

Revista

de arte y cultura

MÉXICO

Número 3 • Agosto 2012



Revista

Fenicia

MÉXICO

Número 3 • Junio 2012





El INACIPE agradece al Museo Nacional de la Estampa la cesión de los derechos de uso del grabado de Arturo García Bustos (1926–) *Esclavizando indígenas* (sin fecha), linografía, 21.6 x 21.8 cm.



Instituto
Nacional de
Bellas Artes

CONACULTA

REVISTA PENAL MÉXICO, año 2, núm. 3, es una publicación semestral editada por Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) a través de la Dirección de Publicaciones. Magisterio Nacional 113, Col. Tlalpan, Delegación Tlalpan, C.P. 14000, México, D.F., Tel. 5487 1571, página web: www.inacipe.gob.mx, e-mail: publicaciones@inacipe.gob.mx, y la Universidad de Huelva. Dr. Cantero Cuadrado, 6. 21071 Huelva, España. Editores responsables: Juan Carlos Ferré Olivé y Álvaro Vizcaíno Zamora. Reserva de Derechos al Título Exclusivo No. 04-2012-042012493900-102; ISSN: en trámite. Certificado de Licitud de Título y Contenido: 15411. Impresión por Diseño e Impresos Sandoval, S.A. de C.V., Salto del Agua 247, Col. Evolución, Ciudad Nezahualcóyotl, 57700, Estado de México.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura de los editores de esta publicación.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación, sin previa autorización del Instituto Nacional del Derecho de Autor.

Revista

I
n
a
r
e
n
a
P
e
n
a
l
MÉXICO

DIRECTORIO DEL INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES

MARISELA MORALES IBÁÑEZ
*Procuradora General de la República
y Presidenta de la H. Junta de Gobierno del INACIPE*

ALEJANDRO RAMOS FLORES
*Subprocurador Jurídico y de Asuntos Internacionales de la PGR
y Secretario Técnico de la H. Junta de Gobierno del INACIPE*

ÁLVARO VIZCAÍNO ZAMORA
*Secretario General Académico
y Encargado de la Dirección General*

CITLALI MARROQUÍN
Secretaria General de Extensión

SARELBA CASILLAS SUÁREZ
Directora de Publicaciones

Número 3 • Junio 2012

DIRECTORIO DE LA REVISTA PENAL MÉXICO

CODIRECTORES

JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ

Universidad de Huelva

ÁLVARO VIZCAÍNO ZAMORA

Secretario General Académico

y Encargado de la Dirección General

COMITÉ CIENTÍFICO

KAI AMBOS

Universidad Georg August de Gotinga

LUIS ARROYO ZAPATERO

Universidad de Castilla-La Mancha

ANDRÉS BAYTELMAN

Baytelman Legal. Fraud, Forensics and Compliance

IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE

Universidad de Salamanca

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

Suprema Corte de Justicia de la Nación

LUIS DE LA BARREDA SOLÓRZANO

Instituto Ciudadano de Estudios Sobre la Inseguridad, A.C.

ENRIQUE DÍAZ-ARANDA

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

JAVIER DONDÉ MATUTE

Instituto Nacional de Ciencias Penales

PABLO GALAIN PALERMO

*Instituto Max Planck para el Derecho Penal
Extranjero e Internacional*

SÉRGIO GARCÍA RAMÍREZ

Academia Mexicana de Ciencias Penales

JULIO ANTONIO HERNÁNDEZ PLIEGO

Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, A.C.

OLGA ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL

Academia Mexicana de Ciencias Penales

JORGE ALBERTO LARA RIVERA

Secretaría de Gobernación

MIGUEL ÁNGEL MANCERA ESPINOSA

Academia Mexicana de Ciencias Penales

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Universidad Pablo de Olavide

MIGUEL ONTIVEROS ALONSO

Procuraduría General de la República

RAÚL PLASCENCIA VILLANUEVA

Comisión Nacional de los Derechos Humanos

CLAUS ROXIN

Universidad de Múnich

ULRICH SIEBER

*Instituto Max Planck para el Derecho Penal
Extranjero e Internacional*

MANUEL VIDAUSSI ARÉCHIGA

Universidad de Guanajuato

JESÚS ZAMORA PIERCE

Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C.

CONSEJO DE REDACCIÓN

VICTORIA ADATO GREEN

Academia Mexicana de Ciencias Penales

ISRAEL ALVARADO MARTÍNEZ

Instituto Nacional de Ciencias Penales

RODOLFO FÉLIX CÁRDENAS

Academia Mexicana de Ciencias Penales

GUSTAVO FONDEVILA

Centro de Investigación y Docencia Económicas, A.C.

LUIS GONZÁLEZ PLACENCIA

Comisión de Derechos Humanos del D.F.

FEDERICO CÉSAR LEFRANC WEEGAN

Instituto Nacional de Ciencias Penales

ERNESTO LÓPEZ SAURE

Procuraduría General de Justicia del Estado de Oaxaca

MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ

Academia Mexicana de Ciencias Penales

RICARDO OJEDA BOHÓRQUEZ

Poder Judicial de la Federación

MARÍA ELOÍSA QUINTERO

Instituto Nacional de Ciencias Penales

MIGUEL SARRE IGUÍNIZ

Instituto Tecnológico Autónomo de México



CONTENIDO

DOCTRINA

Manuel A. Abanto Vásquez <i>Responsabilidad penal de los entes colectivos: una revisión crítica de las soluciones penales</i>	9
Martín Gabriel Barrón Cruz <i>Cárcel de Apodaca: haciendo leña del árbol caído</i>	59
Eduardo Demetrio Crespo <i>Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas</i>	77
Javier Dondé Matute <i>Elementos del Common Law en el Derecho Penal Internacional</i>	95
Luigi Foffani <i>Bienes jurídicos de relevancia comunitaria y protección penal: el caso de las falsedades en las cuentas de sociedades mercantiles</i>	131
María del Carmen Gómez Rivero <i>Presunciones y Derecho penal</i>	143
José L. González Cussac <i>Intromisión en la intimidad y servicios de inteligencia</i>	159
Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro <i>Deconstruyendo la culpabilidad</i>	179
Guillermo Portilla Contreras <i>Colaboración de la Iglesia católica en la represión penal de la masonería y el comunismo durante el franquismo</i>	193
Angélica Romero Sánchez <i>Los delitos en banda en el Derecho penal alemán</i>	203
Jesús-María Silva Sánchez <i>La verdad en las declaraciones sobre pasadas condenas, ¿histórica o normativa?</i>	229
Juan M. Terradillos Basoco <i>El Derecho Penal como estrategia de exclusión: La respuesta punitiva a la inmigración</i>	237

BIBLIOGRAFÍA

Francisco Muñoz Conde <i>Notas bibliográficas</i>	253
--	-----

NOTA ACLARATORIA: En la página 9 del número 2 de *Revista Penal México* (julio-diciembre 2011) se consignó por error al Profr. Dr. Miguel Abel Souto como perteneciente a la Universidad de Santiago de Chile, cuando forma parte del Cuerpo Docente de la Universidad de Santiago de Compostela (España).

Doctrina



Responsabilidad penal de los entes colectivos: una revisión crítica de las soluciones penales*

Manuel A. Abanto Vásquez

Friburgo de Brisgovia, Alemania

Revista Penal México, núm. 3, enero-junio de 2012

RESUMEN: En los últimos años muchos países europeos y otros influídos por aquéllos han comenzado a introducir una auténtica responsabilidad penal de personas jurídicas. En la doctrina existen diversos modelos penales, pero también otros que apuntan a una solución autónoma que dé pie a la creación de una rama jurídica distinta: el derecho sancionador de entes colectivos (o empresas).

PALABRAS CLAVE: Societas delinquere non potest, responsabilidad penal de los entes colectivos, responsabilidad autónoma, responsabilidad administrativa, responsabilidad penal, Derecho penal empresarial.

