están expuestos a plantear los conflictos más graves. Precisamente por ello, ninguna otra institución de control social prevé sanciones tan radicales para la infracción normativa...<sup>19</sup>

Lo que no nos parece apropiado es que ese control social, con el pretexto de combatir el terrorismo y la delincuencia organizada, se convierta en una forma de represión creciente, con una utilización excesiva del Derecho penal y al margen de los principios limitativos del *ius puniendi*, que como se ha dicho *supra* han sido incorporados a las constituciones y las leyes, como resultado de un largo proceso de defensa de los derechos humanos.

Por otra parte no se trata de problemas nuevos, son fenómenos, que de la mano de la globalización se han complejizado en extremo, porque como afirma RIVERO EVÍA<sup>20</sup>, en principio, se debe afirmar que el nacimiento del crimen organizado no se puede fijar históricamente en una fecha y lugar determinados, sino más bien, deriva de varios acontecimientos políticos, económicos, sociales y culturales, que han evolucionado paulatinamente y que en el presente se siguen desarrollando, sin que exista un freno aparente del fenómeno, el cual abarca diversos puntos geográficos.

---

<sup>19</sup> RIVERO EVÍA, Jorge, ¿Aseguramiento o garantismo? El Derecho penal del enemigo en la Constitución Mexicana, *op. cit.*, p. 256.

<sup>20</sup> RIVERO EVÍA, Jorge, "El Derecho Penal del enemigo: ¿Derecho Penal de la globalización?", *op. cit.*, p. 4, *Apud*, DAGDUG KALIFE, Alfredo. La prueba testimonial ante la delincuencia organizada, Porrúa, México, 2006, p.5. Y añade una cita de Alvarado Martínez, que sitúa en 1685, su antecedente más remoto: "... cuando por primera vez, en un texto siciliano, se manejó el término de la mafia. Este término fue evolucionando y, particularmente, en el siglo XVIII se refirió de manera muy particular, a una organización muy cerrada de tipo de delincencial, incluso hasta nuestros días, este término designa a la vez, a un grupo criminal históricamente radicado en Sicilia y, por otro lado, la mafia, se refiere a un grupo delincencial, de una estructura cerrada, con un enorme potencial violento y, de manera muy particular, también a que tienen relaciones de poder y de fidelidad muy connotadas..." (ALVARADO MARTÍNEZ, Israel, *Delincuencia organizada*, en: Procedimientos penales especiales, Israel Alvarado Martínez (Coordinador), Porrúa, México, 2006, p. 4).

Con la expansión del capitalismo, paralelamente se extiende la delincuencia, principalmente en países que además tienen instituciones mermadas, en donde existe falta de autoridad o desconfianza en ella; lo que genera un caldo de cultivo idóneo para que el fenómeno se acreciente. De esta forma, el delito opera primeramente, de manera local y va extendiendo sus redes de organización territorial, hasta conformar modelos sofisticados de organización regional, escalando el ámbito nacional y trascendiendo las fronteras<sup>21</sup>.

A la par, el proceso de globalización económica en el que vive el mundo actual, es un vehículo idóneo para el desarrollo de la delincuencia transnacional, que mantiene su centro de operaciones en países que, por su inestabilidad estatal lo permiten, extendiendo sus actividades a gran parte del globo terráqueo, de ahí, la existencia de una nueva forma de delincuencia sin fronteras<sup>22</sup>.

El denominado Derecho penal del enemigo<sup>23</sup>, se ha convertido en el principal argumento de los que consideran que con más cárceles,

---

<sup>21</sup> RIVERO EVÍA, Jorge, "El Derecho Penal del enemigo: ¿Derecho Penal de la globalización?", *op. cit.*, p. 6.

<sup>22</sup> *Ibidem*. Al respecto analiza que tomando en consideración el producto del tráfico de drogas, las ventas ilícitas de armas, el contrabando de materiales nucleares o las ganancias de actividades controladas por las mafias (prostitución, juego, mercado negro, divisas), Naciones Unidas ha denunciado que los ingresos mundiales anuales de las organizaciones criminales transnacionales equivalen al producto nacional bruto (PNB) de los países de ingreso débil (según la categorización de la banca mundial) y de sus tres mil millones de habitantes. Así, mientras los mercados financieros despliegan una actividad febril y sin cortapisas, inmersos en un capitalismo "de casino", completamente desligado de los procesos productivos, zonas enteras asisten a la pérdida de su autonomía, política y jurídica, así como al desgarramiento de sus estructuras sociales y productivas, con un futuro muy difícil a considerar (PISARELLO, Gerardo, Globalización, Constitucionalismo y Derecho, en: Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez (Compiladores), Estado Constitucional y Globalización, Porrúa, México, 2001, p. 245).

<sup>23</sup> *Ídem*, p. 257, donde destaca que el Derecho penal del enemigo, según su más destacado defensor en el presente —Günther Jakobs—, se caracteriza por tres elementos: a) se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad; el punto de referencia del ordenamiento penal, se encuentra proyectado hacia el hecho futuro, en lugar de lo que es habitual, en el

nuevas tipicidades delictivas, mayor utilización de la prisión provisional en los procesos penales 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, quién 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 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>24</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>25</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.

Ello tiene dos consecuencias claras: el adelantamiento de la punición equivalente al *status* de un hecho consumado –lo que supone

---

hecho cometido; b) las penas previstas son desproporcionadamente altas; y c) determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso, suprimidas.

<sup>24</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://criminnet.ugr.es/recpc/14/recpc14-10.pdf> Consultada el 25/4/2015, a las 22.00.

<sup>25</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.

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 de un intento consciente de eludir el mandato de determinación que de él se desprende<sup>26</sup>.

El Derecho penal del enemigo que 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>27</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>28</sup>. Porque 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>29</sup>.

Tal como se encuentra concebido el Derecho penal del enemigo, resulta lógico que la suspensión de garantías penales y procesales viniera a formar parte esencial de esta misma estrategia, en el entendido de que con el catálogo de derechos que la normativa democrática atribuye tradicionalmente a todo ciudadano en pie de igualdad, posiblemente no resultaría tan fácil alcanzar el objetivo propuesto, lo que supondría, por consiguiente, el fracaso del sistema<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> SANZ MULAS, Nieves, *op. cit.*, p. 11.

<sup>27</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. 241 y ss.

<sup>28</sup> *Ídem.*, p. 251.

<sup>29</sup> SANZ MULAS, Nieves, *op. cit.*, p. 11.

<sup>30</sup> Sobre los antecedentes y evolución posterior de la teoría del derecho penal del enemigo, desde Platón y Aristóteles, hasta Thomas Hobbes, el precursor del despotismo ilustrado, Johann Gottlieb Fichte y Carl Schmitt, entre otros de sus más destacados defensores, hasta Günther Jakobs. *Vid.*

Se trata, como se ve de una concepción que alienta la “permeabilidad” entre la legislación de emergencia y la ordinaria, en virtud de la cual las normas dispuestas para el delincuente-enemigo han acabado formando parte del derecho concebido para el resto de los delincuentes<sup>31</sup>. El propio JAKOBS se permite la sutileza de advertir “...un Derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar todo el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo...”<sup>32</sup>.

En obra conjunta con CANCIO MELIÁ señala JAKOBS: “... el Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos (no personas) a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico. Ambas perspectivas tienen, en determinados ámbitos, su lugar legítimo” “...la personalidad es irreal como construcción exclusivamente normativa. Sólo será real cuando las expectativas que se dirigen a una persona también se cumplan en lo esencial. Ciertamente, una persona también puede ser construida contrafácticamente como persona, pro. Precisamente, no de modo permanente o siquiera preponderante. Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no solo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado debe tratarlo ya como no persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas” . Agrega en la misma obra: “...Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino que debe ser combatido como enemigo y por ello excluido”<sup>33</sup>.

---

NIÑO, Luis, “El Derecho penal como instrumento de exclusión”, *op. cit.*, pp. 89-122.

<sup>31</sup> CERVINI, Raúl, “Sobre la desnaturalización dogmática de los atributos de la Persona Humana”, p. 2. Disponible en: [http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/cervini\\_desnaturalizacion-dogmatica-persona-humana.pdf](http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/cervini_desnaturalizacion-dogmatica-persona-humana.pdf) Consultado el 23/6/2015, a las 14.10.

<sup>32</sup> JAKOBS, Günther; JAKOBS, Günther y CANCIO MELIA, Manuel, *Derecho Penal del Enemigo*, Editorial Civitas, Madrid, 2003, p. 56.

<sup>33</sup> JAKOBS, Günther y Manuel, CANCIO MELIA, *Derecho Penal del Enemigo*, Editorial Civitas, Madrid, 2003, p. 297.

Para SANZ MULAS, existen dos diferencias entre el Derecho Penal y el 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>34</sup>.

El expansionismo del Derecho Penal reflejado especialmente en la multiplicación de tipos legales, el adelantamiento de la ilicitud a las etapas preparatorias, el aumento de penas y el endurecimiento de las condiciones de reclusión, 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>35</sup>.

Debemos tener en cuenta también, que en los últimos años se ha desarrollado un proceso creciente de elevación de las penas de prisión y la pobreza o el desarraigo social hacen que los delincuentes eviten por todos los medios ingresar en prisión, aun a costa de eliminar los testigos.

Sus delitos son cada vez más violentos, innecesariamente violentos, salvo para evitar identificaciones posteriores, como consecuencia de una política de castigo penitenciario desmesurado incluso para delitos mínimos, 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 en la aplicación de las políticas privatizadoras, que desde las últimas décadas del pasado siglo vienen aplicando un número creciente de países desarrollados.

---

<sup>34</sup> *Ídem.*, p. 15.

<sup>35</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 de Barcelona, p. 61. Disponible en: <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/3480/6726> Consultado el 15/4/2015, a las 9.00.

Estamos retornando al denominado Derecho penal de autor, a los tipos penales abiertos, a las medidas de seguridad, a un adelantamiento injustificado de la culpabilidad 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 profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, quien se ha calificado la situación de los presos sin condena en nuestra área geográfica, calificándolos como una manifestación del Derecho penal del enemigo<sup>36</sup>, sostuvo en el prólogo de la obra de Domínguez, Virgolini y Annicchiarico que: “la prisión preventiva es la expresión más clara de represión a la llamada criminalidad convencional, su descarada y hasta expresa función penal punitiva lleva a que el auto de prisión preventiva sea en nuestra realidad la sentencia condenatoria y la sentencia definitiva cumpla el papel de un recurso de revisión<sup>37</sup>.”

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, universalidad, indisponibilidad, atribución *ex lege* rango constitucional, por ello se encuentran supra-ordenados en las normas jurídicas<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Eugenio y SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 352. Al analizar la aplicación de la prisión preventiva 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 latino-americanos 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>37</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Prólogo en Domínguez, Virgolini y Annicchiarico, “El derecho a la libertad en el proceso penal, Editorial Némesis. Buenos Aires, Argentina, 1984, p. 4.

<sup>38</sup> *Ídem.*, p. 103.

El poder de crear normas penales no tiene diferentes características que el de legislar en materia de cultura, obras públicas o educación, si bien, a diferencia de esas materias, y como ya sabemos, el Derecho penal supone recortes a la libertad general con el fin de tutelar las libertades de los ciudadanos<sup>39</sup>. Por muy difícil que se presente la lucha contra el terrorismo internacional y el crimen organizado en la era de la globalización, las soluciones no podremos buscarlas en más delitos, aplicación indiscriminada de la prisión provisional, mayores penas y reglas más rigurosas para la excarcelación anticipada de los privados de libertad. Es evidente que ese no es el camino correcto.

En este escenario, resulta compleja la lucha por la disminución de la prisión provisional, las alternativas a la privación de libertad, la intervención mínima, la proporcionalidad de la pena y la resocialización de los sancionados, en la tarea de darle continuidad a los avances que se habían logrado desde la segunda mitad del pasado siglo, cuando el tratamiento penal adoptó una amplia variedad de formas, que incluían la despenalización de las conductas de escasa peligrosidad social, menor aplicación de la prisión preventiva, 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.

Se trata de un tema que no podemos abandonar, al menos los que continuamos pensando que la solución a los problemas del incremento de la criminalidad hay que buscarlos en las políticas de inclusión social y no en el incremento del rigor de las penas, ni en la construcción de más cárceles, porque como ha dicho con acierto el 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"<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, Segunda Edición, adaptada al Código Penal de 1995, Tirant lo Blanch, 1996, p. 102.

<sup>40</sup> BLAUSTEIN, Eduardo, "Prisiones privatizadas en EEUU, modelo de exportación". *Revista ZOOM*, Buenos Aires, Argentina, 2006. Disponible en:

Ante este panorama, se impone la necesidad de que, al mismo tiempo que se combate la delincuencia y sus manifestaciones ligadas al crimen organizado, respetando los derechos de los procesados y sancionados, que han sido consagrados en numerosos instrumentos jurídicos internacionales y en las constituciones y los códigos penales y procesales, se avance también en la investigación científica de manera que se puedan proyectar estrategias nacionales y locales que incluyan, entre otras, medidas de inclusión social y proyectos comunitarios que sitúen a la prevención del delito en el centro de su actividad.

La mira debemos situarla en el tipo de sociedad que necesitamos para que al menos las futuras generaciones, tengan la opción de vivir un clima de paz y armonía, en el que sin llegar a prescindir del Derecho penal y de la utilización del poder punitivo del Estado, los niveles de violencia se tornen tolerables y los conflictos sociales más graves, puedan ser sustituidos por la solidaridad, la igualdad y la libertad, en armonía con 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<sup>41</sup>.

En sus conferencias el Profesor Zaffaroni<sup>42</sup>, ha reflexionado sobre el derecho penal del enemigo, diciendo “se vive una etapa en que

---

<http://revista-zoom.com.ar/articulo1324.html> Consultada el 22/4/2015, a las 20.00.

<sup>41</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://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_04-06.html](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-06.html) Consultado el 22/3/2015, a las 11.30.

<sup>42</sup> *Vid*, PARMA, Carlos, *op. cit.*, p. 5. (Partes de la Conferencia del profesor Zaffaroni sobre “El derecho penal del Enemigo”, dictada en la Universidad de Congreso, Mendoza, el día 19 de agosto de 2005). A manera de **reflexiones finales**, el Dr. Carlos PARMA, precisa:

- El Derecho Penal del Enemigo es una cuestión grave. Los latinoamericanos ya lo sabemos... somos diferentes, Menezes es el ejemplo. A guisa de conclusión, frente a este planteo debe exigirse una toma de posición: o se está a favor de los Derechos Humanos, las garantías y la igualdad o no.
- Todo adelantamiento de imputación dirigida a un individuo se en-

el poder se planetaria y amenaza casi con una dictadura global, el potencial tecnológico de control informativo puede acabar con cualquier intimidad, el uso de ese potencial controlador, por supuesto, no se limitaría a investigar a los protagonistas de hechos violentos sino que abarcaría a toda la población, la comunicación masiva tiene hoy un formidable poder técnico, está abierta a una propaganda vindicativa en todo el mundo.

El poder planetario está fabricando enemigos en serie, los enemigos se gastan rápido de modo que se fabrican otros. Satán y las brujas duraron como 300 años y a partir de la caída del muro de Berlín los enemigos ya no se fabrican fotográficamente, van casi, produciéndose por semanas. Por mucho que se atavíe o se vista de jurídica la cuestión del derecho penal del enemigo, no se escapa que hay en el fondo una pregunta de ciencia política. En este momento, las decisiones estructurales no pasan por la política, casi se toman directamente por protagonistas del poder económico, así el ámbito de la política se va reduciendo y en este sentido se reduce el ámbito de la negociación"<sup>43</sup>.

---

cuenta ya regulado por normas del derecho positivo (léase asociación ilícita, delitos de peligro, etc.). No se puede hacer una más excepción sobre la excepción. Tal extremo nos llevaría al absurdo de una cadena infinita de excepciones.

- Hay que abandonar las tesis utilitaristas. Tales principios han demostrado su fracaso histórico. De esta manera hay que sostener a rajatablas que el hombre no puede ser sacrificado en aras de la sociedad ni de ningún interés político.

Y como conclusiones finales las siguientes:

- El derecho penal del enemigo, por más apariencia "real" que tenga debe ser rechazado. Rompe con el principio de igualdad y de humanidad. Hay que declararse: enemigo del derecho penal del enemigo.
- El "eurocentrismo" no debe seguir "exportando la idea de superioridad y de grandeza social" pues no la tiene. Esa sociedad "global digital" aún no ha definido la "estrella" que pretende alcanzar.
- El Derecho Penal no puede nutrirse de "puro conocimiento abstracto o auto deleitarse por la transparencia argumental de los debates académicos". No puede prescindir de valores altruistas, pero tampoco los puede imponer. Deben entonces existir anclajes necesarios que sean espacios comunes y a la vez puntos de partidas. Estos son los Derechos Humanos.

<sup>43</sup> *Ibidem.*

Agrega el Maestro “penalistas impresionados por hechos de cierta brutalidad ha habido muchos, y lo que caracteriza fundamentalmente la propuesta de Jakobs es su extrema sinceridad (de buena fe), que ha desatado una suerte de escándalo en el mundo jurídico. En todas las épocas en el Derecho Penal se ha tratado de eliminar a los delinquentes que cometían delitos muy graves... Esto es algo que transita toda la historia del Derecho penal. Y en definitiva, nada muy diferente es lo que nos propone Günther Jakobs. Es parte del presupuesto que una conducta es banal o no banal según el contexto y según las circunstancias (esto no se entiende en una dogmática que sacraliza los roles)”<sup>44</sup>.

#### 4. La crisis de la resocialización de los privados de libertad

En correspondencia con el principio de resocialización, cuando se aplique la pena privativa de libertad, es necesaria la ejecución de una política penitenciaria, que sitúe al sancionado en el centro de su contenido, adoptando las medidas imprescindibles para evitar la desocialización de los reclusos, facilitarles la comunicación con el exterior y siempre contando con su anuencia, propiciarles una adecuada preparación para su futura reincorporación a la vida en libertad, mediante la concesión de permisos de salida de los establecimientos penitenciarios por períodos cortos de tiempo, la aplicación de un tratamiento progresivo, que le permita cambiar de régimen penitenciario, y pasar a condiciones carcelarias de semilibertad, que le posibiliten obtener la libertad condicional, en el menor tiempo posible, y reincorporarse a la sociedad.

Para Mir Puig<sup>45</sup> el principio de resocialización, debe entenderse en el sentido que hemos explicado anteriormente, y no, como sustitución coactiva de los valores del sujeto, ni como manipulación de su personalidad, sino como un intento de ampliar las posibilidades de participación en la vida social, una oferta de alternativas al comportamiento criminal.

---

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General (Fundamentos y Teoría del delito)*, op. cit., p. 85.

El principio de resocialización se vincula al de humanidad en materia de ejecución penitenciaria, porque obliga a tratar a los reclusos con el debido respeto y a facilitar su resocialización y la reincorporación plena a la sociedad.

La crisis de las penas privativas de libertad aparece desde su nacimiento mismo, y coincidimos con PAVARINI, en que esta crisis será permanente<sup>46</sup>. Al fracasar la idea retributiva de la pena se pasa al intento de darle un contenido útil. Se busca justificarla, sabiendo que desde su nacimiento es imposible encontrarle tal justificación teniendo una finalidad real centrada en la "impartición de dolor"<sup>47</sup>. Nadie puede establecer parámetros de valoración para una pena que puede ser aplicada desde un segundo hasta la eternidad. Es algo que no puede ser medido en términos de justicia ni utilidad. "Históricamente la pena no es sino autoconstatación ideológica (simbólica) del Estado, no es pues neutral como no es neutral el Estado.

Mediante la pena el Estado demuestra su existencia frente a todos los ciudadanos, señala que el sistema por él elegido sigue vigente"<sup>48</sup>. A esto debe agregarse que la pena muchas veces no es estudiada de manera que se separe aquella concepción de eternidad e inmutabilidad que se le otorga<sup>49</sup>.

A pesar de los grandes esfuerzos de la comunidad internacional y de los Estados nacionales por perfeccionar los sistemas penitenciarios, la realidad existente en la gran mayoría de los países es muy diferente, incluidos muchos de los desarrollados, como consecuencia de las cada vez más frecuentes crisis económicas, que afectan

---

<sup>46</sup> PAVARINI, Massimo, "Fuera de los Muros de la Cárcel: La Dislocación de la Obsesión Correccional", *Poder y Control No. 0*, Editorial P.P.U., Barcelona, 1986, p. 161.

<sup>47</sup> CHRISTIE, Nils, *Los límites del dolor*, Fondo de Cultura Económica, México, Primera Reimpresión, 1988. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/03/doctrina40714.pdf> Consultado el 24/6/2015, a las 10.00.

<sup>48</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Editorial P.P.U., Cuarta Edición, Barcelona 1994, p. 94.

<sup>49</sup> RODRÍGUEZ DELGADO, Julio, "El Fracaso de la Pena Privativa de Libertad", Instituto de Ciencia Procesal Penal, 2014, p. 8. Disponible en: <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/j.rodriguez-penprivativa1.pdf> Consultado el 24/6/2015, a las 11.00.

sensiblemente los presupuestos de los establecimientos penitenciarios, que son los que reciben al sancionado y están obligados por la ley a garantizarles un tratamiento resocializador, conducente a prepararlos para retornar a la vida en libertad.

Al respecto el periodista y escritor uruguayo Eduardo Galeano, en una conferencia pronunciada en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, el día 21 de junio de 1996, al referirse a la situación de los presos en América Latina expresó que “... las dictaduras militares ya no están, pero las frágiles democracias latinoamericanas tienen cárceles hinchadas de presos. Los presos son pobres, como es natural, porque solo los pobres van presos en países donde nadie va preso cuando se viene abajo un puente recién inaugurado, cuando se derrumba un banco vaciado por los banqueros o cuando se desploma un edificio construido sin cimientos. Cárceles inmundas, presos como sardinas en lata, en su gran mayoría presos sin condena. Muchos, sin proceso siquiera, están ahí no se sabe por qué. Si se compara, el infierno de Dante parece cosa de Disney. Continuamente estallan motines en estas cárceles que hierven. Entonces las fuerzas del orden cocinan a tiros a los desordenados y de paso matan a todos los que pueden, con lo que se alivia la presión de la superpoblación carcelaria hasta el próximo motín”<sup>50</sup>.

Esta situación, con relativa frecuencia en los últimos años, lejos de mejorar tiende a agravarse por los efectos negativos de la globalización neoliberal, y las políticas de ajustes estructurales que vienen obligadas a aplicar los Estados, conforme a las fórmulas del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, que con muy pocas excepciones, para nada favorecen las reformas penitenciarias, que con muchos esfuerzos han emprendido algunos Estados, pues los costos que ocasiona el sistema carcelario están precisamente enmarcados entre los que es necesario ajustar para disminuir el gasto público.

Hasta hace poco tiempo, como afirma ASENSIO CANTISÁN, la utopía penitenciaria era la resocialización del delincuente. Hoy en

---

<sup>50</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), En Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Diciembre de 1997. Año 12, No. 14. pp. 3-7. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r17091.pdf> Consultado el 25/6/2015, a las 22.35.

día, en cambio, abandonada toda idea resocializadora, la verdadera utopía penitenciaria es, sencillamente, que se cumplan las leyes. Basta leer la mayoría, por no decir, la totalidad, de las legislaciones penitenciarias de los países desarrollados o no y después visitar sus cárceles, para comprobar cómo en ninguno de ellos se cumple en su totalidad lo previsto en las normas. Las normas penitenciarias, por lo general, viven alejadas de la realidad. La falta de voluntad política, por una parte, que impide su cumplimiento por razones presupuestarias, unido a la ignorancia de que el condenado es un sujeto de derechos, idea esta que aparece recientemente, ha propiciado el incumplimiento de las leyes penitenciarias<sup>51</sup>.

Ante estas situaciones no podemos aspirar a que se pueda conseguir el objetivo de que las personas al egresar de las cárceles vivan en libertad respetando la Ley cuando, además del incumplimiento de las leyes penitenciarias, el paso entre la sociedad carcelaria y la sociedad libre se realiza de forma brusca. Es evidente que el interno que no ha tenido contacto con la sociedad libre, sufre un auténtico shock cuando abandona la cárcel y se encuentra en una sociedad absolutamente distinta a aquella que deja atrás y a la que seguramente volverá pronto<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> *Vid*, ASECIO CANTISÁN, Heriberto, “Crisis de la pena privativa de libertad”, En Vigencia de la Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, Reforma Penal Internacional (RPI), Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), Sociedad Cubana de Ciencias Penales, Ciudad de La Habana, octubre de 2006, p. 97. Disponible en: <http://www.lex.uh.cu/sites/default/files/RPI%20-%20ILANUD-%20SCC-PENALES-2006.pdf> Consultado el 21/6/2015, a las 12.50.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

## 5.A manera de conclusiones

En los últimos años se está produciendo un retroceso del Derecho penal mínimo y la última *rattio* hacia el expansionismo acelerado e irracional, con nuevas figuras delictivas y un endurecimiento injustificado de las penas y de las condiciones de reclusión, amparados en la necesidad de combatir el crimen organizado en la era de la globalización, sin detenernos a pensar en que antes de acudir al poder punitivo del Estado es necesario adoptar medidas de inclusión social de los excluidos de siempre, de integrarlos a la sociedad, facilitarles el acceso a las fuentes de trabajo, a una vida digna y dejar los procesos penales y las largas penas de prisión para las violaciones más intolerables de los derechos fundamentales, en los que el tratamiento preventivo y la actuación de otras ramas del Derecho han fracasado.

Las políticas de mano dura contra la delincuencia, no es la vía idónea para enfrentar la violencia y la inseguridad ciudadana, a partir del hecho de que las mismas se han caracterizado por la creación constante de nuevas figuras delictivas, la promulgación de leyes especiales y sobre todo, por la elevación de las penas privativas de libertad y del rigor en las condiciones de reclusión, que lejos de disminuir los niveles de la delincuencia, lo que han logrado es incrementar significativamente su grado de violencia y agresividad.

La vida de nuestros países no debe continuar dependiendo 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 afianzado en numerosos Instrumentos jurídicos internacionales, constituyen los cimientos del Estado social y democrático de Derecho.

En el siglo XXI, en materia penitenciaria se aprecia una tendencia creciente al incremento de las sanciones y a la elevación de los requisitos para el otorgamiento de la libertad anticipada y otros beneficios penitenciarios, entre otros males, que afectan el régimen progresivo y el tratamiento penitenciario en general; en un entorno, en el que los principios limitativos del derecho de castigar o *ius puniendi*, han comenzado a ser observados de manera diferente desde la política, los Instrumentos jurídicos internacionales y numerosas legislaciones nacionales, bajo la influencia del Derecho penal del enemigo y las tendencias expansionistas imperantes.

## 6. Bibliografía

### Obras generales

- ASENCIO CANTISÁN, Heriberto, "Crisis de la pena privativa de libertad", En Vigencia de la Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, Reforma Penal Internacional (RPI), Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD) Sociedad Cubana de Ciencias Penales, Ciudad de La Habana, octubre de 2006. Disponible en: <http://www.lex.uh.cu/sites/default/files/RPI%20-%20ILANUD-%20SCCPENALES-2006.pdf>
- ASÚA BATARRITA, Adela, "Reivindicación o superación del programa Beccaria", en *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, Editorial Universidad de Deusto, Bilbao, 1990.
- BARATTA Alessandro, *Criminología y Sistema Penal*, Compilación In memoriam, Dirección: Carlos Alberto Elbert, Coordinadora: Laura Belloqui, Editoriales Euros Editores S.R.L., Buenos Aires y B de F Ltda en Montevideo, 2004.
- BONESANA, César, *Tratado de los delitos y las penas*, Decimosegunda Edición, Editorial Heliasta S.R.R., Sao Pablo, Brasil, 1993.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, Segunda Edición, adaptada al Código Penal de 1995, Tirant lo Blanch, 1996.
- 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)
- CHRISTIE, Nils, *Los límites del dolor*, Fondo de Cultura Económica, México, Primera Reimpresión, 1988. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/03/doctrina40714.pdf>
- CREUS Carlos, *Derecho Penal. Parte General*, Tercera Edición, Editorial Astrea. Buenos Aires, 1992.
- 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*, Tomo I. Universidad de Valencia, Valencia, 1997.

- DE LA CRUZ OCHOA, Ramón, "Intervención en el Seminario Internacional sobre Implementación de penas alternativas: experiencias comparadas de Cuba y Brasil, efectuado en el Hotel Nacional de Cuba, los días 24 y 25 de febrero de 2005", convocado por Reforma Penal Internacional y Sociedad cubana de Ciencias Penales, La Habana, 2006, p. 7. Disponible en: <http://www.lex.uh.cu/sites/default/files/RPI%20-%20UNJC-%20LIBRO%20PENAS%20ALTERNATIVAS%20-%20RPI%20-%20SCCP%20-%20SEPT.JULIO%20DE%20%202006.pdf>
- DOMÍNGUEZ FIGUERIDO, José Luis, "Sociología jurídico penal y actividad legislativa" en Sistema penal y problemas sociales, Coordinado por Roberto Begalli. Tirant lo Blanch, Valencia 2003.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio, en trabajo colectivo BERDUGO y AAVV. "Manual de Derecho Penitenciario", Cóllex, Madrid, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Sexta Edición, traducción de ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, y otros, Editorial Trotta, Madrid, 2004.
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar nacimiento de la prisión*, Siglo veintiuno editores Argentina s. a., Buenos aires, 2002, p. 51. Disponible en: <http://webcurso.uc.cl/access/content/attachment/psi1202-2-21-2012/Material%20del%20Curso/8482492b-5f34-413d-b43e-f8ec104688fd/Foucault,%20M.%20-%20Vigilar%20y%20castigar.pdf>
- GARCÍA ANDRADE, Irma, "Historia sobre el origen de las cárceles". Disponible en: <http://www.teinteresasaber.com/2013/03/historia-sobre-el-origen-de-las-carceles.html>
- GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Teoría de la pena*, reimpresión de la Tercera edición, Madrid, 1987.
- \_\_\_\_\_ La prisión ayer y hoy, en VV.AA; I Jornadas Penitenciarias Andaluzas, Sevilla, 1983.
- GOITE PIERRE, Mayda, Coordinadora, *Globalización, Delincuencia organizada, Expansionismo penal y Derecho penal económico en el siglo XXI, Libro Homenaje al Prof. Dr. Juan María Terradillos Basoco*, Editorial UNIJURIS, la Habana, 2015. Disponible en: <http://vlex.com/source/globalizacion-delincuencia-organizada-expansionismo-penal-derecho-penal-economico-siglo-xxi-12779> // <http://www.lex.uh.cu/sites/default/files/2015%20.L.%20Hom.%20Terradillos-%20Serie%20CP%20y%20Crim.-%202015%20-%20205.pdf>
- \_\_\_\_\_ Coordinadora, *Las consecuencias jurídicas derivadas del delito y una mirada a la persona jurídica desde Cuba y España*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2012.

- \_\_\_\_\_. Coordinadora y Colectivo de Autores, *Derecho Penal Especial*, Tomos I, II y III. Editorial Félix Varela, La Habana, 2006.
- \_\_\_\_\_. y ALARCÓN BORGES, Ramón, "La utilización de las normas penales en blanco en el enfrentamiento a la criminalidad organizada contemporánea", en *Temas de Derecho y Proceso penal, desde una perspectiva jurídico penal contemporánea en el enfrentamiento a la criminalidad organizada*. Coordinadora: GOITE PIERRE, Mayda, Editorial vLex, 2013, Barcelona. Disponible en: <http://vlex.com/source/temas-derecho-proceso-penal-12247> Consultado el 27/8/2014, a las 10.00.
- GÓMEZ GRILLO, Elio, *Las penas y las cárceles. Las cárceles en el mundo*, Editorial El Cojo, Caracas, 1988.
- GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo, *Derecho Penal Mexicano*, Quinta Edición, Editorial Porrúa, México D. F. 1999
- 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.
- \_\_\_\_\_. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Contreras de Murillo, Universidad de Extremadura, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas, S.A Madrid, 1995.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Granada, Editorial Comares, 1993.
- MEDINA CUENCA, Arnel, *Instrumentos Jurídicos adoptados por la Comunidad internacional, relacionados con los principios limitativos del ius puniendi, la delincuencia organizada, el tráfico y la trata de personas*, Editorial vLex, 2014. Barcelona. Disponible en: <http://vlex.com/source/instrumentos-juridicos-adoptados-por-la-comunidad-internacional-12180>
- \_\_\_\_\_. "Intervención mínima, proporcionalidad y expansionismo penal en el siglo XXI". En *Globalización, Delincuencia organizada, Expansionismo penal y Derecho penal económico en el siglo XXI*. Libro Homenaje al Prof. Dr. Juan María Terradillos Basoco. Coordinadora: Dra. Mayda Goite Pierre, pp. 138-182. Disponible en: <http://vlex.com/source/globalizacion-delincuencia-organizada-expansionismo-penal-derecho-penal-economico-siglo-xxi-12779> // <http://www.lex.uh.cu/sites/default/files/2015%20L.%20Hom.%20Terradillos-%20Serie%20CP%20y%20Crim.-%202015%20-%20205.pdf>
- \_\_\_\_\_. "La resocialización de los sancionados a penas privativas de libertad y la privatización de las prisiones", En el Libro: *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DEL DELITO Y UNA MIRADA A LA PERSONA JURÍDICA DESDE CUBA Y ESPAÑA*.

Coordinado por Mayda Goite Pierre. TIRANT LO BLANCH. C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia. 2012. Disponible en: <http://is-suu.com/tirantloblanch/docs/821686b9ab6a1e9cd4efb0cc4fea65aa> y también en: <http://www.lex.uh.cu/sites/default/files/Mayda%20Goite%20Pierre.-%20LAS%20CONSECUENCIAS%20JURIDICAS%20DEL%20DELITO%20-VF%20-%20ABRIL%20DE%202012.pdf>

\_\_\_\_\_ “El Expansionismo del Derecho penal y su expresión en el incremento de las penas y en el sistema penitenciario”, En Justicia Penal, Política Criminal y Estado Social de Derecho en el siglo XXI, Libro Homenaje a Elías Carranza, Tomo I, Coordinador: Dr. Carlos Tiffer, p. 277-322, Editorial Ediar, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.

\_\_\_\_\_ “Comentarios al Código Penal. Concordado y actualizado. Ley No. 62 de 1987”, Comentarios a las Leyes Penales Cubanas, Editorial UNIJURIS, La Habana, 2014. Disponible en: <http://vlex.com/vid/540344370>

MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos, “La presunción de inocencia y los medios de comunicación masiva”, La Souranité Mediática. Una riflessione tra ética, dirittoed economía, a cura di Eugenio Raúl Zaffaroni, Mario Caterini, CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Roma, 2014.

MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos, “La pena y otras consecuencias jurídicas en delitos económicos”, Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, 2013. Disponible en: <http://www.ciidpe.com.ar/area1/penas%20y%20consecuencias.pdf>

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 7ma. Edición, 2da. reimpresión, Editorial Editores, Buenos Aires y B de F Ltda, Montevideo, 2005.

\_\_\_\_\_ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte General (fundamentos y Teoría del delito)*, Editorial Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1984.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo II, Volumen I, Teoría Jurídica del delito. Nociones Generales. El delito doloso: juicio de antijuricidad, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2008.

\_\_\_\_\_ *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal*, Editorial DYKINSON, S.L. Madrid, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco, prólogo al texto HORMAZÁBAL MALARÉE H., (1992) Bien jurídico y Estado social y democrático de

Derecho. El objeto protegido por la norma penal, Segunda edición, Editorial Jurídica, 1992.

\_\_\_\_\_ y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 7ma Edición, revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

MURRIA Marta y Carlos, GONZÁLEZ MURCIANO, *La seguridad ciudadana: instrumentos de análisis*, Área de Seguridad, Institutd' Estudis Regionals i Metropolitans de Barcelona, Universitat, 1999.

NEUMAN, Elías, "La prisión en tiempos del neoliberalismo", En Vigencia de la Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, Reforma Penal Internacional (RPI) Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD) Sociedad Cubana de Ciencias Penales Ciudad de La Habana, octubre de 2006. Disponible en: <http://www.lex.uh.cu/sites/default/files/RPI%20-%20ILANUD-%20SCCPENALES-2006.pdf>

PAVARINI, Massimo, Fuera de los Muros de la Cárcel: La Dislocación de la Obsesión Correccional, en *Poder y Control No. 0*, Editorial P.P.U., Barcelona, 1986.

QUIRÓS PÍREZ, Renén, Manual de Derecho Penal. Tomo IV, Editorial Félix Varela, Ciencias Jurídicas, La Habana, 2015. Disponible en: <http://www.lex.uh.cu/sites/default/files/TOMO%20IV-%202015-%20M.%20Derecho%20Penal%20-%20QUIROS.pdf>

RODRÍGUEZ DELGADO, Julio, "El Fracaso de la Pena Privativa de Libertad", Instituto de Ciencia Procesal Penal, 2014, p. 8. Disponible en: <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/j.rodriguez-penprivativa1.pdf>

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 2da edición. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña y otros, Editorial Civitas., Madrid, 1997.

\_\_\_\_\_ "Sentido y límites de la pena estatal" en Problemas básicos de Derecho penal, Editorial Reus, Madrid, 1976.

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.

TERRADILLOS BASOCO, Juan, "Sistema penal y criminalidad internacional", en Nieto Martín (Coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, vol. I, Cuenca, 2001.

\_\_\_\_\_ "La Constitución penal. Los derechos de la libertad", Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Casti-

- Ila La Mancha, 2003. Disponible en: [http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/terrabillos-constitucionpenal.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/terrabillos-constitucionpenal.pdf)
- VELÁSQUEZ V, Fernando, *Globalización y Derecho Penal*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá. Disponible en: [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080527\\_34.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_34.pdf)
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La cuestión criminal*, Editorial Planeta, Buenos Aires, 2012.
- \_\_\_\_ “¿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.
- \_\_\_\_ *En busca de las penas perdidas, Deslegitimación y Dogmática Jurídico-penal*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1998.
- \_\_\_\_ ALAGIA Eugenio y SLOKAR Alejandro, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006.

### Publicaciones periódicas

- ARRIAGADA, Isabel, “Cárceles privadas: La superación del debate costo-beneficio”, *Revista Política Criminal*, Vol. 8, No. 15, Santiago de Chile, pp. 238-239. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-33992013000100006&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-33992013000100006&script=sci_arttext)
- BLAUSTEIN, Eduardo, “Prisiones privatizadas en EEUU, modelo de exportación”. *Revista ZOOM*, Buenos Aires, Argentina, 2006. Disponible en: <http://revista-zoom.com.ar/articulo1324.html>
- CARRANZA, Elías, “Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?”, *Anuario de Derechos Humanos 2012*, Universidad de Chile. Disponible en: <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/20551/21723>
- 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.
- \_\_\_\_ “La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI”. *Política Criminal*, N° 5, 2008, A7-5, pp. 1-37, 2008. Disponible en: [http://www.politicacriminal.cl/n\\_06/a\\_7\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_7_5.pdf)
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María Dolores, “Los límites al *ius puniendi*”, en *Anuario de Derecho y Ciencias Penales*, Tomo XLVII Facsímil III, septiembre-diciembre, Madrid, 1994.
- FERRAJOLI, Luggi: “Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales” en *Ciencias penales*. *Revista N° 5*. Disponible en: <http://cienciaspenales.org/>

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. Disponible en: <http://www.cienciaspenales.org/index.php?page=revistas>

GARCÍA VALDÉS, Carlos, "La Reforma de la Prisión, historia y filosofía", *Divulgación Jurídica No. 47, Año 6, Noviembre de 1989*, Publicada por el Ministerio de Justicia de la República de Cuba, La Habana, Cuba.

HASSEMER, Winfried, "Crisis y características del moderno Derecho penal", *Actualidad Penal, N. 43*, traducción al castellano por MUÑOZ CONDE, Francisco, 1993.

MILANESE, Pablo, "El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima", *Web de la Facultad de Derecho de la Universidad de Friburgo*, 2008. Disponible en: [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080526\\_33.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_33.pdf)

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>

\_\_\_\_\_ "Los principios limitativos del *ius puniendi* y las alternativas a las penas privativas de libertad", *Revista Derecho Penal y Sistema Penitenciario, Problemáticas en la Contemporaneidad*, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, Nueva época, Año 1, Junio, 2007. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222926005.pdf>

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, "Valoración político-criminal sobre el sistema de penas en el Código Penal Español", *Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho penitenciario II, Publicación del Consejo General del Poder Judicial, XVII, Año 2003*.

\_\_\_\_\_ "El Derecho Penal Mínimo o la Expansión del Derecho Penal", *Revista Cubana de Derecho, No.25, Enero- junio, 2005*.

\_\_\_\_\_ "Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, No. 4. 22 de abril de 2002. Disponible en: [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_04-06.html](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-06.html)

\_\_\_\_\_ "La función de la pena en el Estado Social y Democrático de Derecho", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia. Universidad de Almería, España, 2014*. Disponible en: [http://www.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2013-12/articulos\\_discurso-investigacion.pdf](http://www.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2013-12/articulos_discurso-investigacion.pdf)

- MUÑOZ CONDE, Francisco, "Presente y futuro de la dogmática jurídica penal", *Revista Penal*, 2000.
- NISTRAL BURÓN, Javier, Subdirector General de Gestión Penitenciaria, "La Prisión del Siglo XXI", *Revista Criminólogo. Volumen I. No. 2. Enero 2000, Publicación Oficial de la Escuela Superior de Ciencias Criminológicas*, Universidad de las Palmas de Gran Canaria. Disponible en: <http://www.lex.uh.cu/sites/default/files/TOMO%20IV-%202015-%20M.%20Derecho%20Penal%20-%20QUIROS.pdf>
- QUIRÓS PÍREZ, Renén, "Las sanciones subsidiarias", Seminario Internacional sobre Implementación de penas alternativas: experiencias comparadas de Cuba y Brasil, efectuado en el Hotel Nacional de Cuba, los días 24 y 25 de febrero de 2005, convocado por Reforma Penal Internacional y Sociedad cubana de Ciencias Penales, La Habana, 2006, p. 91. . Disponible en: <http://www.lex.uh.cu/sites/default/files/RPI%20-%20UNJC-%20LIBRO%20PENAS%20ALTERNATIVAS%20-%20RPI%20-%20SCCP%20-%20SEPT. JULIO%20DE%20%202006.pdf>
- ROXIN, Claus, "¿Tiene futuro el Derecho Penal?", *Revista del Poder Judicial, 3ra época, No. 49*, Editor: Consejo General del Poder Judicial, 1998.
- 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. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/14/recpc14-10.pdf>
- TERRADILLOS BASOCO, Juan, "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela Jurídico-penal" en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 63, Madrid, 1981.
- 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*, Editada en Buenos Aires, 2011.
- \_\_\_\_ "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)

# Entre la minimización y la expansión del Derecho Penal: la presencia de Beccaria en el debate contemporáneo

ESP. MANUEL ALBERTO LEYVA ESTUPIÑÁN\*

ESP. LARISBEL LUGO ARTEAGA\*\*

## Sumario

1. Introducción
2. Beccaria como precursor del Derecho Penal Mínimo
3. ¿Por qué castigar? La lesividad como límite al *ius puniendi* del estado
4. La expansión de las normas penales. Valoraciones en el ámbito económico
5. Conclusiones
6. Bibliografía

## 1. Introducción

En el Derecho Penal contemporáneo se producen las mismas discusiones que se manifestaron hace más de doscientos años. ¿Qué fines persigue la pena? ¿Qué debemos proteger por el Derecho Penal

---

\* Profesor Auxiliar de Derecho Penal en la Universidad de Holguín, Cuba. Especialista en Derecho Penal por la Universidad de Holguín. Miembro de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales en su capítulo de la provincia Holguín. [mleyva@fh.uho.edu.cu](mailto:mleyva@fh.uho.edu.cu)

\*\* Profesora Asistente de Derecho Penal Especial en la Universidad de Holguín, Cuba. Se desempeñó como jueza en el Tribunal Provincial Popular de Camagüey en su Sala Quinta de lo Penal. Especialista en Derecho Penal por la Universidad de Holguín. Miembro de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales en su capítulo de la provincia Holguín. [llugo@fh.uho.edu.cu](mailto:llugo@fh.uho.edu.cu)

y que debe ser tutelado por otras formas menos violentas? ¿Cuál es el fin del Derecho Penal? Son algunas de las interrogantes que han matizado durante décadas el tema del delito y el delincuente en un estado de Derecho.

Hoy como ayer, modelos contrapuestos entre más o menos Derecho Penal se discuten ante la aparición de viejos y nuevos riesgos para la sociedad. La aspiración de un Derecho Penal Mínimo está asentada en la tradición iluminista occidental, y tiene entre sus fundamentos, la existencia de un mínimo de figuras delictivas en las legislaciones penales, el rechazo a la sanción de muerte, a la pena privativa de libertad o al menos a la búsqueda de alternativas a esta, opciones procesales distintas a la penal por parte del Ministerio Fiscal. Frente al carácter de *última ratio* emerge un Derecho Penal expansivo, que lejos de despenalizar incorpora nuevas figuras delictivas, que supone un adelantamiento de la justicia penal y la negación de garantías fundamentales. Algunos de los argumentos para este Derecho Penal de *prima ratio* se localizan en el auge del terrorismo, la aparición de nuevas formas de criminalidad organizada y en sentido general la sensación, en ocasiones artificial, de inseguridad ciudadana ante los nuevos riesgos de la era moderna.

Y en ese debate, entre inseguridad ciudadana y respeto a las garantías, se mueve el Derecho Penal. Lo peor que nos puede pasar es que bajo el fundamento de más seguridad nos volvamos más inseguros, amenazados no ya por el delincuente, sino por el sistema penal creado para defendernos de éste.

Lo cierto es que se camina por la alborada del tercer milenio y lejos de la tranquilidad deseada vivimos en una sociedad de riesgos. Algunos propios de la modernidad, otros, similares a los del pasado ya lejano. Como bien afirma SILVA SÁNCHEZ<sup>1</sup>, no fueron los modelos de Estado de hace trescientos años los que expandieron el Derecho Penal; sino que la industrialización fue el factor determinante de la aparición de aquellos riesgos que “justifican” la expansión. El penalista español afirma que el Derecho penal debe cumplir el fin de reducción de la violencia social, y ha de asumir también, en su configuración moderna, el fin de reducir la propia violencia punitiva del

---

<sup>1</sup> MARÍA, Jesús; *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Cuadernos Civitas. Consultado: febrero de 2015. Disponible en: <http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com>

Estado. Esta reducción tiene lugar por dos maneras: sobre la base del principio utilitarista de la intervención mínima y sobre la base de los principios garantísticos individuales.

## 2. Beccaria como precursor del Derecho Penal Mínimo

Algunas de las claves para entender el presente se encuentran en el pasado. César Beccaria y su obra cumbre “ De los Delitos y las Penas” publicado en 1764 pueden servirnos de guía, a manera de hilo de Ariadna para encontrar el camino de salida. La obra de Beccaria ha perdurado en el tiempo entre otras razones, porque sienta las bases para un sistema penal occidental, que en su época niega la tortura, las penas corporales, la sanción de muerte. Se cuestiona los fines mismos del Derecho Penal, incluyendo la naturaleza y origen del derecho a castigar del soberano, hoy en manos del estado.

Con solo 22 años Bonesana sufre prisión, solicitada por su padre el Marqués de Beccaria, quien se oponía a la relación de su hijo con Teresa de Blasco. Es allí, en la dura cárcel del lejano 1760 donde sufre en carne propia los rigores y tormentos de la prisión. El sistema penitenciario propio del Derecho Canónico de la época sin dudas siembra en el joven juicios contrarios al mismo. Por lo tanto su filosofía relacionada con la pena y el delito está marcada por vivencias propias<sup>2</sup>.

Su obra constituye un punto de inflexión entre dos sistemas de enjuiciar. Uno totalitario, absoluto, expansivo, que prevalecía en la Europa fragmentada del Medioevo, que ya había observado la revolución inglesa un siglo antes, por los inicios de 1642 y a solo dos décadas de la Revolución Francesa de 1789. Es una Europa donde el capitalismo va abriéndose paso y enterrando de manera lenta pero inexorable al sistema feudal. El otro sistema, propio de la ilustración

---

<sup>2</sup> “He oído el ruido de las cadenas que sacuden la superstición y el fanatismo, ahogando los gemidos de la verdad. La contemplación de ese espectáculo espantoso me determinó, a veces, a envolver la luz con nubes. He querido defender a la Humanidad sin hacerme su mártir “ Palabras de Beccaria al abate Morellet, su traductor al francés del Tratado de los Delitos y de las Penas. Cfr. en CABANELLAS, Guillermo. *Beccaria y su obra en Tratado de los Delitos y las Penas*. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina 1993, pp. 20 y ss.

va sustituyendo al oscurantismo que durante siglos, y de la mano de la iglesia católica se impuso como doctrina oficial de los estados.

En el campo del derecho se abre paso la concepción del Derecho Natural, anterior y superior al derecho positivo, del cual emanaban todas las demás manifestaciones del derecho. En el campo del Derecho Procesal la humanidad comenzaba a salir del sistema inquisitivo y se adentraba en lo que posteriormente se ha conocido como el sistema mixto de enjuiciar. Por la época en que se publica la obra de Beccaria los jueces del Tribunal de la Inquisición cerraban sus ojos al aforismo latino de Justiniano contenido en el Digesto del 533 dc y que rezaba "*satius enim esse impunitum relinqui facinus nocetis quam innocentem damnari*".<sup>3</sup>

El humanismo y la proporcionalidad entre la pena y el delito cometido son referentes permanentes en la obra del italiano. "*Otro principio sirve admirablemente para estrechar más y más la importante conexión entre el delito y la pena; éste es que sea ella conforme cuanto se pueda a la naturaleza del mismo delito*"<sup>4</sup>. Al valorar el marqués Beccaria los fines de la pena se muestra crítico contra los tormentos infligidos por el sistema penal de la época. No es cosa de cuentos, basta leer los tormentos ocasionados<sup>5</sup> a un acusado, que aparecen en la publicación

---

<sup>3</sup> Es mejor dejar libre a un culpable que castigar a un inocente.

<sup>4</sup> BECCARIA, Op. Cit. p. 102.

<sup>5</sup> Amiens fue condenado, el 2 de marzo de 1757, a "pública retractación ante la puerta principal de la Iglesia de París", adonde debía ser "llevado y conducido en una carreta, desnudo, en camisa, con un hacha de cera encendida de dos libras de peso en la mano"; después, "en dicha carreta, a la plaza de Grève, y sobre un cadalso que allí habrá sido levantado [deberán serle] atenaceadas las tetillas, brazos, muslos y pantorrillas, y su mano derecha, asido en ésta el cuchillo con que cometió dicho parricidio, quemada con fuego de azufre, y sobre las partes atenaceadas se le verterá plomo derretido, aceite hirviendo, pez resina ardiente, cera y azufre fundidos juntamente, y a continuación, su cuerpo estirado y desmembrado por cuatro caballos y sus miembros y tronco consumidos en el fuego, reducidos a cenizas y sus cenizas arrojadas al viento". "Finalmente, se le descuartizó, refiere la Gazette d'Amsterdam. Esta última operación fue muy larga, porque los caballos que se utilizaban no estaban acostumbrados a tirar; de suerte que en lugar de cuatro, hubo que poner seis, y no bastando aún esto, fue forzoso para desmembrar los muslos del desdichado, cortarle los nervios y romperle a hachazos las coyunturas(...) Tomado de

periódica de Amsterdam 7 años antes de la publicación de su libro, y que seguramente presencié mientras estubo en prisión.

La obra de Beccaria ha sido considerada por Antón Oneca como el *“evangelio de los reformadores”*<sup>6</sup>. La concepción retribucionista de considerar a la pena como un mal, que habría de ocasionársele a quien había producido otro mal es superada por César. Al respecto plantea:

*“Es mejor evitar los delitos que castigarlos. He aquí el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir los hombres al punto mayor de felicidad o al menor de infelicidad posible, para hablar según todos los cálculos de bienes y males de la vida (...) El temor de las leyes es saludable”*.<sup>7</sup>

Desde Beccaria nos ha llegado-y aún existe- el criterio según el cual la sanción no puede pretender la restauración del orden jurídico. El delito es en primer lugar (aquí se manifiesta su organicidad con la teoría del contrato social) un daño a la sociedad, afecta a los individuos que han acordado ciertas reglas para una convivencia de personas y derechos. El delincuente representa un peligro para la sociedad.

El Derecho Penal Mínimo como ideal de justicia tiene sus antecedentes en el pensamiento liberal del siglo XVIII y siguientes. En Beccaria encontramos la primera expresión de lo que hoy llamamos principio de mínima intervención del Derecho Penal”.<sup>8</sup>

Posteriormente resurge en el debate que se produce dentro de los procesos de reformas penales de la segunda mitad del siglo XX fundamentalmente en las décadas del 70 y 80. Posteriormente este proceso de reforma penal fue truncado a finales de siglo y hoy está en franco retroceso en los inicios del XXI. Beccaria propone algunos

---

FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar*. p.1. En [www.pensamientopenal.ar](http://www.pensamientopenal.ar). [Consultado el 12 de abril del 2013. 11.34 am]

<sup>6</sup> ANTÓN ONECA, J.; *“Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración”*, en Revista de estudios penitenciarios, No. 66, 1964, p. 415. Tomado de ARRANZ CASTILLERO, *El principio de publicidad en los procesos penales*. Facultad de Derecho, Universidad de la Habana, 2005.

<sup>7</sup> BECCARIA, Op. Cit. p. 158.

<sup>8</sup> ASÚA BATARRITA, Adela *“Reivindicación o superación del programa Beccaria”* en ASÚA BATARRITA, Adela; ed., *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, Bilbao, Ed. Universidad de Deusto, 1990, p. 9.

de los fundamentos de un sistema penal garantista y limitador del poder punitivo del estado.

Una de las primeras lecciones que recibimos en las aulas, apuntan al necesario carácter de *última ratio* que tiene el Derecho Penal. Varias son las razones; entre ellas los elevados costes para la sociedad por su aplicación y su necesario carácter subsidiario. Es necesaria la mínima intervención. Sin embargo todo apunta hacia la expansión desenfrenada del alcance de los sistemas penales. Una de las claves constituye esta denominada ya, sociedad de riesgo, donde surgen nuevos peligros medioambientales, industriales, tecnológicos que conllevan la incorporación de una gama de nuevos bienes jurídicos de naturaleza colectiva. ¿Cómo frenar el proceso inflacionario de las normas penales? Imponiendo límites es la respuesta segura de la dogmática penal contemporánea. Sin embargo, resulta admitir la posibilidad de que el poder instituido se autolimita a sí mismo.

Hablar de Derecho Penal Mínimo es llevar a la esfera de aplicación del Derecho Penal el mínimo de conductas transgresoras. En la evolución del *ius puniendi* podemos apreciar que no ha sido lineal, pacífica y que por demás no apunta a límites concretos. Hay quienes afirman que el Derecho Penal camina hacia su propia tumba y será reemplazado por un nuevo derecho correccional construido sobre bases positivistas".<sup>9</sup>

Autores de nuestra región como Zaffaroni<sup>10</sup> expresan que las leyes penales son insuficientes para frenar el crimen, y más ante la globalización que experimenta la humanidad, fomentándose desde el Derecho Penal, la criminalización de los entes menos favorecidos por el mercado.

Algunos de los principios del Derecho Penal responden a concepciones de *última ratio*, entre estos encontramos el carácter fragmentario y el carácter subsidiario del mismo. Según el principio de subsidiariedad el Derecho Penal ha de ser la *última ratio*, el último

---

<sup>9</sup> DORADO MONTERO. *Del Derecho Penal Represivo al preventivo*, en: *Derecho Protector de los Criminales*, Madrid, 1995, I, pp. 16 y ss.

<sup>10</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Globalización y crimen organizado. El poder en la Globalización". Disponible en <http://ncalzalavoz.blogspot.com/2011/03/globalizacion-y-crimen-organizado-i-el.html> [Consultado el 23 de junio 2014]

recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos. El llamado carácter fragmentario del Derecho Penal constituye una exigencia relacionada con la anterior. Ambos postulados integran el llamado principio de intervención mínima. El Derecho Penal siguiendo esta línea, solo debe proteger bienes jurídicos, sin embargo no significa que todo bien jurídico haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinar la intervención del Derecho Penal.

Cuando se afirma que el Derecho Penal tiene un carácter fragmentario, término utilizado inicialmente por Binding se quiere indicar que éste solo debe intervenir frente a aquellos comportamientos que atenten contra las reglas mínimas de la convivencia social (esto es, a los bienes o valores jurídicos fundamentales de la persona y de la sociedad), siempre y cuando, dichos comportamientos se lleven a cabo de una forma especialmente graves. Cuando se dice que el Derecho Penal es la *última ratio* del ordenamiento jurídico se quiere indicar que la intervención penal (prevención general del delito a través de la pena) solo es lícita en aquellos supuestos en los que el Estado, previamente, ha agotado todas las posibilidades no penales (culturales, educacionales, asistenciales, de política general) y pese a todo, de ahí su naturaleza subsidiaria, persisten los conflictos agudos de desviación. Se impone la presencia de dos elementos para que el Derecho penal actúe: que el bien jurídico posea importancia y que la lesión a este sea grave.

Un Derecho penal de última ratio no solo implica determinar cuáles han de ser los bienes jurídicos a tutelar, está imbuido en la idea de una respuesta penal alternativa a la pena privativa de libertad. En fin, la formalización legal de la pena constituye un presupuesto esencial también para su minimización conforme al criterio, utilitarista y humanitario, expresado por la tesis *nulla poena sine necessitate*. Y esa pena no tendrá por finalidad el castigo del reo. El fin último, como manifiesta Beccaria, es la prevención de nuevos delitos.

Algunas de estas tesis, ofrecen sustento a tendencias modernas como la del llamado Derecho Penal del Enemigo. Como corriente de pensamiento supone una perversión del necesario carácter de última ratio de las normas penales. Implica un derecho penal de dos velocidades; un sistema penal garantista para los ciudadanos y otro perverso para los declarados enemigos. El enemigo para JAKOBS constituye la antítesis del ciudadano. Recordemos que en la actualidad JAKOBS contrapone la vigencia de la norma como función del Derecho Penal

a la concepción predominante<sup>11</sup> enfocada en la protección de bienes jurídicos, y la prevención como fin de la pena.

Este autor sintetiza en tres los elementos que caracterizan el Derecho Penal del enemigo según la concepción que defiende y que debe ser señalada como la más caracterizada: a) supone un amplio adelantamiento de la punibilidad; b) las penas previstas son desproporcionadamente altas, por lo que el elemento anterior no es tenido en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada; c) determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas<sup>12</sup>.

### 3. ¿Por qué castigar? La lesividad como límite al *ius puniendi* del Estado

En la actualidad la concepción predominante sobre el llamado *ius puniendi* del estado es considerarlo como un derecho a castigar, reconocido al estado por la propia constitución. El derecho a castigar, según tales criterios tiene carácter constitucional. “[...] *el ius puniendi ha de ejercerse en la sola medida exigida por la protección de la sociedad, es el llamado “carácter fragmentario” del Derecho penal. Significa que el Derecho*

---

<sup>11</sup> Cfr. ROXIN, Claus; “Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito”. Editorial Civitas 1997, p. 52. BACIGALUPO, Enrique; “Manual de Derecho Penal.” Tercera reimpresión. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. 1996. p6. JOACHIMRUDOLPHI, Hans; “El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal”, en “El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de CLAUS ROXIN en su 50 Aniversario. Compilado por BERND SCHÜNEMANN Introducción, traducción y notas de JESÚS-MARÍASILVASÁNCHEZ. Editorial Tecnos, Madrid 1991. p. 82. MIR PUIG, Santiago; “Introducción a las bases del Derecho Penal”. Euros Editores. Buenos Aires 2003, p147. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Ediar. Argentina 1998, p 24. QUIRÓS PÍREZ, Renén; “Manual de Derecho Penal. Tomo I. Editorial Félix Varela, La Habana, 1999, p. 158.

<sup>12</sup> *Vid.*, este sentido: CANCIO MELIÁ, Manuel. “¿Derecho Penal del enemigo?”. En JAKOBS, Günther-CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del enemigo*, Madrid, 2003, pp. 79-81.

*penal no sanciona todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos*".<sup>13</sup>

En la obra de Beccaria su sistema filosófico y jurídico se basa en la concepción del contrato social. El propio dogma *nullum crimen, nulla poena sine lege* constituye en sí mismo una garantía que el italiano reconoce de manera implícita al afirmar que (...) *la primera consecuencia de estos principios es que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social*".<sup>14</sup>

Esta concepción del contrato social, dentro del ius naturalismo como corriente ideológica y jurídica de finales del siglo XVIII ha sido retomada una y otra vez para encontrarle justificación, desde otras posiciones, a las relaciones entre estado-sociedad-individuo.

En la actualidad es el estado quien tiene la potestad del *ius puniendi*. Los defendidos límites normativos<sup>15</sup> del Derecho Penal sobre la base de criterios funcionalistas (correcta interpretación del ámbito de protección de la norma penal) o garantistas (adecuación correcta de los medios formales de aplicación del poder punitivo con la constitución) resultan -a nuestro modo de ver- inexistentes, si se parte de que el propio poder instituido sería el que limitaría su poder punitivo.

---

<sup>13</sup> MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona-España, 1976, p. 126.

<sup>14</sup> BECCARIA, Op. Cit. p. 61.

<sup>15</sup> SCHONFELD, Leonardo Augusto, "La expansión del Derecho Penal como política demagógica y sus límites." [http://www.alfonsozambrano.com/doc-trina\\_penal/expansion\\_dpenal1.pdf](http://www.alfonsozambrano.com/doc-trina_penal/expansion_dpenal1.pdf) Consultado el 17 de junio del 2014. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del Derecho Penal*; Ed. Civitas, 1999, p. 18.

En nuestro criterio el *ius puniendi* más que derecho subjetivo del estado<sup>16</sup> o potestad del Estado para castigar<sup>17</sup> constituye un límite en sí mismo, límite formal, pues estaríamos hablando del estado auto limitándose en sus funciones. Constituye una función del estado<sup>18</sup>, un deber<sup>19</sup>, una obligación (*Obligatio ad faciendum*) generada por las propias funciones del Estado.

---

<sup>16</sup> SOLER, Sebastián; *Derecho Penal Argentino*. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires.1992. p. 13. MIR PUIG, Santiago. Ob. Cit. p. 98, MEDINA CUENCA, Arnel; *Los principios limitativos del ius puniendi. Su incidencia en la determinación de la pena y su consagración en las constituciones nacionales y en los instrumentos jurídicos adoptados por la comunidad internacional*. Trabajo de investigación defendido en opción del título de Master en Derecho público, en el Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, España, mayo del año 2001.

<sup>17</sup> NUÑEZ, Ricardo C.; *Manual del Derecho Penal Parte General*. Cuarta Edición Actualizada por Roberto E. Spinka y Félix González. Editorial Córdoba. Argentina 1999, p. 15. QUINTERO OLIVARES, G. habla de “potestad punitiva” en *Represión penal y Estado de Derecho*, Barcelona, 1976, p. 37.

<sup>18</sup> Autores como CARBONELL MATEU plantean que “ha de considerarse indiscutible que no se trata del ejercicio de ningún derecho subjetivo, sino de las funciones que corresponden al Estado en virtud del pacto social traducido en la Constitución. El poder de crear normas penales no tiene diferentes características que el de legislar en materia de cultura, obras públicas o educación, si bien, a diferencia de esas materias, y como ya sabemos, el Derecho penal supone recortes a la libertad general con el fin de tutelar las libertades de los ciudadanos” Cfr. CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*. 2a ed, adaptada al Código Penal de 1995. Tirant lo blanch. 1996, p. 102.

<sup>19</sup> La concepción tradicional del *ius puniendi* como derecho a castigar del estado resulta a nuestro modo de ver, incorrecta. Desde una concepción liberal ciertamente podría defenderse la categoría derecho, lo cual refuerza criterios como la existencia de una relación cuasi-contractual entre estado e individuo. ¿Por qué nace en el individuo que comete un delito la obligación de sufrir una pena? Desde una posición marxista, que niega llevar al plano contractual las relaciones estado- sociedad civil, más que derecho debe considerarse potestad y deber. Potestad porque solo el Estado está legitimado a través de sus órganos jurisdiccionales para dictar las leyes y perseguir los delitos. Constituye a la vez un deber que se sustenta en las funciones del Estado. El Estado tiene el deber

En el ámbito penal Beccaria puede ser considerado uno de los precursores de la teoría de la dañosidad social. Para una teoría marxista del delito –que podemos considerar en permanente construcción– resulta dogmáticamente más garantista y eficaz hablar de la dañosidad social como uno de los rasgos del delito que los criterios de la peligrosidad social heredados del socialismo del este europeo con claras influencias del positivismo italiano de inicios del siglo XX. Con la dañosidad social podríamos hablar ciertamente de lesividad (*nullum crime sine iniuria*) como principio del Derecho penal, donde solo se justifica la aplicación de la pena cuando se han lesionado o puesto en peligro bienes jurídicos fundamentales.

La lesividad u ofensividad expresada en el dogma *nullum crimen sine iniuria* constituye un indicador de la antijuricidad de la conducta. La lesividad como principio surge ya en Aristóteles y Epicuro y que es denominador común a toda la cultura penal ilustrada de Hobbes, Pufendorf y Locke a Beccaria, Hommel, Bentham, Pagano y Romagnosi, quienes ven en el daño causado a terceros las razones, los criterios y la medida de las prohibiciones y de las penas”.<sup>20</sup>

No basta que se hayan afectado determinados bienes, es necesario que estos bienes tengan naturaleza jurídica. Siendo así, el principio de lesividad constituye en sí mismo una barrera- digamos interna- ante la potestad legislativa del Estado. La ofensividad depende que se lleve o no al plano del derecho positivo determinada conducta, representa por tanto, el principio de legalidad de los delitos y las penas el primer presupuesto para considerar la existencia de un bien jurídico. La contradicción del hecho con la norma penal prohibitiva

---

de delimitar las conductas constitutivas de delito y la obligación-no derecho- a perseguirlas y sancionarlas. La razón de ser del Estado es precisamente garantizar la coexistencia, la estabilidad de la sociedad, tiene encomendado ese rol. Para poder cumplirlo de forma satisfactoria deberá prohibir y penar determinadas conductas, a fin de poder proteger de manera efectiva los bienes jurídicos políticamente importantes para la clase dominante. Cfr. FONTÁN BALESTRA, Carlos. “Derecho Penal. Introducción y Parte General”. ABELEDO-PERROT. Buenos Aires 1998. pp. 14 y 15. ZAFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. EDIAR. Buenos Aires, Argentina, 1998. pp. 33 y ss.

<sup>20</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal (Parte Especial) Teoría General del Delito*, Editorial Temis Bogotá Colombia, Año de Edición 1984. Cit. p. 466.

o permisiva- el comportamiento definido por el deber ser versus el ser- que integra lo penalmente típico, conduce a la verificación de que se ha cometido un delito, se ha materializado una conducta definida como delito (*nullum crimen sine lege nullum poenae sine crimen*) implica además que se ha atacado un bien jurídico.

Entre las complejidades a las que dogmáticamente se enfrenta este principio está en la justificación de tutela de bienes jurídicos colectivos. La defensa de lo social frente a los valores tradicionales que constituyeron el sustento de la teoría del bien jurídico, han provocado un sobredimensionamiento en el mismo, llegando a constituirse en un fetichismo jurídico. Constituye una razón esgrimida ante cada avance expansivo de las normas penales. Se le usa como llave mágica que justifica la punición de nuevas y nuevas conductas. Para Zaffaroni el principio de lesividad implica que ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo.<sup>21</sup>

La exigencia de que se lesione o ponga en peligro un bien jurídico penalmente tutelado, constituye una garantía procedimental para el individuo frente al poder sancionador del estado, estando estrechamente ligado al clásico principio de legalidad. En materia de delincuencia económica se puede afirmar que ciertamente se afectan con este tipo de conductas, diversos bienes jurídicos. En los procesos contractuales donde se han producido serias afectaciones patrimoniales se puede afirmar que opera la lesividad, pues hay un bien jurídico penal afectado. No obstante cabría hacerse la pregunta si ¿este bien jurídico se puede proteger desde otras ramas del derecho menos violentas? En los inicios decíamos que el Derecho Penal protege bienes jurídicos de manera subsidiaria, a manera de segunda barrera de contención.

La lesividad vista desde otra óptica puede identificarse con el carácter antijurídico de la conducta, la antijuricidad como rasgo del delito implica que dogmáticamente la norma existe por que protege bienes vitales a la sociedad y el individuo, más allá de clasificaciones teóricas sobre bienes individuales y colectivos. Resulta antijurídica y reprochable la conducta a partir de que ataca no ya normas, sino

---

<sup>21</sup> ZAFFARONI, Eugenio R.; Derecho Penal Parte General, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2º Ed., 2005, p. 128.

bienes. El legislador configuró determinado comportamiento como delito no para garantizar la vigencia de una norma jurídica, lo hace para a través de esa norma proteger intereses vitales a la sociedad, y solo cuando el ataque esté configurado como muy grave. En este sentido opera el principio de lesividad.

Concretar la ofensividad requiere en primer lugar que la conducta encuentre correspondencia en el tipo penal, y supone una valoración especial en los delitos de peligro abstracto o presunto. ¿En qué medida la conducta ha puesto en peligro el bien jurídico tutelado? La existencia del peligro se constituye en la posibilidad del resultado de daño en su futuro y probable desarrollo. No constituye una posibilidad segura, ya que a pesar de la situación de peligro, el resultado dañoso podrá o no producirse. Constituyen delitos de mera actividad.

Otra cuestión se plantea cuando la conducta es casi irrelevante desde el punto de vista penal, lo que podríamos llamar insignificante o exigua. Los llamados delitos “bagatelarios *I reati bagattellari*” representan una negación de la lesividad de la conducta, en este caso o no se está protegiendo un bien jurídico o este no es relevante a los efectos penales. Los delitos bagatelarios por otra parte suponen la negación del carácter de última ratio del Derecho Penal, específicamente su carácter subsidiario. También depende de la dañosidad social de la conducta lesiva, con la que no se corresponde necesariamente la desvaloración del comportamiento lesivo para los bienes”.<sup>22</sup> No podemos seguir utilizando –amén de lo expresado por la legislación nacional– el criterio ya superado de la peligrosidad social. El tránsito ha de ser hacia la dañosidad social, ya enunciado por Beccaria hace dos siglos y medio.

#### **4. La expansión de las normas penales. Valoraciones en el ámbito económico**

La expansión de las normas penales potenciada por la globalización económica y que encuentra asidero en una sociedad enfrentada a nuevos y viejos riesgos latentes conduce inexorablemente al

---

<sup>22</sup> JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal (Parte General). Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Segunda Edición Corregida. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Editorial Marcial Pons. Madrid. España. Año de Edición 1997, p. 45.

redimensionamiento del alcance, pero también eficacia del Derecho Penal contemporáneo. Cuando los autores modernos<sup>23</sup> analizan el fenómeno de la expansión generalmente se aborda el fenómeno desde una expansión –que en nuestro criterio catalogamos– hacia adelante. Aumentan los tipos penales, aparecen nuevas figuras agravadas, se incrementan los delitos de peligro, se protegen bienes jurídicos colectivos etc. Sin embargo consideramos pertinente apuntar que esta expansión no solo es hacia adelante, también ocurre de una manera más disimulada hacia atrás, hacia lo que denominamos formas de anticipación de la tutela penal.

Dentro de las manifestaciones podemos encontrar la configuración de tipos penales que desde la teoría del *iter criminis* clásicas tentativas son configurados como delitos consumados, actos preparatorios llevados a la categoría de figuras delictivas, conductas reguladas por el Derecho Administrativo pasan a formar parte del catálogo de los delitos, entre otros.

Con la creación de los delitos de peligro se busca la anticipación de la reacción penal al delito, y con ello se penalizan conductas que no llegan a ser concretas, pero que pueden dañar intereses “relevantes” de la sociedad. No se puede hablar estrictamente de tutela a bienes jurídicos individuales y mucho menos determinados, pero sí de intereses

---

<sup>23</sup> SCHONFEL Leonardo. *La expansión del Derecho Penal como política demagógica y sus límites*. Cfr. [www.carlosparma.com.ar](http://www.carlosparma.com.ar). Consultado el 13 de agosto del 2014. ESCOBAR BELTRAN, Samuel Augusto. *La expansión del Derecho Penal. Análisis de las capacidades auto restrictivas de los sistemas modernos del delito a partir de la libertad de expresión*. MENDOZA BREMAUNTZ, Enma. *Globalización, internacionalización del delito y seguridad*. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Cuadernos Civitas. Disponible en <http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com>. SERRANO TÁRRAGA, María Dolores, *La expansión del Derecho Penal en el ámbito de la delincuencia económica. La tutela penal de los mercados financieros*. Revista de Derecho de Valdivia, Vol. XVIII N° 1, julio 2005, pp. 213-237. Disponible en [http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502005000100009&script=sci\\_arttext](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502005000100009&script=sci_arttext). Consultado el 14 de junio del 2014. MORILLAS CUEVAS, Lorenzo, *El Derecho Penal mínimo o la expansión del Derecho Penal*. Escuela de verano de la Habana sobre temas penales contemporáneos. La Habana. 2005.

vulnerables de la identidad de la sociedad (de esta forma los denominan JAKOBS y CANCIO MELIA, Derecho penal del enemigo)<sup>24</sup>.

El tránsito de un Derecho Penal protector de bienes jurídicos individuales, clásicos, hacia nuevos objetos de tutela penal puede ser asumido como una manifestación del proceso de expansión que se ha producido en las últimas décadas. El Medio Ambiente, la seguridad colectiva, la economía nacional o el buen funcionamiento de la administración y jurisdicción no aparecían en los primeros códigos de derecho canónico del medioevo. El nuevo escenario en materia económica hacia donde confluyen las normas penales está presente en momentos donde la globalización convierte al planeta en la aldea global.

Los cambios que se han producido en el entorno económico mundial a partir de la globalización económica y el propio desarrollo de la sociedad imponen transformaciones al sistema de relaciones sociales y jurídicas existentes. Se justifican las normas penales que crean nuevos delitos cuando estos surgen al adaptarse la sociedad a estos nuevos escenarios. Es entendible entonces que aparezcan nuevos delitos, pero también que desaparezcan otros.

Hay un grupo de causas objetivas que han incidido en esta expansión. Ya mencionábamos la globalización económica, y la permanente sensación de peligro de la sociedad moderna, en buena medida formada por los medios hegemónicos de comunicación. Como diría SILVA SANCHEZ citando a GARAPÓN<sup>25</sup>

*“los medios, que son el instrumento de la indignación y de la cólera públicas, pueden acelerar la invasión de la democracia por la emoción, propagar una sensación de miedo y de victimización e introducir de nuevo en el corazón del individualismo moderno el mecanismo del chivo expiatorio que se creía reservado para tiempos revueltos (...) Los asesinatos de niños se convierten en acontecimientos nacionales para una opinión pública fascinada por la muerte y la transgresión. Su exasperación por los medios acabará por hacer creer al ciudadano no avisado que este tipo de crímenes es frecuente, lo que no es el caso”*

Otro de los elementos apunta al desarrollo tecnológico y su utilización por la delincuencia inter y trasnacional, que ha llevado a los

---

<sup>24</sup> CRUZ CAMACHO, María. *El bien jurídico penal*. <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/28/31-02.pdf>. [Consultado el 23 de junio 2014]

<sup>25</sup> GARAPON, *Juez y democracia*, Barcelona, 1997, pp. 94 y ss.

estados a la búsqueda y aplicación de nuevas formas y maneras de lucha contra el delito, que en algunos casos y de manera lamentable, afectan garantías y principios básicos de la dignidad humana.

El intercambio económico mundial genera mayores volúmenes de comercio. Ante un mayor número de operaciones aduaneras, financieras y contables mayores posibilidades de ilícitos se manifiestan. Como afirmara hace ya algunas décadas Manuel López Rey y Arrojo<sup>26</sup> (...) *el delito ya no es la entidad científica elaborada por destacados criminólogos sino un fenómeno sociopolítico en proceso de rápida expansión, estrechamente relacionado con la estructura global de la sociedad, que no puede identificarse con la imagen de un establishment determinado, sea capitalista o socialista.*

Desde otra perspectiva se hace uso del Derecho Penal-a nuestro modo de ver- como herramienta eficaz en la detección y combate rápido y eficiente pues logra un efecto determinado sobre las formas de actuar fraudulentas y extremadamente lesivas a la economía de un país. Lo que no queda del todo asegurado es la eficacia de esas mismas normas penales, si se logran los fines a los que se aspira.

La expansión es metafóricamente hablando, un avance veloz del Derecho Penal por las autopistas de la economía, no ya tras el delincuente tradicional mal vestido, mal educado y producto de barrios marginales, sino una marcha a toda velocidad, en ocasiones sin clara noción del final del viaje, ante la marcha rezagada de un Derecho Administrativo extenso, enrevesado y vulnerable que no es capaz de prevenir y sancionar eficazmente a un corporativo elegante y extremadamente capacitado. En vez de cuchillos y armas de fuego hablamos de contratos, negociaciones, operaciones millonarias, rostros felices ante cámaras de televisión que auguran un desarrollo económico impetuoso. Al cabo de los meses o años es que aparecen las defraudaciones, el daño al país y a su gente. Casi siempre el corporativo elegante disfruta en su país de los millones robados, mientras se procesa penalmente a funcionarios de mediano rango que tuvieron la desdicha de aportar sus rostros como acusados.

Dentro de este auge, ha venido surgiendo una criminalidad económica, cuyos perfiles delictivos son cada vez más sofisticados y complejos, asunto que admite necesariamente incluir métodos efectivos

---

<sup>26</sup> LOPEZ REY Y ARROJO, Manuel. La criminalidad. Un estudio analítico. Ed. Tecnos. Madrid 1976, p. 352.

de enfrentamiento, investigación, persecución y sanción a la delincuencia económica, coherente y racionalmente en atención a la agresividad, nocividad y afectaciones que se producen por la ocurrencia de estas conductas transgresoras de la ley penal.

La función de garantía del bien jurídico puede constituir la primera barrera en el sentido de descongestionar las leyes penales y dotarlas del necesario carácter subsidiario del Derecho Penal. La llamada función reductora del Derecho Penal implicaría que éste es tremendamente ineficaz cuando se le tiene por la herramienta principal para el desarrollo económico de un país. Los mecanismos económicos para la solución de conflictos, tanto los tradicionales como los alternativos siempre serán menos onerosos que la solución penal.

En los procesos asociados a formas de contratación económica se manifiestan delitos que destacan por el carácter pluriofensivo de los mismos. Varios son los bienes jurídicos afectados por las conductas de los agentes económicos comisores de delitos. En los procesos contractuales, aun en su etapa de negociación, ciertamente pueden vulnerarse bienes jurídicos tutelados por las normas penales. El problema no radica en penar todas estas conductas. La génesis radica en el análisis exegético que se realice de lo tutelado por los tipos penales. Y –en primerísimo lugar– delimitar conscientemente que conductas han de sancionarse.

En los delitos económicos donde existe un sujeto definitivamente diferente al delincuente tradicional, podrían realizarse las mismas preguntas que ZAFFARONI formula en su ponencia sobre la lógica del carnicero y el Derecho Penal. ¿Qué fines se logran, además de la represión del delito, cuando se envía a prisión por largos años a un individuo que en la negociación de un contrato ha afectado los intereses económicos del país o el buen funcionamiento de la administración?

¿Se protegen realmente bienes jurídicos al configurar tipos penales que sancionan las conductas impropias de los funcionarios en los procesos de negociación de contratos? ¿Estas normas realmente motivan al resto de los individuos al respeto de la Ley? En pocas ocasiones se logra la recuperación de los activos defraudados. Consideramos que el fin preventivo pocas veces se logra, este tipo de delincuencia crece y se expande ante la ineficiencia del Derecho administrativo. No es el temor a la sanción penal lo que evita la comisión de estos delitos, sino la existencia real y eficiente de mecanismos de control en las propias entidades.

Que el Derecho Penal no logre sus fines (efectiva protección de bienes jurídicos y motivación de los ciudadanos hacia el respeto al

orden social y jurídico) resulta preocupante, pero más peligroso aun consiste en una expansión desenfrenada hacia más Derecho Penal.

Más allá de la cuestión relativa a la capacidad de una puesta en peligro abstracto de bienes jurídicos supraindividuales para constituir un injusto que fundamente culpabilidad, en el Derecho Penal Económico se presenta un problema de culpabilidad más específico aún. Pues el reproche ético-jurídico de la conducta no solo tiene por objeto el fracaso del autor en un rol social específico, sino que lo afecta en todos los espacios de ejercicio de sus roles y, con ello, en todos sus roles. De esta forma, la pena apunta al ser humano como persona, es decir, como aquel sujeto que es libre y responsable en la vida social.

Dentro de este panorama de necesidad de prevención masiva y prevención de riesgos, se desarrolla el Derecho Penal Económico. Probablemente, de ahí proviene la penuria de crear tipos penales como los de peligro, estudiados hasta el momento. Estos delitos de peligro abstracto, que a diferencia de los tipos penales de lesión, en los primeros no hay daño a un objeto concreto, solo hay un peligro en la producción de la lesión, son un claro ejemplo de lo que sucede en la materia.

Esta necesidad de prevenir riesgos futuros, acaece en el derecho penal moderno, olvidando las funciones que tenían las garantías y principios en el derecho penal clásico. Y aunque la doctrina lo advierta, el legislador es poco renuente a aceptar una reducción del derecho penal, posiblemente por las presiones sociales y de prensa a las que son sometidos los legisladores. En fin, después de dos siglos y medio, con otras características y en otro tiempo, el sobredimensionamiento del Derecho Penal necesita una revisión crítica. Si Beccaria enfrentó en su época el absolutismo político y jurídico predominante en los estados europeos, lo que se ha producido en las dos últimas décadas ha significado un retroceso respecto a lo logrado en las décadas del 70 y 80 del siglo pasado. La obra del marqués perduró en el tiempo al establecer bases sólidas para la construcción de un Derecho Penal garantista y humano. Hoy puede servir para encontrar nuevamente el rumbo, para lograr que sea un derecho de *última ratio*, ante el actual panorama, que solo apunta hacia la expansión del sentido y alcance de las normas penales.

## 5. Conclusiones

Anterior a Beccaria venía produciéndose en el campo de la Filosofía y el Derecho una evolución hacia el llamado Derecho Natural. Empiezan a definirse de manera nítida las bases de varios de los

principios y garantías político-procesales que hoy conforman el Derecho Penal Contemporáneo. Lo anterior, unido al entorno familiar de Beccaria conforma una base filosófica y jurídica que se sintetiza en el libro "De los Delitos y las Penas", una obra de amplia difusión y calado en las generaciones de juristas y filósofos penales de la época y del presente. Este libro constituye una piedra angular del pensamiento penal contemporáneo. Cuestiones tales como la facultad de sancionar, la legitimidad y fines de las penas, los excesos del poder absoluto de los monarcas y la imperiosa necesidad de actualizar las leyes vigentes de la época, establecen las bases para un programa de reducción del Derecho Penal en su conjunto.

Las ideas de Beccaria han perdurado en el tiempo a partir de representar las aspiraciones de una época, relacionadas con limitar el poder punitivo del estado frente a los excesos de este. Beccaria se inscribe en el movimiento iluminista de finales del siglo XVIII que fundamenta desde postulados filosóficos y jurídicos la necesidad de un derecho más humano y garantista. Constituyen una base sólida para la concreción, desde lo legislativo, de un Derecho Penal mínimo, respetuoso del carácter subsidiario y fragmentario que deben tener las normas penales.

En las décadas del 70 y el 80 del siglo XX se produce un movimiento reformador del Derecho Penal en sus principales categorías e instituciones, propiciando la fundamentación y concreción de garantías y principios. En este escenario se retoman varias de las ideas de Beccaria referidas al carácter mínimo del Derecho Penal y la necesaria humanidad de las penas.

En la década del 90 del pasado siglo y principios del presente, empieza a avanzar con mayor rapidez una expansión del Derecho Penal en su conjunto. Entre las causas de este sobredimensionamiento pueden citarse el auge del terrorismo, la aparición de nuevos riesgos para la sociedad vinculados a la globalización económica, el Medio Ambiente, la violencia e inseguridad ciudadana entre otros. Algunas de sus características son la incorporación de nuevos bienes jurídicos, fundamentalmente de naturaleza colectiva, la penalización de conductas anteriormente reguladas por el Derecho Administrativo y la anticipación de la tutela penal por solo citar algunos.

El proceso expansivo en materia penal se aleja del necesario carácter mínimo del Derecho Penal fundamentado ya por Beccaria hace dos siglos y medio. Las ideas de César Bonesana pueden servir de punto de partida para el necesario debate y revisión de la legislación penal contemporánea, a fin de dotarla del carácter humano y garantista que se fue construyendo durante más de dos siglos. Esta expansión,

representa un reto para la dogmática penal actual, y para salir airoso de dicho reto pueden tomarse de paradigmas algunas de las tesis planteadas en el libro “De los Delitos y las Penas.”

## 6. Bibliografía

- ANTÓN ONECA, J., “Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración”, en Revista de estudios penitenciarios, No. 66, 1964, p. 415. Tomado de ARRANZ CASTILLERO, *El principio de publicidad en los procesos penales*. Facultad de Derecho, Universidad de la Habana, 2005.
- ASÚA BATARRITA, ADELA, “Reivindicación o superación del programa Beccaria” en ASÚA BATARRITA, ADELA, ed., *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, Bilbao, Ed. Universidad de Deusto, 1990.
- BACIGALUPO, Enrique, “Manual de Derecho Penal.” Tercera reimpresión. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. 1996.
- BECCARIA, César. *De los Delitos y las Penas*. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1993.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, “¿Derecho Penal del enemigo?”. En JAKOBS, Günther-CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del enemigo*, Madrid, 2003.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*. 2a ed, adaptada al Código Penal de 1995. Tirant lo blanch. 1996.
- DORADO MONTERO, *Del Derecho Penal Represivo al preventivo, en: Derecho Protector de los Criminales*, Madrid, 1995.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, “Derecho Penal. Introducción y Parte General”. ABELEDO-PERROT. Buenos Aires, 1998.
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*. p. 1. En [www.pensamientopenal.ar](http://www.pensamientopenal.ar). Consultado el 12 de abril de 2013. 11.34 am.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, “Derecho Penal. Introducción y Parte General”. ABELEDO-PERROT. Buenos Aires, 1998.
- JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal (Parte General). Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Segunda Edición Corregida. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Editorial Marcial Pons. Madrid. España. Año de Edición 1997.
- LOPEZ REY Y ARROJO, Manuel, *La criminalidad. Un estudio analítico*. Ed. Tecnos. Madrid 1976, p. 352.