ABSTRACT: Many European countries and other countries have lately begun to introduce an authentic criminal responsibility of corporations. The criminal law science offers many criminal models on criminal responsibility, but some of them seem to hint at an autonomous solution towards the creation of a new law: a Sanction Law of Corporations (or Enterprises).

KEY WORDS: Societas delinquere non potest, criminal responsibility of corporations, autonomous responsibility, administrative responsibility, criminal responsibility, Criminal Law of Corporations (or Enterprises).

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Planteamiento del problema. 3. Modelos existentes. 4. Los “delitos” específicos de los entes colectivos y la “accesoriedad” del acto individual. 5. El destinatario de la norma. 6. La responsabilidad (penal) de la matriz o de transnacionales. 7. Sanciones y el procedimiento. 8. Ubicación de la responsabilidad “penal” dentro del CP. 9. Derecho comparado. 10. Resumen y revisión crítica.

* Texto reelaborado y ampliado a partir de las conferencias dictadas, respectivamente, en la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello (Viña del Mar) el 23 de setiembre de 2009, en el “Segundo encuentro de Derecho penal en la Finis Terrae” realizado en Punta Arenas (Chile), el 26 de setiembre de 2009, y en el VI Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología en Huaraz (Perú) el 09 de octubre de 2009. Para las publicaciones relacionadas con estas actividades se ha entregado una versión corta del trabajo denominado “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿un problema del Derecho penal?”. Un trabajo más extenso fue entregado para su publicación en el Libro-Homenaje a Klaus Tiedemann bajo el título “Responsabilidad penal de los entes colectivos: estado actual y reflexiones preliminares”.

1. Introducción

En los últimos años se ha retomado la discusión sobre un problema que parecía decidido hace años: la responsabilidad penal de los entes colectivos.¹ Hasta hace muy poco tiempo regía sin mayores objeciones, por lo menos *de lege lata*, un dicho considerado casi un principio inalienable: *societas delinquere non potest*. Pero esta situación ha comenzado a cambiar notoriamente desde los años 90 del siglo xx. Sobre todo debido al incremento alarmante de la criminalidad a través de empresas, así como a la consiguiente obligación contraída por los países en distintos instrumentos de Derecho internacional público, ahora la balanza se está inclinando hacia una situación exactamente contraria: se tiende al *societas delinquere et punire potest*.² Pero los modelos recomendados por la doctrina son distintos (véase en 9.1), así como son distintas las soluciones que se han introducido últimamente en aquellas legislaciones que han optado por introducir la responsabilidad penal. Así, se observa desde una solución auténticamente penal (introducción de normas de parte general y especial referidas a las personas jurídicas) hasta soluciones consideradas equivalentes a ésta (responsabilidad contravencional, responsabilidad penal subsidiaria) para llegar a una responsabilidad *sui generis* fuera del Derecho penal. Estos desarrollos y algunas de sus consecuencias seán analizados a continuación.

Hay que advertir, sin embargo, que el tema es demasiado complejo como para tratarlo aquí en todas sus variantes. Solamente se podrá, con ayuda de un breve estudio histórico-dogmático, tratar de develar el problema de fondo (la diferencia de la naturaleza del sujeto de Derecho) para, luego de una revisión

crítica de algunos de los planteamientos y desarrollos legislativos, proponer el bosquejo de una solución particular con miras a una mejor regulación legal futura de aquellas actividades de los entes colectivos que, materialmente, podrían equivaler a un delito tradicional por constituir un grave ataque contra un bien jurídico importante y que, por razones preventivas, puedan merecer una sanción de contenido penal o equivalente a ésta.

2. Planteamiento del problema

2.1. Antecedentes históricos. Situación en el siglo xx

En contra de lo que se pueda creer, el reinado del *societas delinquere non potest* ha sido relativamente breve. Si se descarta la época romana y la anterior a ella, en la cual se desconocían los conceptos “corporación” y “persona jurídica”,³ durante el medioevo y hasta épocas muy recientes (finales del siglo xix, en algunos casos incluso hasta principios del siglo xx) regía precisamente lo contrario: los “entes colectivos” o “corporaciones” podían ser hechos penalmente responsables por una serie de delitos. En aquella época se vio la “necesidad política” de penar a los colectivos de entonces (básicamente, los “municipios o comunas”, ciudades, congregaciones religiosas, más tarde también las universidades) por “delitos rurales” (destrucción, invasión, de tierras), o no uso de monedas o uso de medidas no aprobadas, o cualquier otra conducta considerada como grave atentado contra intereses del poder jerárquico correspondiente (el rey, el emperador, la Iglesia).⁴ Las “penas” contra estos colectivos eran de distinto tipo. Además de las penas pecuniarias, también era posible la toma de rehenes,

¹ En la discusión dogmática penal y en el análisis del Derecho contravencional se utiliza el término *persona jurídica, agrupaciones* o, de manera incluso más restrictiva para referirse a delitos económicos, a *empresas (Unternehmen)*. En ambos casos se reconoce que el término “persona jurídica” sería equivalente al utilizado en el Derecho civil y comercial. En todo caso, en la doctrina se discute aún sobre el término más adecuado; al respecto véase Heine (quien siguiendo en esto la jurisprudencia comunitaria prefiere el término “empresa” en un sentido económico), c. más refs., pp. 56 y ss. Por eso, aquí se prefiere emplear en adelante sobre todo el término “ente colectivo” para englobar a personas jurídicas y otras agrupaciones de personas que actúan como un colectivo aunque no hubieran sido reconocidas aún expresamente por la ley.

² Esta tendencia es observada por los distintos autores, entre otros, p. ej. Tiedemann, “Wirtschaftsstrafrecht AT”, pp. 135 y ss., n. marg. 242; Cramer/Heine en Schönenke/Schröder, vor §§ 25 ff., n. marg. 121 y ss., pp. 522 y ss.; Roxin, “Strafrecht AT”, tomo 1, n. marg. 61, p. 263; Gropp, n. marg. 20, pp. 112 y ss. Compárese, por ejemplo, la situación internacional que describe Heinitz hasta mediados de los años 50 del siglo xx, y se observará que, salvo en los países anglosajones, había un pleno dominio del *societas delinquere non potest*, véase 40. DJT, tomo 1, pp. 76 y ss.

³ Heinitz, c. más refs., 40. DJT, tomo 1, pp. 67 y ss., Hirsch, p. 599. Existen autores que defienden la tesis contraria basándose en una cita de Ulpiano que recogería la responsabilidad penal de comunas por acciones fraudulentas de sus miembros, pero, como sostiene la mayoría de los historiadores, se habría tratado de una solución a un caso concreto; véase Heinitz, c. refs. sobre la discusión, 40. DJT, tomo 1, p. 68.

⁴ Véase con distintos ejemplos del medioevo, sobre todos los referidos en los estatutos comunales italianos, Marinucci, “La responsabilidad...”, pp. 1175 y ss. Cfr. también Tiedemann, “Nuevas tendencias...”, p. 91.

ejecución de personas, saqueo de ciudades, supresión de privilegios, etcétera.⁵

Históricamente, se suele considerar al papa *Inocencio IV* como el primer teórico de la doctrina *societas delinquere non potest* cuando en el Concilio de Lyon de 1245, en contra de la mayoría de los canónicos, defendió (infructuosamente) la tesis de que la *universitas* (la corporación de entonces, o sea el ente colectivo), a diferencia de los *singuli*, no tendría capacidad para cometer delitos y, por lo tanto (lo que motivaba la discusión en el Concilio) no sería posible la excomunión de ellas.⁶ Pero se impuso la tesis contraria que sostenía, con distintas argumentaciones o modelos, la responsabilidad penal de las “corporaciones”.⁷ El trasfondo (la necesidad política) de este “triunfo doctrinario” fue el marco de la lucha de poderes e intereses entre los príncipes, la Iglesia y las “corporaciones” (ciudades, órdenes religiosas, gremios).⁸ Por eso, durante toda la Edad Media la “responsabilidad penal de las corporaciones” constituyó la regla general, mientras que la “teoría de la ficción” de los romanistas que fundamentaba el *societas delinquere non potest* constituía doctrina minoritaria con un mero interés teórico.