- MEDINA CUENCA, Arnel; *Los principios limitativos del ius puniendi. Su incidencia en la determinación de la pena y su consagración en las constituciones nacionales y en los instrumentos jurídicos adoptados por la comunidad internacional*. Trabajo de investigación defendido en opción del título de Master en Derecho público, en el Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, España, mayo del año 2001.
- MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, España, 1976.
- NUÑEZ, Ricardo C., *Manual del Derecho Penal Parte General*. Cuarta Edición Actualizada por Roberto E. Spinka y Félix González. Editorial Córdoba. Argentina, 1999.
- JAKOBS, Gunther, *Derecho Penal (Parte General). Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Segunda Edición Corregida. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Editorial Marcial Pons. Madrid. España. Año de Edición 1997.
- JOACHIMRUDOLPHI, Hans, "El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal", en "El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de CLAUS ROXIN en su 50 Aniversario. Compilado por BERND SCHÜNE-MANN Introducción, traducción y notas de JESÚS-MARÍASIL-VASÁNCHEZ. Editorial Tecnos, Madrid, 1991.
- PEDRAZ PENALVA, E., *Notas sobre publicidad y proceso*, en Poder Judicial, No. XI especial, C.G.P.J. El Poder Judicial en el Consejo de los Poderes del Estado y de la Sociedad, 1989.
- QUINTERO OLIVARES, G., habla de "potestad punitiva" en *Represión penal y Estado de Derecho*, Barcelona, 1976.
- QUIRÓS PÍREZ, Renén, "Manual de Derecho Penal. Tomo I. Editorial Félix Varela, La Habana, 1999.
- ROXIN, Claus, "Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito". Editorial Civitas, 1997.
- SCHONFELD, Leonardo Augusto, "La expansión del Derecho Penal como política demagógica y sus límites." [http://www.alfonsozambra-no.com/doctrina\\_penal/expansion\\_dpenal1.pdf](http://www.alfonsozambra-no.com/doctrina_penal/expansion_dpenal1.pdf). Consultado el 17 de junio del 2014.
- SERRANO TÁRRAGA, María Dolores, *La expansión del Derecho Penal en el ámbito de la delincuencia económica. La tutela penal de los mercados financieros*. Revista de Derecho de Valdivia, Vol. XVIII N° 1, julio, 2005.

SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires. 1992.

VALLE MOLINA, Pedro Gilberto, *El Debido Proceso Penal en Cuba y su posible perfeccionamiento*. Facultad de Derecho, Universidad de Camagüey.

ZAFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. EDIAR. Buenos Aires, Argentina, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Globalización y crimen organizado. El poder en la Globalización". Disponible en <http://ncalzalavoz.blogspot.com/2011/03/globalizacion-y-crimen-organizado-i-el.html>. [Consultado el 23 de junio 2014]

# Interpretación y Analogía en Derecho Penal. ¿Un dique roto o la búsqueda del espíritu del legislador?

DRA. ARLÍN PÉREZ DUHARTE\*  
DRA. MYRNA MÉNDEZ LÓPEZ\*\*

## Sumario

1. Para empezar
2. Las contradicciones y antinomias
3. Mirando al ordenamiento penal cubano
4. Una idea como conclusión

## 1. Para empezar

El Shock del futuro es un fenómeno de tiempo, un producto del ritmo enormemente acelerado del cambio en la sociedad. Nace de la superposición de una nueva cultura sobre la antigua y su impacto es mucho peor de la imaginable<sup>1</sup>, esta es la enfermedad de milenio, el fenómeno del cambio brusco de paradigmas y estructuras y por ende del Derecho y del Derecho Penal, fenómeno que se extiende a

---

\* Profesora Titular de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana, Secretaria de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales. [arlin@lex.uh.cu](mailto:arlin@lex.uh.cu)

\*\* Profesora Titular de Derecho Penal y Criminología en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, Doctora en Ciencias Jurídicas y Máster en Criminología.

<sup>1</sup> TOFFLER, Alvin; *“El “Shock” del Futuro”*, Plaza Janes Editores S.A, Barcelona, 1990, p. 20.

todas las estructuras e instituciones que lo conforman, posibilitando su cuestionamiento.

Una vez sancionada la ley penal, es necesario interpretarla. Las normas penales tienen carácter general y, por consiguiente, se expresan en términos relativamente abstractos. Contemplan un número ilimitado de supuestos, pero están llamadas a ser aplicadas a casos concretos y particulares. El drama de la interpretación consiste en acomodar la norma penal, genérica y abstracta por naturaleza, a la concreción y variabilidad del caso singular, llenando de valor los preceptos jurídico-penales.

Toda norma jurídica para poder ser aplicada tiene previamente que ser interpretada. Sin interpretación no hay posibilidad de que funcione en la práctica ningún orden jurídico.

Ahora bien, ¿qué es interpretar las leyes? ¿Cuál es la naturaleza de la operación o labor interpretativa? ¿en esta actividad interpretativa es aceptada la analogía? ¿puede el Derecho Penal moderno en ese cambio brusco aceptar su uso?, invitamos a descubrir si estas preguntas tiene hoy respuestas concluyente en el laberinto del cambio.

## 2. Las contradicciones y antinomias

Todo ordenamiento jurídico busca una adecuada coherencia y plenitud, pues su eficacia supone estos dos elementos, de esta manera se evitan las llamadas antinomias<sup>2</sup> y lagunas, las primeras entendida como una posible colisión entre dos normas jurídicas, las segundas definidas como una situación no regulada en el marco de un conflicto de Derecho, que es necesario resolver, en un lenguaje más técnico “cuando no se correlaciona el caso con alguna calificación normativa de determinada conducta, o sea con una solución”.<sup>3</sup>

Las antinomias o contradicciones pueden ser:

- Contradicciones normativas
- Contradicciones axiológicas
- Redundancia normativa

---

<sup>2</sup> Las antinomias reciben también las denominaciones de contradicciones e inconsistencia.

<sup>3</sup> NINO, Carlos Santiago; Introducción al análisis del Derecho, Editorial Ariel, Barcelona, 1995, p. 281.

La contradicción normativa supone la existencia de dos condiciones, la primera refiere que dos o más normas describan al mismo uso, es decir, tengan el mismo campo de aplicabilidad, la segunda que las normas imputen a ese caso soluciones lógicamente incompatibles. Existiendo diferentes clasificaciones de superposiciones normativas, siendo la más aceptable la ofrecida por Alf Ross, quien distingue tres clases:

- *total-total*: se configura cuando los ámbitos de referencias de las normas se superponen completamente, geoméricamente hablando nos representamos dos círculos literalmente superpuestos uno sobre otro.
- *total-parcial*: se configura cuando el ámbito de referencia de una norma esta incluida totalmente en el de la otra, pero esta última comprende casos adicionales, geoméricamente hablando se describe como dos círculos concéntricos.
- *parcial-parcial*: se configura cuando las descripciones de dos normas con soluciones incompatibles se superponen parcialmente, pero ambas tienen además ámbitos de referencias autónomos. Serían dos círculos secantes.

Tales contradicciones se resuelven utilizando diferentes reglas, que se acogen como Principios: *lex superior, lex specialis, lex posterior*.<sup>4</sup>

Las contradicciones axiológicas se producen cuando la solución que el sistema jurídico atribuye a un caso indica, según ciertas pautas valorativas, que debería tener una solución diferente de la que el sistema prevé para él.

Al igual que las contradicciones, la redundancia legislativa implica la existencia de dos normas de aplicación a un determinado caso, pero se diferencia de éstas en que las soluciones brindada es idéntica, "aquí las soluciones no sólo son compatibles, sino que son reiterativas".<sup>5</sup> La redundancia se clasifica también en: total-total,

---

<sup>4</sup> El Principio de Lex Superior indica que entre dos normas contradictorias de diversa jerarquía debe prevalecer la de nivel superior. Lex Specialis prescribe que se de preferencia a la norma específica que está en conflicto con cuyo campo de referencia sea, más general. Lex Posterior estipula que la norma posterior prevalece sobre la promulgada con anterioridad.

<sup>5</sup> NINO, Carlos Santiago: op. cit., p. 279.

total-parcial y parcial-parcial, según los ámbitos de aplicación de las normas reiterativas.

Una valoración de esta última problemática, permitiría afirmar, que no constituye una dificultad en la aplicación del Derecho, sin embargo los operadores se niegan aceptar tal situación y por demás cuando la coincidencia es solo total-parcial o parcial-parcial genera discusión de cual sería la norma aplicable.

El otro supuesto de eficacia de un ordenamiento jurídico es la plenitud, que se vulnera ante la presencia de las llamadas lagunas de Derecho, que se producen cuando el sistema de normas carece de una solución específica, es decir a diferencia de las antinomias que requiere para su corporificación la existencia de dos o más normas para un determinado caso, las lagunas son vacíos, que se originan "cuando en un sistema jurídico no se relaciona un caso concreto con alguna calificación normativa de determinada conducta, es decir con una solución".<sup>6</sup>

En esta materia se ha suscitado una gran polémica entre los filósofos del Derecho, los que indistintamente aceptan o niegan la existencia real de lagunas dentro de los sistemas de normas, llegando algunos a defender casi hasta la saciedad la imposibilidad de su presencia, argumentando, por el Principio de Clausura, que todo lo que no está prohibido está permitido y por ello no existen vacíos jurídicos.<sup>7</sup> Con independencia de estos planteamientos defender que no

---

<sup>6</sup> *Ibid*, p. 281.

<sup>7</sup> Fiel exponente de esta tendencia es H. Kelsen quien argumenta que a partir del Principio de Clausura es imposible hablar de lagunas de Derecho, pues cuando las normas de un sistema no prohíben una cierta conducta, de cualquier modo tal conducta recibe una calificación normativa, su permisón. Carlos Cossio sostiene en cuanto al Principio de Clausura que la permisón de la conducta no prohibida se da necesariamente en todo sistema jurídico, puesto que la conducta humana, que es el objeto de Derecho, contiene siempre, como parte de su esencia, la libertad de realizarla. El Derecho pone restricciones a esa libertad, pero cuando no lo hace, persiste la permisón. Otros por su parte como Del Vecchio y Recaséns Siches, sostienen que el Derecho no tiene lagunas, porque ofrece medios para que los jueces puedan eliminarlas. Esta posición es criticada por Alchourrón y Bulyngin, señalando que esto es tan irrazonable como decir que los pantalones no pueden tener agujeros, porque siempre hay sastre que los remiendan.

existen lagunas, sería negar la realidad, y ante las mismas se utilizan remedios jurídicos para solucionarlas.

Reconociendo realmente la existencia de las lagunas, se han producido en la doctrina diferentes criterios de clasificación de éstas como son:

- objetivas y subjetivas, según obedezcan a las condiciones y circunstancias de su aplicación, serán subjetivas cuando se deben a la propia voluntad del legislador que deja al operador de Derecho el completamiento de la norma jurídica y serán objetivas cuando se producen por la aparición de nuevos hechos o la modificación de algunos antiguos que hacen que la norma pierda su vitalidad.<sup>8</sup>
- *extra legem* o *inter legem*, criterio de clasificación que parte de su relación con otras normas. La primera se produce por la concreción de la ley, que no ha previsto otras condiciones más generales no incluidas en su contenido normativo (lo general es obviado por lo singular); las segundas, por el contrario, es ocasionadas por la generalidad de la ley, al no contemplar determinadas circunstancias menores (lo general olvida lo particular) por lo que este supuesto, algunos consideran que no es una verdadera laguna, pues lo general es aplicado a lo particular, mediante el uso de la equidad judicial.
- Lagunas reales o auténticas y lagunas axiológicas,<sup>9</sup> teniendo como fundamento su propia naturaleza. Las reales, son los verdaderos vacíos legislativos, son pues la falta de “regulación jurídica para enfrentar situaciones fácticas y que no pueden ser cubiertas dentro de ninguna norma conocida”.<sup>10</sup> Las lagunas axiológicas “se trata en estos casos no de la ausencia de normas, sino de la existencia de normas que resultan inadecuadas, evidentemente injustas a la luz de la moral media, ineficaces o, por cualesquiera otras razones, de

---

<sup>8</sup> En cuanto a las lagunas objetivas producida por nuevos hechos, pueden servir de ejemplos, la manipulación genética, el desarrollo de la Internet, los problemas de sexo motivados por la transexualidad y con respecto a la modificación de algunos antiguos el derecho a la vida, que en las condiciones actuales está siendo revalorado.

<sup>9</sup> Denominadas también falsas, críticas o aparentes.

<sup>10</sup> FERNANDEZ BULTÉ, Julio; *Teoría del Estado y el Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002, p. 227.

inadmisible aplicación”,<sup>11</sup> “el caso está resuelto, pero en una forma que se juzga inadecuada, en este caso es propiamente el interprete o el aplicador del Derecho quien crea la laguna”.<sup>12</sup>

Al determinar la existencia de una laguna, la ciencia del Derecho propone soluciones posibles para llenar las mismas, existiendo generalmente dos procedimientos, el primero utilizando una norma del mismo ordenamiento jurídico y cuando lo anterior no es posible, cabe como último recurso aplicar una norma de otro ordenamiento jurídico. En el primer caso estamos ante una forma de autointegración jurídica de la laguna y en el segundo ante la heterointegración jurídica. Este último mecanismo ejerció una gran influencia en el Medioevo donde se produjo una simbiosis de las normas del Derecho Común, formado por el Derecho Romano evolucionado y el Derecho Canónico, que fueron asumidas en los ordenamientos de los reinos europeos, por lo que en determinadas ocasiones se afirma que la heterointegración es una técnica que solo forma parte de la historia, sin embargo en las condiciones actuales se observan verdaderos procesos de esta índole, por ejemplo en los ordenamientos jurídicos de los países miembros de la Comunidad Económica Europea.

Por su parte, los procesos de autointegración dentro de los ordenamientos jurídicos son de frecuente empleo y se estructuran a partir de la utilización de los principios generales del Derecho y la analogía, a éstas formas de solución le han sido dadas diversas naturalezas, pues son consideradas indistintamente como fuentes del Derecho<sup>13</sup> o como criterios de interpretación, siendo en este último sentido que analizaremos la analogía.

Etimológicamente analogía significa: “relación de semejanza entre cosas distintas. Razonamiento basado en la existencia de atributos semejantes en seres o cosas diferentes”.

---

<sup>11</sup> *Ibid*, pp. 227-228.

<sup>12</sup> ATIENZA, Manuel; *Tras la Justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Editorial Ariel, Barcelona, pp. 90.

<sup>13</sup> Para algunos autores son consideradas como fuentes indirectas y mediatas ya que si bien contienen mandatos normativos, solo son colaboradoras de las fuentes directas como la ley. En este sentido ver Gitrama González, Manuel: *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Escuela Social, Valencia, 1972, p. 72.

Desde el punto de vista jurídico, “la analogía consiste en asimilar el caso no calificado normativamente a otro que lo éste, sobre la base de tomar como relevante alguna propiedad que posean en común ambas cosas”,<sup>14</sup> “permite resolver un caso no previsto en el ordenamiento jurídico, utilizando la solución de otro caso que sí está regulado y que, en lo esencial se parece al primero”.<sup>15</sup>

Por lo que en sentido amplio podríamos señalar que la analogía es un instrumento técnico que sirve para llenar las lagunas de las normas utilizando la expansión lógica del Derecho. De forma restringida podría entenderse como la aplicación de la norma a un caso que esta no contempla.

Las relaciones de semejanza se establecen a partir de varios argumentos:

- a pari o a simili
- a contrario
- a fortiori.

El argumento *a pari o a simili*, significa extender a un caso, en principio no regulado, la solución prevista para otro caso regulado, que sea semejante. Por su parte el fundamento *a contrario* es cuando se rechaza el anterior.

*A fortiori* (mayor fuerza) consiste en la aplicación de una norma a un caso no regulado, cuya aplicación tiene mayor fuerza que la aplicación al caso regulado por dicha norma, si lo anterior se logra fundar estaríamos en presencia de una analogía de primer orden.

La analogía se clasifica generalmente en:

Analogía de proporciones o proporcional que es donde se establece una semejanza en las relaciones de 4 términos, emparejados 2 a 2. Si A es a B como C es a D. De uso común, pero no frecuente en el Derecho.

Analogía de atribuciones o atributiva, se atribuye una misma propiedad de dos o más elementos debido a su afinidad. Si a tiene C y B también tiene C, entonces A y B son semejantes.

Explicamos la analogía, pues realmente es el recurso, la forma de razonamiento, siendo los principios generales del Derecho una de las

---

<sup>14</sup> NINO, Carlos Santiago: *op. cit.*, p. 285.

<sup>15</sup> ATIENZA, Manuel: *op. cit.*, p. 91.

premisas a utilizar por esta, “decir que entre dos normas existe una identidad de razón significa precisamente que esas dos normas caen bajo un mismo Principio del Derecho”.<sup>16</sup>

Existe consenso en que la analogía no es de aplicación dentro del Derecho Penal, por lo que es imposible cubrir las lagunas con ella, de hacerse, sería una vulneración del Principio de Legalidad, *nullun crimen, nulla poena, sine lege praevia*. Lo anterior no es ajeno al Derecho Penal cubano, el artículo 2 del Código Penal consagra a partir de un fundamento Constitucional<sup>17</sup> la legalidad, tanto para los delitos como para su principal consecuencia, la pena,<sup>18</sup> por lo que la opinión de que la analogía esta vedada en esta rama del Derecho, tiene su expresión normativa en los preceptos citados.

Parecería contradictorio argumentar que si es viable fundamentar la aplicación de la analogía en nuestro Derecho Penal, el camino de su valoración en cuanto a los delitos y las penas, carecería de argumentos doctrinales y contradictorio con la regulación normativa, pero ello no excluye que en determinados supuestos pueda apreciarse, como una solución ante lagunas, que de no aplicarse vulneraría la coherencia del ordenamiento jurídico cubano.

### 3. Mirando al ordenamiento penal cubano

En la legislación penal cubana, el Encubrimiento, no se considera una forma de participación, sino un tipo delictivo, que se incluye en el Título II “Delitos contra la Administración y la Jurisdicción”,

---

<sup>16</sup> ATIENZA, Manuel: *op. cit.*, p. 91.

<sup>17</sup> La Constitución de la República consagra en su artículo 59 que: Nadie puede ser encausado ni condenado sino por tribunal competente en virtud de leyes anteriores al delito y con las formalidades y garantías que éstas establecen.

<sup>18</sup> El artículo 2 del Código Penal regula:

2.1. Solo pueden sancionarse los actos previstos como delitos en la Ley, con anterioridad a su comisión.

2.2. A nadie puede imponerse una sanción penal que no se encuentre establecida en la Ley anterior al acto punible.

regulándose específicamente en el artículo 160 de la Ley 62,<sup>19</sup> donde se establece en su inciso 3 que no se impondrá sanción cuando el hecho se realice para favorecer a determinados familiares, que la norma taxativamente refiere.

La clasificación de este presupuesto, es polémico doctrinalmente, pues para algunos es una causa de inculpabilidad,<sup>20</sup> para otros es una excusa legal absolutoria, es opinión de las autoras, siguiendo a Quirós Pírez, que dicha regulación se ubica dentro de las segundas, es decir una excusa legal, que en la actualidad partiendo de su propia esencia es nombrada por los autores alemanes como causas personales que excluyen la punibilidad, y se fundamenta esta postura en que el enunciado en cuestión “no deja en libertad al tribunal para aplicarlo a algunos autores y no aplicarlo a otros, sino que establece una exención de pena con carácter general”.<sup>21</sup>

Al margen de esta discusión, el artículo analizado, no presenta dificultad en su regulación y por tanto en su interpretación, sin embargo una valoración integral de la legislación penal, tanto en su normativa contenida en el Código Penal vigente, como en las leyes

---

<sup>19</sup> El artículo 160 plantea:

1. El que, con conocimiento de que una persona ha participado en la comisión de un delito o que se le acusa de ello y fuera de los casos de complicidad en el mismo, la oculte o le facilite ocultarse o huir o altere o haga desaparecer indicios o pruebas que cree que puedan perjudicarla o en cualquier otra forma la ayude a eludir la investigación y a sustraerse de la persecución penal, incurre en igual sanción que la establecida para el delito de Encubrimiento rebajados en la mitad de sus límites mínimo y máximo.
2. En igual sanción incurre el que conociendo el acto ilícito o debiendo haberlo presumido, ayude al culpable asegurar el producto del delito.
3. No se sanciona a quien realiza el hecho previsto en el apartado 1 para favorecer a sus ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos, siempre que no se aproveche de los efectos del delito.

<sup>20</sup> Los autores que plantean que constituye una causa de inculpabilidad siguen dos direcciones; algunos se limitan a calificar la exención como causa de inculpabilidad basada en la no exigibilidad de otra conducta y otros la estiman una presunción de inculpabilidad. Para mayor información, véase Quirós Pírez, Renén: *Manual de Derecho Penal*, T-I, Editorial Félix Varela, La Habana, 1999, p. 128.

<sup>21</sup> QUIROZ PIREZ, Renén: *op. cit.*, p. 128.

extramuros, específicamente Ley 93, aparecen disposiciones contenitivas de los elementos del tipo del delito de Encubrimiento, sin que se consigne la excusa legal absolutoria. Esta aparente redundancia legislativa, no es tal, pues se establecen tratamientos y consecuencias jurídicas diferentes; de igual manera no son contradicciones ni normativas, ni axiológicas, por que la aplicación de una de las normas, presupone que las otras queden excluidas.

La dificultad interpretativa se produce si en los demás supuestos es de aplicación la excusa legal absolutoria del artículo 160. Surgiendo la interrogante de que si debe ser o no apreciada en estos casos, frente a este cuestionamiento se puede brindar más de una respuesta:

- de que en los tipos específicos no es de aplicación, pues el legislador de haberlo querido, hubiese incluido la excusa.
- Si es de aplicación la excusa en los tipos penales específico.

La primera respuesta es un argumento atinado, pero no argumentado, ya que vulneraría un Principio General de que: “los iguales no pueden ser tratado de manera diferente” y si se prescinde de la sanción, a determinados familiares, en la norma general, no existe fundamento de por qué quedaría excluido para los específicos. El contra argumento a lo anterior, es que los bienes jurídicos tutelados, validarían que en los supuestos de Encubrimiento específicos, no se apreciaría la excusa y el Principio referido no podría invocarse pues si bien las personas siguen siendo iguales, su tratamiento jurídico penal podría ser diferente.

Entonces, bien pudiera quedar contestada la interrogante con la primera línea, pero analizando estos otros preceptos del Código Penal y Ley 93 nos encontramos ante técnicas legislativas diferentes, que permiten indicar que el cuestionamiento no se responde de esta forma.

El artículo 126 de la ley sustantiva plantea que: “en los casos de delitos contra la seguridad del Estado la sanción aplicable al delito de Encubrimiento previsto en el artículo 160 es la correspondiente al delito encubierto rebajados en un tercio sus límites mínimo y máximo”,<sup>22</sup> en este supuesto no existe un nuevo tipo, sino un reenvío legislativo, de lo especial a lo general, pues para tipificar la conducta es necesario remitirse al artículo 160 y la especificidad es solo para

---

<sup>22</sup> Código Penal, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 1998, p. 123, artículo 126.

la sanción, por lo que la excusa legal también es apreciable y si ello es así para los delitos contra la Seguridad del Estado, que es el bien jurídico que se protege, debe ser así para el resto.<sup>23</sup>

Se establecería una analogía de atribuciones, donde el razonamiento de semejanza sería: Si A (artículo 126) tiene C (artículo 160) y B (artículos 27 de la Ley 93 y 164.1 del Código Penal) también tienen C, entonces A y B son semejantes, de lo que se desprende que si A reenvía a C, los demás por razón de semejanza también lo tenían que hacer.

La respuesta, por tanto a la interrogante se perfila sobre la base de que si es aplicable la excusa legal, siguiendo esta línea, surge entonces un nuevo cuestionamiento, ¿cuál es el argumento para esta aplicación?

Lo primero a tener en cuenta es que nos encontramos ante una laguna axiológica, pues existe una norma que regula la excusa legal absolutoria, pero no en todos los artículos aparece la misma, este vacío se crea en la interpretación, ya que la solución inicial sería inadecuada en virtud de ciertas pautas axiológicas. Determinado el carácter aparente de este vacío, es necesario delimitar su clasificación atendiendo a la actitud del legislador, y en este sentido es de carácter subjetivo, porque se debe a la propia voluntad del mismo; en cuanto

---

<sup>23</sup> Los artículos que recogen encubrimientos específicos son :

El artículo 27 de la Ley 93, que plantea que: El que, con conocimiento de que una persona a participado en la comisión de un delito o que se le acusa de ello y fuera de los casos de complicidad en el mismo, la oculta o le facilita ocultarse, huir o altera o haga desaparecer indicios o pruebas que cree que puedan perjudicarlo o en cualquier otra forma le ayude a eludir la investigación y a sustraerse de la persecución penal, incurre en igual sanción que la establecida para el delito encubierto rebajada en 1/3 sus límites mínimos y máximo.

el 164.1 Ayuda a la Evasión de Presos o detenidos e Infidelidad en su custodia, que plantea que: El que procure o facilite la evasión de un individuo privado legalmente de libertad, u oculte o en cualquier forma preste ayuda al evadido, incurre en sanción de privación de libertad”.

Existen otros tipos delictivos que en una valoración de primer orden podrían tener coincidencia con el Encubrimiento, pero que en un análisis más integral no pueden identificarse y por tanto la discusión de la aplicación de la excusa legal no es procedente.

a su relación con otras normas es *Inter Legem*, pues la norma general es susceptible de adaptación al caso específico.

Los razonamientos anteriores son necesarios, para fundamentar como aplicar la excusa regulada en el 160.3 del Código Penal en los demás supuestos, sobre la base de esta clasificación y de los argumentos doctrinales enunciado podemos afirmar que esta laguna axiológica, subjetiva e *Inter legem* se resuelve con la aplicación de la analogía. La misma se emplea en virtud de las relaciones de semejanza con el argumento *a fortiori*, en el sentido, de la justificación a mayor fuerza no incluye únicamente el artículo 160, sino que se relaciona con el 126, que como ya se explicó realiza un reenvío al primero y si la excusa legal se aprecia no solo en lo general, sino también, en los delitos contra la Seguridad del Estado, con mayor razón se aplicaría al resto, es por tanto un modelo de analogía de primer orden, en la que la *ratio*, la razón de aplicación es más fuerte que en los demás supuesto donde esta se utiliza.

Fundamentada, la aplicación de la analogía ante el vacío axiológico valorado, se podría, siguiendo esta línea de argumentación, que es el mismo argumento a tener en cuenta en los delitos de Incumplimiento del deber de denunciar, pues en el artículo 161 del Código Penal<sup>24</sup> se regula este tipo con carácter general, sin embargo otras normas específicas,<sup>25</sup> penalizan esta conducta omisiva, aquí tampoco

---

<sup>24</sup> El artículo 161.1 plantea: Incurre en sanción de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas el que:  
a) con conocimiento de que se ha cometido o se intenta cometer un delito, deja de denunciarlo a las autoridades, tan pronto como pueda hacerlo; con conocimiento de la participación de una persona en un hecho delictivo, no la denuncia oportunamente a las autoridades.

<sup>25</sup> Los artículos que regulan el incumplimiento del deber de denunciar de manera específica son:  
artículo 128, del Código Penal que plantea: El que, al tener conocimiento de la preparación o ejecución de cualquier delito contra la seguridad del Estado no lo denuncie, sin perjuicio de tratar de impedirlo por todos los medios a su alcance, incurre en sanción de privación de libertad de seis meses a tres años.  
artículo 190.4 del Código Penal : El que, al tener conocimiento de la preparación o ejecución de cualquiera de los delitos previsto en este artículo, no lo denuncie, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años.

estamos en presencia de una redundancia legislativa, ni de contradicciones, pues en los preceptos particulares la sanción es más elevada a partir del bien jurídico que se protege.

El artículo 161 contentivo de la norma general establece en su apartado segundo que: “lo dispuesto en el apartado anterior no se aplica a las personas que según la ley, no están obligadas a denunciar”.<sup>26</sup>

Surgiendo entonces la misma interrogante de que si esta exención se aprecia en los tipos específicos. Antes de dar respuesta, es necesario establecer de si ésta regulación es una excusa legal absolutoria y siguiendo a Quirós Pérez, consideramos que no lo es; “la previsión contenida en el aludido artículo 161.2 del Código Penal no constituye una excusa absolutoria, sino una limitación de deber de actuar por razón de las personas obligadas tocante al delito de incumplimiento de deber de denunciar”.<sup>27</sup>

Por lo que esta constituiría la primera diferencia, la segunda y más importante es que aquí no existe laguna, pues no es necesario remitirse al precepto del 161, sino a la Ley de Procedimiento Penal, que define claramente en su artículo 117 las personas que no están obligadas a denunciar,<sup>28</sup> no estableciéndose distinción alguna y “donde la ley no distingue, no cabe distinción ninguna”, por lo que esta previsión es de aplicación en los demás tipos penales que recogen esta omisión, constitutiva de un delito.

---

Artículo 28 de la Ley 93: El que, al tener conocimiento de la preparación o ejecución de cualquier delito de los previsto en esta ley no lo denuncie sin perjuicio de tratar de impedirlo por todos los medios a su alcance incurre en sanción de Privación de Libertad de 6 meses a tres años de Privación de Libertad.

<sup>26</sup> *Código Penal*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1998, p. 145.

<sup>27</sup> QUIROZ PIREZ, Renén: *op. cit.*, p. 130.

<sup>28</sup> El artículo 117 de la Ley de Procedimiento Penal plantea que: No están obligados a denunciar:

1. los ascendientes o descendientes del acusado, su cónyuge y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;
2. el Abogado del acusado respecto a los hechos investigados que éste le haya confiado en su calidad de defensor;
3. las demás personas que conforme a las disposiciones de esta Ley están dispensadas de la obligación de declarar.

La fundamentación ofrecida en torno a la excusa absolutoria del Encubrimiento, hace que coincidan dos Principios de un lado el de Legalidad y del otro el de Igualdad, podría parecer una decisión difícil de cuál de los dos hacer prevalecer, la Legalidad dota al ordenamiento jurídico de seguridad, por lo que existe la necesidad de preservarla, renunciar a la Igualdad sería una verdadera injusticia, entonces que hacer, Legalidad o Igualdad, en esta disyuntiva es acertado inclinarse por esta última, ya que en el caso en cuestión no existe vulneración del primero en su aspecto más importante, en los delitos y las penas, solo ante un vacío que de no apreciar la analogía crearía una desigualdad legal, si partimos que la mencionada “exención de pena tiene un carácter general ... el artículo 160.3 instituye una excusa absolutoria y que su fundamento es el de toda excusa absolutoria, o sea, un principio político-penal basado en la utilidad social”.<sup>29</sup>

#### 4. Una idea como conclusión

La Ley, como única fuente del Derecho Penal, no está exenta de inconsistencias y lagunas, por tanto el operador jurídico en su labor de interpretación tiene que necesariamente aplicar remedios para salvar estos defectos lógicos, “el Derecho vigente no es más -ni menos- que la senda que el jurista ha de recorrer tras la justicia”.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> QUIROZ PIREZ, Renén: *op. cit.*, p. 129.

<sup>30</sup> ATIENZA, Manuel: *op. cit.*, p. 248.

# Las conminaciones penales en el ordenamiento jurídico cubano. Especial análisis de la privación de libertad

DR. CIRO FÉLIX RODRÍGUEZ SÁNCHEZ\*

MSC. YUSY D. TORRES FONSECA\*\*

## Sumario

1. Necesaria introducción
2. La adecuación legal de la sanción. Un punto de partida imprescindible
3. Los marcos sancionadores de la privación temporal de libertad. Necesidad de una reforma
4. Consideraciones Finales
5. Bibliografía

## 1. Necesaria introducción

Uno de los problemas más debatidos alrededor de la aplicación de una sanción a una persona natural declarada culpable y responsable de una conducta delictiva es, sin dudas, el referido a la racionalidad y justeza del tipo y la cuantía de la pena a imponer, teniendo en cuenta que de las consecuencias que prevé el Derecho Penal, penas, medidas de seguridad y responsabilidad civil, son precisamente las primeras

---

\* Doctor en Ciencias Jurídicas, Máster en Derecho Público y Profesor Titular de la Disciplina de Ciencias Penales y Criminológicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba.

\*\*Licenciada en Derecho y Fiscal de la Fiscalía Provincial de Santiago de Cuba.

las que mayores afectaciones pueden ocasionar a los derechos y garantías individuales, por lo que siempre resultará útil profundizar en las diferentes fases o etapas del proceso de imposición de una medida de esta naturaleza por los órganos jurisdiccionales, desde la denominada conminación penal abstracta hasta la propia ejecución de las sanciones.

A los fines de este trabajo, hemos considerado pertinente hacer una valoración sobre las previsiones penales que constan en la parte especial del Código Penal, pero con énfasis en la sanción de privación de libertad, teniendo en cuenta que resulta, hoy por hoy, la más emblemática del carácter y los rasgos predominantes del sistema penal, lo que también se ha identificado como fase de adecuación legal o legislativa, y que constituye una cuestión de vital importancia en la realización de los diversos propósitos asignados a tan importante rama del ordenamiento jurídico.

A la fase de determinación legal de la pena no se le ha dedicado, en nuestra opinión, la atención que merece, tal vez porque se considera, mayoritariamente, una cuestión de política criminal y, por esta razón, de ejercicio soberano del Estado en cumplimiento del *ius puniendi*; en consecuencia, el denominado marco penal abstracto representa la cantidad de pena que el Estado considera lícito y necesario atribuir a la comisión de una conducta descrita como delictiva en las correspondientes normas jurídicas, por lo que estaríamos frente a una decisión político-criminal en la que siempre se reflejaría la gravedad que se atribuye a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, a partir del significado que adquiera en un espacio y momento histórico determinados, sin que para tal valoración sea necesario tener en cuenta otros parámetros.

A pesar de lo antes dicho, no es posible obviar que la labor legislativa en esta materia, como también sucede con el resto de las que conforman el sistema legal de un país, está sometida a importantes principios de naturaleza constitucional que deben ser observados irrestrictamente para garantizar la mayor justeza y racionalidad posibles en la imposición de las sanciones. Es cierto que en esta tarea de fijación de los marcos penales el legislador tiene un amplio margen de libertad, lo que deriva de su legitimidad democrática por constituir expresión inequívoca de voluntad popular en función de la persecución de la criminalidad; de ahí que solo a él corresponda seleccionar los bienes jurídicos que merecen tan especial protección dentro de un determinado modelo de convivencia social y, aparejadamente con ello, delimitar los comportamientos inaceptables por la sociedad con las correspondientes sanciones para preservar dicho modelo. Siendo

así, corresponde al legislador fijar las penas atendiendo a los distintos fines legítimos que aquéllas pueden cumplir, no sólo al fin directo y esencial de protección al que responde la norma, sino también a otros como son la consolidación de las convicciones éticas, el refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento jurídico, la seguridad jurídica que la norma debe transmitir a sus destinatarios, entre otros.

Desde el punto de vista teórico y doctrinal, es posible distinguir tres manifestaciones de adecuación o individualización de la pena: *la individualización legal, la fijación judicial y la adecuación administrativa o ejecutiva de la pena*. La que nos ocupa, según esta clasificación, la *legal o legislativa*, la realiza el legislador cuando preestablece distintas clases de penas, de manera tal que el juzgador disponga de varias opciones para solucionar cada caso, y en el específico supuesto de la privación de libertad, con un marco sancionador dentro del cual deberá fijar concretamente la medida que amerita el autor de cada delito en particular, conforme a determinadas reglas de imposición, también legalmente establecidas en su inmensa mayoría.

En nuestro país, tanto teóricos como prácticos del Derecho Penal, han abordado el tema de la determinación judicial de la sanción<sup>1</sup>, sin embargo son escasos los estudios relacionados con la adecuación legal de la pena, aún y cuando son evidentes algunos inconvenientes en nuestro Código Penal, habida cuenta de la existencia de marcos penales demasiado extensos y desproporcionados, si tenemos en cuenta el bien jurídico que se pretende proteger con tales incriminaciones; por otro lado, es notable la carencia de coherencia punitiva entre varias previsiones penales, así como otras irregularidades que trascienden, inevitablemente, a la determinación judicial de dichas sanciones.

---

<sup>1</sup> Entre ellos, Quirós Pérez, Renén: Manual de Derecho Penal. Tomo IV, Versión digital. Biblioteca virtual. Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba; García Rivero, Danilo: Conferencia impartida en el Seminario Internacional sobre implementación de penas alternativas, La Habana, 24 y 25 de febrero de 2005. Biblioteca virtual. Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba.

## **2. La adecuación legal de la sanción. Un punto de partida imprescindible**

La adecuación de la sanción penal hasta lograr una justa correspondencia entre la gravedad y consecuencias del hecho punible, su repercusión y peligrosidad social, la personalidad, características, antecedentes y móviles que impulsaron a su autor, con la naturaleza y extensión de la pena para responder a la infracción realizada, ha sido y es la aspiración, empeño y tarea mayor del Derecho Penal, teniendo en cuenta que en esta operación radica la esencia del sistema penal en su conjunto.

Aunque se ha dicho que existen tres etapas en la adecuación o individualización de la pena, definidas como legal, o sea, la que realiza el legislador al hacer la ley; la judicial, la que decide el juez al imponer la sanción y, por último, la ejecutiva, cuyos trámites corresponden al cumplimiento de la sanción por parte de las autoridades penitenciarias y/o Tribunales de Ejecución, en realidad existe notable consenso en el sentido de que son tres actividades que convergen en una, toda vez que la individualización de la pena abarca tanto la selección del tipo y la cuantía de la pena, su adecuada fijación por el juez y, por último, la ejecución de sus consecuencias.

La adecuación legal, a su vez, se clasifica en normal, también denominada abstracta, y especial, conocida también como concreta. La normal es la que corresponde a cada uno de los tipos penales y la especial la que resulta de las alteraciones del marco penal normal, que puede estar determinada por la aplicación de reglas de adecuación contenidas en la Parte General del Código Penal, tales como la edad, la capacidad mental disminuida, la intervención a título de complicidad, la realización imprudente de un hecho delictivo, el exceso en la legítima defensa, el denominado estado de necesidad incompleto, la atenuación extraordinaria de la sanción, la reincidencia y la multi-reincidencia, entre otras<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> El Código Penal cubano, en su Parte General, incluye un Capítulo para la adecuación de la sanción y que a partir del artículo 47 enumera diversas reglas para fijar las sanciones en aquellos supuestos de imprudencia, complicidad, actos preparatorios y tentativa, autores y cómplices, agravación extraordinaria, entre otros.

Pero a veces el legislador no procede en forma tan sencilla, sino que fija la sanción que corresponde al tipo básico y además las sanciones que corresponden a las formas agravadas o atenuadas del tipo básico. En el artículo 47, del Código Penal cubano, se establece la fundamentación legal para garantizar una adecuada imposición de las sanciones penales, entendidas como la modalidad de respuesta más importante de las que contiene el sistema penal; en tal sentido, el juez viene obligado a utilizar, en cada una de sus decisiones, el contenido del supracitado artículo para ponderar las características que pueden aconsejar la fijación de una sanción atenuada o de una pena agravada<sup>3</sup>. De lo que se trata, entonces, es de lograr una lógica y fundamentada interpretación de cada uno de los parámetros de adecuación, a partir de las características penales del sujeto realizador del delito y, de manera decisiva, de la naturaleza y trascendencia del hecho en cuestión.

El legislador penal no es absolutamente libre en la fijación de marcos penales. En un Estado de Derecho existen ciertos principios constitucionales que vinculan al legislador a la hora de fijar la pena de un delito y que limitan su arbitrio. No se trata sólo de principios rectores de la política criminal, sino de auténticos mandatos constitucionales de obligado respeto por el legislador penal, pertenecientes a lo que se denomina Derecho Constitucional Penal; esencialmente se enarbolan tres principios: de legalidad penal, de dignidad humana y el de proporcionalidad.

Los dos primeros cuentan ya con una larga tradición como principios propios de un Estado de Derecho, mientras que el último,

---

<sup>3</sup> Artículo 47.1. El tribunal fija la medida de la sanción, dentro de los límites establecidos por la ley, guiándose por la conciencia jurídica socialista y teniendo en cuenta, especialmente, el grado de peligro social del hecho, las circunstancias concurrentes en el mismo, tanto atenuantes como agravantes, y los móviles del inculpado, así como sus antecedentes, sus características individuales, su comportamiento con posterioridad a la ejecución del delito y sus posibilidades de enmienda.

2. Una circunstancia que es elemento constitutivo de un delito no puede ser considerada, al mismo tiempo, como circunstancia agravante de la responsabilidad penal.

3. Las circunstancias atenuantes y agravantes previstas respectivamente en los incisos c) y g) del artículo 52, e incisos b), c), ch), e) y g) del artículo 53, así como la reincidencia y la multirreincidencia, son aplicables a las personas jurídicas.

el principio de proporcionalidad, es de más reciente configuración como criterio limitador del *ius puniendi* del Estado.

El principio de legalidad, expresamente reconocido en la mayoría de los textos constitucionales<sup>4</sup>, constituye una garantía básica de todo ciudadano en un Estado de Derecho: *nullum crimen nulla poena sine previa lege penale*<sup>5</sup>. Este principio garantiza el derecho a saber qué es lo que está prohibido (qué conductas constituyen delitos) y qué consecuencias tendrá (forma y características de la reacción penal) la realización de la conducta prohibida. Se exige, por tanto, no sólo que las conductas delictivas estén descritas previamente en la ley con suficiente precisión o determinación (la llamada “garantía criminal”), sino también que las penas de los delitos estén previstas en la ley y sean determinadas (la llamada “garantía penal”).

Con el principio de humanidad de las penas se pretenden excluir del sistema penal aquellas sanciones que por su contenido resulten especialmente crueles o denigrantes para el sometido a ellas, más allá del sufrimiento que suele llevar aparejada la simple imposición de una condena.

Unido a los principios de legalidad y humanidad de las penas aparece el principio de proporcionalidad, el cual exige que exista proporción entre la gravedad de la pena y del delito; que las penas sean proporcionadas a la entidad del delito cometido. Esa proporcionalidad debe darse tanto en abstracto como en concreto, es decir, tanto en la relación entre la gravedad del delito y la pena con la que de forma general se conmina en la ley (proporcionalidad abstracta), como en la relación entre la pena exacta impuesta al autor y la gravedad del hecho concreto cometido (proporcionalidad concreta). La exigencia de proporcionalidad abstracta va dirigida al legislador a la hora de fijar los marcos penales, la de proporcionalidad concreta al juez cuando impone una pena al responsable criminal de un hecho concreto. Aquí nos vamos a referir a la primera, a la proporcionalidad abstracta, que

---

<sup>4</sup> Art. 103 II GG (Grundgesetz: Ley Fundamental Alemana) o art. 25 CE (Constitución española).

<sup>5</sup> Sobre el principio de legalidad en el Derecho español, vid., por todos, Mir Puig, Santiago, Derecho Penal. Parte General, 2ª ed., Barcelona, 1998, pp. 78 y ss.; en Alemania, Roxin, Claus, Derecho Penal. Parte General. Tomo I (trad. de la 2ª edición alemana y notas por D.M. Luzón Peña/M. Díaz y García Conlledo/J. de Vicente Remesal), Madrid, 1997, pp. 134 y ss.

afecta a la fijación por el legislador de los marcos penales y no es otra cosa que la fase de determinación legal de la pena.

La exigencia de proporcionalidad de las penas tiene sus antecedentes más antiguos en las ideas que se desarrollan en Europa a partir del siglo XVIII, dentro de la preocupación humanitaria que apareció en la doctrina penal de la época. Así, en el artículo 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se proclamó que: “la Ley no debe señalar sino las penas estrictamente necesarias y proporcionales al delito”; de igual manera, esta preocupación por la proporcionalidad aparece en el pensamiento de BECCARIA, quien sintetizó magistralmente los principios del Derecho Penal moderno: “para que la pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe ser la pena pública, pronta, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos y dictada por las leyes”<sup>6</sup>.

Ahora bien, admitido que el respeto del principio de proporcionalidad es una exigencia constitucional para el legislador penal, lo importante a efectos prácticos es saber cuándo el legislador está incumpliendo esa exigencia.

Pero para poder valorar si una norma penal vulnera el principio de proporcionalidad, se hace imprescindible establecer una serie de criterios o de directivas que debe respetar el legislador. Esos criterios o directivas han sido expuestos y admitidos por la doctrina y la jurisprudencia<sup>7</sup>. Estos son:

- a) La importancia del bien jurídico: el Derecho Penal sólo debe intervenir cuando se trata de proteger bienes jurídicos frente a conductas que lesionan o suponen un peligro para esos bienes jurídicos. Dentro de los bienes jurídicos protegidos penalmente existe una jerarquía de importancia; así, es evidente que el bien jurídico “vida” es más importante que el bien jurídico “honor”.

---

<sup>6</sup> Beccaría, Cesare: Tratado de los delitos y de las penas (trad. de la edición italiana de 1774 por J.A. de las Casas y presentación de F. Tomás y Valiente), Madrid, 1993, p. 255.

<sup>7</sup> Entre los pocos autores que formulan criterios concretos de proporcionalidad, cfr. Aguado Correa, op. cit., pp. 286 ss; Álvarez García, Fco. Javier, Introducción a la teoría jurídica del delito, Valencia, 1999, pp. 51 y ss.; Muñoz Conde/García Arán, Derecho Penal. Parte General, 4ª ed., Valencia, 2000, pp. 92 y ss.

- b) El grado de afectación al bien jurídico: Es decir, la gravedad del ataque; por ejemplo, en el delito de lesiones debe castigarse de forma más grave las conductas que más daño hacen a la integridad física: no es lo mismo una lesión leve, que la que conlleva la pérdida de un ojo o de otro órgano principal.
- c) La forma subjetiva de ataque al bien jurídico: El dato de que el hecho haya sido cometido dolosa o imprudentemente habrá de ser tenido en cuenta, pues el comportamiento doloso contiene un mayor desvalor ético-social.
- d) La trascendencia social del hecho: O lo que también se denomina la “dañosidad social objetiva de la conducta”. La significación social de un hecho en un momento dado debe reflejarse en la pena. Por ejemplo, si existe una gran conciencia social sobre la necesidad de preservar el medio ambiente, estaría justificada la agravación por el legislador de las penas previstas para los delitos contra el medio ambiente. Por el contrario, si un hecho deja de tener la trascendencia social que ha tenido tradicionalmente, deben atenuarse las penas previstas para ese hecho.
- e) Grado de ejecución y formas de intervención en el delito: La previsión de las penas deberá tener muy en cuenta las diferencias entre una conducta consumada y aquella que sólo implica una tentativa o un acto preparatorio, teniendo en cuenta que no trascienden de igual manera a la protección de los bienes jurídicos; por otra parte, los autores de un hecho delictivo no deben resultar sancionados de la misma forma que aquellos otros intervinientes que por su aportación no merecen tal calificativos, por ejemplo los cómplices.

De los criterios expuestos se advierte que sólo la pena proporcionada a la gravedad del hecho cometido es humana y respetuosa con la dignidad de la persona y, aunque este principio aparece unido a otros principios constitucionales, tiene una autonomía propia, de hecho, el principio de proporcionalidad es el de mayor relevancia en el ámbito de la determinación legal de la pena. Toda sanción, además de legal, tendrá que resultar proporcional al bien jurídico, pues solo así será verdaderamente humana y justa, lo cual garantizaría seguridad jurídica a sus destinatarios.

### **3. Los marcos sancionadores de la privación temporal de libertad. Necesidad de una reforma**

El marco penal debe configurar una escala de gravedad continua en la que el legislador establece todos los casos posibles, desde el

más leve hasta el más grave que se pueda concebir, y de crecimiento paulatino. La principal consecuencia de esta teoría, llamada “escala de gravedad continua”, es la de reservar el límite inferior para los casos más leves, el medio, determinado matemáticamente, para los intermedios, y el máximo, para los más graves. A partir de ella, el juez puede ubicar cada caso dentro del segmento correcto de la escala penal. Con esto se pretende solucionar uno de los problemas más difíciles de la determinación de la pena: la cuestión relativa a cuál es el “punto de ingreso” al marco penal.

La existencia de escalas penales es considerada esencial dentro de un Derecho Penal de culpabilidad, pues constituye el medio más apropiado para reflejar las diferentes culpabilidades posibles, o más precisamente, los diferentes grados de capacidad y de motivación frente al mismo ilícito. Se trata de medir también el ilícito, y los diferentes ilícitos posibles se corresponden con una escala de valores, con relaciones proporcionales entre la diferente gravedad de las normas. Este carácter “proporcional” constituye un rasgo esencial de los sistemas de sanciones como se les concibe actualmente; para que una pena merezca el calificativo de “justa” debe, ante todo, ser proporcionada a la infracción. Sin embargo, como se verá, el concepto de proporcionalidad no es unívoco, y afirmar que una pena es proporcionada, puede ser tan complejo o más que decir que es “justa”.

La función de los marcos penales no es, como podría pensarse, sólo la de poner límites a la discrecionalidad judicial, pues a través de ellos el legislador refleja también el valor proporcional de la norma dentro del sistema. De este modo, se señala la importancia y rango de la respectiva norma, prohibitivo o imperativo, dentro del ordenamiento social; de igual manera, los marcos sancionadores sirven para decidir cuál es la posición de un bien jurídico en relación con otro; es el reflejo de la escala de valores plasmada en el ordenamiento jurídico.

La mayor o menor amplitud del arbitrio judicial en la determinación de la pena que corresponde imponer dependerá del sistema de determinación de la pena que siga el Código Penal. De forma genérica, estos sistemas pueden sistematizarse en tres modelos posibles<sup>8</sup>:

- a) Ofrecer un complejo sistema métrico compuesto de grados, circunstancias, etc., de manera que la labor del juez quede reducida

---

<sup>8</sup> Cfr. esta sistematización en Quintero Olivares/Morales Prats/Prats Canuts, Manual de Derecho Penal. Parte General, Pamplona, 1999, pp. 706 y ss.

a realizar una especie de operación aritmética. Este ha sido el sistema tradicional en España. Se dividían la extensión de las penas previstas en abstracto para los delitos en tres partes iguales (llamadas grados mínimo, medio y máximo) y establecían un catálogo general de circunstancias agravantes y atenuantes. La concurrencia de alguna de dichas circunstancias obligaba al juez a imponer la pena en un determinado grado, resultando así un nuevo marco de pena mucho más estrecho (el llamado marco de pena concreto), dentro del cual debía fijar el juez la pena exacta.

- b) Indicar unos criterios orientadores, aunque no vinculantes, que el juez debe tener en cuenta a la hora de individualizar el castigo a imponer dentro de un marco legal de pena que, en muchos casos, sólo fija un límite máximo y uno mínimo de pena. Así, por ejemplo, el sistema alemán, se limita a enunciar una serie de circunstancias que el juez debe tomar en consideración en la individualización de la pena, pero dejando a su arbitrio los efectos que debe darle para la determinación de la pena exacta dentro del marco legal.
- c) Establecer unos máximos y unos mínimos legales y unas reglas de medición (a través de circunstancias agravantes o atenuantes) vinculantes para el juez aunque dejándole a su vez un campo razonablemente amplio a la medición concreta a realizar por el juez. Este es el sistema seguido en el Código Penal cubano actual. En él se contempla un catálogo de circunstancias agravantes y atenuantes cuya apreciación obliga al juez a situar la pena dentro de una determinada extensión de la pena.

Tal vez el sistema preferible, sería uno que reuniera las siguientes características<sup>9</sup>:

- a) Las penas más graves han de reservarse para aquellos tipos a través de los cuales se pretende proteger los bienes jurídicos más importantes.
- b) Fijación de un marco punitivo “relativamente” amplio pero distinguiendo los casos especialmente graves de los menos graves. Se pueden establecer diferentes escalas de marcos sancionadores, teniendo como punto de partida la gravedad de la conducta, pudiendo agruparse a dichas conductas en las categorías de escasa,

---

<sup>9</sup> En un sentido muy similar, Quintero Olivares/Morales Prats/Prats Canuts, *op. cit.*, pp. 707 y ss.

mediana y de elevada gravedad, en dependencia de la severidad del marco penal; siendo así se establecerían las escalas siguientes: en el primer supuesto, entre uno y cuatro años; en el segundo, entre cinco y siete años, y en el último, entre diez y quince años. Al respecto, somos de la opinión de que el mínimo imponible para cualquier escala sancionadora sería de un año de privación de libertad, debiendo limitarse el máximo a los 30 años de reclusión; esto es, no serían posibles sanciones de privación de libertad ni inferiores a un año ni superiores a los 30.

- c) Que el juez pueda moverse en ese marco utilizando unos criterios legales orientadores y razonando expresamente su decisión punitiva, apreciando circunstancias de adecuación de la sanción, sin que estas, en ningún caso, alteren el límite mínimo o máximo preestablecido en ley.

De todas formas, cualquiera que sea el margen dejado al arbitrio judicial en la determinación de la pena, del legislador penal se exige que la fijación del marco penal de un delito tenga en cuenta la diferente gravedad de las conductas que pueden subsumirse en él, de forma que no resulte para el juez la obligación de aplicar una pena que, en el caso concreto, aparezca como claramente injusta.

La sistemática de la determinación de la pena de privación de libertad en las leyes penales cubanas, desde el Código de Defensa Social, en lo adelante CDS, hasta el Código Penal cubano actual, ha sufrido transformaciones que contribuyen a su perfeccionamiento. En el CDS se regulaba una amplia diversidad de conminaciones punitivas; en cambio, en la actualidad existe unificación en los marcos penales, que suman en total veinticuatro, lo cual favorece a que exista mayor proporcionalidad entre la norma y el bien jurídico que se protege; también es significativo la manera en que, desde entonces, se establecieron las sanciones privativas de libertad junto a las de multa, enunciando primero la más rigurosa, la privativa de libertad y después la multa; al respecto, es nuestro parecer que tal ordenación de dichas sanciones debiera invertirse, es decir, primero se incluirían las sanciones menos severas y seguidamente las de mayor rigor, lo que sí ocurre en los tipos penales que establecen la pena de muerte, pues antes de enunciar esta sanción se establece la privativa de libertad. Tal variación en la fijación de las penas pudiera favorecer a una mayor proporcionalidad en su utilización.

Similar protección durante todos estos años ha tenido el bien jurídico *vida* por ser el bien primario, el máspreciado y tutelado penológicamente y, el bien jurídico *Seguridad del Estado*, por proteger la integridad estatal y la soberanía, la forma de gobierno y su desarrollo,

la garantía de los ciudadanos de la nación y las relaciones con otros Estados; en ambos, por su importancia, se han establecido los marcos sancionadores de mayor rigor.

Nuestro Código Penal actual, con la promulgación de la Ley 87/99, sufrió transformaciones que trazaron pautas en la política de flexibilización y equilibrio en la previsión de las penas correspondientes a cada delito. Se incrementaron notablemente los márgenes de las sanciones de varios tipos penales, significando un considerable aumento en la severidad de las penas y, de igual forma, se introdujeron nuevas figuras agravadas de delitos, con límites sancionadores marcadamente severos.

Al realizar un análisis de los marcos penales en nuestra actual ley penal sustantiva, advertimos que de un total de veinticuatro conminaciones punitivas, el que más se reitera es el de tres meses a un año de privación de libertad o multa de trescientas a mil cuotas, que está presente en ciento dos figuras delictivas, después le siguen los marcos de uno a tres años de privación de libertad o multa de trescientas a mil cuotas y el de dos a cinco años de privación de libertad o multa de quinientas a mil cuotas, ambos vigentes en sesenta y tres figuras penales, cuyas sanciones se reservan para delitos leves o de escasa peligrosidad.

Los marcos sancionadores más altos y de mayor rigor se establecen, en una primera escala, de diez a veinte años de privación de libertad o muerte, que se prevé en treinta tipos penales; de ellos, veintitrés pertenecen a los delitos que se cometen contra la Seguridad del Estado; de igual forma, en seis de estas figuras delictivas se establece un marco punitivo de quince a treinta años de privación de libertad o muerte y, en otros seis tipos penales, se regula como marco sancionador el de veinte a treinta años, tres de los cuales incluyen la pena de muerte y los restantes la prisión perpetua. Estos marcos penales se prevén fundamentalmente para aquellos delitos en los que se protege como bien jurídico la vida y la Seguridad del Estado.

Como se observa, las sanciones de privación de libertad de mayor rigor, al ser la más severa, queda limitada para los casos de infracciones más graves, en correspondencia con el bien jurídico, primero la vida como el más importante por excelencia y segundo la Seguridad del Estado, por la significación que tiene en nuestra nación, como tradicionalmente se estableció.

Advertimos que en muchas conminaciones penales la cuantía de los marcos penales no se corresponden con el bien jurídico tutelado, lo que entra en directa contradicción con el multimencionado principio de proporcionalidad, con lo que se afecta la seguridad jurídica

que la normativa debe transmitir a sus destinatarios; por ejemplo, nos encontramos con marcos sancionadores como el establecido para el delito de Robo con Fuerza en las Cosas<sup>10</sup> y el delito de Robo con Vio-

- 
- <sup>10</sup> **Artículo 328.** 1. Se sanciona con privación de libertad de tres a ocho años al que sustraiga una cosa mueble de ajena pertenencia, con ánimo de lucro, concurriendo en el hecho alguna de las circunstancias siguientes:
- a) entrar en el lugar o salir de él por una vía no destinada al efecto;
  - b) uso de llave falsa, o uso de la verdadera que hubiese sido sustraída o hallada, o de ganzúa u otro instrumento análogo. A estos efectos, se consideran llaves las tarjetas, magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia, u otros de iguales propósitos.
  - c) rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puertas o ventanas, o de sus cerraduras, aldabas o cierres;
  - ch) fractura de armario u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o forzando sus cerraduras, o su sustracción para fracturarlos o violentarlos en otro lugar, aún cuando la fractura o violencia no llegue a consumarse;
  - d) inutilizar los sistemas de alarma o vigilancia;
  - e) empleo de fuerza sobre la cosa misma.
2. La sanción es de privación de libertad de ocho a veinte años cuando:
- a) el hecho se comete en vivienda habitada no hallándose presente sus moradores;
  - b) el hecho se ejecuta vistiendo el culpable uniforme de los miembros de las Fuerzas Armadas Revolucionarias o de cualquier otro cuerpo armado de la República, o fingiendo ser funcionario público;
  - c) el hecho se ejecuta aprovechando el momento en que tiene lugar un ciclón, terremoto, incendio u otra calamidad pública,
  - ch) si los objetos sustraídos son de considerable valor.
3. La sanción es de privación de libertad de veinte a treinta años o de privación perpetua de libertad:
- a) si el hecho se comete en vivienda habitada hallándose presentes sus moradores;
  - b) si el hecho se ejecuta por una persona que con anterioridad ha sido ejecutoriamente sancionada por delito de robo con fuerza en las cosas o robo con violencia o intimidación en las personas;
  - c) el hecho se realiza por una o más personas actuando como miembros de un grupo organizado, o con la participación de menores de 16 años de edad.

lencia o Intimidación en las Personas<sup>11</sup>, los que en su forma agravada

- 
4. Los actos preparatorios del delito previsto en este artículo se sancionan conforme a lo dispuesto en el artículo 12.5.

**Artículo 329.** 1. En el caso previsto en el apartado 1 del artículo anterior, si los bienes sustraídos son de limitado valor y la conducta del infractor no revela elevada peligrosidad, la sanción es de privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas o ambas.

2. En igual sanción se incurre si el hecho a que se refiere el apartado anterior se comete penetrando en los espacios, patios, jardines cercados o azoteas de una vivienda habitada, aún hallándose presentes sus moradores siempre que la sustracción se cometa en los lugares mencionados.

<sup>11</sup> **Artículo 327.** 1. El que sustraiga una cosa mueble de ajena pertenencia, con ánimo de lucro, empleando violencia o intimidación en las personas, incurre en sanción de privación de libertad de siete a quince años.

2. En igual sanción incurre:

a) el que sustraiga una cosa mueble de ajena pertenencia si, inmediatamente después de cometido el hecho emplea violencia o amenaza de inminente violencia sobre una persona para retener la cosa sustraída o para lograr la impunidad del acto;

b) si el hecho consiste en arrebatar la cosa de las manos o de encima de la persona del perjudicado.

3. La sanción es de privación de libertad de ocho a veinte años, cuando:

a) el hecho se ejecuta en un vehículo de transporte público o de pasajeros cuando este se encuentre prestando dicho servicio;

b) el hecho se ejecuta vistiendo el culpable, uniforme de los miembros de las Fuerzas Armadas Revolucionarias o de cualquier otro cuerpo armado de la República, o fingiendo ser funcionario público, o mostrando una orden o mandamiento falsos de una autoridad.

c) si en la ejecución del hecho o con ocasión del mismo se originan lesiones.

4. La sanción es de privación de libertad de veinte a treinta años o de privación perpetua de libertad cuando:

a) el hecho se comete en vivienda habitada;

b) el hecho se efectúa portando el comisor un arma de fuego o de otra clase u otro instrumento idóneo para la agresión;

c) el hecho 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;

se sancionan de veinte a treinta años de privación de libertad; en el primero, junto a la de privación perpetua y para el segundo, como alternativa a la muerte; cuyos delitos atacan o ponen en peligro los derechos patrimoniales; sin embargo, son las conminaciones penales de mayor severidad, que llegan a ser demasiado rigurosas. Lo más preocupante de este fenómeno es que para este incremento tan pronunciado solamente se tuvieron en cuenta elementos circunstanciales, como por ejemplo la participación de menores de dieciséis años de edad, sin que en modo alguno se incluyeran nuevos elementos esenciales a la prohibición en sí.

Existen figuras delictivas que aunque se encuentran en la misma familia consideramos que sus marcos penales son desproporcionados, tal como sucede con la Receptación<sup>12</sup> del apartado tres, sancionable de dos a cinco años de privación de libertad o multa de quinientos

---

ch)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 de robo con violencia o intimidación en las personas.

5. La sanción es de privación de libertad de veinte a treinta años o muerte cuando:

- a) se hace uso de un arma de fuego;
- b) se priva de libertad a una persona;
- c) en la ejecución del hecho o con ocasión el mismo se ocasionan lesiones graves;

ch)la violencia o intimidación se realiza en persona de una autoridad o sus agentes en ejercicio de sus funciones o contra cualquier persona que se encuentre en la prestación de los servicios de seguridad y protección.

<sup>12</sup> **Artículo 338.** 1. El que, sin haber tenido participación alguna en el delito, oculte en interés propio, cambie o adquiera bienes que por la persona que los presente, o la ocasión o circunstancias de la enajenación, evidencien o hagan suponer racionalmente, que proceden de un delito, es sancionado con privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas.

2. En igual sanción incurre el que en cualquier forma intervenga en la enajenación de los bienes mencionados.

3. (Modificado) La sanción es de privación de libertad de dos a cinco años o multa de quinientas a mil cuotas o ambas:

- a) Si el hecho se ejecuta por una persona que con anterioridad ha sido ejecutoriamente sancionada por el delito previsto en el apartado 1;

a mil cuotas, que resulta más grave que el previsto para el delito de Hurto, que en su modalidad básica es de uno a tres años de privación de libertad; es decir, que el autor de un delito de Receptación, que se configura en un momento posterior al hecho principal que lo propicia, por una persona distinta al autor del delito originario, puede ser sancionado mucho más severo que el que comete alguna de las modalidades de hurto, robo o malversación, lo que denota incoherencia en la sistemática punitiva en nuestra ley penal.

Hay delitos como la Violación de Domicilio<sup>13</sup> y el de Juegos Prohibidos<sup>14</sup>, que por el bien jurídico que protegen y los móviles y circunstancias en que se cometen, presentan marcos punitivos muy elevados, considerando que son excesivas las conminaciones penales establecidas a estas figuras delictivas, pues no se corresponden con lo que el legislador decidió proteger, ni con el principio de racionalidad de las penas, todo lo que provoca que se impongan condenas injustas a los comisores de estos ilícitos.

El artículo 240, del Código Penal, que define y sanciona el delito de Sacrificio Ilegal de Ganado Mayor y Venta de sus carnes, es, dentro

---

b) si los bienes del delito son, por su número, relativamente cuantiosos, o son de considerable valor, o han sido adquiridos, cambiados u ocultados con el propósito de traficar con ellos.

<sup>13</sup> **Artículo 287.1.** El que, fuera de los casos autorizados en la ley, penetre en domicilio ajeno sin la voluntad, expresa o tácita, del morador, o permanezca en él contra su voluntad manifiesta, incurre en sanción de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas.

2. Si el delito se ejecuta de noche, o en despoblado, o empleando violencia o intimidación en las personas, o fuerza en las cosas, o usando armas o con el concurso de dos o más personas, la sanción es de privación de libertad de dos a cinco años.

3. Se considera domicilio, a los efectos de este artículo, la casa que sirve de morada, así como los locales cerrados que la integran, y espacios, patios y jardines cercados, contiguos a ella.

<sup>14</sup> **Artículo 219.1.** El banquero, colector, apuntador o promotor de juegos ilícitos es sancionado con privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas o ambas.

2. Si el delito previsto en el apartado anterior se comete por dos o más personas, o utilizando menores de 16 años de edad, la sanción es de privación de libertad de tres a ocho años.

del Título de los delitos que protegen la Economía Nacional, el que mayor marco sancionador posee, de cuatro a diez años de privación de libertad, por atentar contra la estabilidad de un sistema económico y, en específico, afectar las normas protectoras de la producción, distribución y el consumo de bienes y servicios en nuestro modelo económico, por lo que no resulta proporcional la pena al bien jurídico que protege, si lo comparamos con las conminaciones punitivas de delitos que salvaguardan la vida, como es el caso de los delitos de Riña Tumultuaria, Aborto Ilícito, Auxilio al Suicidio y Lesiones, en los que se provoca la muerte o se ve afectada la integridad física de una persona, pues nada será más importante que atentar contra la vida de las personas.

Es decir que la práctica judicial enfrentó la problemática, de la ocurrencia de determinados hechos delictivos, 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 la aplicación de las modificaciones al Código Penal con la Ley 87/99, 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 una adecuada administración de justicia.

Ante esta situación el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, adoptó el Acuerdo<sup>15</sup> No. 239 de 8 de octubre de 1999, 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 estimaban que aún el límite mínimo previsto para la figura agravada por la que procede, resultaba excesivamente severo de acuerdo con la peligrosidad social del hecho, la entidad de sus consecuencias y la personalidad

---

<sup>15</sup> La Constitución de la República 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.

del comisor<sup>16</sup>. El carácter excepcional de esta facultad atribuida a los tribunales por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, le dio la posibilidad de aplicar con mayor racionalidad la sanción que corresponde imponer al caso concreto. En la actualidad, con la aprobación y puesta en vigor del Decreto-Ley 310/2013 del Consejo de Estado, tal facultad pasó a convertirse en una regla de adecuación para la fijación de las penas, con lo cual se reforzó su carácter legal a los efectos de su aplicación por los tribunales de justicia.

Del análisis de los marcos punitivos en la legislación penal actual, advertimos que existen irregularidades que trascienden a su sistemática y coherencia, que dificultan la relación proporcional entre el comportamiento penalmente típico y la sanción que se le asigna, entre ellas podemos mencionar las siguientes:

- Las sanciones privativas de libertad se enuncian junto a las de multa, y en este propio orden; al respecto consideramos que la privativa de libertad, por ser más severa, debe establecerse después de aquellas, con lo que se lograría una mejor secuencia en la previsión de dichas penas y, consecuentemente, una más racional imposición de las mismas.
- Se establecen marcos penales para diferentes ilícitos, que no están en correspondencia con el bien jurídico que protegen, siendo excesivos y desproporcionados con la conducta tipificada, ejemplo de ello lo tenemos en el delito de Violación de domicilio en su forma agravada y el delito de Juegos prohibidos, tanto en su modalidad básica como en su forma agravada.
- Hay figuras agravadas que cuentan con las conminaciones penales de mayor severidad, como la sanción de privación de libertad

---

<sup>16</sup> La introducción en nuestro sistema penal de ésta modalidad de adecuación que posibilita 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 Checoslovaquia, el artículo 42 de Yugoslavia, el 47 de Polonia y el 68 de Hungría.

de veinte a treinta años, la privación perpetua de libertad y la de muerte (ejemplo en los artículos 327 y 328), llegando a ser en extremo severas, si tenemos en cuenta que el aumento solo tiene su fundamento en elementos circunstanciales y no por aquellos que resultan esenciales a dichas prohibiciones.

- En un mismo Título encontramos delitos menos nocivos, con marcos penales más elevados que los delitos de mayor peligrosidad social, evidenciando una desproporción entre la pena y la gravedad de la figura delictiva, tal como ya se ha ilustrado.

#### **4. Consideraciones Finales**

La adecuación de la sanción es un proceso complejo que comienza con la determinación por el legislador de un marco de pena fijado entre dos límites, continúa con la determinación por el tribunal de una pena concreta al comisor de un delito y culmina con la ejecución de esa pena, por lo que en este proceso se distinguen tres fases que se corresponden con la adecuación legal, adecuación judicial y adecuación ejecutiva o penitenciaria; en lo que respecta a la adecuación legal es exigible que las conminaciones punitivas se correspondan con los principios constitucionales como el de legalidad, el de humanidad y el de proporcionalidad, siendo este último el de mayor relevancia en el proceso de fijación legal de la pena.

El legislador penal, al fijar la cuantía de las escalas sancionadoras para las diversas infracciones delictivas, deberá tener muy en cuenta la importancia y el probable grado de afectación al bien jurídico como consecuencia de la realización de la conducta punible, la forma subjetiva de ataque al mismo y la trascendencia social del hecho, pues solamente de esta manera es posible lograr una previsión punitiva verdaderamente consecuente con el principio de proporcionalidad.

La promulgación de la Ley 87 de 1999, modificativa del Código Penal, constituyó un serio impacto para la sistemática establecida por la Ley 62 de 29 de diciembre de 1987, en cuanto a las sanciones y sus escalas, a partir de la fijación de marcos penales con límites elevados, muchos de los cuales resultan desproporcionados y que impiden una aplicación racional de sus reglas de adecuación, así como también entorpecen el cumplimiento de los fines de la sanción, aún y cuando tales modificaciones estuvieron determinadas por razones sociales concretas y debidamente fundamentadas.

Como consecuencia de la situación antes descrita, la sanción de privación de libertad adolece de las siguientes deficiencias: los marcos penales anuncian, con marcada prioridad, precisamente la pri-

vacación de libertad como principal sanción, siendo la más grave, y la multa después, sin tener en cuenta la secuencia lógica de imposición de la pena; por otra parte, se establecen conminaciones penales para diversas modalidades delictivas que no se corresponden con la afectación que provocan al bien jurídico que protegen, siendo excesivas y desproporcionadas en relación a la conducta tipificada; de igual forma, existen figuras agravadas para las que disponen conminaciones penales en extremo severas, máxime cuando el incremento obedece solo a elementos circunstanciales y no por aquellos que resultan esenciales al hecho en sí; también encontramos delitos menos nocivos con marcos penales más elevados que los delitos de mayor peligrosidad social, evidenciando una desproporción entre la pena y la gravedad de la figura delictiva; por sólo mencionar las más sobresalientes.

## 5. Bibliografía

- AGUADO CORREA, Teresa, El Principio de proporcionalidad en Derecho Penal, Madrid, 1999.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, Introducción a la teoría jurídica del delito, Valencia, 1999.
- BACIGALUPO, Enrique. Principios de Derecho Penal. Parte General. Cuarta Edición. Ediciones Akal, S.L, 1997.
- BACIGALUPO, Enrique: Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Temis, Bogotá.
- BECCARÍA, Cessar. De los Delitos y de las Penas, Editorial Alianza, Madrid, 1969.
- DORADO MONTERO, Sobre la proporción penal, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1916.
- FERNÁNDEZ MUÑOZ, Dolores E. El sistema de Sanciones en la República de Alemania. Revista Mexicana de Justicia. No. 5, enero-junio, 2005.
- MAZORRA YLLAS, Alexis. La Adecuación de la Sanción. Tesis en opción al Título de Especialista en Derecho Penal. Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 2003.
- MEDINA CUENCA, Arnel y otros. Leyes penales (Comentadas, actualizadas y concordadas). La Habana, marzo 2003.
- MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal. Parte General, 2ª ed., Barcelona, 1998.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Valoración político-criminal sobre el sistema de penas en el Código Penal español. Tomado de: Derecho

Penitenciario II. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. XVII-2003, en el CD: Publicaciones del Consejo General del Poder Judicial. Edición 2005.

MUÑOZ CONDE, F./García Arán, M., Derecho Penal. Parte General, 4ª edición., Valencia, 2000.

QUINTERO OLIVARES/Morales Prats/Prats Canuts, Manual de Derecho Penal. Parte General, Pamplona, 1999.

QUIRÓS PÍREZ, Renén, Las modificaciones del Código Penal. Revista Cubana de Derecho No. 33, abril-junio, 1988.

ROXIN, Claus, Derecho Penal General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Primera edición. Edit. Civitas, 1997.

TEJERA Y GARCÍA, Diego Vicente, Comentarios al Código de Defensa Social. Tomo II. Parte General. Editorial. Jesús Montero, La Habana, 1945.

ZIFFER, Patricia S., Lineamientos de la Determinación de la Pena Primera Edición. Impreso en Argentina. Editorial Ad-HOC S. R. L. junio 1996.

### **Legislación consultada**

Constitución de la República de Cuba. Editorial Ciencias Sociales. La Habana, 1998.

Código de Defensa Social. Tercera Edición. La Habana. 1936.

Código Penal, Ley No. 21, de 15 de febrero de 1979. Publicación Oficial del Ministerio de Justicia de 1979.

Código Penal, Ley No. 62 de 29 de diciembre de 1987. Editorial Ciencias Sociales. La Habana, 1998.

Código Penal de la República de Cuba, Ley No. 62/87. Anotado con las disposiciones del CGTSP. Ediciones ONBC. La Habana, 2009.

Código Penal alemán, 32ª, Edición Deutscher Taschenbuch Verlag, des Verlages C.H. Beck, Munich, 1988.

Ley 87 de 6 de febrero de 1999, Modificativa del Código Penal. Editorial Ciencias Sociales. La Habana, 1998.

Acuerdo 239 de 8 de octubre de 1999 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular sobre la adecuación de la sanción con carácter excepcional, ajustada a la figura básica del delito.

# El Bien Jurídico en el Derecho Penal Económico. “Una necesaria balanza entre el garantismo del objeto de protección en Beccaria y la aparición de nuevos bienes jurídicos”

ESP. MARIANO RODRÍGUEZ GARCÍA\*

## Sumario

1. Introducción
2. Beccaria y su obra como precedentes a la Teoría del Bien Jurídico dentro del Derecho Penal
3. El Bien Jurídico Penal a través de la Evolución del Pensamiento Jurídico
4. Funciones del Bien Jurídico Penal
5. Determinación del Bien jurídico Protegido
6. Evolución Histórica, Concepto delimitador y Contenido del Derecho Penal Económico
7. A Manera de Conclusiones
8. Bibliografía de referencia

---

\* Profesor Asistente del Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas. Especialista de Postgrado en Derecho Penal. Juez Profesional Suplente no Permanente del Tribunal Provincial Popular de La Habana. Miembro de número de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales.

[marianorodriguez1@lex.uh.cu](mailto:marianorodriguez1@lex.uh.cu)

## 1. Introducción

Un Derecho Penal garantista es la aspiración necesaria que requiere la sociedad en un estado de derecho, basado en el respeto y la justicia social; más, en la actualidad, se ha desatado un expansionismo del Derecho Penal, caracterizado por políticas de emergencia que van dirigidas a resolver problemas sociales, económicos y políticos para los cuales no está configurado y, consecuentemente, incumple con las expectativas que se esperan del mismo.

De ahí que propugnemos en el presente trabajo, examinar el estado de la teoría del bien jurídico penal en el marco del Derecho Penal Económico, a través del prisma del principio de Lesividad, enunciado tempranamente por Von Litz y sustentado como precedente iluminista en la medida de los delitos en la obra cimera “De los delitos y de las penas” de Beccaria, para proponer criterios de selección y delimitación de los nuevos bienes jurídicos a proteger, ante la necesidad social de resguardo frente a los nuevos peligros que afecten la seguridad de la sociedad.

Para lograr eso, haremos un paneo sobre la vida de César Bonesana, Marqués de Beccaria, así como de los principales postulados que esboza el mismo en su obra cumbre, haciendo hincapié en el capítulo dedicado a la medida de los delitos, punto de partida sobre el que se erigirá posteriormente la teoría del bien jurídico penal, con lo cual se sustentará un análisis de la evolución del pensamiento entorno a la noción de bien jurídico en las Ciencias Penales de manera general y luego particularmente en el Derecho Penal Económico, con lo cual presentaremos una propuesta de abordaje metodológico de bien jurídico en el Derecho Penal Económico, acorde a la racionalidad exigible, propia de un Derecho Penal mínimo y garantista.

## 2. Beccaria y su obra como precedentes a la Teoría del Bien Jurídico dentro del Derecho Penal

Recordando a Beccaria y su paradigmática obra “De los Delitos y de las Penas”, escrita en 1764, observamos que se logra una sistematización de un conjunto de tesis que venían desarrollándose en torno a cómo debe estar estructurado un Derecho Penal en cualquiera de sus manifestaciones.

Para comprender la lógica de su pensamiento al plantear estas tesis es necesario entender el contexto en que se formó el mismo,

nacido en principio en el año de 1735<sup>1</sup>; tomando en cuenta además su desarrollo posterior, con la progresión de su personalidad dentro de una familia de la aristocracia, sustentada por una férrea disciplina y complementada esencialmente su educación formal básica por la Compañía de Jesús, en el Colegio de los Jesuitas de Parma, que le inculcaron el sentido del estudio y el esfuerzo.

Con su vocación al estudio de la filosofía, tomando de fuente directa a los enciclopedistas franceses<sup>2</sup>, de conjunto con otras corrientes no menos determinantes del liberalismo, como los representantes británicos, lo que permitieron al joven Beccaria cimentar su conocimiento de las novedosas ideas que defendían una nueva concepción englobadora del poder y las relaciones con los individuos, basamento de las tesis contractualistas, de gran influjo en Beccaria<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Los biógrafos de Cesar Bonesana, Marqués de Beccaria, no se ponen de acuerdo en cuanto a su real fecha de nacimiento, si realmente fue en 1735 o 1738, especialmente se puede incidir en el estudio introductorio de Guillermo Cabanellas en Beccaria Bonesana, Cesar, Tratado de los Delitos y de las Penas, s/t, Editorial Heliasta, Brasil, 1993. p. 18.

<sup>2</sup> Muestra de la gran influencia que tuvieron en los enciclopedistas como Rousseau, Montesquieu, Diderot entre otros es su afirmación tras la lectura de la obra "Cartas Persas" de Montesquieu en 1766: "... la filosofía se produjo hace cinco años", súpese a esto su alabanza por "El Espíritu de las Leyes", cuando de forma similar, en carta a Morellet, Milan, en ese mismo año afirma que... "acabó de revolucionar mi espíritu"... *Vid.* Introducción de Juan Antonio Delval, en Beccaria Bonesana, César, Tratado de los Delitos y de las penas, 2da edición, Serie Derecho, Editorial Alianza, España, 2002.

<sup>3</sup> Particular atención merecen al respecto Hobbes (Thomas Hobbes, Filósofo Inglés 1588-1679), con su obra *Leviatan*, para quien los hombres, dentro de un estado de la naturaleza se encuentran en un estado permanente de violencia y muerte, por lo que acceden a la creación de un ente artificial para garantizar el gobierno Civil, *Vid* Buch Sánchez, Rita María, Historia de la Filosofía, Tomo III, Editorial Félix Varela, 2011. pp. 69 y 70; asimismo se destaca al respecto Locke (John Locke, Filósofo Inglés 1632-1704) en *Dos tratados sobre el gobierno civil y Carta sobre la Tolerancia*, ambas de 1690, donde abarca el origen y los objetivos del gobierno civil, dando inicio al liberalismo político y a su idea en que se evoluciona de una sociedad natural a una sociedad civil por consentimiento, ordenada por una ley natural, desdoblada en ley de Dios y de la razón. *Ibidem.* pp. 77 y 78. Nótese

Luego de superada esta fase de educación básica es que ingresa a la Universidad de Pavia, donde se licencia como abogado y ejerce como profesor de Economía Política de la Universidad Palatina de Milán, desde donde se adentra completamente al estudio de los problemas iusfilosóficos de su tiempo; etapa de la que se puede afirmar: se encontraba y desarrollaba en medio de un movimiento revolucionario trascendental, que modificaría por siempre el mundo que le correspondió vivir.

No obstante estos precedentes, no solo se puede tomar en consideración su esmerada y útil educación, sino que es menester también atender la gran ascendencia para la formación de sus criterios que tuvieron sus contactos con los ambientes ilustrados de Milán, especialmente su cercanía a los Hermanos Pietro y Alessandro Verri<sup>4</sup>, concretamente Alessandro, quien lo alentó a que escribiese sobre la situación de la justicia.

Súmese a esto además, los obstáculos que tuvo que afrontar, especialmente de joven, que lo determinaron, entre los otros elementos comentados, a escribir, con tan solo 25 años, la obra cumbre de su vida: "De los Delitos y de las Penas".

Particular mención merece lo ocurrido 3 años antes, cuando, producto de una disputa violenta con su padre, el Marqués de Beccaria, por motivo del pretendido casamiento del joven César con Teresa de Blasco, a lo cual se oponía el primero, es que este solicita y obtiene la prisión para su hijo, conociendo así, de primera mano, las reales características de un sistema arbitrario y despótico como el régimen penitenciario, semilla fecunda para que surgiese en él la idea de escribir tamaña obra para la posteridad<sup>5</sup>.

---

que ambos parten de bases diferentes, más coinciden en las conclusiones. (Nota del Autor).

<sup>4</sup> Ambos hermanos, colaboradores cercanos de Beccaria, se destacaron por formar parte de la Sociedad de los Puños (fundadores), donde se comentaban y discutían las más novedosas publicaciones llegadas de Francia e Inglaterra, redactaban artículos en la Revista El Café entre 1764 y 1766, de donde participaban en arduas polémicas sobre la vida cultural, pero especialmente en la vida civil.

<sup>5</sup> Muestra de la decidida voluntad de Beccaria es que, a pesar de la voluntad de su padre y su sometimiento al régimen carcelario, se casó con la joven que había determinado como compañera de vida. (Nota del Autor).

Precisamente, como uno de los exponentes esenciales del Derecho Penal Liberal, generado en el desarrollo las revoluciones burguesas<sup>6</sup>, en contra del régimen monárquico absolutista, es que se irán estableciendo, fundamentado por esta novedosas ideas, la prohibición de establecer las penas por motivos religiosos o morales, especialmente se observa esta manifestación en las Constituciones Liberales, debiendo tener las mismas un sustento de legalidad y legitimidad, mediante la concreción y tipificación de delitos que describieran, de forma consecuente, la lesión o la puesta en peligro de derechos ajenos.

De esta manera se garantizaba una limitación del poder irrestricto de los jueces, que hasta ese momento, como representantes del poder centralizado de las monarquías, solo tenían como coto el mismo poder central y su conciencia, lo que mantenía un clima de inseguridad al resolver conflictos penales.

Estos cotos, con los que se aspiraba a limitar el poder de la nobleza, eran una de las muestras más decididas de las intenciones de la nueva clase social burguesa, que intentaba crear las condiciones indispensables en múltiples ámbitos, como los legales y económicos, que garantizaran la defensa de sus intereses clasistas, mediante el acceso directo al poder, o al menos el derecho a poder utilizar mecanismos determinados por normas, que permitieran establecer una igualdad, al menos formal ante la ley, en cuanto a la participación en las decisiones esenciales que vincularan a la sociedad y al estado.

Esas idea tan influyentes, expuestas por Beccaria, de conjunto con las demás tesis de la ilustración, propugnadas de conjunto con Hobbes,

---

<sup>6</sup> Las revoluciones burguesas o también denominadas liberales, que tuvieron como primicia La Revolución Francesa de 1789, con la Proclamación del Tercer Estado como Asamblea Nacional, fueron un conjunto de movimientos revolucionarios que suplantaron el poder monárquico absolutista por un poder democrático burgués, que erigía como clase dominante a la burguesía, ascendente estamento social de la sociedad Feudal. (Nota del Autor).

Puffendorf<sup>7</sup> y Locke, hasta, Hommel<sup>8</sup>, Bentham<sup>9</sup>, Pagano<sup>10</sup> y Romagnosi<sup>11</sup> erigían la protección de derechos de terceros como límite racionalizador, influenciando de manera esencial todo el sistema de pensamiento penal de los siglos XIX y XX, estableciendo criterios que variaron indefectiblemente el nivel de actuación del Derecho Penal en la sociedad.

Esos criterios han establecido un primer paso sobre qué es lo que debe ser considerado una injuria o lesión a un derecho de otro, o sea, qué debe recibir protección, lo que estableció cimientos seguros, a partir de los cuales no se puede dar lugar a criminalizaciones sin

---

<sup>7</sup> Samuel Barón de Pufendorf, jurista e historiador alemán (Chemnitz 1632-Berlín 1694). Escribe “Del Derecho de la Naturaleza y de las Gentes”, donde fundamenta que el Derecho es un contrato social, Vid Ermo Quisbert, Historia del Derecho Penal a través de las Escuelas Penales y sus Representantes, Centro de Estudios de Derecho, <http://h1.ripway.com.ced>. (15 de Enero de 2015). p. 32.

<sup>8</sup> Karl F. Hommel (1722-1781) Escribió “Recompensa y Pena conforme a las Leyes Turcas”, donde plantea la supresión de toda dependencia teocrática del Derecho Penal así como la proporcionalidad entre penas y delitos, admirador de Beccaria, tradujo al alemán “De los Delitos y de las Penas”, *Ibidem*. p. 40.

<sup>9</sup> Jeremy Benthan (Jurisconsulto, Filósofo, Economista y Penalista de la Ilustración, Londres 15 de Febrero de 1748-6 de Junio de 1832) Es autor de las obras “Tratado de la Legislación Civil y Penal”, “Teoría de las Penas y las Recompensas” y “Panóptico”, especial mención merece a los efectos de este trabajo la primera obra donde define al delito formal como todo lo que el legislador prohíbe, mientras que delito sustancial como: “Todo acto que debe prohibirse por razón de algún mal que produce o que pueda producir”, *Ibidem*. pp. 36 y ss.

<sup>10</sup> Mario Francisco Pagano, expresa que el Derecho Penal está dirigido a establecer la tranquilidad pública, asimismo ve en el daño a terceros, similar a Beccaria, las razones, criterios y medida de los delitos y de las penas. *Ibidem*. p. 55.

<sup>11</sup> Gian Domenico Romagnosi (filósofo, jurista, economista, físico y político italiano) (Salsomaggiore Terme, 11 de diciembre de 1761-Milán, 8 de junio de 1835). Publica “Génesis del Derecho Penal” donde expresa que el Derecho Penal es el Derecho de Defensa fundamentado en la Defensa de la Felicidad, arguyendo que la pena es el contra impulso al impulso-que es el delito. *Ibidem*. p. 42.

coto certero y seguro, e inicia un debate inconcluso hasta nuestros días: la búsqueda de la definición, contenido y límites de lo que debe protegerse por parte del Derecho Penal, creando de esta forma las condiciones que sustentaron posteriormente lo que se daría a conocer como Teoría del Bien Jurídico Penal.

Como se ha comentado anteriormente, el contenido delimitador de lo que debe ser protegido ha sido objeto de arduos debates, debido a las diferentes nociones que las distintas concepciones históricas han dado al concepto y al contenido de bien jurídico. Estableciendo, de forma primaria, que una lesión a un bien jurídico solo será aceptada por tal, siempre que afecte materialmente a otro individuo e implique la “dañosidad social”, es decir que este suceso, sea trascendente al conflicto generado entre la víctima y el victimario y se perturbe con un daño a la sociedad.

Precisamente, cuando se trata del objeto de análisis, se pone de manifiesto que este autor, en su ensayo, explica que las penas que se impongan a los comisores debían estar amparadas bajo un único fundamento, al decir de sus palabras: “Hemos visto que el daño a la sociedad es la verdadera medida de los delitos”<sup>12</sup>, el identificado posteriormente por Ferrajoli como Principio de Lesividad.

Donde hay un punto importante a señalar en esta obra, que sirva para el propósito de este trabajo, es el referido al capítulo denominado “Medida de los Delitos”, donde Beccaria, aparte de realizar la afirmación precedente, estructura una aproximación a cómo debe estar determinado los límites del delito, basando sus criterios en el daño que imponga a la sociedad esa conducta, negando al unísono que la misma esté sustentada en la intención del sujeto comisor, ni en la dignidad de la persona ofendida o siquiera en la gravedad del pecado como espacio delimitador del delito.

En menor medida se aprecian estas consideraciones en el capítulo dedicado a la “División de los Delitos”, a partir del cual propone, no solo una división basada en una mayor o menor afectación, tomando en consideración si está argumentada en la seguridad de un ciudadano o si tiene la posibilidad de destruir a la sociedad, sino que alerta acerca de la indefinición de ese derecho del individuo a proteger,

---

<sup>12</sup> BECCARIA BONESANA, César, Ob. cit. p. 42.

como un peligro que puede afectar en cuanto a considerarla una contradicción entre la moral y la ley.

Siguiendo esta lógica, y, adelantándonos a las problemáticas actuales planteadas por la doctrina entorno a la teoría del bien jurídico, alertamos sobre la inclinación incisiva por tratar, desde la perspectiva de los estados, de eliminar, preferiblemente, o controlar en defecto de lo anterior, sucesivos y cada vez más acuciantes problemas que afectan a las sociedades humanas, como son la pobreza, la marginalidad, el delito, la delincuencia, la ingobernabilidad y así sucesivamente, a través un mecanismo en uso creciente y extensivo como el Derecho Penal.

Todo esto ocurre sin tomar en consideración un aspecto medular dentro del Derecho Penal, como es lo concerniente a la Teoría del Bien Jurídico, punto de actuación a nuestra consideración de cómo debe estructurarse este derecho.

Esta situación ocurre muchas veces sin tener una correcta delimitación de que es lo afectado, como ha sido lacerado y en qué medida debe imponerse una pena en relación a esa lesión, punto problemático desde donde realizamos nuestra valoración y crítica, apoyando el decir de Zaffaroni, cuando hace alusión a los penalistas desde esta arista de invasión del Derecho Penal: "Tenemos incumbencia en todo"<sup>13</sup>.

Esa influencia extensiva, demasiada, en su opinión y la nuestra, crea un nefasto precedente que determina, de forma incisiva, en que casi todas las problemáticas que involucran conductas lesivas se tratan de resolver a través de la norma penal; y si no es suficiente, se crean nuevas normas penales, en evolución patológica, hasta que se construya una imagen artificial en que la sociedad, como los sueños, alcance una dimensión onírica en que se piensa segura y protegida de las mismas.

Más, que sucede cuando el problema, de tantos, está relacionado con la estructura socioeconómica del estado, como es el supuesto de los delitos que afectan a la Economía, en que afirmamos, no hay una

---

<sup>13</sup> ZAFFARONI, Raúl Eugenio, "La Función reductora del Derecho Penal ante un estado de derecho amenazado (o la lógica del Carnicero responsable)", Conferencia dictada en el XIII Congreso Latinoamericano, V Iberoamericano y Iº del Mercosur de Derecho Penal y Criminología. Guarujá, Brasil, 16 de septiembre de 2001, en *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?* N° 3, Fabián J. Di Plácido Editor, Bs. As., 2003.

delimitación consecuente de que es lo que debe ser protegido por tal, influenciado por una falta total de consenso acerca de que entender como Bien Jurídico Penal y como se puede entender, especialmente en el ámbito de su límites, al Derecho Penal Económico.

### 3. El Bien Jurídico Penal a través de la Evolución del Pensamiento Jurídico

Para llegar a criterios fundamentados de cómo debe interpretarse el contenido y alcances del bien jurídico en materia penal es preciso evaluar los distintas etapas cruciales por las que ha trascendido la teoría del bien jurídico.

Para eso iniciamos con los antecedentes de las teorías y criterios establecidos para dilucidar que debe protegerse, representados, en un primer momento por el Derecho Penal de la Ilustración, en que se defendía la tesis del Contrato Social, a partir de la cual se amparaban como objeto de tutela los derechos subjetivos, contentivos de los denominados Derechos Naturales inherentes al ser humano, que procuraban establecer un límite al poder ilimitado de los Estados Monárquicos Centralizados, garantizando y delimitando la integridad del ser humano ante el poder estatal<sup>14</sup>.

Es preciso aclarar que estas ideas son una respuesta al Derecho Penal Medieval, donde se aprecia que hay un arbitrio judicial irrestricto, sin marcos delimitadores, una crueldad excesiva de las penas, caracterizadas por el uso de la tortura, las mutilaciones, la aplicación de la pena de muerte en medio de grandes suplicios, las más de las veces desproporcionadas estas penas en relación a los hechos condenables; así mismo se aprecia la anuencia para aplicar la analogía en situaciones de posible utilización de la ley penal y especialmente,

---

<sup>14</sup> Refiere Rodríguez Pérez de Agreda que la pena debía ser impuesta en relación estricta con el hecho, bajo el sustento de la Legalidad y la Igualdad, está considerada al menos en su aspecto formal, respuesta esta ante el denominado terror penal del desmedido arbitrio judicial del régimen absolutista monárquico. *Vid.* RODRIGUEZ PEREZ DE AGREDA, Gabriel, La Adecuación Judicial de la Pena, en Revista Cubana de Derecho, No. 31, Enero-Junio de 2008. pp. 77 y ss.

una falta de individualización de la pena, pudiendo la misma extenderse a terceros, incluso a animales y objetos<sup>15</sup>.

De estas tesis se aprecia una orientación inicial, propugnada por la clase social revolucionaria del momento, la burguesía, donde se observa una inclinación a sustentar el sometimiento de los Derechos Subjetivos, considerados inherentes a la persona, al control de un Derecho Penal Objetivo, que de naturales, los expuso taxativamente en la ley.

Exponentes fundamentales de esta corriente de pensamiento lo podemos encontrar en las tesis de Feuerbach<sup>16</sup> y en los criterios de Beccaria, para quienes el Derecho Penal, tenía como función legitimadora, la exclusiva protección de Derechos subjetivos<sup>17</sup>, además de constituirse este Derecho Penal sobre una base funcional garantista de corte liberal.

Posteriormente, a partir de las premisas de Birbaum, quien parte de una perspectiva iusnaturalista moderada, con inclinaciones al racionalismo y haciendo énfasis en la aplicación práctica y real del Derecho Penal Alemán, es que se elevó esta noción precedente de simple protección de derechos subjetivos a la categoría de bienes jurídicos frente a las lesiones por parte de los infractores de las normas

---

<sup>15</sup> Vid ERMO QUISBERT, Ob. cit. pp. 23 y ss; y RODRIGUEZ PEREZ DE AGREDA, Gabriel, La Culpabilidad ¿Un concepto en crisis?, Revista Cubana de Derecho, No. 16, Julio-Diciembre de 2000. pp. 32 y 33.

<sup>16</sup> Paul Johan Anselm Ritter Von Feurbach (Hainichen , Jena, 14 de Noviembre de 1775- Fráncfort del Meno, 29 de Mayo de 1833) (Criminalista, Jurista y Filósofo Alemán); redactor del Código Penal de Baviera de 1813, donde plasma su pensamiento de erigir la Ley como colofón ideal de protección de los derechos a través de su máxima “nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali”, este denominado Principio de Legalidad se desdobló en 3 vertientes, a saber: 1- No hay sanción sin ley penal previa; 2- Debe estar determinada la conducta amenazada en la pena y 3- La sanción debe estar legalmente señalada para esa conducta criminal. Vid Ermo Quisbert, Ob. cit. pp. 45 y 46.

<sup>17</sup> Vid FEUERBAH, Paul. Joham, Anselm, Ritter Von, “Tratado de Derecho Penal”, traducción al castellano de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hage-meier, del Tratado de Derecho Penal Común vigente en Alemania, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1989, pp. 64 y 65 y Quirós Piréz, Renén, Manual de Derecho Penal, Tomo I, Editorial Félix Varela. 2005. pp. 151 y 152.

de convivencia dentro de la sociedad; precisando que los mismos son adoptados por el hombre a partir del orden natural o mediante la organización social, teniendo el carácter de pre jurídicos estos bienes.

Justamente, este autor niega que el Derecho Penal proteja de lesiones a derechos, pues argumenta que el mismo no puede disminuir ni sustraer el derecho, solo esto puede suceder si se tiene en cuenta que es objeto de un Derecho al decir del mismo: “un bien que jurídicamente nos pertenece”<sup>18</sup>.

Además es necesario apuntar que al mismo se le ha asignado históricamente la paternidad, en relación al concepto y denominación de bien jurídico, a Birbaun, específicamente en 1834<sup>19</sup>, siguiendo desde ese momento un camino evolutivo que gira de forma incisiva en el centro de los debates sobre que debe proteger el Derecho Penal.

Esta idea inicial se concibió sobre la base de demarcar, de forma consecuente, una definición de delito inmanente, previa a su positivización en la norma penal, que sirviera de asidero como criterio limitador a la función que le había sido asignado al Derecho Subjetivo que había perfilado el Derecho Penal de la ilustración<sup>20</sup>.

Aunque es preciso aclarar que, realmente no se logró una definición acorde de bien jurídico, sino que más bien, se estableció una corrección de los criterios esgrimidos por Feuerbach. Se cumplimentó

---

<sup>18</sup> Para Birbaun los bienes jurídicos estaban más allá del Derecho, no los veía como parte sustancial del mismo sino que a los mismos les estaba asignado el papel de servir de fundamento del Derecho; *Vid* BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal Parte General*, 4ta Edición aumentada, corregida y puesta al día por Hernán Hormazábal Malaree, Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias, S. A. 1994, pp. 108 y 109.

<sup>19</sup> Quirós niega esta paternidad al afirmar que realmente ya había un reconocimiento al objeto protegido como categoría jurídico penal por parte del Derecho Penal de la Ilustración, la cuestión, según su punto de vista, es que hay una sistematización de la misma por Birbaum de conjunto con la doctrina alemana, de ahí que se le asigne el origen del término a este jurista. *Cfr.* a QUIROS PIREZ, Renén, *Ob. cit.* p. 153.

<sup>20</sup> *Vid* BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 2da Edición, Editorial Praxis, S.A. 1999. p. 6.

una ruptura sobre los postulados liberales del *ius puniendi* y se insertó la teoría del bien jurídico dentro de las ciencias sociales<sup>21</sup>.

Más tarde se impuso el *ius* racionalismo positivista de Karl Binding, donde se vuelca la teoría del bien jurídico, de una orientación valorativa hasta la formulación de un concepto objetivo y depurado, dirigiendo su rumbo a la normativización del bien jurídico, a partir de lo cual se le critica que, solamente hay un reconocimiento de capacidad como criterio de interpretación, renunciando a su función garantista, afectando por ende su función de garantía y crítica a sus postulados.

Esta posición deja al legislador la tarea de seleccionar acertadamente cuál de los bienes de la sociedad era merecedor de protección ante posibles amenazas de los mismos y desamparando los criterios de límite al derecho de castigar del estado, pues al ser las mismas inherentes al estado, este se imponía las delimitaciones que consideraba era menester imponer para su funcionamiento<sup>22</sup>.

Es de destacar además las ideas del Positivismo Naturalista de Von Litz, con su tesis materialista del bien jurídico, en que hace un engranaje entre política criminal y dogmática penal a través del bien jurídico, determinando que este concepto de bien jurídico debe vincularse inexorablemente a la realidad social, la cual establece, previo al Derecho, que es lo protegido como bien jurídico, creando un límite claro e independiente de su correcta valoración por el legislador<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Vid HORMAZABAL MALAREE, Hernán, *Política Penal en el Estado democrático*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 37, Fasc/ Mes 2, 1984. p. 334; Añade por su parte Quirós que esa ruptura significó realmente una subordinación de los derechos subjetivos como contenido del derecho objetivo y limitados por este; Vid QUIROS PIREZ, Renén, *Ob. cit.* p. 152.

<sup>22</sup> Binding era del criterio de que el bien jurídico era establecido, no reconocido dentro del contenido de la norma jurídica, ya que el es inmanente a la misma, al explicar que cada norma jurídica llevaba en su esencia su propio bien jurídico, planteando, al contrario de Birbaun, para quien los bienes tomaban en consideración al hombre, que los límites del mismo giran en torno al Estado, estableciendo a este como el Bien Máximo, Vid BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Ob. cit.* pp. 110 y 111.

<sup>23</sup> Vid BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros, *Op. cit.* p. 6.

Se le ha criticado no obstante, que no establece al estado como elemento neutral, sino que lo ubica como regulador de la conducta de los sujetos y protector del sistema. El traslada del estado a la sociedad la responsabilidad de determinar que bienes jurídicos eran merecedores de protección. Se le ha reconocido que le insufló de contenido social al bien jurídico, más no determinó específicamente qué criterios se habrían de tomar para delimitar estos bienes a proteger.

Posteriormente se ubicó el pensamiento en la línea del Neokantismo, con sus criterios de llevar al mundo de los valores el elemento a tener en cuenta para determinar que debe ser protegido, como muestra de una reacción antipositivista, en que se despliega un excesivo normativismo, se impone el estado como regente total, con un sometimiento exclusivo al mismo por parte de los individuos. Se le despoja al bien jurídico de su contenido ideológico, tratando de evitar la imposición de órdenes éticos y la estandarización de criterios ideológicos, lo cual crea una oportunidad para insertarle un contenido guía de su cometido dentro del Derecho Penal.

Más tarde, con al acceso al poder del fascismo en Europa, se produce una negación de la teoría del bien jurídico<sup>24</sup>, se estableció la negación de la función limitadora del bien jurídico, propiciando la necesidad de una teoría que orientara a la sociedad hacia una ética del resultado.

Con la preocupación de la comunidad internacional ante los horrores de la Segunda Guerra Mundial y los crímenes cometidos al aparato de ella es que empieza a propugnarse el reconocimiento de nuevos derechos en las constituciones nacionales, tratando de evitar que volviese a ocurrir semejante hecatombe<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> HORMAZABAL MALAREE, Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho: el objeto protegido por la norma penal, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda, Santiago de Chile, 1992. pp. 68 y 69; ARRANZ CASTILLEIRO, Vicente Julio, Minimalismo y Maximalismo Penal en la evolución del Constitucionalismo Moderno, Revista Cubana de Derecho No. 28, Julio-Diciembre de 2006. p. 11.

<sup>25</sup> Plantea Arranz Castilleiro que estas posturas determinaron la aprobación de textos constitucionales con una formación intensa de catálogos contentivos de principios y garantías, dirigidos esencialmente, entre otros a la protección de derechos fundamentales y de los derechos y garantías relativos a la justicia, *Vid* ARRANZ CASTILLEIRO, Ob. cit. pp. 14 y ss.

Este evento histórico trascendental influyó de esa forma en la aparición de teorías constitucionalistas sobre el bien jurídico, que pudieran subdividirse en estrictas y amplias, de acuerdo a su esfera de influencia sobre la amplitud del bien jurídico a proteger.

Las tesis estrictas, más que otorgarle un contenido real, se ocupan preferentemente de establecer límites al concepto, lo que orienta al mismo a una normativización del mismo, reduciendo su amplitud y ubicando su influencia desde la constitución; y las amplias pecan de ambigüedad, pues no establecen criterios determinados y solamente se rigen por una adaptación genérica de los bienes jurídicos a los valores constitucionales, que no es definida íntegramente<sup>26</sup>.

Este debate, explicado de forma evolutiva hasta los momentos actuales, muestra un trabajo difícil, sostenido e inconcluso para hallar la esencia de que debe ser protegido y de esa forma se ha tratado de realizar una adecuada delimitación del bien jurídico protegido, no obstante haberse enfrentado esta búsqueda a determinadas posiciones negacionistas del mismo, escudadas ante la argumentada imposibilidad de llegar a un consenso en la doctrina, que unifique los criterios identificadores de una teoría proporcional del Bien Jurídico Penal.

Muestra de ello se puede apreciar en la Teoría Sociológica-Funcionalista, donde hay una búsqueda de un concepto que ligue las orientaciones micro y macro del bien jurídico que evite la ambigüedad del mismo, que hasta ese momento ha seguido la tendencia contractualista en esencia, independientemente que se le critique que en ella hay una carencia de tratamiento al bien jurídico como límite al *ius puniendi*.

Sobre esa misma búsqueda se orienta la Tesis Sociológica Interaccionista, adoleciendo en que intenta explicar el proceso de criminalización desde la perspectiva de un interaccionismo simbólico, ignorando las estructuras sociales globales tales como la posición del individuo en la comunidad, ejercicio del poder y formas de ejecución

---

<sup>26</sup> Amplia Quirós Pirés cuando establece que estas teorías, independiente del hecho de no precisar el contenido de estos bienes jurídicos, solo disponen reacciones y consecuencias entre bienes jurídicos y valores que prevé la Constitución, criticando el hecho de que no todos los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal requieren necesariamente formar parte de los textos constitucionales. *Vid QUIROS PIREZ, Renén, Ob. cit. p. 187.*

del mismo, el desarrollo integral de la sociedad en un momento y lugar determinados entre otros aspectos.

Ejemplo de estos criterios son los asumidos por Jackobs, para quien, desde una perspectiva funcionalista sistémica, sostiene que se le debe negar toda trascendencia dogmática a la teoría del bien jurídico, reconociendo someramente que, de aceptarse la misma, debe verse solamente como la expectativa de funcionamiento de la vida social, legalmente establecida<sup>27</sup>.

Y finalmente, se han desplegado las teorías de la relación social como basamento del bien jurídico, dividiéndose entre las que siguen las tesis contractualistas del liberalismo, teniendo como exponentes esenciales a Bustos Ramírez y Hormazábal Malareé y las que siguen la Teoría del Conflicto de Marx, las cuales son esgrimidas por Pontioski y Reneén Quiros, entre otros.

Estos criterios, que apoyamos, basan sus proyecciones en que lo que debe estar protegido por la sociedad a través del Derecho Penal debe estar debidamente condicionado al contenido de las referidas normas penales, específicamente las relaciones sociales de relevancia que la comunidad, a través de la Ley Penal decide, en un momento determinado imponer, pudiendo, a partir del desarrollo dialéctico materialista, modificar en consecuencia a las variaciones que la misma sociedad ha determinado cambiar debido a los distintos condicionantes económicos, políticos y sociales.

---

<sup>27</sup> Para Jackobs, lo protegido, en sus palabras constituye... “la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; este bien se denominará a partir de ahora Bien Jurídico Penal”, *Vid* Jackobs, Gunther, Derecho Penal Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación, 2da Edición, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A. Madrid, 1997. p. 45; también *Vid* Jackobs, Gunther, “¿Que protege el Derecho Penal: Bienes Jurídicos o la Vigencia de la Norma?”, en Montealegre Linett, Eduardo, El Funcionalismo en Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2003. p. 43, argumenta de esta manera una posición Funcionalista Sistémica, donde se remarca que lo importante no es el Bien Jurídico, sino el sistema en sí mismo, planteando que la trascendencia debe enfocarse hacia la desconsideración con respecto al sistema: en esencia; las personas no importan, lo que importa es el sistema. *Vid* Bustos Ramírez, Juan, Op. cit. p. 111.

## 4. Funciones del Bien Jurídico Penal

Más, no podemos quedarnos solamente con una definición de Bien Jurídico Penal, es preciso además describir consecuentemente la variedad de funciones claves que ilustran su desempeño y delimitan su esfera de actuación en múltiples esferas del Derecho Penal en general y que se pueden agrupar en diferentes aspectos como:

### Función Garantizadora

Se plantea que el Bien Jurídico Penal es ante todo una delimitación de la actuación del Derecho Penal que contiene el poder destructivo de la pena, y precisamente de ahí este emprendimiento, el qué y por qué se protege, que dará vida y espacio propio a un bien jurídico a resguardar claro y concreto, posibilitando que se realice, de forma permanente, una crítica de la norma sancionadora. Esta revisión propiciará, en dependencia de las condiciones sociales, económicas y políticas, un proceso de criminalización y descriminalización de determinadas conductas que requieren o no un tratamiento penal<sup>28</sup>.

### Limitadora del *Ius Puniendi*

A partir de este empleo, se encarga, desde un enfoque de política criminal, de ser guía al legislador para que establezca el contenido y límite racional de lo que debe ser protegido, siempre bajo la premisa que la producción legislativa debe estar sustentada en la protección exclusiva de bienes jurídicos<sup>29</sup>.

Precisamente, desde esos postulados, tendrá un antes, con la revisión del ordenamiento jurídico penal material, que permita establecer el estado de lo protegido por la norma y un durante, al sustentar un límite material al *ius puniendi* estatal al momento de la producción legislativa.

### Teleológica

Esta función se enmarca en establecer el nivel y los criterios de interpretación de los tipos penales, que implantará pautas que den

---

<sup>28</sup> Vid Terradillo Basoco, Juan, La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, España, 1981. p. 149; y Hormazábal Malarée, Op. cit. p. 10.

<sup>29</sup> *Ibidem*. p. 9.

sentido y alcance a la finalidad de protección de determinados bienes jurídicos.

Además, mediante el mismo, es que se puede agrupar los diferentes tipos penales, tomando en consideración la estructura jerárquica de los bienes jurídicos a proteger, las diferentes formas de ataque a regular, determinando la mayor o menor gravedad de los mismos, teniendo que establecer siempre una significación jurídica penal “desde el bien jurídico penal protegido por la norma de que se trate”<sup>30</sup>.

### **Axiológica**

Se ha identificado esta función sobre la base de considerar al derecho como una ciencia valorativa y por ende vinculada al mundo de los valores<sup>31</sup>, estimando que se la misma se estructura sobre la protección de bienes y valores esenciales para la sociedad, que considera necesario la utilización del Derecho Penal para imbuirle de un manto de protección ante amenazas que puedan afectar su integridad.

Este mismo aspecto puede orientarse desde la selección de que bienes son relevantes para merecer protección, la exclusión de la antijuricidad de figuras delictivas ante la ocurrencia de determinados supuestos que lo hagan necesario o incluso la determinación del fin que debe alcanzarse con la estructuración y determinación de normas jurídicas.

### **Sistemática**

A partir del tipo de bien jurídico, sus características y contenidos es que el mismo influye en la sistemática normativa, de donde establece un catálogo de bienes jurídicos en atención a la tipicidad, describiendo los segmentos afectados de la sociedad, sean individuales o colectivos, grado de afectación, de donde se establecen los niveles de daño o peligro en que se ven inmersos los mismos, incluso las formas de actuación en contra de los mismos.

---

<sup>30</sup> *Ibidem.* p. 62.

<sup>31</sup> Posición sustentada por Ferrajoli cuando afirmó: “Palabras como (...) y bien jurídico, son claramente valorativas. Decir que un determinado objeto o interés es un bien jurídico y que su lesión es un daño es tanto como formular un juicio de valor sobre él...” *Vid* FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón Teoría del garantismo Penal*, Editorial Trotta, 1995. p. 467.

## Medición de la Pena

A partir de esta función se identifica una mayor o menor grado de afectación a los bienes jurídicos o al menos el nivel de peligro con que se ven amenazados, lo que incide de forma esencial en el hecho típico, todo lo cual sirve de base para la determinación judicial de la pena con sustento en los límites normativos planteados por la ley penal<sup>32</sup>.

## 5. Determinación del Bien jurídico Protegido

Para eso, luego de haber determinado en concreto a cual concepción de bien jurídico a proteger es necesaria para el Derecho Penal, es necesario ampliar que, para poder encuadrar al mismo requerimos de entender que ese bien jurídico, directamente su definición, debe llevar aparejada como basamento la concepción de relación social, cuestión que debe estar matizada, en todo momento, por un carácter dialéctico de naturaleza dinámica. Esta afirmación se debe a que el hombre, a lo largo de su historia, a medida que se desarrolla, provoca procesos de tesis, antítesis y síntesis de la convergencia de ideas.

Esta concepción que se propugna es por lo tanto, representación fidedigna de momentos históricos dados que serán en ese presente el sumario de una idea concreta, pudiendo ser posteriormente una tesis digna solo como criterio diferenciador o como muestra del crecimiento ascendente del pensamiento, similar a los criterios esgrimidos supra.

Como relación social, será capaz de absorber todos los elementos que la rodean, de forma que influya sobre la misma, la identidad cultural del espacio donde se desempeñe la misma, y la ideología propia del estado, los grupos políticos y la sociedad en general. Pero el elemento que hace distintiva a esa relación social como bien jurídico radica en la existencia de los hombres y sus necesidades que constituyen el pedestal de la misma.

Es clara la opinión al respecto de autores como Bustos Ramírez, quien establece que el bien jurídico es: “una síntesis normativa determinada de una relación social concreta y dialéctica”<sup>33</sup>, o del

---

<sup>32</sup> MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal General, 4ta Edición, Reppertor, S.L. Barcelona. 1996. p. 151.

<sup>33</sup> Vid BUSTOS RAMIREZ, Juan, Op. cit. p. 123.

profesor Quiroz quien nos recuerda que los bienes jurídicos son: “vínculos entre los hombres, establecidos en el proceso de su actividad en común”<sup>34</sup>, de forma que requieren la tutela de variadas ramas del derecho, sea la administrativa, la civil, la penal, etc., para lograr un desempeño adecuado para propiciar el desarrollo humano.

Sin embargo no podemos quedarnos solo con la noción de bien jurídico, debemos analizar qué cosa es bien jurídico penal para luego llegar a la cuestión que presenta lo protegido por el Derecho Penal Económico.

De acuerdo a la opinión de teóricos en el campo de las ciencias penales como Jakobs, los bienes jurídicos protegidos no deben verse como objetos físicos dignos de tutela penal sino que son la norma, la expectativa garantizada de la defensa de una norma penal, que destruye determinadas conductas que lesionan la estructura de las relación entre personas<sup>35</sup>, criterio que renuncia a la definición concreta de bienes jurídicos y solamente se basa en criterios de prevención general que dejan al indeterminismo que es lo que debe ser protegido por el Derecho Penal, lo cual abre vías para un desarrollo exponencial y desenfrenado de políticas de emergencia, el imperio del Derecho Penal del Enemigo y cualquier otra solución por la vía del Derecho Penal que limite sustancialmente los derechos y garantías de las personas en pro del sostenimiento del sistema.

A lo que responde Santiago Mir Puig, diciendo que lo protegido son intereses fundamentales para la vida social que reclame defensa penal, tesis que, aunque se ubica en el campo de la delimitación de que es lo protegido en esta rama del derecho, no logra todavía una conceptualización adecuada, pues es demasiado amplia la noción de los denominados intereses.

Similar a lo que sucede con los criterios de Cobo Del Rosal y Vives Antón, quienes se basan en la delimitación de los valores humanos, los cuales son cultural, política, temporal y económicamente influenciados e indefinen una base conceptual, que permita una estabilidad duradera que aporte certeza y seguridad jurídicas, cuando afirman

---

<sup>34</sup> Vid QUIRO PIREZ, Renén, Manual de Derecho Penal, Tomo I, Editorial Félix Varela. La Habana, 2005. p. 190.

<sup>35</sup> Vid JAKOBS, Günther ¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, año 2001. pp. 28 y 29.

que la concepción de bien jurídico es "...todo valor de la vida humana protegido por el derecho"<sup>36</sup>, lo cual es apoyado por autores como Berdugo Gómez De La Torre, quien además, le atribuye un concepto de valores ideales (inmateriales) del orden social, sobre los que descansa la armonía, el bienestar y la seguridad de la vida en sociedad<sup>37</sup>.

Más nosotros reafirmamos el acoger una teoría dialéctica materialista, asociados a la opinión de Hormazábal Malaree y Bustos Ramírez quienes resumieron que: "los bienes jurídicos considerados materialmente, son relaciones sociales concretas que surgen como síntesis normativas de procesos interactivos de discusión y confrontación que tienen lugar dentro de una sociedad democrática. Son dinámicas pues están en permanente discusión y revisión"<sup>38</sup>.

Para clarificar esta posición entendemos que se sustentan en una relación social basada en la satisfacción de necesidades, teniendo así, el Derecho Penal, un asidero de selección de los mismos, sobre la base de que esta relación se ubicará, atendiendo al grado de relevancia y de satisfacción de la necesidad para la sociedad, sobre la cual se sustenta esta relación y el nivel de afectación que pueda sentir la misma ante actuaciones de miembros de la misma comunidad.

Una vez establecido cual es el criterio seguido acerca de cómo entender que es el Bien Jurídico Penal es preciso delimitar que se entiende por Derecho Penal Económico para poder ubicar metodológicamente que Bien Jurídico Penal en esta materia especializada es adecuado conceptualizar, con vistas a dotarle de un contenido propio, que permita a la doctrina hallar un consenso legitimador que sirva de asidero a la justicia por mediación del legislador, en los asuntos donde se ventilen y describan taxativamente: las conductas lesivas que tengan como contrapartida la regulación normativa de la Economía como Bien Jurídico Penal.

---

<sup>36</sup> Vid COBO DEL ROSALI, Manuel y Vives Antón, Tomás S. Derecho Penal Parte General, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 318.

<sup>37</sup> Vid Colectivo de Autores, Lecciones de Derecho Penal Parte General, Editorial Praxis, S.A., 1999. p. 151.

<sup>38</sup> Vid Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malarée, Hernán, Lecciones de derecho penal, Volumen I, Editorial Trotta, Madrid, 1997, p. 59.

## 6. Evolución Histórica, Concepto delimitador y Contenido del Derecho Penal Económico

Los ilícitos contra la economía han sido regulados indistintamente en la historia<sup>39</sup>, aunque no delimitados como tal hasta que empezaron a ser estudiados, desde la Criminología, por Edwin Sutherland, cuando desarrolló en 1939 el concepto de “White Collar Crime”, o lo que es lo mismo, Criminalidad de Cuello Blanco, a partir de lo cual, establece una serie de parámetros sobre los cuales se identifica a la criminalidad económica, siendo el elemento acogido para desarrollar el presente trabajo, el referido al análisis de cómo debe ser entendido el bien jurídico, cuando este autor establece como presupuesto que la infracción debe ser apta para lesionar o poner en peligro el orden económico.

Ya Tiedemann, quien fue uno de los expositores iniciales de la teoría del Derecho Penal Económico, planteaba la necesidad de un Derecho Penal que tuviese caracteres propios, donde los bienes jurídicos estuviesen concretamente delimitados y pudiesen integrarse al sistema de derecho convencional, al decir que este Derecho Penal Económico “...presenta particularidades en relación a cuestiones de

---

<sup>39</sup> Se deba el caso de prestamistas y comerciantes que encubrían actos de usura, considerado por la iglesia no solo pecado mortal sino también delito sancionado con penas graves, en el sentido de utilizar mecanismos que permitían que sus transacciones operaran ocultas bajo formas diferentes de operar, como era, en el supuesto de débitos de una parte a la otra, el elevar artificialmente el tipo de cambio con el fin de hacerse con la diferencia y cobrar de esa forma sus adeudos la parte acreedora o se cobraban los intereses por la vía de las penalizaciones en los aparentes supuestos de mora en el cumplimiento de las obligaciones contraídas, previo por supuesto, un acuerdo entre las partes. (Nota del Autor).

la Parte general”<sup>40</sup>. Al igual que lo hicieron en Italia y España respectivamente Pedrazzi<sup>41</sup>, Arroyo Zapatero<sup>42</sup> y Terradillo Basoco<sup>43</sup>.

A esto hay que añadir que tiene que hacerse un preciso estudio de sus particularidades, en conexión estrecha con la evaluación consecuente de las estructuras imperantes en los sistemas socioeconómicos, concretando que para integrarlo al sistema convencional del Derecho Penal se requiere, por parte del Derecho Económico y la Política Económica un actuar consecuente, que delimite a esta especialización como realmente debe ser, para fortalecer su actuación y aplicar siempre y solamente, cuando sean insuficientes como elementos de protección, otras ramas del derecho.

Estos criterios de Tiedemann tienen su precedente en la historia teutona, cuando Alemania, en ocasión de la guerra y posterior a la misma<sup>44</sup>, se vio ahogada en más de 40 000 disposiciones penales para actuar contra los ilícitos económicos, situación que vino a aliviarse cuando esta extensa proliferación de normativas cesó en 1949, cuando se dictó la Ley de Simplificación del Derecho Penal Económico, a partir de la cual se hizo una separación entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo, pasando la esfera de protección de la Propiedad a la Economía y posteriormente a la Socio economía.

---

<sup>40</sup> *Vid*, TIEDEMANN, Klaus, Parte general del derecho penal económico, p. 1. Subraya Tiedemann que se debe esto a dos factores esenciales, por un lado a que el Derecho Penal Económico tiene en cuenta los nuevos factores socioeconómicos y opta por soluciones novedosas en su contenido y por otro lado obedece a cuestiones de técnica legislativa. También véase Tiedemann, Klaus, Lecciones de derecho penal económico, Barcelona, 1993.

<sup>41</sup> *Vid* PEDARAZZI, “El bien jurídico en los delitos económicos” (trad. Richard Rodríguez), en La Reforma Penal, Editorial Barbero Santos, Madrid, 1985.

<sup>42</sup> *Vid* ARROYO ZAPATERO, Delitos socioeconómicos, editorial Barbero Santos, Madrid, 1985; “El derecho penal económico en la RFA”, en La Reforma Penal: Delitos socioeconómicos, editorial Barbero Santos, Madrid, 1985 y Derecho penal económico y Constitución, en Reforma Penal No. 1, 1997.

<sup>43</sup> *Vid* TERRADILLO BASOCO, Lorenzo, Derecho penal de la empresa, Madrid, 1995

<sup>44</sup> Se refiere a la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) (Nota del Autor).

Similar punto de vista acota Hassemer, cuando establece que el bien jurídico es el pivote sobre el cual se debe montar toda conducta que el estado considere lesiva a los intereses de la sociedad<sup>45</sup>.

Para entender metodológicamente este fenómeno, tenemos que acercarnos a las características generales de su área de desarrollo, en particular con el denominado Derecho Penal Económico. Esencialmente esta orientación del Derecho Penal ha tenido distintas acepciones que influyen directamente en la concepción que se tenga sobre el bien jurídico protegido en esta área del Derecho Penal.

Precisamente, el delimitar el contenido de este derecho pasa por la perspectiva de la configuración del sistema económico donde deba emplearse, aunque no sea solamente esa perspectiva la que se tenga en cuenta.

Al decir de Romera y Cesano, se estará hablando de bien jurídico en materia penal económica, en dependencia del conjunto de relaciones que formen parte del sistema socio-económico al que se haga referencia y que además cumplan con la exigencia de tener relevancia, para que entonces influya sobre la protección dada por el bien jurídico penal, que incidirá a su vez en que tenga una mayor o menor delimitación conceptual<sup>46</sup>.

De esta forma se han establecido diferentes criterios sobre el ámbito de protección, se ha expuesto que el Derecho Penal Económico se encarga de la protección del orden económico; ahora este orden económico ha tenido diferentes concepciones, por un lado se entiende como el conjunto de normas que regula el orden económico reglado directamente por el estado, criterios que al decir de Bacigalupo, Righi

---

<sup>45</sup> *Vid* HASSEMER, Winfried, *Porque no debe suprimirse el Derecho Penal*, Edición Instituto Nacional de Ciencias Penales, Estados Unidos Mexicanos, 2003. pp. 35 y 36. También Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco, *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*, Valencia, 1995.

<sup>46</sup> *Vid* ROMERA, Oscar E, "Los cometidos del Derecho Penal Económico y sus núcleos problemáticos", *Revista de Derecho Penal y procesal Penal*, LexisNexis, Bs.As, No.1, septiembre, 2004. p. 191 y192; y Cesano, José Daniel, *El Bien Jurídico Protegido en los Delitos Contra El Orden Económico: Una contribución para su determinación*, Centro de Investigación interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, 2011. p. 6. [www.ciidpe.com.ar](http://www.ciidpe.com.ar).

y Muñoz Conde, reducen ostensiblemente los límites del mismo y forman un paralelo con las formas de intervención estatales de la economía; abarcando solamente dentro de este, aquellos tipos penales que son directamente regulados por el aparato estatal de poder, como son: las regulaciones fiscales, de formación de precios, monetarias, entre otros<sup>47</sup>.

Se le ha criticado, al ser una noción restricta, que deja fuera de protección todas aquellas conductas que el Estado ha decidido por políticas públicas dejar de atender, siendo endeble a nuestra consideración esta posición al variar los criterios e impedir criterios integra-dores del Derecho Penal Económico.

Este criterio tendrá en cuenta si la intervención del estado en la Economía será directiva: cuando el ente estatal dirige su política económica a través de mecanismos directos como la política de empresas públicas, monetaria, fiscal, entre otros; o si esta intervención es directa: que es cuando el estado participa como sujeto económico, donde este ente político, que actúa y dirige actividades económicas como función administrativa, aparece, las más de las veces, a través de las denominadas empresas públicas.

Por otro lado, ha habido un desarrollo de otra tendencia, influenciada por el aumento exponencial de la criminalidad económica, el desarrollo de la globalización neoliberal y la economía de mercado, en donde, se ha entendido el orden económico como la regulación jurídica de la producción, distribución, comercialización y consumo de bienes y servicios.

Este criterio, contrario a la tesis anterior, tiene una noción amplia de los límites de este Derecho Penal Económico, intentando establecer particularidades específicas para esta especialización, con vistas a detener este fenómeno criminal, que el derecho penal tradicional se ha mostrado ineficaz para hacer frente; rompiendo, con inclinación

---

<sup>47</sup> Vid BACIGALUPO, Enrique, Cuestiones penales de la nueva ordenación de las sociedades y aspectos legislativos del Derecho Penal Económico, editorial Astrea, Bs. As, 1974.p. 60; Righi, Esteban, Derecho penal económico comparado, Editorial Edersa, Madrid, 1991. p. 320 y Muñoz Conde, Francisco, “Principios político criminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Código Penal Español de 1994”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, No. 11, RT, San Pablo, pp. 11 y 12

extensiva, la sistemática que lleva el sistema penal y los principios que sustentan el mismo<sup>48</sup>.

Incluso, se habla de una tercera forma de entender este orden económico: como el conjunto de normas jurídico penales que protegen el sistema económico constitucional, asunción que es más bien una variante del sistema de intervención del estado en la economía, que finalmente define cual es el sistema socioeconómico al cual se afilian los estados.

Todo ello incide, sin descartar otros factores adicionales, a una expansión del Derecho Penal, en particular la parte de aquel relacionado con las características particulares de este Derecho Penal Económico: a saber, la aparición y desarrollo de novedosos bienes jurídicos, de naturaleza colectiva, provocados por la formación de nuevos riesgos, vinculados particularmente a las actividades económicas, en el marco de los distintos sistemas y niveles de desarrollo de los estados.

Expansión que ha obedecido, ya circunscribiéndonos a la realidad de las sociedades, a dar respuestas a situaciones de emergencia, que han colisionado muchas veces con las garantías establecidas por los mismos estados de derecho, acostumbrados a lidiar con bienes jurídicos concretos y perfectamente identificables, situación contradictoria cuando aterrizamos en el ámbito económico donde no se llega siquiera a una definición aproximada de que entender por tales.

Entonces, aclarados los puntos de vista acogidos sobre los aspectos medulares de esta problemática debemos añadir que, para empezar a establecer propuestas de delimitación consecuente del bien jurídico penal en esta especialización dentro del Derecho Penal, debemos tener en cuenta el alcance de este propio Derecho Penal Económico, que se visualiza desde cuatro partes indispensables, teniendo en cuenta particularmente a los sujetos económicos involucrados.

Los componentes de esta especialización comprenden: el Derecho Penal Económico en la Empresa, donde se ubican el peculado y la malversación de caudales públicos<sup>49</sup>, así como también es el Derecho

---

<sup>48</sup> Vid CERVINI, Raúl, Derecho Penal Económico, Perspectiva Integrada, Centro de Investigación interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, p. 2. [www.ciidpe.com.ar](http://www.ciidpe.com.ar).

<sup>49</sup> Vid MEJIAS RODRIGUEZ, Carlos Alberto, Estrategias, Necesidades y Urgencias del Derecho Penal Económicos en Cuba, Revista Ámbito Ju-

Penal Económico de la Empresa, que refiere a los delitos societarios y los fraudes e insolvencias punibles<sup>50</sup>, se ubica además el Derecho Penal Económico Patrimonial, contenido de los delitos de estafas y fraudes bancarios<sup>51</sup> y finalmente se establece el Derecho Penal Económico por Derivación, que abarca los delitos ecológicos, los laborales, informáticos entre otros<sup>52</sup>.

## 7. Manera de Conclusiones

Que un Derecho Penal Garantista debe estar orientado por el principio de Lesividad, entendido como la guía de criminalización de conductas que afecten a un bien, acogido por la comunidad como esencial para su existencia, siguiendo los pronunciamientos de Beccaria en cuanto a que el mismo deberá tener una pena en correspondencia con la afectación que haya ocasionado y denominado como principio de Lesividad posteriormente por Ferrajoli.

Que la obra de Beccaria “De los Delitos y de las Penas”, constituye un punto de inflexión donde se condensan aspectos cruciales que propugnan la necesidad de protección de la sociedad ante los daños de otros, al determinar, de forma vehemente, que el daño a la sociedad es la verdadera medida de los delitos, cimiento del largo e inconcluso camino en la determinación de la esencia de lo que es protegido por el Derecho Penal.

Que la Teoría General del Bien Jurídico ha tenido una evolución compleja y plagada de planteamientos, que van desde los criterios iniciales de Birbaum, cuando inicia la denominación formal de bien jurídico, pasando por las teorías que propugnan su preeminencia bajo la égida de disímiles consideraciones como es el caso Binding con sus criterios ius racionalistas positivistas, así como el caso de Von Litz y su teoría positivista natural, contrastando con las teorías que niegan su existencia como las establecidas por los Funcionalistas Sistémicos como Jakobs, hasta llegar a las Teorías de la Relación Social

---

rídico No. 100, Mayo de 2012. en <http://www.ambito-juridico.com.br> (17 de Febrero de 2015). p. 10.

<sup>50</sup> *Ibidem.* p. 10.

<sup>51</sup> *Ibidem.* p. 11.

<sup>52</sup> *Ibidem.* p. 11.

que integran lo normativo como manifestación del derecho y su contenido social y direccional del bien jurídico y que ubican al mismo como eje motivacional que orienta el contenido, alcance y límites del Derecho Penal.

Que el Bien Jurídico Penal, en un Derecho garantista, debe estar configurado como relación social específica, que sea un sumario normativo, conclusión de los procesos de interacción de las comunidades y basado en la satisfacción de sus necesidades, dentro de las que se eligen que es lo que debe protegerse y en qué medida ha de hacerse, teniendo carácter dinámico pues no son perennes y requieren de legitimación constantemente por la sociedad, en un lugar y momento determinados.

Que acogemos una visión amplia del Derecho Penal Económico, cuando afirmamos que al mismo debemos entenderlo como el conjunto de normas, principios, fundamentos que regulan el orden económico, entendido como ordenación jurídica de la producción, distribución, comercialización y consumo de bienes y servicios.

Que se entiende que el Bien Jurídico Penal dentro del Derecho Penal Económico debe entenderse como el Orden Económico, regulado como el proceso de producción, distribución, comercialización y consumo de bienes y servicios para la sociedad.

Que este Orden Económico estará integrado por el conjunto de relaciones humanas que se desarrollan en el marco de las conexiones socioeconómicas establecidas por las sociedades en un momento y lugar determinadas, influidas por el nivel de desarrollo y orientadas por el alcance de sus perspectivas de desarrollo.

## 8. Bibliografía de Referencia

Arranz Castilleiro, Vicente Julio, Minimalismo y Maximalismo Penal en la evolución del constitucionalismo moderno. Una proyección para el análisis de los contenidos penales de la Constitución cubana en ocasión de su XXX aniversario, Revista Cubana de Derecho, No. 28, Julio - Diciembre de 2006.

Arroyo Zapatero, Delitos socioeconómicos, Editorial Barbero Santos, Madrid, 1985.

\_\_\_\_\_"El derecho penal económico en la RFA", en La Reforma Penal: Delitos socioeconómicos, editorial Barbero Santos, Madrid, 1985.

\_\_\_\_\_. Derecho penal económico y Constitución, en Reforma Penal No. 1, 1997.

Bacigalupo, Enrique, Cuestiones penales de la nueva ordenación de las sociedades y aspectos legislativos del Derecho Penal Económico, Editorial Astrea, Bs. As, 1974.

\_\_\_\_\_, Manual de Derecho Penal Parte General, Editorial Temis S.A, Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1996.

\_\_\_\_\_, Derecho Penal Parte General, Editorial Hammurabi, 2da edición, Buenos Aires, Argentina, 1999.

\_\_\_\_\_, Derecho Penal y el Estado de Derecho, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005.

Bonesana, César, Marqués de Beccaria, Tratado de los delitos y de las penas, s/t, Editorial Heliasta, Brasil, 1993.

\_\_\_\_\_, Tratado de los delitos y de las penas, 2da edición, Serie Derecho, Editorial Alianza, España, 2002.

\_\_\_\_\_, Tratado de los Delitos y de las penas, Editorial Tecnos Clásicos del Pensamiento, Madrid, España, 2008.

Berdugo Gómez De La Torre, Ignacio y otros, Lecciones de Derecho Penal Parte General, 2da Edición, Editorial Praxis, 1999.

Botero Bernal, Andrés, La Teoría Unificadora Dialéctica de Roxin a la luz de Beccaria, Revista Telemática de Filosofía del Derecho No. 5, 2001/2002.

Buch Sánchez, Rita María (Directora Académica), Historia de la Filosofía: Filosofía Medieval, Tomo II, Editorial Félix Varela, La Habana, 2011.

\_\_\_\_\_, Historia de la Filosofía: Filosofía Moderna, Tomo III, Editorial Félix Varela, La Habana, 2011.

Buch Sánchez, Rita María (Directora Académica) y Samé Iglesias, Tania, Historia de la Filosofía: Filosofía Iluminista, Tomo IV, Editorial Félix Varela, La Habana, 2012.

Buch Sánchez, Rita María (Directora Académica) y Dominic Oliva, Eduardo, Historia de la Filosofía: Filosofía Clásica Alemana, Tomo V, Editorial Félix Varela, La Habana, 2012.

Bustos Ramírez, Juan, Manual de Derecho Penal Parte General, Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A. 1994.

Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malarée, Hernán, Lecciones de derecho penal, Volumen I, Editorial Trotta, Madrid, 1997.

Cesano, José Daniel, El Bien Jurídico Protegido en los Delitos Contra El Orden Económico: Una contribución para su determinación, Centro de Investigación interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, 2011. [www.ciidpe.com.ar](http://www.ciidpe.com.ar).

- Cervini, Raul, Derecho Penal Económico, Perspectiva Integrada, Centro de Investigación interdisciplinaria en Derecho Penal Económico. [www.ciidpe.com.ar](http://www.ciidpe.com.ar).
- Cobo Del Rosal, Manuel y Vives Antón, Tomás S. Derecho Penal Parte General, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
- Colectivo de Autores, Lecciones de Derecho Penal Parte General, Editorial Praxis, S.A., 1999.
- Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal, Editorial Trotta, S.A. 1995.
- Feuerbach, Paul. Joham, Anselm, Ritter Von, "Tratado de Derecho Penal", traducción al castellano de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer del Tratado de Derecho Penal Común vigente en Alemania, editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1989.
- Hassemer, Winfried, Porque no debe suprimirse el Derecho Penal, edición Instituto Nacional de Ciencias Penales, Estados Unidos Mexicanos, 2003.
- Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco, La responsabilidad por el producto en Derecho Penal, Valencia, 1995.
- Hormazábal Malarée, Hernán, Política Penal en el Estado democrático, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 37, Fasc/ Mes 2, 1984.
- \_\_\_\_\_, Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho: el objeto protegido por la norma penal, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda, Santiago de Chile, 1992.
- Jakobs, Günther, Derecho Penal Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación, 2da Edición, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A. Madrid, 1997.
- \_\_\_\_\_, ¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, año 2001.
- Mejías Rodríguez, Carlos Alberto, Delitos Asociados a la Contratación Económica, Ediciones ONBC, La Habana, 2013.
- \_\_\_\_\_, Estrategias, necesidades y urgencias del Derecho Penal Económico en Cuba, Revista Ámbito Jurídico No. 100, Mayo de 2012. <http://www.ambito-juridico.com.br>.
- \_\_\_\_\_, La Responsabilidad penal y colateral de las personas naturales en las estructuras organizadas, Revista Jurídica del Perú, Edición Especial No. 34, Normas Legales, Editorial El Buho, Lima, Perú, 2012.
- Montealegre Linett, Eduardo, El Funcionalismo en Derecho Penal, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2003.

- \_\_\_\_\_, El Funcionalismo en Derecho Penal, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2003.
- Morillas Cueva, Lorenzo, Reflexiones sobre el Derecho Penal del Futuro, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 04-06, 22 de abril de 2002.
- \_\_\_\_\_, El Derecho Penal Mínimo o la expansión del Derecho Penal, Revista Cubana de Derecho No. 25, Enero-Junio de 2005.
- Muñoz Conde, Francisco, "Principios político criminales que inspiren el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Código Penal Español de 1994", en Revista Brasileira de Ciências Criminais , No. 11, RT, San Pablo.
- Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, Derecho Penal Parte General, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- Pedrazzi, "El bien jurídico en los delitos económicos" (trad. Richart Rodríguez), en La Reforma Penal, ed. Barbero Santos, Madrid, 1985.
- Quirós Píres, Renén, Manual de Derecho Penal, Tomo I, Editorial Félix Varela. La Habana, 2005.
- Righi, Esteban, Derecho penal económico comparado, editorial Eder-sa, Madrid, 1991.
- Rodríguez Mourullo, Gonzalo, Derecho Penal Parte General, Editorial Civitas S.A. 1978.
- Rodríguez Pérez de Ágreda, Gabriel, La Culpabilidad ¿Un concepto en crisis?, Revista Cubana de Derecho, No. 16, Julio-Diciembre de 2000.
- \_\_\_\_\_, La Adecuación Judicial de la Pena, en Revista Cubana de Derecho, No. 31, Enero-Junio de 2008.
- Romera, Oscar E, "Los cometidos del Derecho Penal Económico y sus núcleos problemáticos", Revista de Derecho Penal y procesal Penal, LexisNexis, Bs.As, No.1, septiembre, 2004.
- Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General Tomo I: Fundamentos. La Estructura De La Teoría Del Delito, Traducción de la 2da edición alemana, Editorial Civitas, 1997.
- \_\_\_\_\_, La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el Proceso Penal, editorial tirant lo Blanch alternativa, Valencia, España, 2000.
- \_\_\_\_\_, Política criminal y sistema del derecho penal, editorial Ham-murabi, 2da edición, Buenos Aires, Argentina, 2002.

\_\_\_\_\_, El Concepto de Bien Jurídico como Instrumento de Crítica Legislativa sometido a Examen, Traducción de Manuel Cancio Meliá, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología No 15-01, 2013.

Sanz Mulas, Nieves, De las libertades del Marqués de Beccaria, al todo vale de Gunter Jackobs El Fantasma del enemigo en la legislación penal española, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología No. 1410, 15 de octubre de 2012.

Terradillos Basoco, Lorenzo, Derecho penal de la empresa, Madrid, 1995.

Tiedemann, Klaus, Lecciones de derecho penal económico, Barcelona, 1993.

Zaffaroni, Raúl Eugenio, La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria sobre la política criminal en el mundo, Ponencia presentada al Congreso Internacional Cesare Beccaria y la política criminal moderna, celebrado en Milán, Italia, 15-17 de Diciembre de 1988.

\_\_\_\_\_, “La Función reductora del Derecho Penal ante un estado de derecho amenazado (o la lógica del Carnicero responsable)”, Conferencia dictada en el XIII Congreso Latinoamericano, V Iberoamericano y Iº del Mercosur de Derecho Penal y Criminología. Guarujá, Brasil, 16 de septiembre de 2001, en “Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?” Nº 3, Fabián J. Di Plácido Editor, Bs. As., 2003.

# La Criminología Mediática, versión contemporánea de Beccaria acerca de “la opinión que atormenta”

DRA. TANIA DE ARMAS FONTICOPA\*

*“Cuando se descubrió que la información era un negocio,  
la verdad dejó de ser importante.*

RYSZARD KAPUŚCIŃSKI

## Sumario

1. Introducción
2. La socialización a través de los medios. Especial referencia a la televisión
3. La política y la Criminología mediática
4. La manipulación de los medios desde una perspectiva criminológica
5. Zaffaroni y la Criminología mediática

## 1. Introducción

Resulta muy placentero que mucho de la esencia del pensamiento de Beccaria y lo que ha quedado de él sea precisamente “lo criminológico”.

Cuando en nuestras clases honramos el legado y los precedentes de la Criminología como ciencia, incluimos a CÉSAR BONESANA, MARQUÉS DE BECCARIA como uno de los autores imprescindibles de la etapa precientífica, pues si bien aún en ese periodo no había nacido la Criminología como ciencia, el maestro italiano con su prédica en

---

\* Profesora Titular de Criminología y Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. [tania@lex.uh.cu](mailto:tania@lex.uh.cu)

su famoso opúsculo *De los delitos y las penas*<sup>1</sup> acerca del derecho a castigar, la prevención criminal, su crítica hacia la crueldad de las penas; obtenía un boleto inexcluíble del largo viaje del pensamiento criminológico.

Este evento nos confirma que tal como decimos de nuestro José Martí, BECCARÍA escribió de todo en la obra citada; no por gusto se le ha catalogado como la cimiento del Derecho Penal moderno.

“Solo creo lo que veo”, dicen algunos escépticos por ahí; creyendo asegurar con ello que va a ser muy exacta la información que reciben. Pero resulta que ésta fundamentalmente es obtenida a través de la realidad misma en el menor de los casos y casi siempre, de los medios de comunicación. Todo es verdad si ellos lo dicen.

Los medios, influyen en las conductas de las personas, que de reflexivas y capaces de realizar abstracciones, han pasado a convertirse en seres que solo miran y pierden o limitan su capacidad de pensar, a merced de los centros de poder que lo manipulan y son los verdaderos dueños de esos medios y de nosotros mismos, de nuestra capacidad reflexiva y simbólica.

Beccaria, en su famosa obra *De los delitos y las penas*, se refirió a la importancia de la seguridad ciudadana: “... La seguridad de cada particular. Siendo este el fin primario de toda sociedad legítima, puede dejar de señalarse alguna de las penas más considerables, establecidas por las leyes a la violación del derecho de seguridad adquirido por cada ciudadano”.<sup>2</sup>

La seguridad ciudadana es por su parte, expuesta a constante examen en los medios de comunicación, por lo que resulta un tema de extrema cotidianeidad en ellos. Las opiniones que se vierten en los medios construyen a la realidad, demonizan o glorifican a las personas. “La opinión es la que atormenta al sabio y al ignorante, la que ha dado crédito a la apariencia de la virtud más allá de la virtud misma...”.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> BONESANA CESAR, *De los delitos y las penas*, Editorial Alianza, Madrid, 1968.

<sup>2</sup> BONESANA, César, *op. cit.*, p. 40.

<sup>3</sup> BONESANA, César, *op. cit.*, p. 42.

## **2. La socialización a través de los medios. Especial referencia a la televisión**

La socialización es el proceso a través del que se transmite la cultura a las personas; éstas aprenden las pautas de comportamiento de una sociedad determinada, su organización y exigencias; los premios y castigos que ella ha determinado en función de la conducta que asuma en la misma, así como los conocimientos que ha ido acumulando la humanidad.

La familia cumple en el entramado socializador, un papel preponderante. Cronológicamente, en la vida de un individuo, la influencia familiar es la primera en aparecer e influir en su personalidad y en su crecimiento espiritual. Pero ya la familia moderna ya no es la tradicional conformada por mamá, papá y los hijos que tengan, sino que ha ido transformándose y articulándose según las necesidades de las personas; su conformación ha ido adaptándose a los nuevos requerimientos y necesidades de las personas y a los nuevos escenarios sociales.

Desde que la televisión apareció como medio electrónico de transmitir imágenes, se fue convirtiendo en un objeto importante en la familia, para la que conjuntamente con el refrigerador y la lavadora constituyen los elementos más importantes a tener en un hogar para facilitarles la vida. Muchas personas incluso jocosamente lo incluyen como un miembro más de esa importante célula de la sociedad. Su pérdida o rotura causa generalmente un gran malestar en las personas que la integran.

Las personas pasan mucho tiempo de su cotidianeidad frente a la televisión con el propósito de cubrir sus necesidades de información y pasatiempo. En el caso de los niños en particular, probablemente su tiempo frente al televisor, sea mayor que el tiempo que le presta atención al maestro, de esta manera su cosmovisión se va conformando ante el mapa social que se construye para él a través de estos medios.

Desde que nacemos entonces, estamos “bombardeados” a través de las imágenes; desde los animados infantiles, los anuncios publicitarios, las series televisivas, incluso las producidas para niños, se transmiten mensajes, meticulosamente elaborados para producir determinadas reacciones, determinado ser humano, moldeado a la imagen y semejanza de los intereses prevalecientes en una sociedad determinada.

“El mundo en el que vivimos se apoya sobre los frágiles hombros del “video-niño”: un novísimo ejemplar de ser humano educado

en el tele-ver delante de un televisor incluso antes de saber leer y escribir".<sup>4</sup>

Esto hace que estemos en presencia de la construcción de un moderno e insólito ejemplar humano, porque la televisión ha ido produciendo una transformación al menos, en la mentalidad de las personas.

Las escenas de violencia, sexo, son vistas por los infantes, pese a las prohibiciones y alertas que la propia televisión eventualmente puede realizar, o a los cuidados que los propios padres puedan adoptar para evitar la exposición de sus hijos a esos contenidos. "Los modelos a lo Rambo, u otro héroe similar, matando terroristas o guerrilleros de la etnia de turno, o a "Harry el Sucio" eliminando sin piedad a violadores y asesinos deleznable"<sup>5</sup> son constantemente puestos a disposición de los niños como opciones conductuales.

"Y mientras el poder enseña impunidad, esos grandes medios y sobre todo la televisión, difunden mensajes de violencia y de consumismo obligatorio. ... ¿Cuántas escenas de consumismo ven? ¿A cuántos ejemplos de despilfarro y ostentación asisten cada día? ¿Cuántas órdenes de comprar reciben los que poco o nada pueden comprar? ¿Cuántas veces al día se les taladra la cabeza para convencerlos de que quien no compra no existe, y quien no tiene no es? Paradójicamente la televisión suele transmitir discursos que denuncian la plaga de violencia urbana y exigen mano dura, mientras la misma televisión imparte educación a las nuevas generaciones derramando en cada casa océanos de sangre y de publicidad compulsiva. En ese sentido, bien podría decirse que sus propios mensajes están confirmando su eficacia mediante el auge de la delincuencia."<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> SARTORI, GIOVANNI, Homo videns. La sociedad teledirigida, Taurus, Madrid, 1998, pp. 11-12.

<sup>5</sup> FERNÁNDEZ MATEO, FRANCISCO, Familia, Televisión y Socialización del Niño, artículo digitalizado, Facultad de Filosofía Sociología e Historia de la Universidad de la Habana.

<sup>6</sup> GALEANO EDUARDO, Eduardo, "El Sacrificio de la Justicia en los Altares del orden", En: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2014/galean14.htm>, consultado el 23/01/2014, a las 09.00 hrs.

Televisión proviene del vocablo griego tele («distancia») y la latina visio («visión»). Quiere decir que a través de la televisión se puede ver cualquier cosa en y desde cualquier lugar. Aquí por tanto lo que prevalece es la imagen, la palabra a veces es superflua, estorba, de manera que el niño(a) va empobreciendo su lenguaje, se forma un individuo de escasa apetencia cultural por la lectura; de todo lo que el conocimiento científico ha acumulado a través de la escritura, de su crecimiento intelectual. Prevalece lo lúdico sobre la abstracción, la enajenación por el pensamiento abstracto.

Se van conformando procesos de de subjetivación y precarización del individuo que va creciendo con con grandes limitaciones en su pensamiento crítico, muy conveniente para los que les interesa tener adelantada una fase de la inocuización del ciudadano.

Es por eso que se requiere cada vez más, frente a la influencia de los medios de comunicación, la formación científica y profesional de los maestros, juristas y comunicadores con una preparación para capacitarlos para una reflexión académica, política y social crítica de la sociedad y se pueda “retar y asaltar” a los medios para transmitir el conocimiento y la cultura con esta tónica.

### **3. La política y la Criminología mediática**

El alemán ULRICH BECK, con su aporte sociológico en su libro “La sociedad del riesgo”, traslada la idea de una sociedad amenazada: de riesgos ecológicos, nucleares, de acciones terroristas, que adquieren una alarma planetaria producto de la globalización.

Todo esto puede ser multiplicado a través de los medios que no difunden nada de forma espontánea, sino de manera meticulosamente planeada, programada y manipulada: una palabra, una frase, una imagen, son calculadamente producidos con el fin de lograr un reflejo en el destinatario y si es posible una reacción.

Los dueños de los grandes medios, son por lo general, los que detentan los poderes económicos, o al menos responden a sus intereses; lo que se transmite, es por tanto, lo que a ellos les interesa informar, la realidad que se quiera presentar y de la manera que ellos la quieran mostrar.

“La televisión, muestra lo que ocurre? En nuestros países, la televisión muestra lo que ella quiere que ocurra; y nada ocurre si la televisión no lo muestra. La televisión, esa última luz que te salva de la soledad y de la noche, es la realidad. Porque la vida es un espec-

táculo: a los que se portan bien, el sistema les promete un cómodo asiento.”<sup>7</sup>

GIOVANNI SARTORI<sup>8</sup> nos alerta de todo esto en su libro *Homo Videns*; es por eso que resulta necesario intuir y escrutar la dinámica de la manipulación operada por los que están llamados a protegernos de esa manipulación: los medios de comunicación masivos. Otro de los detractores de la televisión como medio de manipulación, lo ha sido también sin dudas PIERRE BORDEAU.

“No importa que la imagen pueda engañar, aún más que las palabras... Lo esencial es que el ojo cree en lo que ve; y, por tanto, la autoridad cognitiva en la que más se cree es lo que se ve. Lo que se ve parece “real”, lo que implica que parece verdadero.”<sup>9</sup>

La violencia criminal es magnificada a través de los medios, la impunidad es exaltada. Esto ocasiona inseguridad y miedo, y un extraño consenso social que reclama reformar las leyes, sobre todo, el desarrollo de políticas de mano dura, especialmente contra los criminales, casi siempre estereotipados como los que provienen de clases sociales menos afortunadas. Con ello se suele justificar el sacrificio de la libertad personal en beneficio de la seguridad y el orden.

La Criminología Mediática tiene su máxima expresión política en el debate electoral.<sup>10</sup> En muchos países del mundo y en América en particular, la porfía política por el poder, se fundamenta en gran medida en la seguridad ciudadana, los contendientes por llegar hasta el asiento presidencial preconizan que van a garantizarla. La mayor o menor credibilidad de los adversarios políticos dependerá en buena medida, de los afeites de sus mensajes ante las cámaras de televisión, cómplices del eterno embaucamiento al electorado.

---

<sup>7</sup> GALEANO, Eduardo, *El libro de los abrazos*, Editorial Ediciones La Cueva, p. 113. Disponible en: <http://www.portalalba.org/biblioteca/GALEANO%20EDUARDO.%20El%20Libro%20de%20los%20Abrazos.pdf> Consultado el 22/9/2015, a las 22.15 hrs.

<sup>8</sup> SARTORI, Giovanni, *op. cit.*

<sup>9</sup> *Ídem*, p. 79.

<sup>10</sup> “El político actual suele ser algo así como el actor o actriz de telenovela, pasa a ser un *tele-político*. Además, no puede cambiar el personaje, a diferencia del actor o actriz profesional, queda preso de su papel.” *Vid*, ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL: La Cuestión Criminal, suplemento del periódico p. 12, Nos. 17 a 24 jueves 15 de septiembre de 2011.

## 4. La manipulación de los medios desde una perspectiva criminológica

La manipulación de los medios, especialmente televisiva desde la perspectiva criminológica cumple varias funciones:

1. **Reproducen los mitos del positivismo criminológico:** "...el delincuente es pobre, feo, mal vestido. Pertenece a las más bajas capas de la sociedad... los delincuentes son los que están en las prisiones, como los locos son los que están reclusos en el manicomio... la ley es producto del consenso de la conciencia colectiva... todos tienen las mismas oportunidades de ser apresados y de ser sancionados."<sup>11</sup> Delincuentes también son los luchadores de la izquierda, los revolucionarios, los soñadores que pretenden cambiar el mundo y que confían que aún es posible.

Los medios definen de forma estereotipada quienes son los desviados, propician "...la facilitación mediática a partir de seriales televisivos, filmes, de cómo cometer delitos y la propia presentación de las crónicas criminales"<sup>12</sup> y en muchos casos en la apología y o exaltación que se realiza de lo criminal y del que comete los delitos; la propagación de la creencia de que la criminalidad solo puede enfrentarse a través del Derecho Penal y el etiquetamiento de algunas minorías como desviados, distintos, transgresores, a partir de estereotipos repetidamente expuestos por los medios que se convierten en una opción punitiva de connotación selectiva y política.

La manipulación de los medios es entonces la vía para introducirnos en nuestras mentes un mundo de malos y buenos, donde los

---

<sup>11</sup> Vid, ANIYAR DE CASTRO, Lola, "La realidad contra los mitos" Universidad de Zulia, Maracaibo, 1982, pp. 12-15.

<sup>12</sup> Vid, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La cuestión Criminal*, Suplemento Especial No 17 del periódico Página 12, p. IV... "la publicidad de los delitos difunde métodos criminales e instiga a una criminalidad *amateur* muy peligrosa. Un buen ejemplo de reproducción criminal fue la enorme publicidad de secuestros extorsivos que tuvo lugar hace pocos años en la Argentina, donde estos delitos no son comunes. La insistencia mediática hizo cundir la falsa creencia de que se trata de un delito rentable y de fácil comisión, lo que provocaba miedo en la población, cuando en realidad es uno de los delitos más difíciles, salvo que cuente con cobertura oficial. "

buenos, suelen ser los que ostentan el poder, mientras que los malos acostumbra ser los que lo amenazan. “Una mitología de dioses malos perfectamente definidos, con roles señalados y definitivos en el drama criminológico; esa mitología de justicia inexorable y de dioses buenos... que ha sido el corazón de la vieja criminología, y ha deleitado a niños y adultos, a los lectores de la página roja, a los devoradores de novelas policiacas, a los dramaturgos y su culto público.”<sup>13</sup>

Esa división de buenos (honestos, sensibles, humanos) y malos (perturbadores, indóciles, rebeldes, temibles) ahora se determina a través de los medios; son ellos los que se reinventan en la época contemporánea como los demonizadores, las brujas malignas, de los siglos XIX y XX.

2. **Refuerzan la autculpabilidad:** La culpa de lo que se vive y se padece la tenemos nosotros mismos. La victimodogmática adquiere aquí un papel sin precedentes: Somos culpables de lo que nos pasa: Nos hurtan porque nos descuidamos, nos estafan porque somos tontos.
3. **Distrae a las personas resaltando lo banal, lo inculto y lo glorifican:** Lo vulgar está de moda. La ignorancia y la mediocridad prevalecen y el pensamiento reflexivo y crítico es sustituido por un pensamiento emocional, exaltado que permite psicológicamente inducir ideas, deseos y miedos, evitando por otra parte, que se alarmen con los problemas principales de la sociedad.
4. **Exacerban la inseguridad:** La crónica roja, la exaltación de los miedos y las amenazas criminales, crean en la población una inseguridad que genera eventualmente exigencias de tipo punitiva contra los hacedores de estos sentimientos inducidos. Obvian conscientemente las causas de estos fenómenos: las desigualdades sociales, la marginalidad, la existencia de sectores excluidos e invisibilizados que requieren otro tipo de soluciones a sus problemas y no las exageradas penas que el imaginario social colectivo es inducido a solicitar frecuentemente.

Se pretende así limitar la “sensación de inseguridad” al plano de la criminalidad, ignorando que atraviesa todos los ámbitos de la existencia social.

---

<sup>13</sup> *Ídem*, p. 16.

5. **Promueven la adquisición de medios de defensa:** La compra de alarmas, cámaras, sensores, dispositivos de todo tipo; la construcción de rejas que hacen de los hogares castillos sitiados y a sus habitantes, vulgares delincuentes encerrados en sus propias casas, hacen complacencia a la industria que fabrica seguridad y se invierte el control hacia toda la sociedad misma.
6. **Legitiman el castigo legal o ilegal de los delincuentes:** Se justifica así, que un policía de muerte a un delincuente o sospechoso de serlo en las calles, también que sea golpeado. Todo ello se fundamenta a partir de la excusa de que el mismo estaba drogado, o tenía antecedentes penales, entre otras justificaciones. El receptor del mensaje entonces, considera en última instancia que es lo mejor, que hay uno menos en las calles y solo en los últimos tiempos, hay una emergente postura crítica del público frente a la desmedida actuación policial; véanse por ejemplo las reacciones de las personas en Estados Unidos frente a la creciente violencia policial especialmente contra las minorías de negros, jóvenes, latinos, entre otros.

La forma en que se presentan las imágenes, la noticia, la manera en que se construye la historia, en todo caso, legitima que el delincuente termine en esa gran alcantarilla social que es el sistema penal, casi siempre con elevadas penas.

- **Minimizan la repercusión de los delitos y de los delincuentes de cuello blanco:** Se visibilizan fundamentalmente los delitos y los delincuentes comunes, se solapan las consecuencias nefastas de la delincuencia de cuello blanco para la economía y para la sociedad.
- **Criminalizan y demonizan a personas y a sucesos y por el contrario exaltan a otros en virtud de intereses políticos y económicos:** La opinión es: "...la que hace parecer misionero aún al más malvado porque encuentra en ello su propio interés."<sup>14</sup>

La manipulación de los medios permite presentarnos las amenazas, reales o construidas, de la forma que deseen y pueden fácilmente llegar a convencernos de, casi todo; facilitan la construcción del nuevo mapa criminológico.

---

<sup>14</sup> BONESANA, César, *op. cit.*, p. 42.

## 5. Zaffaroni y la Criminología mediática

El talento criminológico y jurídico de Eugenio R. Zaffaroni, ha hecho, entre los muchísimos aportes que ha realizado al Derecho Penal y a la Criminología, que extienda una vertiente de la Criminología, llamada por él Criminología mediática. Su perenne vocación de desarrollar e innovar en estos espacios del conocimiento científico, lo ha hecho renovar los discursos criminológicos y jurídico-penales, que tanto agradece la teoría, la práctica y la academia.

El pensamiento criminológico así, se enriquece con su concepción acerca de la lógica punitiva y su soporte mediático.

Considera el destacado penalista que la Criminología mediática construye una realidad aparente que pone en riesgo vidas humanas y hasta al propio funcionamiento del Estado. En un juego con el espectador, expone ante sus ojos a las víctimas de los delitos, las cuales denuncian todo lo que los que están detrás del mensaje que se quiere transmitir, no se atreven a manifestar; así se potencia lo emocional para legitimar la perspectiva punitiva de mano dura que significa aumentar las penas, mayores facultades para la policía, entre otros aspectos.

“Es frente a esta criminología mediática que se debe profundizar el trabajo en la investigación y el conocimiento de la cuestión criminal”.<sup>15</sup>

Tal como afirmamos con anterioridad, el Estado, las personas, contribuyen a la industria de la seguridad, al buscar incesantemente medios para protegerse de la inseguridad social. Lo que sucede es que buscando el control de la criminalidad nos estamos controlando a nosotros mismos.

“Entre otras cosas, la criminología mediática oculta al público la potenciación del control reductor de nuestra libertad. Al crear la necesidad de protegernos de *Ellos*, justifica todos los controles estatales –primitivos y sofisticados– para proveer seguridad. Esta es la clave

---

<sup>15</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “La criminología mediática banaliza las violencias y le marca límites al Estado”, Conferencia en la Inauguración de la Maestría en Comunicación y Criminología el 8 de agosto del 2013 en la Facultad de Periodismo y Comunicación Social de la UNLP. Disponible en: <http://www.andaragencia.org/wp-content/themes/magpress> Consultado de 25/3/2015, a las 20:00hrs.

última de la política criminal mediática, inmejorablemente expuesta por FOUCAULT hace más de tres décadas. No lo olviden: lo que al poder punitivo le interesa no es controlar a ellos, sino a nosotros.”<sup>16</sup>

En los últimos tiempos, la criminalidad que se muestra por la televisión, en la que se difunden seriales donde el criminal resulta el héroe cual Robin Hood contemporáneo; se le glorifica en las narcorrancheras, cuyos videos clips muestran al capo como aquel sujeto exitoso, entiéndase: el que tiene mucho dinero, muchos bienes materiales y muchas mujeres hermosas; y que muestran un modelo exitoso de futura dedicación criminal. En otros casos se muestran las tácticas criminales, las formas de eludir la acción de la justicia; como bien expresara ZAFFARONI... “También la publicidad de los delitos difunde métodos criminales e instiga a una criminalidad *amateur* muy peligrosa.”<sup>17</sup>

La legitimación del autoritarismo, la extensión de las facultades policiales y la justificación de las arbitrariedades, es denunciada por el prestigioso penalista a través de su discurso referido a la criminología mediática.

La contribución de ZAFFARONI acerca del tema, cobra especial importancia con su pronunciamiento respecto la expresión política de la criminología mediática. “La política actual es *política-espectáculo* y el propio estado es en alguna medida un *estado-espectáculo*”<sup>18</sup>

Por último, es conveniente resaltar su alerta acerca de que la criminología mediática no es solo un producto televisivo de comunicadores que forman la opinión social y que denuncian los problemas de la seguridad ciudadana, sino que son rehenes de los intereses financieros que están detrás de las empresas de la comunicación, así como su consideración acerca de que es un fenómeno mundial por lo que no se puede soslayar la preocupación y la dimensión planetaria del problema.

---

<sup>16</sup> Vid, BERTONI, María, “La antipolítica de la criminología mediática según ZAFFARONI”, Disponible en: <https://espectadores.wordexpress.com> Consultado el 23/02/14, a las 12.45 hrs.

<sup>17</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La cuestión Criminal*, op. cit., p. 12.

<sup>18</sup> *Ídem*.

## 6. Bibliografía

- ANIYAR DE CASTRO, LOLITA: *La realidad contra los mitos*, Universidad de Zulia, Maracaibo, 1982.
- BERTONI, MARÍA: *La antipolítica de la criminología mediática según ZAFFARONI*. Consultado en <https://espectadores.wordexpress.com>, el 23/02/14 a las 12.45 hrs.
- BONESANA, CESAR: *Tratado de los delitos y las penas*, Editorial Alianza, Madrid, 1968.
- ECO, UMBERTO: *Apocalípticos e integrados*, Editorial Lumen, Madrid, 5ª de. 1977.
- FERNÁNDEZ, MATEO FRANCISCO: *Familia, Televisión y Socialización del Niño*, artículo digitalizado, Facultad de Filosofía Sociología e Historia de la Universidad de la Habana.
- FERNÁNDEZ, F.: *Efectos Persuasivos y Cognitivos de los Medios de Comunicación de Masas*, en Barceló, J.: *Persuasión, Retórica y Filosofía*. Santiago, Editorial de Economía y Administración de la Universidad de Chile. 1992.
- GALEANO, EDUARDO: *El Sacrificio de la Justicia en los Altares del orden*, <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2014/galean14.htm>, consultado el 23/01/2015, a las 09.00 hrs.
- SARTORI, GIOVANNI: *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Taurus, Madrid, 1998, p.11-12.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El enemigo en los discursos jurídico-penales y criminológicos. En: El enemigo en el derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2006.
- \_\_\_ *La Cuestión Criminal*, Suplemento del periódico Página 12, Nos. 17 a 24 jueves 15 de septiembre de 2011. Buenos Aires, Argentina,
- \_\_\_ *“La criminología mediática banaliza las violencias y le marca límites al Estado”* Conferencia impartida en la Inauguración de la Maestría en Comunicación y Criminología el 8 de agosto del 2013 en la Facultad de Periodismo y Comunicación Social de la UNLP. Consultado en: <http://www.andaragencia.org/wp-content/themes/magpress> el 25/03/14 a las 20:00hrs.

# El perfeccionamiento del sistema de enjuiciar penal cubano: ¿En busca de la alquimia perfecta?

MSC. DARINA ORTEGA LEÓN\*

## Sumario

1. Nota Introductoria
2. Un punto de partida: El camino hacia el sistema penal de enjuiciar mixto
3. La búsqueda sempiterna: un sistema penal de enjuiciar garantista
4. Una mirada al sistema penal de enjuiciar cubano
5. Consideraciones Finales
6. Bibliografía

## 1. Nota introductoria

“...y es cosa tan común como funesta ver en nuestros días, que una opinión de Carpovius<sup>1</sup>, un uso antiguo, señalado por Clarus<sup>2</sup> un tormento sugerido con iracunda complacencia por Farinaccius<sup>3</sup>, sean las leyes obedecidas con seguridad y satisfacción de aquellos, que para regir las vidas y fortunas de los hombres deberían obrar llenos de temor y desconfianza. Estas leyes, resabios de los siglos más

---

\* Profesora Auxiliar de Derecho Procesal Penal. Departamento de Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. Especialista en Derecho Penal. Miembro de las sociedades científicas de Derecho Penal y Derecho Procesal. [darina@fd.uo.edu.cu](mailto:darina@fd.uo.edu.cu)

<sup>1</sup> Carpzow, jurisconsulto alemán, al principio del siglo XVII.

<sup>2</sup> Claro, jurisconsulto piemontés, muerto en 1575.

<sup>3</sup> Farinaccio, jurisconsulto cruel, muerto en Roma en 1618.

que demandan urgentes transformaciones, y hacerlo supone un ejercicio que nos lleve a determinar qué heredamos, qué se aspira y qué tenemos, de manera que nos permita delimitar las primeras brechas del angosto camino hacia el perfeccionamiento.

## 2. Un punto de partida: El camino hacia el sistema penal de enjuiciar mixto

Para encontrar las respuestas que nos permitan definir hacia donde debemos transitar, hemos de volver sobre nuestros pasos y hacer un breve recorrido histórico dentro de los órganos, estructuras y mecanismo creados para responder frente a aquellas conductas devenidas como delitos dentro de cada contexto económico, social y jurídico; que se han configurado a lo largo de la historia de la humanidad, para resolver los conflictos intereses<sup>14</sup> que surgen de un comportamiento transgresor en el orden jurídico penal: los sistemas de enjuiciar.

El Sistema Acusatorio, primero en el orden histórico<sup>15</sup> en surgir; en su forma primaria fue un sistema procesal<sup>16</sup> de los pueblos primitivos en una etapa en la que ante la infracción de la costumbre, el grupo accionaba y ejecutaba mediante un hacer sumario, oral y público contra el que realizaba los actos o incurría en omisiones perjudiciales para la comunidad, obteniéndose un fallo prácticamente por consenso del grupo. La agresión sufrida era reprimida por el propio perjudicado,

---

<sup>14</sup> CARNELUTTI, Francesco, Derecho procesal civil y penal, EJEA, Buenos Aires, 1971, p. 301. LEONE, Giovanni, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. I, Jovene, Napoli, 1961, p. 181.

<sup>15</sup> Los orígenes de la forma acusatoria de enjuiciamiento penal se encuentran en el Código de Manú, cuyo libro VIII, No. 43, dispone: “Ni el rey ni hombre alguno a su servicio debe suscitar por sí mismo ningún proceso”; lo cual tuvo gran auge en Grecia, en Roma, en el derecho germánico, en los fueros municipales españoles, en las ciudades italianas durante el medioevo, entre otras. LEVENNE, Ricardo, Manual de Derecho Procesal Penal, Segunda Edición, t.1, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993. p. 105.

<sup>16</sup> BACHMAIER WINTER, Dra. Lorena, Sistemas procesales: la hora de superar la dicotomía acusatorio – inquisitivo. Publicación digital en CD Escuela de Verano sobre temas penales contemporáneos, La Habana. Julio 2007.

bárbaros, se han examinado en este libro por la parte que corresponden al sistema criminal, y cuyos desórdenes se intenta exponer a los directores de la felicidad pública con un estilo que espanta al vulgo no iluminado e impaciente...”<sup>4</sup>

Los ecos de las palabras del literato, filósofo, jurista y economista italiano del Siglo XVIII<sup>5</sup>: César Bonesana, resuenan pasado mas dos siglos como susurros perennes que se retoman una y otra vez en el ámbito jurídico penal, no sólo por representar una época, un pensamiento y una visión; sino también porque suponen un referente en medio de una búsqueda, que si bien no enfrenta la crisis y el horror que el Márquez sufrió en carne propia, se nos ha convertido en una deuda pendiente en medio de un escenario socio jurídico, en el que no se ha superado la disputa épica entre la necesidad de defender los pilares esenciales de respeto a la dignidad del ser humano, heredados del pensamiento *ius* filosófico de la ilustración frente a los criterios que han enunciado la Sociedad de Riesgo<sup>6</sup>, sobrepasando, no en pocas ocasiones, el derecho a la preservación y protección de la especie humana.

---

<sup>4</sup> BONESANA, César: Tratado de los delitos y las penas. Editorial HELIAS-TAS. S.R.L. Libro Edición Argentina, 1993.

<sup>5</sup> Sus obras fueron Sobre el desorden monetario y su remedio en los estados milaneses (1762), De los delitos y las penas (1764), Investigación sobre la naturaleza del estilo (1770) y Elementos de economía pública (edición póstuma en 1804). El Tratado de los delitos y Las penas publicado penal moderno, fue traducido en 22 idiomas, en Español tiene mas de 10 traducciones y en 1803 fue traducido al ruso. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Beccaria y su obra. Tratado de los delitos y las penas, Ob. Cit., p. 25.

<sup>6</sup> 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 de Diciembre de 2014, 11: 00 am.

Una condición se establece como base desde el pensamiento ilustrado del siglo XVIII: el respecto a la dignidad plena del hombre, cuya traducción para cualquier sistema penal de enjuiciar implica que en los actos y la actuación de los sujetos implicados en la actividad jurisdiccional, y en especial, la penal, en modo alguno deben existir afectaciones que denoten la presencia de arbitrariedades en el ejercicio de la tutela judicial penal. Pues resulta inadmisibles revivir diseños como los que describe el Marqués de Beccaria en su obra el Tratado de los delitos y las penas: " Y aún los gemidos de los infelices sacrificados a la cruel ignorancia y a la insensible indolencia; los bárbaros tormentos con pródiga e inútil severidad multiplicados por delitos, o no probados o quiméricos; la suciedad y los horrores de una prisión, aumentados por el más cruel verdugo de los miserables, que es la incertidumbre de su suerte, debieran mover aquella clase de magistrados que guían las opiniones de los entendimientos humanos"<sup>12</sup>.

Nos sumamos a los que apuestan por la necesaria consagración de un sistema de derecho penal sustentado en los pilares de un debido proceso justo<sup>13</sup>. Y concebirlo, ha impuesto la idea de asumir transformaciones que nos permitan resolver los retos que nos imponen las nuevas complejidades en la realización del delito, en función de una respuesta que supere el normativismo y en correspondencia con el contexto histórico así como las exigencias sociales y políticas derivados de los actos del ejercicio jurisdiccional.

Disyuntiva de la cual no hemos escapado los profesionales del Derecho penal cubano a partir de la actual configuración del sistema de enjuiciamiento penal, con predominio de la secretividad y escritura en los actos relacionados con la investigación del presunto hecho delictivo, insuficiencia del material probatorio con el que se pretende sostener la acusación y sancionar, limitaciones del derecho a la defensa, duplicidad de funciones de la Fiscalía de acusar y proteger derechos y garantías lo cual limita sobre todo durante la investigación criminal la efectiva realización de la segunda de estas obligaciones constitucionales de este sujeto procesal, y por otra parte, se conciben extendidas facultades al órgano llamado a juzgar que afectan un principio esencial en su desempeño: la imparcialidad. Problemáticas

---

<sup>12</sup> Bonesana, Ob. Cit., p. 56.

<sup>13</sup> GÓNZALEZ, José Luis, El Debido Proceso. Modernización del proceso penal. Congreso sobre Ciencias Penales, Uruguay, 1998.

Ciertamente en el contexto contemporáneo<sup>7</sup> es prácticamente una faena de alquimistas<sup>8</sup> sentar las pautas esenciales que nos permitan transitar por el camino del perfeccionamiento de los sistemas penales de enjuiciar, enunciado como un quehacer complejo pero imprescindible desde la década de los 70 de la pasada centuria. Pues resolver los problemas que afectan en el orden interno procesal y la percepción social de la actividad jurisdiccional<sup>9</sup> de cada ciudadano involucrado desde cualquier perspectiva en un conflicto jurídico, ha conducido inexorablemente a un principio irrenunciable dentro de cualquier sociedad que se haga llamar justa y esencialmente humanista: La Seguridad Jurídica<sup>10</sup>. Y es que seguimos preguntándonos: ¿Hasta dónde seremos capaces de llevar a cabo las transformaciones necesarias para alcanzar las aspiraciones que se viene anunciando en el orden procesal penal desde las pasadas centurias? ¿Acaso lograr un sistema de enjuiciar garantista se nos ha convertido en la búsqueda de la piedra filosofal<sup>11</sup>?

---

<sup>7</sup> El término contemporáneo puede referirse en términos generales: a lo cronológicamente simultáneo, lo que existe al mismo tiempo que algo tomado como referencia; y a lo perteneciente a la Edad Contemporánea. A los efectos de nuestra investigación cuando se utilice el término, es para hacer referencia a la Edad Contemporánea, nombre con el que se designa el periodo histórico comprendido entre la Revolución francesa y la actualidad, que comprende entre 1789 y el presente.

<sup>8</sup> Disciplina filosófica que combina elementos de la química, la metalurgia, la física, la medicina, la astrología, la semiótica, el misticismo, el espiritismo y el arte. La alquimia fue practicada en Mesopotamia, el Antiguo Egipto, Persia, la India y China, en la Antigua Grecia y el Imperio romano, en el Imperio islámico y después en Europa hasta el siglo XIX, en una compleja red de escuelas y sistemas filosóficos que abarca al menos 2.500 años.

<sup>9</sup> MONTERO AROCA, Juan, *et.al.*, *Derecho Jurisdiccional. I Parte General*. 14 Edición. Tirant lo Blanch Valencia 2005.

<sup>10</sup> GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, *Acerca del Valor Moral de la Seguridad Jurídica*. Situado en <http://fd.uo.edu.cu>. Aula virtual. Consultado 23 de mayo de 2014, pp. 477- 478.

<sup>11</sup> La piedra filosofal es una sustancia que, según los alquimistas, está dotada de propiedades extraordinarias, como capacidad de transmutar los metales vulgares en oro. Ver Wikipedia Consultada el 13 de diciembre de 2014. Hora: 9. 00 a.m.

quien legitimado para dar respuesta a la agresión, tenía el derecho subjetivo de repelerla, lo cual nos define dos sujetos contrapuestos víctima y acusado y las formas básicas en las que se enjuiciaba aquello que se entendía como la agresión o lesión.

Esta forma rudimentaria de resolución que trascendió, y sentó sus raíces en la Grecia Democrática y la Roma Republicana, donde la libertad y la dignidad de los sujetos considerados ciudadanos ocupaban un lugar preferente en la protección brindada por el ordenamiento jurídico. Y en este sentido, un referente obligado es Roma por el reconocimiento y trascendencia histórica de sus instituciones jurídicas. Esta formación socio económica tuvo en sus comienzos modalidades del proceso sin acción que eran iniciados y finalizados por el magistrado (*diunviri, quaestores parricidii*) ante la asamblea del pueblo o en privado en virtud de la orden del rey de acuerdo con las *leges regiae*; o en su caso del cónsul prescindiendo de la iniciativa de los particulares afectados y en los cuales se preservaban las garantías en correspondencia con el status de la víctima<sup>17</sup>.