Pero desde principios del siglo XIX empieza a desaparecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas de las leyes penales, así como de sus defensores en la doctrina.⁹ Para explicar este cambio, en la doctrina se plantean muchas razones. Una de ellas es, sin duda, la desaparición paulatina de la “necesidad política de pena”: al haberse consolidado el poder en pocas manos (las del monarca), ya no se necesitaba utilizar el poder penal contra entes colectivos y por ello la antes descartada “teoría de la ficción” fue es-

grimida (entre otros por Savigny) y acogida con facilidad prácticamente en toda Europa.¹⁰ Pero no hubiera bastado con este terreno abonado para un cambio jurídico tan radical. La verdadera “individualización” (subjetivización) del Derecho penal en el Derecho europeo continental comenzó recién tras el triunfo de la Revolución francesa y la “exportación” del sistema legal a partir de las conquistas napoleónicas, lo cual no solamente llevó a colocar la “culpabilidad” individual en el centro de la imputación penal, sino también a crear nuevas formas de responsabilidad y concentrar su tratamiento legal en otras áreas del Derecho como el civil o el administrativo.¹¹ A partir de entonces, cuando se producían perjuicios sensibles para la sociedad, se concentró en el Derecho penal el “castigo” de los individuos, mientras que el Derecho civil pasó a ocuparse de regular las indemnizaciones por tales daños.¹² Es decir, se trató, en su momento, de una decisión político-criminal, favorecida por la situación política en Europa, para descriminalizar la responsabilidad colectiva sobre la base de las ideas individualistas del siglo de las Luces, aunque con los efectos (queridos o no) de favorecer el desarrollo económico,¹³ lo cual se impuso en las legislaciones de Europa continental debido a la coyuntura política del dominio francés en la época napoleónica.

Y en este terreno abonado la ciencia penal recogió la antigua tesis de la “ficción” para apoyar este desarrollo. En la ciencia penal alemana, a finales del siglo XVII, el profesor alemán de Erlangen, *Malblanc*, dio el impulso doctrinario al *societas delinquere non potest* con su breve pero influyente escrito: *Observationes quaedam ad delicta universitatum spectantes*.¹⁴ A partir del siglo XIX, uno a uno, los doctrina-

⁵ C. más refs. *Marinucci*, “La responsabilidad...”, pp. 1177 y ss.

⁶ C. más refs. véanse *Heinitz*, 40. DJT, tomo 1, p. 68; *Hirsch*, p. 599; *Marinucci*, “La responsabilidad...”, pp. 1183 y ss.; *Arroyo Zapatero*, pp. 17 y ss.

⁷ Véase la exposición de las tesis de Oldradus, Bartolus, Bassianus y otras en *Heinitz*, 40. DJT, tomo 1, pp. 68 y ss.; también, en parte, *Engisch*, aunque enfatizando en los esfuerzos que ponían por excluir la responsabilidad de terceros inocentes, 40. DJT, tomo 2, p. E 8.

⁸ Cfr. *Heinitz*, 40. DJT, tomo 1, pp. 69 y ss., con ejemplos.

⁹ En Alemania, mientras que a mediados del siglo XVIII casi todos los manuales de Derecho penal afirmaban la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a principios del siglo XIX la mayoría estaba en contra; c. más refs., *Heinitz*, 40. DJT, tomo 1, p. 71.

¹⁰ *Hirsch*, p. 600; *Heinitz*, 40. DJT, tomo 1, pp. 70 y ss.

¹¹ Para Alemania, *Hirsch* observa el paralelo de los inicios de la marcha triunfal de la responsabilidad penal individual con la difusión de las tesis de Kant referidas a su concepto de pena vinculado con la personalidad moral de las personas; p. 610.

¹² Cfr., c. más refs. *Hurtado/Meini*, “Las personas jurídicas...”, pp. 73 y ss.; *Baigún*, pp. 2 y ss.

¹³ Cfr. *Hurtado/Meini*, “Las personas jurídicas...”, p. 75; *Baigún*, c. más refs., pp. 1 y ss. Según *Baigún*, si bien la concepción liberal resultaba apta para los inicios de la sociedad mercado, ya entonces se notaba que llevaba a cimentar la selectividad (marginación del área de protección de los sujetos no propietarios) y la impunidad de las corporaciones, y también que atentaba contra las reglas del mismo sistema capitalista (libre juego de la oferta y la demanda); véase p. 2.

¹⁴ Cfr. *Heinitz*, 40. DJT, tomo 1, p. 71; *Engisch*, 40. DJT, tomo 2, pp. E 8 y ss. Las objeciones de *Malblanc* eran las mismas que se habían argüido tradicionalmente: incapacidad de culpabilidad e incapacidad de pena; véase en *Heinitz*, 40. DJT, tomo 1, p. 71.

rios alemanes fueron reconociendo la validez de este principio, de entre los cuales destacó, sobre todo, *Savigny* quien, acogiendo el pensamiento de Inocencio IV, difundió la “teoría de la “ficción”.¹⁵ A partir de entonces se consolida la visión individualista del sujeto del Derecho penal, sobre cuyas bases se construyen las categorías hasta ahora predominantes.¹⁶

Esta explicación del triunfo del *societas delinquere non potest* adquiere mayor fuerza cuando se observa lo que vino después. Y es que, cuando ya desde finales del siglo XIX y principios del siglo XX era notoria la creciente expansión de las empresas y su influencia en la vida social (aparición de una necesidad político-criminal), en Europa continental no se retornó a la punibilidad de las “personas jurídicas”. Pese al “detonante” que debió de haber significado (como sí lo fue en Inglaterra y EU) la Revolución industrial, el Derecho penal continuó con la irresponsabilidad penal de los entes colectivos. No fue suficiente el que en la doctrina ya había tomado gran impulso la “teoría de la realidad”, ni que se notara la creciente influencia de las grandes empresas, o el clamor de numerosos juristas que exigían la punibilidad de los entes colectivos.¹⁷ En parte se explica esta actitud del legislador europeo-continental a través de variados factores como la fuerza de la tradición jurídica, la influencia de grupos de poder, el incipiente desarrollo industrial, etc., pero sobre todo porque entonces y hasta hace muy poco había faltado el “detonante político” tal como en su momento significó la Revolución Francesa.

En los países anglosajones sucedió algo distinto, explicable también a través de distintos factores. En

Inglaterra, donde anteriormente y en contra de los desarrollos del continente predominaba aún la “teoría de la ficción”, es decir la irresponsabilidad penal de la persona jurídica,¹⁸ recién por influencia de la Revolución industrial, poco a poco desde mediados del siglo XIX se fue reconociendo una responsabilidad auténticamente penal de las grandes empresas (corporaciones), sobre todo las ferroviarias.¹⁹ Esta tradición jurídica fue trasladada a sus colonias. En EU, donde se manifestó un gran impulso industrial desde finales del siglo XIX y principios del XX, también se vio la necesidad de introducir la responsabilidad penal de las *corporations*, y se dieron varias leyes que así lo preveían: la Sherman Act de 1890, la Elkins Act de 1903, la Federal and Drugs Act de 1906. Y aunque hubo resistencia, e incluso objeciones a su legitimidad constitucional, la Corte Suprema acabó reafirmando la “necesidad política” de tal decisión legislativa: las *corporations* realizaban ya entonces la mayoría de las transacciones comerciales y se veía en la penal el único medio de control efectivo y de corrección de abusos.²⁰

Ahora bien, esto no quiere decir que durante las últimas décadas, mientras reinaba en Europa continental y países de la misma cultura jurídica el *societas delinquere non potest*, en la ciencia penal no tuviera presencia aún la tesis contraria. Esta doctrina minoritaria se apoyaba sobre todo en la “teoría de la realidad” iniciada por *Otto von Gierke* en su conocida obra “Das deutsche Genossenschaftsrecht”, tomo III (1881).²¹ Entre otros, *Franz von Liszt*, ya desde la primera edición de su Manual de Derecho

¹⁵ Cfr. *Engisch*, 40. DJT, tomo 2, p. E 9. *Marinucci*, “La responsabilidad...”, pp. 1179 y ss.; *Aboso/Abraldes*, pp. 10 y ss.