En el sistema penal romano los elementos del modelo procesal se van integrando en las normas, encontrándose los objetivos del proceso fuertemente politizados y es en ese escenario donde se fragua el proceso acusatorio de las *questiones repentundarum* calificado como un mecanismo judicial acusatorio, oral, público y dispositivo destinado a involucrar preferentemente a los *honestiores*, senatoriales en posiciones de poder y que gozaban de un status político y económico privilegiado. Adopta una estructura garantista, con igualdad de armas procesales en lo relativo a las iniciativas de los protagonistas, los que tenían un peso considerable a razón del status que los Patricios, dueños de riquezas y bienes provinciales habían ganado y les confería el derecho de protegerse de los excesos de los gobernantes y políticos de la época.

---

<sup>17</sup> Proceso privado y definido como minorista y clasista, donde prevalecían garantías para los acusados como las posibilidades de defenderse a través de un representante, de contestar y proponer contrapruebas y de permanecer en libertad durante el curso de las investigaciones si pagaba una fianza. ANTILLÓN MONTEALEGRE, Walter, El proceso penal. Estudios. Estudios. ISSA. Investigaciones Jurídicas. S.A. San José, Costa Rica. 2012, pp. 48 y ss.

El carácter acusatorio puro del proceso penal resalta más por el hecho de quedar terminado si el acusador no comparecía en la fecha señalada para la audiencia y porque se dictaba de plano la sentencia condenatoria si el acusado era el que no se presentaba pero por otro lado refleja institutos marcadamente privatistas como el hecho de haber adoptado la *Legis Actio per Sacramentum*<sup>18</sup>. La titularidad de la acción en este caso se encontraba depositada en todo ciudadano varón *sui iuris*<sup>19</sup> quien tenía el derecho de denunciar (*postulatio*) ante el pretor peregrino los hechos cometidos por un magistrado en daño de la comunidad provincial lo cual constituía la *notitia criminis* a fin de obtener la facultad de acusar al delincuente (*facultas deferendi nominis*).

El sistema procesal acusatorio, fue propio de regímenes democráticos liberales en el que las ideas de relevancia de la acusación, Imparcialidad del juez, Presunción de Inocencia y esclarecimiento judicial de los hechos, definición de quien acusa y quien juzga; así como la Oralidad, Inmediación, Concentración, Economía Procesal, Publicidad, Participación Popular y Contradicción en el proceso, fueron matizadas por el momento histórico en que se hizo valer. Por ello a pesar de de los incontables esfuerzos desarrollados en función perfeccionarlo dentro de los vaivenes del contexto macro socio político, ello no evitó la decadencia de este sistema de enjuiciar, marcando el surgimiento de un nuevo diseño de enjuiciamiento criminal en correspondencia con las exigencias e intereses de la sociedad feudal.

El Sistema Inquisitivo, como denominación, derivó de los *quaestores*<sup>20</sup>, manifestado como expresión predominante en el derecho eclesiástico de la Edad Media, en el período de Inocencio III y especialmente de Bonifacio VIII, a través de la codificación en la célebre Ordenanza Criminal de Luis XIV de agosto de 1670. Dentro de este diseño se asume una forma de enjuiciar donde el juez se adjudica una diversidad de funciones dentro del proceso, incluso la de defensa<sup>21</sup>,

---

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> Ciudadanos encargados por el Senado romano de investigar los delitos vinculados a los procesos las *quaestiones repentundarum*.

<sup>21</sup> LEVENNE, Ricardo, *Ob.cit.*, p. 105.

aspectos que puntearon un cambio en la naturaleza<sup>22</sup> del proceso penal, sentando las bases para el tránsito del sistema de enjuiciamiento acusatorio al inquisitivo en un contexto donde las condiciones sociales, económicas, políticas<sup>23</sup> y jurídicas<sup>24</sup> favorecieron una nueva forma de enjuiciar y sirvieron para afianzar el estado feudal como formación socioeconómica.

Fue un sistema, que teniendo como referente la Roma Imperial y un procedimiento extraordinario<sup>25</sup>, reflejó la justicia de la sociedad feudal y esencialmente de la Iglesia en un contexto donde prevaleció su dominio político y económico a través de una forma de enjuiciar caracterizada por el oscurantismo ; y consagró a los efectos del proceso penal la creación de un aparato de defensa y averiguación de todo aquello que podía constituir un peligro o una fisura a la organización

---

<sup>22</sup> FENECH, Miguel, Curso de Derecho procesal penal, Bosch, Barcelona, 1945, p. 83.

<sup>23</sup> Entre las condiciones económicas que fijaron el paso de un sistema a otro se pueden mencionar: las crisis que en el campo de la economía conmovieron a Europa en los siglos XIV y XV. Como sociales se identifican el desarrollo y esparcimiento de los herejes, cuyos modos de comportamiento desobedecían la fe católica, así como la amenaza judía, por su ausencia de purezas en la administración de las finanzas y por sus diligencias de préstamos lucrativos. Como políticas se nombran la posición privilegiada de la Iglesia en las estructuras de poder y su intolerancia ante otras formas de expresión de la conciencia social.

<sup>24</sup> Resultan, en este sentido determinantes, las limitaciones atribuidas al modo de enjuiciar acusatorio para enfrentar las diferentes conductas delictivas que surgían y se desarrollaban en un nuevo contexto histórico. La publicidad de los debates, impedían recolectar información y asegurar los indicios del hecho que se consideraba como delito; la limitación judicial para producir prueba *ex officio* y su marcado carácter acusatorio, encomendaba a la destreza y responsabilidad de la víctima la punición de los hechos delictivos; la desconfianza hacia la participación ciudadana en la administración de justicia, propiciada por la corrupción y que puso en crisis la credibilidad del sistema anterior.

<sup>25</sup> Utilizado para la persecución de crímenes contra la organización y religión del imperio y, siglos más tarde, en la lucha de la Iglesia contra la herejía y los cismas de la monarquía a través del Derecho Canónico, se establecieron y que posteriormente se corporifica en la institución del Santo Oficio.

del poder imperante, y llevó a emprender investigaciones para esclarecer no solo la conducta que se consideraba lesiva a los intereses de las clases dominantes, sino también para encontrar los elementos que dentro de la personalidad y conducta de los sujetos perseguidos justificaban la persecución y el castigo; derivando en la disminución de las garantías para los acusados y los principios religiosos de la bondad y la piedad.

El sistema inquisitivo de enjuiciamiento penal facilitó la concentración de los poderes persecutorios y decisorios en los jueces, y se produce una acumulación de funciones conducente a despojar de imparcialidad a los jueces, cuyo criterio de justicia en su máxima expresión estaba orientado al conocimiento de lo que por ellos fuera entendido como verdad a toda costa amén del sacrificio que ello suponía a las garantías dentro del proceso. El procedimiento llevado a cabo fue, fundamentalmente, averiguativo; secreto y desconfiado de toda explicación o excusa defensiva. Caracterizado por el uso sistemático de la intimidación<sup>26</sup> y el dolor, pues la mera sospecha originaba el castigo y el sufrimiento, entendido estos como una forma expiativa, todo lo cual jugaba un papel esencial en este diseño. Igualmente, la persecución implicaba la existencia de un aparato oficial destinado a tales fines, separándose el conflicto penal del dominio de los particulares; y estos, sean víctimas, testigos o imputados, no tenían ninguna incidencia sobre el hecho investigado. Importaba más la confesión que lo realmente sucedido pues la finalidad era castigar, lo cual convertía la voluntad de los involucrados en irrelevante.

Su principal característica es la persecución penal pública<sup>27</sup>, ejercida por el inquisidor que es, a la vez, decisor de sus propios actos, parte actora y juez. Es él quien decide cómo y cuándo iniciar la causa, cómo encuadrarla, de qué medios de indagación valerse y el valor atribuible. Persecución y juzgamiento son una misma cosa. El poder

---

<sup>26</sup> Arrestos en medio de la noche, incomunicación rigurosa, ausencia de toda información sobre los motivos de la causa, interminables esperas, amonestaciones de los inquisidores, exhibición de los instrumentos de tortura y, finalmente, la imposición del suplicio

<sup>27</sup> Como consecuencia de la centralización funcional del poder en la persona del monarca repercutió en la centralización de su aparato de justicia, identificando en un mismo órgano estable la persecución y el juzgamiento.

de acción que dentro del sistema acusatorio aparecía nítidamente perfilado a través de la acusación popular o privada que ponía en movimiento el contradictorio, se desdibuja por completo, confundándose con el acto jurisdiccional; este, por otra parte, no se manifiesta ya en el pronunciamiento decisorio conclusivo, sino que tiene múltiples expresiones parciales sobre el mérito de lo investigado, convirtiéndose los jueces en sus protagonistas privilegiados.

El proceso inquisitivo se define por la confusión entre acción y jurisdicción por el carácter técnico y oficial de la misma, concentrándose las funciones de investigación y juzgamiento en el estado, lo que resulta incompatible con el derecho del imputado a ser juzgado por un tribunal imparcial<sup>28</sup>; cuyo poder deriva del Estado y en su funcionamiento, oculto, especializado y reservado, está ausente toda publicidad, intervención o control popular. Lo que nos presenta un diseño que diluye por completo los caracteres del sistema acusatorio, especialmente de aquellos que suponían garantías para el imputado y se despoja a la víctima del rol protagónico que tuvo dentro del esquema anterior, quedando relegados sus intereses.

En el procedimiento inquisitivo la fase de instrucción es la central del proceso penal. En la investigación y esclarecimiento del hecho se concentran todos los esfuerzos dejando a un lado los criterios de la contraparte y cierra las posibilidades al debate penal contradictorio. Las sentencias, por regla general se fundaban en las pruebas producidas durante el sumario, secreto durante gran parte; no eran objeto de control por parte del imputado, lo que representaba una flagrante violación a la Igualdad procesal y el Derecho de Defensa, y en consecuencia quedaba anulado el principio de Contradicción, especialmente, en la fase de instrucción del procedimiento inquisitivo donde se delegaban las funciones en funcionarios subalternos se excluía la posibilidad de una auténtica defensa y un real contradictorio, convirtiéndose el imputado en objeto de la persecución penal y no un

---

<sup>28</sup> Como lo ha destacado reiteradamente la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de derechos humanos, la imparcialidad del tribunal tiene una dimensión también objetiva, referida a la confianza que debe suscitar el tribunal en primer lugar en relación con el imputado, para lo cual es preciso que el juez que dicta la sentencia no sea sospechoso de parcialidad, y lo es si ha intervenido de alguna manera durante la fase de investigación.

sujeto de derecho, al prevalecer el interés estatal en desmedro de las garantías del imputado.

Los horrores de la actividad judicial inquisitiva originaron el levantamiento de voces a favor del cambio y ubicar al hombre en el centro de atención no sólo del arte y la literatura sino especialmente en el ámbito jurídico penal tal y como César Bonesana refirió entre las páginas de su escrito mas prominente para el ámbito jurídico penal:..."Estos son los frutos que se cogen a la luz de este siglo; pero muy pocos han examinado y combatido la crueldad de las penas y la irregularidad de los procedimientos criminales, parte de Legislación tan principal y tan descuidada en casi toda Europa. Poquísimos, subiendo a los principios generales, combatieron los errores acumulados de muchos siglos, sujetando a lo menos con aquella fuerza que tienen las verdades conocidas el demasiado libre ejercicio del poder mal dirigido, que tantos ejemplos de fría atrocidad nos presenta autorizados y repetidos"<sup>29</sup>.

Fundamentos que direccionaron a los reformistas europeos en la búsqueda de un modelo de enjuiciamiento criminal que rescatara las formulas acusatorias, a fin de dotar al Estado de un procedimiento capaz de enfrentar con fuerza el delito, sin menoscabar el respeto de los derechos individuales del acusado, haciendo compatible los principios de libertad y autoridad y las exigencias derivadas de la justicia penal. Se comienza a perfilar un sistema eclético más humanista que tiene sus orígenes en la época de la post revolución francesa, cuyo fundamento filosófico se esgrimió sobre los cimientos de filósofos, historiadores, escritores y juristas, que desde principios del Siglo XVIII se alzaron en contra del desconocimiento de derechos que había caracterizado al sistema inquisitivo.

Esfuerzos que se concretaron en la reforma del Siglo XIX cuando el legislador napoleónico concibe un procedimiento que tomó lo mejor de los sistemas precedentes como medio eficaz para la represión de los delitos en el Código Napoleónico<sup>30</sup>, cuerpo legal que dejó esta-

---

<sup>29</sup> BONESANA, Ob. cit., p. 56.

<sup>30</sup> Dio lugar a sistemas acusatorio formales en los que al investigador oficial, en una posición de preeminencia, le fue asignada la función de preparar unilateralmente la acusación de la que el presunto imputado solo tendrá conocimiento si es asegurado durante el proceso una vez formulada oficialmente la imputación solicitándose al órgano juzgador el cono-

blecido un sistema inquisitivo reformado que devino posteriormente en mixto, en el que a partir de la idea de “conocer para juzgar” se perfeccionaron aquellos actos del proceso en los que se producían invasiones en las funciones de un sujeto procesal por otro.

Se pretendía con este diseño superar las deficiencias del esquema anterior, en su hibridación, a pesar de persistir la confusión de funciones acusatorias y decisorias en la figura del juez de instrucción<sup>31</sup>, estructurándose un procedimiento sobre todo en su fase investigativa organizado alrededor de principios claramente inquisitivos; dejando solo para el acto del juicio oral aquellos que expresaban los fundamentos del principio acusatorio pero que no escaparon a remanencias inquisitivas como por ejemplo la posibilidad que el tribunal de juicio pueda ordenar, de oficio la instrucción suplementaria durante la preparación del juicio; la producción de pruebas no propuestas por las partes; la conducción personal del interrogatorio de quienes declaran en el juicio y la intervención en relación a la correlación imputación sentencia luego de la práctica de pruebas.

Una de las características predominantes en este sistema es la aceptación de la iniciativa tanto estatal como privada, y a consecuencia de ello el proceso se puede iniciar lo mismo a través de la denuncia del perjudicado que por la actuación de las autoridades competentes, en el caso de descubrirse un hecho delictivo (Policía, Instrucción Policial, Fiscalía) en representación del Estado; practicándose por estos órganos las diligencias de prueba en la fase sumarial. Existe en principio una separación de las funciones de instrucción, acusación y decisión, bifurcada por las remanencias inquisitivas que sobrevivieron dentro de este diseño. Se manifiestan de manera conjunta la oralidad y escritura, la primera tomada del acusatorio y la escritura del inquisitivo, prevaleciendo la forma de los actos escrita en las fases preparatoria e intermedia para la investigación y delimitación del hecho; y la oralidad en el juicio, esencialmente en el debate de las pruebas propuestas por las partes.

---

cimiento de los hechos, aunque con limitaciones concibió la oportunidad de conocimiento del contenido del objeto del proceso y de ejercicio del derecho a la defensa.

<sup>31</sup> Reconocido en Argentina arts. 26, 194, 195 y 196; El Salvador art. 54 y 267, Bolivia art. 54 y España arts. 14. 1 y 2. El juez instructor penal constituye una de las piezas esenciales del sistema mixto de enjuiciamiento.

Sin embargo, pese al paso de avance que supuso este sistema frente a su antecesor, y que permitió en Iberoamérica la asimilación de los esquemas mixtos por varios ordenamientos jurídicos procesales, lo cierto es, que no resolvió el olvido de la víctima, relegada a la función de testigo, y obligada a contribuir con sus aportaciones a la reconstrucción del hecho que se investiga; el imputado continuó padeciendo limitaciones sobre todo durante la investigación que trascendían al buen ejercicio del derecho a la defensa en condiciones de igualdad y contradicción con su contraparte; manteniéndose además algunas situaciones de no clara limitación entre las funciones de acusar y juzgar que lo alejaban de las pretendidas formas acusatorias e impedían la necesaria imparcialidad del sujeto llamado a la solución definitiva del conflicto sometido a su consideración.

### **3. La búsqueda sempiterna: un sistema penal de enjuiciar garantista**

Los rasgos heredados del esquema inquisitivo dentro de los sistemas mixtos de enjuiciamiento penal, fueron acumulando un conjunto de exigencias y aspiraciones en la búsqueda de la certeza, protección y protagonismo dentro del enjuiciamiento penal como demandas esenciales; y a partir de 1980, toman fuerza y generan un proceso dicotómico sustentado en las principales contradicciones del sistema mixto con los postulados defendidos por el garantismo penal, el racionalismo<sup>32</sup> y el minimalismo penal<sup>33</sup>, dando al traste con la necesidad de reformular los sistemas penales de enjuiciar.

La mixtura que en su momento fuese acogida con beneplácito se fue haciendo inconsistente con las nuevas exigencias consagradas respecto a los derechos y garantías dentro del ámbito jurídico penal y las nuevas transformaciones llevadas a cabo, especialmente en

---

<sup>32</sup> FASSO, Guido, *Historia de la filosofía del derecho* 1 Antigüedad y edad media. Ediciones Pirámides. s.a. Madrid, pp. 76 y ss.

<sup>33</sup> Dentro de la denominada criminología crítica comienza desarrollarse una corriente garantista avocada a la intervención mínima del derecho penal, es decir como última ratio, la necesidad de instrumentar un sistema de garantías congruentes con el debido proceso como mega principio y la llamada justicia restaurativa. Entre sus máximos exponentes tenemos a Luigi Ferrajoli y Eugenio Zafarroni.

Iberoamérica<sup>34</sup>. Pues no se había desdibujado totalmente el arraigo de los elementos del sistema inquisitivo<sup>35</sup>, sobre todo en su fase investigativa, lo cual delimitó que los actos, roles atribuidos a los sujetos e instituciones básicas del proceso, no se asumieran desde una sistemática articulada coherentemente con las aspiraciones defendidas para un sistema de enjuiciar eminentemente garantista; y generó una sensación de inseguridad y falta de credibilidad en el sistema de enjuiciamiento penal.

Se comenzaron a crear normas procedimentales que lograron acoger las ideas esenciales del perfeccionamiento del enjuiciamiento penal defendidas por el Movimiento de Reforma del Derecho Procesal Penal<sup>36</sup> para consolidar un diseño realmente garantista, y exigieron reformulaciones que trastocaban las estructuras estatales y las concepciones predominantes en un modo de hacer justicia de más de 100 años de usanza, a razón de preservar una coherencia y funcionalidad en la actividad jurisdiccional. Sin embargo, las nuevas propuestas no lograron disipar la contradicción entre lo dispuesto por la norma y el tradicionalismo que en el orden subjetivo sobrevivió a las transformaciones normativas; produciéndose una contradicción entre el deber ser de la norma y el ser en la praxis judicial, que traspasó de una centuria a otra sin resolver los problemas esenciales relativos a la interpretación y aplicación consecuente con un sistema de enjuiciar capaz de acoger criterios que transmitan Seguridad Jurídica.

---

<sup>34</sup> Fue asumido en países tales como Argentina, Ecuador, Venezuela, Perú, Bolivia, Guatemala, Costa Rica, Colombia, El Salvador, Nicaragua, Paraguay, Perú, Chile. Si observamos sus legislaciones son posteriores al Código Tipo de Iberoamérica y su formulación es muy similar a la de este cuerpo que sirve como paradigma a la reforma.

<sup>35</sup> En la regulación procedimental se encuentran rasgos marcados del Inquisitivo como en el caso de Argentina art. 356 el tribunal podrá rechazar por impertinente o superabundante las pruebas ofrecidas y disponer de oficio aquellas pertinentes o útiles que se hubiesen producido durante la instrucción o como e el caso del art. 357 que el presidente de oficio puede ordenar actos de instrucción que se hubieren omitido durante la instrucción todo ello antes del acto del juico oral y por el propio tribunal que habrá de conocer de los hechos.

<sup>36</sup> BOVINO, Alberto, Problemas del derecho procesal contemporáneo. Impreso en octubre de 1998 en ARTES GRÁFICAS CANDIL Nicaragua 4462 Buenos Aires Editores del Puerto s.r.l., p. 9.

En el contexto contemporáneo, pasados los primeros quince años del siglo XXI, aún debatimos sobre la necesidad de construir y articular un diseño de enjuiciar donde la Seguridad Jurídica, la certeza y certidumbre en el ámbito social zanjen la contradicción entre el ser y el deber ser, que ha marcado el abismo entre lo que tenemos y lo que aspiramos. Esta disyuntiva, determinada por las anomalías que anunciaron la crisis del sistema de enjuiciar mixto, nos llevan a definir si hemos de asumir diseños en lo que se recuperen algunas instituciones de antaño y se incorporen institutos de forma asistémica; o se asimilan transformaciones profundas tanto en el orden normativo como estructural que posibilitem cristalizar las aspiraciones enunciadas por el Movimiento de Reforma del Derecho Procesal Penal. Dilema que ha conducido a debatirnos entre un deber ser que nunca pueda llegar a ser y el repensar nuevos esquemas de deber ser, contruidos objetiva y subjetivamente, sobre la base de nuestras realidades para que pueda llegar a ser.

Y es que han quedado claramente deslindadas las necesidades sociales mínimas<sup>37</sup> de los contextos sociales contemporáneos iberoamericanos a satisfacer. En primer lugar: dar respuesta a todos o a gran parte de los casos incorporados al sistema y a conflictos sociales que presenten, mínimamente, mayor complejidad que los casos comunes procesados. En igual sentido, responder a los delitos más graves, especialmente aquellos cometidos por órganos estatales, y a las nuevas formas de criminalidad<sup>38</sup> así como satisfacer los intereses legítimos de quien ha resultado víctima del delito, y brindar soluciones alternativas a la sanción penal o a la pena privativa de libertad. Sumado a la consideración del acto del juicio oral como momento crucial para el debate en el proceso, pero desde una concepción que promueve un acto formal sin un real debate para lograr la convicción del juzgador, a partir de las atribuciones conferidas por la norma a los sujetos intervinientes y la regulación de los actos propios del proceso que no garantizan el protagonismo de las partes en el contradictorio y la imparcialidad en la actuación del juzgador.

Emerge así la necesidad de ampliar los derechos del imputado y crear mecanismos eficaces de defensa de los derechos sustentados en una redefinición profunda de la organización de la defensa pública;

---

<sup>37</sup> BOVINO, Alberto, *Ob.cit.*, p. 4.

<sup>38</sup> Económica, ecológica, informática.

instituir nuevos mecanismos de control de la duración del proceso sobre la base del principio de razonabilidad en el uso del tiempo en el proceso; simplificar las fórmulas y los trámites procesales; permitir el ingreso de la reparación, salidas alternativas y fórmulas conciliatorias; fortalecer las etapas judiciales de ejecución de la pena y sobre todo acentuar el carácter humanista, pero fuertemente adversarial del proceso penal.

Estas exigencias han condicionado la búsqueda de alternativas encaminadas a generar una respuesta institucional eficiente al reclamo generalizado de mayor seguridad, que no necesariamente está referida a la utilización de la violencia punitiva como única alternativa posible, sino con el objetivo de fortalecer la institucionalidad del sistema judicial y mejorar su imagen; racionalizar el sistema de instrucción criminal; superar las prácticas impuestas por el modelo inquisitivo y transitar hacia modelos cada vez más acusatorios de manera que se puedan mejorar los estándares de respeto a los derechos humanos.

Precisamente las transformaciones defendidas por los postulados de Alberto Binder<sup>39</sup> y Julio Maier<sup>40</sup>, concretadas en el Código Procesal Penal Tipo para Iberoamérica<sup>41</sup>, posibilitaron delinear las notas esenciales: no puede existir juicio sin acusación<sup>42</sup>; la separación de las funciones de acusar y de juzgar<sup>43</sup>; un proceso ordinario está dividido

---

<sup>39</sup> BINDER, Alberto M., La justicia penal en la transición a la democracia en América Latina. Revista Cubana de derecho. Editorial SI – MAR S.A. diciembre 1994 - enero 1995.

<sup>40</sup> Maier, Julio, “La Reforma del Sistema de Administración de Justicia Penal en Latinoamérica”, en Revista Cubana de Derecho, No11, 1996.

<sup>41</sup> Código procesal Modelo para Iberoamérica. En la obra de Julio Maier Derecho Procesal Penal argentino. T.1 Editorial Hammurabi S.R.L Segunda Edición, Buenos Aires, Argentina 1989. Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial. Cumbre Judicial Iberoamericana 2006. (Soporte Digital) Consultado Junio 2013.

<sup>42</sup> Aparece de forma expresa en las regulaciones procedimentales de Ecuador art. 251, Nicaragua art. 10 y Paraguay art. 358. Y en el caso de Argentina se deriva de lo regulado en art. 180 en relación con el 196.

<sup>43</sup> Juzga el órgano jurisdiccional y acusa un órgano público, el ministerio fiscal y a su lado, si lo desean, el ofendido por el delito en correspondencia con las particularidades de cada ordenamiento jurídico. Se manifiestan fusión entre las funciones de acusar y juzgar en los siguientes en el caso de Argentina en los arts. 356 y 357. Por otra parte se reconoce

en fases<sup>44</sup>; y la vista o acto del juicio oral regida por los principios de Oralidad<sup>45</sup>, Publicidad<sup>46</sup>, Inmediación<sup>47</sup> y Contradicción<sup>48</sup>; que fueron

---

la posibilidad de que el ofendido pueda intervenir en el proceso como en el caso de Colombia a través de un abogado a partir de la audiencia preparatoria art. 137 y El Salvador art. 95; igualmente puede adherirse a la acusación como se reconoce en el Código Tipo en el artículo 78 como se establece en Guatemala art. 120; Bolivia art. 78 y 340; Venezuela en el art. 117 , en Costa Rica, art 75 , Nicaragua art. 9 y 226 ; Chile art. 261 y Paraguay art 69.

<sup>44</sup> Es decir claramente deslindadas y sometidas a principios que en cada una de ellas adoptan contenidos en correspondencia con el debido proceso. En la mayoría de las legislaciones consultadas se reconoce la división en fases investigativa, intermedia o conclusiva de la instrucción y juicio oral. La distinción se establece en lo relativo a la denominación de la investigación se considera Instrucción en Argentina arts. 174 y ss.; Ecuador arts. 225 y ss.; España arts. 299 y ss.; El Salvador arts. 265 y ss.; Procedimiento preparatorio en el Código penal tipo art. 245 y Costa Rica arts. 274 y ss. , Procedimiento de investigación en Chile arts. 172 y ss. ; Investigación preparatoria en Perú arts. 321 y ss.; Etapa preparatoria en Paraguay arts.28 y Bolivia arts. 277 y ss.; Fase preparatoria en Venezuela arts. 289 y ss. y ss.; Investigación en Colombia arts. 200 y ss.; Preparación de la acción pública en Guatemala arts. 285 y ss.; Actos de investigación en Nicaragua donde se hace referencia a ello pero sin establecer una denominación específica.

<sup>45</sup> El Principio de Oralidad se reconoce en Argentina art. 363; Colombia art. 145, Guatemala art. 362; Bolivia art. 333; Venezuela 340, Ecuador art. 258; Costa rica art. 326 y 333; El Salvador art. 363; Nicaragua art. 13, 281 y 287; Paraguay art 1 y 370; Chile art. , 266 y 291 y Perú art. I. 2.

<sup>46</sup> El Principio de publicidad se reconoce expresamente en las legislaciones procedimentales de Argentina art. 363; Colombia arts. 18 y 149; Guatemala art 12; Bolivia art 116; Ecuador arts. 255; Venezuela arts. 1, 15 y 336; Costa Rica art. 326; El salvador art. 272; Nicaragua arts. 281 y 285; Paraguay arts. 1 y 368; Chile art. 1y 289 y Perú arts. I.2 y 358.

<sup>47</sup> Argentina arts. 138, 232,235, 265; Colombia art. 16; Guatemala arts. 354 y 356 (principios fundamentales del debate); Bolivia art. 330; Venezuela arts. 16 y 335; Costa Rica art. 328; Nicaragua art. 282; Chile 266 y 284 y Paraguay arts. 1 y 366.

<sup>48</sup> Argentina arts. 73, 279 296, 299,303 y 380; Colombia art. 15; Venezuela arts. 18 y 99; Costa Rica arts. 127 y 326; Nicaragua art. 281; Paraguay art. 1; Chile 325 y ss. y Perú art. I. 2.

asumidas en varias legislaciones procedimentales latinoamericanas<sup>49</sup> configurándose a través de un Sistema Acusatorio Formal<sup>50</sup>.

No obstante, en los procesos penales acusatorios que se fueron articulando a finales del Siglo XX bajo las notas esenciales enunciadas, predominaron disfunciones originadas en la decisión del legislador de mantener algunos ritos de esencia inquisitiva sobre todo en la práctica judicial, que se contrapusieron a las garantías y principios propios de un verdadero proceso acusatorio, distorsionándose la esencia del nuevo diseño procesal, aun y cuando sus defensores enarbolan como ideas sustentadoras de ello el fortalecimiento de las garantías.

Lo cierto es, que las exigencias que en el orden procesal se presentan para perfeccionar los sistemas de enjuiciar contemporáneos, imponen soluciones capaces de lograr transformaciones sustanciales y no sólo normativas; se requiere que las estructuras que conforman el sistema y la propia subjetividad de los intervinientes, logren una armonización coherente entre lo establecido, el deber ser, y aquello que se manifiesta en el curso del proceso penal: el ser; pues sólo entonces podremos divisar el camino dentro de la crisis en la que se han sumergido los modelos de enjuiciamiento penal en los últimos años.

La solución, desde nuestra postura, se nos presenta a través de la conformación de un Sistema Acusatorio Formal Adversarial, sustentado en los presupuestos que establece el Principio Acusatorio desde una dinámica que permita un el pleno respeto a los derechos y garantías esenciales del debido proceso. Y requiere de leyes habilitadas que respondan al principio de Legalidad en correspondencia con el sistema de relaciones que se regulan y una actuación de los sujetos que en ello intervienen, congruente con las expectativas de certeza y

---

<sup>49</sup> Países como Venezuela, Ecuador y Bolivia han asumido en el plano normativo los presupuestos del Sistema Acusatorio.

<sup>50</sup> Intitulación que también esta en debate por las diferentes formulaciones que para ello han empleado los estudiosos del tema y que se refiere a un modelo meramente formalista en el que la búsqueda de la verdad formal o procesal es alcanzada mediante el respeto a las reglas precisas y relativas a los hechos y circunstancias perfiladas como penalmente relevantes. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Trotta, Madrid, 1995, p. 19.

seguridad que debe transpirar cualquier esquema legal que se reconozca como garantista.

Se ha de concebir entonces desde la perspectiva que propone un modelo cognoscitivo<sup>51</sup> del proceso penal, sustentado en el Principio Acusatorio como eje transversalizador, un diseño de enjuiciamiento penal sobre la base de los criterios que enuncia en primer lugar el Principio de Legalidad<sup>52</sup>, pues es a través de la lo que la norma previamente establece es que se configura la actividad jurisdiccional y al mismo tiempo se afirma el contenido de la ley, lo que supone una convergencia entre el Principio de Legalidad y el Principio de Jurisdiccionalidad<sup>53</sup>; pues el estado para desplegar sus funciones se desdobra en dos órganos que integran por una parte el sujeto a quien le corresponde preservarla y por tanto sostener la persecución penal y por la otra al órgano jurisdiccional quien en principio debe ser instado por aquel para poder actuar.

En este diseño la jurisdicción como "la actividad del Estado para la realización del orden jurídico por medio de la aplicación del derecho objetivo, se traduce en tutela y la seguridad del derecho de los particulares"<sup>54</sup>; y a través de ella se generan diversas situaciones e interrelaciones entre los involucrados en la investigación, conformación, debate, conocimiento y solución del hecho que afecta los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal; los que deben ser capaces

---

<sup>51</sup> FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal. Ob. Cit., p. 542.

<sup>52</sup> Se basa en la obligación que le viene impuesta al estado de perseguir toda aquella conducta que revista los caracteres de delito según los elementos de la tipicidad contenidos en la legislación vigente. Ver MENDOZA DÍAZ, Juan, Los Principios del proceso penal. Temas para el estudio del Derecho procesal penal. Primera Parte. Editorial Félix Varela. pp. 71 y ss.

<sup>53</sup> Que en su sentido lato erige como axiomas *nulla poena, nullum crime, nulla culpa sine iudicio* y en su sentido estricto enuncia *nullum iudicium sine accusatione, sine probatione, sine defensione*. Se deriva del propio contenido y la formulación en todas las legislaciones consultadas

<sup>54</sup> DÍAZ PINILLO, Marcelino, Los presupuestos de la actividad de los tribunales. Colectivo de autores: Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal. Primera parte. Editorial Félix Varela, pp. 228 y ss.

de ejecutar y controlar a través de su actuación interpretativa la aplicación de lo expresado en la norma.

A la jurisdicción penal le corresponde la averiguación y represión de los delitos de manera que solo procede esta última si previamente ha existido acusación y se desarrolla un juicio legal por un sujeto imparcial e independiente donde quede probado el hecho que se imputa; y se realice un ejercicio del derecho a la defensa consecuente con el respeto de las garantías y derechos del imputado; de manera que tal y como describe en su sentido estricto<sup>55</sup> este principio, se haga convergente con las exigencias del Principio Acusatorio en el diseño de un esquema de enjuiciamiento garantista.

El tercer pilar esencial que sustenta un sistema de enjuiciamiento sobre la base de la transversalización del Principio Acusatorio para la conformación de un sistema de enjuiciar garantista, es el Principio de Formalidad del Proceso<sup>56</sup>, a través del cual se imponen límites a la facultad de intervención del estado frente a las afectaciones excesivas. Se trata, de alcanzar la condena del culpable y la protección del inocente, preservando todas las formalidades de los actos de manera que se logre la estabilidad jurídica de la decisión<sup>57</sup> a través de una intervención justa del órgano de persecución penal y el responsable de la actividad jurisdiccional durante el proceso de conocimiento en el que se decide sobre la existencia o no de un hecho punible y se determina la sanción correspondiente, construcción que ubica en una necesaria convergencia entre el Principio de Formalidad y el Acusatorio, de manera que se garantice el respeto a la dignidad humana.

Como cuarto elemento, es necesario establecer en las bases de este diseño, los fundamentos que promueven la competencia adversarial como elemento esencial en un sistema de enjuiciar garantista, aspecto

---

<sup>55</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...* Ob. Cit., p. 539.

<sup>56</sup> Este principio se refleja taxativamente en la regulación procedimental de Colombia art 10, Guatemala art 16, Costa Rica art. 69, El Salvador art. 16, Nicaragua art. 112, Paraguay art. 1, Perú en el artículo VI; España art. 2 y en el Código penal tipo se infiere de lo regulado respecto al imputado en el art. 45. En el caso de la legislación Chilena se deriva de la propia protección que en el orden de los derechos y garantías se preservan a través del juez de control y garantías.

<sup>57</sup> ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000. p. 28.

que parte de la convergencia entre las exigencias del Principio de Contradicción y el Principio Acusatorio, teniendo en cuenta que para diseñar un esquema garantista deben estar claramente deslindadas las funciones de los sujetos llamados a investigar, acusar y defender, en función de hacer viable desde los momentos iniciales de la investigación criminal el contradictorio como vía para la recolección de los elementos necesarios que faciliten a las partes su actuación. De lo que se trata es de concebir un diseño que promueva el enfrentamiento intenso e igual entre las verdades contrapuesta, y dónde se obtenga a través del debate la mejor información con respecto al hecho que se ha considerado jurídica y procesalmente relevante para su solución.

Asumir el proceso penal como un modelo cognoscitivo exige que se han de verificar o refutar empíricamente la hipótesis acusatoria que promovió el conocimiento del hecho que se ubica como el centro del proceso penal mismo. Ello implica que se ha conocido de un hecho que reviste los caracteres de delito y por tanto se ha de desplegar una investigación criminal encaminada a conformar una hipótesis acusatoria que consta de proposiciones asertivas, susceptibles de verificación y refutación que sustentan proposiciones prescriptivas justificadas y legitimadas por las primeras para instar el conocimiento de este hecho y las consecuentes respuestas jurídicas que amerita por parte del órgano jurisdiccional.

El carácter adversarial exige que se configure un diseño que promueva un conflicto de verdades judiciales contrapuestas entre las aserciones que enuncian o sostiene una hipótesis acusatoria y las aserciones que la contradicen, confutando con ello no solo su verdad, sino también la validez de los preceptos en que se apoyan<sup>58</sup> y que ello sea verificado o refutado en un debate penal y se exprese en el convencimiento jurisdiccional manifestado a través de decisiones argumentadas para lo cual cada sujeto debe tener claramente deslindados sus roles dentro del diseño sin que se produzcan intercepciones que limiten o inclinen la balanza a favor de uno de los llamados a desarrollar el contradictorio.

La perspectiva que defendemos, ubica al acusado en una posición activa, a razón de dimensionar la igualdad durante todo el proceso y en especial durante la etapa de investigación donde se ha de delimitar el hecho que será objeto del proceso y en la que el presunto

---

<sup>58</sup> FERRAJOLI, Luigi, Ob. Cit., p. 543.

responsable tenga la posibilidad de contribuir a su esclarecimiento, agotar todas las armas legales disponibles, investigar todos los extremos que le sean favorables para obtener un material probatorio que pueda contrarrestar la validez y credibilidad de la información aportada por la parte acusadora, detectar las debilidades de la contraparte y desarrollar amplias habilidades de argumentación jurídica; se trata de buscar una intervención de la parte imputada en la que la atención a la correlación en el resultado del proceso sea inclusiva de sus pretensiones para poder hacer reclamable sus fallas, ideas que exige una contraparte, que no puede en modo alguno quedar desprotegida sobre la base de los criterios que defiende el diseño Acusatorio Formal Adversarial.

En modo alguno pretendemos que la parte acusadora renuncie a su obligación social de perseguir los hechos delictivos, pues estaríamos frente a una pretensión irrealizable por el propio carácter público del proceso penal; sino al logro de una adecuada ponderación en la intervención de ambos contendientes. Coincidimos con Chiovenda, en que “no resulta posible representarse en el proceso penal a una persona que basándose en un derecho subjetivo o en un interés legítimo y personal, pretenda obtener tutela judicial frente a otra, a quien demanda en nombre propio una actuación de la ley”<sup>59</sup>; pues resulta irrenunciable en formulaciones actuales, alejarnos de uno de los grandes aportes del esquema inquisitivo de enjuiciamiento penal: uno de los sujetos, por regla general, interviniente en el contradictorio es el Estado, quien ostenta el monopolio para la persecución penal.

Los elementos que consideramos como indispensables para un sistema garantista se desglosan desde la propia semántica de su diseño y conforman una intercepción armónica y equilibrada fundamentada en los Principios de Legalidad, Jurisdiccionalidad, Formalidad y Contradicción; cuyo soporte vertical se sustenta en el Principio Acusatorio como eje transversalizador, de manera que permita sistematizar y hacer congruentes las exigencias para la construcción de un diseño realmente garantista. Su asimilación y concatenación derivan de

---

<sup>59</sup> CHIOVENDA citado por MORENO CATENA, Víctor, *El proceso penal. Sistema penal y derechos humanos*, 2da edición, Ed. Porrúa. AV, República Argentina 15, México, 2000. p. 53.

los axiomas *Nulla Poena sine previa lege Penale*<sup>60</sup> (Legalidad), *Nulla accusatio sine probatio* (carga de la prueba o de la verificación) y *Nulla probatio sine defensione* (Principio contradictorio o de defensa o refutación) y de *Nulla culpa sine iudicio*<sup>61</sup> (Jurisdiccionalidad). Los que interconectados con otros principios como el Humanismo<sup>62</sup> y otros<sup>63</sup>; permitirá consolidar un modelo cuya validez interna y externa se expresa a través de un máximo grado de racionalidad y fiabilidad en el ejercicio de la jurisdicción, y que ha de respetar la dignidad humana imponiendo limitaciones a la potestad punitiva y a la tutela de las personas que se ven involucradas en el conflicto penal contra toda arbitrariedad.

Esta concepción exige presupuestos para la configuración de un proceso penal donde se hilvanen armónicamente los roles de los sujetos que están llamados a desentrañar el hecho objeto del proceso, su debate y probanza así como las consecuencias jurídicas atribuibles al

---

<sup>60</sup> Se trata de la imposibilidad de imponer judicialmente sanción por hecho no previsto, ni castigado en la ley, la ilicitud del hecho debe estar previsto por la ley preexistente. Las decisiones sobre leyes penales sólo pueden ser tomadas por órganos legislativos autorizados como tal constitucionalmente En la actualidad, el principio de legalidad, se erige como garantía de los ciudadanos ante el poder punitivo del Estado, afianzándose en los supuestos siguientes: No hay delito sin ley previa, escrita y precisa, "garantía criminal"; La pena tiene que estar determinada en la propia ley penal "garantía penal"; y la sanción penal solo puede ser ejecutada en virtud de sentencia firme, dictada por el juez o tribunal competente, en un juicio justo y de conformidad con el procedimiento establecido por la ley "garantía jurisdiccional. Ver Muñoz Conde, F y García Arán, M, Ob. cit. p. 101 Reconocido en las legislaciones procedimentales de Argentina art. 5, Colombia art. 6; Bolivia art. 1; Ecuador arts. 2 y 19; Costa rica arts. 1 y 22; El Salvador art. 2; Nicaragua art. 1; Paraguay art. 1; Perú art. 202 y España art. 1.

<sup>61</sup> Positivismo crítico, derecho y democracia pp. 1. Traducción de la 25 edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor revisada por Julio B.J. Maier. Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires. 2000.

<sup>62</sup> ORTEGA LEÓN, Darina, Contemporaneidad de un debate: Humanismo vs. Derecho penal. Tesis en opción al título de Especialista en derecho penal. 2006

<sup>63</sup> *Ibíd.*, pp. 51 y ss.

mismo; y nos delimitan exigencias a cumplir <sup>64</sup> respecto al Principio Acusatorio como son que las funciones de acusar y de juzgar deben estar separadas; la imposibilidad de que exista juicio oral sin acusación; la correlación entre acusación y sentencia así como la Prohibición de la *reformatio in peius*<sup>65</sup>.

La construcción de un sistema de enjuiciamiento penal garantista, supone además la consagración de determinados principios que de forma horizontal irradian sus exigencias como son: Humanismo<sup>66</sup> y Seguridad Jurídica<sup>67</sup>. Hacerlos convergentes en una intercepción integrada y armónica con el resto de los principios desde que se comienza a investigar un hecho que reviste los caracteres de delito hasta que el órgano jurisdiccional se pronuncia respecto a ello, es una labor compleja en la que desde nuestra perspectiva el Principio Acusatorio permite la interconexión y armonización de este con el resto de los principios que se han venido estructurando dentro del ámbito procesal.

El Principio Acusatorio, al definir la forma de enjuiciar, se ha de entrelazar de forma sistémica con los principios Igualdad, Contradicción, Aportación y Derecho a la Defensa, dentro de la propuesta que sostenemos, se han de entrelazar con otros principios como el de

---

<sup>64</sup> GIMENO SENDRA, José Vicente, *Derecho Procesal Penal*, t. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993. pp. 60-63. BERZOSA, V; Ob. cit. pp. 583-587.

<sup>65</sup> Reconocido en Argentina art 445; Costa Rica art. 432; El Salvador art. 413; Nicaragua art 400; Paraguay art. 457; Chile art. 360 y Perú art. 410.3.

<sup>66</sup> ORTEGA LEÓN, Darina, *Contemporaneidad de un debate: Humanismo vs...* Octubre, 2006.

<sup>67</sup> Entendida como seguridad ciudadana, a conceptos asociados a la Seguridad Jurídica, como deber ser, y presupuesto para todo ordenamiento jurídico que parte de la instrumentación de un sistema de normas, mecanismos y estructuras jurídicas que transpiren credibilidad, confianza y certeza.

Culpabilidad<sup>68</sup> Proporcionalidad<sup>69</sup>, y el resto<sup>70</sup> que integran el Debido Proceso sobre la base de los pilares esenciales que hemos enunciado (Legalidad, Jurisdiccionalidad, Formalidad y Contradicción) y un eje transverzalizador: el Principio Acusatorio.

Para un Sistema Acusatorio Formal Adversarial a partir de los presupuestos que establece el Principio Acusatorio, se han de configurar la inclusión de un sujeto perteneciente a la estructura jurisdiccional: el Juez de Control de Garantías<sup>71</sup> incorporado como sujeto en algunos esquemas procedimentales iberoamericanos<sup>72</sup>, que empleando

---

<sup>68</sup> El principio de culpabilidad tiene asignada en el Derecho Penal una triple significación: como fundamento de la pena (*nullum crimen nulla poena sine culpa*), como elemento de la determinación o medición de la pena y como responsabilidad objetiva. Ver ROXIN, Claus, *Culpabilidad y prevención en el derecho penal*. Instituto Editorial. Reus, s.a. 1981.

<sup>69</sup> 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, donde se señala que la ley no debe establecer más penas que las estrictamente necesarias y que estas deben ser proporcionales al delito. *Instrumentos Internacionales de Protección de Derechos Humanos*. Publicado por el Instituto de Derechos Humanos y la Comisión de la Unión Europea. Talleres de Mundo Gráfico de San José de Costa Rica, 1998, p. 13.

<sup>70</sup> Como pueden ser el derecho al plazo razonable de duración de un proceso; acceso a la jurisdicción; Derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial; Presunción de Inocencia; Derecho a no Autoincriminarse; *Ne bis in idem*; *In dubio pro reo* y la Posibilidad de Impugnar la sentencia de condena.

<sup>71</sup> El Juez de control de garantías es el centinela de la legalidad del procedimiento de investigación llevado a cabo por el ministerio público, teniendo facultades dentro de la etapa preliminar, para tutelar las garantías del imputado; así como en la etapa intermedia, en la cual realizará la calificación de las pruebas que se desahogarán en el juicio oral, siendo el filtro por así decirlo del acervo probatorio para evitar contaminar al tribunal de decisión, con alguna prueba obtenida con violación de derechos fundamentales y finalmente su intervención puramente jurisdiccional, dentro del procedimiento abreviado, como Juez unipersonal sentenciador. Se hará referencia a esta figura en otros acápites de este mismo Capítulo.

<sup>72</sup> Se ha introducido con varias denominaciones en dependencia de las funciones que se le asignan por ejemplo en Costa Rica se refiere a la ac-

en su actuación un sistema de audiencias<sup>73</sup> para la solución de las diferentes situaciones jurídicas que se presenten; medie durante la investigación y el momento en el que se delimite aquello que se integra como objeto del proceso.

Este sujeto habrá de cumplir dos funciones básicas: el control de la legalidad y constitucionalidad de la investigación sin involucrarse en ella para no comprometer la imparcialidad, y la adopción de medidas que implique la limitación de los derechos fundamentales. Se trata de controlar en la vía jurisdiccional las decisiones que adopte el Ministerio Público, en lo que se refiere a registros, allanamientos, interceptación de comunicaciones, incautaciones, capturas y el ejercicio del Principio de Oportunidad y a la vez proteger y velar, durante la etapa de investigación, por la protección de los derechos constitucionales del imputado, de la víctima y de los testigos que en la fase investigativa resulta determinante.

Respecto a la víctima, etiquetada por A. Eser como la figura marginal del procedimiento penal, y que dentro del procedimiento mixto quedó relegada al rol de mero testigo a partir de que la persecución de oficio de los delitos y el interés público se erigen como fundamento a la intervención estatal<sup>74</sup>; dentro de este esquema garantista, tal y como se ha venido reconociendo en el contexto procesal contem-

---

tuación jurisdiccional en el procedimiento preparatorio en el art 277; en Perú se refiere al juez de la investigación preparatoria en los arts. 3 y 29 y conoce de cuestiones relacionadas con la constitucionalidad de las actuaciones, la prueba anticipada y en la etapa intermedia; en Colombia se denomina Juez de Control de garantías arts. 2, 10, 39 y 92 y va a corregir actos irregulares no sancionables con nulidad y, medidas cautelares; en Venezuela arts. 60, 259, y 354 y Guatemala art. 47. En el caso de Chile se le reconoce como juez de control y garantías y velará por las afectaciones a estas tanto en la etapa investigativa como las que se pueden presentar en cualquier fase art 9, 10 y 70.

<sup>73</sup> Como pueden ser de imputación inicial, de recepción de pruebas, de preparación del juicio oral, de sobreseimiento, de conciliación, de conocimiento del procedimiento abreviado e, entre otras. HORVITZ LENON, María Inés. Derecho Procesal Chileno. Tomo I. Ed. Jurídica de Chile. p. 200.

<sup>74</sup> BAUMANN, J., Derecho Procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales, trad. de Finzi, C. A., Depalma, Buenos Aires, 1986, pp. 42-48.

poráneo<sup>75</sup>, se le ha de reconocer la posibilidad de fortalecer su status procesal, vinculándola de manera activa a los actos de conformación del objeto del proceso como expresión del fortalecimiento de todo el conjunto de derechos y garantías que le asisten<sup>76</sup>.

La preservación de los derechos del imputado, resultan trascendentes dentro de este diseño, pues no se puede obviar lo concerniente a las posibilidades de defensa técnica a través de la designación de un defensor para ejercer las funciones de asistencia y representación, que comprenden el asesoramiento del justiciable, la adecuada información sobre las particularidades y desarrollo de la causa, la asistencia del defensor a actos investigativos y de audiencias, el control de la legalidad y regularidad de los procedimientos, las indicaciones probatorias, las actuaciones que afectan su libertad y la operatividad de sus derechos entre otras que pudieran contribuir a darle protección a sus derechos y garantías.

Igualmente debe prevalecer el derecho a ser informado de la acusación, lo cual conlleva no sólo la obligación de dar traslado del escrito de acusación con un tiempo prudencial para que el acusado pueda eficazmente contestarla, sino también el cumplimiento de una serie de garantías<sup>77</sup>, actos todos que se condicionan por el status procesal que el imputado posea en el proceso. Precisamente uno de los temas

---

<sup>75</sup> Se reconoce en Argentina art. 65 y ss.; Colombia art. 7, Guatemala art. 289; Bolivia art. 6 y 72; Ecuador art 65; Venezuela art. 11 y 290; Costa Rica arts. 63, 180 y 289; El Salvador art. 238; Nicaragua art. 18 y 90; Paraguay arts. 53 y 54; Chile arts. 3, 77 y ss. Perú art IV y Código Penal Tipo art. 69.

<sup>76</sup> Se reconocen los derechos de las víctimas en Argentina arts. 75 y 80; Chile art. 109; Colombia arts. 11, 132 y 136; Bolivia art 76 y 77; Ecuador art. 69; Venezuela art 117; Costa Rica art 71; El Salvador art. 13; Nicaragua art. 110; Paraguay art. 68; Perú art. 95. Resulta significativo que en el Código Tipo aunque en el cuerpo de la legislación se entiende los derechos de las víctimas no hace referencia particularizada al tema.

<sup>77</sup> La obligación de informar al imputado de todos sus derechos en un modo que le sea comprensible, la obligación de ilustración de la imputación al sujeto pasivo, con carácter previo a su interrogatorio policial, posibilidad de introducir los hechos impositivos, extintivos o excluyentes de la responsabilidad penal y a verificar sobre ellos la prueba que libremente proponga y sea declarada pertinente y el derecho del acusado a defenderse frente a la pretensión penal formulada contra.

más discutidos en pos de la reforma en Iberoamérica fue precisamente el derecho a la defensa<sup>78</sup> y las garantías del imputado relativas a la formulación de la imputación<sup>79</sup>.

Desde esta perspectiva y tendiendo en cuenta cada uno de los elementos enunciados, se nos presentan las bases esenciales para un sistema penal de enjuiciar garantista cuya validez interna y externa ha de expresarse a través de un máximo grado de racionalidad y fiabilidad en el ejercicio de la jurisdicción, y que ha respetar la dignidad humana imponiendo limitaciones a la potestad punitiva y la tutela de las personas que se ven involucradas en el conflicto penal contra toda arbitrariedad.

#### 4. Una mirada al sistema penal de enjuiciar cubano

Vistas estas acotaciones esenciales propugnadas para el perfeccionamiento de los sistemas de enjuiciar contemporáneos se impone preguntarnos: ¿Cómo está concebido el modelo cubano? ¿Dónde se nos presentan los principales referentes a perfeccionar en nuestro

---

<sup>78</sup> Código penal Tipo se refiere en el artículo 5, 6 a la calidad del imputado y en el artículo 31 a su denominación y el 53 relativo a la defensa técnica; Argentina art. 197 ; Chile art 8 ; Colombia arts. 11, 118 y ss.; Guatemala arts. 20, 71 y 72; Bolivia arts. Art 5, 8, 9, 94 al 101, 107; Ecuador art. 71, 220, 221 y 222; Venezuela art s. 12 y 122; Costa Rica arts. 9, 10, 13, 81 y 82; El Salvador arts. 8 y 87; Nicaragua arts.4, 84 y 85, 95, 101, 103; Paraguay arts. 7, 153 y 385; Perú arts. IX y 71 y 80 y España arts. 118 y 121.

<sup>79</sup> Por ejemplo en Colombia arts. 8 y140; Bolivia arts. 84, Ecuador art. 70 y Venezuela art. 121. Y respecto a ser informado de forma clara y precisa sobre los hechos objeto de la imputación (Perú art. 123; Venezuela art. 122-1; Bolivia art. 92; y Chile art. 1 y 229). Ser asesorado y representado, desde su primera declaración, por un defensor que designe él o sus parientes, y, en su defecto, por un defensor público (Perú arts. 68, 76, 80 -1 y 118; Venezuela art. 122-3; Bolivia arts. 84, 93 y 94 y Chile art. 8). Solicitar la práctica de diligencias de investigación que crea pertinentes para su defensa (Perú arts. 80-5; Venezuela art. 122-5; Bolivia art. 306; y Chile art. 183). Conocer el contenido de los registros de las acciones de instrucción, salvo en los casos o situaciones en que se declare su reserva (Perú arts. 80-7; Venezuela art.122-7; Bolivia arts. 116 y 281; y Chile art.182). Participar en las acciones investigativas que estén autorizadas en la propia ley (Perú arts. 80-4; Venezuela art. 315; Bolivia art. 307 y 1Chile art. 84).

diseño? Y una mirada a la realidad cubana nos lleva a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1889<sup>80</sup>, la cual incorporó innovaciones garantistas a favor de los derechos del imputado producto de la Revolución Francesa de 1789 afianzando ideas renovadoras del pensamiento jurídico europeo que se habían enfrentado a los injustos y estrechos esquemas del sistema inquisitivo y que fueron bien recibidas en nuestro contexto.

Esta Ley continuó rigiendo en Cuba durante los gobiernos interventores norteamericanos y en la pseudo república y mantuvo su sustrato original a pesar de modificaciones en su articulado. Muchas de las instituciones de esta legislación fueron trasladadas a la ley 1251 de 1973, primera ley procesal dictada con posterioridad al triunfo revolucionario, luego de 84 años de vigencia de la legislación española que lo precedió, transformada en algunas instituciones pero conservadora en su esencia y que posteriormente fueron acogidas por la vigente Ley No. 5 de 1977 de Procedimiento Penal reconociendo un Sistema Mixto de Enjuiciar.

En el sistema penal de enjuiciar cubano la titularidad de la acción recae en la Fiscalía quien tiene asignada una doble función: ejercicio de la acción penal con la función acusadora y la protección de la legalidad socialista<sup>81</sup> y dentro de ello la preservación de los derechos y garantías de todos los sujetos intervinientes en el conflicto penal, especialmente durante la investigación criminal. Aspecto que ha sido seriamente cuestionado por las afectaciones que puede producir en una y otra función a los efectos de la objetividad e imparcialidad que bajo esta premisa ha de caracterizar la actuación de este sujeto procesal.

Otro elemento significativo surge a partir de las regulaciones contenidas en la ley adjetiva cubana en el artículo 268 de la Ley de Procedimiento Penal referente al Sobreseimiento Injustificado, donde interviene el juzgador exigiendo del Fiscal la reconsideración de su solicitud por un lado y la transformación de la persecución de oficio en persecución privada por el otro, a lo que se une el hecho de que nuestra ley procesal omite algunas precisiones relativas al acusador

---

<sup>80</sup> Introducida por Real Decreto de 19 de octubre de 1888 hizo extensiva España a Cuba y que fue trasladado el principio acusatorio a nuestro ordenamiento jurídico con las nuevas Audiencias de lo Criminal.

<sup>81</sup> Constitución de la República de Cuba, promulgada en 1976, reformada en 1978, 1992 y en el 2002.

particular y su actuación. Supuesto donde el Fiscal no pudo construir con toda la fuerza del Estado un hecho que delictuoso sirviera de objeto al proceso, sin embargo, el tribunal lo ofrece a un particular para que lo haga porque estima su necesidad de persigüibilidad.

Por otra parte uno de los cuestionamientos más proclamado en los escenarios académicos cubanos en los últimos tiempos, lo encontramos en las facultades que la propia Ley de Procedimiento Penal concede al juez y que son rezagos del sistema inquisitivo. Esto nos ubica en el contenido del artículo 263 donde se establece ante que supuestos el Tribunal puede devolver el expediente al Fiscal para completar actuaciones y poder evacuar conclusiones provisionales, momento de evidente confusión entre las funciones de acusar y juzgar.

La posibilidad del Tribunal de decidir al evaluar las pruebas de las partes, proponer otras conforme a lo regulado en el artículo 287 y 340 apartado 2 de la ley de trámites, constituyen dos momentos procesales diferentes en los que bajo condiciones distintas el juzgador invade la esfera de actuación de las partes, inmiscuyéndose en el material probatorio que aquellas han de emplear en la demostración de sus pretensiones; es esta una actuación propia de las partes, de los titulares de la contradicción, de aquellos que tienen la responsabilidad de convencer al juzgador sobre sus aspiraciones en el proceso y no un acto del órgano imparcial que juzga, situación que más allá de los rasgos inquisitivos que se le atribuyen, e incide sobre el núcleo esencial del proceso.

Por último, un momento crucial en el proceso penal es la fase del juicio oral, y lo primero que debe resolver la práctica cubana es ¿qué llevo al debate? y ¿quién ha de decidir lo que se lleva al debate? En la actualidad esto queda en manos del propio juzgador el que como contribución a ello puede emplear las cuestionadas regulaciones contenidas en el artículo 263 de la ley de trámites se compromete seriamente la imparcialidad y trasciende a cuestiones que han de ser resueltas en *lege referenda* e implican la búsqueda de soluciones a través de transformaciones en el diseño de nuestro sistema respecto a la organización y estructura de los tribunales respecto a la posible inclusión de nuevos sujetos intervinientes como es el caso del Juez de Control y Garantías con un sistema de audiencias preliminares que fortalezcan la Oralidad.

Por otra parte nuestra norma adjetiva concibe la posibilidad que las partes puedan prescindir de la práctica de pruebas oportunamente presentadas y admitidas por el juzgador y que el tribunal las haga suyas (Artículo 341 LPP), las posibilidad de practicar pruebas no presentadas oportunamente por las partes en la Fase intermedia

(Artículo 340.2 LPP) o presentadas por estas en el acto del juicio oral y hechas suya por la sala (Artículo 340.3 LPP) así como la aplicación de la llamada tesis de desvinculación para agravar las consecuencias jurídicas o cuando se produce la retirada de la acusación (Artículo 350 LPP). Se trata pues de formulaciones normativas que manifiestan claramente una fusión entre las funciones de acusar y juzgar, y por tanto representan rezagos inquisitivos.

Por último asumimos una concepción de la víctima que la ubica como mero testigo son con muy limitadas posibilidades de hacer prevalecer en el proceso sus intereses. Y por otra parte, la cuestionable entrada tardía en el proceso del defensor sujeta a la imposición de una medida cautelar o presentado el escrito acusatorio, limita notoriamente las posibilidades de aportar elementos de fuerza al debate penal, más cuestionable aún, cuando el sujeto no es asegurado durante la fase investigativa y entra al proceso en el momento de evacuar conclusiones provisionales donde las posibilidades son aun menores para armarse de los elementos de pruebas que le permitan sostener su tesis de defensa. Así mismo el reconocimiento de la secretividad de algunos procesos en los que por razones de seguridad estatal<sup>82</sup> el acusado y su abogado no tendrán acceso a las actuaciones correspondientes mientras estas se estén practicando aunque sea de manera excepcional, sin lugar a dudas, todas estas manifestaciones nos alejan de las pretendidas concepciones garantista.

## 5. Consideraciones Finales

Cuando nos referimos a las transformaciones en el orden procesal penal, debemos respondernos si el reto supone una postura alucinante e inalcanzable, o si nos resistimos a ello por resultar una tarea harto compleja teniendo en cuenta el fuerte arraigo del actual sistema, frente a las actuales formulaciones procedimentales para el enjuiciamiento penal. Es respondernos hasta dónde trazamos las transformaciones que nos permitan perfeccionar nuestro modelo de enjuiciamiento criminal, pues si continuamos anclados en los criterios del modelo mixto heredado, sin mirar a fondo sus limitaciones, y nos acogemos a las transformaciones planteadas a corto plazo como remiendos, entrecruzando las propias restricciones que devienen de un sistema en

---

<sup>82</sup> Véase artículo 247 último párrafo de la ley de procedimiento penal cubana.

el que han ineludiblemente van a prevalecer más rasgos del inquisitivo que del acusatorio. Hemos de dilucidar entonces, qué hacer, pues no podemos pretender encontrar una piedra filosofal, y entre sueños quiméricos de alquimistas hacer una suerte combinaciones infecundas, o peor aún, que representen un peligro para aquellos que se ven involucrados en un conflicto penal.

La solución se ha de perfilar desde una postura que posibilite una respuesta sistemática y coherente con el contexto y las relaciones que pretendemos regular, de manera que se zanje la contradicción entre el ser y el deber ser, que ha marcado el abismo entre lo que tenemos y aquello a lo que aspiramos; entre lo que hacemos y lo que debemos hacer. Se trata de decidir si hemos de asumir sistemas de enjuiciamiento criminal emergente con un deber ser que nunca pueda llegar a ser; o nos afilamos a nuevos esquemas donde el deber ser llegue a ser y en el que un Sistema Acusatorio Formal Adversarial se nos presenta como una propuesta viable.

Nos preocupan las reticencias en nuestros profesionales del derecho respecto a las profundas modificaciones que conllevaría un rediseño sobre la base de una sistemática que nos permita integrar y estructurar un Sistema Acusatorio Formal Adversarial, máxime cuando nuestra norma adjetiva lleva sobre sus hombros el peso de los años y las complejas dinámicas que emanan de las relaciones sociales y el contexto social. Y es que no podemos renunciar a la idea de que todos los intervinientes del conflicto penal perciban con claridad y transparencia los valores esenciales de Igualdad, Humanismo y Justicia. Y en este sentido un papel predominante tienen los actores del conflicto penal definidos como la trilogía formada por el tribunal y las partes para la aplicación de la norma sustantiva, quienes habrán de capacitarse en función de asumir las nuevas tendencias de manera que cuando se presenten las transformaciones, sean capaces de aceptarlas, y aportar positivamente en función de su asimilación.

Apostar por la construcción de un sistema de enjuiciar garantista, no representa en modo alguno sueños o delirios de alquimistas en busca de la piedra filosofal, las pautas están claramente marcadas; pues el costo social, político y jurídico es impagable. Un sistema de enjuiciar en el cual no se confié, no sea proporcional, respetuoso de la dignidad humana, en fin, sin garantías, solo nos conduce a quedarnos varados en el tiempo y evocar equívocamente aquello que consideramos como justo y humanista.

Una enseñanza importante podemos tomar de los alquimistas, que en los estudios desarrollaron la "Ley del intercambio equivalente", que esencialmente representa lo que cada sustancia pierde en su

interacción química con otra para lograr transmutar un nuevo elemento, y es que de eso se trata: hemos de cambiar no sólo la norma y reformar las estructuras, sino también asumir las consecuentes transformaciones a la subjetividad que ello conlleva para lograr un sistema penal de enjuiciar garantista que ubique al hombre en el centro de todo análisis. No hacerlo, sería como acallar las arduas críticas que César de Bonesana, Marqués de Beccaria, a pesar del miedo a la persecución y sus conflictos internos, le profririera al sistema inquisitivo y sirvieron de inspiración para la construcción de los sistemas mixtos de enjuiciar<sup>83</sup>, es negar las aspiraciones irrenunciables que legó a los hombres y mujeres de nuestro tiempo: una justicia<sup>84</sup> necesaria e inviolable de la seguridad.

## 6. Bibliografía

### Obras Generales

ANTEILLÓN MONTEALEGRE, Walter, El proceso penal. Estudios. ISSA. Investigaciones Jurídicas. S.A. San José, Costa Rica. 2012.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, Introducción al estudio del Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1989.

BACHMAIER WINTER, Dra. Lorena, Sistemas procesales: la hora de superar la dicotomía acusatorio – inquisitivo. Publicación digital en CD Escuela de Verano sobre temas penales contemporáneos, La Habana. Julio 2007.

BAUMANN, J., Derecho Procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales, trad. de Finzi, C. A., Depalma, Buenos Aires, 1986.

BONESANA, César, Tratado de los delitos y las penas. Editorial HELIASTAS. S.R.L. Libro Edición Argentina, 1993.

BOVINO, Alberto, Problemas del derecho procesal contemporáneo. Impreso en octubre de 1998 en ARTES GRÁFICAS CANDIL Nicaragua 4462 Buenos Aires Editores del Puerto s.r.l.

---

<sup>83</sup> CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Becaria y su obra. Tratado de los delitos y las penas*, Ob. Cit. pp. 25 y ss.

<sup>84</sup> BONESANA, Ob. Cit., p. 60.

- CARNELUTTI, Francesco, *Derecho procesal civil y penal*, EJEA, Buenos Aires, 1971.
- Colectivo de autores, *Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal*. Primera parte. Editorial Félix Varela Chioyenda, Giuseppe: Instituciones del derecho procesal civil( trad. E. Gómez Orbaneja), vol. III, Editorial revista de Derecho Privado, Madrid,1954.
- 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.
- FASSO, Guido, *Historia de la filosofía del derecho 1 Antigüedad y edad media*. Ediciones Pirámides. s.a. Madrid Fenech, Miguel. *Curso de Derecho procesal penal*, Bosch, Barcelona, 1945.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.
- GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, *Acerca del Valor Moral de la Seguridad Jurídica*. Situado en <http://fd.uo.edu.cu>. Aula virtual. Consultado 23 de Mayo 2014. pp. 477- 478. Gómez Colomer, Juan Luis, con Juan Montero Aroca, Alberto Montón Redondo y Silvia Barona Villar. *Derecho Jurisdiccional I y III, Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Duodécima Edición, Valencia, 2004.
- GIMENO SENDRA, José Vicente, *Derecho Procesal Penal*, t.2, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- GONZÁLEZ, José Luis, *El Debido Proceso. Modernización del proceso penal*. Congreso sobre Ciencias Penales, Uruguay, 1998.
- HAUSER, Arnol, *Introducción a la historia del arte*, trad. de F. González Vicén, Guadarrama, Madrid, 1961.
- HENDLER, Edmundo, *La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado*. Trabajo contenido en la obra *el procedimiento abreviado de Maier y Bovino*. Editores del puerto S.R.L. Buenos Aires Argentina, 2001.
- HORVITZ LENON, María Inés, *Derecho Procesal Chileno*. Tomo I. Ed. Jurídica de Chile Leonardo Frank, Jorge. *Sistema Acusatorio Criminal y Juicio Oral*, Lerner Editores Asociados, Buenos Aires, 1986.
- LEONE, Giovanni, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. I, Jovene, Napoli, 1961.
- LEVENNE, Ricardo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Segunda Edición, t. 1, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993.

MAIER, Julio, "La Reforma del Sistema de Administración de Justicia Penal en Latinoamérica", en Revista Cubana de Derecho, No11, 1996.

MONTERO AROCA, Juan, *et al.*, Derecho Jurisdiccional. I Parte General. 14 Edición. Tirant lo Blanch Valencia 2005. Ortega León, Darina. Contemporaneidad de un debate: Humanismo vs. Derecho penal. Tesis en opción al título de Especialista en derecho penal. 2006.

MONTERO AROCA, *et al.*, Derecho Jurisdiccional. III Parte General. 14 Edición. Tirant lo Blanch Valencia 2005.

MORENO CATENA, Víctor, El proceso penal. Sistema penal y derechos humanos, 2da edición, Ed. Porrúa. AV, República Argentina 15, México, 2000.

ROXIN, Claus, Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

\_\_\_\_\_, "Problemas actuales de la Política Criminal" en *Problemas fundamentales de la Política Criminal y el Derecho Penal*, Universidad Autónoma de México, México, 2002.

\_\_\_\_\_, *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, Editorial Reus, Madrid, 1981.

### **Normas Jurídicas Internacionales**

Código Procesal Modelo para Iberoamérica. En la obra de Julio Maier Derecho Procesal Penal argentino. T.1 Editorial Hammurabi S.R.L Segunda Edición, Buenos Aires, Argentina 1989. Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial. Cumbre Judicial Iberoamericana 2006.

### **Normas jurídicas nacionales**

Constitución de la República de Cuba, promulgada en 1976, reformada en 1978, 1992 y en el 2002.

Ley de Enjuiciamiento Criminal Española. Corregida, aumentada y puesta al día por Miguel D'Estéfano Pisani, Segunda Edición, La Habana, 1954.

Ley No. 5 de 13 de agosto de 1977, Ley de Procedimiento Penal, modificada por el Decreto Ley 151 de 1994.

# Las ideas de Beccaria sobre la prisión provisional. Su impronta en el derecho adjetivo cubano dos siglos después

DRA. ÁNGELA GÓMEZ PÉREZ\*

## Sumario

1. Introducción
2. Generalidades sobre el tema de la prisión provisional
3. Breve referencia a las disposiciones jurídicas sobre Prisión provisional en Cuba revolucionaria
4. Derechos del imputado
5. Delitos que se vinculan a la detención y la prisión provisional
6. Cuestiones doctrinales y posiciones controversiales en torno a la prisión provisional
7. Conclusiones
8. Bibliografía

---

\* Profesora Titular del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana, Máster en Criminología, Máster en Derecho Público, Diplomada en Antropología. Ha realizado actividades académicas en diversas Universidades de Bolivia, Venezuela, Guatemala, Panamá y Angola. Es la coordinadora de la Maestría de Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana. Tiene múltiples publicaciones sobre temas de interés criminológico y penal.  
[angela@lex.uh.cu](mailto:angela@lex.uh.cu)

## 1. Introducción

La Historia tiene coincidencias sorprendentes y una de ellas es que fueron dos personas llamadas “César” los que vertieron sus ideas en trabajos y obras que abrieron las puertas a las principales Escuelas del Derecho Penal de los siglos XVIII-XIX y XIX-XX: Me refiero a la Escuela clásica inspirada en las ideas del pensamiento iluminista que tiene como una de sus figuras cimeras a César Beccaria; y la Escuela positivista fruto del empirismo y el determinismo, cuyo principal representante fue César Lombroso.

Muchos de los principios, garantías e instituciones que aun hoy informan nuestros sistemas legales de bases latinas, tienen su origen en estas Escuelas guiadas por las divergentes luces de estos dos “Césares”; no obstante, la pretensión de este trabajo se dirige al análisis crítico de la prisión provisional actualmente en Cuba, a la luz de las ideas de Beccaria.

Parece imprescindible citar la idea central del pensamiento de Beccaria en torno al tema antes de iniciar esta breve exposición y cito:

“Un error no menos común que contrario a la finalidad social, que es el convencimiento de la seguridad propia, es dejar que el magistrado ejecutor de las leyes sea dueño de aprisionar a un ciudadano...”  
“...La ley por consiguiente indicará cuáles sean los indicios de un delito que merezcan la custodia del reo, que le sometan a un examen y a una pena.”<sup>1</sup>

Durante mucho tiempo el cumplimiento de la prisión provisional se realizaba en los mismos establecimientos donde se ejecutaban las penas privativas de libertad. Beccaria llamaba la atención en este sentido cuando decía: “Porque parece que en el sistema criminal actual, según opinión de los hombres, prevalece la idea de la fuerza y de la prepotencia sobre la de la justicia, porque se arrojan confundidos en la misma caverna a los acusados y a los convictos, porque la prisión más bien es un suplicio que la custodia del reo...”<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> BECCARIA, CÉSAR. Opúsculo Tratado de los delitos y las penas. (Italia, 1764) Primera edición digital. 2003. Editores: Chantal López y Omar Cortés- Tomado de la parte dedicada a “La detención”.

<sup>2</sup> BECCARIA, CÉSAR. *Op. Cit. Ídem.*

Y por último, la reacción social, con su carga ideológica siempre deja su huella indeleble en los sujetos que la padecen, que resultan “etiquetados” aunque finalmente no se demuestre su culpabilidad por los hechos y esta sea revocada; a lo cual también se refirió Beccaria cuando planteaba: Un hombre que haya sido acusado de delito, encarcelado y absuelto después, no debería llevar en sí nota alguna de infamia. ¡Cuántos romanos, acusados de delitos gravísimos y a quienes se estimó luego inocentes, fueron reverenciados por el pueblo, y honrados con magistraturas! ¿Por qué razón es tan distinto en nuestro tiempo el éxito de un inocente?<sup>3</sup>

La medida cautelar de prisión provisional, se ha regulado de diversas formas en el procedimiento penal en cada contexto y época, en correspondencia con la ideología que ha inspirado el ejercicio del poder punitivo, la función que se ha asignado al Derecho Penal y el desarrollo alcanzado por las ciencias penales; esto quiere decir que viene a formar parte del “modo” de hacer por parte de los órganos investigativos y judiciales, lo que a su vez identifica “el sistema de enjuiciar”, tanto por las cuestiones formales, como por las circunstancias y sustantividad del acto.

Un análisis histórico-socio- jurídico del tratamiento otorgado a la problemática en Cuba, nos revela como el uso de la prisión provisional permite evaluar en cada época el peso que han tenido los ejes político-criminales de la reacción social (igualdad, libertad y seguridad).

Los gobiernos dictatoriales que antecedieron al poder revolucionario utilizaron la prisión provisional para contener la fuerza de los movimientos libertarios mediante regulaciones que excluían cualquier beneficio de fianza u otra medida de cautela con personas tildadas de opositores al régimen, que luego eran torturados y masacrados sin juicio alguno.

La legalidad socialista construida durante 55 años de transformaciones ideológicas, político-económicas y socio-culturales ha mostrado vaivenes que han marcado hitos en la doctrina cubana en torno al tema hasta hoy.

---

<sup>3</sup> BECCARIA, CÉSAR. *Op. Cit. Idem.*

## 2. Generalidades sobre el tema de la prisión provisional

En Cuba esta medida cautelar se conoce como Prisión “provisional”, pero la literatura sobre el tema usa comúnmente el término de prisión “preventiva”; y aunque pudieran atribuírseles a estos vocablos solo diferencias semánticas, en realidad lo más relevante de una posible distinción radica en el alcance y contenido de su definición. La prisión provisional sugiere la condicionalidad de la medida, sujeta a una situación no definitiva; en tanto que la prisión preventiva hace alusión a la necesidad de la medida en función de la prevención de otros fenómenos, no queda clara su temporalidad.

De acuerdo con la concepción que se tuvo de la prisión provisional desde el propio siglo XVIII, esta se concebía igual que la pena, como una medida necesaria en determinadas circunstancias. También Beccaria<sup>4</sup> estimaba legítimo el encarcelamiento previo a la condena en ciertos casos, aunque identificaba algunos límites... “[la carcere è dunque la semplice custodia d’un cittadino finché sia giudicato reo, e questa custodia essendo essenzialmente penosa, deve durare il minor tempo possibile e dev’essere meno dura che si possa. Il minor tempo dev’essere misurato e dalla necessaria durazione del processo e dall’anzianità di chi prima ha un diritto di esser giudicato. La strettezza della carcere non può essere che la necessaria, o per impedire la fuga, o per non occultare le prove dei delitti”.

Desde su nacimiento con el sistema acusatorio, los fundamentos de la prisión preventiva se centraban en tres direcciones a saber: la

---

<sup>4</sup> Véase: DEI VECCHI, Diego. Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes. *Revista de Derecho*. Vol XXVI-No. 2 – Diciembre 2013, página 194. Cita a BECCARIA, C., *Dei delitti e delle pene*, Verona, 1996 [1764], p. 60. Y considera que en el mismo sentido, si bien la gran mayoría de los intelectuales de la época pedían la limitación, “[n]inguno de ellos llega, sin embargo, a pedir coherentemente la supresión del vituperado instituto: cual si se tratase de una ‘injusticia necesaria’ (FERRAJOLI, L., *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2005, p. 552, ver al respecto la bibliografía por él citada. En particular notas 31 a 49); “la Ilustración y el liberalismo nunca se propusieron abolir el encarcelamiento preventivo (la prisión durante el procedimiento penal)...” (MAIER, J.B., *Derecho Procesal Penal: Actos Procesales*, 3, del Puerto, Buenos Aires, 2011, p. 380).

necesidad de impedir que el presunto autor evadiera la acción de la justicia, impedir que fueran destruidas pruebas del delito o que se intimidare a los testigos y para dar protección al orden social.

La referencia al límite de la prisión preventiva a partir del principio de presunción de inocencia se asimilaba a la necesidad de otorgar un trato diferente al cautelado en relación con el sancionado, lo que supone que el rigor del encarcelamiento no podía ser igual en ambos casos, de lo contrario se deslegitimaría el fundamento de la prisión provisional.

Pero ya en la segunda mitad del siglo XIX y durante la primera del siglo XX, la ideología positivista que marca la perspectiva de la Criminología y del Derecho Penal reducen la fuerza del principio de presunción de inocencia en virtud del enfoque determinista que centra la reacción social en el aislamiento del presunto autor del delito, dada su peligrosidad ante la necesidad de proteger la sociedad y el desarrollo de un Derecho Penal de autor.

La segunda mitad del siglo XX y principio del siglo XXI exhiben un fortalecimiento de la Doctrina de los derechos humanos, lo que conduce a una ampliación de los derechos fundamentales contemplados en las constituciones, que se concretan luego en la legalidad sustantiva y procesal del ordenamiento jurídico penal mediante garantías y principios que informan el debido proceso, en particular aquellos que conciben al autor del hecho en desventaja frente al “monopolio de la violencia represiva del Estado” como lo denomina Luigi Ferrajoli<sup>5</sup> al referirse a la función garantista del Derecho y del Proceso penal. Desde este referente legislativo, puede decirse que entre los derechos fundamentales que cobran fuerza en la actualidad se encuentran precisamente la libertad ambulatoria y por tanto la presunción de inocencia como límites a su afectación injustificada.

La Declaración de derechos del hombre de 1789, fruto iluminista de un cambio de paradigma, aceptaba la probabilidad del encarcelamiento anterior a la condena, y en el artículo 9, luego de consagrar de manera general la presunción de inocencia, expresaba que el “arresto” podría efectuarse en casos de extrema necesidad al margen de los cuales habría de considerarse ilegítimo. Estas reglas fueron

---

<sup>5</sup> FERRAJOLI, L., “Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal”, Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y colectivo de autores, Madrid, 1995. p. 763.

contempladas luego en los instrumentos jurídicos internacionales que tutelan los derechos humanos actualmente.<sup>6</sup>

Dei Vecchi<sup>7</sup> considera que la prisión preventiva es una medida cautelar semejante a la que de forma instrumental se establece por el Derecho Civil sin que entrañe un fin en sí misma, porque sugiere dos presupuestos a saber: 1 -Para el Derecho Civil debe existir una probabilidad de certeza en la hipótesis que dio lugar a la medida, por lo que formaría parte de la decisión final, lo que se conoce como *fumus boni iuris* que en el Derecho Penal se ha denominado como *fumus commissi delicti* y que hace referencia a la necesidad de que existan elementos de prueba que hagan suponer de forma fehaciente la participación del imputado en los hechos que serán objeto del proceso; 2 – Para el Derecho Civil el segundo presupuesto significa que se produzca una frustración del derecho aplicado en la hipótesis por no haber aplicado la medida cautelar y que se denomina en la doctrina como *periculum in mora*, identificado en el Derecho Penal como *periculum libertatis*, en el supuesto de no haber aplicado oportunamente la prisión preventiva. Y acota que en este sentido, la prisión preventiva tendría en común con las demás de su género las características siguientes: instrumentalidad, excepcionalidad, legalidad y jurisdiccionalidad.

---

<sup>6</sup> Véase: DECLARACIÓN FRANCESA DE DERECHOS DEL HOMBRE de 1789. El Art. 9 de la misma indica: “Todo hombre se presume inocente mientras no haya sido declarado culpable; por ello, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no fuera necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley.” Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen la presunción de inocencia como un principio fundamental, pero prevén también la posibilidad de que el imputado sea detenido, al disponer que toda persona detenida tiene derecho a ser juzgada en un plazo razonable. Art. 6 Art. 7 inciso 5) de la CADH; Art. 9 inciso 3) del PIDCP. Véase además: Art. 9 inciso 3) del PIDCP. Sobre la temática de la prisión preventiva en los instrumentos internacionales de derechos humanos, Art. 5 inciso 4) de la CADH; Art. 10 inciso 2) a) del PIDCP.

<sup>7</sup> DEI VICCHI, Diego, *Op. Cit.* p. 197.

### **3. Breve referencia a las disposiciones jurídicas sobre Prisión provisional en Cuba revolucionaria**

Cuando triunfa la revolución, se encontraba vigente la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, extendida a Cuba mediante Real Decreto de 14 de 19 de octubre de 1988, la que establecía en sus artículos 490-492 la forma de proceder para detener y asegurar a un imputado cuando cometía alguno de los delitos enunciados por esta. La persona encargada de aplicar la medida cautelar, era el Juez de Instrucción durante el proceso de investigación y cuando se encontraba en fase de juicio oral, correspondía al Tribunal que conocía del hecho. Esta Ley fue objeto de múltiples modificaciones en la etapa revolucionaria para adecuar sus regulaciones a la nueva realidad.

Entre las modificaciones más relevantes ocurridas después del triunfo revolucionario cubano, se encuentran las incorporadas por la Ley 425 de 7 de julio de 1959, que contempla nuevos tipos penales y agrava la reacción ante otros ya tipificados que ponían en riesgo la estabilidad de la Nación, los cuales eran considerados como delitos contrarrevolucionarios; al propio tiempo que modifica el procedimiento penal señalando que los imputados por todos estos delitos estaban excluidos del beneficio de la libertad provisoria.

Posteriormente mediante la Ley 634 de 23 de noviembre de 1959 se transfieren todos los asuntos que tengan un carácter contrarrevolucionario para los Tribunales revolucionarios y se mantiene el criterio de aplicar prisión provisional a todas las personas que resulten juzgadas en estas sedes.

A diferencia del rigor político criminal con que se enfrentaban las conductas que afectaban los intereses más preciados de la nación en esta etapa, la Ley 546 de 15 de septiembre de 1959 dispuso la prohibición de mantener en prisión provisional por más de tres meses a menores de 18 años de edad, así como la obligatoriedad de otorgar la libertad de todos los imputados menores de 21 años que se encontraban sujetos a juicios en reformatorios por un período superior a tres meses. Esta decisión se vincula al estado deplorable en que se encontraban los centros de reclusión de menores de edad y la superpoblación existente, debido a que la edad penal establecida en el vigente Código de Defensa Social era la de 12 años y por tanto eran asegurados y juzgados por la Jurisdicción ordinaria. Este criterio fue modificado posteriormente elevándose la edad penal a 16 años mediante la Ley 1249 de 23 de junio de 1973, aunque continuaban conociéndose los hechos en que estos incurrían por los Tribunales ordinarios; hasta que en el año 1982 se promulga el Decreto Ley 64, mediante el cual

se extraen de la Jurisdicción Penal el conocimiento de los casos de menores en conflicto con la Ley Penal que pasan a ser resueltos por los Consejos de Atención a Menores.

La Ley 858 de 11 de julio de 1960 modificó algunas tipicidades contempladas en el Código de Defensa Social que afectaban la economía del naciente Estado y propiciaban la proliferación de otras conductas que se tornaban relevantes cuando crecían en magnitud, por lo que se modifica el procedimiento penal y se otorga al Juez de Instrucción o Tribunal correspondiente la facultad de aplicar prisión provisional en estos casos.

Una medida que flexibilizó el uso de la prisión provisional aparece con la Ley 925 de 4 de enero de 1961, en la cual se establecía que esta solo se mantendría mientras subsistieran los motivos que la generaron; no obstante si se mantenía durante el término de la sanción mínima prevista para el tipo que se enjuiciaba, sin que concurrieran circunstancias de agravación, el Juez o Tribunal que conociera del hecho, debía proceder de oficio a revocar la medida de prisión provisional, y en su lugar imponer la medida cautelar de *Apud acta*. Igualmente se dispone la inmediata libertad en cualquier momento del proceso donde se determine la inocencia del imputado.

La Ley 1098 de 26 de marzo de 1963 modificó los preceptos legales del Código de Defensa Social que prevenían los delitos de Hurto y Robo, considerándolos de carácter contrarrevolucionarios a tenor de las consecuencias lesivas que estas conductas tenían para la familia cubana en una década de dificultades económicas y ante la necesidad de garantizar la seguridad ciudadana. Para estos casos igualmente se disponía la prisión provisional de los imputados.

El 20 de noviembre de 1964 mediante la Ley 1169 los centros de detención y prisión provisional, denominados "Vivac" pasan a formar parte del Ministerio del Interior, ya que eran dirigidos por las administraciones locales, unificándose en un solo órgano la dirección de la totalidad de las prisiones, aunque se compartimentaron sus estructuras de forma independiente.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Para mayor información sobre la Legalidad revolucionaria en torno a la Prisión Provisional, consúltese la obra de BODES, JORGE. La detención y el aseguramiento del acusado en Cuba. Editorial Ciencias Sociales. La Habana 1996.

La década de los años 70 del pasado siglo fue la etapa de institucionalización del gobierno revolucionario, en este sentido se adelanta el sistema judicial que se reestructura mediante la Ley 1250 de 1973 bajo una clara distinción de las funciones de cada uno de los órganos que lo integran, ello propicia la promulgación de la Ley 1251 de 1973 de Procedimiento Penal que deroga la vieja Ley de Enjuiciamiento Criminal y entre sus muchas transformaciones regula en los artículos 244-258 una novedosa fórmula para aplicar la prisión provisional, consistente en una “audiencia verbal”, mediante la cual la policía o el Fiscal presentaban el imputado al Tribunal dentro de las 24 horas siguientes a la detención, conjuntamente con las actuaciones y la solicitud de aplicación de medida; en la vista oral a puertas cerradas donde se decidía la cuestión, también tomaban parte el Fiscal, el abogado defensor, el imputado y el secretario que levantaba acta; tanto el Fiscal como el abogado defensor formulaban sus alegaciones acerca de la conveniencia de determinada medida cautelar y luego el Tribunal decidía y notificaba al imputado lo resuelto mediante auto, que no era recurrible, aunque la medida podía ser modificada en cualquier momento si dejaban de existir los elementos que la motivaban o el imputado cumplía el término del límite mínimo de la sanción prevista por el delito que se le imputaba.

Una vez que el imputado era asegurado mediante “audiencia verbal”, se convertía en parte del proceso, con derecho a proponer pruebas a través de su defensor, que podía acceder a las actuaciones.

También resulta novedosa en esta Ley la inclusión de dos nuevas variantes para aplicar medida cautelar (la reclusión domiciliaria y la obligación contraída en acta).

Como requisitos para imponer la medida de prisión provisional se establecían:

- Que conste de las actuaciones que se ha cometido un hecho que reviste las características de un delito.
- Que aparezcan en las actuaciones motivos suficientes para estimar responsable criminalmente del delito a la persona contra quien haya de decretarse la prisión.

En igual sentido, se establecía que procedía la prisión provisional contra todo imputado por delitos contra la seguridad del Estado o respecto del cual pudiera aplicarse pena de muerte o la máxima de privación de libertad.

Solo era posible aplicar una medida distinta ante la concurrencia de estas variantes, cuando se tratara de una persona sin antecedentes penales, con buena conducta. Cuando el hecho no había causado

alarma. Cuando el delito no era de los que se cometía con frecuencia y no existía la presunción fundada de que trataría de evadir la acción de la justicia.

Cuando el imputado no cumplía las obligaciones correspondientes a la medida cautelar no privativa de libertad impuesta, el Tribunal podía aplicarle una medida más severa. En el caso de que la medida impuesta fuera la de Fianza en efectivo, el Tribunal podía incautarla y en su lugar aplicarle la prisión provisional.

La implementación de la “audiencia verbal” estaba dirigida a garantizar que un órgano colegiado evaluara la decisión de imponer la medida cautelar, ya que la experiencia precedente del Juez de Instrucción había sido blanco de muchas críticas por el carácter unipersonal de la decisión. Sin embargo fueron muchos los cuestionamientos realizados a la audiencia verbal a posteriori, tildada de pre-juzgar el hecho antes de ser probado y de presumir la culpabilidad de alguien que se supone inocente hasta que se demostrara lo contrario en el juicio oral. Por otra parte el costo procesal se incrementó de forma considerable.

#### **4. Regulaciones actuales de la prisión provisional en el Procedimiento Penal cubano**

La nueva Ley de Procedimiento Penal (No. 5 de 1977) eliminó la “audiencia verbal” y otorgó al Fiscal la facultad de imponer la medida cautelar de prisión provisional; en la práctica jurídica, esta Ley vino a concretar los principios, derechos y garantías que la Constitución socialista de 1976 refrendaba en sus artículos 56-59.

La detención en Cuba se regula actualmente en los artículos 241 al 244 con las modificaciones introducidas por el Decreto Ley 151 de 10 de junio de 1994; y comienza por reafirmar el principio de legalidad cuando expresa que nadie puede ser detenido sino en los casos y con las formalidades que las leyes prescriben”-

Cualquier persona puede detener a un individuo que intenta cometer un delito, o cuando es descubierto infraganti, al evadido de algún centro penitenciario, órgano o unidad donde se halle sujeto a medida cautelar o de prisión y al que ha sido declarado en rebeldía.

Quien ha detenido a otro individuo que se halla en las condiciones apuntadas, deberá entregarlo de inmediato a las autoridades policiales.

La autoridad o agentes de la PNR tienen la obligación de detener a las personas que se hallan en las circunstancias anteriores, o cuando exista una orden de detención contra ellas, o cuando esté acusado

por un delito contra la seguridad del Estado, o cuando la sanción prevista para el delito cometido sea superior a 6 años, o en los casos de cualquier delito que produzca alarma o se cometa con frecuencia y cuando se presuma que tratará de evadir la acción de la justicia.

La policía ha de poner en libertad al detenido dentro de las 24 horas, o podrá aplicarle alguna de las medidas que la Ley establece, a excepción de la Prisión Provisional, que solo puede aplicarla el fiscal, por lo que si no toma alguna de estas decisiones, deberá ponerlo a disposición del Instructor con las actuaciones del caso.

El Instructor a su vez podrá dejar sin efecto la detención o imponer alguna de las medidas cautelares excepto la de prisión provisional, por lo que si no toma estas decisiones, deberá poner el caso a disposición del Fiscal con la propuesta de que este imponga la prisión provisional.

El Fiscal a su vez deberá en el término de 72 horas dejar en libertad al detenido, o aplicar mediante auto fundado cualquiera de las medidas cautelares previstas en la Ley, comunicándolo de inmediato al Instructor para que lo notifique al acusado.

La prisión provisional procede por los mismos motivos previstos en la Ley que le antecedió, incluyendo las excepciones.

Una de las cuestiones que amerita ser destacada es que esta medida cautelar se cumple en establecimiento distinto de los destinados a ejecutar las sanciones privativas de libertad.

En el auto donde se disponga la prisión provisional, el Fiscal de forma excepcional podrá proponer por razones de seguridad estatal, que el acusado no tenga acceso a las actuaciones hasta el trámite de apertura a juicio oral. Esta excepcionalidad en la práctica funciona como una limitante en buena parte de los casos, en los cuales las autoridades policiales y el Fiscal siempre tienen razones fundadas para proteger la información que manejan y el curso de las investigaciones.

## **5. Derechos del imputado**

Cuando el acusado es asegurado en prisión provisional y fuera de los casos de excepcionalidad se convierte en parte del proceso, podrá proponer pruebas a su favor a través de su abogado defensor, con el cual podrá entrevistarse en privado.

El defensor podrá revisar las actuaciones y presentar documentos que favorezcan a su representado. También podrá pedir en cualquier momento del proceso revocación o la modificación de la medida cautelar, las que serán respondidas por el Fiscal en el término de 5 días.

Si el Fiscal deniega la práctica de pruebas solicitadas por el defensor o la solicitud de modificación de prisión provisional, este podrá establecer un recurso de queja ante el mismo.

Al igual que la anterior Ley, se establece que cuando las razones que motivaron la aplicación provisional dejen de existir, el individuo debe ser puesto en libertad de inmediato.

Algunos autores cubanos cuestionan el contenido de las regulaciones que aparecen en la Ley de Procedimiento Penal para aplicar la medida de prisión provisional, por cuanto mantienen la sistemática introducida por la LeCrim española de finales del siglo XIX hasta hoy.<sup>9</sup>

Una de las tendencias dogmáticas que se ha desarrollado acerca de la legitimación de la medida cautelar de prisión provisional desde el contenido de sus fundamentos, es la que cuestiona la amplitud de los requisitos contenidos en la norma para su viabilidad, a partir de una dicotomía que nace del principio de presunción de inocencia que resultaría el límite que salvaguarda al derecho fundamental “libertad ambulatoria”.

En el artículo 58 de la Constitución cubana se reconoce este derecho fundamental, en tanto que el artículo 1º de la Ley de Procedimiento Penal se regula el principio de presunción de inocencia, no obstante, las reglas procesales para aplicar la prisión provisional son

---

<sup>9</sup> Conferencia impartida por el Profesor DANILO RIVERO en fecha 8 de abril de 2009. Segundo Congreso Internacional de Derecho Procesal, llevado a cabo en La Habana. El ponente menciona la influencia que tuvo la Ley de Enjuiciamiento criminal española sobre la legislación cubana, en particular en lo tocante al tema de la prisión provisional, ya que en las leyes de la etapa revolucionaria se mantienen los presupuestos básicos que la vetusta LeCrim preveía para la adopción de la prisión provisional a saber: la existencia de un hecho que presente caracteres de delito y razones bastantes para creer responsable criminalmente al presunto culpable. También se recogen los motivos que se contemplaban, para no adoptar la decisión de prisión (buenos antecedentes de conducta, inexistencia de indicios sobre evasión de la justicia, y que el delito no haya producido alarma, ni sea de los que se cometen con frecuencia en el territorio). – cuestiones todas limitativas del principio de presunción de inocencia-, a pesar de que a las tradicionales medidas de prisión, fianza y obligación apud acta de la antigua ley, se suman la fianza moral y la reclusión domiciliaria.”

abiertas (artículo 252) y casuísticas (artículo 257 y 258) y desde esta perspectiva, el operador del sistema puede manejar la institución a su antojo, con miras a intereses operativos que ponen en tela de juicio el enunciado del mencionado principio o pueden aplicar injustamente la medida debido al mandato legal que excluye del gozo de libertad provisional en determinados delitos.

La doctrina mayoritaria reconoce que en la época actual aun la prisión preventiva es una medida necesaria, pero otorga al principio de presunción de inocencia la misión de regularla desde un referente legal, axiológico y social que permita certeza legal durante la aplicación de la norma procesal.

En la Ley procesal también se avista el procedimiento de *Habeas Corpus* cuando una persona ha sido privada de libertad por parte de las autoridades, sus agentes o funcionarios, fuera de los casos establecidos, sin cumplir las formalidades y garantías que prevén la Constitución y las Leyes.

Luego de cumplidos los trámites de rigor establecidos en el procedimiento, si el Tribunal competente resuelve declarar con lugar el *Hábeas Corpus*, contra el auto que lo acepte no cabe recurso alguno. Si decide denegarlo y el órgano que decidió es una Sala del Tribunal Provincial, podrá recurrirse en apelación ante la Sala correspondiente del Tribunal Supremo. Una vez que el Tribunal Supremo haya decidido como primera instancia o en apelación, no cabe recurso alguno.

## 6. Delitos que se vinculan a la detención y la prisión provisional

El Derecho Penal sustantivo prevé varias tipologías delictivas relacionadas con la detención y la medida de prisión provisional, a saber:

- La evasión del detenido o quebrantamiento de la prisión provisional por evasión. (artículo 163)
- La ayuda a la evasión de presos o detenidos o la infidelidad en su custodia (artículo 164)
- La Privación ilegal de libertad, cuando el sujeto activo sea cualquier persona (artículo 279), en las figuras derivadas se agrava la sanción dependiendo de los móviles del autor y de las consecuencias del hecho.
- La violación deliberada o negligente de los términos previstos en la Ley de Procedimiento para decidir la situación legal de un detenido por parte de las autoridades, agentes y funcionarios facultados. (artículos 280-281)

- La prolongación por parte de las autoridades o sus agentes, del cumplimiento de una resolución donde se disponga la libertad de un detenido. (artículo 282)
- El Director de un establecimiento penitenciario que reciba una persona en calidad de preso, sin que esté legalmente acreditada esa situación. (artículo 283 a)
- El Director de un establecimiento penitenciario que no conduzca ante la autoridad o Tribunal un detenido o preso que ha sido reclamado en virtud de resolución dictada en proceso de hábeas corpus u otra análoga. (artículo 283-b)

## **7. Cuestiones doctrinales y posiciones controversiales en torno a la prisión provisional**

Según Zaffaroni, hoy día los Estados ofrecen seguridad a cambio de libertad, pero en la práctica no se hace más que aumentar la inseguridad y reducir las libertades, porque "...existe una crisis general provocada por la dictadura mundial del capital financiero que nadie parece tener poder para detener... La ausencia de toda autoridad supranacional frente a este poder incontenible provoca una anarquía mundial nunca vista en estas dimensiones. Sin duda estamos frente a una nueva etapa inédita del poder planetario, con terribles consecuencias sobre el poder punitivo y los sistemas penales y, por ende, sobre los ideales civilizatorios"<sup>10</sup>.

El recrudescimiento de la represión desde diversas posiciones doctrinales, ha sido calificado por Zaffaroni como demagogia retributiva de los políticos y discursos patibularios de los operadores del sistema.

Realmente la realidad penitenciaria en nuestro siglo no requiere de estudios para afirmar que la prisión está en crisis, porque sus fines no se cumplen, ni se puede constatar la funcionalidad eficaz de los sistemas carcelarios mediante la aprehensión de su efectividad, porque la criminalidad se rejuvenece, se torna cada vez más peligrosa y reincidente, poniendo en la picota el fin de la prevención especial.

---

<sup>10</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, en el Prólogo al libro de Thomas MATHIESEN, "Juicio sobre la prisión" Ediar, sociedad anónima editora. Argentina, 2003, p. 20.

Por otra parte la proyección general de la prevención concebida desde el poder intimidatorio de la norma y su aplicación, es cada vez más cuestionada por los estudiosos de estos temas; porque conllevaría la doble lectura de considerar a los ciudadanos como delincuentes en potencia, afirmación que puede tornarse invasiva de los derechos individuales y por el contrario, si se les considera como posibles víctimas, volveríamos a viejas concepciones positivistas que legitiman el uso del poder punitivo como justificación ante la necesidad de defender la sociedad de la clase de los delincuentes.

Por extensión, la crisis de la prisión alcanza a la prisión provisional, que agrava la situación del imputado al carecer este de los beneficios que otorga el sistema penitenciario a quienes ejecutan la pena privativa de libertad, en particular el derecho al trabajo. Los internos en régimen cautelar se encuentran sujetos al curso investigativo de los hechos, pero también respecto de ellos se argumenta una prevención general en virtud de la persecución del delito, la operatividad policial y la percepción ciudadana acerca de la reacción ante el crimen.

La necesidad de proteger los derechos de los imputados ha conducido a un importante sector de la doctrina a plantear la conveniencia de contar con un Juez de garantías que se encargue de aquellas acciones, diligencias y trámites que tengan implicaciones en la esfera de los derechos ciudadanos fundamentales; tal sería el caso de la libertad y su privación por alguna de las causas legalmente establecidas.

Otra cuestión controvertida resulta de la situación de un imputado luego de cumplir un término en prisión provisional y resultar absuelto. ¿Cómo minimizar las consecuencias en el orden familiar, laboral, económico y social? De hecho existen ámbitos donde resulta muy difícil deshacer el daño.

## 8. Conclusiones

Las ideas de César Beccaria dejaron su impronta en el Derecho clásico tradicional, cuyos principios e instituciones han formado parte de los ordenamientos jurídicos de nuestros contextos latinoamericanos hasta hoy.

La Legislación Procesal Penal cubana en lo tocante a la Prisión Provisional ha incorporado el principio de legalidad procesal que determina los casos y circunstancias en los que procede la aplicación de esta medida cautelar.

Se aprecia que en relación con la prisión provisional, el legislador cubano se ha mantenido anclado a las disposiciones históricamente

reguladas desde la Ley de Enjuiciamiento criminal para fundamentar su aplicación por lo que nuestra legislación y práctica no escapan a la crítica contemporánea a este instituto en el cual colisionan los fines del proceso y la concepción de presunción de inocencia.

La figura de un Juez de garantías pudiera contribuir de forma general a reforzar la legalidad procesal, toda vez que no sería parte en el proceso y solo debe obediencia a la Ley.

La preocupación por rehabilitar a la persona que ha sufrido prisión provisional es una cuestión planteada por Beccaria que no ha perdido vigencia, pues resulta una muestra de las fallas del sistema que debe ser más cauto cuando se decide limitar el derecho de libertad de un ciudadano.

## 9. Bibliografía

- BECCARIA, César, Tratado de los delitos y las penas. (Italia, 1764) Primera edición digital. 2003. Editores: Chantal López y Omar Cortés.
- BODES, Jorge, La detención y el aseguramiento del acusado en Cuba. Editorial Ciencias Sociales. La Habana. 1996.
- CARRANZA, Elías, (Presidente de ILANUD) Informe sobre la Prisión preventiva realizado a los Organismos Interamericanos de Protección a los derechos humanos. (2005-2006)
- DEI VECCHI, Diego, Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes. *Revista de Derecho*. Vol XXVI- No. 2 – Diciembre 2013.
- FERRAJOLI, L., “Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal”, Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y colectivo de autores, Madrid, 1995.
- GÓMEZ PÉREZ, Angela *et al.*, Cronología del Derecho Penal en Cuba, Editorial ENPES, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 1984.
- LLOVET RODRIGUEZ, Javier, La prisión preventiva y los derechos humanos, según los órganos de protección de los derechos humanos en el sistema interamericano. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, A.C.*, No. 24, 2009.
- RIVERO, Danilo, Conferencia impartida en fecha 8 de abril de 2009. Segundo Congreso Internacional de Derecho Procesal, llevado a cabo en La Habana.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, en el Prólogo al libro de Thomas Mathiesen, “Juicio sobre la prisión” Ediar, sociedad anónima editora. Argentina, 2003.

## **Instrumentos Jurídicos Internacionales**

Declaración francesa de Derechos Humanos de 1789.

Declaración Universal de los Derechos del hombre de 1948.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

## **Legislación Consultada**

Ley Fundamental de 7 de febrero de 1959.

Constitución de la República de Cuba de 1976.

Ley de enjuiciamiento criminal de 1882.

Decreto Ley 802-1936. Código de Defensa Social de 1936.

Ley 1249 -1973.

Ley 1250 -1973 de Organización del Sistema Judicial.

Ley 1251-1973 de Procedimiento Penal.

Ley 5-1977 de Procedimiento Penal.

Ley 21-1979 Código Penal.

Decreto Ley 64-82 Para la atención de menores de edad en conflicto con la Ley Penal.

Decreto Ley 62 de 1988 Código Penal.

# Beccaria y el inmovilismo penal. Una mirada a la detención y el aseguramiento con prisión provisional

MSC. LÁZARO ENRIQUE RAMOS PORTAL\*

*(...) no tiemble a cada proposición que sostenga los intereses de la humanidad; convénczame de la inutilidad o del daño político que podrían nacer de mis principios y hágame ver las ventajas de las prácticas admitidas.*

*“Tratado de los delitos y las penas”.*

BECCARIA

## Sumario

1. Introducción
2. Buscando la verdad
3. La detención y la prisión provisional hoy
4. Inferencia
5. Referencias bibliográficas

## 1. Introducción

Investigar y reflexionar desde la perspectiva criminológica pone a quién lo hace, muchas veces, a escasos metros de la picota porque, parafraseando a Pierre Bourdieu, la Criminología de hoy es otra ciencia que incomoda. Su carácter social le hace despertar a veces del letargo que le induce el Derecho Penal quien quizás con un machismo semántico pretende doblegar a supuestas féminas como la Filosofía, la Psicología, la Sociología, la Antropología, etcétera y enseña sus fauces no solo a los que delinquen o pueden hacerlo, sino a los que tratan

---

\* Profesor Asistente de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Cuba. Máster en Criminología y Diplomado en Derecho Penal. [lazaroe@lex.uh.cu](mailto:lazaroe@lex.uh.cu)

de colocar un discurso crítico, apegado a los problemas sociales, aun cuando esté lleno de buenas intenciones; olvidándose entonces que la gran mayoría de los conceptos e instituciones del Derecho Penal y su contenido dogmático han nacido de reflexiones criminológicas influyentes en la Política Criminal y que solo atender con agudeza a la realidad social puede mantenerlo actualizado.

Es probable que quién coloca un razonamiento crítico sobre determinada institución jurídico penal al servicio del ejercicio del poder, en la instrumentación del control social penal, corra el riesgo de provocar una reacción de confrontación ante una posición mal llamada "disidente". Esto se corresponde, entre muchas razones e intereses, con los efectos del principio de disonancia cognitiva, por el cual las personas tienden a protegerse, no admitiendo que lo que hasta ahora consideran como verdad pueda ceder ante los argumentos contrarios de otra verdad.

En realidad la supuesta afectación de un enfoque crítico se convierte en nada cuando se compara con una institución que caprichosamente se perpetúa y puede corromper desde dentro la estabilidad del sistema penal, incentivando la inseguridad jurídica o la falta de confianza en los mecanismos de control social formal.

Sentimientos y temores de esta naturaleza debió sentir Cesar Bonesana, Marqués de Beccaría,<sup>1</sup> cuando escribió desde el anonimato, con vista de águila, sobre el funcionamiento del sistema penal predominante en el siglo XVIII europeo.

Parece increíble que en estos días del siglo XXI, cuando algunos nos entregamos a analizar el expansionismo penal en las sociedades del riesgo, el Derecho Penal del enemigo, el proceso de administrativización del Derecho Penal, etcétera; creyéndonos previsores en cuanto al futuro de esta ciencia, una realidad escrita y práctica nos acorta la vista haciéndonos mirar de cerca lo que nos queda de sistema inquisitivo o de antigarantismo positivista que pudiera atentar

---

<sup>1</sup> GINER, Salvador, "Sobre la Ilustración", tomado de *Historia del pensamiento social*, Ed. Ariel, Barcelona, pp. 274 - 292. Encontrado en: Colectivo de autores, *Introducción a la sociología*, tomo 1, Edit. Félix Varela, La Habana, 2006, pp. 89 - 90. Se afirma que Beccaria obtuvo su experiencia personal en una prisión milanesa, donde unos de los empleados era amigo suyo. Allí pudo presenciar el trato dado a los presos y su indignación originó la escritura del tratado.

contra algunos derechos fundamentales e influir, de forma negativa, en el debido proceso penal.

El futuro del Derecho Penal no podrá apartarse de su misión histórica, sus funciones y directrices; pero será peor si se pretende construir sobre pilares deshumanizados, concepciones utilitaristas, paradigmas de sometimiento u oposición a la antinomia.

No hablamos desde la Criminología Crítica radical, de discursos abolicionistas o minimalistas desde fuera del Derecho Penal, sino de reflexión criminológica socio-humanista dentro del Derecho Penal, la que ha sido fortalecida en algunos países casi siempre a expensas de cruentos hechos del pasado, mostrando que se pueden tomar las armas de los Derechos Humanos para proteger institucionalmente a la sociedad y para proteger a la sociedad de las instituciones. En este sentido podemos seguir lo que afirmara el profesor Zaffaroni: *“La Criminología deviene así, ese conjunto de conocimientos, provenientes de muy diversos campos del saber, necesarios para la implementación de las tácticas orientadas estratégicamente a la realización de los Derechos Humanos o a la reducción de sus violaciones en la operatividad real de los sistemas penales.”*<sup>2</sup>

Es por esto que nos permitimos integrar nuestra modesta opinión criminológica en cuestiones procesales; mirar al pasado inmóvil y alertar sobre el presente.

## 2. Buscando la verdad

A cuenta de Beccaria<sup>3</sup> estuvo la introducción de unas de las primeras críticas al status quo. Visionario en su día, publica en 1764 su obra *“Tratado de los delitos y las penas”* cuya trascendencia arriba a nuestros tiempos, 250 años después, no con pinceladas sino con brochazos de actualidad y plena vigencia. Cual si fuera un profeta, desde una

---

<sup>2</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Derechos Humanos y sistemas penales en América Latina”, en: *Criminología en América Latina*, Serie: Criminología en los países en desarrollo, edic. Lola Aniyar de Castro, publicación 33, Roma, UNICRI, mayo 1990, p. 48.

<sup>3</sup> Planteaba Giner: *“César Beccaria (1738 - 1794) no es más que un ejemplo de autor humanitario de los muchos que presenta el siglo XVIII; pero es tan representativo que vale la pena elegirlo como muestra del nuevo talante que impera, a partir de la Ilustración, en la filosofía social europea.”*GINER, Salvador, ob. cit., p. 89.

posición contractualista, describe con soltura el camino tortuoso de instituciones, concepciones y actitudes en el campo jurídico penal, político criminal y criminológico que, andando en círculos, no han podido abordar el derrotero de lo útil y humano a la vez. Lo que en franca lógica del desarrollo dialéctico hoy pudiera ser una obra de la antigüedad o un anacronismo es, lastimosamente, antesala e incluso reflejo de una realidad global.

No ha bastado para cambiar el pensamiento y la actitud humana que los pueblos se hayan desangrado en inútiles guerras, que la sociedad haya conocido de los adelantos científicos y tecnológicos, que los abusos y maltratos se divulguen a la par que suceden o que aún tengamos la capacidad intelectual de criticar lo injusto y aprender de los errores.

No ha bastado que, luego del holocausto nazi, el mundo pudiera enarbolar como imprescindible la protección de los Derechos Humanos y le arrancara al ejercicio del poder la potestad de llevarlos a las Constituciones; algo que todavía hoy causa discordias.

Existe todavía la dificultad de hacer cumplir lo que se preceptúa e impulsar la modernización del viejo e inmóvil Derecho Penal, en aras de un perfeccionamiento que sigue apareciendo como una tarea pendiente.

En esa labor hay algo que no debe defenderse hoy y es que los cambios del Derecho Penal con toda la obligatoriedad, coercibilidad y fuerza que este implica vayan en franca dirección opuesta a la que consideramos correcta; que no es otra que la puesta en práctica de los principios que emergen de la validación de los Derechos Humanos, los cuales constituyen una armazón teórica lo suficientemente fuerte para intentar sostener el desarrollo armónico de la sociedad.

En el ámbito penal, no es suficiente para encontrar el rumbo y los medios correctos que se le otorgue verdadera importancia a los instrumentos internacionales, se verifique el traslado de lo aceptado en el área internacional hacia las legislaciones nacionales pretendiendo que allí obtengan rango supra o constitucional, se exija su implementación instrumental y se divulgue su conocimiento.

Habrá que tutelar los Derechos Humanos mediante estrategias político criminales adecuadas, fomentarlos con un discurso criminológico coherente, llevarlos como base y fundamento al campo teórico de la dogmática penal y exigir su cumplimiento práctico a toda la sociedad, incluyendo a cuantos se desenvuelven dentro del sistema jurídico penal; en un proceso donde estos Derechos se conviertan en los Derechos Fundamentales a respetar por todos y para todos los ciudadanos en una nación.

El Derecho Penal en su elaboración, aplicación y ejecución, está apegado a conocidos fines o funciones y es por todos admitidos que para alcanzar estos fines puede proteger algunos Derechos muy importantes a la vez que entra en colisión con otros. De esa contradicción emergen resultados positivos y negativos, en dependencia de la valoración objetiva o subjetiva que se haga de los mismos y por quién la haga, es decir, todo sistema normativo se desarrollará mediante estrategias que no solo dependen de las agencias controladoras sino de los destinatarios de esas normas.

En esa relación entre los patrones de "*Orden Público*", "*Seguridad*", "*Defensa social*", etcétera, con las doctrinas de respeto a los "*Derechos Humanos*", siempre existirá la relatividad de la apreciación y la influencia de los valores de moda en la construcción social del fenómeno cuestionado. De tal polémica no debe resultar permisible el irrespeto absoluto a dichos Derechos, como ha promovido el auge del Derecho penal del enemigo, sustentado sobre una plataforma filosófica de distinción entre los seres humanos para decidir sobre la rudeza de las acciones y las decisiones en el orden penal.

La obra de Beccaria, revolucionaria, nacida e influyente en el iluminismo francés; en tiempos de tormento, remanentes de ordalías, dispersión legislativa y amplio arbitrio judicial, critica el origen y la aplicación de la Ley penal cuando se maneja en exceso rigurosa contra la sociedad. Desde el comienzo el autor advierte al lector sobre el turbio y enconado pasado de preceptos penales que aún se sostienen, negando la claridad y el buen raciocinio en su creación, calificándolos como: "*resabios de los siglos más bárbaros*".<sup>4</sup>

Estas reliquias, esencialmente romanas, fueron desempolvadas por la Escuela de Bolonia y utilizadas por Italia para colocarse como centro de la educación y el estudio del Derecho; donde fueron a nutrirse los juristas españoles, alemanes, franceses y de casi toda Europa desde fines del siglo XII.

En la crítica a la vigencia de estas leyes abundó el autor con recia puntería sobre variadas cuestiones de índole penal que se mantienen como momias en las normativas de ascendencia romano francesa y fueron utilizadas e importadas por los colonizadores, los legisladores o los impositores para Latinoamérica.

---

<sup>4</sup> BONESANA, César, *Tratado de los delitos y de las Penas*, Editorial Heliasta S.R.L., Argentina, 1993, p. 51. Ver en Prólogo del Autor.

De tal suerte de develaciones o retratos del funcionamiento del sistema jurídico penal, hizo un compendio valorativo de fisuras o incongruencias nada productivas para la protección de ciertas garantías o derechos individuales. Entre las temáticas en cuestión hizo referencia a la detención y el aseguramiento mediante prisión preventiva o provisional.

Nuestro objetivo no es reproducir el tracto histórico de estas instituciones penales adscritas a la Teoría del proceso dada su naturaleza de actos procesales o cautelares, pero vinculadas sobremana a todo el Derecho Penal desde que constituyen el punto de partida para hacer valer la operatividad de los presupuestos de la imputabilidad del hecho; sino concluir cómo la vemos hoy en una porción de las dimensiones legales y prácticas.

Es conocido que la detención con reclusión tuvo sus orígenes en el interés de aseguramiento del imputado al proceso de investigación cuando a este le esperaba la aplicación de las ordalías en el juicio de Dios a través del duelo judicial o la prueba del agua hirviendo, entre otras. Esta práctica fue sustituida por el tormento o tortura para lograr la confesión que sucedía al acto de detención; obedecía a la credibilidad en la fuerza como superstición, es decir, al decidir los hombres que no estaban vigilados y censurados todo el tiempo por los dioses y que la justicia criminal dependía de la intervención humana, cambiaron los patrones de obediencia incluso dentro de las religiones y se convirtió el uso de la fuerza física en una vía directa para establecer la culpabilidad, desde el escepticismo.<sup>5</sup>

Luego, la prisión constituyó paradigma de ejecución de la pena cuando la libertad se convirtió en el principal derecho y anhelo humano.

El tormento se dirigía, según Beccaría,<sup>6</sup> a obtener la aceptación del reo en cuanto al delito imputado y conocer de los posibles delitos

---

<sup>5</sup> Ni en las obras de Homero con base en Grecia, ni en la mayor parte de Egipto, ni en la Biblia aparecen referencias al tormento como fue conocido en otras civilizaciones relacionadas con el escepticismo romano. Se considera que la fuerza del juramento ante la mirada de los dioses, como en el sistema inglés, tuvo arraigo en los territorios mencionados y se opuso al naciente positivismo inquisitorial. Comentarios en TARDE, G., *Filosofía Penal*, tomo II, trad. J. Moreno Barutell, La España Moderna, Madrid, 1922.

<sup>6</sup> BONESANA, César, ob. cit., Capítulo XVI - Del tormento, pp. 87 - 94.

anteriores, a recabar información sobre otros partícipes, a la purgación de la infamia (a modo de rehabilitación) y principalmente a difundir el terror al resto de los hombres, algo conocido hoy como “prevención general negativa”.

La búsqueda de la certeza en el acto de juzgar originó los castigos más crueles del sistema inquisitorial, pues el fallo se sustentaba en la confesión del imputado o en la imposibilidad de conseguirla.

A la eliminación del tormento y su implementación legal en varias naciones contribuyó, sin dudas, la obra del citado autor al influir en la evolución del pensamiento hacia el debido respeto a la integridad física de las personas ante lo irracional de las prácticas autorizadas. A través de su obra, de base legalista, negaba el amplio arbitrio en las decisiones individuales y abogaba por la humanización de la persecución y las penas en lo criminal.

El afán por la confesión del imputado como directriz de la instrucción inquisitiva no nos ha abandonado. Ya no obra esta como la reina de las pruebas pero sigue siendo un medio para la inculpación.<sup>7</sup>

Aun cuando el tormento, en cuanto a uso y finalidad, ha dejado de ser respaldado por la Ley y en el transcurso de los años ha sido suplantado por el sistema de jurados, los Tribunales escabinados, las habilidades periciales o cuanto adelanto científico pueda contribuir al esclarecimiento de la verdad material, hay una realidad cierta: en la cacería del hombre que delinque sigue siendo la confesión el principal trofeo.

### 3. La detención y la prisión provisional hoy

La detención y el aseguramiento mediante prisión provisional se dirigen hoy a limitar la libertad de un individuo mientras se realizan las diligencias necesarias para imputarle un hecho con características de delito.

---

<sup>7</sup> Ley de Procedimiento Penal cubana (No. 5/1977) Artículo 1: (...) Todo delito debe ser probado independientemente del testimonio del acusado, de su cónyuge y de sus familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. En consecuencia, la sola declaración de las personas expresadas no dispensará de la obligación de practicar las pruebas necesarias para la comprobación de los hechos.

La detención puede originar o no la imposición de cualquier medida cautelar no detentiva, pero es el presupuesto ineludible de la prisión provisional.

Varias son las críticas a la redacción del articulado que regula la detención en el Título IV de la Ley de Procedimiento Penal cubana, desde el 241 hasta el 246.<sup>8</sup> Válidas todas en el orden técnico jurídico, no son muy significativas o impeditivas cuando se traducen al orden práctico.

Un apotegma rige el acto de detención en nuestras leyes. La Constitución y la Ley de Procedimiento Penal cubanas coinciden en que: *“Nadie puede ser detenido sino en los casos y con las formalidades que las leyes prescriben.”*<sup>9</sup> La primera va más allá y agrega que ha de ser con las debidas garantías, pero ya esto se pone en juego cuando el sujeto activo de la detención puede ser cualquiera, según el artículo 242 de la Ley procesal.

En la Carta Magna el orden de prelación es importante y la libertad e inviolabilidad personal aparece protegida en el artículo 58, después de la del domicilio y la correspondencia de los artículos 56 y 57, respectivamente.

Significativa es la no autorización de representación letrada al momento de ocurrir la detención sino cuando el sujeto es asegurado con una medida cautelar y adquiere la condición de parte, pero son alrededor de siete días los que transcurren en esa situación y casi ninguno los procedimientos de Habeas Corpus incoados, algo que autoriza la Ley procesal vigente en aras de cuestionar la legitimidad de estos actos.

Aclaremos que efectuada la detención, el imputado no será parte procesal si se le restituye con cargos pero no es asegurado con una medida cautelar; entonces estará desprotegido sin la adecuada de-

---

<sup>8</sup> CANDIA FERREYRA, José, *“La Fase preparatoria del Juicio Oral”*, en *Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal*, Segunda Parte, Colectivo de Autores, Edit. Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 151 - 165 y BODES TORRES, Jorge, *La detención y el aseguramiento del acusado en Cuba*, Edit. Ciencias Sociales, La Habana, 1988.

<sup>9</sup> Constitución de la República de Cuba, artículo 58 y Ley de Procedimiento Penal cubana (No. 5/1977), artículo 241.

fensa técnica, hasta que se le comunique de las conclusiones acusatorias en su contra, emitidas por el Fiscal cuando ha culminado la Fase Preparatoria.

Detenido el individuo y dada cuenta al Instructor se le podrá imponer cualquier medida cautelar no detentiva; pero si el interés es decretar la Prisión Provisional esta ha de ser ratificada e impuesta por el Fiscal en un término de 72 horas.

Criticaba Beccaria<sup>10</sup> que la potestad de detener y asegurar en prisión al imputado estuviera en manos de un juez, porque podía distorsionarse su aplicación justa y adecuada, siendo esto cierto como probabilidad. Podemos preguntarnos si la opción de trasladarla a la función del Fiscal puede resolver la antigua disyuntiva.

Consideramos que la función del Fiscal como impulsor de la acción penal puede reñir con la potestad antes mencionada, aun cuando deba garantizar la legalidad del proceso. Actuar legalmente es algo más que obedecer a la Ley escrita y, como prevé Beccaría, puede ocurrir que sea utilizada la facultad de decisión sobre la imposición de la Prisión Provisional como acceso o vía para la corrupción, ya que la probabilidad de parcialidad puede aparecer tanto en la actividad fiscal como jurisdiccional. No obstante, el interés por la investigación, el estrecho vínculo con la labor de instrucción y las posibilidades y responsabilidades que bajo el orden temporal ofrece la ley para estas acciones, conducen a que apreciemos la posición del Fiscal más comprometida con el aseguramiento; lo que sumado a una decisión de naturaleza individual, no colegiada, puede aparecer como menos garantista de los derechos del acusado que una posible valoración ex ante realizada por un Tribunal escabinado.

La propia posibilidad de cuestionar esta decisión por el Tribunal que recibe el Expediente de Fase Preparatoria y las Conclusiones acusatorias cuando la investigación ha concluido y antes de celebrarse el juicio oral, demuestra que no impera un criterio unitario para la imposición de la prisión provisional y que el cambio o modificación por medidas cautelares no detentivas es una posibilidad latente a lo largo del proceso penal. Lo que no significa que ocurra con frecuencia

Doctrinalmente la prisión provisional se fundamenta en la necesidad de internar en determinado establecimiento penitenciario a un

---

<sup>10</sup> BONESANA, César, ob. cit., Capítulo XXIX - De la prisión, pp. 134-136.

imputado para asegurarlo al proceso penal, garantizando su presencia en el Juicio Oral y la posible ejecución de la pena. Desde el punto de vista político criminal se sostiene en la necesidad del Estado de equilibrar las fuerzas sometiendo al imputado al aislamiento y a la secretividad sumarial, considerando las ventajas que tomó este al cometer el presunto hecho delictivo.

Estos fundamentos perennes de la prisión provisional como institución constituyen una verdad a medias porque, en la actualidad, su naturaleza jurídica se ha desbordado ante la utilidad que brinda a la investigación penal en planos más cercanos que el reconocido por ley, como pueden ser: provocar la inseguridad personal o inestabilidad emocional del imputado para obtener la todavía codiciada confesión, facilitar el desequilibrio familiar y la contrastación de información dada por sus miembros o por otros testigos y procesados, la introducción de agentes encubiertos o infiltrados dentro y fuera del lugar de detención para conocer del hecho y de la participación de otros, la utilización de dispositivos de escucha y grabación, el análisis del intercambio de información entre el acusado y su representante para la defensa, entre otras formas especiales de investigación. Estas acciones están muy lejos de ser formas de tormento como las aplicadas en tiempos de Beccaria, pero llevan similares objetivos.

Durante este período no solo las diligencias solicitadas por la defensa o como algunos llaman erróneamente "*práctica de pruebas*" pasan filtradas por el órgano de instrucción, desconociéndose su posible aporte para la defensa, sino que el propio Instructor tiene la facultad de negarlas sin argumentos concluyentes, decisión que tras la interposición de un Recurso de Queja ante el Fiscal puede variar o no, lo cual afecta el proceso, perpetuando los motivos que originaron la prisión provisional.

A su vez las prerrogativas que otorga la Ley para la negativa a las diligencias no pueden analizarse como muestra de ilegalidad y solo serán vistas como una condición necesaria, en la búsqueda de la "*verdad material acusatoria*", aunque reduzcan el campo de acción de las garantías y hagan temblar el necesario Principio de contradicción que debe regir el proceso penal desde el comienzo, para asegurar el adecuado balance en el Juicio Oral.

La medida cautelar de prisión provisional aun cuando responde a la viabilidad del proceso investigativo y es útil en el sentido de la mejor instrucción penal, constituye realmente una lesión al principio de presunción de inocencia y no puede erigirse como sanción anticipada ni medio de represión de los órganos de persecución penal; tampoco debe contribuir a vulnerar el derecho de no autoincriminación del

imputado. En consecuencia, debe ser utilizada solo en casos excepcionales y cuando no concurra alguno de los requisitos legales que permiten otra medida no detentiva y que aparecen regulados de manera uniforme para la Fiscalía y los Tribunales en el artículo 253 de la Ley de Procedimiento Penal; los cuales fueron objeto de interpretación desde el 8 de marzo de 1985, en que el Consejo de Estado de la República de Cuba acordó impartir instrucciones para uniformar la aplicación de las Medidas Preventivas con el propósito de reducir al mínimo posible el número de acusados que, sujetos a procesos penales, guardaban prisión provisional.

Treinta años han pasado desde la decisión estatal cubana y aunque la realidad social ha variado y se han implementado varias excepciones desde la Política Penal; estos presupuestos de Política Criminal siguen vigentes para todos.

En este sentido se ofrece una interpretación general y obligatoria de los términos utilizados en la Ley de Procedimiento Penal,<sup>11</sup> llenando de contenido lo que pudiera ser ambiguo o inexacto, a los fines de ordenar la obediencia a la Ley escrita, estricta y previa; pero el problema reside en la redacción de la misma y en la adaptación interpretativa de su contenido, que hace parecer que para la prisión provisional solo se necesitan dos requisitos básicos y que el resto de los presupuestos son exclusivos de las otras medidas cautelares, pero no apreciables en cuanto a aquella.

Incluso la letra de la Ley puede permitir que algunos Fiscales hayan adoptado una fórmula breve para negar la modificación de la medida cautelar de prisión provisional, alegando con simpleza en sus Autos que no han cambiado los motivos que le dieron origen a su imposición; haciendo referencia a un hecho pasado, no probado, que irremediablemente no ha podido cambiar.

En este sentido, consideramos que nuestra Ley procesal debió superar a su antecesora la Ley de Enjuiciamiento Criminal española; pues la actual, usando la misma fórmula pero de manera radical,

---

<sup>11</sup> Como, por ejemplo, la Instrucción No. 118 de 13.5.85 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular y la Instrucción 7/1999 del Fiscal General, con indicaciones e interpretaciones para la aplicación de medidas cautelares, definiendo los términos de: a) buenos antecedentes personales; b) alarma; c) frecuencia del delito; d) tratar de evadir la acción de la justicia, entre otras aclaraciones.

nos indica que la regla a aplicar es la prisión provisional y deja en la penumbra su carácter excepcional que trata de emerger de una interpretación no literal o gramatical, sino de una realidad social y global que le contradicen; sin embargo, la ubicación primaria de los presupuestos y la utilización del término “*siempre*” la convierten en la herramienta por excelencia del aparato asegurador.

En una manera adecuada debió decir en el artículo 252<sup>12</sup>: Procede la aplicación de una medida cautelar, siempre que concurran... y no la aplicación de la prisión provisional.

El nuevo artículo 253 debía nombrar las medidas cautelares de forma cercana a cómo lo refleja el actual artículo 255.

El actual artículo 253<sup>13</sup>sería el 254 quedando redactado de la siguiente forma: Puede decretarse cualquier medida cautelar no preventiva de las que establece esta Ley, de apreciarse en la persona del acusado buenos antecedentes... etcétera. Con esto se aclaraba que la prisión provisional requería de los presupuestos afines para todas las medidas pero se guardaba para los acusados de malos antecedentes personales o de conducta, que puedan o traten de evadir la acción de la justicia y en delitos que hayan producido alarma, que se cometan con frecuencia en la respectiva provincia o municipio. Conceptos todos aclarados en el orden legal y que acompañan a lo preceptuado

---

<sup>12</sup> **ARTICULO 252.**-Procede la prisión provisional, siempre que concurran las circunstancias siguientes:

- 1) que conste de las actuaciones la existencia de un hecho que revista caracteres de delito;
- 2) que aparezcan motivos bastantes para suponer responsable penalmente del delito al acusado, independientemente de la extensión y calidad de la prueba que se requiere para que el Tribunal pueda formar su convicción en el acto de dictar sentencia.

<sup>13</sup> **ARTICULO 253.**- No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, puede decretarse cualquier otra de las medidas cautelares que establece esta Ley, de apreciarse en la persona del acusado buenos antecedentes personales y de conducta, y siempre que:

- 1) el delito que se le imputa no haya producido alarma;
- 2) el delito no sea de los que se cometan con frecuencia en el territorio de la respectiva provincia o municipio;
- 3) no existan elementos suficientes para estimar fundadamente que el acusado tratará de evadir la acción de la justicia.

en el actual artículo 258 de la Ley de Procedimiento Penal<sup>14</sup> y a otras regulaciones de contenido político-penal que instan a asegurar con la prisión preventiva a los posibles autores de determinados hechos delictivos de gran peligrosidad, con las que estamos totalmente de acuerdo.

## 4. Inferencia

La historia del Derecho Penal está marcada, en gran parte, por las pugnas en cuanto a sus funciones, pues los cambios de orientación que ha sufrido trascienden a todas las instituciones teóricas que lo conforman y a los mecanismos prácticos de su aplicación. En todo caso, esto justifica que un día, el principal y resguardado objeto de atención del Derecho Penal pueda ser el cuidado de los Derechos Fundamentales, pero no solo en el sentido de orientación de la protección de los bienes jurídicos, sino como instrumento que, a través de sus normas y su contenido dogmático, sirva como delimitador de actuaciones conforme a la constitucionalidad y como garante del orden de prelación entre estos diferentes Derechos.

La prisión provisional innecesariamente aplicada o en exceso dilatada puede servir a los fines motivadores del temor, es muy cuestionable desde la perspectiva de la prevención general positiva porque legalmente cede su autoridad ante la pena, pero aporta nada a los fines de la resocialización. Su área de efectividad se enmarca en la prevención especial negativa, extrayendo a un individuo de la sociedad sin que se hayan establecido bases importantes de funcionamiento del Derecho Penal.

Los fines probabilísticos de la pena como la retribución, la educación, la resocialización pueden haberse alcanzado antes de celebrarse el Juicio Oral y vencer en él al acusado; entonces la pena no tendría objetivo, porque no importa la duración sino el efecto en el comisor del delito, sancionado antes que se establezca su culpabilidad o responsabilidad. Esto no solo contribuye a quebrantar la lógica espiral

---

<sup>14</sup> **ARTICULO 258.**-Están excluidos del beneficio de gozar de libertad provisional, bajo fianza los acusados;

- 1) en los delitos contra la Seguridad del Estado;
- 2) en los delitos para los cuales la ley establece sanción de muerte o la máxima de privación de libertad.

de funcionamiento del sistema jurídico penal sino que nutre el arsenal de quejas sobre lo injusto.

Puede ocurrir y ocurre que, aun con su etiqueta, el acusado resulte absuelto en Juicio, algo que ya temía Beccaría<sup>15</sup>, y será tarde para disminuir los efectos de la reclusión en el individuo, en su familia y en la sociedad. Es peor, para el ejercicio del poder, la inseguridad ante la Ley que ante la criminalidad.

No ha de admitirse que las dilaciones en la investigación penal vayan a cuenta de la libertad del acusado, pues las prórrogas concedidas a la instrucción no están motivadas en nuevos actos del presunto responsable.

Cualquier motivo que contribuya a un posible hacinamiento en las prisiones y a elevar los gastos de manutención de los internos, impide el tratamiento adecuado y dificulta la utilización de los recursos en retos de la Política Social mucho más preventivos.

No deben existir razones de Política Penal que tiendan a contradecir libremente la Política Criminal que rige una sociedad garantista y no deben facilitarse decisiones individuales que afecten la credibilidad en un sistema de justicia.

Nuestra sociedad se identifica por su humanismo y raciocinio y no por la depuración de los seres humanos. El Derecho Penal liberal no es afín con la preponderancia del sistema inquisitivo y las funciones netamente retributivas de la pena. En la búsqueda de la verdad material sobre un hecho delictivo no pueden lacerarse nunca los valores que sustentan una nación.

La crítica a la aplicación desmedida de la Prisión Provisional es una constante a nivel mundial y la poca efectividad de un sistema jurídico penal se puede medir por la cantidad de presos sin condenas en los Centros de reclusión.

Es preciso recordar siempre en lo que se ha convertido el territorio cubano ocupado ilegalmente por los norteamericanos en Guantánamo, donde presuntos criminales o terroristas esperan por su condena, condenados ya en un limbo legal. No puede colaborar nunca con esta vergüenza estadística que apunta hacia un criticado Derecho Penal para enemigos.

---

<sup>15</sup> BONESANA, César, ob. cit., Capítulo XXIX - De la prisión, p. 135.

Aboguemos porque todos estén conscientes de que las potestades que emanan del orden penal han de ser ejercidas sin abusar de las prerrogativas legales. Así lo quiso Beccaria hace solo 250 años.

## 5. Referencias bibliográficas

### Obras generales

BODES TORRES, Jorge, *La detención y el aseguramiento del acusado en Cuba*, Edit. Ciencias Sociales, La Habana, 1988.

BONESANA, César, *Tratado de los delitos y de las Penas*, Editorial Heliasta S.R.L., Argentina, 1993.

CANDIA FERREYRA, José, "La Fase preparatoria del Juicio Oral", en *Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal*, Segunda Parte, Colectivo de Autores, Edit. Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 151-165.

GINER, Salvador, "Sobre la Ilustración", tomado de *Historia del pensamiento social*, Ed. Ariel, Barcelona, pp. 274 - 292. Encontrado en: Colectivo de autores, *Introducción a la sociología*, tomo 1, Edit. Félix Varela, La Habana, 2006, pp. 89 - 90

TARDE, G., *Filosofía Penal*, tomo II, trad. J. Moreno Barutell, La España Moderna, Madrid, 1922.

### Publicaciones periódicas

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Derechos Humanos y sistemas penales en América Latina", en: *Criminología en América Latina*, Serie: Criminología en los países en desarrollo, edic. Lola Aniyar de Castro, publicación 33, Roma, UNICRI, mayo 1990, pp. 39 - 48.

### Normas jurídicas nacionales

Constitución de la República de Cuba.

Ley de Procedimiento Penal cubana (No. 5/1977).

# Una nueva lectura de los delitos de prueba difícil a 250 años “De los delitos y las penas”. Especial referencia a los delitos económicos

LIC. MARÍA CARLA DE LA GUARDIA ORIOL\*

## Sumario

1. A modo de Introducción
2. Beccaria y el Derecho Penal y Procesal de su tiempo
3. Breve referencia a la delincuencia económica
4. Los delitos de prueba difícil para Beccaria
5. La dificultad de la prueba en los delitos económicos
  - 5.1 Complejidad de los *modus operandi* empleados
  - 5.2 Particulares caracteres del delincuente económico
  - 5.3 La prueba pericial
  - 5.4 La prueba testifical
  - 5.5 La prueba indiciaria
6. A modo de Conclusión
7. Bibliografía

## 1. A modo de Introducción

La obra de César Bonessana, marqués de Beccaria<sup>1</sup>, si bien no es la de un penalista en el sentido más técnico del término o la condición;

---

\* Profesora en adiestramiento de Criminología, y Derecho Procesal Penal, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana. [mcarla@lex.uh.cu](mailto:mcarla@lex.uh.cu)

<sup>1</sup> Literato, filósofo, jurista y economista italiano. Formó parte del círculo de los hermanos Pietro y Alessandro Verri, colaboró con la revista “El Café” y contribuyó a fundar la “Academia de los Puños”. Después de publicar algunos ensayos de economía, publicó “De los Delitos y las Penas” en 1764, un breve escrito que tuvo mucho éxito en toda Europa, particularmente en Francia, donde obtuvo el aprecio entusiasta de los filósofos enciclopedistas.

o al menos atendiendo al modo en que hoy se concibe el Derecho Penal; su contenido la hace ser, específicamente el de “De los Delitos y las Penas”, cumbre en la creación beccariana, de obligada consulta para cualquier penalista o procesalista de esta materia. Y es que la máxima obra de Beccaria, que ya arriba a sus primeros 250 años, confirma a la luz de estos días, que queda mucho camino por recorrer en el ámbito jurídico-penal, en las experiencias prácticas que nos da el proceso y en la propia aplicación de lo contenido en “De los Delitos y las Penas”; dada su capacidad de señalar vicios, corregir errores, indicar consecuencias y marcar orientaciones en disímiles aristas del conocimiento jurídico-penal.

Beccaria, quien tuvo el gran mérito de abrir una nueva etapa en la historia de la ciencia penal y del Derecho Penal positivo, escribió en su magistral obra: “(...) *pero muy pocos pensadores han examinado y combatido la crueldad de las penas y la irregularidad de los procedimientos criminales, (...) Y, sin embargo, los gemidos de los débiles, sacrificados a la cruel ignorancia y a la opulenta indolencia; los bárbaros tormentos multiplicados con pródiga e inútil severidad por delitos no probados o quiméricos; la desolación y los horrores de una prisión, (...) hubieran debido inquietar a los magistrados que guían las opiniones de las mentes humanas*”<sup>2</sup> Abogara así el representante de la Escuela Clásica Penal y de la Ilustración<sup>3</sup> por la humanización del sistema penal ante la realidad del mismo en la época en la que vivió; el cual se caracterizaba porque las penas eran considerablemente crueles, se utilizaban las torturas y las mutilaciones; existía una gran desproporción entre el delito y la pena que le

---

<sup>2</sup> BECCARIA, Cesare, *De los Delitos y de las Penas*, traducido por Francisco Tomás y Valiente, Ed. Aguilar, p. 68.

<sup>3</sup> Movimiento intelectual europeo (1688-1830) caracterizado por el racionalismo utilitarista de la clase burguesa en su etapa ascendente en la consecución de la hegemonía estructural capitalista, la toma del poder político y la conformación de su ideología buscando eliminar las insuficiencias de la sociedad existente, modificar las costumbres, la política y el género de vida, difundiendo las ideas del bien, de la justicia y el conocimiento científico y persiguiendo en su vertiente penal la igualdad de las personas ante la ley, la humanización de las sanciones, la eliminación de la tortura y la promulgación de leyes claras. Vid. QUISBERT, Ermo, *Historia del Derecho Penal a través de las Escuelas Penales y sus representantes*, CED, 2008 Disponible en: <http://h1.ripway.com/ced/ep.htm> Consultado el 26-10-14 a las 14:00.

correspondía; el procesado carecía de una debida defensa en el juicio y por demás las cárceles no tenían las condiciones mínimas para la estancia en ellas de los condenados. Esa dura realidad conmovió a Beccaria y lo hizo pronunciarse en contra de la irregularidad de los procedimientos criminales.

A 250 años de la publicación de esta magistral obra, el pensamiento beccariano pervive en tiempos de crisis del Derecho Penal y Procesal; ello dado por la actualidad de determinados pronunciamientos relativos al tratamiento penológico de los sujetos comisores de delitos, a la proporcionalidad de delitos y penas, a cuestiones procesales medulares en el ámbito de la actividad probatoria como son la práctica de la prueba y su valoración. En este sentido adquiere plena vigencia el hecho de que existan, aun en el siglo XXI, con tantos adelantos técnicos, científicos; con una mayor visión del fenómeno delictivo; figuras cuya probanza sea; al decir del propio autor “difícil”; siendo entonces valdiero traer al presente sus postulados en materia procesal penal en aras de comprender el asunto en cuestión.

La contemporaneidad del pensamiento de Beccaria es uno de las afirmaciones que persigue colocar esta propuesta en el pensamiento de los lectores, la cual se refleja al analizar fenómenos e instituciones tan actuales, tan contemporáneas como lo son los delitos económicos y la prueba de los mismos de forma análoga a lo que Beccaria llamara en su tiempo delitos de prueba difícil. ¿Cómo se contrasta hoy esa dificultad de la prueba de la que hablaba el autor en las nuevas manifestaciones delictivas que han surgido como consecuencia del desarrollo de las relaciones de producción en la sociedad a lo largo de la historia, a lo largo de 250 años de la publicación “De los Delitos y las Penas”? El propio Beccaria nos responde al decir “*Cada hombre tiene su mira, y cada hombre la tiene diversa, según los diferentes tiempos*”,<sup>4</sup> y de eso se trata, de emplear su pensamiento para desde una mira contemporánea analizar los fenómenos que hoy nos aquejan.

---

<sup>4</sup> BECCARIA, Cesare, *Idem*, p. 23.

## 2. Beccaria y el Derecho Penal y Procesal de su tiempo

Pretender comprender su pensamiento y traerlo a la actualidad es algo que no sería posible sin antes ubicarnos en el contexto que se encontraba el autor al pronunciar su pensamiento en “De los Delitos y las Penas”.

Siguiendo las tesis cognitivo-filosóficas del procesalista cubano ARRANZ CASTILLERO, la época de Beccaria devino en un capítulo oscuro para el desarrollo del proceso penal a tenor del sistema de enjuiciamiento criminal que prevalecía. Téngase en cuenta que la segunda mitad del siglo XVIII ya evidenciaba una fuerte crisis en materia procesal por las arbitrariedades que se cometían y los rezagos que pervivían del sistema inquisitorial. Hombres como Beccaria, Voltaire y Filangieri devinieron exponentes de un crítico cuestionamiento a una realidad bien compleja.

Estos teóricos formularon denuncias contra los enjuiciamientos inquisitoriales motivados, según criterio sostenido por ARRANZ CASTILLERO, por causas que estremecieron la opinión pública de la época, en las cuales se puso énfasis en cuestiones como la tortura, la secretividad de los interrogatorios, el desmedido uso de las presunciones, y el formalismo del sistema probatorio. En este sentido sus acusaciones tenían su origen en la repercusión social y política de este tipo o método de enjuiciamiento, no obstante, emitieron juicios de incuestionable valor teórico que hicieron despertar el interés científico en la investigación de estos tópicos, a través de interrogantes acerca de la existencia de la verdad judicial y de la posibilidad de lograrla con los medios y recursos del proceso penal.<sup>5</sup>

“De ese modo, podemos afirmar, quedó institucionalizada la intolerancia y la obsesión persecutoria contra los enemigos de la fe católica en un rito represivo que Beccaria calificó como *proceso ofensivo*<sup>6</sup>, pues, según él, “*el juez se hace enemigo del reo, de un hombre encadenado,*

---

<sup>5</sup> ARRANZ CASTILLERO, Vicente Julio, “Cuestiones teóricas generales sobre la prueba en el proceso penal cubano”, Tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, p. 103 (inédito).

<sup>6</sup> Criterio sostenido por el Dr. Vicente Julio Arranz Castillero en su tesis doctoral, con el cual estamos contestes, teniendo en cuenta la valoración

*presa de la sociedad, de los tormentos y de la expectativa más espantosa; no busca la verdad del hecho, busca sólo el delito en el encarcelado.*"<sup>7</sup>

Cabe preguntarse, por ser elemento esencial de la institución probatoria que es nuestro centro de análisis, qué quiso decir el autor al referirse a "la verdad del hecho" a la disyuntiva entre la verdad real y la verdad judicial"? Pues abordaba en su tiempo una cuestión que aun hoy causa polémica en la doctrina.

La importancia de la búsqueda de la verdad ha sido resaltada por numerosos autores, así el procesalista cubano antes aludido ofrece una reflexión que considero ilustrativa; el mismo asevera, "En la búsqueda de la verdad en el proceso penal están comprometidas razones de muy diversa índole e importancia, razones de naturaleza axiológica como el propio ideal de justicia de una sociedad hasta razones de carácter empírico y utilitarista como el logro de los fines del Derecho Penal y la misma confianza de las personas en la Administración de Justicia."<sup>8</sup>

El autor italiano en su tiempo criticó esa búsqueda de la verdad judicial por encima de la verdad real o verdad del hecho, como él le llamara, "El sentido común, arguye MARTIN OSTOS y, lo que es más importante, la debida regulación de la justicia en un Estado de Derecho aconsejan que la verdad real sea la meta a perseguir en el proceso, pues ésta coincide con lo acontecido verdaderamente y no con lo que, en ocasiones, las partes presentan como tal (verdad formal) (...) La administración de justicia se establece para resolver un litigio con acierto y plena satisfacción, no para impartir una solución a cualquier precio. Carecería de toda lógica, constituyendo un desatino político y jurídico, aspirar a priori a la consecución de una verdad formal, a sabiendas de que se encuentra alejada de lo que constituye la realidad de la cuestión planteada."<sup>9</sup> En consecuencia, el ideal a perseguir es que la verdad obtenida en el proceso coincida en la mayor medida

---

que hace del momento histórico de Beccaria, su visión del proceso en aquellas circunstancias y las críticas que a su vez hizo.

<sup>7</sup> BECCARIA, Cesare, *De los Delitos y de las Penas*, traducción de Juan Antonio de las Casas, Alianza Editorial, Madrid, 1968, p. 59.

<sup>8</sup> ARRANZ CASTILLERO, Vicente J., *Idem.*, p. 110.

<sup>9</sup> MARTÍN OSTOS, José, "La prueba en el proceso penal acusatorio" Disponible en: <http://www.sitios.scjn.gob> Consultado el 17-05-13 a las 15:00.

posible con la realidad del asunto debatido. De ahí la importancia de la actividad probatoria en el proceso y de su debida realización y desarrollo, es por ello que pudiera decirse, y considero que fue además el criterio de Beccaria, que mientras más efectiva y eficaz sea esta, más cerca se estará de la verdad real o material.

En ese orden de análisis refiriéndose a la importancia de la institución de la prueba en el proceso penal para la búsqueda de la verdad de los hechos acontecidos, asevera HOUED VEGA, magistrado de Casación Penal y Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Costa Rica, “El proceso penal busca el descubrimiento de la denominada verdad real o material, y el único instrumento científico y jurídico para hacerlo es la prueba”.<sup>10</sup>

Finalmente arribar a una concreción de lo que en doctrina se conoce como prueba en el proceso penal, deviene en ejercicio práctico que tiene, en primer lugar, en la búsqueda de aquellos elementos de la vida material, previos al proceso; y luego en su práctica ya como medios incorporados al mismo, sus soportes fundamentales. “El vocablo prueba tiene varios significados, efectivamente no sólo se llama así a lo que sirve para proporcionar la convicción de la realidad, hechos y cosas sino también el resultado mismo y el procedimiento que se sigue para obtenerlo”.<sup>11</sup>

Es entonces la prueba en el proceso penal, asunto de sumo interés, pues coadyuva a la consecución de esa verdad material, a nuestro juicio objetivo y real; de ahí que sostenemos que no es factible hablar de verdad absoluta, ya que la misma es bastante dudosa, una infinita quimera que ha sido desmitificada por muchos autores. Guarda relación el pronunciamiento del autor:“(…) *Parecerá extraño, al que no reflexione que la razón casi nunca haya sido legisladora de las naciones, que*

<sup>10</sup> HOUED VEGA, Mario, “La carga de la prueba en el proceso penal”, Ciencias Penales, *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, Noviembre 1990, Año 2, N° 3, p. 18 Disponible en: <http://www.poderjudicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2003/houed03.htm> Consultada el 1/04/2013 a las 15:00.

<sup>11</sup> FLORIÁN Eugenio, *De las Pruebas Penales*, Tomo I, De la Prueba en General, tercera reimpresión de la tercera edición, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, en BORGES BARRIOS Idais, *La Prueba en el proceso penal*, Folleto para postgrado de tendencias actuales del Derecho probatorio, Año 2000, p. 30.

*los delitos más atroces o más oscuros y quiméricos, esto es, aquellos de que hay probabilidad menor, sean probados por conjeturas y otros medios flacos y equívocos; como si las leyes y el juez tuviesen interés, no en averiguar la verdad, sino en probar el delito.*"<sup>12</sup> Una institución que como vemos, no estuvo fuera de la mira crítica de Beccaria en "De los Delitos y las Penas", lo que nos permite hoy adentrarnos en sus principales postulados en torno a la misma.

Nótese que el tema de la prueba por sí solo se adueña del escenario; no obstante, si bien será una institución que abordaremos, la misma será tratada desde referentes específicos que abarcan los elementos teóricos y prácticos de un polémico y también complejo asunto como lo es los delitos económicos.

### 3. Breve referencia a la delincuencia económica

Si nos adentramos en la historia, vemos como constituyen los delitos económicos una categoría delictiva que tiene su principal antecedente con la obra del sociólogo norteamericano Edward Shuderland denominada "El delito de cuello blanco"<sup>13</sup> publicada por su autor en el año 1949, más de un siglo y medio después de la publicación de "De los Delitos y las Penas", por lo que constituye un reto traer el pensamiento de Beccaria a partir de las instituciones del Derecho Penal que en su obra aborda, a una categoría delincencial que comienza a desarrollarse siglo y medio después de su vida y obra. Para ello habría que partir en primer lugar de la diferenciación existente entre la delincuencia estudiada por Beccaria y la estudiada años después por Shuderland, nótese que el primero enfatiza en su obra en delitos que hoy día se consideran comunes o convencionales y el segundo aborda la llamada delincuencia no convencional desarrollada tiempo después, las cuales poseen notables diferencias.

Cuando hablamos de criminalidad convencional y ordinaria ubicamos a los sujetos del delito en sujetos con un bajo nivel cultural, que carecen de un proyecto de vida definido, sin una adecuada proyección social y pública tendentes a la desorganización social,

---

<sup>12</sup> BECCARIA César, *Idem*, p. 65.

<sup>13</sup> SUTHERLAND, Edwin H., *White Collar Crime*, Editorial Holt Rinehart y Winston, New York, 1949.

mostrando la ya superada “imagen estereotipada de de un delincuente pobre y violeto”, un tipo delincencial que define a un sujeto perteneciente a las capas más bajas de la sociedad, que carece de educación y tiene problemas mentales y psicológicos, es la delincuencia común, corriente, visible y por tanto más cuestionada y criticada por la sociedad; por el contrario la criminalidad no convencional trae consigo un nuevo tipo delincencial, sujetos con preparación cultural, superados profesionalmente, con un proyecto de vida definido, quienes en su interacción con la sociedad, esta no está marcada por el rechazo y la segregación sino que aparentan ser modelos de ciudadanos.

El delincuente económico presenta como bases para su conceptualización tres elementos ineludibles que a la vez lo distinguen de aquellos representantes de la delincuencia marginal, así tenemos que estos son empleados, funcionarios o dirigentes que realizan sus actividades delictivas en el marco de las relaciones económicas de un país en sus diferentes niveles, siendo posible su actuar gracias a las funciones directamente relacionadas con los bienes objeto del delito que ostentan en virtud del cargo que ocupan.

La delincuencia económica o empresarial es una forma de criminalidad especialmente sutil, que no suele consistir en medios intimidatorios, burdos o violentos, sino en una suerte de “ingeniería financiera” donde vale más la astucia, la depuración fraudulenta y la discreción que el alboroto delictivo. El autor no suele aparecer como un quebrantador grosero de la armonía social sino como un inteligente y perspicaz ideador de operaciones económicas altamente rentables pero que muchas veces pasan de manera casi imperceptible.<sup>14</sup>

Los delitos económicos se llevan a cabo por lo general en el seno de un entramado societario o empresarial. El delincuente económico no suele ser un solitario que actúa frente a la ley “solo en el desierto” sino una pieza más dentro de un engranaje delictivo, sutilmente enmascarado en un conjunto de interrelaciones personales que coadyuvan a la “anonimidad de los contactos sociales.”<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> ROMERO SANTOS, Luis y POLAINO-ORTS, Miguel, “Delitos económicos: personalidad jurídica y prueba”, p. 5. Disponible en: <http://www.economistjurist.es> Consultado el 16-02-15 a las 13:56.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

Partiendo de todos estos presupuestos de manera general sale a la luz el emergente Derecho Penal Económico, devenido ante la necesidad de enfrentar estas nuevas conductas delictivas surgidas con el desarrollo de las relaciones comerciales.<sup>16</sup> En el XIII Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal celebrada en el Cairo en 1984 se definió al Derecho Penal económico como “el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios”.

La Dogmática penal tradicional ha girado en torno a ciertas figuras delictivas de lesión como las referidas por Beccaria en su tiempo. En general, los delitos contra la vida constituían el eje central sobre el cual giraba la discusión sobre la mayoría de los conceptos y construcciones jurídico-penales. En los últimos años, el paradigma ha variado y esa posición central la ocupa la delincuencia económica y, singularmente, la criminalidad empresarial. “Los delitos económicos constituyen ahora el banco de prueba fundamental de la Dogmática penal, especialmente en cuestiones tan centrales como la imputación objetiva (todo el Derecho penal no es más que la depuración de criterios normativos de responsabilización –imputación penal), la intervención delictiva (la doctrina de la autoría y la participación) las penas y otras sanciones o medidas penales o procesales (como las consecuencias accesorias o las medidas cautelares), especialmente interesantes en el ámbito de empresas infractoras.”<sup>17</sup>

Beccaria estudió en su tiempo conductas propias de la delincuencia convencional tales como el asesinato, hurto, infamia, infanticidio, adulterio, sodomía y aun y cuando hizo la distinción entre las clases sociales imperantes (vasallos y nobles) esta no estaba referida al tipo

---

<sup>16</sup> Su punto de partida se suele fijar a partir de la llamada crisis del capitalismo de 1929, que obligó a la protección por la vía penal de ciertas actividades comerciales, industriales o agrícolas afectadas por la baja desmesurada de los precios. Sin embargo, en la década de los 20 ya se habían registrado en Alemania y otros países europeos iniciativas legislativas que configuraban el llamado Derecho Penal Económico, con fuerte acento administrativo en cuanto al aspecto represivo se trata.

<sup>17</sup> ROMERO SANTOS, Luis y POLAINO-ORTS, Miguel “Delitos económicos: personalidad jurídica y prueba” Disponible en: <http://www.economistjurist.es> Consultado el 16-02-15 a las 13:56.

de delincuente o forma delincencial, sino al tratamiento penológico que debían recibir, que por cierto sería el mismo, *“Las penas deben ser las mismas para el primero que para el último de los ciudadanos, para los nobles que para los vasallos. Las leyes deben favorecer menos las clases de los hombres que los hombres mismos”*.<sup>18</sup> Constituían estos, delitos que se ubicaban en el centro del análisis del Derecho Penal de la época donde la distinción no se hacía en cuanto al tipo de hombre que delinque si no en cuanto a al tipo de pena para cada clase de hombre; estas conductas junto a muchas otras de carácter convencional, estaban significativamente alejadas de esas nuevas formas de delinquir que se fueron desarrollando paulatinamente con el desarrollo social y que hoy día aquejan a las sociedades contemporáneas como es el caso de los delitos económicos.

Sin embargo, aun y cuando ha devenido la institución del Derecho Penal económico en una fuerte necesidad, que sin dudas llegó para quedarse, esa necesidad no podemos afirmar que esté totalmente satisfecha, pues a pesar de los empeños por tipificar toda una serie de conductas que responden a las características antes mencionadas y que lesionan ese orden económico jurídicamente tutelado, persiste hoy día una ineficiencia en el orden de la persecución penal, que está dada en gran medida por la aplicación cotidiana del Derecho procesal penal tradicional a los delitos de esta naturaleza, de ahí que exista una gran asimetría entre el Derecho Penal económico sustantivo y el procesal.

Vemos hoy como existe una constante proliferación de conductas penales económicas ante los cada vez más inminentes avances tecnológicos y sin embargo existe por otro lado un desarrollo casi nulo en pos de diseñar adecuados modelos procedimentales destinados a la investigación y acreditación de dichas figuras. Y cito a AROCENA y BALCARCE *“(...) mientras el Derecho Penal económico material de nuestros días empeña sus esfuerzos en la determinación exacta de los ilícitos comprendidos en su ámbito de injerencias, el Derecho Penal económico realizador no parece haber reparado en la necesidad de perfeccionar los instrumentos de comprobación judicial idóneos para la acreditación de tales delitos.”*<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> BECCARIA, César, Ídem, p. 10.

<sup>19</sup> AROCENA Gustavo A. y BALCARCE Fabián I., “Derecho Penal Económico Procesal”, Centro de Investigación Interdisciplinaria de Derecho

Con los avances que se han dado en las ciencias criminalísticas y las múltiples aristas científicas de las que nos apoyamos hoy día para combatir la criminalidad y realizar la justicia, a pesar de contar con los conocimientos y avances científicos que no existían en el siglo XVIII, persisten dificultades en la probanza de determinados delitos, pues no podemos olvidar que en la medida que avanza la sociedad y sus mecanismos de control, la criminalidad no se queda atrás y también se desarrolla, evoluciona y se complejiza. Hoy día pruebas de tipo pericial facilitarían a los magistrados del siglo XVIII el esclarecimiento de delitos de los que Beccaria llamó de prueba difícil, sin embargo se necesita más que eso para lograr llegar a la verdad real cuando se trata de delitos económicos que son complejos por antonomasia.

Hoy día ambos tipos de delincuencia se manifiestan a la par incrementándose la económica en la medida que aumentan los tipos de relaciones comerciales entre los hombres y disminuyen las formas y mecanismos de control para palearlas, en la medida que desde la óptica del derecho se hace más difícil su castigo y es que precisamente en el marco de los delitos económicos, es el tema de la prueba uno de los particulares que más dificultades presenta.

#### **4. Los delitos de prueba difícil para Beccaria**

El autor dedica todo un acápite de su obra al tema de la prueba, denominado "Los delitos de prueba difícil". Si bien en este capítulo no se refirió a elementos técnicos relativos a la prueba como institución, en el cuerpo de toda la obra existen diversos referentes que aborda de manera reveladora, asumiendo posturas que hoy día son principios del Derecho procesal penal, o constituyen manifestaciones claras que hacen alusión al desenvolvimiento de los procesos, a la búsqueda de la verdad como garante de un debido proceso, al actuar de los jueces o magistrados en dicha empresa, a los testigos, a la prueba indiciaria, a los tipos de delitos y su dañosidad; elementos en los cuales nos apoyaremos para traer sus pensamientos a la contemporaneidad de los delitos económicos y su probanza.

De una primera lectura de la obra no resulta esclarecedor el tema de los delitos de prueba difícil; ello porque Beccaria sólo se refiere a

---

Penal Económico, p. 2. Disponible en: [www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/.../Indice\\_0.pdf](http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/.../Indice_0.pdf) Consultado el 16-02-15 a las 13:00.

ellos en pocos párrafos del texto, específicamente en el capítulo 31; y como no es dado nuestro representante de la Escuela Clásica a conceptualizar; los elementos que pudiesen configurar los llamados delitos de prueba difícil, hay que buscarlos desde una perspectiva holística e integradora en el cuerpo de “De los delitos y las Penas”. Nótese que la valoración que hace el autor, más que en elementos conceptuales viene dada por el vínculo o los resortes que unen a este grupo de comportamientos delictivos con el conocido *tema probandum* en materia procesal. Viene a jugar un importante rol la institución prueba en la configuración de las figuras, no ya en cuanto a su prescripción normativa, sino a tenor de las conductas materializadas en hechos punibles con un cierto grado de dificultad a la hora de sostener su probanza.

Beccaria, ya entrando en materia, cuando aborda esta clase de delitos lo hace partiendo de ejemplos como el adulterio, la sodomía y el infanticidio; que dadas las condiciones históricas existentes en el año 1764, constituían conductas, que a la par de ser muy reprochables por la sociedad, eran complejas en el orden probatorio. De ellas el autor señaló sus orígenes y la necesidad de procurar con diligencia el mejor medio posible de evitarlas en aquellas circunstancias inherentes al contexto histórico en que vio la luz el ensayo fundamental que comentamos. Con relación a ello se pronuncia: *“Hay algunos delitos que son a un mismo tiempo frecuentes en la sociedad y de prueba difícil, y en éstos la dificultad de la prueba tiene lugar de la probabilidad de la inocencia (...) Vemos, sin embargo, que los adulterios, el deleite griego, delitos de prueba tan difícil, son los que, conforme a los principios recibidos en práctica, admiten las presunciones tiránicas, las cuasi-pruebas, las semi-pruebas (como si un hombre pudiese ser semi-digno de castigo y semi-digno de absolución), donde la tortura ejercita su cruel imperio en la persona del acusado, en los testigos y aun en toda la familia de un infeliz (...)”*.<sup>20</sup>

Aquí vemos como Beccaria deja sentado una primera idea, y es precisamente la existencia real de delitos cuya prueba es embarazosa; incluso a la par de ser comportamientos delictivos con un significativo grado de frecuencia en la sociedad. De ahí la tesis de la dificultad en la probanza fáctica del hecho que reviste caracteres de delito; y que, a

---

<sup>20</sup> BECCARIA, César, Ídem, p. 65.

juicio del citado autor, viene dada fundamentalmente por la probabilidad de la inocencia de la persona sometida a proceso penal.<sup>21</sup>

Adpero, ¿qué entender entonces por delitos de prueba difícil?, ¿qué elementos nos permiten identificarlos? Siendo así, y a raíz de estas interrogantes, los delitos de prueba difícil son aquellos comportamientos criminales que carecen de pruebas o que las que existen no son suficientes; donde influye la propia naturaleza del delito, las características de los sujetos que lo cometen, la complejidad de los *modus operandi* así como las circunstancias en las que se corporifican las conductas delictivas.

Considero pertinente abordar en este punto alguno ejemplos de limitaciones al actuar probatorio que viene a estar dadas por su prescripción en ley, las cuales aun y cuando limitan ese actuar, se establecen como salvaguarda de derechos fundamentales y garantías procesales. Sobre esto podemos ilustrar a partir de la regulación en nuestra Ley Procesal Penal determinados preceptos que el legislador diseñó con el objetivo de salvaguardar esos derechos fundamentales que de una manera u otra pueden ser violentados en ese afán por la búsqueda de la verdad y que de esta manera han sido consagrados a partir de las reformas procesales que devinieron en busca de despojar a nuestros procesos de esos rezagos inquisitoriales que tanto criticó el autor que estudiamos, deviniendo en sistemas de enjuiciamientos contemporáneos que se caracterizan por una mixtura del sistema de enjuiciar inquisitivo y del acusatorio, como lo es el caso del sistema de enjuiciamiento cubano.

A continuación algunos supuestos de lo que más que dificultades constituyen limitaciones en la probanza de los hechos establecidas en ley por las razones anteriormente aducidas. En primer lugar vemos que pueden estar dadas en cuanto al objeto de la prueba, referidas

---

<sup>21</sup> En este orden somos del criterio que si bien, y ello ubicando en su justo lugar el pensamiento beccariano, los delitos cuya probanza se dificulte por razones bien fundadas, tornan difícil formar convicción de culpabilidad en el acusado; ello no significa que su inocencia sea más o menos probable. No estamos contestes con la manera en que hubo de formularse esta idea pues asumimos que la inocencia es un estado natural de los hombres, y que por demás existe el principio de la presunción de inocencia. O sea que, aún y cuando los medios probatorios sean suficientes, su inocencia estará incólume hasta tanto no se pruebe lo contrario.

a que determinados temas no puedan convertirse en objeto de indagaciones, como el reflejado en el Art. 168 de nuestra Ley de Procedimiento Penal, donde se exceptúan de declarar “los funcionarios públicos, tantos civiles como militares, de cualquier clase que sean, sobre determinado particular o extremo de los hechos que no pueda revelar ni violar el secreto que por razón de su cargo están obligados a guardar”; existen otras relativas a la práctica de ciertos medios de prueba por las que se prohíbe la práctica de determinados métodos para demostrar un supuesto fáctico concreto, por ejemplo el Art. 166 y 183, los cuales constituyen un reflejo del avance y los aportes de Beccaria y mucho otros que tanto criticaron el empleo de la tortura y demás tratos crueles e inhumanos, pues precisamente son artículos en los que la violencia coacción, engaño o promesa se consideran totalmente excluidos de los medios o tácticas para tomar declaración a acusado y testigos; de igual manera se protege en este sentido a los ascendentes y descendientes del acusado, su cónyuge y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, al igual que a su abogado defensor en los artículos 170 y 199 de la Ley de Procedimiento Penal; y por último las que establecen prohibiciones de carácter relativo, referidas a formalidades establecidas en las leyes procesales con el propósito de dotar a la actividad probatoria de un mínimo de orden y garantía, por ejemplo la establecida en el Art. 194, relativa a la prueba anticipada, en la que se prescriben todas las formalidades para que no se viole ese principio contradictorio aunque esa prueba no se practique en el juicio oral; tenemos además los artículos 214, 249-3 y 250, referidas a los derechos del acusado y su defensor sobre todo aquello que tiene que ver con el transcurso de la investigación y el acceso a las actuaciones así como la posibilidad de presentar pruebas y documentos, entre otros. “Todas estas limitaciones evidencian que aún cuando existe libertad probatoria en aras del conocimiento de la verdad, esta no puede ir por encima de la dignidad humana y de los derechos reconocidos a las personas, ya sean por la Constitución, las leyes o el reconocimiento social.”<sup>22</sup>

Siguiendo con la línea de dificultad en la probanza del actuar delictivo, no se puede obviar una cuestión en el análisis, y es que por

---

<sup>22</sup> Esta clasificación de las limitaciones constituye una sistemática elaborada por ROXIN divulgada en el mundo hispano hablante por Gómez Colomer, en este sentido *Vid.* ARRANZ CASTILLERO, Vicente J., *ídem*, p. 72.

los saberes que están involucrados en el actuar de quienes llevan las riendas del proceso, se requiere de una especialización que va más allá de los conocimientos técnico-jurídicos por parte de los operadores del sistema de justicia penal. Ante la amplia gama de variantes delictivas que se imponen en estos tiempos, el carecer de una preparación integral y especializada, es otro elemento que dificulta la actividad probatoria dentro de los procesos penales.

Otros elementos que influyen en la carencia de las pruebas suficientes y que *per se* las figuras que padecen de ello adquieren el calificativo de difíciles, son: la imposibilidad de la obtención de fuentes de prueba; esto está dado en buena medida por el excesivo lapso de tiempo entre la ocurrencia del delito y el conocimiento del mismo; por el acceso que tienen los propios sujetos comisores a las evidencias de su actuar y la manipulación y /o pérdida de las mismas; y en la dificultad a la hora de identificar los sujetos comisores y su forma de participación en el hecho delictivo.

Es en este punto donde cabría preguntarnos, existe en la actualidad esa dificultad probatoria de la que hablara el autor ante determinados delitos? Concurren aun esos medios flacos y equívocos, esas semi-pruebas o cuasi-pruebas en nuestros procesos? Persisten delitos hoy que por encima de otros son arto difíciles de probar? Desafortunadamente la respuesta es afirmativa para todas estas interrogantes siendo el análisis a continuación una manera de argumentar esa afirmación.

## 5. La dificultad de la prueba en los delitos económicos

Los delitos de prueba difícil, y ello sin hacer referencia a las conductas que describe Beccaria en su obra, conservan su identidad teniendo en cuenta que subsisten en los sistemas de enjuiciamiento criminal las llamadas pruebas traídas al proceso; dicho con palabras de César Bonesana; "*flacas y equívocas*". Aspectos como la dificultad en la obtención de fuentes de pruebas (no presencia de testigos, no existencia de fuentes documentales, problemas con la pericia etc.), los *modus operandi* empleados, circunstancias concurrentes en los propios delitos, características de los sujetos comisores así como la propia naturaleza económica de los hechos que obligan al operador del sistema de justicia penal a la especialización; hacen *strictu sensu* creíbles y palpables las conductas criminales de prueba difícil. A continuación un análisis *grosso modo* de estos elementos que configuran la clasificación que en materia de delitos estamos abordando; ello por supuesto en el ámbito jurídico-penal económico.

## 5.1 Complejidad de los *modus operandi* empleados

En primer lugar ese carácter complejo en cuanto a los *modus operandi* empleados que obligan a los sujetos del sistema penal directamente a especializarse en materia económica pues de lo contrario resulta altamente espinoso. Para acercarse a la comprobación del hecho objeto de la imputación, estos deben, en un ámbito ajeno a sus caudales cognitivos y culturales básicos, adentrarse y aprehender los criterios que rigen el desenvolvimiento de la actividad comprendida en el tráfico –jurídico, económico, empresarial, social o de cualquier otra índole- de la persona inculpada. En su gran mayoría se trata de delitos cuya comisión está vinculada a la vulneración de normas no penales que rigen la vida económica empresarial y que por la gravedad o peligrosidad social que generan sus consecuencias, son combatidos con la ley penal.

Es posible constatar que con frecuencia, se producen delitos económicos en los cuales se obtienen frutos del ilícito durante los procesos de elaboración, almacenamiento o transportación de las mercancías, ya sea mediante la adulteración de la composición en las materias primas que las conforman, incrementando o variando los montos de merma admisibles en las distintas entidades o alterando el peso o calidad final del producto. Sirviéndose para llevar a término estas acciones de la manipulación de toda una serie de instrumentos y mecanismos económicos, así como también de la vulneración de regulaciones económicas, contables, financieras, contractuales y de control que se utilizan para tramitar los mencionados procesos.

El *modus operandi* puede significar también el uso de herramientas tan simples como el abuso de confianza, empleando amenazas o actos de corrupción tales como el soborno, en muchos casos el delincuente utiliza sus prerrogativas para intimidar a alguien perteneciente a su ámbito laboral, cuando este de alguna forma tiene o puede tener conocimiento de las actividades en que está involucrado. Es usual que en estos supuestos los sujetos activos procedan a efectuar las apropiaciones de los bienes sin sigilo alguno confiado en la situación de compromiso en que han emplazado a otras personas.

Existen métodos comisarios que suben la parada en lo que se refiere a complejidad, tal es el caso de aquellos sujetos que poseen con respecto a los bienes no solo las facultades de administración, disponibilidad o custodia, sino que además están encargados de llevar el control de los mismos desde el punto de vista contable en el plano documental, dándoles por tanto la posibilidad de actuar al amparo de la creación de una doble contabilidad, que constituye el reflejo de su ilícito actuar como control que deben llevar a fin de planificar sus mo-

vimientos; mientras que simultáneamente llevan la otra como mecanismo para amparar sus maquinaciones bajo una apariencia de orden.

El delincuente económico busca siempre sacarle el mayor provecho al ilícito, a la par que intenta encubrir su actuación. En relación con el primero de los rasgos vemos que busca obtener los mayores beneficios producto de su ilícito actuar al ir más allá del uso y disfrute de los bienes apropiados utilizándolos en transacciones al margen de la ley para ilegítimamente incrementar su peculio, con respecto al segundo, el delincuente acude a los delitos contra la fe pública, en especial a las falsificaciones de documentos especialmente bancarios y de comercio, tales como los estados de cuentas, las facturas, los contratos y los inventarios que se encuentran entre los más usados en el tráfico mercantil, pues de la misma forma en que facilitan la comisión del delito propician su camuflaje; así como a la simulación de delito ya no con el fin de camuflar el hecho sino su participación en el mismo.

Las particularidades en cada caso vendrán dadas por toda una serie de factores: rasgos orgánico- funcionales de la entidad donde se desempeña el sujeto comisor del ilícito, la preparación personal de este así como su grado de desenvolvimiento en las responsabilidades que ocupa, la pluralidad o no de personas involucradas en la comisión del delito, el deficiente o inexistente control por parte de las instancias de supervisión del nivel que se trate o de instancias superiores y el interés en particular que mueve al comisor del delito a incurrir en el mismo. Todos estos elementos deben tenerse en cuenta durante la actividad probatoria de los hechos económicos, la complejidad de los *modus operandi* hace más engorrosa dicha labor, pues constituyen actuares no convencionales sobre los que se requieren conocimientos especiales y métodos de enfrentamiento diferentes.

## 5.2 Particulares caracteres del delincuente económico

Los particulares caracteres del sujeto activo de estas modalidades delictivas no dejan de tener repercusión en el ámbito de la reconstrucción conceptual y acreditación de la conducta antijurídica. En efecto, el delincuente económico, de ordinario, está situado dentro de un estereotipo que se muestra, en forma de una tipología parasitaria no violenta en cuanto a la naturaleza de su actuar, demuestran una diligencia encomiable en pos de no evidenciar en lo más mínimo su relación con actividades ilícitas y tratan de mantener un estatus ante la sociedad que en realidad no poseen, actitud oportunista que busca la retención de su estatus ocupacional, lo que les sirve de plataforma a su actuar delictivo.

El acceso que tienen directamente a las pruebas de su actuar ilícito constituye otra dificultad, mayormente estos delincuentes tienen bajo su guarda los documentos primarios que demuestran el tracto del bien o bienes que son manipulados, apropiados, desviados y estos, ante el conocimiento general de su ilícito se deshacen de los mismos, esta problemática además de generar más demora en la investigación, la dificulta grandemente al ser la documental, una prueba de suma importancia en este tipo de delitos.

La planificación e ingenio que requiere este tipo de actos, así como la circunstancia de que su autor posee, en muchas ocasiones, conocimientos especializados que le permiten ocultar hábilmente su acción fraudulenta, plantea obstáculos insalvables a las autoridades judiciales y policiales que deben investigar los hechos, pues además de los limitados recursos materiales a su alcance, no poseen los conocimientos especializados que sí posee el autor de la infracción. Los jueces, los fiscales o los agentes policiales, generalmente no comprenden los fenómenos económicos y el proceso penal tradicional no se adapta a los procesos cuyo objeto fundamental es de carácter económico.

### 5.3 La prueba pericial

La idea del asesoramiento técnico de disciplinas o artes no jurídicas, imprescindible en el moderno proceso, que cada vez tiende mayormente hacia la incorporación de elementos de conocimiento especializado sobre hechos relacionados con el objeto procesal es algo a lo que no está ajeno nuestro sistema procesal, fundamentalmente en estos casos. Teniendo lugar la intervención de peritos siempre que en un proceso penal se presentan ciertas cuestiones importantes cuya solución, para poder producir convencimiento en el ánimo del juez, requiere el examen de hombres provistos de aptitud y de conocimientos facultativos y especiales.