¹⁶ Cfr. convincentemente destaca esto *Bacigalupo Saggese*, pp. 16 y ss.

¹⁷ Al respecto, c. más refs. sobre los distintos autores europeos que defendieron la punibilidad de los entes colectivos en el Congreso de Derecho Penal de Bucarest de octubre de 1926 (Mommaert, Gunsburg, Roux, Longhi, Ettinger, Radulesco), así como de otros autores alemanes (Kohler, Jellinek, Max Ernst Mayer), véase en *Heinitz*, 40. DJT, tomo 1, pp. 71 y ss.

¹⁸ Cfr. *Marinucci*, “La responsabilidad...”, pp. 1183 y ss. La responsabilidad legal de las agrupaciones se hizo necesaria en el aspecto civil; ante la indefinición del concepto “grupo” y la rigidez del de “corporación”, se recurrió a la teoría de la ficción para crear el término “incorporate person”, la cual era titular de derechos y destinatario de deberes, pero como creación normativa no podía cometer pecados ni crímenes.

¹⁹ Se trató de casos en los que se hizo responsables, por ejemplo, a un municipio por “omitar” la reparación de un puente o una calle, a empresas ferroviarias por “omitar” el haber construido un puente para unir terrenos separados por la línea del tren, o a “corporaciones” por “cometer” la alteración del orden de las calles, daños a la propiedad pública, obstrucción de la navegación fluvial, emisiones tóxicas, etc. Véanse los casos y las refs. en *Marinucci*, “La responsabilidad...”, pp. 1184 y ss.; c. más refs. también *Hirsch*, p. 600, nota 9. Es interesante que el legislador inglés, ya muy temprano dio reconocimiento legislativo expreso a la responsabilidad penal de las personas jurídicas al emitir la “Interpretation Act” de 1889 (sección 2), en la cual se aclaró que el término “person” utilizado en textos anteriores debería incluir a las “corporaciones”, salvo intención contraria de la ley; véase con refs., *Marinucci*, pp. 1185 y ss.

²⁰ Cfr. en *Marinucci*, “La responsabilidad...”, p. 1186.

²¹ Cfr., entre otros, c. refs. *Hirsch*, pp. 600 y ss.; *Heinitz*, 40. DJT, tomo 1, pp. 71, 84; *Bacigalupo Saggese*, pp. 17 y ss.; *Aboso/Abraldes*, pp. 14 y ss. También, c. refs. *Engisch*, 40. DJT, tomo 2, exponiendo primero la teoría (pp. E 9 y ss.) y sometiéndola luego a una fuerte crítica (pp. E 17 y ss.).

penal,²² defendía la posibilidad y necesidad de introducir la responsabilidad penal de las “personas colectivas” (o “corporaciones” o “personas jurídicas”) con argumentos que repitió hasta las últimas ediciones de sus manuales²³ y que fueron acogidas luego por la doctrina alemana.

Pero aun así, durante casi todo el siglo xx predominó tanto en las leyes como en la doctrina europeo-continental la tesis del *societas delinquere non potest*. Un primer llamado de atención en la dirección contraria provino de una disciplina distinta aunque emparentada con el Derecho penal. Durante mucho tiempo la *Criminología* había enfocado su análisis de la etiología del delito en el “delincuente”. Para ello buscó la explicación en ciertas características individuales propias de personas de las llamadas clases sociales bajas, que era la que tradicionalmente cometía los llamados delitos violentos. Cuando el interés se orientó ya no hacia la persona sino hacia el acto, entró a tallar el “perjuicio social” y, con éste, los delitos correspondientes, así como los sujetos implicados en ellos. Es así como las investigaciones criminológicas de las últimas décadas del siglo xx, impulsadas decisivamente por el norteamericano Donald Sutherland, han dedicado especial interés a los “delitos económicos”.²⁴ Con ello hace su aparición el *Derecho penal económico*, subdisciplina del Derecho penal, dentro del cual se analiza un grupo de delitos estrechamente vinculado con el funcionamiento del sistema económico. Debido a la inevitable interrelación del Derecho penal y el extrapenal (los distintos Derechos relacionados con temas económicos), resultó inevitable

también que se comenzara a analizar a la “empresa”, o sea al “ente colectivo”. Por ello, la criminología que analiza el delito económico no puede prescindir de las empresas (personas jurídicas), las cuales tienen una actuación decisiva en la vida económica, más importante aún que la de las personas individuales. En el campo del Derecho penal económico se ha comprobado una y otra vez que la persona jurídica participa, ya no como excepción, sino como regla general, en la comisión de los delitos.²⁵

En los últimos años, el incremento de la llamada “criminalidad organizada”, así como la constatación de que una serie de delitos (lavado de dinero, fraudes tributarios, delitos ambientales, etc.) son cometidos a través de o con ayuda de empresas, ha hecho reflexionar a la ciencia penal y ha motivado al legislador a buscar el control de esta criminalidad mediante una solución “penal” más efectiva en el sentido de una responsabilidad penal directa de los entes colectivos (véase 3.3).

2.2. Fundamentos del *societas delinquere non potest*

La dogmática penal actual de aquellos países que no han previsto reglas específicas de imputación penal para las personas jurídicas reconoce unánimemente que no es posible de *lege lata* imputarles una responsabilidad penal directa.²⁶ Las razones tradicionalmente argumentadas son las que ya se han visto en el repaso histórico precedente y que pueden resumirse de la siguiente manera:²⁷

a) Inexistencia como “persona” del ente colectivo. Por ello no podría ser sujeto de imputación penal.

²² La primera edición es de 1881 y se denominaba todavía “Derecho penal del imperio alemán” (en adelante se denominará “Manual de Derecho penal alemán”), véanse pp. 100 y ss. Ahí trataba el tema dentro del capítulo de la “culpabilidad” (capítulo IV); en las ediciones posteriores lo trató al principio (capítulos 26, 27 o 28) cuando analizaba al “sujeto del delito”.

²³ Las últimas ediciones (desde la vigésimo-primer hasta la vigésimo-quinta) del libro de *Von Liszt* (quien falleció en 1919) fueron revisadas por *Eberhardt Schmidt* (desde 1919 hasta 1927) y no han cambiado prácticamente la argumentación en lo referente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Repetidamente han enfatizado que la responsabilidad de las “corporaciones” sería “tan posible como adecuada”; véanse p. ej. 2a. ed. (1884), pp. 103 y ss.; 4a. ed. (1891), p. 126; 25a. ed. (1927), p. 153.

²⁴ Incluso un detractor de la punibilidad de los entes colectivos como *Enst Heinitz*, destaca como valiosos los resultados de las investigaciones empíricas de Sutherland: la necesidad de pena para las empresas cuando se trate de que son típicos de ellas, como los delitos económicos (en los delitos comunes interesarían más bien la reparación del daño y la indemnización), la ausencia de elementos subjetivos en los delitos de cuello blanco, la previsión de presunciones de culpabilidad, la tendencia a imponer medidas de aseguramiento en vez de penas, etc. De esto concluye la falta de necesidad de pena para los entes colectivos, salvo en cuanto a los delitos económicos; véase 40. DJT, tomo 1, pp. 82 y ss., 90.

²⁵ Cfr. *Tiedemann*, “Nuevas tendencias...”, p. 92.

²⁶ Cfr. la exposición de esta discusión en *Schünemann*, LK StGB, vor § 25, n. marg. 20 y ss., pp. 1835 y ss.; *Eidam*, “Unternehmen und Strafe”, n. marg. 902, 904, pp. 263 y ss.; *Cramer/Heine* en *Schönke/Schröder*, vor §§ 25, n. marg. 119, p. 522; *Dannecker*, “Zur Notwendigkeit...”, pp. 107 y ss.; *Tiedemann*, “Responsabilidad penal...”, pp. 36 y ss., también en “Nuevas tendencias...”, pp. 101 y ss.; *Abanto Vásquez*, c. más refs., “Derecho penal económico”, pp. 155 y ss.; *Aboso/Abraldes*, pp. 19 y ss.

²⁷ Estos argumentos fueron recogidos, modernamente, después de la Segunda Guerra Mundial, cuando se comenzó a discutir sobre esta problemática en Alemania y se han mantenido, con ligeros cambios, hasta la actualidad; véase sobre la tendencia de la doctrina y jurisprudencia de los años de Posguerra en Alemania, *Scholz*, c. más refs. p. 436, columna izquierda; véanse también los argumentos de *Heinitz*, *Engisch* y

b) Falta de “capacidad de acción”. Debido a que la acción típica solamente puede ser realizada por individuos, el ente colectivo *de lege lata* no tendría capacidad de acción. En efecto, el sistema penal europeo-continental está construido bajo el supuesto de que los tipos sean cometidos mediante “conductas humanas” vinculadas a determinada subjetividad de ellas mismas (dolo o imprudencia).

c) Incapacidad de culpabilidad. El tradicional “juicio de reproche”, construido para los individuos, sobre el que descansa la culpabilidad (por exigibilidad de una conducta conforme a derecho) sería incompatible con la naturaleza de los entes colectivos.

d) Imposibilidad de ser sujeto de una “ pena” (en especial, la privación de libertad). El catálogo de penas previstas para los individuos sería imposible de cumplir en las personas jurídicas: privación de libertad, interdicciones de todo tipo. Y los fines de la pena (prevención especial) no tendrían sentido en ellas, pues la resocialización está pensada para individuos. A estas críticas se aúna también la que observa que una “ pena” a una persona jurídica (p. ej. la clausura o cierre temporal de la empresa) afectaría a “terceros” inocentes: p. ej. los accionistas, los acreedores, los trabajadores.

e) Incapacidad procesal. Muchos actos procesales (p. ej. declaraciones, prisión preventiva) no podrían cumplirse con la persona jurídica.

f) Falta de necesidad político-criminal. Debido a la existencia de medidas civiles y administrativas que sí pueden dirigirse contra las personas jurídicas, no habría necesidad de recurrir al Derecho penal.

Aunque mayoritariamente las leyes penales de los países con un sistema europeo-continental no hayan rechazado de manera expresa la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sus instituciones y conceptos han sido evidentemente construidos a partir de la acción y la responsabilidad individual. Es por eso

que, para negar *de lege lata* la responsabilidad penal autónoma de los entes colectivos, pueden invocarse muchos principios y reglas que, evidentemente, han tomado como presupuesto la irresponsabilidad penal de las empresas: la prohibición de la “responsabilidad objetiva”, la “función resocializadora de la pena”, la regla del “actuar por otro”.

2.3. Soluciones (insuficientes) de lege lata a los vacíos de punibilidad

Pero hasta la llegada de una verdadera responsabilidad penal (o cuasipenal) mediante una reforma legal, los aparatos de administración de justicia tenían que dar solución a los problemas que se les plantean cotidianamente en el quehacer judicial. La jurisprudencia ha tratado de superar algunos problemas mediante la interpretación (polémica) de las leyes existentes.²⁸

Un problema práctico muy importante surgió en aquellos casos de *delitos especiales* en los cuales el tipo penal exige determinados elementos personales para la autoría, y estos elementos recaen en un tercero (persona natural o jurídica) que no ha sido precisamente quien ha ejecutado personalmente el hecho delictivo. Debido a que la doctrina y jurisprudencia siguen la teoría del “dominio del hecho” para afirmar la autoría, y en los “delitos especiales” tal dominio solamente podría tenerlo una persona determinada con la cualidad exigida por el tipo (el intráneus), cuando en la práctica tal cualidad recaía en otro, en un ejecutor del delito que no reunía la cualidad (el extráneus), surgía aquí un problema de imputación de la autoría. Es por ello que en 1968 se introdujo en Alemania la *cláusula del actuar por otro* (antes, art. 50a; actualmente art. 14 StGB),²⁹ que ha sido tomada por modelo (con distinta redacción) en algunas legislaciones penales del mundo.³⁰ Mediante esta regla se pretende

Hartung en la 40 Jornada Alemana de Juristas, más abajo en 2.5. Entre otros, todavía argumentan de manera similar, aunque con distinta acentuación, Von Freier, quien destaca los efectos nocivos hacia terceros, pp. 102 y ss., 114 y ss.; Jakobs, para quien la imputación de la “acción” a la persona natural “representante” tendría que excluir la de la persona jurídica representada, “Strafbarkeit...”, pp. 562 y ss., 575; Mir Puig, “Una tercera vía...”, pp. 365 y ss. Véase un resumen de las objeciones tradicionales a la responsabilidad penal de la empresa por falta de “capacidad de acción”, “capacidad de culpabilidad” y “capacidad de punibilidad”, Abanto Vásquez, “Derecho penal económico”, pp. 156 y ss.; también en Tiedemann, “Nuevas tendencias...”, p. 10 del manuscrito (punto III).

²⁸ Ampliamente al respecto, y con especial referencia a la criminalidad de empresas, Schünemann, FG-BGH, pp. 621 y ss.

²⁹ Sobre los antecedentes históricos de esta disposición ver, c. más refs. Schünemann, en LK StGB, § 14, pp. 878 y ss. (Entstehungsgeschichte) y, con un análisis de la discusión de trasfondo que motivó la introducción de la disposición, n. marg. 1 a 3, pp. 881 y ss.

³⁰ En Europa, sobre todo por España (art. 31) y Portugal (art. 12); al respecto y sobre otros países europeos (que no conocen la cláusula), véanse los comentarios de Schünemann en LK StGB, § 14, n. marg. 80 y ss., pp. 934 y ss. Pero la influencia también se muestra en otros países no europeos como Perú (art. 27 Código Penal de 1991) o Colombia (art. 29, párrafo tercero del Código Penal de 2000). Últimamente también se prevé una cláusula equivalente (“representación”) en el art. 27 del Anteproyecto de Parte general del CP boliviano; véase en www.cienciaspenales.net de julio de 2009.

extender la punibilidad para abarcar, dentro del tipo y como autor, a aquellos que realizaran los elementos del tipo cuando estos elementos (por tratarse de delitos especiales) recayeren en una persona distinta de la que lo hubiera ejecutado. Es lo que en la doctrina alemana se denomina “desplazamiento de la responsabilidad hacia abajo” o “responsabilidad del representante” y su función consiste en ampliar la posibilidad de sancionar como autor a aquellos que realizaran los elementos de un tipo penal determinado aunque no reunieren los elementos personales que aquél exigiere quien, según la ley, es el destinatario de la norma.³¹

En la doctrina no hay discusión en interpretar que la finalidad principal de la disposición ha sido la de tratar de evitar vacíos de punibilidad cuando se trate de *delitos especiales* y el delito fuere ejecutado por personas (individuales) que tuvieran una relación de representación (legal, empresarial) con la representada (persona natural, persona jurídica, agrupación con capacidad jurídica).³² Pero sí hay discusiones en cuanto a la interpretación y aplicación de los elementos de la norma. Entonces, cuando los elementos típicos (cualidades personales, situaciones o circunstancias especiales) de un delito especial recayeren en una persona distinta de aquella que ejecutara el delito, el art. 14 permite abarcar también como autor del ejecutor-representante (“responsabilidad por representación”), pero solamente en los siguientes casos: cuando la representada fuera una “persona jurídica” y el actor fuera un “órgano facultado para representarla” o de un “miembro de dicho órgano” (primer párrafo, número 1), cuando la representada fuere una “sociedad de personas con capacidad jurídica” y el actor un “socio facultado para representarla” (primer párrafo, número 2), y cuando se tratare del “representante legal” de otro (primer párrafo, número 3).