En los procesos por delitos económicos la prueba pericial tiene un peso trascendental, por los elementos que aportan al debate y lo esclarecedores que resultan para las partes y el Tribunal. En dichos procesos resulta clave la participación del perito-auditor, quien está llamado a explicar con detalles el resultado de las acciones de control que pueden ser realizadas en una entidad económica a partir de la cual se evidenció la posible comisión de un delito de esta naturaleza; este será un especialista en la materia contable y financiera que aportará a las partes y al Tribunal los elementos que, a partir del conocimiento de su ciencia consideren relacionados a la comisión del ilícito, por ejemplo, la descripción de los documentos que examinó así como los resultados que arrojó dicho análisis, que pueden incidir en la

determinación del *modus operandi*, los responsables y sus funciones, el monto de la afectación causada, las normativas que fueron violadas, entre otras.

Destacan además en estos supuestos los peritajes sobre procesos productivos o tecnológicos. En estos casos deben estudiarse las normas del proceso tecnológico vulnerado y disponer que entre los especialistas encargados de realizar la auditoría o comprobación, se incorporen especialistas del proceso tecnológico que se trate para comprobar, por ejemplo cuestiones relativas a la violación de las normas de producción, la calidad del o los productos tanto en su peso como en su composición, la veracidad de las mermas y roturas informadas y otros aspectos de este proceso que permitan determinar la participación de los involucrados y la afectación económica.

También son característicos los peritajes sobre soportes informáticos, muy comunes cuando se investigan delitos de esta naturaleza, que pueden realizarse sobre documentos, computadoras, impresoras, otros soportes de información como memorias, discos, tarjetas magnéticas de diverso uso u otros; para determinar si los documentos ocupados con trascendencia a la investigación fueron generados en una computadora en particular, o se imprimieron, escanearon o fotocopiaron en algunos de los medios informáticos ocupados a los acusados, en su posesión o a los que tuvieron acceso o para determinar alteraciones a los registros económicos y contables o incluso la existencia de un doble registro o contabilidad.

Son importantes para la probanza de este delito los peritajes documentológicos en cuanto a escritos, impresos, firmas o cualquier otro relacionado con la ejecución del delito, estos permiten comprobar si las firmas que aparecen se corresponden con las del acusado o para determinar si algún documento utilizado por este para acreditar su identidad o alguna condición, se encuentra falsificado.

Los rasgos definitorios de estos ilícitos reclaman que se recurra a métodos de comprobación idóneos para acreditar circunstancias propias de sectores de la vida en sociedad altamente especializados, sofisticados y, aun, renuentes a ser aprehendidos a través de la mera percepción sensorial. En ese orden la prueba pericial se trata de un medio probatorio cuya regulación posee una apertura tal que lo convierte en el puente entre la evolución tecnológico-científica y el tradicional problema de investigación y esclarecimiento de hechos delictivos. En la medida que avanza la sociedad, se desarrollan las conductas delictivas sus formas de comisión y a la par deben de avanzar los mecanismos para enfrentarla imponiéndose ante las dificultades que supone el propio desarrollo de la actividad delictiva.

## 5.4 La prueba testifical

KARL MITTERMAIER nos dice que la palabra testigo designa al individuo que comparece o es llamado a declarar sobre su experiencia personal acerca de la existencia y naturaleza de un hecho, recordando, en nota, que el término deriva del latín *testis* que nombra a quien se encuentra directamente a la vista de un objeto y conserva su imagen.<sup>23</sup>

Desde el punto de vista procesal, el testigo es la persona física que sin ser parte del proceso es llamada a declarar, según su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de unos hechos conocidos con anterioridad al proceso por haberlos presenciado -testigo presencial- o por haber tenido noticia de ellos por algunos medios -testigo referencial-.

Dentro de los delitos económicos, sobre todo los más complejos, se encuentran aquellos que clasifican en la categoría de los llamados “delitos en soledad”, es decir, por lo general no existen personas ajenas al hecho delictivo que lo presencien en el momento de su consumación y las personas que lo cometen, son generalmente muy cuidadosas, tomando todas las precauciones para no ser descubiertas. Por lo tanto, los testigos que acuden al proceso en los casos de estos delitos, se caracterizan por no ser presenciales, o son testigos de referencia, o lo que hacen es acreditar determinado hecho que enlazado con otro crean una convicción en el juez sobre determinado particular en el caso en cuestión.

Esa característica de ser delitos en soledad en su generalidad nos permite hallar una coincidencia en torno a las figuras que Beccaria calificó de prueba difícil, nótese que el adulterio, la sodomía son delitos que asumen esa característica de ser cometidos por sus autores en soledad, en ese orden es interesante como esa cualidad los convierte, tanto los enunciados por el autor como a los delitos económicos en conductas difíciles de probar, al no contar por lo general con testigos presenciales de los hechos.

Generalmente los testigos que se aportan al proceso en delitos económicos efectuados principalmente en el marco de una entidad económica determinada, son trabajadores de la propia entidad donde se cometió el delito, los directores de las mismas, el contador,

---

<sup>23</sup> MITTERMAIER, Karl, *Tratado de la prueba en materia criminal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1979, p. 319.

dependientes, que no están involucrados, lo que también trae dificultades porque al pertenecer a un mismo centro laboral, empresa o sociedad, pueden omitir o resaltar cuestiones no verdaderas en su totalidad en sus testimonios, con tal de no perjudicar aun más a sus compañeros. Con relación a ello Beccaria advirtió: “Igualmente la fe de un testigo puede disminuirse tal vez, cuando éste fuere miembro de alguna sociedad, cuyos usos y máximas sean o no bien conocidas, o diversas de las públicas. Semejante hombre no sólo tiene sus pasiones propias, tiene también las de los otros.”<sup>24</sup> Y ante la duda que puede generar o la dificultad para llegar a la verdad mediante el empleo de esta prueba sostuvo: “Siempre es necesario más de un testigo, porque en tanto que uno afirma y otro niega no hay nada cierto, y prevalece el derecho que cada cual tiene de ser creído inocente”.<sup>25</sup>

Algunos autores refieren como otra nota particular ante estas conductas, una escasa capacidad de manifestación de la *noticia criminis economicae*, si entendemos que el hombre común no está interiorizado de las diversas formas en que se exterioriza la delincuencia económica; asimismo, los medios de comunicación pocas veces se hacen eco de la posible producción de conductas cuyo carácter antijurídico desconocen. Por todo ello, a la *cifra negra del delito* –entendida como la existencia de hechos delictuosos que se presumen existentes, pero que no son efectivamente conocidos por los órganos de la persecución penal estatal- se añade, en el terreno penal económico, una *cifra dorada* proveniente de una identificación de clase social entre perseguido y perseguidor que introduce razones espurias de no persecución de delitos conocidos, y una significativa *cifra desconocida*, configurada por la imposibilidad de que se presuponga la comisión de delitos que se desconoce que son tales.<sup>26</sup>

## 5.5 La prueba indiciaria

Existen algunos campos como el de los delitos económicos en los cuales la prueba directa de los hechos que dan lugar a la aplicación de una norma, se hace muy difícil; y es por ello que, para garantizar el orden, se hace necesario, el intento de conocer la verdad a través de pruebas indirectas o indiciarias.

---

<sup>24</sup> BECCARIA, César, Ídem, p. 35.

<sup>25</sup> Ídem, p. 34.

<sup>26</sup> AROCENA Gustavo A. y BALCARCE Fabián I., Ídem, p. 26.

Con respecto a esta distinción anota Beccaria: *“Pueden distinguirse las pruebas de un delito en perfectas e imperfectas. Llámense perfectas las que excluyen la posibilidad de que un tal hombre no sea reo, e imperfectas las que no la excluyen”*. Nótese que el autor se refiere a lo que en la doctrina se conoce como pruebas directas e indirectas. *“De las primeras una sola aún es suficiente para la condenación, de las segundas son necesarias tantas cuantas basten a formar una perfecta”*.<sup>27</sup>

Si bien la conocida como prueba indiciaria encuentra algunos detractores que la entienden como un retroceso frente a la rigurosidad extrema de la prueba clásica donde, como se ha visto, todo aquel que alega algo está obligado a probarlo y nadie puede ser condenado sin pruebas o con pruebas que admitan una duda razonable, y otros que la defienden por su capacidad de unir los puntos sueltos de la situación fáctica descrita o narrada, tan necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la culpa o no del acusado: somos del criterio que sin obviar la naturaleza de dicha prueba, la misma debe admitirse en sede procesal, constituye en no pocas ocasiones un criterio asumido por la judicatura, de que es lo indiciario muestra de que los jueces son seres pensantes, que arriban a convicciones muy profundas a raíz de su vinculación con la sociedad, con el medio que les rodea, que utilizan las máximas de la experiencia, las reglas de la lógica y la razón, que son racionales y atemperados.

Sobre ese sentido común que debe caracterizar al juez al analizar el material probatorio es ilustrativo lo referido por Beccaria, y cito: *“Si en buscar las pruebas de un delito se requiere habilidad y destreza, si en el presentar lo que de él resulta es necesario claridad y precisión, para juzgar el resultado mismo no se requiere más que un simple y ordinario buen sentido, menos falaz que el saber de un juez acostumbrado a querer encontrar reos, y que todo lo reduce a un sistema de antojo recibido de sus estudios.”*<sup>28</sup>

En materia de probanza en los delitos económicos no es un secreto que ante las deficiencias propias de la instrucción criminal, la complejidad de los asuntos y la especialización que en dicha materia sus operadores requieren; la aducida prueba indiciaria adquiere una especial relevancia por sus marcados aportes a la valoración del material probatorio. “Es que, en relación con lo penal económico, las reglas de la experiencia –provenientes de la conformación cultural del sujeto, de

---

<sup>27</sup> BECCARIA, César, Ídem, p. 36.

<sup>28</sup> Ídem, p. 37.

la influencia del medio en que él se desenvuelve y la vulgarización, no siempre válida, de conocimientos científicos- que puede asistir al juez son limitadas o, en muchos supuestos, inexistentes.”<sup>29</sup> Es por ello que puede afirmarse que así como el sistema nuclear vigente emplea elementos subjetivos en diversos momentos de la construcción de los hechos constitutivos de delito, el derecho penal económico lo hace de igual manera, incluso en la mayoría de los casos lo hace en un mayor grado.

No se trata de que tenga una prueba indirecta preeminencia con respecto a la directa, todo lo contrario, se supeditan a los criterios de ésta última los mismos indicios que se pretenden llevar al proceso; en este sentido el indicio ayuda a esclarecer, forma convicción, deviene en base de la presunción judicial, atendiendo también a lo que se le ha llamado mínima actividad probatoria. Según alega MIRANDA ESTRAMPES, por mínima actividad probatoria debe entenderse: “la base probatoria objetiva de la cual el juzgador obtiene la necesaria convicción acerca de la exactitud de las afirmaciones fácticas discutidas en el proceso, al objeto de dictar sentencia”, y existe per se el indicio, este es tan real como una prueba directa, lo que claro, no es un medio de prueba documental, testifical o pericial, no tiene el mismo alcance, no demuestra igual un extremo fáctico, ha de existir un conjunto de indicios que permitan elaborar una tesis cognoscitiva capaz de destruir, a partir de la convicción a la que haya arribado el foro, de conjunto con el material probatorio practicado en juicio oral, el estado de inocencia del acusado.

El autor que analizamos señaló su utilidad ante la ausencia de pruebas directas y dijo: “Hay un teorema general muy útil para calcular la certidumbre de un hecho, por ejemplo, la fuerza de los indicios de un delito. Cuando las pruebas del hecho son dependientes la una de la otra, esto es, cuando los indicios no se prueban sino entre sí mismos.”<sup>30</sup>

Esto tiene gran implicación en materia de probanza de los delitos económicos, cuando muchas veces no existe la gran prueba directa que haga suponer realmente los criterios de culpa que pesan sobre el presunto responsable, sino que del conjunto de indicios y del análisis multilateral de la prueba practicada en el acto de justicia emanan los elementos suficientes para estimar probado el hecho punible que hubo de encuadrarse en el tipo penológico aducido.

<sup>29</sup> AROCENA Gustavo A. y BALCARCE Fabián I., Ídem, p. 24.

<sup>30</sup> BECCARIA, César, Ídem, p. 36.

## 6. A modo de conclusión

Las críticas al modelo de enjuiciamiento predominante en su época hicieron de Beccaria uno de los autores más importantes dentro de los amantes del Derecho penal y procesal, aun y cuando el propio autor no se considerara un penalista en el sentido más técnico del término o la condición; la repercusión social y política del sistema inquisitivo imperante hicieron que pronunciara en su magistral obra diversos postulados trascendentales que despertaron el interés científico en cuestiones trascendentales del proceso penal, entre ellas la cuestión probatoria tan necesaria para la búsqueda de la verdad que tanto defendió.

Si bien dedicó un capítulo de su obra a los delitos de prueba difícil, dentro de todo el cuerpo de la misma se pueden encontrar los presupuestos necesarios para comprender el análisis que realiza el autor en torno a la institución de la prueba y los elementos que permiten catalogarla de difícil ante determinadas conductas, dificultad que hoy día tiene una visión diferente en cuanto a los nuevos fenómenos delictivos que se han desarrollado, pues han surgido otras conductas como los delitos económicos que permiten aseverar que en la actualidad, son unos de los más complejos en cuanto a su probanza.

Los delitos económicos constituyen una categoría delictiva que se enraíza en el pensamiento jurídico penal, mucho tiempo después de la vida y obra del autor italiano, como consecuencia del desarrollo de las relaciones de producción de la sociedad, emergiendo de este modo el Derecho Penal Económico como mecanismo formal de enfrentamiento a estas nuevas conductas alejadas de la manera de concebir los delitos por parte del Derecho Penal Tradicional.

Aun y cuando se han establecido en las leyes sustantivas numerosas conductas que constituyen ilícitos de esta naturaleza, queda mucho camino por recorrer en cuanto su tratamiento procesal, el cual amerita también una mirada diferente. No puede pretenderse emplear los mismos mecanismos o métodos del Derecho Penal tradicional ante hechos que suben la parada en la actividad delictiva y requieren para su persecución una especialización en todos los órdenes.

Por ello la actividad de persecución y prueba de estos actuare responde a esa distinción de la que hablara Beccaria, tiene una naturaleza "difícil" en cuanto a su probanza, que está dada por los diversos y complejos *modus operandi* que son empleados para su comisión, la especial cualidad de los sujetos comisores de estos ilícitos que los encuadra dentro de ese carácter no convencional de la delincuencia, a diferencia de la que estudió el autor y que hoy calificamos como

convencional, y las peculiaridades de la prueba testifical, pericial e indiciaria que imposibilitan adecuar al fenómeno delictual económico dentro de los mismos criterios de antaño. No obstante las notas generales sobre las instituciones de la prueba, la búsqueda de la verdad y los mecanismos para lograrla dentro de los marcos de un proceso penal, fueron tan atinadas y trascendentales que nos permiten aun hoy a 250 de ser plasmadas en “De los Delitos y las Penas” traerlas a la actualidad de nuestros procesos y a nuestros nuevos fenómenos delictivos y aseverar que conservan vestigios de contemporaneidad.

## 7. Bibliografía

### Obras Generales

- ARRANZ CASTILLERO, Vicente Julio, La prueba en el proceso penal: Generalidades, Colectivo de Autores, Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- BERGALLI, Roberto, (coordinador y colaborador) Sistema Penal y problemas sociales, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- DE ARMAS FONTICOBIA, Tania, El desarrollo histórico del pensamiento criminológico, en Colectivo de Autores: Criminología, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, Derecho Procesal Penal (con Aragoneses Martínez, Hinojosa Segovia, Muerza Esparza y Tomé García), Editorial ECERA, cuarta edición, Madrid, 1999.
- DÍAZ PINILLO, Marcelino, La Teoría General de los Actos Procesales en Colectivo de autores: Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal, Tomo I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- FENECH MIGUEL, Derecho Procesal Penal, Editorial Bosch, Barcelona, 1945.
- FERNÁNDEZ PEREIRA, Julio, El Derecho Procesal Penal, concepto y naturaleza del proceso penal. Evolución histórica. Los sistemas de enjuiciar, en Colectivo de Autores: Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- GERSCOVICH, Carlos A., “Derecho Económico, Cambiario y Penal” páginas 290 y ss., Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires; 2006.
- GIMENO SENDRA, Vicente, Derecho procesal. Proceso penal Tomo II (con Moreno Catena, Almagro Nosete, Cortés Domínguez), tercera edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- GOITE PIERRE, Mayda, Delitos contra los Derechos Patrimoniales, en Colectivo de Autores, Derecho Penal Especial Tomo II, Editorial Félix Varela, La Habana, 2009.

- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima Actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch editor, Barcelona 1997.
- MITTERMAIER, Karl, *Tratado de la prueba en materia criminal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1979.
- MIXÁN MAX, Florencio, *La prueba en el Procedimiento Penal*, t. IV-A, Editorial Ediciones Jurídicas, Lima 1990.
- PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de derecho probatorio*, 16 ta edición, Librería Ediciones del Profesional LTDA, Bogotá, Colombia, 2007.
- RIVERO GARCÍA, Danilo, *Algunas Interrogantes sobre Temas Penales*, Editorial OBBC, La Habana 2006.
- \_\_\_\_\_, *Temas permanentes del derecho procesal penal y el derecho penal*, Ediciones ONBC, La habana, 2010.
- ROXIN, Claus, *La evolución de la Política criminal, el derecho Penal y el proceso Penal*, Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Munich, Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantízano, Introducción de Francisco Muñoz Conde, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- SUTHERLAND, Edwin H., *White Collar Crime*, Editorial Holt Rinehart y Winston, New York, 1949.
- T. S Y COBO DEL ROSAL, Manuel, *Derecho Penal Parte Especial*, 3ra Edición revisada y actualizada conforme al Código Penal de 1995, Editorial tirant lo blanch Valencia 1996.
- TIEDEMAN, Klaus, *Poder Económico y Delito*, Editorial Ariel S.A, Barcelona, 1985.
- VAZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires.
- VINSHINSKI, Andre, *La teoría de la Prueba en el Derecho Soviético*, Buenos Aires: (S.N). 1961.
- VERA TOSTE, Yan, *Temas Penales y Procesales. Autoría y Participación. La Revisión Penal*, publicado por la Sociedad Cubana de Ciencias Penales con la colaboración del Instituto de Criminología de la Universidad de Oslo, Noruega, La Habana, 2010.
- VIADA, Carlos, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1950.

## Documentos

- ARRANZ CASTILLERO, Vicente Julio, “Cuestiones teóricas generales sobre la prueba en el proceso penal cubano”, Tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Facultad de derecho, Universidad de La Habana, (inédito)

BORGES BARRIOS, Idais, Consideraciones del tratamiento de los indicios como fuentes y medios indirectos de pruebas en el proceso penal cubano, Evento Científico Justicia y Derecho, 2006.

\_\_\_\_\_, La prueba del proceso penal, Folleto para Postgrado de tendencias actuales del derecho probatorio, 2000. (inédito)

CAMILO VALVERDE, Dailyn, Los indicios en los procesos por delitos económicos: cuestión decisiva, Evento Científico Justicia y Derecho, Tribunal Provincial Popular de La Habana, La Habana, 2011.

FERNÁNDEZ, Belén María, Características de las Sentencias Penales en los Delitos Económicos. (inédito)

### **Publicaciones Periódicas**

DEVIS ECHENDIA, Hernando, Teoría general de la prueba judicial, Tomo I, 2da edición, Bs.As., 1972. Disponible en: <http://www.scribd.com>

FLORIÁN, Eugenio, De las Pruebas Penales, Tomo I, De la Prueba en General, tercera reimpresión de la tercera edición, editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998. Disponible en: <http://www.redbiblioucacue.com>

GOITE RIERRE, Mayda, El delito de malversación desde una perspectiva legislativa, Revista Jurídica Justicia y Derecho del Tribunal Supremo Popular No. 6 de 2006.

MARTÍN OSTOS, José, La prueba en el proceso penal acusatorio. Disponible en: <http://www.sitios.scjn.gob.mx>

MEJIAS RODRIGUEZ, Carlos Alberto, El Ámbito Procesal del Derecho Penal Económico en Cuba, Centro de Investigación Interdisciplinaria de Derecho Penal Económico. Disponible en: <http://www.cidpe.com.ar>

QUISBERT, Ermo, Historia del Derecho Penal a través de las Escuelas Penales y sus representantes, CED, 2008. Disponible en: <http://h1.ripway.com>

### **Instrumentos Jurídicos Internacionales**

XIII Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, El Cairo, 1984.

### **Normas jurídicas nacionales**

Ley No. 5 de 1977, Ley de procedimiento Penal. Anotada y concordada Ley No. 62 de 1987, Código Penal cubano.

Decreto Ley No. 175 de 1997 modificativo de la Ley 62 de 1987, Código Penal cubano.

# Razones que abrigan la necesidad de introducir el Principio de Oportunidad en el proceso penal cubano

MSc. Rufina de la C. Hernández Rodríguez\*

## Sumario

1. Introducción
2. Desarrollo
3. Razones de política criminal que fundamentan la introducción del principio de oportunidad en el proceso penal
4. Razones económico-sociales que fundamentan la inclusión del principio de oportunidad en el proceso penal cubano
5. Razones técnico-jurídicas que justifican la implementación del principio de oportunidad en el proceso penal cubano
6. Conclusiones
7. Bibliografía

## 1. Introducción

Gestionar cambios necesarios en el Proceso Penal cubano para hacerlo más eficiente y eficaz, es una forma de homenajear y recordar a quien con solo veinticinco años, en 1764, escribiera la obra que le dio renombre internacional desde muchas aristas de las ciencias, fundamentalmente en el campo del Derecho Penal : César Beccaria, con su libro “Los Delitos y las Penas”.

---

\* Jueza profesional, Directora de Formación y Desarrollo del Tribunal Supremo Popular, Cuba. Profesora Asistente a tiempo parcial del Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. [rufina@tsp.cu](mailto:rufina@tsp.cu)

Él fue uno de los más importantes inspiradores del movimiento reformista del antiguo derecho penal continental, caracterizado en toda Europa por su extrema crueldad, arbitrariedad y falta de racionalidad, a lo que se enfrentó, demostrando la necesidad de trabajar por la humanización de las penas y del delincuente y la legalidad que debe caracterizar el proceso penal.

Hay que acordarse que se trataba de un proceso penal inquisitivo caracterizado por la acusación secreta, procedimiento escrito, no contradictorio, donde en todo acusado había un culpable, un pecador. La finalidad del proceso era buscar la confesión del reo y para lograrla era legal la tortura, la amplia discrecionalidad judicial caracterizaba la mayoría de los textos legales, no precisaban penas concretas, no se definían los tipos penales, no constituía una obligación judicial fundamentar los hechos y las pruebas en que se basaban las sentencias y la pena de muerte era la más utilizada. Por todo ello los jueces eran seres terribles en la sociedad.

Marcadas las diferencias que nos impone el contexto histórico actual muchas de las premisas de la obra de Beccaria mantienen su vigencia a doscientos cincuenta años de ser emitidas, sobre todo por el espíritu transformador que ellas encerraban en sí misma para el derecho penal y las penas, a una de esas premisas queremos vincular este trabajo: ...no por ser más crueles las penas son más eficaces, hay que moderarlas. Importa más y es más útil una pena moderada y de segura aplicación que otra cruel pero incierta. Hay que imponer la pena más suave entre las eficaces, solo ésta es la pena justa además de útil. Hay pues que combinar la utilización y la justicia.

## 2. Desarrollo

Históricamente, el Derecho penal, paradigma del principio de legalidad procesal, ofreció un resguardo casi exclusivo a las conductas que en la sociedad atacaban bienes jurídicos de relevancia. Ese panorama hoy se transforma; las razones son múltiples: una renovada tecnología, derechos que crecen en materia de su amparo, un horizonte de flexibilidad para su tratamiento, la imposibilidad de mantener el equilibrio entre las nuevas formas de delito y las penas de mayor rigor, ante la posibilidad real de “explosión social y carcelaria”, como

efecto contrario al pensamiento positivista<sup>1</sup> que caracterizó épocas anteriores.

Frente a este escenario, el Derecho penal clásico resulta insuficiente para ofrecer soluciones viables que posibiliten un enfrentamiento eficaz al tratamiento delictivo. Al respecto, Muñoz Conde<sup>2</sup> refiere que el 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”, cosas muy distintas a los requerimientos actuales. Surge así la insoslayable necesidad<sup>3</sup> de que los Estados introduzcan reformas<sup>4</sup> en sus sistemas de justicia penal,

---

<sup>1</sup> Lo mismo ocurrió hasta los años cincuenta con el resto de las ciencias permeadas por la filosofía positivista y por tanto concentradas en el estudio del lenguaje de las teorías ya formadas, dominadas por una visión simplista de la relación entre las teorías científicas y la naturaleza. J. Núñez Jover: *La ciencia y la tecnología como proceso social. Lo que la educación no debería olvidar*, p. 13.

<sup>2</sup> Francisco Muñoz Conde: “Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal”, p. 48.

<sup>3</sup> Es una tendencia natural que la ciencia del Derecho acompañe la evolución de la sociedad, ofreciendo o buscando ofrecer respuestas a los problemas que surgen con estos cambios. Fernández Bulté, sostiene que “...el Derecho es un sistema normativo capaz de impulsar la sociedad hacia los rumbos que queremos, un sistema con un componente volitivo político importante, un sistema rico, capaz de llevar los intereses de la sociedad adonde la sociedad aspira, con un profundo contenido ético”. Julio Fernández Bulté *et al.*: “Qué se espera del Derecho”, p. 8.

<sup>4</sup> A finales del siglo xx, comenzó un movimiento en los sistemas penales de los países iberoamericanos, dirigido a reformar sus ordenamientos procesales, surgiendo entonces el Código procesal modelo para Iberoamérica de 1988, a partir de la dedicación de numerosos institutos del área, para desarrollar planes de política criminal que involucran la reforma del sistema tradicional. El término “reforma” debe ser entendido como una transformación que afecta los componentes fundamentales de la estructura de la administración de justicia penal en sentido amplio. Un modelo alternativo de carácter procesal que representa una opción político-criminal determinada, cargada de sentido, representativa de valores y expresiva de decisiones fundamentales acerca del modo en que debe ser organizada la persecución penal. También representa un aspecto específico, diferen-

buscando mayor eficacia en el enfrentamiento a la criminalidad y a los conflictos generados por el delito. Para ello se hace necesario estudios multi y transdisciplinarios que produzcan conocimientos desde las distintas instituciones vinculadas a la persecución del delito, dentro de las cuales se encuentran los tribunales, y que a su vez estos conocimientos se traduzcan en pilares de la política criminal del Estado, incorporándolos a las normativas jurídicas que aplican las mismas instituciones de donde surgió el conocimiento, y que a su vez son las responsables de la práctica judicial. Se cumple así el triángulo de Sábato.

Se desarrollan y fundamentan principios sustantivos que pretenden reforzar el rol social del Derecho penal como instrumento destinado a enfrentar el fenómeno delictivo, como problema social, uno de ellos es el principio de intervención mínima, que al decir de Muñoz Conde<sup>5</sup> se configura como una garantía frente al poder punitivo del Estado y constituye, por lo tanto, el fundamento de los ordenamientos jurídico-penales de los Estados de derecho.<sup>6</sup> Supone que “el

---

ciado y diferenciable de los demás componentes de la administración de justicia, cuya relevancia influye poderosa y decisivamente sobre los demás elementos de esa totalidad conceptual denominada “sistema de justicia penal en consecuencia sobre los resultados de toda la intervención estatal de carácter punitivo”. Alberto Bovino: *Problemas del Derecho procesal penal contemporáneo*, pp. 9 y 10.

<sup>5</sup> Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán: *Derecho penal*, parte general, p. 72.

<sup>6</sup> Estado de derecho será aquel en el cual las autoridades que lo gobiernen, se encuentren, acepten y respeten el Derecho vigente, es decir, en un Estado de derecho, toda la acción de parte de la sociedad y del Estado está sometida y sustentada por normas jurídicas, las cuales contribuirán para que el desarrollo y crecimiento del Estado en cuestión se dé dentro de un marco de absoluta paz y armonía. Esto, además, significa que a instancias de un Estado de derecho, el poder del Estado se encuentra limitado por el Derecho. En resumen, el Estado de derecho se encuentra conformado por dos elementos, el Estado, que representa la organización política, y el Derecho, manifestado en aquel conjunto de normas que regirán el comportamiento dentro de la sociedad. El nacimiento del concepto de Estado de derecho surgió como una necesidad contra la propuesta del Estado absolutista, en el cual el rey es la máxima autoridad, que se encuentra por encima de cualquier ciudadano. Página web <http://www.definicionabc.com//derecho/>

Derecho penal solo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes”, y con ello hacer un uso racional de este instrumento por parte del Estado.

Los postulados anteriores no se ajustan a lo que ocurre actualmente en la legislación de la mayoría de los países, caracterizados por un aumento en la tipificación de conductas delictivas. El tráfico moderno ha impulsado la creación de nuevos tipos penales y a establecer sanciones, que algunas de ellas, por irracionales, rompen el principio de proporcionalidad. Este fenómeno se manifiesta en tres vertientes fundamentales: una a consecuencia del progreso científico y tecnológico (delitos informáticos y manipulación genética); otra donde se ubican figuras que estaban en el Derecho administrativo y han sido incorporadas al Derecho penal (delitos contra el medio ambiente y Derecho penal Económico) y un tercer grupo, en el que, si bien el comportamiento ha sido punible, la delincuencia se ha incrementado y ha dado ocasión para elevar su punibilidad (tráfico de drogas y criminalidad organizada). Esta expansión se explica como: Derecho penal simbólico y el resurgimiento del punitivismo.<sup>7</sup>

La caracterización anterior, respecto al Derecho penal, demuestra que sus principios y elementos configurativos tienen un basamento criminológico y se fundamentan en los avances de la doctrina penal, en función de la política criminal a establecer por cada Estado, en busca de hacerlo más efectivo, eficaz y garantista; pero nos indica además la imperiosa necesidad que, teniendo en cuenta la inescin-

---

estado-de-derecho.php. Consultada en fecha 17/3/2012. Nos identificamos con los postulados anteriores sobre lo que debe entenderse por Estado de derecho, concepto que tiene muchas otras interpretaciones desde diversas concepciones políticas. Se exige, por ejemplo, como requisitos de un Estado de derecho en algunas concepciones, que: exista separación de los órganos de poder del Estado; que el ejercicio de la autoridad sobre las personas debe ser sobre disposiciones conocidas y no retroactivas; el respeto a las libertades individuales; la reivindicación de los grupos sociales económicamente débiles y el desarrollo del pluripartidismo. *Diccionario electoral confeccionado por el Centro Interamericano de Asesoría y Promoción Electoral*, p. 283.

<sup>7</sup> Este constituye el linaje del Derecho penal del enemigo, concepto introducido por Günther Jakobs, Bonn, 1985, según Lucía Fernando Villamor: *Una aproximación al Derecho penal del enemigo*, p. 23.

dible relación entre el Derecho penal y el procesal, el proceso<sup>8</sup> se involucre de manera tal que logre hacerlos realidad; de ahí surge la necesidad de la incorporación de los denominados mecanismos de solución alternativa al proceso penal<sup>9</sup> o salidas anticipadas como medio de hacer efectiva la mínima intervención del Derecho penal, ya no solo en las figuras que son parte de su entramado, sino en la solución del conflicto, como una necesidad social que requiere soluciones y alternativas científicas utilizando como tecnologías la producción y aplicación de nuevas leyes, o modificando las ya existentes.

Lo anterior está en plena correspondencia con los fundamentos científicos y técnicos, el conocimiento tiene que estar en función del desarrollo social porque mediante él se garantiza la independencia nacional (no olvidemos que el delito pone en peligro la seguridad nacional de cualquier Estado y con ello su independencia), desarrollo económico (crecimiento) sostenible, equidad, justicia, gobernabilidad y participación social. Recordemos que el delito es un problema individual y comunitario, que se genera en la sociedad y que solo puede resolver la propia sociedad, por ello constituye un fenómeno

---

<sup>8</sup> Es el conjunto de actos coordinados que se realizan ante los tribunales de justicia a fin de aplicar la ley al caso sometido al conocimiento de ellos. El proceso no es un simple conjunto de autos y actuaciones que se realizan en un juicio. Carneluti citado por Eduardo Pillares en *Diccionario de procesal civil*, México, p. 598, lo define como el conjunto de todos los actos que se realizan para la solución de un litigio. Proceso sirve para denotar un máximo; procedimiento, un mínimo; a formar el primero constituye la idea de conjunto; a formar la segunda, de coordinación. Modernamente, se usa el término proceso, abandonándose el vocablo juicio, pues el primero es más amplio, comprensivo tanto de la jurisdicción contenciosa como voluntaria; en cambio, el segundo supone una controversia y no comprende la ejecución de la sentencia y las medidas precautelares. El proceso es el género y el juicio la especie. Iván Escobar Fornos: *Introducción al proceso*, p. 81.

<sup>9</sup> En los últimos años se ha operado un redespertar en su utilización, siendo reconocidos incluso por la Asamblea General de Naciones Unidas como: “procesamientos informales para la resolución de conflictos, incluyendo mediación, arbitraje y justicia o prácticas nativas, las que deben ser utilizadas cuando fueran necesarias para facilitar una conciliación y una reparación por el daño sufrido por las víctimas”. Resolución No. 40/34 de las Naciones Unidas, de 29 de noviembre de 1985.

socio-histórico-legal, que en esa misma estructura tiene que ser estudiado y enfrentado por la ciencia.

El delito atenta contra los bienes jurídicos más importantes de la sociedad, frena su desarrollo, se necesita producir conocimientos científicos (investigar), distribuir esos conocimientos (enseñar, publicar) y usarlos (aplicarlos) en función de buscar las tecnologías más eficientes en su enfrentamiento, dentro de las cuales se encuentran las leyes y otros mecanismos de control social informal.

La panoplia de instrumentos que la doctrina aporta hoy en busca de esos objetivos, permite a los Estados diseñar políticas de enfrentamiento al fenómeno delictivo, en correspondencia con el avance experimentado por la criminalidad y las fórmulas que se insertan para corregirla, sin que ello signifique de manera absoluta una ruptura con las bases históricas de cada sistema.

Las variantes más recurrentes van desde las soluciones administrativas en sede penal, la incorporación de institutos en manos de la víctima y las instituciones propias que pueden adoptar los sujetos encargados de la persecución penal en aras de lograr una mayor eficiencia y efectividad, dentro de los cuales se inserta el principio de oportunidad procesal.

El proceso penal cubano necesita reformas que lo adecuen al nuevo escenario económico-social y delictivo del país, en correspondencia con la doctrina procesal más moderna, donde la solución al conflicto social creado por el delito sea el eje central de todas las acciones que se instrumenten, despojado de formalidades innecesarias, con suficientes alternativas donde la vía judicial se prevea como la última a utilizar y con un papel más activo de los sujetos procesales en el control de las garantías y derechos de los intervinientes.

Es precisamente el rediseño y actualización del proceso penal cubano, bajo las exigencias criminológicas de la contemporaneidad, lo que me motivó, en el plano académico y profesional, a incursionar en el tema, poco estudiado en nuestro país, pues nos hemos quedado orientados en una concepción legalista y de obligatoriedad de la persecución estatal, frente a una realidad social que necesita otras miradas.

Hoy, el panorama cubano se caracteriza por una legalidad absoluta, con atisbos de criterios de oportunidad, una creciente criminalidad no convencional, lo que junto a la necesidad de dar un tratamiento más efectivo y económico al delito convencional de escasa envergadura, nos obliga a la búsqueda de mecanismos simplificadores del proceso penal, que lo harán más eficiente, rápido y menos costoso.

Justamente en los fundamentos científicos anteriores radica la importancia y novedad que tiene para la investigación y para el desarrollo del conocimiento del Derecho procesal penal en Cuba el objeto de estudio seleccionado: La necesidad social de incorporar el principio de oportunidad al proceso penal cubano. Qué razones o argumentos lo justifican será nuestra guía conductora, e interrogante a resolver en estas reflexiones.

El problema social de la ciencia, al que responde el principio de oportunidad procesal en el Derecho penal cubano, es lograr la eficacia de la justicia penal como una necesidad social, donde los tribunales tienen un importante papel por mandato constitucional: impartir justicia en nombre del pueblo, con un carácter eminentemente popular. Enfrenta, como principal obstáculo, la obsolescencia de su principal tecnología, la Ley de procedimiento penal.

Aportar bajo el prisma conceptual de la ciencia y la técnica las razones que fundamentan esa necesidad social de cambio constituye el objetivo principal del trabajo, defendiendo anticipadamente la idea de que responden a cuestiones de política criminal, técnico-jurídico y económico-social que, de forma relacional, se presentan como un sociosistema a tener en cuenta para proponer la introducción de nuevas tecnologías o modificar las ya existentes (leyes o modificaciones legales) que constituye nuestra pretensión final.

Los conocimientos científicos nos posibilitan comprender el perfecto encuadre científico que existe entre la ciencia del Derecho procesal penal y las categorías científicas de: conocimiento, ciencia, técnica, tecnología, tecnociencia, sociosistema, innovación y desarrollo, para encauzar nuestras aspiraciones científicas desde perspectivas más amplias, integradoras, transdisciplinarias y con enfoque eminentemente social, génesis de toda obra humana.

### **3. Razones de política criminal que fundamentan la introducción del principio de oportunidad en el proceso penal**

La política criminal como la disciplina que ofrece a los poderes públicos las opiniones científicas más adecuadas para el eficaz control del crimen y las alternativas legales para su enfrentamiento, aplicando los conocimientos y resultados de las investigaciones criminológicas y su transformación en preceptos normativos, ha sido el puente necesario entre el saber empírico y la concreción normativa. Por eso, en ella encontramos los argumentos fundamentales que justifican la

necesidad social de incorporar el principio de oportunidad al proceso penal cubano.

En la doctrina jurídico-penal, se consideran razones de política criminal en orden al interés público, las que permiten evitar la persecución de determinados ilícitos y sobreseer por razones de oportunidad, especialmente tratándose de casos de poca gravedad, como consecuencia del “agotamiento” de posibilidades del sistema de justicia penal. La criminalidad de poca monta que afecta esencialmente a la propiedad se vuelve de práctica reiterada. El Estado se encuentra imposibilitado de ocuparse de todas las transgresiones normativas que se realizan, razón por la cual, en aras de la eficacia de la persecución penal, la solución más acertada es la que va dirigida a buscar mejores y eficaces métodos para que puedan alcanzar mejores resultados o cuando resulte innecesaria su aplicación, sin dejar de controlar como un ente protector de la sociedad.

Resulta imprescindible, antes de adentrarnos en la esencia del principio de oportunidad, conocer cómo surgió y la evolución que en el devenir histórico ha tenido. Solo así podremos conocer de dónde partimos, dónde estamos y hacia dónde queremos llegar, tomando como antecedente el camino ya recorrido y adaptándolo a las nuevas condiciones que nos impone el desarrollo social y las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico procesal; así podremos encontrar las columnas que justifican su implementación en el proceso penal cubano como una necesidad social.

El principio de oportunidad<sup>10</sup> tiene su génesis en el poder discrecional del ejercicio de la acción penal, característica del sistema acusatorio, pero tenemos que reconocer que, en los países donde se originó el sistema penal acusatorio (Estados Unidos de América, Inglaterra y el País de Gales), no se menciona siquiera la expresión “principio de oportunidad”, pues en ellos la discrecionalidad para la formulación de la acusación es absoluta. La mencionada denominación tuvo su origen en los países del continente europeo con régimen penal mixto con tendencia inquisitiva que, dentro de la dinámica del acontecer social, se vieron abocados a cuestionar la aplicación rígida y automática

---

<sup>10</sup> Aristizabal González, Carolina, *Alcance del principio de oportunidad en la nueva legislación procesal penal colombiana*, Colombia, 2005, p. 18, publicado en <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2045.pdf>; consulta: 9 de julio de 2013.

del principio de la obligatoriedad de formular la acusación en el ejercicio de la acción penal debido al inmenso número de procesos frente a las limitaciones del aparato judicial. Este cuestionamiento los condujo a plantear salidas estratégicas para descartar la acusación obligatoria en un número limitado de causas que ellos justificaron por razones de conveniencia o de oportunidad social. Pero, debe llamarse la atención sobre el hecho de que, a raíz de esta salida procesal por razones de conveniencia o de oportunidad, nació a la vida del derecho procesal europeo la figura del “principio de oportunidad”.

Entre las tensiones originadas por defender el imperativo del principio de legalidad, y la necesidad de resolver de alguna manera la imposibilidad de las instituciones judiciales para abordar la totalidad de las conductas investigadas, surgió una solución intermedia: sin reemplazar en su totalidad el sistema procesal con preponderancia inquisitiva por el sistema acusatorio anglosajón, facilitar la adopción progresiva de un sistema procesal mixto con las siguientes características:

- a) La separación nítida de funciones entre instrucción y juzgamiento, de tal manera que el funcionario instructor ejerza de forma exclusiva la acción penal en representación del Estado para salvaguardar el principio de legalidad, que la inmensa mayoría de los países que conforman el mundo occidental considera el fundamento del Estado de derecho, limitando su poder sobre la libertad y los bienes de los procesados, y demarcando sus funciones a la investigación de los hechos y a la formulación de la acusación, la cual deberá ser debatida en la audiencia pública de juzgamiento en donde se librará realmente el debate probatorio acerca de la responsabilidad del procesado, utilizando para ello procedimientos más o menos similares a los acostumbrados en el sistema procesal acusatorio anglosajón.
- b) La adopción de una política criminal del Estado que, manteniendo la vigencia del principio de legalidad, confiera al funcionario instructor la facultad para permitirle la abstención de investigación y acusación sobre ciertas conductas, lo que en el derecho continental europeo se denomina discrecionalidad reglada o principio de oportunidad reglado.

Al decir de Guerrero Peralta, esta discrecionalidad reglada, también denominada oportunidad reglada o principio de oportunidad reglado, nació a la vida jurídica del procesalismo europeo no como una excepción al principio de legalidad ni como flexibilidad del mismo, sino “como un componente del principio de legalidad, es decir, que los supuestos legales que permiten la abstención del órgano

de investigación y acusación sobre ciertas conductas, no se aprecia como oportunidad o conveniencia, sino que las abstenciones, al estar consideradas por la ley, señalan las reglas a que debe estar sometida tal actividad y por lo tanto obran como complemento de la misma legalidad".<sup>11</sup>

El principio de oportunidades la institución procesal que permite al representante del ministerio público abstenerse del ejercicio de la acción penal en los casos previamente establecidos en el ordenamiento procesal penal. Tiene su primera manifestación escrita en Alemania<sup>12</sup> a través de la "Ley Emminger", de 4 de enero de 1924 –artículo 153–, en virtud de la cual el ministerio público quedó facultado de abstenerse del ejercicio de la acción para dar satisfacción a determinadas condiciones como son: a) reparar el daño ocasionado; b) otorgar prestaciones de utilidad pública; y c) cumplir determinadas obligaciones.

En las décadas del 50 y 60, donde reinaba la incertidumbre respecto al cumplimiento de los fines de las sanciones privativas de libertad, pues muchos de los que cumplían esta sanción no modificaban su conducta, aumentó el número de reincidentes y se comenzó a buscar otras salidas no detentivas. Se recurre al principio de oportunidad como posible solución.

Pero el desarrollo del referido principio se ubica a partir del año 1977, conjuntamente con el movimiento internacional reformista del Derecho penal que acomete el proceso de descriminalización de conductas que hasta ese momento fueron tipificadas como delitos e introdujo nuevas prácticas procesales, una de ellas es que, en casos de escasa gravedad, se autoriza al ministerio fiscal la posibilidad de suspender condicionalmente el proceso antes de ejercer la acción penal, con la atribución de una carga pecuniaria en los casos de mínima importancia, con el consentimiento del acusado. Todo ello en búsqueda de mayor humanización y eficacia del Derecho penal.

En la segunda mitad del siglo xx, con el proceso de reformas del Derecho penal a un Derecho penal moderno, se ubica el mayor auge

---

<sup>11</sup> Guerrero Peralta, Oscar Julián, *Procedimiento acusatorio y terminación anticipada del proceso penal*.

<sup>12</sup> Benavides Vargas, Rosa Ruth, "El principio de oportunidad", publicado en la página web [www.aaep.org.ar/espa/anales/pdf/varo.pdf](http://www.aaep.org.ar/espa/anales/pdf/varo.pdf), consultada 17/1/2011.

de este principio, con su incorporación a legislaciones procesales de muchos países, como se puede verificar desde el Derecho comparado; así ocurrió también con diferentes postulados, como el de *última ratio* con relación a la sanción privativa de libertad, el principio de la proporcionalidad y las manifestaciones de las vías alternativas a la solución de conflictos.

La implementación del principio de oportunidad desafía una realidad construida bajo preferencias muy diferentes a sus postulados, pues la mayoría de los sistemas jurídicos, como el cubano, surgieron bajo el imperio del principio de legalidad, conocido además como principio de necesidad, el cual constituía una premisa para la implantación de los llamados Estados de derecho. Por eso debe ser excepcional, discrecional y taxativamente reglado.

Los sistemas jurídicos han perfilado dos criterios de clasificación a este principio. Una, para comprender si su aplicación es “pura” o “bajo condición”; la primera se manifiesta cuando las partes son dueñas absolutas de la finalización del procedimiento, y la otra, cuando el sobreseimiento permanece con efectos suspensivos, bajo la condición de que el imputado cumpla determinados deberes. En tal sentido, la oportunidad puede ser “libre” o “reglada”.<sup>13</sup>

La oportunidad libre es propia del Derecho anglosajón,<sup>14</sup> y se aplica en países como Inglaterra y Estados Unidos. En sus sistemas, el ministerio fiscal posee todos los poderes discrecionales para el ejercicio de la acción penal.

En estos países, afirma Bovino,<sup>15</sup> se concede la discreción en el grado más amplio, prácticamente no está sometido a control alguno y la

---

<sup>13</sup> Para Ángela Gómez Pérez, existe también una tercera clasificación, denominada oportunidad facultativa, que nace del propio ordenamiento jurídico que especifica las condiciones de su aplicación, las cuales son de carácter general, así lo expone el artículo “Orígenes y definiciones del principio de oportunidad”, *Revista Jurídica, Universidades de Santiago*, p. 35.

<sup>14</sup> El denominado *Plea Bargaining* o negociación es el sistema utilizado en Estados Unidos y se maneja que entre el 75% y el 90% de los asuntos penales se resuelven por esta vía, donde el acusado manifiesta su decisión de declararse culpable, su conformidad con los cargos, renunciando al derecho de que su causa sea vista en juicio y, por tanto, a que pueda ser absuelto. Benavides Vargas, Rosa R., *Op. cit.*, p. 2.

<sup>15</sup> Bovino, Alberto, *La persecución penal pública en el derecho anglosajón*, p. 35.

decisión de acusar solo es una de las manifestaciones de la discrecionalidad del fiscal, ya que una vez que este determina que existe causa probable para considerar que una persona cometió un delito, tiene amplia autoridad para decidir si garantiza una investigación, otorga una *inmunidad* o negocia la pena y el tribunal no puede obligar al fiscal a iniciar o continuar con la persecución penal en un caso concreto.

De esa forma, el fiscal decide qué cargo formula, cuándo y cómo lo formula, además de tener amplias facultades para revisar la imputación ya formulada y decidir, como estrategia procesal del caso, qué solicitudes presenta antes del juicio, qué pruebas aporta, qué pena recomienda, etcétera.

En estos casos, el fiscal puede otorgar impunidad total o parcial por la comisión de un delito, cuando sea útil para el descubrimiento de otro más grave. En estos sistemas, el juez nunca puede reemplazar el juicio discrecional del fiscal, pero en la actualidad se discute si las posturas de la fiscalía son vinculantes para el tribunal o si este puede revisarlas o rechazarlas. Esta discusión no está agotada, pero algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos han estado en el primer sentido.

En la oportunidad reglada, es el legislador el que determina los supuestos concretos en que el ministerio público puede prescindir de la persecución penal y de la pena en virtud de razones político-criminales regladas en la ley procesal penal, cuya aplicación se encuentra bajo la responsabilidad de la fiscalía y controlada por un superior jerárquico de esta, el órgano jurisdiccional, y en algunos casos por la víctima.

El principio de oportunidad ha sido incorporado en varias legislaciones procesales como: Perú,<sup>16</sup> Colombia,<sup>17</sup> Ecuador,<sup>18</sup> Argentina,<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> Ley No. 27664, promulgada el 23 de febrero del año 2002, mediante la que se modificó y modernizó el Artículo 2 del Código procesal del Perú.

<sup>17</sup> Ley No. 600 de 24 de julio de 2000. Código de procedimiento penal colombiano.

<sup>18</sup> Ley No. 000.RO/Sup 360 de Ecuador de 2000.

<sup>19</sup> Ley No. 8.123, de 15 de diciembre de 1991. Código procesal penal de la provincia de Córdoba.

Costa Rica,<sup>20</sup> Venezuela<sup>21</sup> y Alemania<sup>22</sup> y ha constituido motivo de recomendaciones desde organismos internacionales.

Otro ejemplo importante de su inscripción es el Código procesal modelo para iberoamérica<sup>23</sup> que, en su elaboración, se tuvo en cuenta las propuestas de las jornadas de Derecho procesal penal de Bogotá y Cartagena en junio de 1970, basadas en el Código de Córdoba, así como las leyes procesales de Francia, Italia, España, y la Ordenanza procesal penal de Alemania Federal; en cuanto a derechos fundamentales, se tomaron en consideración los contenidos de las declaraciones y pactos internacionales: Declaración Universal de los Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Convenio Europeo de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como el Pacto de San José de Costa Rica.

En este cuerpo legal se abre la posibilidad de fijar criterios de oportunidad en la ley penal, al considerar que significan soluciones para el ejercicio de la persecución penal, de acuerdo con las disposiciones jurídicas relativas a la cultura legislativa de cada Estado.

Los fundamentos del *principio de oportunidad* son una mezcla de razones pragmáticas y a la vez teóricas, avaladas por un conocimiento teórico-doctrinal y por resultados de la práctica judicial contemporánea. Suele mencionarse que su implementación puede ser útil para regular la enorme selectividad intrínseca al proceso penal, pues se considera que es un medio útil y eficaz para controlar el innegable sistema de discreción arbitraria que opera de diferentes formas. Esta selección se presenta antes del procedimiento penal, y durante este, y no siempre es controlable. Existe, pues, *una cifra negra de la delincuencia* que indica la cantidad de delitos que no llegan nunca al

---

<sup>20</sup> Ley No. 8503, de Costa Rica, de 28 de julio de 2006.

<sup>21</sup> Código procesal penal de la nación de Venezuela, *Gaceta Oficial*, no. 37.022, de 22 de agosto de 2000.

<sup>22</sup> Código procesal alemán, de 15 de mayo de 1871 modificado el 31 de enero de 1998.

<sup>23</sup> Código procesal penal modelo para iberoamérica, con exposición de motivos, 1988.

conocimiento de las autoridades para su persecución por una decisión discrecional de la víctima de no denunciar los hechos, la cual puede verse influenciada por diversidad de factores.<sup>24</sup>

También existe un amplio espacio de discreción en la función policial, ya que por razones de exceso de trabajo los agentes de la institución policial deciden, formal o informalmente, tomar o no una denuncia por un hecho que valoran como insignificante, o bien seleccionar en acuerdo con el ministerio fiscal una mayor persecución y asignación de recursos para la investigación de ciertos delitos en un ámbito social en detrimento de otros, etc. Este sistema de discreción opera de una forma desigual.

En ese sentido, Cafferata Nores<sup>25</sup> hace alusión a una *cifra dorada de la delincuencia*, constituida por aquellos delitos que si bien pueden ser conocidos por la autoridad, no entran formalmente al sistema judicial por razones de venalidad en la función, prebendas económicas, influencias políticas, etc., o como simple resultado de la intencional paralización del trámite (piénsese en la prescripción).

Ante esta situación, se torna indispensable la producción de conocimientos en función de crear o producir los instrumentos necesarios para que pueda controlarse y racionalizarse este proceso de selección natural, de forma transdisciplinaria, procurando la aplicación igualitaria de la ley penal, con la finalidad de que este proceso se realice conforme a las pautas que dicte el legislador, ya que, de lo contrario, se volvería incontrolable. La forma en que se racionalizan estos criterios es una manifestación del principio de oportunidad.

En ese sentido, Hassemmer señala, como otros fundamentos de este principio, los siguientes:<sup>26</sup>

1. Es a corto plazo económicamente inconveniente, y a largo plazo políticamente imprudente, comprometer a las autoridades de la investigación para que, de un mismo modo e intensidad, persigan el esclarecimiento de la totalidad de los delitos. Debe recordarse que los recursos materiales y personales son siempre limitados.

---

24 López Barja de Quiroga, Jacobo, *Instituciones de derecho procesal penal*, p. 430.

25 Cafferata Nores, José I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, p. 30.

26 Hassemmer, Winfried, "La Persecución Penal. Legalidad y Oportunidad", p. 8.

Por esta razón, se tornó necesario idear mecanismos que permitan a las autoridades realizar sus actividades en la investigación de una manera selectiva.

2. Es efectivo, como una forma de descongestionar el trabajo de los tribunales penales y un acortamiento del proceso penal, siendo viable que para hechos (delictivos) de mediana gravedad, las autoridades de la investigación cuenten con la posibilidad de soluciones alternativas al proceso, que se traducen en ahorro de tiempo y recursos humanos para el Estado. Esto es parte de la eficiencia que se busca con la implementación de este tipo de institutos jurídicos.
3. Un moderno sistema jurídico-penal, orientado hacia las consecuencias, no puede concebirse si lleva adelante un proceso cuando los perjuicios políticos criminales son más altos que el provecho.
1. Otro argumento es su utilidad en el combate de las nuevas formas de criminalidad (narcotráfico, terrorismo, trata, tráfico, etc.), ya que los estados se han visto en la necesidad de idear políticas criminales que permitan una efectiva lucha contra este tipo de delincuencia no convencional, presentándose como opción la “regulación sobre la colaboración del imputado en el proceso”, que es una manifestación del principio de oportunidad para la resolución de asuntos penales, donde se puede eximir de pena a aquel sospechoso que ha dado declaraciones importantes sobre un delito, cuando sea la única vía conocida para la obtención de información en este tipo de hechos.
2. También se ha argumentado que el principio de oportunidad supone un replanteamiento sobre las tradicionales políticas que informan el sistema de reacción penal, enfocado al interés de aquellas infracciones que revistan una mayor dañosidad social y restringiéndola o eliminándola respecto de los delitos leves. Es una solución alternativa a la tramitación ordinaria del proceso penal.<sup>27</sup>

Que el movimiento reformista de los últimos años haya incorporado el principio de oportunidad dentro de las modificaciones legislativas de un considerable grupo de países, su consignación en varios instrumentos jurídicos internacionales, unido a las ya referidas

---

<sup>27</sup> Gómez, Erick Gatgens, *et al*, *El principio de oportunidad-conveniencia procesal de la persecución penal*, p. 108.

razones de política criminal, avalan su importancia para el derecho procesal penal contemporáneo.

Las potencialidades de nuestro modelo social socialista, en el que las decisiones de los órganos del Estado siempre están en función de los intereses del pueblo, propician un medio idóneo para la aplicación de una política criminal basada en un Derecho penal informado por la moderna tendencia minimalista. De este modo, la Comisión legislativa que tenía a su cargo la elaboración del proyecto de modificación al Código penal de 1979, incluyó que sus presupuestos básicos partían de tres principios fundamentales: “El principio de mínima intervención”, “El principio de prohibición de exceso” y “El principio de intervención legalizada”,<sup>28</sup> tenidos en cuenta en las posteriores modificaciones.

Estos fundamentos constituyen parte del conocimiento que aportamos para lograr modificar la ley de procedimiento penal, aplicada hasta hoy para enfrentar el delito como fenómeno dañino a la sociedad, y que obstaculiza su desarrollo, logrando así poner los resultados de la ciencia en función del desarrollo social, como fuerza productiva directa.

#### **4. Razones económico-sociales que fundamentan la inclusión del principio de oportunidad en el proceso penal cubano**

Cuba no escapa a la tendencia mundial de la necesidad de reducir el costo económico en materia de la impartición de justicia, porque no hay duda de que es un volumen importante el que demanda esta actividad, inquietud compartida por la máxima dirección del Tribunal Supremo Popular (TSP) que, en estudios realizados para conocer los costos de los distintos procesos judiciales, por materias y territorios, pudo establecer que, de enero a septiembre del año 2011, aproximadamente, solo en los procesos penales de instancia municipal el país incurrió en un gasto promedio de \$ 368,00 por cada proceso. En provincia fue de \$ 531,00 y, en el TSP, de \$ 327,00. Si a ello sumamos los gastos en que incurrió con anterioridad el Ministerio del Interior y la Fiscalía para su investigación y procesamiento y, con posterioridad,

---

<sup>28</sup> Quirós Pérez, Renén, “Despenalización”, p. 7.

los concernientes a la ejecución de la sanción, como los del sistema penitenciario, los costos generales son de considerable valor económico.

Reflexiones que desde razonamiento crítico-constructivos se adecuan perfectamente al momento histórico que vivimos y están en plena correspondencia con el llamado que se nos hace a todos los cubanos, y específicamente a los profesionales, en los Lineamientos Económicos del VI Congreso del PCC.

La implementación del principio procesal de oportunidad en el proceso penal cubano tendría como consecuencia un impacto económico-social positivo, ya que:

- Se discriminalizan hechos donde resulta innecesaria la aplicación de la sanción y el conflicto social es resuelto por otras alternativas no judiciales.
- Aumenta la eficiencia del sistema penal, pues con este se procura el descongestionamiento de la justicia penal, sobresaturada de casos que no permiten el tratamiento preferencial de aquellos que deben ser solucionados indiscutiblemente por el sistema.
- Orienta prioritariamente los recursos de la investigación y la función del juez hacia delitos de mayor dañosidad social.
- Existiría un mecanismo de control jurídico de la selección que sirve para fijar la responsabilidad de los órganos y funcionarios competentes para decidir lo que hoy se oculta en el *principio de legalidad*.
- Posibilita el control de la legalidad de las negociaciones y facilita su conocimiento público.
- Disminuye al mínimo la participación estatal en hechos de poca importancia y prioriza los más graves.
- Favorecer el acceso a la justicia desde otros mecanismos no judiciales.
- Responsabiliza a jueces y fiscales de la procedencia, contenido y legalidad de los casos de desjudicialización, que son los verdaderos sujetos procesales.
- Evita los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad y la reinserción de presuntos delincuentes que proporcionan una mejor información de la delincuencia organizada.
- La participación del juez o tribunal, la aceptación del afectado, la exigencia de fundamento de todo auto de sobreseimiento, y el establecimiento de un eficaz procedimiento para obligar a ejercer la acción penal.

- Papel más activo de la víctima del delito en la solución al conflicto penal y su pronto resarcimiento.
- Mayor economía procesal.

Al analizar la aplicación práctica del principio de oportunidad, se descubre la necesidad de encontrar, por parte de los operadores judiciales (incluidos jueces y fiscales), los elementos interpretativos que permitan delimitar los criterios de aplicación de este, ya adoptados por el legislador, de manera que puedan ser coherentes con todo el sistema penal, incluidos los principios y derechos constitucionales, pues se debe recordar que las normas penales no son aisladas, sino que se encuentran insertadas en un ordenamiento jurídico caracterizado por los principios de plenitud, jerarquía y coherencia.

En ese orden de ideas, es importante señalar que el derecho solo va a reconocer la discreción del fiscal cuando esta se oriente por criterios de política criminal legítimos, es decir, coherentes con todo el ordenamiento jurídico.

Finalmente, podemos afirmar que la aprobación, o no, de un criterio de oportunidad deberá pasar en todo caso por este *test* de proporcionalidad que será negativo, únicamente, cuando la medida que se adopte sea innecesaria, inútil o desequilibrada, pues solo una desproporción o irracionalidad extrema adquiere relevancia constitucional, y son los operadores de justicia los encargados de realizar estas valoraciones en cada caso concreto, tienen como instrumento imprescindible la ética y racionalidad profesionales que debe caracterizarlos.

La comunidad internacional ha unificado criterios en algunos instrumentos legales respecto a este principio. Así, en el Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para el proceso penal (Reglas de Mallorca) específicamente en la Regla A3, se recomienda la adopción de esta política general para orientar la acusación y evitar desigualdades y tratos discriminatorios, al disponer que: "Cuando los fiscales estén investidos de las facultades discrecionales se establecerán en la ley o reglamento publicado, directivas para promover la equidad y coherencia de los criterios que adopten para acusar, ejercer la acción penal o renunciar al enjuiciamiento...", lo cual también se recomendó en el punto 17 del VII Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito y el tratamiento del delincuente, celebrada en La Habana, en el año 1990. Este sistema de instrucciones encuentra como límite único la ley, y debe ser tenido en cuenta para la eficaz aplicación del principio en estudio.

## 5. Razones técnico-jurídicas que justifican la implementación del principio de oportunidad en el proceso penal cubano

El panorama cubano hoy se caracteriza por una legalidad absoluta, con atisbos de criterios de oportunidad, una creciente criminalidad no convencional que, según estadísticas oficiales del TSP, la tendencia en los últimos años es a su aumento y complejidad, con marcada tendencia a la organización y distribución de tareas entre los intervinientes en las cadenas delictivas.

En Cuba aparecen por vez primera criterios de oportunidad en 1977 con la entrada en vigor de la Ley No. 6 de Procedimiento penal militar, que en sus artículos números 242.2 y 243 estableció un sobreseimiento provisional condicionado, que da la posibilidad al fiscal de suspender el ejercicio de la acción penal, aun cuando aparezcan en el proceso elementos suficientes para formular la acusación ante el tribunal, y a partir del cumplimiento de ciertos requisitos que esta propia ley establece. Novedosa institución jurídica de la ley procesal militar, en función de dar soluciones y en las que deben estar presentes varios factores<sup>29</sup> sin los cuales no podría llegarse a sobreseer el expediente iniciado.

La Ley No. 88 de 1999, “De protección de la independencia nacional y la economía de Cuba”, es la primera ley especial que en su disposición final primera hace referencia directa al principio de oportunidad cuando expresa: “La Fiscalía General de la República respecto a los delitos previstos y sancionados en la presente ley, ejerce la acción penal pública en representación del Estado en correspondencia con el principio de oportunidad, conforme a los intereses de la nación”,<sup>30</sup> toda vez que se reserva el ejercicio de la acción penal,

---

<sup>29</sup> El delito por su naturaleza y las características personales del acusado pueda ser considerado de escasa peligrosidad social; el delito no puede haber ocasionado graves consecuencias; que el acusado, por su conducta posterior, demuestre haberse arrepentido de sus actos; cuando una organización política, colectivo militar, un organismo de la Administración Central del Estado solicita o asuma el compromiso de reeducar al acusado.

<sup>30</sup> Ley No. 88, de protección de la independencia nacional y la economía de Cuba, *Gaceta Oficial de la Republica*, edición extraordinaria, no. 1, de 15 de marzo de 1999.

es decir, el poder o facultad de promoverla, cuando se estima que el orden legal ha sido quebrantado, y el fiscal en representación del Estado y conforme a los intereses de la nación lo decide.<sup>31</sup>

Se ha tratado de ubicar como un criterio de oportunidad, el procedimiento abreviado<sup>32</sup> que incorporó a nuestra Ley de procedimiento penal el Decreto Ley No. 151, de 10 de junio de 1994, a lo que se contraponen que, aunque para admitirlo tiene como uno de los supuestos la confesión del reo, y se inclina hacia el principio de oportunidad, no permite ningún tipo de negociación entre el fiscal y el imputado, que afecte el ejercicio de la acción penal pública, como ocurre en otros sistemas, y aunque la fórmula conlleva abreviar el proceso y economizar la justicia penal, la acción persecutoria se ejercita siempre con arreglo al principio de legalidad y, por tanto, no se puede catalogar como oportunidad.

En el apartado 2 del Artículo 8 del Código penal se introdujo por la Ley No. 21, de 1979, que no se considera delito la acción u omisión que, aun reuniendo los elementos que lo constituyen, carecen de peligrosidad social por la escasa entidad de sus consecuencias y las

---

<sup>31</sup> El Artículo 127 de la *Constitución de la República* preceptúa que: “La Fiscalía General de la República es el órgano del Estado al que corresponde, como objetivos fundamentales, el control y la preservación de la legalidad, sobre la base de la vigilancia del estricto cumplimiento de la Constitución, las leyes y demás disposiciones legales, por los organismos del Estado, entidades económicas y sociales y por los ciudadanos; y la promoción y el ejercicio de la acción penal pública en representación del Estado”.

La ley determina los demás objetivos y funciones, además de la forma, extensión y oportunidad en que la Fiscalía ejerce sus facultades al objeto expresado.

Es criterio de José Luis Toledo Santander que en este segundo párrafo se dice expresamente que va a ser la ley la que le va a fijar a la Fiscalía, entre otros aspectos, la “oportunidad” en que las ejerce, luego, en una recta interpretación de la norma, se deja claro que van a existir ocasiones en que la Fiscalía, de acuerdo con lo establecido en la ley, ejercerá sus funciones y eso es oportunidad de actuar, criterios expresados en los comentarios realizados a la Ley No. 88 de 1999, Colectivo de autores: *Comentarios a las leyes penales*, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, 2005.

<sup>32</sup> Establecido en los artículos del 481 al 489 de la Ley de procedimiento penal.

condiciones personales de su autor; pero no constituye un criterio de oportunidad, pues su incorporación obedece a fundamentos sobre la teoría del delito y no a tomar decisiones con las conductas que sí son enjuiciadas como delitos.<sup>33</sup>

La Ley No. 62, Código penal cubano, entró en vigor el día 30 de abril de 1988. Este cuerpo legal introdujo un sistema de enfrentamiento más eficaz contra las infracciones de la legalidad y ha contribuido a la formación de una cultura de respeto a la ley, lo que permitió extraer de la esfera penal conductas que, por su naturaleza, no constituían propiamente delito y que, por su carácter, a los efectos de su tratamiento, debían pasar a otras ramas del Derecho, muchas de las cuales fueron reglamentadas a través del Decreto No. 141, de marzo de 1988.

En el Artículo 342.2 del referido Código penal, se estableció un tratamiento distinto a los delitos de hurto, robo con fuerza en las cosas, receptación y daños, cuando la cuantía de lo sustraído o dañado fuera de limitado valor, pudiendo en estos casos no remitirlos al tribunal competente, sino que la autoridad actuante tiene la facultad de imponer al sujeto comisor una multa administrativa regulando en ese propio precepto los requisitos de cuánto podía ser su monto, según

---

<sup>33</sup> Posición contraria mantiene Juan Mendoza Díaz, al considerar que "...La modificación realizada al artículo 8 del Código penal, en virtud de la reforma introducida por el Decreto Ley No. 175 de 17 de junio de 1997, significó apartarse del imperio absoluto del principio de legalidad en el ordenamiento penal cubano, pues se le conceden facultades a la autoridad que investiga el delito para suspender las actuaciones e imponer una multa administrativa cuando aprecie que el hecho investigado reviste poca peligrosidad social, lo cual está en dependencia tanto de las condiciones personales del infractor como de las características y escasas consecuencias del suceso delictivo. Teniendo en cuenta los presupuestos que impone la propia Ley para que se pueda adoptar la decisión pudiéramos estar en presencia de lo que se conoce como *oportunidad reglada*..." *Lecciones de derecho procesal penal*, Universidad de La Habana, Universidad Juan Misael Saracho, Tarija, Bolivia, 2001, p. 27. José Candía Ferreira también sostiene el criterio de que en nuestro país se han ido abriendo espacios al principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal y pone como ejemplo lo establecido en el Artículo 8, incisos 2 y 3 del Código penal. Véase al respecto: "Problemas actuales del proceso penal en Cuba", *Revista Cubana de Derecho*, no. 13, enero-junio de 1999, p. 11.

las características personales del presunto infractor y los perjuicios causados a la víctima.

Mediante el Decreto Ley 175, de 1997, se adicionó el apartado 3 del Artículo 8 del Código penal, que extendió la aplicación del tratamiento administrativo a todos los delitos sancionables hasta un año de privación de libertad. Este es una expresión del principio de oportunidad en nuestra legislación, pero que se aplica por la policía<sup>34</sup> y la fiscalía sin que la primera de estas esté facultada legalmente para ejercer la acción penal.<sup>35</sup>

El Decreto Ley No. 310, de 29 de mayo de 2013, que entró en vigor el 1 de octubre de este año, amplió aún más las posibilidades de aplicación del referido Artículo 8.3 del vigente Código penal, al establecer su aplicación en aquellos delitos en los que el límite máximo no exceda de tres años de privación de libertad o multa de hasta mil cuotas o ambas, y que para su utilización en los delitos sancionables de uno a tres años se requiere la aprobación del fiscal.

Pero lo realizado hasta la fecha no satisface nuestras necesidades de cambio. Debíamos cuestionarnos si las atribuciones que confiere el artículo relacionado con anterioridad deberían estar en el Código penal o en la Ley de procedimiento penal, por qué no se tiene en cuenta la opinión de la víctima del delito, porqué se mantiene la facultad de su aplicación a la policía en los delitos sancionables hasta un año, si no es un sujeto procesal, qué efectos se le atribuyen a la decisión adoptada, por qué enmarcar esta posibilidad solo en los límites de la sanción, y no en otros criterios de oportunidad, por qué la sanción pecuniaria tiene que ser la única, por qué no se establecen las excepciones en las que debe quedar el proceso solo en manos del

---

<sup>34</sup> Respecto a esta facultad, asegura Roxinque solo es posible a la fiscalía, pues la policía no tiene facultad para sobreseer discrecionalmente, de modo que para ella el principio de legalidad rige ilimitadamente. Roxin, Claus, *Op. cit.*, p. 91.

<sup>35</sup> El viceministro jefe de la Dirección de la Policía Nacional Revolucionaria, en su Orden 19, de 16 de julio de 1997, y el Fiscal General de la República, mediante la Instrucción No. 1 de 1997, establecieron los requisitos y procedimientos tanto para hacer uso de este precepto como para su control.

fiscal. Estas y otras interrogantes hoy no encuentran respuestas en el proceso penal cubano, que necesita redimensionarse.

El recorrido por las últimas modificaciones introducidas en la legislación penal demuestra que en el país ha existido voluntad política para adecuar nuestro sistema de justicia penal a los requerimientos y necesidades de cada momento, pero también se pudo constatar que los aspectos procesales no han sido los más privilegiados y, en la práctica judicial cubana, se presentan a diario asuntos que pudieran ser resueltos por otros mecanismos, sin necesidad de poner en movimiento el órgano jurisdiccional, con mayores garantías para los justiciables y sus presuntas víctimas.

La ley constituye la tecnología por excelencia para los operadores del sistema de justicia penal en Cuba. Ella constituye la fuente fundamental de Derecho, refrendado en el artículo ciento veinte y dos de la Constitución de la República, al preceptuar que: los jueces, en su función de impartir justicia, son independientes y no deben obediencia más que a la ley. La Ley de procedimiento penal actual, como tecnología (como proceso social, que integra factores psicológicos, sociales, económicos, políticos, culturales, valores e intereses), requiere ser modificada por las razones antes expuestas y muchas otras más que expondremos en próximos trabajos.

## 6. Conclusiones

- El referido marco teórico y doctrinal, el comportamiento del tema en el escenario internacional y el recorrido por las últimas modificaciones introducidas en la legislación penal demuestran que en el país ha existido voluntad política para adecuar nuestro sistema de justicia penal a los requerimientos y necesidades de cada momento, pero también se pudo constatar que los aspectos procesales no han sido los más privilegiados y que pudieran encontrar su momento en el escenario actual, catalizado por el impacto social que han tenido los Lineamientos Económicos del VI Congreso del PCC.
- Las razones de política criminal, técnico-jurídicas y económico-sociales que justifican la necesidad de implementar el principio de oportunidad en el proceso penal actual pudieran ser tenidas en cuenta por el máximo órgano legislativo del país, y la Asamblea Nacional del Poder Popular, para futuras modificaciones a la ley procesal penal.

## 7. Bibliografía

- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, "Discriminación y prevención", en *Poder Judicial*, no. II, Madrid, 1987.
- BOVINO, Alberto, "La persecución penal pública en el Derecho anglosajón", Ministerio Público, *Revista Pena y Estado*, año 2, Editores del Puerto, s.r.l., Buenos Aires, 1997, p. 35.
- \_\_\_\_\_, *Problemas del Derecho procesal penal contemporáneo*, Editorial del Puerto, s.r.l., Buenos Aires, 1998.
- CAFERATANORES, José I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Editores del Puerto, s.r.l., Buenos Aires, 1997.
- CLAUS, Roxin, *Derecho procesal penal*, traducción de la 25.<sup>a</sup> edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio Maier, Ediciones del Puerto, s.r.l., Buenos Aires, 2000.
- ESCOBAR FORNOS, Iván, *Introducción al proceso*, Editorial Hispomer, Colección de Textos Jurídicos, Managua, 1998.
- GÓMEZ PÉREZ, Ángela, "Orígenes y definición del principio de oportunidad", *Revista Jurídica, Universidades de Santiago*, año I, no. 1, Cabo Verde, 2013.
- HASSEMER, Winfried, "La Persecución Penal. Legalidad y oportunidad", en *Jueces para la Democracia*, edición especial, Madrid, 1989.
- MAIER, Julio, "Democracia y administración de justicia penal en iberoamérica. Proyectos para la reforma del sistema penal", en *Jueces para la democracia*, Argentina, 16/19 febrero y marzo de 1992.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, "Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal", *Revista Penal*, 2000.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Arán, *Derecho penal*, parte general. 5.<sup>a</sup> edición, Valencia, Tirant lo BBlanch, 2002.
- NÚÑEZ JOVER, Jorge *et al.*, "La gestión del conocimiento, la ciencia, la tecnología y la innovación en la nueva universidad: Una aproximación conceptual". *La universidad cubana y su contribución a la universalización del conocimiento*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006.
- QUIRÓS PÍREZ, Renén, *Introducción a la teoría del Derecho penal*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1987.
- [www.aaep.org.ar/espa/anales/pdf/varo.pdf](http://www.aaep.org.ar/espa/anales/pdf/varo.pdf).
- [www.definicionabc.com//derecho/estado-de-derecho.Php](http://www.definicionabc.com//derecho/estado-de-derecho.Php).
- [www.sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtualData/Tesis/Human/Benavidez\\_V\\_R/Cap3.pdf](http://www.sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtualData/Tesis/Human/Benavidez_V_R/Cap3.pdf) [http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtualData/Tesis/Human/Benavidez\\_V\\_R/Cap3.pdf](http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtualData/Tesis/Human/Benavidez_V_R/Cap3.pdf) <http://slshtml.rincondelvago.com/principio-procesales-1.html>.

[www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TEISIS%2045.pdf](http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TEISIS%2045.pdf), co

### **Legislación**

Constitución de la República de Cuba, aprobada el 24 de febrero de 1976 y modificada en 1992 por la Ley de Reforma Constitucional, de 12 de julio de 1992, en *Gaceta Oficial*, extraordinaria, no. 6, de 13 de julio de 1992.

“Código procesal penal modelo para iberoamérica de 1988, con exposición de motivos”, tomado de *Derecho procesal penal argentino*, de Julio B. J. Maier.

Código procesal penal de Alemania, del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998 en [www.unifr.ch/derecho-penal/lex.htm](http://www.unifr.ch/derecho-penal/lex.htm). Yahoo. 21-11-2006. 16.30 horas.

Ley No. 27664, promulgada el 23 de febrero del año 2002, mediante la que se modificó y modernizó el Artículo 2 del Código procesal del Perú.

Ley No. 600 de 24 de julio de 2000. Código de procedimiento penal colombiano.

Ley No.000.RO/Sup 360 de Ecuador, de 2000.

Ley No. 8123, de 15 de diciembre de 1991, Código procesal penal de la provincia de Córdoba.

Ley No. 8503 de Costa Rica, de 28 de julio de 2006.

Código procesal penal de la nación de Venezuela, en *Gaceta oficial* No. 37.022 de 22/8/2000.

# El siglo de la investigación criminal: una marca en la brújula de la obra de César Beccaria

MSc. EMMA CALDERÓN ARIAS\*

DRA. ARLÍN PÉREZ DUHARTE\*\*

## Sumario

1. Para comenzar
2. Una marca en la brújula de la historia: El siglo de la investigación criminal
3. Beccaria y los elementos entendidos como pruebas a valorar en el proceso penal
4. Apuntes a modo de conclusión
5. Bibliografía

## 1. Para comenzar

Hacernos la pregunta de qué queda en la actualidad de la obra de Beccaria resulta trascendente, más si notamos que justo a 250 años de dicha obra, es indiscutible su vigencia en el pensamiento, normativa jurídica y práctica del Derecho Penal y sus ramas afines. Como diría en su época, fue quien debió su conversión a la filosofía en las Cartas Persas de Montesquieu, y de ahí punto de inspiración para su pensamiento y obra.

---

\* Profesora Asistente de Derecho Penal y Criminalística de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. [emma@lex.uh.cu](mailto:emma@lex.uh.cu)

\*\* Profesora Titular de Derecho Penal y Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. [arlin@lex.uh.cu](mailto:arlin@lex.uh.cu)

Cesar de Beccaria se sensibilizó ante los problemas socio-económicos (en especial la cultura y educación) de la población de su época en Milán, ofreció “veinte personas que gustasen de instruirse y que rindiesen homenaje a la verdad y a la virtud”<sup>1</sup>, se ocupó en gran medida de formar una sociedad de filósofos que emplearan sus esfuerzos en esparcir las luces entre sus conciudadanos.

Su colosal obra *De los Delitos y de las Penas* fue concluida por el autor cuando éste no tenía más que veintiséis años, donde clamaba por derribar las crueles formas de aplicar la justicia a los que cometiesen hechos delictivos, que los procesos fueran más favorables al acusado, abolir el tormento, para lograr leyes más humanas y justas. Importante su papel en lograr un Derecho penal guiado por el humanismo, la legalidad, la proporcionalidad entre otros como principios, y ese valor supremo que es la justicia, pero para lograrla se hace necesario un proceso penal permeado de garantías que hagan posible un actuar acorde a la legalidad, donde cada fuente de prueba obtenida conserve hasta el final el valor probatorio que le permite hablar por sí sola e interrelacionada con otras, en pos de establecer la culpabilidad o absolución del acusado.

Siendo así, el propio autor de los *Delitos y de las penas* dedicó un espacio importante a lo que él denominaría *Los testigos y las pruebas*<sup>2</sup> donde señaló que “es un punto considerable en toda buena legislación determinar exactamente la creencia de los testigos y pruebas del relato”. De donde parte su noción sobre la probanza del hecho delictivo y la función que en el proceso tienen los testigos y las pruebas, de lo que se interpreta la importancia del valor probatorio que tendrán los mismos durante el proceso penal y que determina para a valoración final.

Cómo se va a estipular lo que creer según lo expuesto por los testigos o elementos de prueba de un hecho con caracteres de delito, si la legislación no establece más que normas generales sobre la prueba, olvidando en ocasiones el valor probatorio de las fuentes de prueba recolectadas desde el lugar de los hechos, contaminándolo, sin seguir las reglas de la cadena de custodia de los elementos de prueba,

---

<sup>1</sup> Bonesana César (Marqués de Beccaria), *Tratado de los delitos y de las penas*. Editorial Heliasta. S.R.L, p. 7.

<sup>2</sup> Bonesana César (Marqués de Beccaria), *Tratado de los delitos y de las penas*. Editorial Heliasta. S.R.L, p. 73.

aspectos que rompen con la legalidad del actuar y el debido proceso penal. De ahí la importancia del trabajo con los elementos de prueba y la cadena de custodia de los mismos.

El medio de aquilatar y llegar a la verdad de lo acaecido en un hecho delictivo va de la mano con el indiscutible valor de los elementos probatorios derivados del mismo, los cuales deben conservarse para que lleguen a ser apreciados en juicio tal cual fueron obtenidos en el lugar de los hechos o en otros relacionados al mismo.

Y es que cuando acontece un hecho con caracteres de delito, demostrar lo que realmente ocurrió, llegar al fondo de la cuestión es fundamental para el proceso penal, cada huella o fuente de prueba debe ser probada, lo cual se constituye como elemento medular en el momento de impartir justicia. Constituye así la cadena de custodia de los elementos probatorios un tema trascendental para establecer el valor de éstos, como garante a la vez de un debido proceso penal.

## **2. Una marca en la brújula de la historia: El siglo de la investigación criminal**

Devienen estas categorías expuestas y se remontan sus bases en el denominado siglo de la investigación criminal, de conjunto con el modelo de enjuiciar mixto, visto como resultado del propio proceso histórico, en el que se conformaron los puntos más importantes a considerar para llegar a sentar las pautas de los antecedentes de la institución de la cadena de custodia.

En esos tiempos de la historia -período anterior al siglo XIX- la tortura y los tratos inhumanos para la obtención de los elementos de prueba llenarían el proceso de ilicitud, ya que la forma de obtenerlas era por medio de la presión, la coacción y fuerza. La búsqueda de la verdad por medio del tormento es realmente una manera de provocar la aparición de un indicio, el más grave de todos, la confesión del culpable; pero es también la batalla, con la victoria de un adversario sobre el otro, lo que "produce" ritualmente la verdad. En la tortura para hacer confesar hay algo de investigación y hay algo de duelo<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Foucault, Michel, *Vigilar y Castigar*. Nacimiento de la prisión. Siglo veintiuno Editores Argentina. 1976, p. 40.

Para enjuiciar un hecho con caracteres de delito, cada acción que se ejecute en aras de su esclarecimiento y como garantía de un debido proceso es primordial, y que mejor forma de evidenciarse las características fundamentales de cada momento del proceso que con el transcurso de los años<sup>4</sup> y la valoración de los modelos acusatorio, inquisitivo y mixto, los cuales conllevaron a ubicarnos en este último y con él las principales apologías del nacimiento de la cadena de custodia<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Si de historia se trata por lo general amerita mencionar la etapa primitiva, sólo a forma de enunciado que aunque no se contaba con un aparato estatal como conjunto armónico y complejo de organismos, órganos, mecanismos destinados a imponer sobre la colectividad la voluntad política de una clase dominante dentro de la sociedad; por ello, tampoco existía agregado de normas jurídicas aplicables a los infractores en caso de violaciones de los cánones sociales. Ello no excluye la presencia de “formas arcaicas de castigar” o reacciones lógicas del grupo social ante aquellas personas que infringían las normas sociales de la comunidad, evidentemente, con una marcada ausencia de procedimientos y formalidades. Esta reacción defensiva se basaba en la potestad del perjudicado de arremeter contra el agresor, dado la concepción de que aquel era el único capaz de valorar el alcance del perjuicio y tomar una medida para erradicarla: aparece entonces la forma de venganza. Con el paso del tiempo las comunidades se fueron organizando, enaltecándose en cada una de ellas la figura de uno de sus integrantes que pasaban a ser jefes del clan, gens, tribu, entre otras. De esta forma comienza a destacarse una autoridad por encima de la forma individual y defensiva ante un ataque, en un inicio una reacción de todo el grupo y con posterioridad, a consecuencia de la función coercitiva ejercida en nombre del colectivo por el jefe de la tribu, el clan o la gens. Existieron sociedades que delegaron estas funciones en los consejos de ancianos, la gerusia o gerontocracia, cuyos integrantes estaban dotados de amplios conocimientos. Aflora de esta forma el derecho consuetudinario, y con él lo que fueran los primeros signos evolutivos del sistema acusatorio: la primigenia de las formas de enjuiciar que conoció el hombre.

<sup>5</sup> Para profundizar en la evolución histórica de los sistemas de enjuiciar vid. COVIAN Y JUNCO, Don Víctor, *El Procedimiento Penal teórico-práctico para la jurisdicción ordinaria. Concordado y comentado, Parte General, Tomo Primero*, Editorial Fuentes y Capdeville Libreros Editores, Madrid, 1886, p. 36. Manzini, Vincenzo. (1951): *Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I* Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires p. 61. Viada López-Puigcerver, Carlos. (1950) *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Madrid. p. 71.

Es el sistema acusatorio, el que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales (acusado y acusador tienen iguales derechos) iniciada por la acusación a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción. La inmediatez del tribunal porque es el mismo Jefe Político o Consejo de Ancianos de la tribu que va a conocer y practicar las pruebas directamente. Favoreciéndose los modelos de juez popular y procedimientos que valorizan el juicio contradictorio como método de búsqueda de la verdad. Estas características fundamentales se sistematizaron con lógica hasta su aparición en Atenas, con amplio predominio de la democracia y donde la acusación y el derecho individual del ciudadano fueron garantizados, en virtud del principio de soberanía popular<sup>6</sup>.

La forma acusatoria se encuentra en el Código de Manú, cuyo libro VIII, n.43, dispone: "Ni el rey ni hombre alguno a su servicio debe suscitar por sí mismo ningún proceso"; también en la legislación mosaica, y tuvo gran auge en Grecia, en Roma, en el derecho germánico, en los fueros municipales españoles, en las ciudades italianas durante el medioevo, y subsistió en Inglaterra y Estados Unidos<sup>7</sup>.

Tuvo principalmente en cuenta las garantías del acusado, se caracterizó por la separación de las tres funciones fundamentales, de acusar, defender y juzgar, la libertad de la defensa y libre apreciación de las pruebas, pocas facultades del juez, un proceso contradictorio, público y oral<sup>8</sup>.

---

Carnelutti, Francesco, Lecciones sobre el proceso penal. Vol. I. Ediciones Jurídicas Europa – América p. 53. Prieto Morales, Aldo. (1976), Derecho Procesal Penal. Primera parte. Editorial Orbe. La Habana p. 19

<sup>6</sup> Rendón G., Gustavo, Curso de Procedimiento Penal Colombiano, Ediciones del Departamento de Extensión Cultural de la Universidad de Antioquia, s/ciudad. 1948, p. 21.

<sup>7</sup> Levene, Ricardo, Manual de Derecho Procesal Penal. 2da Edición. Tomo I. Ediciones Depalma. Buenos Aires Argentina. 1993, p. 105.

<sup>8</sup> Levene, Ricardo (hijo), Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial Perrot Buenos Aires. 1953, p. 81.

En contraposición al mismo estaba el sistema inquisitivo<sup>9</sup> cuyos caracteres son la escritura (los actos procesales adoptan originalmente forma escrita en vez de oral) y el secreto (en contraposición a publicidad), pues se trataba de obtener la verdad sobre el hecho delictivo con los métodos más duros de la Santa Inquisición, la tortura y el tormento se volvieron parte del actuar investigativo, aspectos que toman otro matiz bajo el influjo de las ideas de la ilustración y las revoluciones burguesas cuando aparece el sistema mixto, con un respaldo significativo en el proceso codificador de la Europa de finales del siglo XIX y con ello en gran parte de América<sup>10</sup>.

Todos estos aspectos a considerar en el propio hecho de que para lograr establecer la verdad de lo ocurrido resultaba importante valorar cada indicio o rastro derivado del hecho con caracteres de delito, la ocupación de los instrumentos utilizados, las huellas y su conservación era en esencia parte de lo determinante a la hora de probarlo.

Ejemplo de lo expuesto es lo que para el autor argentino Tomás Jofré se entiende por la base del procedimiento en materia penal y es la comprobación de la existencia de un hecho o de una omisión que la ley reputa delito o falta. En la constatación del cuerpo del delito, el juez instructor debe observar las siguientes reglas: Las diligencias o

---

<sup>9</sup> En la Edad Media la Iglesia Católica detenta el poder público y surge la inquisición con su máximo esplendor en la figura de Inocencio III. Aparece en la Decretal de Qualiter et Quando la institución del sistema inquisitivo en la cual se fijó un procedimiento para los juicios por acusación, por denuncia y ex officio. Caracterizado por la sustitución de la acusación privada por la Estatal, la maquinaria procesal se impulsaba de oficio con solo la denuncia, delación anónima, oculta o el simple rumor público, privándose de libertad al acusado, al que, una vez estimado culpable se le sometía a una serie de castigos y torturas hasta lograr su confesión. El proceso inquisitorio, se desarrolló como una necesidad social sobre la base del proceso acusatorio, conservando de él las formas que eran compatibles con la propia estructura. Se difundió mucho en la Italia del siglo XIV hasta mediados del XIX.