Ahora bien, la cláusula del actuar por otro no está destinada a solucionar expresamente el problema de

la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas. En cuanto a éstas, solamente llena un vacío posible cuando el hecho punible fuere realizado por un “representante” y la cualidad típica recayere en la persona jurídica (deudor tributario, empleador, etc.). Pero hay más problemas. Como los elementos de la cláusula del “actuar por otro” son interpretados según el Derecho civil (en el cual sí es posible la analogía); se producen una serie de *vacíos de punibilidad* cuando se trata de penar al representante y a los titulares de la empresa:³³ la responsabilidad del representante se restringe al ámbito empresarial, se exige una orden expresa, se exige que el sustituto tenga un ámbito de responsabilidad propio, y se descartan las acciones de “exceso” (la ley dice expresamente “actuar como órgano”, “con motivo de un mandato”). Además, como ocurre en muchas empresas, las llamadas *decisiones colegiadas*, tomadas usualmente por mayoría simple, plantean muchos problemas de imputación de la responsabilidad penal individual de cada miembro del colegiado. Las decisiones colegiadas en el marco de una empresa (p. ej. el Directorio de una sociedad anónima) pueden llevar a una “acción” u “omisión” de la empresa con consecuencias lesivas para bienes jurídicos (p. ej. ordenar la ejecución de obras que contaminen el ambiente, omitir la retirada del mercado de un producto nocivo), pero penalmente la imputación solamente podrá hacerse de manera individual a cada uno de los miembros del órgano.³⁴ Aquí se discute vivamente sobre todo en cuanto a la responsabilidad penal culposa de aquellos que votaron en contra o se abstuvieron de votar (p. ej. por inasistencia), pero que no emprendieron nada para impedir la ejecución de la decisión colegiada.³⁵

En otros casos, podría ocurrir que un mandato o una omisión de un director o un superior jerárquico de un ente colectivo pudiera llevar a que un subordinado cometiera un hecho con consecuencias

³¹ Cfr., entre otros, *Schünemann*, para quien se trata aquí de la tipificación de un caso de “posición de garantía”), en LK StGB, § 14, n. marg. 1, 881, n. marg. 20 y ss., pp. 895 y ss.; *Lenckner/Perron* en *Schönke/Schröder*, § 14, n. marg. 1 y ss., 8 y ss., pp. 241 y ss., 244 y ss.; *Tiedemann*, “Wirtschaftsstrafrecht AT”, n. marg. 241a, pp. 134 y ss.

³² Cfr. *Tiedemann*, “Wirtschaftsstrafrecht AT”, n. marg. 241b, p. 135; *Schünemann*, en LK StGB, § 14, n. marg. 3 y ss.

³³ Cfr. *Schünemann* en LK StGB, § 14, n. marg. 83 y ss., p. 939.

³⁴ A pesar de todo, parte de la doctrina ve desde la sentencia en el caso “Leder spray” (BGHSt, tomo 37, pp. 106 y ss., 114) un reconocimiento jurisprudencial de la “capacidad de acción” de la persona jurídica (empresa), aunque ésta sea empleada luego para imputar responsabilidad penal a personas individuales; al respecto, *Tiedemann*, “Wirtschaftsstrafrecht AT”, n. marg. 243, p. 136; con refs. y un análisis crítico de *lege lata*, véase *Schünemann* en FG-BGH, pp. 623 y ss.

³⁵ Hay dos posiciones actualmente definidas; unos consideran la punibilidad de estos sujetos por “coautoría culposa”, otros deniegan esta posibilidad de *lege lata* por falta de plan común (que parece exigir el art. 25, segundo párrafo StGB) y señalan que de todos modos entraría a tallar una “autoría accesoria”; sobre estas posiciones véase resumidamente en *Fischer*, quien toma partido por la segunda posición, c. más refs., n. marg. 26, p. 246; también, centrando la discusión en problemas de causalidad, c. más refs., *Schünemann* en FG-BGH, pp. 633 y ss.

penales, ante lo cual la ley parece prever solamente la responsabilidad, como autor, de este último (“dominio del hecho”). Los hechos son especialmente graves cuando se trata de delitos contra la vida y son cometidos en el marco de organizaciones gubernamentales ilegítimas, organizaciones criminales y estructuras mafiosas. En especial para estos casos la doctrina creó una figura que en fechas recientes ha sido aplicada (extensivamente) por los tribunales alemanes a los delitos económicos. Así, en algunos casos recientes se ha aplicado la teoría de la *autoría mediata por medio de aparatos organizados de poder* para sancionar penalmente como “autor mediato” a los directivos de una empresa que hubieran dado instrucciones a sus subordinados (incluso si se tratara de instrucciones de carácter general) para realizar hechos que constituyeran delitos. Como es sabido, esta teoría fue propuesta por *Claus Roxin* a fin de abarcar, como autor mediato, a quienes hubieran dado órdenes a subordinados (el caso inicial fue el de los crímenes de guerra nazis) para realizar delitos. Para reconocer aquí una teoría mediata, se exigía y exige aún la existencia de un “aparato de poder” que actúe de manera “desapegada del Derecho” por medio de subordinados, los cuales serían piezas intercambiables; por eso, esta teoría, que amplía normativamente la autoría mediata, se restringe a casos de dictaduras estatales, grupos terroristas y mafias.³⁶ Por eso se ha criticado aquella jurisprudencia alemana que ha extendido la autoría mediata a delitos cometidos en el marco de empresas;³⁷ para estos casos se suele proponer más bien la solución mediante la “coautoría” o la “inducción”.³⁸ De todos modos, tampoco puede hablarse aquí de una verdadera responsabilidad penal de los entes colectivos; la imputación penal sigue refiriéndose a personas naturales, aunque se tome para ello, como referencia, el funcionamiento de las organizaciones empresariales (dominio de la organización).

Por lo menos con la finalidad de evitar injusticias y tras agotar todo el instrumental técnico que ofrece la dogmática penal tradicional basada en la responsabilidad individual, se ha propuesto (y en parte ha sido admitido por la jurisprudencia) construir una *responsabilidad penal por omisión del empresario*.³⁹ La “posición de garantía” del empresario (los directivos y gerentes) suele ser admitida sin problemas en tanto las personas encargadas de la producción y distribución de productos industriales sean conscientes de los riesgos que su actividad genera para los bienes jurídicos involucrados (p. ej. la salud, el medio ambiente) y, en el marco de la organización jerárquica de la empresa, tengan el dominio sobre las personas subordinadas que realicen las actividades ejecutivas. Pero en la práctica es difícil de constatar la efectiva violación de un deber de actuar (la omisión), pues deberá probarse que el empresario no había adoptado las medidas necesarias e idóneas (medidas de seguridad complementarias y medidas de salvamento) para evitar el resultado lesivo. Además, la concreción práctica de los deberes empresariales es muy complicada, incluso si se quisiera establecer un núcleo basándose sobre todo en la legislación mercantil, motivo por el cual la doctrina penal ha tratado de dar pautas definidoras de esta posición de garantía empresarial.⁴⁰ Por último, se debe reconocer que no sería posible la imputación penal al empresario allí donde el deber quede excluido por haber existido una “delegación” del deber; algo que es posible en las grandes empresas, sea que se realice de manera consciente (irresponsabilidad organizada) o inconsciente.