<sup>10</sup> Los rasgos del sistema mixto que se toman por los países en América Latina devienen de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, que contenía garantías procesales de las leyes anteriores e incorporaba otras de carácter individual como la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia, organizaba de forma sistemática el sistema mixto, entre otros aspectos importantes para la época, divide además el proceso.

investigaciones que lleve a cabo debe consignarla en actas fechadas y firmadas donde se detallarán minuciosamente los hechos constatados; se procederá el reconocimiento de los lugares, haciendo un plano de los mismos, la fotografía de la víctima y la copia o diseño de los efectos o instrumentos del delito; se describirán los rastros materiales que hubiere dejado el delincuente y detallará el estado de la víctima o cosa objeto del delito<sup>11</sup>.

Avanzado ya el siglo XIX se mantuvieron aún los principios inquisidores de dureza, tanto en cuanto al sistema de investigación como en la ejecución de la pena impuesta y, así el tormento se mantuvo, en general en Europa hasta esa época. Es en este siglo que se opera un cambio en cuanto a lo que ya mencionábamos sobre la crudeza de las penas y del proceso penal justo con las reformas de la Revolución Francesa se suprime el tormento, y el proceso penal adquiere otros caracteres independientes, importante mencionar en este sentido lo dispuesto por la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 14 de septiembre de 1882 inspirada en los principios liberales de dicho siglo, que aun cuando mantuvo el principio inquisitivo en la fase preparatoria, puede decirse que en el proceso dominaba el sistema acusatorio<sup>12</sup>.

Afirma Revilla González<sup>13</sup> que más allá de la abolición de la tortura de los ordenamientos jurídicos europeos que comenzó a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, resultó evidente como la filosofía iluminista y el pensamiento jurídico liberal del siglo XIX va a suponer un importante cambio en la concepción jurídica acerca de los derechos del hombre, que se muestra incompatible con el tratamiento procesal del imputado, no solo en lo que se refiere al puro trato físico, sino en cuanto a su propia posición y función dentro del proceso, el individuo viene a cobrar otra dimensión reconociéndose titularidad de derechos y libertad de comportamiento.

---

<sup>11</sup> Jofré, Tomás, Manual procedimiento (civil y penal) 5ta edición. Tomo I. Buenos Aires. Editorial La Ley. 1941, p. 21.

<sup>12</sup> Viada López – Puigcerver, Carlos, ob. cit., pp. 79 y 80.

<sup>13</sup> Revilla González, José Alberto, El interrogatorio del imputado. Tirant lo Blanch, Valencia. 2000, p. 15.

Cabe analizar en tal sentido, como lo que ocurría en pleno siglo XIX y lo que se codificó en ley respondía en materia de investigación penal a un sistema con caracteres del inquisitivo y del acusatorio, el denominado sistema mixto, que tendría una esencia inquisitorial en su fase preliminar y preponderancia del acusatorio en la etapa del juicio oral, lo que permeó el proceso de un garantismo peculiar de cara al respeto de los derechos humanos.

De la mano con el propio desarrollo de los sistemas de enjuiciar y el proceso penal va la investigación criminal, heredera en buena medida del innegable desarrollo científico técnico y del que todas las ramas del saber humano tomaron, unas para surgir a pesar de tener sus asideros en el nacimiento de la propia civilización, y otras para avanzar, estamos hablando de mediados del siglo XIX y transcurso del XX, donde la Criminalística denota su esencia como producto consecuente de la realidad objetiva de la sociedad en su conjunto y de sus propias necesidades históricas, al representarse las acciones que atentaron contra el orden y las normas sociales, identificar quienes han ejecutado esa transgresión y su investigación.

Para el autor Posada Jeanjacques<sup>14</sup> al referirse a la Criminalística lo hace aseverando que es hija de la revolución operada durante el siglo XIX en las ciencias físico naturales y sociales, esta fue la época revolucionaria de las huellas dermopapiloscópicas, de la Fotografía y la Balística Criminalística, de la valoración interdisciplinaria a la que se someten las pruebas detectadas durante la investigación de un hecho delictivo, desde una huella de calzado hasta las microhuellas en las prendas de vestir de un sospechoso, la misma época en la que junto al investigador criminal comenzaron a asistir al lugar del suceso el Químico, el Biólogo, el Médico Legista, etc.; la época en que el policía asombró al mundo al despojarse de su ropaje de interrogador y torturador implacable, para vestirse con la blanca bata de científico<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Posada Jeanjacques, José Ángel: La Ciencia Criminalística. 2da Edición. Ubicado en intranet del MININT [www.tecnicrim.co.cu](http://www.tecnicrim.co.cu) p. 2. consultado el 3 de mayo de 2013.

<sup>15</sup> *Vid.* Hernández de la Torre, Rafael: Apuntes a la Ciencia Criminalística; p. 21 donde apuntaba que “El surgimiento de la Criminalística se enmarca en la segunda mitad del siglo XIX, cuando comenzaron a emplearse técnicas correspondientes a las ciencias naturales durante la investigación de los delitos. En esa época, las referidas técnicas se creaban en un

Por lo que a nuestra manera de ver ya a finales del siglo XVIII se viene desvistiendo la forma inquisitorial para tomar el proceso un matiz compuesto entre unos y otros rasgos del inquisitivo y acusatorio al enjuiciar los hechos delictivos, y se afianza en el siglo XIX ya como sistema mixto, pues una vez que acontecen las revoluciones en Europa y los descubrimientos en los diversos órdenes científico técnicos, se van transformando algunas de las características esenciales sobre todo en la etapa primaria de la investigación penal. Justo con el modelo mixto es que ubicamos la garantía del trabajo de la cadena de custodia de los elementos de prueba como resultado de las transformaciones ocurridas en el ámbito del proceso penal y criminalístico.

Esta época (siglo XIX) se le denominó "*el siglo de la investigación criminal*" sobre el cual existe una obra que explica los aspectos fundamentales del mismo<sup>16</sup> por lo que significó cada adelanto y descubrimiento alcanzado en las investigaciones penales y la búsqueda de la verdad acaecida en el hecho delictivo, lo que requiere especial mención para el tema de la cadena de custodia de los elementos de prueba ya que éste resultó ser un período trascendental para el levantamiento y valoración de las huellas por especialistas de las diferentes ciencias que le aportaron al proceso mayor científicidad.

Y ya en el siglo XX se comienza a explicar por los diversos autores elementos como el método reconstructivo<sup>17</sup> que nos llevan a determinar que causas han podido producir un efecto complejo. El proceso de reconstrucción comprende, las siguientes operaciones: busca de rastros, recolección de los mismos, directamente o con el auxilio de peritos, e inspección *in situ*, conservación de los rastros, descripción o representación figurada de los mismos, descripción del lugar y reproducción figurada por medio de la fotografía, observación y estudio de los rastros directamente o auxiliándose con peritos ad hoc, formación de inferencias e hipótesis basadas en los rastros recogidos, crítica de las mismas para establecer su valor, comparación y combinación de inferencias para investigar el acuerdo o desacuerdo de

---

grupo de países europeos y, fundamentalmente, en Inglaterra, Francia y Alemania".

<sup>16</sup> Thorwald, Jurgen, "El Siglo de la Investigación Criminal". Ediciones Revolucionarias. Instituto del Libro. La Habana, 1966, p. 6.

<sup>17</sup> Dellepiane, Antonio, Derecho Procesal. Nueva teoría general de la prueba. Buenos Aires. 1919, p. 37.

los hechos (aplicación del principio de confirmación), exclusión de hipótesis contradictorias (de intervención del azar, de la falsificación de prueba, etc.).

Podemos afirmar que se refieren a la conservación de los rastros del delito en la forma que luego se pueda establecer su valor probatorio en el proceso penal. Todos los movimientos o actos que realice el agente comisario del delito, de una u otra forma han de quedar reflejados, en objetos, personas y lugares, es justo la relación entre productor y receptor, lo cual queda como resultado de la actividad delictiva derivados del delincuente, la víctima y los objetos utilizados para la realización del delito, constituyen las denominadas huellas o rastros del delito, elementos a levantar, identificar y valorar luego por los investigadores, tratando científicamente con los métodos y medios de la criminalística que constituyen posibles elementos de información sobre el hecho delictivo y sus comisarios<sup>18</sup>.

Con Edmon Locard<sup>19</sup> es que se comienza a describir el proceso de intercambio de elementos probatorios tomados en la escena del delito,

---

<sup>18</sup> Fernández Pereira, Julio: Teoría general, técnica, táctica y metodología criminalísticas. Primera parte. Universidad de la Habana, Facultad de Derecho. La Habana, 1991, p. 31 y 32.

<sup>19</sup> Edmon Locard (quien al referirse a la policía científica lo hacía diciendo: "Así se ha constituido un cuerpo de doctrina, que se ha llamado la Policía Científica, o más exactamente, la policía técnica, cuyos principales iniciadores han sido Lacassagne y la escuela médico legal Lyonesa, Bertillon, Hans Gross, Reiss y el Instituto de Policía Científica de Lausana, Ottolenghi y la escuela de policía romana, Oloriz y la Escuela de Policía de Madrid, Vucetich y los dactiloscopos argentinos y brasileños, Galton y los identificadores ingleses... entre otros " citado por MORENO Artemio en su libro Doctrina y práctica del procedimiento penal. Tomo I. Buenos Aires. 1943.) en 1910, que se describe el principio de intercambio, afirmando que todo criminal en su paso por la escena del delito, deja una parte de sí y se lleva consigo, deliberada o inadvertidamente algo de la propia escena, dijo que estos indicios de prueba de su presencia y de la comisión de su conducta delictiva pueden conducirnos a su identificación, desde entonces se procede a recolectar las evidencias materiales o físicas relacionadas con un delito, de cuya existencia, análisis científico, características o condiciones particulares o relacionadas con otras, se infieren conclusiones que corroboran lo acontecido como hecho punible o ayudan a explicarlo mostrándose como material de prueba del hecho.

del proceso de identificación de las personas relacionadas al hecho, y es que se incorpora la cadena de custodia a las legislaciones procesales y especiales, en aras de garantizar la seguridad y preservación de los elementos probatorios hasta su valoración en el juicio oral.

Y en este mismo siglo es que adquieren fuerza los denominados actos de instrucción de la fase sumarial de preparación del proceso o recogida de materiales, los de aseguramiento de la prueba y las diligencias de averiguación del delito y comprobación del delincuente que, tienen naturaleza de prueba. Y como actos de instrucción de la segunda fase los actos de alegación de acusador y acusado y la prueba, propiamente dicha<sup>20</sup>.

Todos los rasgos que se observarán en la práctica jurídico penal estarán en dependencia del modelo de que se trate, afirmándose que en la actualidad se puede decir que los sistemas procesales no se ajustan plenamente al estereotipo acusatorio o inquisitivo en estado puro, sino que tienen rasgos de uno u otro tipo en relación con la fase del proceso o de las cualidades que adquieran los actos a desarrollarse. Hoy en día se refieren más al modelo acusatorio pero no al tradicional sino en sentido más moderno con la separación de las funciones de juzgar y de acusar, imbricándose las garantías de un debido proceso penal<sup>21</sup>.

Sin dudas, lo anteriormente expuesto afirma que la cadena de custodia de los elementos probatorios surge en el siglo XX, como resultado de todas las transformaciones en los sistemas de enjuiciar, que conllevó a lo que hoy denominamos sistema mixto, fruto de los cambios de índole social, científico, y técnicos sucedidos en la Europa de esa época que luego se materializó en norma, y ejemplo de ello lo constituye la Ley de enjuiciamiento criminal española de 1882. Y la democratización del proceso penal bajo todas esas circunstancias, trajo consigo exigencias que garantizaron la invulnerabilidad de los elementos probatorios y de la importancia que éstos representan para el proceso en sí.

---

<sup>20</sup> Viada López – Puigcerver, Carlos, ob. cit., pp. 243 y ss.

<sup>21</sup> Cuadernos de estudios judiciales “Rafael Alvarado Manzano”. El nuevo código procesal penal y el sistema de garantías judiciales en el pacto de San José. Guillermo Pérez-Cadalso Arias y José Ricardo de Prada So-laesa. Tegucigalpa, Honduras. 2001, p. 51.

De lo que aducimos estar hablando de cuidado y conservación de los elementos de prueba, a esa acepción de carácter sistémico que conlleva todos aquellos pasos seguidos para descifrar lo acaecido como hecho delictivo reflejado en cada objeto tomado o cada huella levantada, que luego pasa a ser analizado/a desde el punto de vista criminalístico, en consonancia con la adecuada conservación de los mismos.

La investigación de un hecho delictivo dependerá en gran medida de la custodia adecuada del material probatorio, que puede ser cualquier artículo tangible o intangible, pequeño o grande, cuyo análisis produce información tendente a probar o a oponerse a una hipótesis, lo cual nos permiten demostrar hechos, descartar o confirmar la comisión de hechos delictivos para esclarecerlos, siendo utilizados por la autoridad como medio de prueba pericial.

Para llegar a este medio de prueba, los elementos se obtienen inicialmente en el lugar del suceso o en otros lugares relacionados a la comisión del delito, siendo ahí donde se inicia la cadena de custodia, finalizando solo por orden de la autoridad competente, dígase fiscal, juez o instructor policial.

### **3. Beccaria y los elementos entendidos como pruebas a valorar en el proceso penal**

Expone Beccaria en el aparte dedicado a Indicios y formas de juicios, que “hay un teorema general muy útil para calcular la certidumbre de un hecho, por ejemplo, la fuerza de los indicios de un relato. Cuando las pruebas del hecho son dependientes la una de la otra, esto es, cuando los indicios no se prueban sino entre sí mismos; cuantas mayores pruebas se traen, tanto menor es la probabilidad de él; porque los accidentes que harían faltar las pruebas antecedentes hacen faltar las consiguientes. Cuando las pruebas del hecho dependen todas igualmente de una sola, el número de ellas no aumenta ni disminuye la probabilidad de él, porque todo su valor se resuelve en el valor de aquella sola de quien dependen”<sup>22</sup>.

Es que se refiere al valor y la fuerza que va a tener el material probatorio en aras de determinar culpable al agente comisor del hecho

---

<sup>22</sup> Bonesana César (Marqués de Beccaria), ob. cit., p. 75.

delictivo. Haciendo hincapié en que los elementos de prueba van a determinar la probanza del delito, cuando mayores pruebas se traen, tanto más crece la probabilidad del hecho, como mismo dijo Beccaria.

Resalta por este lado la importancia de probar los hechos que se le imputan a alguien para determinarlo culpable de un delito, y las categorías más utilizadas por él son las de "indicio" y "prueba", términos utilizados indistintamente para referirse a las acciones derivadas de probar lo ocurrido como delito, y que mientras más pruebas sean pues mayor es la posibilidad de imputación al encausado.

Pero como bien expone Martínez Remigio<sup>23</sup> el indicio solo produce probabilidad, por tanto no debe verse en función de la culpabilidad o inocencia del imputado, sino como una afirmación base de la que pueden extraerse afirmaciones de interés para el relato de los hechos delictivos. Ya que cualquier hecho aportado al proceso, aparentemente indiferente, puede convertirse en indicio a través de una de las diligencias probatorias realizadas, entre las que se destacan inspección del lugar de los hechos, los documentos aportados por las partes, las declaraciones de testigos, estas últimas con doble importancia pues al ser los que más directamente están relacionados con el hecho, podrán aportar la mayor cantidad de elementos para demostrar su culpabilidad o inocencia.

Por lo que compartimos el criterio de determinar elementos de prueba alrededor del hecho delictivo, más que indicios que sólo nos dan probabilidad, a pesar de que concatenados los mismos se puede llegar a afirmar sobre una prueba relativa al delito en cuestión.

---

<sup>23</sup> Martínez Remigio, Zarezka, El indicio: su incidencia en el proceso y en la ciencia Criminalística. Del Libro Temas de Criminalística, p. 110.

## 4. Apuntes a modo de conclusión

El Derecho Penal y la Criminalística que conocemos en la actualidad son el resultado de una secular y profunda evolución histórica, donde cada una de sus instituciones fue adquiriendo matiz propio, lo que permite desde cierto punto de vista poder hacer determinadas generalizaciones.

El tema de la cadena de custodia de los elementos de prueba ha motivado múltiples polémicas a los estudiosos de las ramas del Derecho Procesal Penal y la Criminalística; pero aun así ha sido abordado con poca profundidad, por lo que surge la necesidad de continuar su estudio para comprender los fundamentos que hicieron posible su aparición y ejecución en la práctica investigativa de los hechos delictivos en pos de lograr mayor nivel garantista del proceso penal.

Como ya explicamos, es justo con el proceso de democratización del proceso penal y la conformación del sistema de enjuiciar mixto que se comienza a tratar el tema de la cadena de custodia de los elementos de prueba, como uno de los asuntos pendientes por resolver a la hora de garantizar que el material probatorio relacionado con el hecho delictivo se levante de la forma adecuada, se cuide y conserve para que sea valorado en el orden pericial y judicial bajo las mismas características que como se ubicó por primera vez, siendo capaz de mantener su carácter auténtico y legítimo.

En el siglo de la investigación criminal con todos los avances logrados en el orden criminalístico, con el proceso de identificación de las personas, las técnicas a utilizar como la dactiloscopia, entre otras, trajeron consigo la necesidad de que los elementos de prueba (dígase huellas, máculas de sangre, objetos ocupados, etc.) se recogieran y conservaran teniendo en cuenta su valor probatorio para que una vez en el acto del juicio oral pudieran o no convertirse en prueba dentro de la garantía de un debido proceso.

Con estos apuntes sobre el libro *De los delitos y de las penas* del Marqués de Beccaria, traemos a colación un estudio de la vigencia de su obra, en especial en lo relacionado con los elementos de prueba y la cadena de custodia, como parte indisoluble de un debido proceso, que desde hace 250 años ya se venía pensando por parte del autor, como testigos – pruebas, indicios – formas de juicios, categorías todas que con otra denominación son utilizadas hoy en la doctrina y práctica jurídico penal, es por ello que tuvimos la deferencia y a quien dedicamos este artículo.

## 5. Bibliografía

### Libros

- ALBA, Santiago, Cuestiones prácticas de Derecho Penal sustantivo y procesal. Centro Editorial de Góngora. Madrid.
- AGUILERA DE PAZ, Enrique. (1912), Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal. Tomo III. Madrid. Hijos de Reus Editores. Cañizares 3 duplicado.
- ALCALÁ – ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1944), Ensayos de Derecho Procesal civil, penal y constitucional. Buenos Aires, Edición de la Revista Jurisprudencia de Argentina.
- ALCALÁ – ZAMORA Y CASTILLO, Niceto y Ricardo Levene (hijo), Derecho Procesal penal. Tomo III, Editorial Guillermo Kraft LTDA, Buenos Aires, Argentina.
- ARAGON, Manuel. (2002), Constitución, democracia y control. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica No. 88.
- ARMENTA DEU, Teresa (1991), Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España. Barcelona.
- BAUMANN, Jurgen. (1986), Derecho Procesal Penal, conceptos fundamentales y principios procesales. Ediciones Depalma Buenos Aires.
- BECERRA Y ALFONSO, Pedro (1883), El jurado, su historia y su legislación en Inglaterra, Estados Unidos, Francia e Italia. Habana. 1883.
- BONNIER, Eduardo. (1928), Tratado teórico y práctico de las pruebas en el derecho civil y en el derecho penal. Tomo I. Madrid. Editorial Reus S.A. 1928.
- BRITO FEBLES, Osvaldo (1999), Manual de Criminalística. Santa Clara, Villa Clara, Cuba.
- BONECASA, Cesar, Marques de Beccaria, Tratado de los delitos y de las penas. Editorial Atalaya, Arengreen 975. Buenos Aires.
- CARNELUTTI, Francesco (1950), Lecciones sobre el proceso penal. Ediciones Jurídicas Europa – América. Bosch y Cía. Editores. Chile 2970. Buenos Aires. Tomo I
- CARNELUTTI, Francesco (1950), Lecciones sobre el proceso penal. Ediciones Jurídicas Europa – América. Bosch y Cía. Editores. Chile 2970. Buenos Aires. Tomo II
- \_\_\_\_\_, Cuestiones sobre el proceso penal. Traducción del volumen questionisul proceso penale, publicado por la editorial Dott. Cesare Zuffi, Bologna.

- CARNELUTTI, Francesco (1952), Estudios de Derecho Procesal. Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires.
- CASTRO, Máximo (1937), Curso de procedimientos penales. Biblioteca Jurídica Superí, Argentina.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., Derecho Procesal Penal. Tomo I. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires Argentina.
- \_\_\_\_\_, Tratado de Derecho Procesal, T.IV, Edit. Bs. As, 1964.
- CLEMENTE DÍAZ, Tirso, Derecho Civil. Parte General; Tomo II, Segunda Parte, ENPES, La Habana, 1984.
- COLOMBO, Carlos J. (1942), La negligencia en la producción de las pruebas. Valerio Abeledo Editor, Buenos Aires.
- Colectivo de autores. (2007), Temas de Criminalística. Editorial Félix Varela La Habana.
- Colectivo de autores. (2002), Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal. Primera Parte. Editorial Félix Varela La Habana. Dr. Juan Mendoza Díaz. Artículo: Principios del proceso penal.
- Colectivo de autores (2000), Manuales de formación continuada número 12. La prueba en el proceso penal. Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- DELLEPIANE, Antonio (1919), Derecho Procesal. Nueva teoría general de la prueba. Buenos Aires.
- DE MAS Y OTZET, Francisco (1912), El juicio oral y la audiencia de lo criminal de Santiago de Cuba. Santiago de Cuba.
- ELLERO, Pietro (1944), De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal. Cuarta Edición española. Madrid, Instituto editorial Reus.
- ELLERO, Pedro (1913), De la certidumbre en los juicios criminales. Madrid. Volumen XVI. Hijos de Reus editores.
- FENECH, Miguel, Derecho Procesal Penal, Editorial Labor, S.A., Volumen Primero, Tercera Edición, Barcelona Madrid, 1960.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, "Presunción de Inocencia, libre apreciación de la prueba y motivación de las sentencias", R.G.D., 1986, Vol. 5.
- FERNÁNDEZ PEREIRA, Julio (1991), Teoría general, técnica, táctica y metodología criminalísticas. Primera parte. Universidad de la Habana, Facultad de Derecho. La Habana.
- \_\_\_\_\_, (1991), Teoría general, técnica, táctica y metodología criminalísticas. Segunda parte. Universidad de la Habana, Facultad de Derecho. La Habana.

- FERRER BELTRÁN, Jordi; Marina Gascón Abellán; Daniel González Lagger y Michelle Taruffo (2006), *Estudios sobre la prueba*. Universidad Nacional Autónoma de México. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*; Editorial Trotta, Madrid, 1997, Segunda Edición.
- FERRI, ENRICO (1887), *Los nuevos horizontes del Derecho y del procedimiento penal*. Madrid. Centro Editorial de Góngora.
- Ferri, Enrico, *Sociología Criminal*, traducción de Antonio Soto Hernández, Ed. Góngora, Madrid, s.f.
- FIORINI, Bartolomé A., "Derecho Administrativo"; Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1976, Tomo I.
- FOUCAULT, Michel (1976), *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*. Siglo veintiuno Editores Argentina.
- FLORIÁN, Eugenio, *De las Pruebas Penales*, Tomo I, *De la Prueba en General*, tercera reimpresión de la tercera edición, editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998.
- FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola, *Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*, Edit. Temis, Colombia, Bogotá, 1995, (Traducción de Jorge Guerrero).
- FRAMARINO, Nicolás, *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Tomo segundo. Madrid. 1997
- FREDAS, Pietro, *Introducción a la Tercera Edición de las Pruebas Penales de Florián, reimpresión de tercera edición*", Edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1990 (Traducción Castellana Jorge Guerrero).
- FENECH, Miguel, *Derecho Procesal Penal*, Ed labor, S.A, Volumen Primero, Tercera Edición, Barcelona Madrid, 1960.
- FURNO, Carlo (1954), *Teoría de la prueba legal*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid.
- GARCÍA VALDÉS, Rafael (1944), *Derecho Procesal Criminal*. Segunda Edición. Instituto Editorial Reus, Madrid.
- GIURIATI, Domingo (1812), *Los errores judiciales*. Madrid.
- GOLDSCHMIDT, James (1936), *Teoría general de proceso*. Editorial Labor S.A. Barcelona.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., *El Proceso Penal Alemán. Introducción y Normas Básicas*, Barcelona, Bosch, 1985.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y Vicente Herce Quemada, *Derecho Procesal*, Vol.II, Cuarta edición, Madrid, 1954.

- GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José (1942), *El procedimiento penal mexicano*. Cuadernos de Criminalia. México D.F.
- HART, H.L.A. (2000), *Post scriptum al concepto de Derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos No. 13. Universidad Nacional Autónoma de México.
- HERNÁNDEZ DE LA TORRE, Rafael, *Historia De La Criminalística*. Laboratorio Central De Criminalística. División De Criminalística. Ciudad De La Habana 2004
- HERRERO MARTÍNEZ, Mariano (1908), *Ley de enjuiciamiento criminal reformada anotada y comentada*. Valladolid Imprenta Castellana Duque de la Victoria 31.
- HORVITZ LENNON, María Inés, Julián López Masle (2002), *Derecho Procesal Penal Chileno*. Principios. Sujetos procesales. Medidas cautelares. Etapa de investigación. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile.
- JAÉN VALLEJO, Manuel (2002), *Tendencias actuales de la Jurisprudencia Constitucional Penal (las garantías del proceso penal)*. Dykinson, Madrid.
- JIMÉNEZ ASENJO, Enrique, *Derecho Procesal Penal*. Vol. I. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- JOFRÉ, Tomás. (1941), *Manual procedimiento (civil y penal)* 5ta edición. Tomo I. Buenos Aires. Editorial La Ley.
- \_\_\_\_\_ (1941), *Manual procedimiento (civil y penal)* 5ta edición. Tomo II. Buenos Aires. Editorial La Ley.
- LEVENE, Ricardo (hijo) (1953), *Manual de Derecho Procesal Penal*. Editorial Perrot Buenos Aires.
- \_\_\_\_\_ (1993), *Manual de Derecho Procesal Penal*. 2da Edición. Tomo I. Ediciones Depalma. Buenos Aires Argentina.
- LÓPEZ MORENO, Santiago (1879), *La prueba de indicios*. Madrid. Imprenta de Aurelio J. Alaria.
- \_\_\_\_\_ (1901), *Principios fundamentales del procedimiento civil y criminal*. Tomo I. Madrid. La Moderna Poesía.
- \_\_\_\_\_ (1901), *Principios fundamentales del procedimiento civil y criminal*. Tomo II. Madrid. La Moderna Poesía.
- LOVATO, Juan Isaac (1953), *Los medios de prueba*. Imprenta de la Universidad. Quito Ecuador.
- MANDUCA, F., *El procedimiento penal y su desarrollo científico*. Madrid, La España moderna.

- MANZINI, Vincenzo (1951), Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires.
- \_\_\_\_\_ (1951), Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires.
- \_\_\_\_\_ (1951), Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo V. Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires.
- MATILLA CORREA, Andry; Osvaldo Manuel Alvarez Torres y Isnel Martínez Montenegro (coordinadores), Temas de Historia del Derecho y Derecho Agrario. Homenaje al profesor Orestes Hernández Más. Colaboración de la Universidad de Matanzas, Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana y Editora UNIJURIS, La Habana, 2013.
- MITTERMAIER, C. J. A. (1906), Tratado de la prueba en materia criminal. sexta edición Madrid. Hijos de Reus editores.
- \_\_\_\_\_ (1877), Tratado de la prueba en materia criminal. Tercera edición Madrid. Imprenta de la Revista de legislación.
- MONTERO AROCA, Juan, “Manuales de Derecho Jurisdiccional I”, Parte General; 14 Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2005.
- MORAS MOM, Jorge R. (2004), Manual de Derecho Procesal Penal. Sexta edición actualizada. Lexis Nexos, AbeledoPerrot Buenos Aires.
- MORENO, Artemio (1943), Doctrina y práctica del procedimiento penal. Tomo I. Buenos Aires.
- PAINE, Roberto (1944), Derecho Procesal Penal. Editorial DOVILE, Las Heras, Buenos Aires.
- PARRA QUIJANO, Jairo (2006), Manual de Derecho Probatorio. Décima quinta edición. Ampliada y actualizada. Editorial ABC.
- PÉREZ LUÑO, (1984), Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución.
- PORTELA, Guillermo (1923), Tratado de Derecho procesal. Tomo I. La Habana. Imprenta La Moderna Poesía.
- \_\_\_\_\_ (1923), Tratado de Derecho procesal. Tomo II. La Habana. Imprenta La Moderna Poesía.
- POSADA JEANJACKES, José Angel, La Ciencia Criminalística. 2da Edición.
- REVILLA GONZÁLEZ, José Alberto (2000), El interrogatorio del imputado. Tirant lo Blanch, Valencia.
- REINOLDS, William (1907), Teoría de la ley de evidencia. Tip Boletín mercantil. San Juan. Puerto Rico.
- RICCI, Francisco, Tratado de las pruebas. Tomo primero. Madrid, La España Moderna.

- RIVERA SILVA, Manuel (1944), El procedimiento penal. Editorial Porrúa, S.A. México.
- ROXIN, Claus (2000), Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires.
- ROXIN, Claus; J.B.J Maier; M. Rusconi; F. Guariglia; G. Bruzzone; E. Bertoni y Cerletti M. (1993), El Ministerio Público en el proceso penal. Editorial AdHoc S.R.L. Buenos Aires, Argentina.
- RUIZ Y RODRÍGUEZ, Hermenegildo María (1878), Tratado general de procedimientos criminales. Tomo II. Madrid. Imprenta de la Revista de Legislación.
- SALVADOR SALORT, Antonio, Evolución histórica de la prueba pericial en los países latinos y apreciación de su valor o fuerza probatoria.
- SCHUNEMANN, Bernd (1984), El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales. BJA. Biblioteca Jurídica Argentina. Editorial Tecnos.
- SIMÓ Y BOFARULL, Jaime (1928), Escolios procesales. Primera parte. Madrid. Editorial Reus, S.A.
- SODI, Demetrio (1946), La nueva ley procesal. Tomo I. Segunda Edición. Editorial Porrúa, S.A. México.
- \_\_\_\_\_ (1946), La nueva ley procesal. Tomo II. Segunda Edición. Editorial Porrúa, S.A. México.
- TIEDEMANN, en Roxin, Arzt, G., Tiedemann, K., Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal, Ariel, Barcelona, 1989.
- TOMAS Y VALIENTE, FRANCISCO, "De la Administración de Justicia al Poder Judicial"; en Centro de Estudios Jurídicos. Colección Cursos. Vol.5. Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones. Madrid, 1990.
- VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal, Bosch, Barcelona, 1984.
- VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, Compendio de Derecho Civil, Artículo: Causa de la relación jurídico civil; Editorial Félix Varela; La Habana, 2004.
- VAZQUEZ ROSSI, Jorge E., Derecho Procesal Penal. Tomo I. Conceptos generales. BJA, Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires. 1995.
- VIADA LÓPEZ – PUIGSERVER, Carlos (1950), Lecciones de Derecho Procesal Penal. Madrid.
- VILA, Raúl (1934), Síntesis de Derecho Procesal. Editora Cultural, S.A. La Habana.

## Revistas

- Cuadernos de Derecho Judicial. La prueba en el proceso penal. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1992.
- Cuadernos de estudios judiciales "Rafael Alvarado Manzano". Valoración de la prueba. Presunción de inocencia. Indubio pro reo. Manuel Estrella Ruíz y Manuel A. Fortín. Tegucigalpa, Honduras. 2001.
- Cuadernos de estudios judiciales "Rafael Alvarado Manzano". Los medios de prueba. Luis Alfredo de Diego Díez. Tegucigalpa, Honduras. 2001.
- Cuadernos de estudios judiciales "Rafael Alvarado Manzano". El nuevo código procesal penal y el sistema de garantías judiciales en el pacto de San José. Guillermo Pérez-Cadalso Arias y José Ricardo de Prada Solaesa. Tegucigalpa, Honduras. 2001.
- Cuadernos de Derecho Judicial. La prueba en el proceso penal. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1992.
- Revista de Derecho Público. Comentarios a la legislación penal. Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal. Tomo XV Vol. I. Editoriales de Derecho Reunidas. 1994.
- Revista de Derecho Público. Comentarios a la legislación penal. Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal. Tomo XV Vol. II. Editoriales de Derecho Reunidas. 1994.
- Revista de legislación y jurisprudencia. De la certidumbre en los juicios criminales. Madrid. Ellero, Pedro. (1900).
- Medicina Legal de Costa Rica. *Versión impresa* ISSN 1409-0015. Med. Leg. Costa Rica v.15 n.1-2 Heredia dic. 1998. *Cadena y custodia de la evidencia en Costa Rica*. Guillermo Hernández Ramírez
- Revista Cubana de Derecho. No. 36. Julio-Diciembre 2010. Artículo Dra. Josefina Méndez López y Dra. Danelia Cuité Mustelier: La participación popular en el nuevo constitucionalismo. Unión Nacional de Juristas de Cuba.
- La cadena de custodia en el nuevo código de procedimiento penal artículo publicado en el periódico FACETA JURIDICA, Editorial Leyer, Bogotá, Enero de 2005. Por Juan Carlos Urazán Bautista.

# ¿Por qué la Criminalística a 250 años de los delitos y las penas?

DRA. ZAREZKA MARTÍNEZ REMIGIO\*

## Sumario

1. Introducción
2. Desarrollo
3. A modo de Conclusión
4. Bibliografía

## 1. Introducción

Durante la segunda mitad del siglo XVII se acentuó la lucha contra los procedimientos inquisitoriales y por la abolición de la tortura corporal, iniciándose los estudios sistemáticos sobre las cuestiones del conocimiento y la verdad en la disciplina del Derecho Procesal Penal, siendo sus máximos exponentes VOLTAIRE, quien reconoció la existencia independiente de las cosas con respecto a la conciencia humana, el papel de la percepción en la formación de los conceptos y la importancia de la experiencia, así como diferenció entre la probabilidad subjetiva y la verdad objetiva, BECCARIA, el que consideró como una cuestión fundamental la interpretación de la ley procesal; criticó el valor de la evidencia determinada por la ley y la confesión del acusado obtenida por tortura; planteó que la ley no podía decidir sobre la verdad, sino el juez, quien a través del sistema de la prueba debía llegar a la certeza y a la certidumbre moral, una certeza verificada por una larga experiencia humana, y FILANGIERI, que desarrolló el concepto y la importancia de la convicción interior del

---

\* Profesora Titular de Criminalística y Secretaria General de la Universidad de La Habana. [zarezka@rect.uh.cu](mailto:zarezka@rect.uh.cu)

juez, e hizo un intento por definir la relación entre la verdad y la certidumbre moral.<sup>1</sup>

En la época de la Ilustración la razón natural estuvo destinada a iluminar el pensamiento e indicó la forma de alejarse de la superstición, la ignorancia y el fanatismo religioso e iniciar una nueva fase de desarrollo unido a la concepción garantista de la legalidad de las pruebas. Se presumió la inocencia del acusado hasta tanto una sentencia firme de condena no lo considerara culpable.

Desde el siglo XIX hasta el actual en lo fundamental se sigue polemizando y defendiendo los principios que fortalecen la estructura acusatoria del proceso penal: la verdad judicial como idea probable, la imparcialidad, la lógica del razonamiento probatorio, la discusión e investigación de las argumentaciones en conflicto, la libre convicción del juez y las garantías de la oralidad, publicidad y el contradictorio.

## 2. Desarrollo

¿Qué es lo que nos presenta Beccaria? ¿Cuáles son las concepciones expuestas en su obra? ¿Cómo enlazan sus ideas con la investigación criminal y la ciencia Criminalística? ¿Por qué la vigencia “De los delitos y de las penas”<sup>2</sup> en éstas reflexiones de su obra:

- “La verdadera medida de los delitos es el daño a la sociedad”;
- “Es necesario fijar plazos breves pero suficientes para la presentación de las pruebas, para la defensa del reo y para la aplicación de la pena”;
- “No se puede llamar precisamente justa la pena de un delito cuando la ley no ha procurado con diligencia el mejor medio posible de evitarlo”;
- “Perfeccionar la educación constituye el medio más seguro al mismo tiempo que el más difícil, de evitar los delitos”;

---

<sup>1</sup> Király, Tibor., “Procedimiento Criminal, Verdad y Probabilidad”, Ciencias Sociales, La Habana, 1988, pag5-16. En las obras escritas por estos prestigiosos filósofos (VOLTtaire, BECCARIA y FILANGIERI) iniciadores del movimiento que revolucionó el pensamiento en la disciplina del Derecho Procesal Penal se constatan las ideas expuestas.

<sup>2</sup> “De los delitos y de las penas” Alianza. Editorial, S. A. Madrid, 1968, pp. 14 y 15.

- “El fin de la pena no es atormentar ni afligir, sino impedir al reo causar nuevos daños y retraer a los demás de la comisión de otros iguales”
- “No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas”.

Todas estas ideas en pro de la búsqueda del esclarecimiento de la verdad, de la justa exigencia de la responsabilidad penal y de la prevención del delito, todavía hoy, no han logrado concretarse en todas las legislaciones procesales penales<sup>3</sup> y continúan siendo un programa por cumplir en muchos países.

Desde el siglo XIX también se le ha concedido gran importancia a la elevación constante del nivel científico en el campo de la prevención y lucha contra la criminalidad porque el delito constituye una amenaza permanente en todas las sociedades dado que quebranta la norma jurídica y atenta contra el orden económico, político, y social, afectando también la tranquilidad ciudadana del Estado que trata de preservar el orden para el bienestar de sus miembros. Ello explica por qué en las estrategias de prevención del delito y la lucha contra la criminalidad la ciencia Criminalística forma parte integrante del plan de desarrollo de los países, dada las distintas formas y volumen que adopta la delincuencia y la necesidad de eliminar la impunidad para atenuar tal amenaza.

Es la Criminalística la ciencia que sobre la base de las ciencias técnicas y naturales y de las leyes del surgimiento de las pruebas, elabora los medios y métodos técnicos y también los procedimientos tácticos para el descubrimiento, recolección, investigación y valoración de las pruebas, que se utilizan en el marco de la ley procesal penal para el descubrimiento, investigación y prevención de los delitos. Tiene gran trascendencia en la buena marcha de la administración de justicia, fundamentalmente en la penal, por ser una ciencia polimorfa, jurídica e independiente.

A través del estudio de la técnica, la táctica y la metodología adelanta su tarea principal, la lucha contra el crimen, lo cual logra mediante el esclarecimiento de los delitos, la convicción y entrega del autor, la consecución y aseguramiento de las fuentes y medios de

---

<sup>3</sup> Ejemplos: las de Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Costa Rica, España, Perú, y Uruguay.

prueba fidedignos para proceder o mover un procedimiento judicial y también cumple una función preventiva al elaborar medidas técnicas o tácticas adecuadas, de aseguramiento contra formas de comisión de delitos ya conocidos o previsibles.

La científicidad de esta ciencia se materializa en la teoría de la identificación criminalística que significa “la individualidad del objeto y su diferencia entre todos los demás incluyendo aquellos que son de su propio género”<sup>4</sup>.

Los objetos que comúnmente se manipulan en Criminalística durante los procesos identificativos, entre los que se cuenta al hombre, clasifican como identificados e identificantes, los primeros son aquellos cuyo identidad o diferencia constituye el objetivo del proceso identificativo en cada caso en concreto, mientras que los segundos son los vehículos mediante los cuales el objetivo de la identificación puede ser resuelto

En la actualidad con el surgimiento de nuevas formas de criminalidad tales como el narcotráfico, tráfico de personas, el terrorismo, delitos de droga y el incremento de las ya existentes, ha generado que las nuevas tecnologías hayan tenido un gran impacto en la técnica Criminalística para incrementar la efectividad en el enfrentamiento al delito y la prevención como líneas del combate para evitar daños o consecuencias

En Cuba la legalidad constituye un principio básico en la ciencia Criminalística porque se fundamenta en la tranquilidad y seguridad ciudadana<sup>5</sup>, el respeto y respaldo a los derechos y deberes del pueblo en general, así como las garantías para alcanzar niveles superiores de bienestar en la salud, educación y sostenible desarrollo social.

El desarrollo científico ha posibilitado la aplicación de nuevas tecnologías que han ido profundizando en su capacidad identificadora sobre indicios cada vez más pequeños; el máximo exponente en el momento actual es la denominada tecnología del ADN.

---

<sup>4</sup> Colectivo de Autores “Temas de Criminalística. Colección MiniSaber. Editorial Félix Varela, La Habana, 2008, p. 17.

<sup>5</sup> Se trabaja intensamente por el desarrollo económico, la creación de fuentes de empleo, incremento de espacios recreativos y culturales, de manera que la población en sus comunidades pueda junto a los órganos de la policía nacional revolucionaria contribuir en la prevención de los delitos

La Odorología acentada en el olor propio, único y diferente que tiene que cada persona en el mundo y sobre esa base se desarrollan programas para entrenar perros y distinguir entre diferentes olores mediante la creación de un banco de aromas humanos. Tiene un valor táctico<sup>6</sup> importante y es fuente de prueba en diferentes tipicidades delictivas.

La Identificación de personas por sus rasgos externos se desarrolla a través de un sistema computarizado que confecciona la imagen de sujeto u objeto, a partir de la descripción aportada por víctimas o testigos (Retrato Hablado), se realizan comparaciones fotográficas, la identificación de restos óseos mediante los métodos de superposición cráneo- fotográfica, la reconstrucción escultórico facial, modificaciones fotográficas, confección e identificación de mascarillas y obras de arte. Es un sistema de búsqueda agrupada por analogía facial, se busca por datos, por rasgos, por foto, y por foto retrato.

La Fonoscopia es la identificación criminalística de sonidos que se utiliza en la identificación de las personas por la voz. El investigador debe aplicar constantemente su capacidad de observación y sus conocimientos de varias ciencias para proporcionar un análisis paso por paso de los acontecimientos que conducen al incidente producido. La habilidad del investigador es tanto suplementada y hasta cierto punto reemplazada por la precisión del análisis científico.

Otra rama importante que se ha desarrollado es la Dermatoscopia por la implementación de los AFIS, sistema informático compuesto de hardware y software integrados que permiten la captura, consulta y comparación automática de huellas dactilares, monodactilares o en forma de rastro o latente, basado en las ciencias biométricas. El CUBAFIS es el sistema automatizado diseñado por especialistas cubanos, destinado a la identificación de huellas e impresiones dérmicas, de casos no esclarecidos.

Mediante el análisis químico se investigan las huellas de carácter orgánico. Identifica a las huellas del disparo en prendas de vestir y armas de fuego, así como la revelación de números y signos borrados en superficies metálicas.

---

<sup>6</sup> La Odorología en Cuba está avalada científicamente en los miles de casos que ha practicado y ha sido aprobada como medio de prueba en los tribunales de justicia.

Las investigaciones criminalísticas de vidrios, suelos minerales, metales y otras huellas de carácter inorgánico como las del disparo en las manos, prendas de vestir, y armas de fuego. Se aplica la Microscopía Electrónica de Barrido en el análisis de diferentes sustancias y materiales.

El Docucenter 3000 en la identificación criminalística de autores y autenticidad en manuscritos, impresiones y documentos de seguridad. Para ello se utilizan ópticos, procesamiento electrónico de imágenes, registros computarizados y otros. Este equipo emite iluminación en diferentes longitudes de onda del espectro visible e invisible, permite realizar análisis eficiente en casos de falsificaciones de papel moneda y otros peritajes técnicos de esta especialidad.

La era de la tecnología ha permitido que la informática logre obtener preservar y presentar datos provenientes de medios de cómputo participantes en la comisión de delitos, mediante la explotación de tecnologías que permiten legalizar los mismos. En los últimos años ha sido decisiva en la identificación de diferentes delitos de tráfico de drogas, Asesinatos, Robos con fuerza, falsificación de carnet de identidad y documentos públicos, en actividad económica ilícita entre otros.

También se destaca en la identificación criminalística la sección de Averías, Explosiones e Incendios para la investigación de accidentes de tránsito, de aviación, descarrilamientos, análisis metalográficos, explosiones, averías, incendios y otras investigaciones especiales. Otra línea fundamental en esta sección es el estudio de las Investigaciones Técnico Profilácticas realizadas por los grupos Multidisciplinarios de Especialistas en conjunto con otros Ministerios u Organismos, cuyo objetivo esencial es desarrollar las acciones investigativas cotidianas de forma conjunta, con el fin de detectar neutralizar y proponer medidas para la eliminación de todas las posibilidades de acción u omisión relacionada con la técnica, sistemas, medios, que conlleve a un perjuicio de vidas humanas, a la economía, la sociedad y la vida política del país.

Particular relevancia tiene en el país la especialidad del Trabajo en el Lugar del Suceso, es una concepción nueva de la Criminalística cubana, al agrupar peritos que sean capaces de aplicar las metodologías de la investigación técnica criminalística del hecho para su esclarecimiento, deben ser los especialistas más integrales, porque esta figura constituye uno de los factores principales dentro del universo de participantes que inciden en el proceso de investigación dado que no constituyen desde el punto de vista jurídico una de las partes del proceso, pero es considerado un auxiliar de las funciones judiciales, porque aporta elementos científicos de gran valor en el proceso de impartición de la justicia.

Una de las primeras y más importantes acciones de instrucción es la inspección del lugar del suceso, en ella se encuentran huellas dérmicas de personas, los casquillos y proyectiles de un arma de fuego, huellas de instrumentos de fractura, escrituras manuscritas o mecanografiadas, huellas de calzado y otros. Todos estos elementos pueden ser sometidos a investigación con el uso de las técnicas de laser, cromatografía gaseosa, aplicaciones químicas operativas, o reveladores modernos como vapores de cianoacrilato y el luminol.

Entre las acciones que realizan los peritos ante la presencia de un hecho delictivo se encuentra el descarte de huellas del lugar del suceso, fototabla digital, informe técnico ilustrado, los peritajes del ángulo de impacto en los accidentes del tránsito, el estudio de causas y condiciones de los objetivos económicos de interés.

El perito transmite conocimientos especiales, lee, interpreta, analiza, suministra información de los hechos que de otra forma quedarían sin conocerse, ello también obliga al órgano jurisdiccional a controlar la actividad cognoscitiva de éste (dado que adquiere conocimiento indirecto del hecho mediante la percepción del perito, lo que implica que el juez analiza, interpreta, compara cada dato o elemento puesto a su consideración para decidir sobre la base de la deliberación cuidadosa de los hechos y siempre que se guíe por las reglas lógicas y legales de la prueba para establecer sus conclusiones sobre los hechos.

La Criminalística en Cuba ha tenido tradicionalmente grandes exponentes que con denodado esfuerzo han aportado al país y al mundo resultados investigativos importantes en el esclarecimiento de los hechos delictivos, catástrofe o desastres lo cual ha permitido cubrir las exigencias garantistas para conseguir un índice de mejor aproximación al ideal de la justicia.

### 3.A modo de Conclusión

Respondemos la pregunta que encierra el título de la ponencia presentada en este Seminario:

¿Por qué la Criminalística a 250 años de los delitos y las penas?

Porque:

- Representa una herramienta indispensable que contribuye a establecer la objetividad necesaria en la ejecución de los dictámenes periciales.
- Al ser una ciencia polimorfa proporciona un alto grado de cientificidad a la investigación de los delitos.

- La investigación criminalística es el soporte angular de la acusación y de la defensa
- La Criminalística proporciona materiales probatorios válidos y no viciados que puedan servir para establecer un debate contradictorio en el momento decisivo y decisor del plenario.
- Por la vigencia latente de delitos ante la negligencia, irresponsabilidades y descontrol en el país que requieren hoy del trabajo preventivo para erradicar las causas y condiciones que los generan, y
- Porque es la Criminalística la ciencia de la investigación criminal y se debe continuar profundizando los estudios sobre prevención que permitan su perfeccionamiento sostenido en función de determinar las causas y condiciones que favorecen la comisión de hechos delictivos y de esta forma evitarlos.

#### 4. Bibliografía

Ehrenfried Stelzer, "Criminalística Socialista". Editorial Ciencias Sociales, La Habana, Cuba, 1989.

Fontes Capote, Homero, "El incendio su investigación, síntomas y causas", SI-MAR, 2003.

Hernández De la Torre, Rafael, "Lecciones de Criminalística", Instituto Forense de Investigaciones latinoamericanas, AC. Septiembre de 2010, editora La Voz del Istmo, S.A. México.

Kiraly Tibor, "Procesamiento Criminal, Verdad y Probabilidad", Ciencias Sociales, La Habana, 1988.

Martínez Remigio, Zarezka, "La Presunción de Inocencia en el Proceso Penal", Revista Jurídica Justicia y Derecho, N0.5, año 3, diciembre, La Habana, 2005.

\_\_\_\_\_, "Temas de Criminalística" (compiladora), Colección MiniSaber, ed. Félix Varela, La Habana, 2008.

\_\_\_\_\_, "La Educación Superior en la prevención social, una perspectiva desde las Ciencias Médicas y el Derecho", 2009

\_\_\_\_\_, "Salud y Desastre". Experiencia Cubanas II Colectivo de Autores, 2010.

\_\_\_\_\_, "Referencia a la prueba" Justicia y Derecho revista del Tribunal Supremo Popular. No.23, año 12, diciembre de 2014, Publicación semestral. ISSN 1810-0171.

Manual de Bioseguridad en el Laboratorio. OMS. Segunda edición. OMS. 1994.

Maza Aranguren, Ana Julia, *et al.*, "Manual de Biología Criminalística", SI-MAR, 2003.

Posada Jeaniacques, José Angel, "Tratado de Balística", SI-MAR S A, 2003.

Zamora Pelegrín, Elda, "Actualización de la Metodología para las Investigaciones Criminalísticas Técnico Profilácticas (ICTP)", junio/2011.

### **Legislación empleada**

Constitución de la República de Cuba. Editora Política, año 2005.

Ley No. 62 (Código Penal de la República de Cuba).

Decreto- Ley 190 de Seguridad Biológica, del 28 de enero de 1999.

Ley de Procedimiento Penal (Actualizada). Ministerio de Justicia, 1999.

### **Normas Internacionales Consultadas**

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia el 26 de agosto de 1789 en su artículo 9)

Declaración Universal de los Derechos Humanos (adoptada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948)

Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José, Costa Rica" (aprobada en Conferencia de los Estados Americanos de San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, artículo 8.2)

# La ejecución de la sanción privativa de libertad. Hacia un sistema penitenciario más justo y humano

MSc. DARINA ORTEGA LEÓN\*  
MSc. DIANA MEDINA BATISTA\*\*

## Sumario

1. Una necesaria introducción
2. La ejecución de la sanción. Hacia un sistema penitenciario más justo y humano
3. A modo de conclusiones
4. Bibliografía

## 1. Una necesaria introducción

Privar de la libertad a un hombre o una mujer ha sido y será una huella indeleble en aquellos que alguna vez han recorrido los predios destinados a su cumplimiento. Y es tan cierto esto, que relata Guillermo Cabanellas de Torres:

*... “Más que a otro motivo se debe el Tratado de los Delitos y de las Penas a una reacción juvenil - tenía Beccaria 25 años cuando inició la obra- propia de quien había forjado su mente en persecuciones injustamente sufridas.*

---

\* Profesora Auxiliar de la Disciplina Ciencias Penales y Criminológicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente. Profesora de Criminología y Derecho Procesal. Miembro de las sociedades científicas de Derecho Penal y Derecho Procesal. [darina@fd.uo.edu.cu](mailto:darina@fd.uo.edu.cu)

\*\* Profesora Asistente de la Disciplina Ciencias Penales y Criminológicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente. Profesora de Criminología y Criminalística. Miembro de las sociedades científicas de Derecho Penal y Derecho Procesal. [dmedina@fd.uo.edu.cu](mailto:dmedina@fd.uo.edu.cu)

*Cuando contaba 22 años César Bonesana disputó con su padre, el marqués de Beccaria, con motivo de su proyectado enlace - consumado más tarde - con Teresa de Blasco. La oposición fue tan violenta que el marqués de Beccaria solicitó y obtuvo la prisión de su hijo. Fue durante el tiempo que permaneció preso que pudo darse cuenta de la arbitrariedad del régimen penitenciario, lo que hizo madurar en él la idea de esta obra que tanta resonancia habría de adquirir<sup>1</sup>".*

Precisamente la experiencia vivida en las cárceles de Milán, inspiró a César Bonesana a escribir, una de las obras cumbres del pensamiento del Siglo XVIII, que propugnó no sólo la necesidad de penas justas<sup>2</sup> sino también la preservación de la dignidad humana de aquellos que habrían de cumplirlas. Aspiraciones a las que no ha renunciado la ciencia criminológica, que si bien en sus inicios se sirvió de los establecimientos penitenciarios como laboratorios para analizar a los devenidos *delincuentes natos*<sup>3</sup>; desde la década del 70 Siglo XX, con el movimiento promovido por la Criminología Crítica<sup>4</sup>, ha descrito una y otra vez los efectos degradantes que sobre el ser humano produce la existencia de la prisión, a pesar de reconocer su condición de institución necesaria para el control de los sujetos que sufren el ejercicio del poder del Estado.

El concepto de prisión<sup>5</sup> nos ofrece una visión de su función social definido como el lugar destinado para el cumplimiento de la pena privativa de libertad a partir del momento de su conformación definitiva. Sin embargo, no resulta adecuado comprender esta expresión con un carácter limitado, referida sólo a los establecimientos destinados a la ejecución de las penas, sino también comprende los locales preventivos destinados a la retención y custodia de detenidos y

---

<sup>1</sup> CABENELLAS DE TORRES, Guillermo., *Beccaría y su Obra*, Editorial Heliasta SRL, Brasil, 1993. p. 20.

<sup>2</sup> BONESANA, César, *Tratado de los delitos y las penas*. Editorial HELIASTAS. S.R.L. Libro Edición Argentina., 1993. p. 60.

<sup>3</sup> ANITÚA, *Historia de los pensamientos criminológicos*, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2005.

<sup>4</sup> *Ibíd.*

<sup>5</sup> Se utilizaran los términos prisión, cárcel, institución carcelaria y centro penitenciario, a los fines de esta investigación para referirnos a la misma institución.

presos, y otros de carácter especial, que son más bien centros hospitalarios, clínicas de desintoxicación de drogadictos, recintos psiquiátricos para enfermos y deficientes mentales o psicópatas, espacios de rehabilitación o educación social, y otras dependencias<sup>6</sup>.

Sin embargo, la cárcel no nació para aplicar tratamiento alguno, ni “resocializar”; ni siquiera para que el delincuente fuese castigado; todo lo contrario, la cárcel aparece como una manera de asegurar al “infractor” hasta que se dictase y cumplierse la pena, que generalmente era de muerte, o de galeras, o de mutilación, o de azotes o de multa, considerándose el encierro como una medida procesal, no como una instancia punitiva. No es sino con el devenir de la historia de Occidente, la colonización del mundo por parte de Europa y el fortalecimiento de la clase burguesa y del Estado, que se da un nuevo sentido a la existencia de la cárcel, ya no como medio preventivo sino como medio de castigo.

En un acercamiento al tema de la ejecución de la sanción, como fase final del proceso penal, es uno de los momentos de aplicación o ejecución de las normas jurídico penales a través del cual el Estado hace recaer todo su poder punitivo sobre el autor del delito, son esas las razones esenciales por las que las ideas defendidas por el humanismo no pueden olvidarse, pues es el contacto del sujeto: el ser humano, sancionado por el derecho penal, no es sólo con el derecho penitenciario y el sistema que se ha decidido acoger, sino con la institución que teniendo como premisa la limitación del ejercicio de su derecho a la libertad accede a una forma de control social que se encuentra formalizado, institucionalizado, pero que no puede ser ajeno a las ideas del debido proceso.

Si analizamos las distintas fases de que se compone el sistema penal observamos con sorpresa que las garantías emanadas del Estado de derecho no gravitan con la misma intensidad en cada una de las fases; esto en el campo del derecho penitenciario o en el campo de la ejecución de la pena privativa de libertad, resulta particularmente interesante, que las garantías del Estado de derecho a estas alturas de inicios del siglo XXI no hayan llegado, en el ámbito de la ejecución de la pena privativa de libertad, a alcanzar ni jurídica, ni materialmente los niveles aspirados, lo cual tiene mucho que ver con lo renuente que resulta la cárcel a cualquier tipo de injerencia externa a ella misma.

---

<sup>6</sup> “Prisión”, Microsoft Student 2008 (DVD). Microsoft Corporation 2007.

La prisión es ontológicamente resistente a someterse a cualquier tipo de control externo, en el famoso libro de Foucault, "Vigilar y castigar", en su última página, dice este filósofo francés que la cárcel no permite que desde fuera personas ajenas a ella establezcan ningún tipo de fiscalización, la prisión no es hija de las leyes, ni de los códigos, ni de el aparato judicial; no está subordinada al tribunal como un instrumento dócil o torpe de las sentencias que dicta este y de los esfuerzos que quisiera obtener, siendo el tribunal con relación a ella exterior y subordinado.

En la actualidad vemos como esa competencia penitenciaria del Poder Judicial, se va asentando en las legislaciones de los distintos países, y aunque se ha logrado la incorporación del juez de vigilancia penitenciaria, esta ni es pacífica<sup>7</sup>, ni ha logrado los niveles de eficiencia a los que se aspira; encontrándose en estos momentos en una transición en cuanto al control judicial de la ejecución de la pena privativa de libertad, que posibilite definitivamente al poder judicial hacerse cargo de su ejecución, pero que en modo alguno ha resuelto las problemáticas que en el orden del respeto a la dignidad humana, culminados los primeros quince años de la presente centuria, persisten tras los muros de los establecimientos penitenciarios.

---

<sup>7</sup> La incorporación no ha sido en absoluto pacífica pudieran señalar tres órdenes en los ha habido mayor dificultad de integración eficaz del control judicial de la ejecución de la pena privativa de libertad. En primer lugar, con respecto a la incorporación de los jueces de vigilancia penitenciaria se ha planteado un problema de falta de cualificación. Efectivamente el juez de vigilancia penitenciaria se ha encontrado con un quehacer que es completamente ajeno al quehacer natural del poder judicial; las cárceles son micro sociedades que funcionan con una enorme diversidad de problemas, en donde se confunden problemas sanitarios con problemas educacionales, problemas de tratamiento de las personas, problemas terapéuticos, problemas para los que normalmente el juez de vigilancia penitenciaria no está profesionalmente cualificado; nuevamente en este terreno muchos son los que han tenido el gusto de ser pioneros además en crear la propia figura del juez de vigilancia penitenciario, en ampliar sus competencias, quizá porque en su ordenamiento jurídico la idea del control judicial ya esté más asimilada.

## 2. La ejecución de la sanción. Hacia un sistema penitenciario más justo y humano

Reclamar hoy una cárcel más digna, más humana y más justa, no necesariamente significa la creencia de que puede cambiar individuos, sino que la privación de libertad es el castigo, es el llamado por muchos mal necesario, por consiguiente deberá lucharse contra los efectos negativos de la misma. En palabras de Beccaría, la cárcel es sólo la simple custodia de un ciudadano hasta tanto que sea declarado reo; y esta custodia, siendo por-su naturaleza penosa, debe durar el menos tiempo posible y debe ser lo menos dura que se pueda<sup>8</sup>.

Y si bien en el contexto actual las pena privativa de libertad rebaza las pretensiones de la época del Marqués de Beccaria, las bases que hoy promueven radicales cambios y transformaciones en la forma de hacer efectiva esta pena tiene su origen en el pensamiento humanista, que tuvo lugar en los siglos XIV y XV, llamado el humanismo del Renacimiento, el que renueva los ideales clásicos de los griegos y los romanos en torno al concepto de hombre, y el cultivo a los estudios de humanidades, humanismo que dio origen a una primera corriente liberal, la cual interpretó el valor del individualismo y el rechazo a la autoridad monárquica y religiosa el que sirvió de fundamento a los ilustres pensadores del Siglo XVIII, entre los cuales se encontraba César Bonesana y que trascendió hasta los siglos venideros.

Ese ideal humanista heredado y que hoy esbozamos como fundamento para el cumplimiento de la pena privativa de libertad no tiene que ser sinónimo de antropocentrismo y la gran variedad de concepciones que existen acerca del humanismo conduce a una idea: el humanismo debe ser repensado<sup>9</sup> porque el mundo contemporáneo conduce a pensar en problemas que atentan contra el hombre: ¿acaso la ejecución de una pena privativa de libertad no es in problema de los hombres y mujeres de estos tiempos?

Precisamente la tendencia medular del humanismo es el logro de la humanización, es decir, la socialización de los hombres. Proceso complejo que ha de abrir paso al desarrollo armónico humano. Para

---

<sup>8</sup> BECCARIA, César, *De los delitos y de las penas* (introducción, notas y traducción por F. Tomás Valiente). Reimpresión. Madrid. 1979. p. 99.

<sup>9</sup> Ver Edgar Roig Ramírez. "Repensando el humanismo". En *Revista de Filosofía de Costa Rica*, No. 80, 1995, p. 22.

ello no bastan las condiciones objetivas pues también son decisivas la posibilidad de enriquecimiento espiritual, con su correspondiente despliegue y la armonía entre el individuo y la sociedad. Este equilibrio ha de ser condición sine qua non y erguirse sobre la apertura a la conformación de proyectos que posibiliten desde cualquier lugar donde se encuentre un ser humano cumplir con tales aspiraciones.

Analizar los procesos de una visión humanista, supone concebir al humanismo como un valor, de ahí su significación social positiva a los efectos de su dimensionamiento en el desarrollo de la vida de cada individuo y de toda la sociedad en su conjunto; y afirma la valía y la dignidad, como derecho al desarrollo libre sin diferencias humillantes. Todo lo cual ubica como centro de atención las relaciones humanas<sup>10</sup> y su regulación.

Precisamente la dignidad humana, como valor de fuerte carga ética, es comprendida ante todo como el derecho del humano a la conservación de su integridad individual y al respeto que merece por el simple hecho de ser humano. Y vincular este valor a la ejecución de las penas implica por una parte la búsqueda de penas alternativas a la prisión que se hace cada día más urgente y necesaria, lo cual supondría una reducción ostensible de la aplicación de la pena privativa de libertad; pues la lógica de estas penas sería que desde el momento en que ponemos junto a la pena privativa de libertad, penas no privativas de la libertad, habría menos aplicación de la primera y se reduciría el número de prisioneros en nuestras cárceles

Por otra parte, supone direccionar la actuación de los establecimientos penitenciario al logro de las exigencias propias de ubicar al hombre en el centro de todo análisis, de manera que en las constituciones se establezcan dos grandes líneas: por una parte la pretensión humanitaria, que es la preocupación por los derechos del hombre encarcelado con la preservación de la dignidad y benevolencia en el trato y por el otro el desarrollo de una política de tratamiento, readaptación y reinserción social.

El humanismo impone que todas las relaciones humanas que el Derecho Penal hace surgir se regulen sobre la base de la responsabilidad social hacia el delincuente, sin negar su libertad como hombre,

---

<sup>10</sup> Ver Luís R. López Bombino *et al*, *Ética Marxista-leninista*, La Habana, MES, s.f., 2 t., t.1, 468 p. p. 209.

y de una decidida voluntad de recuperación del condenado.<sup>11</sup> Este aporte de la Escuela de Von Liszt, implica que se contemple en las Constituciones como principio rector del cumplimiento de la pena privativa de libertad; y en consecuencia se prohíben expresamente la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, declarando el carácter excepcional de la pena de muerte.

Y en esta Política criminal penitenciaria democrática y esencialmente humanista, si bien se ha de atender a los criterios de su formación y actuación en base a los principios y garantías individuales, de preferencia aquéllas consagradas internacionalmente; además de útil, debe ser humana, no podemos olvidar el papel que desempeñan los documentos internacionales de Derechos Humanos, que han establecido la prohibición de aplicación de penas inhumanas y degradantes, así como el tratamiento y las condiciones del cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Precisamente el movimiento liderado por la Criminología crítica y el minimalismo penal pusieron sobre el tapete la situación de los establecimientos penitenciarios América Latina en la pasada centuria, definiendo como inhumanas y degradantes el cumplimiento de la pena privativa de libertad a razón del hacinamiento carcelario y el irrespeto a los derechos de los sancionados; problemática aún no resuelta en el contexto contemporáneo.

En este sentido, los países de latinoamericanos están llamados a orientarse hacia una Política criminal penitenciaria democrática y humanista, y así se manifiesta en las recomendaciones del Derecho Positivo de las Naciones Unidas y en los Documentos internacionales de Derechos Humanos.<sup>12</sup> Igualmente, en relación con la aplicación de las medidas no privativas de libertad, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990, que contiene las reglas mínimas sobre las medidas no privativas de

---

<sup>11</sup> Especial importancia reviste la corriente denominada de la "Défense Sociale", con Marc Ancel a la cabeza, que considera que el mantenimiento de la paz jurídica y la reinserción social del condenado constituyen las metas esenciales del Derecho Penal.

<sup>12</sup> Entre ellos resaltamos: la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* - 1948; *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* - 1966; y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* - 1969, como reglas de derecho público interno de aquellas Naciones que se adherirán.

libertad, conocidas como reglas de Tokio, es decir, el conjunto de principios básicos para promover la aplicación de estas medidas y las salvaguardias mínimas para las personas a quienes se le aplican medidas sustitutivas de la prisión, las que tienen por objeto fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente en lo que respecta al tratamiento del delincuente, así como en fomentar su sentido de responsabilidad hacia la sociedad.

Esta concepción humanista exige además que los profesionales del Derecho adopten una postura humanista, objetivando la solución del conflicto social generado por la infracción penal, es decir, el ilícito. Y requiere que tanto el autor del crimen como la víctima precisen atención, pues una política penitenciaria o penal alternativa no tiene otra salida si no pasar a atender al hombre que se encuentra en medio de ese proceso, lo cual transita desde el tratamiento a la víctima de los delitos como titulares del bien jurídico afectado, hasta la ejecución de la sanción que si bien es el resultado de un delito, es un ser humano quien va a enfrentar los aciertos y desaciertos de sistema que seamos capaces de diseñar para lograr su adecuada reinserción en la sociedad.

Las Naciones Unidas en el año de 1985 aprobó la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos” (Res. 40/34/ ONU). Pero al hablar de derechos de las víctimas no se puede olvidar de los Derechos Humanos de los presos, hay que continuar el trabajo de concientización por su necesidad de hacerse efectivo en el Estado de Derecho. Hay que comprometer también al legislativo, para dar prioridad a las sanciones no privativas de libertad.

Hemos de detenernos en una categoría utilizada en el pasado siglo como función esencial de los establecimiento penitenciario: la resocialización del interno a los efectos de su reincorporación a la sociedad. En este proceso el individuo debe recibir un tratamiento penitenciario que posibilite no solo modificar su conducta delictiva sino su incorporación al medio social de origen, luego de haber permanecido, por un periodo más o menos prolongado, en una institución penitenciaria; y en este sentido, se han definido tres componentes básicos para alcanzar el óptimo tratamiento penitenciario, a tenor:

- 1) Condiciones materiales y de vida adecuadas en los centros donde se extingue sanción;
- 2) Personal con alto nivel de preparación y disposición para acometer el trabajo reeducativo;

- 3) Existencia de programas de empleo y superación acordes a las características y necesidades de los reclusos.<sup>13</sup>

La resocialización se concibe como las actividad que tiende a ampliar las habilidades sociales, hábitos, valores de libertad, a través de la educación, capacitación profesional, actividades deportivas; es contar con políticas activas que tiendan a morigerar el problema central de los reclusos: la restricción de su libertad; es mitigar los efectos negativos y desocializadores que genera el encierro.

El proceso de resocialización se convierte así, en palabras de García Valdez, en una “plataforma de promoción social y un elemento de reconstrucción de la personalidad del delincuente afectada por el delito”.<sup>14</sup> Sin embargo, las posturas asumidas por la corriente humanista dentro de la psicología moderna han defendido la idea de que no se trata de resocializar sino de una continuidad del proceso de socialización, propio del ser humano desde su nacimiento hasta su muerte, y en el cual el establecimiento penitenciario es el medio del cual el interno recibe las influencias necesarias para logra incorporarse a su lugar de origen.

Es dejar atrás la idea de que el interno está segregado porque el establecimiento penitenciario es un lugar para ello; es romper con los esquemas impuestos por los efectos de prisionalización o la existencia de la “subcultura carcelaria”. De lo que se trata es de dimensionar la concepción de que también el establecimiento penitenciario es parte de la sociedad y por tanto el interno ha de recibir un sistema de influencias que le posibilite una adecuada integración social.

Sin embargo, aún nos debatimos con equívocas concepciones acerca del papel rezocializador del establecimiento penitenciario; sustentado en más de 200 años en los que las instituciones vienen teniendo un efecto deteriorante y reproductor e ineficaz a los efectos de la prevención. Y es inevitable la necesidad de asumir esta realidad

---

<sup>13</sup> MARTÍNEZ BLACO, Aleisi, “El proceso de resocialización en el Municipio de Bejucal en las condiciones actuales desde una visión criminológica: teoría y práctica”: Tesis en Opción al Grado de Master en Ciencias Criminológicas; Tutores: Dr. Ramón de la Cruz Ochoa – Msc. Marisol Soñora Cabaleiro; Universidad de la Habana, Año 2004; pp. 90-123-124.

<sup>14</sup> GARCÍA VALDEZ, M., “El trabajo penitenciario en España”; *Cuadernos de Política Criminal*, 1980, p. 93.

si se pretende avanzar hacia un modelo penitenciario más humano, presentándose como exigencias, que el recluso como objeto del tratamiento educativo y eslabón fundamental entre la pena y dicho tratamiento; un sistema penitenciario progresivo; con oportunidades laborales y de superación profesional; la apertura de un proceso de comunicación e interacción entre la cárcel y la sociedad; la valoración de la personalidad del recluso; un personal penitenciario idóneo; aseguramientos de condiciones de vida dentro de la prisión así como un clima y ambiente de superación, dotado de medios para el ejercicio responsable de la libertad.

Un programa concebido sobre esta base iusfilosófica tendría un objetivo claro y posible: agotar los esfuerzos para que la cárcel sea lo menos deteriorante posible, tanto para los reclusos como para el personal que allí labora; y posibilite que en cooperación con iniciativas comunitarias, se eleve el nivel de invulnerabilidad de la persona frente al poder del sistema penal. Esto requiere un cambio de actitud en los profesionales de las instituciones penitenciarias, dándoles la máxima responsabilidad a los profesionales de las áreas de ciencias sociales que operan en los sistemas penitenciarios y que tienen intervención con los reclusos y el resto del personal penitenciario. Esta nueva actitud solo se impondrá en la medida en que el propio personal vaya tomando conciencia del efecto deteriorante de su comportamiento sobre los presos y sobre si mismo.

Ya en todo el mundo se ha reconocido que los establecimientos penitenciarios organizados exclusivamente para castigar, tienen resultados negativos e indeseables, por eso, los establecimientos penitenciarios del futuro deberán ser esencialmente escuelas. Centros donde de conjunto con la instrucción propiamente, se desarrollen las facultades que distinguen al hombre de los demás seres de la naturaleza: criterio, voluntad, sentido de responsabilidad; facultades a desarrollar en cada individualidad. Sin ellas, podrá mantenerse al hombre como un ser natural; pero no podrá contarse con él como factor social, tal y como nos advirtió hace ya algunos años Jesús A. Portocarrero.<sup>15</sup>

Debe hacerse de cada hombre transgresor, en la medida de lo posible, un ser libre y autónomo y reformar en él los mecanismos so-

---

<sup>15</sup> PORTOCARRERO, Jesús A., *Proyecciones actuales de la Ciencia Penitenciaria*; La Habana, 1944, p. 102.

ciales; enseñándole y cultivándolo después en él cuidadosamente, el principio de la obligación social, imperativo necesario de toda convivencia. Recordando el concepto de persona de William James, hay que capacitarlo para el esfuerzo humano, orientado por la perspectiva de alcanzar un fin.<sup>16</sup>

Por otra parte, esperamos que la ley de ejecución de sanciones que se vienen concibiendo por más de dos décadas reúna las pautas que definen una concepción justa y humana a los efectos de la ejecución de la sanción privativa de libertad. En tanto hemos de contribuir a la reinserción del hombre al medio social, lo que se logra sin necesidad de su “enjaulamiento”. Pues es la única manera de alejarnos de los horrores descritos hace más de dos siglos por Beccaria cuando refirió: ...” Y aún los gemidos de los infelices sacrificados a la cruel ignorancia y a la insensible indolencia; los bárbaros tormentos con pródiga e inútil severidad multiplicados por delitos, o no probados o quiméricos; la suciedad y los horrores de una prisión, aumentados por el más cruel verdugo de los miserables, que es la incertidumbre de su suerte, debieran mover aquella clase de magistrados que guían las opiniones de los entendimientos humanos<sup>17</sup>.

Respecto al tema de la regulación jurídica para la ejecución de sanciones en Cuba, resulta un tanto dispersa. Hasta el presente, la encontramos en la Ley 62, Código Penal, el Reglamento Penitenciario vigente por la Orden s/n del Vice Ministro del Interior de Enero de 1997 y el Proyecto de Ley de Organización del Sistema Penitenciario, Novena Versión de Julio del 2003. Por su parte la Ley de Procedimiento Penal también regula las normativas en torno a este particular, en los artículos del 490 al 498. Sin embargo, tal dispersión no ha afectado en modo alguno la aplicación adecuada de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos pero nos conduce a su análisis a la luz del principio de humanismo.

Si bien el principio de humanismo no está plasmado expresamente en las disposiciones que rigen el tratamiento a reclusos, se ha sido consecuente con su contenido mediante la elaboración, por la Dirección de Establecimientos Penitenciarios del Ministerio del Interior, de

---

<sup>16</sup> Persona es, en efecto, para William James, todo ser que lucha para la consecución de fines. Por lo que desde su concepción importa capacitar al hombre para una preocupación y una acción finalista.

<sup>17</sup> BONESANA, Ob. cit. p. 56.

determinadas indicaciones que aseguren una correcta aplicación de la política penitenciaria<sup>18</sup> en correspondencia con la regulación jurídica que en tal sentido recoge nuestro ordenamiento jurídico.

La Constitución de 1976, señala en su artículo 57 que el detenido o preso es inviolable en su integridad personal. Por su parte, el Código Penal cubano establece los derechos y los principales elementos de la atención y el tratamiento penitenciario, y entre ellos se resalta, el hecho de que el sancionado no puede ser objeto de castigos corporales ni es admisible que se emplee contra este ninguna medida que signifique humillación o menoscabo a su dignidad<sup>19</sup>, elementos que son tenidos en cuenta por todos y cada uno de los sujetos que están implicados en el proceso de ejecución de la sanción y que deben salvaguardar los derechos de los reclusos.

En este sentido, el Ministerio del Interior atendiendo a la dispersión normativa que existía en cuanto a la ejecución de sanciones, en Octubre del 2004 puso en vigor, con carácter experimental el Reglamento del Sistema Penitenciario, con el objetivo de adecuar las normativas de trabajo de los centros penitenciarios a tono con los criterios más actualizados y en correspondencia con los tratados y convenciones internacionales en materia de cumplimiento de sanciones penales de los que nuestro país es parte.

Las finalidades de este reglamento están dirigidas a educar a los sancionados y asegurados en un espíritu de actitud correcta hacia el trabajo, la observancia de las leyes y el respeto a las normas de la convivencia social. En este sentido, el trabajo constituye un elemento fundamental en el proceso reeducativo<sup>20</sup>, estableciéndose que las condiciones de trabajo de los reclusos no tendrán un carácter aflictivo ni atentarán contra su dignidad humana.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> Orden 1 del 3 de enero de 1991 pone en vigor las normas y procedimientos para la ejecución del control penal de los establecimientos y secciones independientes de prisión provisional, reeducación, seguridad penal y para los sancionados a trabajo correccional con internamiento, cuestiones que fueron enriquecidas con la comunicación del 2 de enero de 1997 que pone en vigor de forma provisional el reglamento del sistema penitenciario, derogándose las restantes normativas.

<sup>19</sup> Ver en el Código Penal Ley No. 62, artículos 30 y 31.

<sup>20</sup> Artículo 36 del reglamento penitenciario.

<sup>21</sup> Artículo 37.

Como elemento importante para nuestro análisis, tenemos el artículo 5 del Reglamento Penitenciario, el cual establece que los jueces y fiscales tendrán el acceso a los establecimientos penitenciarios y demás lugares de internamiento para inspeccionar la ejecución de las sanciones y medidas de seguridad detentivas impuestas por los tribunales, con el fin de contribuir al alcance de sus objetivos. Sin embargo, en la práctica los tribunales dejan a la administración penitenciaria la facultad de ejecutar la sentencia con muy poco control de su cumplimiento. La presencia judicial en la fase ejecutiva<sup>22</sup> es prácticamente nula, no así la del fiscal<sup>23</sup> quien incursiona con mayor periodicidad para el control de la legalidad en los establecimientos penitenciarios donde, entre otras obligaciones, debe verificar el trato que reciben los reclusos en relación con su integridad física, moral y psicológica así como el régimen de beneficios que le correspondan.

El rol del juez, desde la perspectiva cubana, no puede quedar limitado a imponer la sanción, su actuación debe ir mucho más allá, al control del sancionado en el cumplimiento de ésta, bien sea en el establecimiento penal como condenado a prisión, o en la comunidad, como beneficiado con una de las sanciones que sustituyen esta pena o sujeto a la prueba que establece la Libertad Condicional o anticipada o el que dispone la Remisión Condicional, o aquel que se señala en el otorgamiento de la Licencia Extrapenal o la Suspensión del Trabajo Correccional con Internamiento. Sin embargo, por mucho tiempo su actuación se limitó, en el momento más importante del proceso de educación, a recibir informes para poder llevar a cabo las modificaciones o beneficios en cada caso.

---

<sup>22</sup> Prevista en La ley No. 82 "Ley de los Tribunales Populares" de julio del 1997, la cual establece en su artículo 7 la obligación de los tribunales de ejecutar los fallos firmes que se dicten y de vigilar el cumplimiento de estos por los organismos encargados de intervenir en el proceso de ejecución.

<sup>23</sup> Ley No. 83 Ley de la Fiscalía General de la Republica, 1997, en su artículo 23. 1 reconoce la facultad de los órganos de la fiscalía para el cumplimiento de la legalidad en los centros penitenciarios y de reclusión, internamiento y detención en correspondencia con los artículos del 127 al 130 de la Constitución y a los establecidos en la Ley de Procedimiento en tal sentido.

En igual sentido, hemos de pensar en la posibilidad de que al dictar sentencia se pueda disponer la Remisión Condicional de la sanción que no sea superior a cinco años de privación de libertad, atendiendo a las características individuales del sancionado, su vida anterior, sus relaciones personales, el medio en que se desenvuelve y vive, los cuales hagan suponer fundadamente que el fin de la punición puede ser alcanzado sin ejecutar la pena, la que quedará en suspenso. Es en sí mismo un perdón por el hecho cometido, realizado por el Estado, que sin lugar a dudas expresa una especial consideración a la condición humana.

Interesante resulta sin lugar a dudas la figura dentro de la administración de justicia en Cuba, de los llamados Jueces de Vigilancia o Jueces de Ejecución, con misiones que se concretan en el criterio sostenido de que la ejecución de la pena de privación de libertad no debe ser atribución exclusiva de la administración penitenciaria, por lo que no debe quedar en manos de esta autoridad el proceso de cumplimiento de la sanción, y debe ser la jurisdicción a través de su personal especializado quien responda por el proceso de ejecución de la sanción privativa de libertad.

Así el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular el 14 de diciembre de 2000, dictó la Instrucción 163 y con ella, se dio vida a la figura del Juez Encargado del Control de la Ejecución de Sanciones Subsidiarias, Beneficios de Excarcelación y Medidas de Seguridad no Detentivas, dando sus primeros pasos de avances el proceso de control de los sancionados en Cuba.

Esta institución y las experiencias defendidas en el ámbito penitenciario cubano bajo el criterio de que la educación de los sancionados y su formación, constituyen la premisa fundamental para que las cárceles dejen de constituir escuelas del crimen y se conviertan en verdaderos centros de instrucción y superación para los sancionados garantizándose su reincorporación a la sociedad, situación que los coloca en condiciones de vivir de forma digna en la sociedad de la cual forman parte.

El perfeccionamiento del sistema jurídico penal en materia penitenciaria es un reclamo constante de los operadores jurídicos cubanos, por lo que la promulgación de una Ley de Ejecución de Sanciones se hace cada vez mas necesaria, en este sentido, se han elaborado varias versiones con los criterios mas avanzados en cuanto al tratamiento penitenciario y sobre todo relacionados con el control de la ejecución de sanciones privativas de libertad.

Uno de los proyectos de Ley de Organización del Sistema Penitenciario para el Tratamiento de Reclusos contiene regulaciones inspira-

das en el actual Reglamento de prisiones y a diferencia de cualquier cuerpo normativo que le antecede, estableció en su artículo 3 el principio de humanismo al establecer que: “ La ejecución de la sanción de privación de libertad, de trabajo correccional con internamiento y la medida de seguridad reeducativa de internamiento, se fundamenta en el régimen progresivo, y en el mas estricto respeto a la dignidad humana. Queda terminantemente prohibido someter a las personas privadas de libertad a cualquier clase de vejámenes, tratos crueles inhumano o degradantes así como emplear, contra estas medios ilícitos de coerción”<sup>24</sup>.

Sin embargo, a los incontables esfuerzos recientes aún no logramos fraguar una norma contentiva de las regulaciones relativas a la ejecución de sanciones en Cuba. La promulgación de esta ley contribuiría a la supresión de la diversidad legislativa existente en la actualidad y a la humanización de la ejecución de sanciones, erigiéndose como garantía para el sancionado y facilitando la actuación de los operadores jurídicos y no jurídicos encargados de esta función.

No obstante, las incuestionables problemáticas en el orden material y jurídico que enfrenta en la actualidad el sistema penitenciario cubano, son muchos los esfuerzos encaminados hacia el respeto a la dignidad humana y garantizar la reinserción social de los sancionados. Es por ello que hemos implementado y perfeccionado el modelo de tratamiento educativo, dirigido a la modificación de conductas y hábitos presentes en los reclusos con el empleo de un conjunto de métodos, técnica y vías que influyeran, refuerzan valores y desarrollen cualidades físicas e intelectuales encaminadas a transformar la conducta del sancionado.

Para ello, se han venido fomentando estrategias que garanticen los más adecuados métodos de tratamiento educativo durante la reclusión de los sancionados con penas o medidas de seguridad que suponen internamiento, como por ejemplo la puesta en marcha de una serie de programas<sup>25</sup>, lo cual permite no solo su reincorporación

---

<sup>24</sup> Ver en Proyecto de Ley de Organización del Sistema Penitenciario para el Tratamiento a los Reclusos. Versión Novena de fecha 23 de julio de 2003. DEP, La Habana. 2003.

<sup>25</sup> Como el Confianza, El Programa Audiovisual de los Establecimientos Penitenciarios, el cual abarca los programas de Universidad para Todos y otros que tienen por objetivo la superación cultural, política y técnica

a la sociedad, sino logra que el recluso se perfeccione, instruya y salga convertido en una persona capaz de ocupar un lugar digno en la sociedad, dejando atrás los efectos estigmatizantes y desocializadores que afectan un bien tan importante como la libertad: la dignidad humana.

El mundo camina hacia la modernidad y la tendencia a la existencia de un sistema penitenciario más humano y socializador es latente cada vez más. Resulta imposible negarse al desarrollo que experimenta el tema carcelario cuando el propio condenado necesita que la sociedad lo acoja en su seno y se logre que la idea delictiva que se gesta en el ser humano sea eliminada no a partir de concepciones de miedo al castigo sino apelando a la conciencia del ser humano.

Probablemente la preocupación de las personas seguirá siendo que la pena de prisión sea la disuasión, retribución, y aislamiento de los criminales peligrosos. En lo que a política penal oficial se refiere, la principal preocupación sobre las prisiones será mantener a los delincuentes fuera de ellas, usando un sistema de libertad vigilada, libertad condicional y otras medidas institucionales.

El propósito principal de la corrección del condenado, que consulta con preferencia al castigo, radica en que no hay "sistema penitenciario" propiamente, y toda reforma que no tienda a este objeto, no puede recibir otro nombre que el de simple cambio de régimen, puesto que, al sistema penitenciario corresponde no solo la función de castigar, sino la corrección; en otros términos, su fin es la rehabilitación del alma más que el suplicio del cuerpo, y en esto consiste su excelencia, y los imponderables beneficios de que es deudora la humanidad.

Eric Hobsbawm, terminaba un libro por el siglo XX con la frase que me permitiré tomar prestada para poner a lo que aquí se cuenta.

---

de los reclusos En este programa, como parte de la Batalla de Ideas, se utilizan los medios de divulgación masiva e instrucción política de manera sistemática de forma tal que la población penal se mantenga informada del acontecer nacional e internacional, lo que impide que rompa de manera radical su vínculo con la sociedad. Por su parte el Programa de Superación que se ha llevado a cabo en los centros penitenciarios cubanos, va mas allá de la superación básica, pues el recluso tiene posibilidades de continuar sus estudios y obtener carreras como Cultura Física y Estudios Socioculturales,

“La historia –entre otras muchas y más importantes cosas– es el registro de los crímenes y de las locuras de la humanidad. Pero no ayuda a hacer profecías.”

### 3. A modo de conclusiones

A lo largo de los siglos XIX y XX se incursionó en una continua búsqueda de modelos penitenciarios dinámicos capaces de satisfacer las metas resocializadoras, situándose como piedra angular la idea del tratamiento resocializador, e iniciándose un largo camino en el sistema penitenciario hacia la subjetividad, que constituye el faro de la individualización del tratamiento, ya que debe estar en consonancia con las características singulares del individuo concreto. El siglo XXI ha heredado estas aspiraciones y en una lucha que nos resistimos a considerarla utópica se buscan soluciones y alternativas a los flagelos legados por la pasada centuria.

El discurso del tratamiento resocializador fundado en la criminología etiológica y, especialmente, en la criminología crítica, ha quedado atrás. Ha llegado el momento de comenzar la elaboración de una filosofía de “trato humano reductor de la vulnerabilidad”, la cual implica la implementación de nuevas estrategias penitenciarias capaces de hacer desaparecer paulatinamente las líneas divisorias que separan al presidio de la sociedad, con la consecuente transformación de la conciencia social sobre el tema, e idóneas para alcanzar los fines que las justifican; donde la relación entre los sujetos no se sustente en el binomio celador – recluso, sino humano - humano y en el que los centros penitenciarios se presenten como talleres del saber y el mejoramiento humano.

La prisión, a decir de Beccaria, es una pena que por necesidad debe, a diferencia de las demás, preceder a la declaración del delito; pero este carácter distintivo suyo no le quita el otro esencial, esto es, que sólo la ley determine los casos en que el hombre es digno de esta pena<sup>26</sup>.

En la actualidad se defiende la idea de modelos penitenciarios capaces de satisfacer las metas socializadoras, en los que se sitúe como piedra angular la idea del tratamiento socializador, lo que implica

---

<sup>26</sup> BECCARIA, César., Ob Cit. p. 134.

la implementación de nuevas estrategias penitenciarias capaces de hacer desaparecer paulatinamente las líneas divisorias que separan al presidio de la sociedad, con la consecuente transformación de la conciencia social sobre el tema, de manera que permita alcanzar los fines que las justifican y donde desde el momento en el que el hombre se enfrenta a un proceso penal seamos capaces de brindar un tratamiento justo, humano y digno.

En este ámbito si bien nuestro país ha ido dando pasos importantes, no es poco lo que queda por hacer. Debemos continuar trabajando en la capacitación del personal que labora en los centros penitenciarios y sobre todo fomentar las estrategias de trabajo individualizado que sean capaces de llegar a cada uno de nuestros reclusos como una tarea de primer orden. Debemos lograr que ese Derecho Penal, como última ratio, se erija sobre los fundamentos del humanismo, y que el proceso penal cubano se acerque a lo que en esta materia se exige acorde a su realidad y en función del perfeccionamiento de sus instituciones, entre estas la institución penitenciaria.

## 4. Bibliografía

### Obras generales

- ALESSANDRO, Baratta, *Criminología y Sistema Penal*. Editorial Montevideo. Buenos Aires. Argentina. 2004.
- Almeda Elisabet; Rubio, Joana, y Rovira Marc; “La cárcel no sirve para reinsertar”; Revista “El Ciervo”; # 642-643, Septiembre- Octubre, 2004.
- ARNANZ, E., “Cultura y prisión”; Editorial Popular, Madrid, 1988
- BARROS, Cesar Leal, “Prisión, crepúsculo de una era”. Editorial Porrúa. Mexico. 2000.
- BECCARIA, César, “De los delitos y de las penas” (introducción, notas y traducción por F. Tomás Valiente). Reimpresión. Madrid. 1979.
- CASANUEVA, Héctor, “Maritain, para Humanizar la Globalización”. Ensayo que forma parte del libro ‘Vigencia de Maritain’, editado por el propio Embajador Casanueva y publicado en Chile para conmemorar el trigésimo aniversario de la muerte de Jacques Maritain. Abril, 2003.
- FERNÁNDEZ, Eusebio, “Teoría de la Justicia y Derechos Humanos”. Editorial Debate. Madrid. España. 1984.
- GARCÍA VALDEZ, M., “El trabajo penitenciario en España”; Cuadernos de Política Criminal, 1980.

JESCHECH, Hans, "Tratado penal", Parte General, ( Trad. Manzanares Samariago), 4ta. Edición completamente corregida y ampliada, Granada, 1993.

### **Publicaciones periódicas**

ALBIN ESER, M. C. J., "Una justicia a la medida del ser humano". Revista de la Asociación de Ciencias penales de Costa Rica. Año 10. No. 15 Diciembre 1998.

### **Documentos**

ARMIENTA, Gonzalo, "Los Derechos Humanos en el Contexto Internacional". Ponencia del Encuentro Internacional Escuela De Verano De La Habana Sobre Temas Penales Contemporáneos, La Habana, Julio del 2005.

BAILONE, Matías, "Abolicionismo, o cómo destruir el arrogante imperio del poder punitivo". Ponencia del Encuentro Internacional Escuela De Verano De La Habana Sobre Temas Penales Contemporáneos, La Habana, Julio del 2005.

Proyecto de Ley de Organización del Sistema Penitenciario para el Tratamiento a los Reclusos. Versión Novena de fecha 23 de Julio del 2003. DEP, La Haban. 2003.

MARTÍNEZ BLANCO, Aleisi, "El proceso de resocialización en el Municipio de Bejucal en las condiciones actuales desde una visión criminológica: teoría y práctica": Tesis en Opción al Grado de Master en Ciencias Criminológicas; Tutores: Dr. Ramón de la Cruz Ochoa – Msc. Marisol Soñora Cabaleiro; Universidad de la Habana, Año 2004.

### **Instrumentos Jurídicos Internacionales**

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia organizada transnacional. Naciones Unidas. Año 2000.

Instrumentos Internacionales de Protección de Derechos Humanos. Publicado por el Instituto de Derechos Humanos y la Comisión de la Unión Europea. Talleres de Mundo Gráfico de San José de Costa Rica, 1998.

Declaración Universal de los derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de Diciembre de 1948. Ed. D. E. P, La Habana, 2003.

Declaración Universal de los Derechos Humanos - 1948

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - 1966

Convención Americana sobre Derechos Humanos - 1969

## **Normas jurídicas nacionales**

Ley de Ejecución de Sanciones de 1948.

Código Penal, Ley No. 21. De 15 de Febrero de 1979. Publicación oficial del MINJUS. La Habana 1979.ç

Ley de Procedimiento Penal. Ley No. 5 del 13 de agosto de 1977.

Reglamento de los Sistemas Penitenciario.

Ley No. 82 de 1997. Ley de los Tribunales Populares.

Ley No. 83 de 1997. Ley de la Fiscalía General de la República.

Instrucción No. 163 y 163 BIS del 2000 de Consejo de Gobierno del TSP.

Reglamento de los centros de internamiento para mujeres aseguradas con medidas de seguridad educativas por el ejercicio de la prostitución.

Procedimiento para el Trabajo educativo en los centros penitenciarios.

Dictamen No. 293 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de 29 de agosto de 1988, sobre el otorgamiento de la libertad condicional a los menores de 20 años, que son reincidentes o multirreincidentes.

Instrucción No. 163 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, de 14 de diciembre del 2000, sobre la implementación experimental de jueces encargados del control de la ejecución de sanciones penales alternativas a la privación de libertad.

Instrucción No. 175 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, de 21 de julio del 2004, sobre la política penal.

## **Sitios Web visitados**

<http://www.derechopenalonline.com/ensayos/zaffaroni.htm>

<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/derecho/wolk1.rtf>

<http://oemcomputer/todoiure/publicid.htm>

<http://www.derechopenal.com.ar>

# Evolución de los derechos humanos en la Constitución Mexicana

DRA. CELIA GUADALUPE TORRES AYALA\*

DR. FÉLIX MAURO HIGUERA SÁNCHEZ\*\*

MTRA. LETICIA MARÍA GONZÁLEZ VELÁSQUEZ\*\*\*

## Sumario

1. Nota Introductoria
2. Conceptos de Derechos Humanos
3. Protección Internacional de los Derechos Humanos
4. Los derechos humanos históricamente reconocidos en nuestras constituciones
5. Conclusiones Finales
6. Fuentes Consultadas

## I. Nota Introductoria

Nuestro país ha sido cauteloso en la protección y defensa de los derechos humanos, que ha venido tutelando en las distintas legislaciones constitucionales que ha tenido a través de su historia.

---

\* Doctora en Administración Educativa. Profesora de Tiempo Completo Adscrita al Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad de Sonora, Unidad Regional Sur. [cgtorres@navojoa.uson.mx](mailto:cgtorres@navojoa.uson.mx)

\*\* Doctor en Administración Educativa. Profesor adscrito al Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad de Sonora, Unidad Regional Sur. [fhiguera@navojoa.uson.mx](mailto:fhiguera@navojoa.uson.mx)

\*\*\* Mtra. En Administración, Profesora de Tiempo Completo adscrita al Departamento de Ciencias Económicas Administrativas, Unidad Regional Sur. [lgv@navojoa.uson.mx](mailto:lgv@navojoa.uson.mx)

En este trabajo se abordaran primeramente algunos conceptos manejados por tratadistas nacionales e internaciones, quienes manejan un concepto sobre lo que para ellos consideran son los derechos humanos y que se ha constituido a través de profundas reflexiones filosóficas y éticas a través de la vida social.

Posteriormente se analizara los instrumentos internacionales de los cuales México ha firmado su compromiso de proteger y defender los derechos humanos del pueblo mexicano, así como el rango constitucional de los tratados en materia de derechos humanos.

Por último, se hace un recorrido histórico para ver el proceso evolutivo que han tenido a través de los siglos los derechos humanos en las diversas constituciones que van desde el México Independiente hasta nuestros tiempos.

## 2. Conceptos de Derechos Humanos

En la actualidad el tema de los derechos humanos se ha hecho de interés general, convirtiéndose en objeto de análisis y debate cotidiano en todos los involucrados en tratamiento, conocimiento, debate y la protección de los mismos, sin embargo, al ser un tema de discusión no hay uniformidad de concepto en la materia, lo que a menudo suele confundirse, a través de la historia se les ha llamado derechos naturales, derechos individuales, derechos del hombre y del ciudadano, derechos fundamentales, derechos subjetivos, entre otros, siendo una concepción muy amplia y diversa, que desde nuestro particular punto de vista la esencia de los mismos son exclusivos del ser humano.

A continuación, se hace referencia a tratadistas que abordan tal definición de derechos humanos:

Según DE PINA VARA, Rafael. Los derechos son un conjunto de las facultades otorgadas o reconocidas por las normas del derecho objetivo.<sup>1</sup> Los cuales son productos del hombre y por lo cual se dicen que todos los derechos son humanos.

Para el autor Luis Bazdresch, menciona que es difícil dar una definición precisa de los derechos humanos porque agrupan facultades con distintas características y efectos, así que propone una noción de conjunto, en términos muy generales y prácticos; "... los derechos

---

<sup>1</sup> DE PINA VARA, Rafael, Diccionario de Derecho, Edit. Porrúa, 29ª edición, México 2000. p. 242.

humanos son facultades que los hombres tienen por razón de su propia naturaleza, de la naturaleza de las cosas y del ambiente en el que viven, para conservar, aprovechar y utilizar libre pero lícitamente sus propias aptitudes, su actividad, y los elementos de que honestamente pueden disponer a fin de lograr su bienestar y su progreso personal, familiar y social".<sup>2</sup>

Para el autor Luis Díaz Muller, los derechos humanos "... son entendidos como aquellos principios inherentes a la dignidad humana que necesita el hombre para alcanzar sus fines como persona y para dar lo mejor de sí a la sociedad, son aquellos reconocimientos mínimos sin los cuales la existencia del individuo o la colectividad carecerían de significado y de fin en sí mismas. Consisten en la satisfacción de las necesidades morales y materiales de la persona humana".<sup>3</sup>

Por su parte, José Castán Tobeñas define la acepción derechos del hombre con el siguiente contenido: "...aquellos derechos fundamentales de la persona humana considerada tanto en su aspecto individual como comunitario que corresponden a este por razón de su propia naturaleza y esencia, y que deben ser reconocidos y respetados por todo poder y autoridad y toda norma jurídica positiva, cediendo no obstante en su ejercicio, antes de las exigencias del bien común...".<sup>4</sup>

Asimismo, el Maestro Ignacio Burgoa ha considerado que "los derechos humanos se traducen en imperativos éticos emanados de la naturaleza del hombre que se traducen en el respeto a su vida, dignidad y libertad en su dimensión de persona o ente autoteleológico."<sup>5</sup>

El Instituto de Investigaciones Jurídicas se ha pronunciado sobre la concepción de los derechos humanos como; "... el conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y meca-

---

<sup>2</sup> BAZDRESCH, Luis, *Garantías Constitucionales*. 5ª ed., México, Ed. Trillas, 2000, p. 34.

<sup>3</sup> DÍAZ MULLER, Luis, *Manual de Derechos Humanos*. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1992, p. 53.

<sup>4</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José, *Los Derechos del Hombre*. 4ª ed., Ed. Reus, Madrid, España, 1992, p. 35.

<sup>5</sup> BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las Garantías Individuales*. 33ª ed., México, Porrúa, 2000, p. 55.

nismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerado en lo individual y colectivamente”.<sup>6</sup>

Jack Donnelly apunta que los derechos humanos “...son literalmente los derechos que una persona posee por el simple hecho de que es un ser humano: *droits de l’homme*, *Menschenrechte*, los derechos del hombre”.<sup>7</sup>

Mireille Roccatti expresa que los derechos humanos “son aquellas facultades y prerrogativas inherentes a la persona humana que le corresponden por su propia naturaleza, indispensables para asegurar su pleno desarrollo dentro de una sociedad organizada, mismos que deben ser reconocidos y respetados por el poder público o autoridad debiendo ser garantizados por el orden jurídico positivo”.<sup>8</sup>

Se concluye que la conceptualización manifestada de una u otra manera son prerrogativas inherentes a la persona de diversa índole como son civil, política, económica, social, cultural y ambiental, los cuales el ser humano no pudiera vivir sin ellas y que son indispensables para que se desarrolle tanto personal como parte de una sociedad.

### 3. Protección Internacional de los Derechos Humanos

El origen de la protección de los derechos humanos si bien es cierto se trataron de regular en los siglos XVII, lo cierto es que al finalizar la Segunda Guerra Mundial y la creación de las Naciones Unidas, los miembros de la comunidad internacional preocupados por todas las serie de crueldades cometidos en perjuicio de la población civil se dieron a la tarea de incorporar a la Carta de las Naciones Unidas el instrumento adecuado para garantizar que los derechos de todas las personas estuvieran protegidos en cualquier lugar y en todo momento. Dicho instrumento sería consolidado como la Declaración

---

<sup>6</sup> INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano, 7ª ed., México, Porrúa, 1994, p. 63.

<sup>7</sup> DONNELLY, Jack. Derechos humanos universales, teoría y práctica, trad. Por Ana Isabel Stellino, 2ª ed., México, Gernika, 1998, p. 23.

<sup>8</sup> ROCCATTi, Mirreille. Los Derechos Humanos y la experiencia del Ombudsman en México. 2ª ed., Toluca, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 1995, p. 19.

Universal de Derechos Humanos (DUDH), en 1946, la que permitiría salvaguardar los derechos humanos y las libertades fundamentales inherentes de todo ser humano, constituyendo así el fundamento de las normas internacionales sobre derechos humanos, independientemente de la nacionalidad, lugar de residencia, género, origen nacional o étnico, color de piel, religión, idioma o cualquier otra condición.

A partir de la celebración de la Declaración Universal de Derechos Humanos, han surgido tratados internacionales en materia de derechos humanos en los que México ha ratificado, a continuación se hará referencia a los de carácter general.<sup>9</sup>

Nombre	Publicación en el D.O.F.
1. Carta de la Organización de los Estados Americanos.	13/01/1949
2. Carta de las Naciones Unidas.	09/10/1946
3. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica	07/05/1981
4. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969.	14/02/1975
5. Convención sobre el Estatuto de los Apátridas.	25/08/2000
6. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.	09/10/1946
7. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.	20/05/1981 F. DE E. 22/06/1981
8. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.	12/05/1981
9. Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Protocolo de San Salvador.	01/09/1998
10. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.	03/05/2002
11. Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Destinado a Abolir la Pena de Muerte.	26/10/2007

<sup>9</sup> Relación elaborada por la Secretaría General de Acuerdos, la Coordinación de Asesores de la Presidencia y el Centro de Documentación y Análisis, Archivos y Compilación de Leyes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en: <http://www.scjn.gob.mx/2010/Paginas/PrincipalV2010.aspx>.

Con el tiempo, los tratados internacionales de derechos humanos se han ido centrando y especializando tanto en los temas que abordan como en los grupos sociales que precisan de su protección. La legislación relativa a los derechos humanos sigue creciendo y ampliando los derechos y libertades fundamentales que figuran en la Carta Internacional de Derechos Humanos, abordando asuntos como la discriminación racial, la tortura, las desapariciones forzadas, las personas con discapacidad, y los derechos de la mujer, los niños, los migrantes, las minorías y los pueblos indígenas.<sup>10</sup>

Le corresponde al derecho internacional establecer las normas que deben cumplir los Estados al ser parte de un tratado que por que asumen deberes y obligaciones en virtud del derecho internacional, y se comprometen a respetar, proteger y promover los derechos humanos. La obligación de respetar supone que los Estados deben abstenerse de restringir los derechos humanos o de interferir en su realización. La obligación de proteger exige que los Estados protejan a las personas o grupos de personas de las violaciones de los derechos humanos. La obligación de promover significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar la realización de los derechos humanos básicos.<sup>11</sup>

México ha suscrito tratados de diversa índole en materia de derechos humanos como son: Asilo, Derecho Internacional Humanitario, Desaparición forzada, Discapacitados, Discriminación racial, Educación y cultura, Esclavitud, Genocidio, Medio ambiente, Menores, Migración, Minorías y pueblos indígenas, Mujeres, entre otros.

Al respecto la como lo ha precisado el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

*Los tratados en derechos humanos suscritos por México se entienden como ampliación de los derechos que reconoce la Constitución Federal, circunstancia que se explica si se considera el principio de universalidad que rige en la materia y, además, que la Carta Magna, en su artículo 15, sujeta la autorización de éstos, en materia de derechos humanos, a respetar como mínimo los derechos y garantías en ella consagrados. Así, se cumple cabalmente la complementariedad de los tratados internacionales en derechos*

---

<sup>10</sup> <http://www.un.org/es/documents/udhr/law.shtml>

<sup>11</sup> Idem.

*humanos, pues los derechos y garantías otorgados en la Constitución se amplían en atención a lo dispuesto en esos instrumentos.*<sup>12</sup>

Por tanto, en nuestro sistema jurídico los tratados internacionales en materia de derechos humanos tienen una jerarquía especial, como lo manifiesta el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa y del Trabajo del Décimo Primer Circuito en el criterio aislado que enseguida se transcribe:

**TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN.**

Los tratados o convenciones suscritos por el Estado Mexicano relativos a derechos humanos, deben ubicarse a nivel de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque dichos instrumentos internacionales se conciben como una extensión de lo previsto en esa Ley Fundamental respecto a los derechos humanos, en tanto que constituyen la razón y el objeto de las instituciones. Por lo que los principios que conforman el derecho subjetivo público, deben adecuarse a las diversas finalidades de los medios de defensa que prevé la propia Constitución y de acuerdo con su artículo 133 las autoridades mexicanas deben respetarlos, por lo que bajo ninguna circunstancia pueden ser ignorados por ellos al actuar de acuerdo a su ámbito competencial.<sup>13</sup>

#### **4. Los derechos humanos históricamente reconocidos en nuestras constituciones**

En este apartado se hará un recorrido histórico de como las constituciones de nuestro país han considerado de una u otra manera los derechos humanos:

En la época de los aztecas, se reconocían ciertos derechos como en el caso de la mujer azteca tenía derecho a la propiedad y podía

---

<sup>12</sup> Facultad de investigación 1/2007 (Dictamen). Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXI, febrero de 2010, p. 149. Reg. IUS. 21,995.

<sup>13</sup> Tesis XI.1o.A.T.45 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXI, mayo de 2010, p. 2079. Reg. IUS. 164,509.

reclamar justicia ante el Consejo. Por otra parte, existía una suerte de contratación de servicios, donde se podía reconocer la libertad de trabajo y el derecho a una justa retribución.<sup>14</sup>

Más tarde, durante la Colonia, basados en virtud de principios religiosos y morales producto de la evangelización de los aborígenes, lo que da lugar a una tendencia de protección hacia los habitantes originarios de la Nueva España, como lo revelan los preceptos protectores de los aborígenes, contenidos en las Leyes de Indias.<sup>15</sup>

En la Constitución de Cádiz de 1812, no hay un apartado específico para los derechos humanos, sin embargo hay un reconocimiento de los mismos:

*Art. 4. La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen.*<sup>16</sup>

La Constitución de 1814 contiene, en su capítulo V, intitulado “De la igualdad, seguridad, propiedad y libertad de los Ciudadanos”, un amplio catálogo de derechos, precisándose, en el artículo 24 del Texto Constitucional, lo siguiente:

Art. 24. La felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad. La íntegra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos y el único fin de las asociaciones políticas.

La primera Constitución del México independiente de 1824, no incluye específicamente un apartado de derechos, sin embargo, hace alusión a la libertad de expresión e imprenta, a la inviolabilidad del domicilio, a la prohibición de detenciones sin orden judicial, a la no confiscación de bienes, a la no aplicación de leyes retroactivas y al acceso a la justicia.

---

<sup>14</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Las garantías individuales. Parte general, México, SCJN, 2004, colección Garantías individuales, No. 1, p. 42.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 42-43.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 43-44.

Las Leyes Supremas de 1836 y 1843, establecen de manera hacen referencia a los derechos humanos de la siguiente manera:

- 1836: Bases y Leyes Constitucionales de la República Mexicana en su artículo 2º. establece: *“A todos los transeúntes, estantes y habitantes del Territorio mexicano, mientras respeten la religión y las leyes del país, la nación les guardará y hará guardar los derechos que legítimamente les correspondan: el derecho de gentes y el internacional designan cuáles son los extranjeros: una ley constitucional declarará los particulares al ciudadano mexicano”*<sup>17</sup>

La Constitución de 1843 establecía en su artículo 9º. un conjunto de derechos para los habitantes de la República.

El Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, instituía que una ley fijará las garantías de libertad, seguridad, propiedad e igualdad de que gozan todos los habitantes de la República, y establecerá los medios de hacerlas efectivas.

La Constitución Federal de 1857 hacía referencia a que el pueblo mexicano reconoce, que los derechos del hombre son la base y objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara, que todas las leyes y todas las autoridades del país, deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución

Nuestra Constitución Mexicana es considerada como una de las primeras que contiene un catálogo de derechos esenciales de los individuos, pero, además, con el objeto de proteger a los sectores de la sociedad que, por su especial situación de desventaja, requieren de mayor protección, como es el caso de los trabajadores, los campesinos y los indígenas, comprende también los derechos sociales, siendo pionera en el mundo en consignar este tipo de derechos.<sup>18</sup>

La Constitución vigente desde 1917 desde su promulgación hacía alusión a los derechos del hombre con el término “garantías individuales”, sin embargo con la reforma de 2010 dicho concepto cambia al de “derechos humanos”, plasmando un catálogo muy amplio siendo la cuarta parte del articulado constitucional, que se complementa

---

<sup>17</sup> Tena Ramírez, Felipe, Leyes Fundamentales de México 1808-2005, 24a. ed., México, Porrúa, 2005, p. 203.

<sup>18</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Las garantías individuales. Parte general, op. cit., p. 45; y, Quintana Roldán, Carlos F. y Sabido Peniche, Norma D., op. cit., p. 37.

con las disposiciones establecidas en los tratados internacionales del cual nuestro país es parte.

El 6 y 10 de junio de 2011 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación, dos reformas constitucionales que transforman radicalmente el modelo de organización jurídica del estado mexicano; a tal grado que podríamos decir que es la reforma constitucional más importante desde 1917, en que fue expedida la constitución mexicana vigente; pues modifica sustancialmente la llamada “parte dogmática” de la constitución.

Esta reforma contiene modificaciones importantes en aspectos sustantivos, orgánicos y procesales, respecto a los derechos humanos.

La reforma publicada el 10 de junio de 2011, implica modificaciones conceptuales y epistemológicas a la noción de los derechos humanos, que impactan sustancialmente en lo que se venía considerando como nuestra propia “Teoría de los Derechos Humanos.”

En el artículo 1º. Constitucional, se regresa a la visión iusnaturalista que prevalecía en la constitución de 1857, al establecer que la constitución reconoce los derechos humanos, a diferencia del texto original de 1917 que consideraba las garantías individuales como algo otorgado por la propia norma.

Con dichas reformas dejaron de existir las “garantías individuales” (como concepto), para dar paso a de “derechos humanos”, igualmente, se está dando a los tratados de derechos humanos el mismo nivel que la propia constitución (se podrá hasta promover amparo por violación a tratados), y se incorpora a la constitución el “principio pro homine” o “principio pro persona” como fundamento básico en la interpretación de normas relativas a derechos humanos.

Asimismo, se incorporan la interdependencia, universalidad indivisibilidad y progresividad, como principios rectores que rigen los derechos humanos.

En la reforma se incorporan los derechos humanos como un principio a seguir en materias como la educación (artículo 3) la readaptación social de delincuentes (artículo 18) o la política exterior mexicana (artículo 89 fracción X).

También debe resaltarse que la reforma incluye, en el desarrollo del derecho a la no discriminación, el adjetivo “sexuales”, que había sido negado a la discriminación por preferencias en la reforma constitucional que insertó el texto de ese derecho en el artículo 1 de nuestra Carta Magna, publicada el 14 de agosto de 2001.

De igual forma, debe resaltarse el hecho de que se tocaron figuras que permanecieron intocadas durante mucho tiempo, como la

“suspensión de garantías” (hoy suspensión de derechos humanos) prevista en el artículo 29 constitucional, para armonizarla con la reforma, y el artículo 33, dando por primera vez derecho a una debida defensa a los extranjeros expulsados del territorio nacional, cuya presencia pueda ser considerada pernicioso para el país.

En otro orden de ideas, con estas reformas el amparo deja de ser solo un juicio de “control de constitucionalidad” y se vuelve también “control de convencionalidad” (en relación a los tratados).

Se refuerza también la facultad de la CNDH para ejercer “presión” para que sus recomendaciones sean aceptadas, al tener la posibilidad de citar a los funcionarios ante las comisiones legislativas de la materia, para que informen las causas por las que no aceptan alguna recomendación, o las razones por las que no se haya cumplido alguna recomendación una vez aceptada.

Las reformas, la publicada el 6 de junio nos lleva a que el “Amparo contra Leyes” ahora se deberá llamar “Amparo contra normas de carácter general” y podrá tener efectos “erga omnes” o generales, a diferencia de la relatividad de los efectos de las sentencias (mal llamada “Fórmula Otero”) que actualmente provoca estados de excepción al permitir que solo quienes tienen dinero para tramitar un amparo puedan dejar de sufrir la aplicación de una ley inconstitucional

Otro de los puntos importantes de la reforma de derechos humanos (que contiene aspectos sustantivos, orgánicos y procesales) fue quitar el “candado” que impedía a la CNDH conocer de asuntos en materia laboral. A partir de ahora, tiene competencia para este tipo de asuntos.

Con la reforma de 2011, actualmente los preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ordenamiento cuyo Título Primero, Capítulo I, se intitula “De los derechos humanos y sus garantías” en los que, de manera prioritaria, se reconocen, los que se enlistan a continuación:

## TÍTULO PRIMERO

### CAPÍTULO I

#### De los Derechos Humanos y sus Garantías

**Artículo 1º.** En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

(...)

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

### **Artículo 3o.**

(...)

La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.

I a VIII. (...)

**Artículo 11.** Toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.

En caso de persecución, por motivos de orden político, toda persona tiene derecho de solicitar asilo; por causas de carácter humanitario se recibirá refugio. La ley regulará sus procedencias y excepciones.

**Artículo 15.** No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los

que se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

**Artículo 18. (...)**

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

(...)

(...)

(...)

(...)

(...)

(...)

(...)

**Artículo 29.** En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde.

En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de

legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.

Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.

Artículo 33. Son personas extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional y gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución.

El Ejecutivo de la Unión, previa audiencia, podrá expulsar del territorio nacional a personas extranjeras con fundamento en la ley, la cual regulará el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención.

(...)

#### **Artículo 89. (...)**

I a IX. (...)

X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos y la lucha por la paz y la seguridad internacionales;

XI a XX. (...)

**Artículo 97. (...)**

La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá solicitar al Consejo de la Judicatura Federal que averigüe la conducta de algún juez o magistrado federal.

(...)

(...)

(...)

(...)

**Artículo 102.**

A. (...)

B. (...)

Los organismos a que se refiere el párrafo anterior, formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias, denuncias y quejas ante las autoridades respectivas. Todo servidor público está obligado a responder las recomendaciones que les presenten estos organismos. Cuando las recomendaciones emitidas no sean aceptadas o cumplidas por las autoridades o servidores públicos, éstos deberán fundar, motivar y hacer pública su negativa; además, la Cámara de Senadores o en sus recesos la Comisión Permanente, o las legislaturas de las entidades federativas, según corresponda, podrán llamar, a solicitud de estos organismos, a las autoridades o servidores públicos responsables para que comparezcan ante dichos órganos legislativos, a efecto de que expliquen el motivo de su negativa.

Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales y jurisdiccionales.

(...)

Las Constituciones de los Estados y el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal establecerán y garantizarán la autonomía de los organismos de protección de los derechos humanos.

(...)

(...)

La elección del titular de la presidencia de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, así como de los integrantes del Consejo Consultivo, y de titulares de los organismos de protección de los derechos humanos de las entidades federativas, se ajustarán a un procedimiento de consulta pública, que deberá ser transparente, en los términos y condiciones que determine la ley.

(...)

(...)

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos podrá investigar hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, el gobernador de un Estado, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal o las legislaturas de las entidades federativas.

**Artículo 105.** La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral y a lo establecido en el artículo 46 de esta Constitución, se susciten entre:

a - k) (...)

(...)

(...)

II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

a - f) (...)

g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

(...)

(...)

(...)

III. (...)

(...)

(...)

Hoy la Constitución ha cambiado la posición de Estado; el Estado es un sujeto obligado a cumplir con la protección a los derechos humanos, y la sociedad, es ahora definida como sujeto de derechos que le debe proteger el Estado mexicano. En esta medida el Estado reconoce, pero no otorga, el Estado reconoce la plena ciudadanía y debe garantizar los derechos humanos de ésta.

Esta reforma pone en el centro de atención y reconocimiento al ser humano, a la persona, a la cual no sólo se le respetan los derechos consignados en la Constitución, sino también en los tratados internacionales suscritos por México y ratificados por el Senado de la República, de esta manera el conjunto de normas protectoras de los derechos humanos de todos los mexicanos creció exponencialmente. El derecho positivo mexicano se engrosó.

No obstante a tres años de la reforma constitucional ¿podríamos decir que hemos logrado mejores condiciones de vida para la población?, ¿existe la igualdad plena tanto formal como estructural?, ¿o será que sólo fue una reforma y que hoy no da visos de cumplimiento por parte del Estado mexicano?

Si se considera que el cambio fue de tal magnitud el Estado y sociedad, ya deberían estar viendo muchas más modificaciones y que tendremos que seguir viendo muchas más en todos los planos, en el cuidado del medio ambiente, en la educación y la salud de la población, en la seguridad pública, pero vemos que muchas cosas aún no cambian, seguimos con las mismas dinámicas, que tanto han dolido a la sociedad, servidores públicos que discriminan, impunidad y mucha corrupción aún.

Es un enorme reto que tienen que encabezar las autoridades, pero también, la ciudadanía, en términos de respeto, pero también de exigir adecuadamente los derechos y de poder hacerlos justiciables, también es un reto para la sociedad que sigamos creciendo en esta perspectiva, pero sobre todo contar con una cultura de los derechos humanos.

## 5. Conclusiones Finales

La protección de los derechos humanos desde sus inicios tiene como objetivo principal el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los seres humanos.

El concepto de derechos humanos suele ser diverso según la concepción de algunos tratadistas nacionales e internacionales pues independiente de su expresión conceptual encontramos una enorme

variabilidad de significado para aludir a ellos como: “derechos”, “humanos”, “fundamentales”, “naturales”, “universales”, “constitucionales”, “subjetivos”, “morales”, “individuales”, “colectivos”, “civiles”, “políticos”, “económicos”, “sociales”, “culturales”, etc.

Le corresponde a los Estados miembros de Naciones Unidas observar la debida protección y defensa de los derechos humanos, comprometiéndose a través de los diversos instrumentos internacionales ratificados por nuestro país y elevados a rango constitucional, tienen el mismo valor y efecto vinculatorio que los previstos en nuestra Carta Magna, mismos que van desde los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres hasta Asilo, Derecho Internacional Humanitario, Desaparición forzada, Discapacitados, Discriminación racial, Educación y cultura, Esclavitud, Genocidio, Medio ambiente, Menores, Migración, Minorías y pueblos indígenas, Mujeres, entre otros.

## 6. Fuentes Consultadas

- BAZDRESCH, Luis, Garantías Constitucionales. 5ª ed., México, Ed. Trillas, 2000, p. 34.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Las Garantías Individuales. 33ª ed., México, Porrúa, 2000, p. 55.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, Los Derechos del Hombre. 4ª ed., Ed. Reus, Madrid, España, 1992, p. 35.
- DÍAZ MULLER, Luis, Manual de Derechos Humanos. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1992, p. 53.
- DE PINA VARA, Rafael, Diccionario de Derecho, Edit. Porrúa, 29ª edición, México 2000. p. 242.
- DONNELLY, Jack, Derechos humanos universales, teoría y práctica, trad. Por Ana Isabel Stellino, 2ª ed., México, Gernika, 1998, p. 23.
- Facultad de investigación 1/2007 (Dictamen). Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXI, febrero de 2010, p. 149. Reg. IUS. 21,995.
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Diccionario Jurídico Mexicano, 7ª ed., México, Porrúa, 1994, p. 63.
- ROCCATTI, Mirreille, Los Derechos Humanos y la experiencia del Ombudsman en México. 2ª ed., Toluca, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 1995, p. 19.

Relación elaborada por la Secretaría General de Acuerdos, la Coordinación de Asesores de la Presidencia y el Centro de Documentación y Análisis, Archivos y Compilación de Leyes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en: <http://www.scjn.gob.mx/2010/Paginas/PrincipalV2010.aspx>.

Tesis XI.1o.A.T.45 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXI, mayo de 2010, p. 2079. Reg. IUS. 164,509.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-2005*, 24a. ed., México, Porrúa, 2005, p. 203.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Las garantías individuales. Parte general*, México, SCJN, 2004, colección *Garantías individuales*, núm. 1, p. 42.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Las garantías individuales. Parte general*, op. cit., p. 45; y, Quintana Roldán, Carlos F. y Sabido Peniche, Norma D., op. cit., p. 37.

### Sitios Web

<http://www.scjn.gob.mx/2010/Paginas/PrincipalV2010.aspx>.

<http://www.un.org/es/documents/udhr/law.shtml>

# Memoria, Verdad y Justicia en Democracia

DR. ANTENOR R. FERREYRA\*

## Sumario

1. Introducción
2. Ponencia Genérica sobre objetivo, táctica y estrategia
3. Ponencia Central sobre metodología de trabajo
4. Plan Sistemático y Reparación
5. Éxitos y debilidades del Sistema Interamericano de DH
6. Los juicios de Lesa en Argentina en el contexto internacional
7. Conclusiones

## 1. Introducción

El presente trabajo se refiere a las dificultades y herramientas que la experiencia fue encontrando en la lucha contra la impunidad.

En este camino se rescatan algunas conclusiones arribadas en esa lucha en la que transitara el pueblo y sus organizaciones, especialmente las vinculadas a los derechos humanos, acompañadas por juristas inmersos en la búsqueda de herramientas tendientes a lograr los objetivos señalados.

Estas conclusiones –que a los fines de esta monografía las mencionaremos como no centrales- tienen que ver con tácticas y estrategias judiciales. Ellas constituyen hipótesis de trabajo aplicables a los países de la región, a la América Latina y del Caribe, a la que preferimos referirnos como a nuestra América Morena.

---

\* Abogado de Santiago del Estero, República Argentina, miembro de la Asociación Americana de Juristas. [arferreyra@arnetbiz.com.ar](mailto:arferreyra@arnetbiz.com.ar)

Sin embargo lo central –y a la vez novedoso- de la ponencia que acá exponemos, consiste en proponer una metodología de trabajo que una a todos los abogados y abogadas de la región en un proyecto que, describiendo similitudes y diferencias establezca criterios sobre cómo sintetizar la información especializada que circula y cómo debe encararse el trabajo, con la vista colocada sobre el abogado litigante en causas de Lesa Humanidad y su interacción con un grupo de expertos en la materia.

Tanto a las conclusiones no centrales como a las centrales se arriba a través de la actividad litigante en 30 años en Argentina con frutos inigualables a nivel internacional.

## **2. Ponencia Genérica sobre objetivo, táctica y estrategia**

- a) En los juicios por delitos de Lesa Humanidad debe exponerse la existencia de un plan sistemático en el cual la estructura de poder y mando generaba una clara cadena de responsabilidades, en que el autor mediato tuvo mayor responsabilidad política;
- b) uno de los objetivos fundamentales debe ser la celeridad en el desarrollo de los juicios respetando las normas del debido proceso, especialmente las que acreditan la existencia del plan y su metodología;
- c) el objeto principal de los procesos es la reparación histórica, verdad, memoria, justicia, especialmente que la sociedad registre lo ocurrido, a través de una sentencia condenatoria, no importando tanto el monto de la pena como la existencia misma de la sentencia.
- d) para ello es menester y suficiente la unificación de los juicios, tratando de realizar procesos universales. Pero también debe garantizarse que cada lugar, cada rincón del país tenga su juicio para que la sociedad local sea reparada;
- e) los ideólogos y sus cómplices civiles fueron autores mediatos que tuvieron dominio sobre las fuerzas armadas. Además de perseguir penalmente a los cuadros superiores y a los autores inmediatos, constituye un objetivo primordial la persecución a los empresarios que se beneficiaron con el terrorismo de estado, a los capellanes que participaban de las sesiones de torturas, a los jueces y fiscales que garantizaron la impunidad;
- f) el paramilitarismo no debe quedar impune pues forma parte del mismo plan;

g) el accionar de las fuerzas armadas necesariamente tuvo consecuencias no centrales pero sí previstas, tales como los botines de guerra y delitos sexuales. La realización de estas conductas en forma generalizada y sistemática en casi todos los países del continente, constituye crimen de Lesa Humanidad.

### **3. Ponencia Central sobre metodología de trabajo**

Los países miembros de la Asociación Americana de Juristas (AAJ) han pasado por situaciones diversas, pero atravesadas por un plan común a toda la región. Un importante rol de la AAJ debiera ser de fortalecimiento y contribución para aquellos países que están iniciando los juicios por delitos de lesa humanidad, integrando un equipo de expertos que pueda intercambiar experiencias. Esta asistencia jurídica e intercambio de experiencias sería un formidable aporte de la A.A.J. en la lucha contra la impunidad en el continente.

## **DESARROLLO**

### **4. Plan Sistemático y Reparación**

La Memoria, la Verdad y la Justicia son temas preocupantes y objeto de obligada reflexión en las débiles democracias latinoamericanas, así como su conflictiva relación con la impunidad, en particular referencia al juzgamiento de los responsables del Plan Criminal desplegado durante las últimas dictaduras.

El “plan criminal” diseñado en la Escuela de las Américas para la región, configuró un tríptico “secreto – clandestinidad – impunidad” que caracteriza al terrorismo de estado.

El tema central, en la etapa de juzgamiento, debiera consistir en que el procedimiento de conocimiento y decisión en el juzgamiento se corresponda con la universalidad del genocidio, del “plan criminal”, para que no se pierda la dimensión y significado institucional de estas causas. Para comprender la acción represiva y establecer la cadena de responsabilidades, debe ubicarse al plan como una de las herramientas tácticas destinadas al sometimiento de las soberanías.

Resulta un compromiso con la memoria histórica de nuestros pueblos y como una prevención para lo futuro, tal como reiteradamente lo expresara la Corte IDH, instrumentar en conciencia y en acto la expresión “nunca más”; para ello hay que desterrar por completo la

idea de la impunidad, sólo así puede erigirse la justicia en elemento reparador. En la medida que se comprenda que el plan de exterminio no fue producto individual ni fruto de la casualidad sino que obedeció a las razones expresadas, habremos garantizado el tan ansiado “nunca más”.

Antes de retirarse, todas las dictaduras dictaron sus propias leyes de impunidad y el poder económico que se nutrió de aquéllas aseguró la continuidad de su dominio, por ello, incluso gobiernos constitucionales elegidos por el voto popular, mantuvieron o dictaron legislación que impide o dificulta el juzgamiento del genocidio.

La impunidad puede ser definida como *“La falta, en su conjunto, de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones a los derechos protegidos por la Convención Americana”*.<sup>1</sup> No cabe duda que nos enfrentamos a un entramado que intenta evitar los juicios contra el poder, un poder que se ha adueñado de la vida y la muerte y que no dudó en recurrir a la utilización de la violencia como método de solución de conflictos para afianzar sus intereses de clase. Es un error confundir los cambios de estrategia, con un presunto abandono de la violencia como método. Del mismo modo que minimizar las consecuencias económicas y políticas producto del ejercicio de esa violencia.

El poder económico, beneficiario del genocidio, mantiene su estructura en esta etapa en que los países de la región han recuperado la institucionalidad. Ahora acude a nuevas formas para derrocar gobiernos constitucionales.

Bien puede afirmarse que los tradicionales golpes militares son sólo tácticas empleadas por el capital monopólico para preservar o multiplicar su poder. Ejemplo de ello lo constituye la sustitución de las fuerzas armadas por policías para intentar provocar golpes de estado, en Ecuador y Venezuela, o el empleo de medios alternativos desestabilizadores como el fallido intento de los sojeros en Argentina y Bolivia. Lamentablemente el ensayo de “golpe institucional”, ha prosperado en Honduras y Paraguay.

Las empresas que monopolizan los medios de comunicación han acompañado tanto a las más sangrientas dictaduras como a estos procesos destituyentes, legitimando a los gobiernos irregulares en la medida de sus intereses de clase.

---

<sup>1</sup> Corte IDH – Caso de Tribunal Constitucional – sentencia del 31/01/01.

## 5. Éxitos y debilidades del Sistema Interamericano de DH

Los tribunales internacionales han reaccionado contra los crímenes de masa, poniéndose a la cabeza de los órganos judiciales nacionales en el continente.

Las acciones “in loco” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>2</sup> y, especialmente, los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como “Barrios Altos”<sup>3</sup> contra el estado de Perú cuyo criterio resulta aplicable a cualquier otro instituto procesal que pretenda extraer de la justicia a una persona o grupo de personas responsables de graves violaciones a los derechos humanos, se han erigido en barreras contra el terrorismo de estado.

La Corte IDH, así, ha generado jurisprudencia sobre el estrecho vínculo existente entre *las causas penales y el acceso al derecho a la verdad de las víctimas y sus familiares*.<sup>4</sup>

En la Republica Argentina, luego de la amnistía e indultos dictados por los gobiernos post dictatoriales, la prolongada lucha de los organismos de derechos humanos y el necesario auxilio de un destacado número de abogados y abogadas abrió paso a una jurisprudencia que, paulatinamente, reconoció que el derecho a la reparación incluye el tríptico *memoria-verdad-justicia*.

El sistema interamericano no fue ajeno a este desarrollo indicando a la Argentina que los delitos de Lesa Humanidad son imprescriptibles y deben repararse. En el “Caso Córdoba”, interpuesto por un grupo de víctimas de esa provincia argentina, la Comisión Intera-

---

<sup>2</sup> V.gr: Chile (1974), Argentina (1978)

<sup>3</sup> la Corte dispuso que “...son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que prendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves a los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos...”

<sup>4</sup> (Corte IDH – Caso Bárnaca Velázquez – sentencia de 25 de noviembre del 2000; Corte IDH – Caso Velázquez Rodríguez - sentencia del 29 de julio de 1988; Corte IDH – Caso Almonacid Arellano – sentencia del 26 de septiembre de 2006).

americana de Derechos Humanos, luego de interpelar al Estado logró que las partes llegaran a un acuerdo amistoso que culminó con la sanción del decreto 70 del año 1991, que estableciera el derecho a la reparación económica pese a que los tribunales nacionales habían decretado su prescripción<sup>5</sup>. Ésta es la primera norma jurídica que otorga una reparación económica a las víctimas, también la primera en ser obtenida a través del sistema interamericano de DH<sup>6</sup>.

Lo expresado no debe hacernos perder la perspectiva de que la CIDH es un órgano autónomo de la OEA, organismo legitimante de las innumerables intervenciones del imperialismo en la región. Somos conscientes de la crisis de la CIDH cuyo presupuesto depende del aporte de la OEA<sup>7</sup>, importante regulador de sus decisiones en las que la defensa de las empresas de noticias ocupa un espacio considerable, especialmente a partir de la irrupción de los gobiernos llamados latinoamericanistas o bolivarianos. Hoy, debido a su magrísimo presupuesto, el órgano debate si debiera aceptar donaciones que condicionen su libertad, lo que podría ser el principio del fin.

No obstante estas debilidades, la historia de la CIDH nos muestra un balance altamente positivo para los pueblos que luchan por su liberación. Por su parte la jurisprudencia de la Corte IDH ha enriquecido la doctrina en materia de DH por encima de la sentada por el Tribunal Europeo de DH y de las cortes nacionales. La Convención Interamericana de Derechos Humanos, instrumento principal de

---

<sup>5</sup> El Código Civil argentino establece la prescripción bi-anual para reparar daños y perjuicios. Este tiempo había transcurrido con exceso. En un reciente caso la justicia laboral argentina condenó a una empresa por un despido por causas políticas durante la dictadura declarando que estos casos estaban vinculados al plan sistemático por lo cual, siendo delitos de Lesa Humanidad, la acción de reparación es imprescriptible

<sup>6</sup> La petición a la C.I.D.H. fue elevada en febrero de 1989, las audiencias internacionales celebradas en mayo y octubre de 1990 y febrero de 1991, en la que el Gobierno Argentino y los peticionarios acordaron una fórmula de salida del proceso jurisdiccional. En la sesión 1975 del 83 período de Sesiones, la CIDH aprobó el informe N° 1/93, poniendo fin a la litis por vía del art. 49 del Pacto de San José (solución amistosa fundada en el respeto a la recuperación de la verdad histórica y de la memoria colectiva)

<sup>7</sup> La CIDH y la Corte IDH, en conjunto, tienen sólo un 5% del presupuesto de la OEA

aplicación de los órganos del sistema interamericano han constituido un importante aporte al desarrollo del derecho de los pueblos en nuestro continente.

## 6. Los juicios de Lesa en Argentina en el contexto internacional

En el marco de esta lucha, la Argentina está dando un formidable ejemplo al mundo al estar juzgando el genocidio, desde la famosa Causa 13, de 1984, o Juicio a las Juntas. La Corte Suprema, en fallos de los últimos años, ha sentado la doctrina de que en materia de Derechos Humanos la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el intérprete de la Convención Americana.

Hoy pese a que falta un enorme camino a recorrer, con una centena de juicios realizados, con más de 400 condenados, miles de casos instruyéndose, lo destacable del caso argentino es que el juzgamiento está a cargo de jueces naturales elegidos por el procedimiento constitucional y respetando el principio de legalidad. Es decir, que no son tribunales especiales como ha sido el juicio de Núremberg, de la ex Yugoslavia, o Ruanda. Son los tribunales del estado de derecho, exigidos por la lucha del pueblo y sus abogados, los que se atrevieron a derrotar la impunidad y dar una respuesta a la memoria colectiva.

Los magistrados, fiscales y abogados querellantes argentinos, en estos últimos 30 años tuvieron que sentarse a estudiar el Derecho Penal Internacional de Derechos Humanos, estando hoy a la vanguardia de una construcción jurídica absolutamente novedosa que busca dar respuesta a los crímenes de masa (al decir de Zaffaroni) y castigar a los miembros de la empresa criminal conjunta (expresión de Roxin).

Los juicios en la República Argentina, en audiencias habilitadas al público en general, se han extendido a lo largo y a lo ancho del país, mostrando el mapa judicial que cada provincia ha concretado o está haciendo, en ocasiones verdaderas megacausas, con centenares de testigos, docenas de víctimas y de imputados, audiencias orales de 10 o más horas que se prolongan por más de medio año. Se dio la situación que no todos los funcionarios judiciales estaban preparados para enfrentar tamaño compromiso y en no pocos lugares se carecía de abogados entrenados. Es por eso que primero se intentó formar una Red de Abogados de Derechos Humanos, buscando el intercambio de experiencias y las respuestas a cada planteo de las defensas de los genocidas.

## 7. Conclusiones

### A

Desde estos espacios, partiendo de la experiencia de tantos años y un conocimiento profundo de lo subyacente a la táctica de sustitución de gobernantes en la región, se llegó a varias conclusiones:

- a) Debía exponerse la existencia de un plan sistemático, en el cual la estructura de poder y mando generaba una clara cadena de responsabilidades, el autor mediato no sólo tenía mayor responsabilidad política. Responsabilidad, por otra parte, más fácil de acreditar que la del autor directo.
- b) Uno de los objetivos fundamentales debía ser la celeridad en el desarrollo de los juicios y el respeto por las normas del debido proceso<sup>8</sup>. En este camino podían utilizarse las pruebas sustanciadas en otros procesos ya que la existencia del plan y su metodología había sido reconocida por la Corte Suprema.
- c) El objeto principal de los procesos era la reparación histórica, verdad, memoria, justicia, especialmente el registro en la sociedad de lo que había ocurrido. Para ello era importante arribar a la sentencia condenatoria. No importaba tanto el monto de la misma sino la existencia misma de la sentencia.
- d) Para ello era menester y suficiente la unificación de los juicios, tratando de realizar procesos universales. Pero también que cada lugar, cada rincón del país tuviera su juicio para que la sociedad local fuera reparada. Es decir en cada lugar un juicio y un juicio en cada lugar.
- e) Los ideólogos y sus cómplices civiles fueron autores mediatos que tuvieron dominio sobre las fuerzas armadas. En la etapa actual, el objetivo es la persecución a los empresarios que se beneficiaron con el terrorismo de estado, a los capellanes que participaban de las sesiones de torturas, a los jueces y fiscales que garantizaron la impunidad.
- f) El paramilitarismo de los años anteriores al golpe de estado no debía quedar impune pues formaba parte del mismo plan, tal como

---

<sup>8</sup> Una de las consignas de las Madres de Plaza de Mayo fue “darles a los genocidas el juicio que ellos no les dieron a nuestros hijos

- reconociera en su indagatoria prestada en Córdoba el criminal L. B. Menéndez<sup>9</sup> jefe del III Cuerpo del Ejército durante la dictadura.
- g) El Dictador ultra-católico Jorge R. Videla, recientemente reconoció el importante apoyo de la cúpula eclesiástica al golpe de estado y consolidación del gobierno que encabezara. También reconoció que el accionar de las fuerzas armadas necesariamente tenía consecuencias indeseadas en obvia referencia a los botines de guerra<sup>10</sup> y delitos sexuales.
- h) Estas expresiones del principal referente del genocidio no deben dejarse pasar por alto al realizar la imputación, especialmente de los delitos contra la integridad y libertad sexual que, hoy se sabe,

---

<sup>9</sup> En su declaración indagatoria, Menéndez uno de los cuadros de la organización genocida, expresa: "Hace cincuenta años la Argentina fue atacada por subversivos marxistas que por orden y cuenta de la U.R.S.S. y su sucursal americana Cuba, se proponían convertir nuestra República en una dictadura comunista. Frente a esta agresión que se llama Guerra Revolucionaria nuestro país ensayó primero aplicar a los agresores la ley común; ante su fracaso creó la Cámara Federal Penal en el año 1970, que fue disuelta y suprimidas todas sus sentencias en 1973; volvió entonces a la ley común sin resultados; recurrió al terrorismo de Estado con las tres AAA. La subversión desbordó todos estos sistemas, por lo que en el año 1975 la Nación Argentina ordenó a sus Fuerzas Armadas "aniquilar la subversión marxista". Es que la Guerra Revolucionaria es una guerra total ante la cual sólo cabe defenderse con todos los elementos. Y así como el Código Penal no pudo vencer en la guerra, no se pueden encerrar los acontecimientos de una guerra en el Código Penal. Por otra parte este es el primer caso en la historia del mundo en el que los compatriotas juzgan a sus soldados victoriosos, que lucharon y vencieron por y para ellos. Es incomprensible que las instituciones de la República para defender las cuales luchamos y que existen porque triunfamos nosotros, nos juzguen hoy para su regocijo y peor, para beneficio de quienes quisieron y quieren destruir esas instituciones republicanas y cambiarlas por su burdo remedo comunista."

<sup>10</sup> Debe aclararse que existían algunas normas que regulaban la forma de tratamiento de los bienes pertenecientes a las personas asesinadas o secuestradas, pero los robos se hacían habitualmente en exceso de estas normativas y con conocimiento de los cuadros superiores

ha victimizado a la mayor parte de las mujeres sometidas a encierro o desaparición forzada de manera generalizada y sistemática en todo el continente. Bien puede concluirse de ello que en tanto los victimarios fueron en su mayoría hombres, los crímenes más graves fueron consumados contra mujeres.

## B

Recogiendo las experiencias citadas, formuladas por abogados y abogadas trabajando en red<sup>11</sup> en todo el país, la *Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH)*<sup>12</sup> avanzó más y concretó lo que se denomina “*Proyecto de Juicios de Lesa Humanidad*”, que reúne a profesionales de todo el país y da asistencia y contención a las víctimas en los procesos de Lesa Humanidad.<sup>13</sup>

Este proyecto, que se basa en considerar que deben ser los abogados y abogadas militantes en las diversas organizaciones históricas de derechos humanos quienes deben abordar las querellas, cuenta con un equipo móvil de expertos que se constituye en cada lugar donde se inician los juicios para apoyar a los equipos locales de abogados/as y a las víctimas y luego presta asistencia en la construcción de los alegatos.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> A mediados de los 80 la Asociación de Abogados de Buenos Aires comenzó a convocar a abogados y abogadas intervinientes en la lucha contra la impunidad. Estos abogados, con nuevos aportes dieron lugar a la formación, en el año 2000, a la “Red de Abogados por los Derechos Humanos” que funcionó en todo el país hasta hace muy poco, con el mismo objetivo: Abordar los juicios de Lesa Humanidad

<sup>12</sup> ONG con status consultivo en ONU nacida en 1975 como defensa contra el paramilitarismo de la Alianza Argentina Anticomunista. Hoy cuenta con cerca de 40 delegaciones distribuidas en todo el país y comisiones permanentes en Ginebra y Washington

<sup>13</sup> Para más información visitar: [www.apdh-argentina.org.ar/](http://www.apdh-argentina.org.ar/)

<sup>14</sup> Los juicios orales suelen durar entre 6 meses y un año. Se ha considerado que la semana de inicio, en la que se dirimen las excepciones previas y se organiza la prueba, y la semana de cierre en que se realizan los alegatos, constituyen los momentos más complejos y definitorios en los procesos orales de Lesa Humanidad

Los países miembros de la AAJ han pasado por situaciones diversas, pero atravesadas por un plan común a toda la región. Un importante rol de la Asociación Americana de Juristas debiera ser de fortalecimiento y contribución para aquellos países que están iniciando los juicios por delitos de lesa humanidad, integrando un equipo de expertos que pueda intercambiar experiencias, para que el “nunca más” sea una realidad en nuestro continente. Esta asistencia jurídica e intercambio de experiencias sería un formidable aporte de la A.A.J. en la lucha contra la impunidad en el continente.

# El castigo por la práctica de la brujería y el ocultismo a los niños en Angola. Una violación del Principio de Humanidad de las penas

LIC. FRANCISCO DE SOUSA GASPAR DA SILVA\*

## Sumario

1. Introducción
2. Los castigos contra los niños desde el control informal de la sociedad
3. La Convención Internacional de los Derechos del Niño y la aplicación de las sanciones
4. La violencia contra los niños acusados de la práctica de brujería en el mundo. Algunas historias de casos
5. El castigo por la práctica de la brujería y el ocultismo a los niños en Angola. Una violación del Principio de Humanidad de las penas
6. Conclusiones

## 1. Introducción

Todos y cada uno de los niños y niñas tienen derecho a la integridad física y personal y a la protección contra todas las formas de violencia. Como seres humanos deben gozar de todas las garantías que ofrecen los diversos tratados internacionales que se han originado a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Ello incluye, la protección estipulada en los instrumentos jurídicos internacionales relativos al Derecho Internacional Penal, Humanitario y Laboral.

---

\* Doctorando del Departamento de ciencias Penales y Criminológicas de la República de Angola. [francisco@lexc.uh.cu](mailto:francisco@lexc.uh.cu)

Desde la adopción en 1948 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la primera declaración con autoridad (aunque no jurídicamente vinculante) acerca de los derechos humanos, han sido elaborados más de sesenta tratados que tratan la esclavitud, la administración de la justicia, la situación de los refugiados y grupos minoritarios y los derechos humanos.

Todos están fundamentados en los conceptos de la no discriminación, la igualdad y el reconocimiento de la dignidad de cada persona tal como aparecen en la Declaración Universal y cada uno deja claro que los derechos contenidos en él están a disposición de todas las personas, incluidos los niños y niñas, sobre una base de igualdad.

Por lo tanto, los niños y niñas son titulares de los derechos y procedimientos estipulados en la Carta Internacional de Derechos Humanos que consta del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. También son titulares de los derechos y mecanismos de protección establecidos en otros tratados específicos, incluidos aquellos que tratan la eliminación de la discriminación racial, la discriminación contra la mujer, la prevención de la tortura y los derechos de los trabajadores migrantes y los miembros de sus familias. Estos instrumentos, jurídicamente vinculantes para los Estados que los hayan ratificado, incluyen disposiciones que son pertinentes para la eliminación de la violencia contra los niños y niñas.

Algunos tratados, en particular los dos Pactos, también contienen disposiciones que establecen protecciones específicas para los niños y niñas. Así, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales incluye una disposición que exige que los niños y niñas sean protegidos contra la explotación económica y social y que el empleo de niños y niñas en trabajos perjudiciales para su moral o salud, peligrosos para su vida o que puedan impedir su desarrollo normal, debe ser castigado por la ley. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe expresamente la imposición de sentencias de muerte a personas menores de 18 años. También incluye disposiciones que rigen el tratamiento correcto de niñas y niños acusados y convictos que exigen en particular su separación de los adultos acusados e infractores.

## **2. Los castigos contra los niños desde el control informal de la sociedad**

La variedad y el alcance de todas las formas de violencia contra los niños y niñas apenas ahora se están haciendo visibles, así como la

evidencia del daño que hacen. Una gran proporción de niños y niñas en todas las sociedades sufre violencia significativa en sus hogares.

Describir las diferentes experiencias de violencia que sufren los niños y niñas está lejos de ser sencillo. El castigo físico y otras formas de castigo cruel o degradante son empleados por padres y madres y otros miembros de la familia en el hogar, por los responsables del cuidado y protección de los niños y niñas en instituciones, por educadores en las escuelas y también se infligen a niños y niñas en conflicto con la ley.<sup>1</sup> En este orden de ideas se puede señalar que sólo una pequeña proporción de los actos de violencia contra los niños y niñas es denunciada e investigada y pocos autores son procesados.

En muchos lugares del mundo no hay sistemas responsables de registrar e investigar a fondo las denuncias de violencia contra los niños y niñas. En los casos en los que existen estadísticas oficiales basadas en denuncias de violencia en el hogar y otros entornos, estas subestiman dramáticamente la verdadera magnitud del problema. Existen varias razones por las que se da esta falta de denuncia. Los niños y niñas más pequeños que sufren violencia en sus hogares carecen de la capacidad de denunciar. Muchos niños tienen miedo de denunciar los incidentes de violencia por temor a sufrir represalias por parte de los autores o por temor a que la intervención de las autoridades pueda empeorar su situación.

En muchos casos, los padres y madres que deberían proteger a sus hijos e hijas guardan silencio si el responsable de la violencia es el cónyuge u otro miembro de la familia, o un miembro más poderoso de la sociedad, como un empleador, un agente de la policía o un líder comunitario. El temor está estrechamente relacionado con el estigma frecuentemente asociado a la denuncia de la violencia.

La persistente aceptación social de algunos tipos de violencia contra los niños y niñas es un factor importante que contribuye a su perpetuación en casi todos los Estados. Lamentablemente, a veces los niños y niñas, los autores de la violencia contra ellos y el público en general suelen aceptar el castigo psicológico, físico y otras formas

---

<sup>1</sup> *Vid.* Informe mundial sobre LA VIOLENCIA CONTRA LOS NIÑOS Y NIÑAS Paulo Sérgio Pinheiro Experto Independiente para el Estudio del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños- <http://www.observatoriodelainfancia.msssi.gob.es/productos/> Consultado el29/09/14 a las 10h17m.

de castigo cruel o degradante, la intimidación (bullying) y el acoso sexual y una variedad de prácticas tradicionales violentas como una parte inevitable de la niñez y cuando ésta se describe o disfraza como “disciplina,” pueden ser percibidos como normales, particularmente cuando no dan lugar a un daño físico visible y duradero.<sup>2</sup>

### **3. La Convención Internacional de los Derechos del Niño y la aplicación de las sanciones**

El artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que, los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales y tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Por otro lado el artículo 37 instituye que los Estados Partes velarán por qué ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad; no sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda; todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño

---

<sup>2</sup> *Ídem.* (s/p).

privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales y todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.<sup>3</sup>

En esta línea, el artículo 19º, plantea que “los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo; esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.”

Angola ratificó la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, se obliga por fuerza al artículo 19º del referido tratado a la creación efectiva de condiciones legislativas y jurisdiccionales, que prohíban los castigos corporales a los niños y a los jóvenes.

El artículo 8º de la ley 25/12 de 22 de Agosto, Ley sobre la Protección y Desarrollo Integral de los Niños, en Angola, establece que es deber de todo los ciudadano, velar por la dignidad de los niños, garantizar su protección de cualquier tratamiento deshumano, cruel, violento, exploratorio, humillante, estigmatizante, discriminatorio o que de cualquier otra forma atente en contra la dignidad e integridad de los niños.

---

<sup>3</sup> *Vid.* Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

## **4. La violencia contra los niños acusados de la práctica de brujería en el mundo. Algunas historias de casos**

La violencia contra los acusados de la práctica de brujería no se trata de una situación aislada de una sola región, más es una situación que se verifica en casi todos los continentes.

Por ejemplo, en el continente asiático, una mujer de la isla de Sri Lanka en la punta sur de la India, ha sido acusada de lanzar un hechizo a una niña de Arabia de 13 años de edad, durante el viaje de su familia a un centro comercial. Por otra parte, en el continente europeo concretamente en Cornwall, Inglaterra, el consejo local está defendiendo su decisión de incluir la enseñanza de los niños acerca de la brujería en las clases de educación religiosa. Según el Consejo de Cornwall, desde la edad de cinco años, los niños deben empezar a aprender sobre los sitios paganos y a la edad de 11 años, los alumnos pueden comenzar a explorar paganismo moderno y su importancia como muchos en Cornwall. Los críticos dicen que el consejo está ofreciendo lecciones de brujería.

Otro caso se dio cuando un niño de 15 años de edad, Kristy Babu, murió durante un exorcismo realizado por su hermana Magalie-Bamu, de 29 años, y su novio Eric Bikubi, de 28 años. Todos son originarios de la República Democrática del Congo.

El exorcismo fue horriblemente violento, usando un martillo, cincel, cuchillos y barras de metal, por lo que Kristy que estaba viviendo con la pareja en Londres junto con sus otros hermanos, para la Navidad, pedía morir. Bikubi los acusó de llevar la brujería o kindoki a la casa. Dos de los hermanos de Kristy también fueron sometidos a tortura, pero Kristy se convirtió en el principal foco de atención después de orinarse.

No era la primera vez que la pareja ha acusado a alguien de ser una bruja. En 2008 Bikubi acusó a uno de sus huéspedes de ser una bruja después de que él le pidió morderse las uñas. La niña fue sometida a tres días sin alimentos, sin dormir y orando con la pareja para liberar el kindoki así como tener el pelo largo cortado para liberar a los espíritus y en 2005, Kisanga fue declarado culpable de torturar a una niña de ocho años en Londres, en la creencia de que la niña tenía kindoki. Ella dijo al tribunal que, el Kindoki es algo que tienes que

tener miedo porque en nuestra cultura kindoki puede matar y destruir tu vida por completo.<sup>4</sup>

Los casos de brujería están cada vez más en las noticias de las naciones musulmanas. Según reporto el New York Times en abril de 2010, en mayo de 2008, Ali Hussain Sibat, un astrólogo de televisión libanés que fue anfitrión de una llamada psíquica en un show en la televisión árabe, viajó a Arabia Saudita para realizar un peregrinaje religioso a La Meca. La policía religiosa saudí lo detuvo bajo la acusación de brujería. Sibat fue condenado a muerte y su ejecución estaba prevista para abril de 2010. Sin embargo, la presión ejercida por grupos de derechos humanos y el alto perfil de su caso hizo que el gobierno de Arabia Saudita suspendiera su ejecución pero, si bien su ejecución no tuvo lugar, Sibat sigue en la cárcel.

El Islam toma la brujería muy en serio y la prohíbe. En particular, la prohibición tiene que ver con los jinni malos espíritus “genios”, que ocupan un lugar destacado en el folclore local. Si es declarado culpable en Arabia Saudita, una bruja o brujo o alguien confraterniza con los jinni es condenado a muerte. Los saudíes no tienen código penal escrito, los fallos de la Corte se basan en la interpretación de los jueces individuales de la Sharía – la ley religiosa islámica y el castigo es siempre la decapitación de la persona declarada culpable. La ley Saudí no establece claramente prohibir la brujería”, pero el sistema legal del país se basa en una interpretación estricta de la ley islámica”.

La creencia en la magia es parte integral de la tradición islámica y muchos saudíes dicen que su creencia en la hechicería y el jinnies una parte integral del Islam y según Christoph Wilcke, investigador senior para el Oriente Medio y Norte de África de Human Rights Watch, cualquier musulmán que niega su existencia no es un verdadero creyente.

La brujería es un negocio rentable en Arabia Saudita y en todo el mundo musulmán y los pobres, los enfermos y desconsolado,

---

<sup>4</sup> La brujería y el ocultismo-Hemeroteca SdeT, NOTICIAS, Noticias 2012, Religion e ideologías- <http://forosdelavirgen.org/43230-> Consultado el 29/09/14 a las 10h26m

creyendo en la magia, recurren a los adivinos y los herbalistas en busca de ayuda.

En África, en el 2008, el presidente de Tanzania, Jakaya Kikwete, utilizó su discurso de Año Nuevo a la nación para pedir la represión de la brujería por una ola de asesinatos y violaciones de niños.

Culpó a los practicantes de la brujería de las “creencias estúpidas de que tener relaciones sexuales con niños puede traer fortuna”, bien como aquellos que creen que la posesión de algunos órganos de los bebés y los albinos puede convertirlos en ricos y ha ordenado a la policía mano dura con ese tipo de prácticas.

De acuerdo con Kikwete, los albinos están siendo considerados brujos por algunos, y la policía informó de varios casos de exhumación de los cadáveres recién enterrados de personas e infantes para extraer los órganos para hacer pociones.

Según El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), decenas de miles de niños en África cada año son torturados y asesinados a causa de la brujería. La culpa se divide entre los brujos locales y algunas iglesias que han llevado a la oposición a los brujos. En una visita a África, el Papa Benedicto XVI habló fuertemente en contra de los peligros de las creencias en la brujería y otros ritos culturales inhibidores, que han enredado los avances de los africanos y llamó una plaga a la brujería. Los obispos de África en 2009 denunciaron la brujería como un “drama social”, donde en los hogares pobres o los afectados por catástrofes, los culpables son torturados o asesinados culpados de la catástrofe.<sup>5</sup>

El estudio de UNICEF, muestra que poco a poco la comunidad internacional está cada vez sensibilizada de las consecuencias de la brujería y otras creencias inhibidoras del desarrollo en África.

En Ghana, figuras prominentes como el ex presidente Jerry Rawlings, están cuestionando ciertas prácticas culturales inhibidoras que no sólo deshumanizan a los ghaneses y africanos, sino también minan su progreso. Conforme a la Ley de Supresión de la Brujería

---

<sup>5</sup> *Vid* La brujería y el ocultismo-Hemeroteca SdeT, NOTICIAS, Noticias 2012, Religión e ideologías- <http://forosdelavirgen.org/43230>- Consultado el 29/09/14 a las 10h26m.

de Zimbabwe,<sup>6</sup> la participación en prácticas de brujería es un delito punible con una multa o hasta cinco años de cárcel.

El capítulo V de la ley dice lo siguiente: “Toda persona que se dedique a cualquier práctica a sabiendas de que se asocia comúnmente con la brujería, será culpable de participar en una práctica comúnmente asociados con la brujería, si tiene la intención de causar daño a cualquier persona”.

En Nigeria, La Organización no gubernamental nigeriana Child’sRight and Rehabilitation Network (CRARN), ha acogido a más de 160 niños etiquetados como “brujos”. Decenas de niños sufren abusos, son abandonados e incluso asesinados por sus propias familias por esta razón, en un país en el que todavía una gran parte de la población está sumida en la superstición. Muchas personas creen que los niños están poseídos por demonios y que ningún tipo de exorcismo puede librarnos del mal. A menudo, debido a esta marginación, las víctimas inocentes sufren abusos físicos y verbales. Algunos son abandonados por sus familias, otros han sido encontrados con clavos incrustados en el cráneo tras ser acusados de brujería. Los líderes de las iglesias cristianas locales, en comunión de intento con los animistas nigerianos, están llevando a cabo una campaña contra este fenómeno. Los ministros del culto, irónicamente, afirman que el niño-brujo es portador de la destrucción, enfermedad y muerte en su familia, y además poseen la capacidad de lanzar hechizos y contaminar a otras personas.<sup>7</sup>

## **5. El castigo por la práctica de la brujería y el ocultismo a los niños en Angola. Una violación del Principio de Humanidad de las penas**

El artículo 19 de la Convención de los Derechos del Niño, impone a los Estados, adoptar medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos

---

<sup>6</sup> *Ídem.*

<sup>7</sup> *Vid.* -africanigeria-un-refugio-para-los-niños-africanos- NEWS.VA | Copyright News.va &allVatican media sources- <http://www.news.va/es/news/2014>- Consultado el 23/10/14 a las 12h35m.

tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo; esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Los malos tratos pueden traducirse en diversas formas de violencia, fundamentalmente la violencia física, como también la violencia sexual, psicológica o mental.

Los malos tratos físicos surgen cuando los padres o quien sea responsable por el niño, ejercen o permitan que se ejerzan, lesiones físicas o pongan el niño en condiciones del riesgo de lesión física.

Los malos tratos psicológicos también designados como abuso emocional, se refieren a los malos tratos y motivos que atingen a lo niño como objeto de repudio y de humillación y determinan consecuencias negativas sobre su desarrollo efectivo y comportamental. Cuanto el abuso sexual, tratase ciertamente de la categoría de abuso más grave para la salud psíquica del niño o niña.

El Principio de Humanidad, presupone la prohibición de penas crueles y degradantes. Según Jescheck, impone que todas las relaciones humanas que el derecho penal hace surgir en el más amplio sentido, se regulen sobre la base de una vinculación recíproca, de una responsabilidad social hacia el comisor.

Especialmente respecto a los menores se prohíbe la pena de muerte y las penas corporales y se sugiere la reducción en lo posible de la privación de libertad o internamiento.<sup>8</sup>

Beccaria clamaba por una reforma de la legislación penal y por una humanización en la aplicación de la justicia; consideraba la tortura como algo irracional e injusta, que debería ser abolida, pues en

---

<sup>8</sup> Vid. de Armas Fonticoba, T., *Los niños en conflicto con la ley penal en Cuba y la Doctrina de la Protección Integral*. Tesis en opción al Grado de Doctora p. 34.

muchos casos solo sirve para condenar al débil inocente y absolver al delincuente fuerte.<sup>9</sup>

En la República de Angola, se viene a desarrollar un fenómeno repugnante en los últimos años y que durante el periodo de la guerra estuvo oculto. Se trata del fenómeno de acusación de brujería a los niños. Fueron llevados al conocimiento público, diversos casos de violencia física y psicológica sobre los niños acusados del brujería, colocando en riesgo su integridad física, mental y en muchos casos su propia vida.

El artículo 21 de la Ley del Juzgado de Menores en la República de Angola, establece que siempre que se verifique hecho que constituya infracción penal contra el menor, el juzgado de menores debe dar conocimiento del hecho al representante de la fiscalía, junto del tribunal competente, para el procedimiento. Hay acá la intención de articularse las diferentes instituciones con competencia, para la protección jurídica de los niños, para que la acción sea más pronta y efectiva. Siempre que haya indicios de la práctica de infracción penal en contra el niño, la participación del representante de la fiscalía ante el juzgado de menores es una obligación.

En algunos casos fueron llevados a juzgamiento, los responsables materiales y morales de las acciones criminosas contra los niños, todavía en la mayoría de los casos, fue dada una solución meramente asistencial, retirando el niño de lo seno familiar y colocados en instituciones públicas o privadas.<sup>10</sup>

Uno de los casos más recientes se produjo en el municipio de Sambizanga, que se halla en la provincia de Luanda donde la policía nacional, rescató a docenas de niños a los que habían encerrado dentro de una habitación en la que en una hoguera encendida se estaba asando jindungo (un tipo de chile). Uno de estos niños se enfrenta a la posibilidad de perder un brazo debido a la gangrena causada por

---

<sup>9</sup> *Vid.* Beccaria, César, "de los delitos y las penas"-Alianza Editorial S.A Madrid, 1968, pp. 11 y 14.

<sup>10</sup> *Vid.* Medina, M., Lei do Julgado de menores. Código de processo do julgado de menores. Anotados. Legislação complementar. Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. Protocolos Facultativos a mesma Convenção. Regras e Directrizes Internacionais. 2ª Edição. Revista e Actualizada. Colecção Facultade de Direito UAN. Luanda. 2008. pp. 36 y 37.

las heridas infligidas con una cuchilla. Los autores de los hechos creen que este método permite liberar al demonio que habita dentro de los cuerpos de los niños.

Estas prácticas de gran maldad son promovidas normalmente por los miembros de ciertas “iglesias”, que en su mayor parte actúan fuera de la legalidad. Llevados por el misticismo, la malicia, la ignorancia o simplemente por el deseo de deshacerse de una boca más a la que alimentar, los miembros de la familia son los principales responsables de semejante situación. Al creer en la brujería, cuando algo no va bien en casa condenan a sus hijos, sobrinos o descendientes a un sufrimiento atroz.

“Makiesse, un niño Angolano de que tenía seis años, su madrastra lo acusó de brujería y de haber causado la enfermedad que mató a su padre. No podía comer con su familia, tenía que dormir en el aseo, recibía golpes a diario y se vio obligado a realizar rituales de purificación que se parecían más bien a la tortura (ayuno, puñetazos y encarcelación). Makiesse les decía que no era brujo, que quizás un brujo había usado su cara por la noche. Pero nadie lo creía». Un día la familia lo regó de gasolina. Su tío impidió que lo quemaran vivo. Lo sacó a escondidas de Uige y lo llevó hasta la capital, Luanda, a 345 km de distancia. Lo dejó en una iglesia católica que acoge a los niños de la calle. Hace tres años ya de aquello, Makiesse sólo ha recibido dos veces la visita de su hermano mayor. Como entender hoy un comportamiento semejante a los barbaros castigos del siglo XVIII, en que un historiador del derecho penal dice al respecto que “es difícil imaginar, incluso cuando se consultan los documentos originales más seguros, en qué consistían esos lugares de desolación y de sufrimientos físicos y morales, donde no se toleraba ni la pereza ni la fatiga, ni el agotamiento, ni la enfermedad. Se quería dudar de que los hombres hayan podido infligir a otros hombres un tratamiento tan bárbaro”.<sup>11</sup>

Según un estudio, realizado por el Instituto Nacional de la Infancia (INAC), sobre el impacto que estas prácticas tienen en los niños desde

---

<sup>11</sup> Vid. Beccaria César “de los delitos y las penas”-Alianza Editorial S.A Madrid, 1968, pp. 8 y 9.

el punto de vista de la protección de los derechos humanos, señalaba que este tipo de acusaciones vertidas contra los niños se hicieron habituales a finales de los 90, sin relación alguna con las tradiciones históricas de los pueblos locales, todo lo cual contradice lo previsto en el artículo 7 de la Constitución de Angola, que reconoce la validez y la fuerza jurídica de la costumbre desde que no sea contraria a la Constitución ni atente contra la dignidad de la persona humana. La aparición de estos comportamientos se debe a los cambios en la estructura familiar y en el significado de las relaciones de parentesco, tales como los vínculos maternos, que implican cuidar de los hijos.

En Angola, las acusaciones de brujería y los abusos contra los niños se consideran legítimos, lo que a los ojos de la sociedad minimiza la gravedad de los crueles actos cometidos por las familias. Una vez acusados, los niños rara vez se vuelven a integrar en sus familias debido al estigma y la discriminación. Esto nos lleva a otro problema: el aumento de los niños de las calles. Ante las incómodas miradas acusadoras de parientes y vecinos, optan por vivir solos en las calles del país.

“Doce niños acusados de brujería y abandonados por sus familias fueron recogidos de las calles de Luanda por las hermanas de la Congregación del Buen Pastor. Las historias contadas por los niños que vivieron en las calles de la capital por algún tiempo conmovieron a las religiosas, que decidieron ayudar a los niños para que empezaran una nueva vida. El caso más reciente es el de una niña de once años acusada de haber matado a su madre con un hechizo. Según la superiora de la congregación, su padre la dejó en la calle y de inmediato la policía lo paró por haberla golpeado. Dijo que su hija tenía once años y era bruja. Añadió que la niña había devorado a su madre, que había recibido un hechizo congoleño y que podía ocurrirle lo mismo a él, por lo que decidió abandonarla. Alguien que encontró a la niña llorando por las calles la llevó al hogar de las hermanas en Palanca. Fue a la casa donde vivían y se encontró con algunos parientes, pero todos confirmaron que la niña era bruja. Hablo con ellos, tratando de convencerlos sin éxito, pero le advirtieron que era mejor que no la dejara allí porque ellos la consideran una bruja”.

El gobierno y diversas organizaciones civiles han lanzado campañas para concienciar a la gente y han dado la voz de alarma para evitar que se produzcan estos abusos contra los niños. Asimismo,

proyectos como la construcción de centros de acogida y el reconocimiento de la responsabilidad jurídica por estos abusos constituyen otras dos importantes medidas llevadas a cabo por las autoridades.<sup>12</sup>

La acusación a los niños de practicar la brujería fue el detonante de una ola de violencia contra ellos, primero en las provincias septentrionales de Zaire, Uíge y Luanda, que se extendió poco después por todo el país, con consecuencias que a veces han resultado trágicas.

En el estudio del impacto de las acusaciones de brujería contra los Niños en Angola se analiza el aspecto simbólico y la doble incriminación y se indica que la mayoría de los niños acusados de brujería son rechazados por la familia por diversas razones. Suele ocurrir que esos niños han caído en una situación vulnerable, porque algunos han perdido a sus padres, han contraído una enfermedad o han sido abandonados, etc.<sup>13</sup>

Cuando son acusados, muchos de ellos han visto vulnerados sus derechos fundamentales, es decir que han sido objeto de actos de violencia, malos tratos y abandono, que constituyen una consecuencia frecuente de las acusaciones, por ser elementos que configuran un paradigma simbólico de la violación de los derechos humanos, porque esas acusaciones van dirigidas contra algunas de las personas más vulnerables de la comunidad y de las familias, ya que entrañan formas extremadamente graves de violencia, castigadas por la ley y porque ponen en un peligro casi irreversible el futuro de los niños de todas las edades.

En el estudio de los factores que protegen a los niños del riesgo de ser acusados de brujería, o por el contrario, lo incrementan, se ha descubierto que son:

- a) **Factores de riesgo** – Ser huérfano; estar separados de la madre; no estar escolarizados; padecer tuberculosis, epilepsia, enuresis u otras enfermedades; pertenecer a familias que no tienen acceso a servicios de salud; ser miembros de familias que asisten a iglesias que dan crédito a las acusaciones; o a familias en situaciones

---

<sup>12</sup> Global Voices en Español - el mundo te habla escúchalo, Angola: Niños de seis años acusados de brujería <http://es.globalvoicesonline.org/2008>- Consultado el 29/09/14 a las 10h44m.

<sup>13</sup> Publicado por el Instituto Nacional de lo Niño, Angola, con el apoyo de la UNICEF- 2006.

estresantes, con dificultades económicas y mala salud, o a familias nucleares, que se han separado por un desplazamiento o una migración; y destrucción de la red de apoyo a la familia ampliada.

- b) **Factores de protección** – Pertenecer a familias y comunidades que conocen los detalles de las diferentes etapas del desarrollo psicoemocional del niño; a familias extensas que actúan como redes de apoyo, acogiendo a los niños huérfanos e integrándolos en su seno; existencia de Comités/Redes que protegen y promueven los derechos del niño en las comunidades y provincias; acceso y permanencia del niño en la escuela; programas de ayuda a los niños que no están escolarizados; y disponibilidad de apoyo y asistencia a las familias vulnerables.

En el programa de cualificación y formación del profesorado del Ministerio de la Educación, se enseñan materias relacionadas con la protección y promoción de los derechos del niño, compartiendo ideas para eliminar las prácticas tradicionales negativas y las costumbres peligrosas o violentas empleadas para disciplinar a los niños como excusa con objeto de violar sus derechos. Los objetivos del programa consisten en:

- a) Concentrar los esfuerzos en lograr que las escuelas sean lugares seguros y cómodos, en los que los alumnos y estudiantes estén protegidos de todas las formas de violencia.
- b) Organizar campañas de promoción de los intereses del niño y de movilización que contribuyan a mejorar la situación y las actividades del niño, en general, y de las alumnas y las niñas en instituciones terciarias, en especial.
- c) Difundir sistemáticamente la Convención sobre los Derechos del Niño en las escuelas.
- d) Organizar charlas sobre el problema de la violencia contra los niños en las escuelas, ofreciendo una información que refuerce el respeto por el niño y su dignidad a los maestros, padres, educadores, empleados administrativos, estudiantes y a la comunidad.

El programa de capacitación de especialistas infantiles que trabajen en instituciones de acogida contiene advertencias contra el uso y la práctica de métodos violentos. El equipo supervisor encargado de estas instituciones está reforzando el control y la prohibición de los actos de violencia mediante inspecciones mensuales. No obstante, entre las políticas seleccionadas para dotar a las familias de medios que les permitan ocuparse mejor de los niños, se han incluido normas para impedir la utilización de métodos violentos.

El hecho de que no exista un sistema bien organizado para detectar, informar y recopilar datos fidedignos sobre los actos de tortura, y otros tratos crueles o de otra índole de que son víctimas muchos niños y que se registran en la familia y en entornos institucionales (escuelas, centros para la infancia, departamentos de la policía y otros lugares) y en el medio comunitario (la calle, centros de esparcimiento, grupos, etc.), impide percatarse del alcance de esas prácticas y es al Gobierno al que le corresponde articular una estrategia destinada a prevenir y mitigar la violencia contra los niños.<sup>14</sup>

## 6. Conclusiones

1. La situación de los malos tratos a los niños acusados de brujería en la República de Angola empezó a ganar contornos peligrosos, en la medida en que la vida de estos niños es puesta en riesgo.
2. Importa que se precisen e implementen estrategias que persigan tornar el juzgado de menores en Angola en uno tribunal más actuante y expandido, en todo territorio nacional.
3. El fenómeno del tratamiento deshumano y cruel hacia los niños acusados de la práctica de brujería no es una situación que se da solo en Angola, ello ocurre en países como Nigeria, Zimbabwe, Ghana, Congo, Inglaterra, India, Arabia Saudita, entre otros.
4. En la mayoría de los casos las soluciones encontradas contra los autores morales y materiales de los hechos criminales contra los niños acusados de brujería, no impiden la continuación de estas prácticas, más bien transmiten una idea de impunidad, en la medida que las soluciones son meramente asistenciales.
5. Los niños siguen siendo las principales víctimas de estos hechos y para minimizar esta situación son colocados en hogares bajo custodia de instituciones religiosas, aunque en la actualidad la mayoría son niños de la calle.

---

<sup>14</sup> Informes presentados por Angola al Comité de los Derechos del Niño, con arreglo al artículo 44 de la Convención sobre el Derecho del Niño 2010 - <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/> Consultado el 29/09/14, a las 10h44m.

Terminamos este trabajo coincidiendo con el pensamiento de César Beccaria cuando señala que “Es importante que todo delito público no quede sin castigo, pero es inútil que se acierte quien haya cometido un delito sepultado en las tinieblas. Un daño hecho, y que no tiene remedio, no puede ser castigado por la sociedad política sino cuando influye sobre los otros ciudadanos con la lisonja de la impunidad. El fin de las penas no es atormentar ni afligir, sino impedir al reo causar nuevos daños y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas”.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> *Vid.* Beccaria César “de los delitos y las penas”-Alianza Editorial S.A Madrid, 1968, pp. 15 y 53.

## Síntesis de la Biografía de Cesare Beccaria

**Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, Milán, 1738- *id.*, 1794:** Jurista y economista italiano, autor del célebre tratado *De los delitos y de las penas* (1764), obra que vino a representar los puntos de vista oficiales de la Ilustración en el terreno jurídico y que ejercería una gran influencia en las reformas penales posteriores.

Educado en el Colegio de Nobles de Parma, dirigido por los jesuitas, Cesare Beccaria acabó en 1758 los estudios de jurisprudencia en Pavía. En 1761, y contra el deseo de sus padres, se casó con Teresa de Blasco, de origen hispano-siciliano; tuvo de ella dos hijas, María y Julia, la última casada en 1782 con Pietro Manzoni y madre del célebre autor de *Los novios*. Muerta la primera esposa, contrajo un segundo matrimonio, que le hizo padre de Julio.

Con los hermanos Verri y otros amigos fundó la academia llamada ingeniosamente "Società de' Pugni"; esta entidad publicó el periódico *Il caffè*, que apareció en Milán cada diez días entre junio de 1764 y mayo de 1766. Asiduo lector de los enciclopedistas, se inspiró en sus ideas y en toda la cultura racionalista para algunas de sus opiniones fundamentales sobre el derecho y la economía; para ello se documentó también en su casi cotidiana conversación con los dos Verri, cuya tertulia era una de las más brillantes del ambiente aristocrático milanés. Fruto de este clima cultural fue el ensayo *Dei disordini e dei remedi delle monete nello Stato di Milano nel 1762*, publicado en Lucca el mismo año.

En 1764 apareció, anónima, su obra *De los delitos y de las penas*, iniciada a instancias de Pietro Verri. Traducida al francés por el abate Morellet y dada a conocer en los ambientes enciclopedistas de París, fue elogiada por Voltaire, D'Alembert, el barón de Holbach, Diderot, Buffon y otros, y se difundió por toda Europa; el autor recibió invitaciones de los racionalistas parisienses, y hasta de Catalina II. Como era natural, no podían faltar algunos ataques, procedentes en particular de los jesuitas; a ellos replicaron los hermanos Verri con una *Risposta* atribuida por entonces al mismo Cesare Beccaria.

Vuelto de París, fue nombrado, en 1768, profesor de las escuelas palatinas de Milán, donde se creó expresamente para él una cátedra de "ciencias fiscales". Durante la época de *Il caffè* escribió y publicó en

este periódico un *Frammento sullo stile*, al que siguió posteriormente la breve obra *Investigaciones sobre la naturaleza del estilo* (1770). De su labor como economista nos quedan también los *Elementos de economía política*, en los que propugna la libertad de comercio, aun cuando no niegue la oportunidad de ciertos recursos de carácter proteccionista. La ideología política e histórica de Beccaria distingue tres épocas sucesivas y anticipa la opinión que desarrollarían luego Saint-Simon y Comte en la “ley de los tres estados”.

**Disponible en:**

<http://www.biografiasyvidas.com/biografia/b/beccaria.htm>

... Sean públicos los juicios y públicas las pruebas del delito, para que la opinión, que acaso es el solo cimiento de la sociedad, imponga un freno a la fuerza y a las pasiones ... Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concebida... Mas las leyes deben fijar un cierto espacio de tiempo tanto para la defensa del reo cuanto para las pruebas de los delitos, y el juez vendría a ser legislador si estuviese a su arbitrio determinar el tiempo necesario para probar un delito... Las formalidades y las ceremonias son necesarias en la administración de la justicia, ya que nada dejan al arbitrio del que la administra, ya porque dan idea al pueblo de un juicio, no tumultuario e interesado, sino estable y regular, ya porque los hombres, esclavos o imitadores de la costumbre, hacen impresiones más eficaces las sensaciones que los raciocinios... (BONESANA, Cesar, "De los Delitos y de las Penas", Trad. De Juan Antonio de las Casas, Alianza Editorial, Madrid, 1968, pp. 50, 52, 84 y 101).

ISBN 978-959-7219-28-6



9 789597 219286