Una última posibilidad de solución “tradicional” (en el sentido de centrada en la responsabilidad penal individual) está en tratar de subsumir la criminalidad empresarial en aquellos tipos penales referidos a la *criminalidad organizada*. El tipo básico correspondiente recibe distintas denominaciones. Así, en Alemania se tiene el tipo penal de *formación de agrupa-*

³⁶ Cfr. *Roxin*, quien expone y critica las nuevas tendencias doctrinarias y jurisprudenciales, “Strafrecht AT”, tomo 2, n. marg. 105 y ss., pp. 46 y ss.; también sobre la aplicación de esta teoría a las empresas ve ampliamente, c. más refs., *Schünemann*, FG-BGH, pp. 628 y ss.

³⁷ Al respecto, c. refs. sobre la discusión doctrinaria, *Tiedemann*, “Wirtschaftsstrafrecht AT”, n. marg. 241, pp. 133 y ss.; también *Schünemann* en LK StGB, § 25, n. marg. 130 y ss.; *Fischer*, c. jurisp., n. marg. 7 y ss., pp. 235 y ss.; *Heine*, c. más refs., “Modelos de responsabilidad...”, pp. 28 y ss. Se critica sobre todo que, en el caso de los delitos cometidos mediante empresas comerciales faltarían dos requisitos básicos del “dominio del aparato de poder”: la fungibilidad del instrumento y el apartamiento del Derecho; el superior jerárquico solamente podría ser “inductor”; véase *Roxin*, “Strafrecht AT”, tomo 2, n. marg. 129 y ss., pp. 55 y ss.

³⁸ Véanse las referencias doctrinarias que proponen soluciones distintas de la actual jurisprudencia en *Fischer*, n. marg. 8, pp. 236 y ss.

³⁹ Al respecto puede consultarse la reciente monografía, con más refs. y jurisp. de *Demetrio Crespo*, “Responsabilidad penal por omisión del empresario”; ahí esp. pp. 159 y ss.

⁴⁰ Cfr. c. más refs. *Demetrio Crespo*, pp. 160 y ss.

ciones criminales (art. 129 StGB) y los tipos específicos referidos a la *formación de agrupaciones terroristas* dentro del país (art. 129a StGB) y en el extranjero (art. 129b StGB). Los dos últimos casos constituyen tipos agravados del primero. En todos los casos se trata de “agrupaciones” (reunión permanente de un mínimo de tres personas, según la interpretación jurisprudencial basada en los criterios del Derecho comunitario) creadas *con el objetivo* de cometer *delitos* (que deben tener cierta gravedad en el sentido de un “considerable peligro para la seguridad pública”).⁴¹ Estos requisitos son similares en otras legislaciones y doctrinas, pero se discute su amplitud con la finalidad de dar una mayor aplicación al tipo, incurriendo sin embargo en problemas de constitucionalidad.

Asimismo, en el Perú, donde rige un tipo penal de “asociación para delinquir” en el art. 317 CP (modificado últimamente por el D. Leg. 982 de 22-07-2007), en los últimos años se ha empleado el tipo penal para abarcar actos cometidos sobre todo por agrupaciones terroristas, organizaciones criminales dedicadas al tráfico ilícito de drogas, lavado de dinero y, por razones de coyuntura, delitos contra la administración pública.⁴²

Ahora bien, la doctrina alemana discute si también podrían incluirse dentro del concepto de “agrupaciones criminales” (asociaciones ilícitas) a las “empresas económicas” con fines de aplicar el tipo penal correspondiente cuando, pese a haber sido constituidas de manera lícita, tuvieran en el fondo una finalidad delictiva (p. ej. la formación de un “carrusel” con el fin de defraudar subvenciones, lavar dinero, formar “cajas negras” a favor de partidos políticos, etc.). Para algunos ello es posible, pero para otros no debido a la excepción legal del párrafo 2, número 2 del CP alemán (cuando la finalidad delictiva constituyera una de

segundo orden).⁴³ Si no se tuviera este asidero legal, de todos modos puede buscarse algún criterio de distinción entre “criminalidad organizada” y “criminalidad económica empresarial”, tal como la “finalidad lucrativa ilícita” o el “uso de la violencia”.⁴⁴

Sea como fuere, de todos modos en estos casos no responde el ente colectivo por sí mismo; la imputación penal de la conducta típica y la sanción penal siguen siendo individuales. Se pena a todos los sujetos que pertenecieran, apoyaran, etc. una organización criminal; es decir, a todos ellos se les considera autores, algo que, por sus resultados, equivale a una “autoría unitaria”.⁴⁵

En los últimos años, ante el proceso de “globalización” (o “mundialización”) observada y el incremento de graves delitos con la participación de empresas (p. ej. trata de blancas, lavado de dinero, terrorismo, tráfico de armas, tráfico ilícito de drogas, delitos contra el patrimonio cultural, etc.), ha habido esfuerzos internacionales por crear un tipo específico de “criminalidad organizada” distinto del de “asociación ilícita”, pero ello ha demostrado ser imposible, aparte de que no parece tener sentido ante la existencia del tipo de “asociación ilícita”.⁴⁶ Además, se ha denunciado que el trasfondo de este proceso habría sido la intención de flexibilizar las garantías penales habiendo olvidado, conscientemente o no, que el actor principal de estos procesos, y quien debería merecer la atención de los esfuerzos punitivos, es precisamente el ente colectivo.⁴⁷

Con independencia de que efectivamente exista esta intención oculta o no, el efecto sensible de estos intentos ha sido que, tanto los últimos desarrollos tendentes a crear un tipo de “criminalidad organizada” o de ampliar el ya existente de “asociación ilícita”, así como la aparición de otras figuras o “soluciones”

⁴¹ Al respecto ampliamente, c. más refs., *Lenckner/Sternberg-Lieben* en Schönlé/Schröder, § 129, pp. 1276 y ss., esp. n. marg. 4, 6 y 7.

⁴² Al respecto me remito al trabajo “Participación punible de personas en grupos de delincuentes y redes” presentado al Instituto Max Planck de Derecho penal extranjero e internacional, E.3.

⁴³ *Lenckner/Sternberg-Lieben* está a favor; véase en Schönlé/Schröder, § 129, p. 1280, n. marg 7, al final. Allí también véase la doctrina contraria. De manera expresa han sido excluidos (art. 129, párrafo 2, números 1 a 3) los partidos políticos que el Tribunal Constitucional no hubiera declarado previamente como inconstitucionales, las agrupaciones en las cuales la comisión de delitos constituya un objetivo o actividad de menor orden, y las agrupaciones destinadas a cometer los llamados “delitos de organización” (arts. 84 a 87 StGB: poner en peligro el Estado democrático de derecho).

⁴⁴ Cfr. c. más referencias *Zúñiga Rodríguez*, pp. 483 y ss.

⁴⁵ Cfr. *Schünemann* en LK StGB, vor § 25, n. marg. 15, p. 1828.

⁴⁶ Véase c. múlt. refs., *Baigún*, pp. 11 y ss., 14, 19.

⁴⁷ Cfr. *Baigún*, pp. 22 y ss. Destaca este autor: “En el trasvasamiento de mercados... las grandes corporaciones son los potenciales sujetos de la acción, los caminantes de los mercados paralelos, legales e ilegales, como lo indican la crónica diaria y las escasas estadísticas; desnudar esta circunstancia equivale a desacralizar las redes tejidas en nombre del modelo económico y social contemporáneo, la interdependencia entre capitalismo disciplinado y capitalismo indisciplinado”; p. 23.

legales o derivadas de la interpretación, no solamente no han solucionado el problema sino que han llevado a contradicciones sistemáticas dentro del Derecho penal tradicional. Y todo ello, debido a la persistente negativa a buscar la solución haciendo responsable de manera directa a aquel que impulsa decisivamente el incremento de la criminalidad en los últimos tiempos: el ente colectivo.

2.4. Características de las empresas y vacíos de punibilidad

La doctrina y la jurisprudencia no han dejado de criticar los *vacíos de punibilidad* derivados de la actuación de las empresas en la comisión de muchos delitos. En especial se presentan estos vacíos en el marco de los delitos económicos.⁴⁸ Una de las críticas más frecuentes saca a relucir un fenómeno típico de las empresas modernas:⁴⁹ el fracaso del Derecho penal cuando, pese a conocerse la comisión de hechos delictivos por medio de empresas, la persecución penal no pueda responsabilizar a nadie en concreto (imposibilidad de identificar al responsable penalmente), o cuando pese a encontrarse a un responsable individual, la sanción penal individual resulte mínima en comparación con el daño causado y con las posibilidades económicas de la empresa (en muchos casos, una simple multa), la empresa esté en condiciones de resarcir luego al individuo que sufre la pena, e incluso haber sido ésta calculada de antemano como un mero “coste” de su política empresarial. En el peor de los casos, con el *status quo* actual, lo único que

arriesgaría una empresa con la comisión de un delito por parte de sus miembros es la pérdida del beneficio que pretende obtener. No solamente se trata de que el daño causado por el individuo siempre quedará en desproporción con la pena y reparación civil que se le imponga, y que su culpabilidad deba ser, con justicia, vista como menor por haber realizado un hecho para otro (y no en interés propio), sino que además el “espíritu de cuerpo” observado sobre todo en el interior de las empresas, manifestado en un sentimiento de solidaridad y sometimiento del particular a los intereses del colectivo, lleva a destruir las posibles inhibiciones que los sujetos tengan con respecto a los hechos: la finalidad colectiva tiende a justificar (santificar) los medios jurídicamente prohibidos.⁵⁰

Esta conocida y frecuentemente citada problemática es estudiada en fechas recientes de manera más sistemática a partir de la teoría de las organizaciones empresariales. Es así que se han identificado dos formas de irresponsabilidad penal derivada de la pertenencia a una organización. Por un lado, los miembros de las empresas pueden escapar a la persecución penal escudados, de distinta manera, por la organización empresarial (irresponsabilidad individual organizada), pero también podría existir ya dentro de la empresa (especialmente cuando se trata de una de gran magnitud) toda una compleja estructura que difumine los ámbitos de responsabilidad (irresponsabilidad estructural organizada).⁵¹ A diferencia de lo que ocurre con las acciones individuales que pueden fácilmente imputarse jurídica y penalmente a una o más personas individuales (como autoría o participación), una

⁴⁸ Cfr. Pieth, p. 10; resumiendo y c. más refs. Hirsch, pp. 597 y ss. También Heinitz, quien estaba básicamente en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, admitía la “necesidad” político-criminal de pena en el marco de los delitos económicos (o, en todo caso, de los delitos tributarios), cfr. 40. DJT, tomo 1, pp. 82 y ss., 90.

⁴⁹ Resumiendo y c. refs., Hirsch, pp. 597 y ss.; también Hurtado/Meini, pp. 77 y ss.

⁵⁰ Véanse ya en 1933 las observaciones de Busch en este sentido, quien consideraba que contra este *Verbandsgeist* solamente sería efectiva una auténtica sanción penal al ente colectivo, la cual intimidaría a los individuos al ver que sus actos llevarían a perjuicios contra la organización que ellos buscan favorecer con sus actos ilícitos; véanse pp. 98 y ss., 105 y ss. Incomprendiblemente esta observación fue criticada por Engisch, quien consideraba en 1953 que esta situación de espíritu de cuerpo sería la excepción en el mundo empresarial, que la cominación penal intimidaría al particular de igual manera que si hubiera penas dirigidas directamente al ente colectivo, quien por cierto partía, por razones de *ne bis in idem*, de que solamente podría sancionarse a uno solo: o bien al ente colectivo, o bien a los individuos; véase 40. DJT, tomo 2, pp. E 33 y ss. Hartung también consideraba excepcional el caso de una organización totalmente corrompida, pero reconocía la posibilidad de otros casos en los cuales los integrantes podrían, dolosa o culposamente, cometer delitos vinculados con las actividades económicas (p. ej. delitos societarios, contra la libre competencia, tributarios); para ello bastarían medidas extrapenales administrativas (“medidas de seguridad”) que debían preverse de manera más sistemática y efectiva en el Derecho alemán; véase *ibid.*, pp. E 47 y s., E 50 y ss. Actualmente también se destaca esto; véase, entre otros, Schünemann, “La punibilidad de las personas jurídicas...”, pp. 571 y ss.; c. más refs. Hurtado/Meini, pp. 77 y ss.

⁵¹ Sobre estos dos tipos de irresponsabilidad ver, c. más refs. Heine, “Modelos de responsabilidad...”, pp. 26 y ss. En general, sobre la “irresponsabilidad organizada” constatada indistintamente por autores de distintas tendencias dogmáticas, ver, entre otros, Hirsch, p. 598; Ramón Ribas, en Quintero/Morales Prats, p. 683; García Caverio, “Derecho penal. Parte general”, p. 692. Más refs. sobre esta problemática, observada hace ya algún tiempo por autores anglosajones, en Abanto Vásquez, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, p. 160.

empresa actúa en el mundo exterior a través de sus miembros tras pasar por una serie de procesos internos típicos de las organizaciones empresariales en las cuales el legislador penal tradicional no ha pensado ni al crear su instrumental de la parte general. Y es que en las empresas se ha dividido la actividad operativa, la tenencia de información y el poder de decisión, mientras que en los individuos los tres niveles suelen concentrarse en una sola persona.⁵² Al separarse la “toma de decisión” (difuminada a su vez por el hecho de que ocurre muchas veces en el seno de un órgano colegiado) y su “cumplimiento” (que puede ser a su vez intermediado por distintos departamentos internos del ente colectivo), la “imputación penal” individual fracasa de distinta manera: imposibilidad fáctica de determinar responsabilidades individuales, imposibilidad de determinar una conducta “dolosa” (o incluso culposa), imposibilidad de constatar un “dominio del hecho” (para la autoría), etc. Es más, muchas veces el hecho final ilícito proviene de una toma de decisión difusa sobre un determinado proceso que luego va concretándose poco a poco hasta llegar a la ejecución que desemboca en un ilícito (penal); otras veces estos hechos finales pueden incluso desarrollarse casi automáticamente a partir de estructuras preestablecidas, sin necesitar siquiera de una instrucción general (p. ej. el cumplimiento de objetivos empresariales que presionan a los trabajadores y los pueden llevar a decidirse por cometer una infracción). Esto puede hacer difícil o imposible la determinación de una responsabilidad jurídica por un hecho que, externamente, puede haber atentado gravemente contra un bien jurídico de suma importancia, pero que, según el instrumental penal tradicional no solamente no puede imputarse a ninguna persona individual en concreto, sino que ni siquiera puede afirmarse que habría sido cometido o inducido dolosamente (y a veces ni siquiera en forma imprudencial).

Estos vacíos de punibilidad que desembocan en *déficits de prevención general* son tanto más graves

si se tiene en cuenta que, ante un delito cometido por medio de o con ayuda de empresas, no puede bastar con la mera responsabilidad penal individual, pues ésta, en realidad, no abarca la auténtica responsabilidad colectiva por el delito, la cual debería incluso ser mayor dadas las características de las empresas.⁵³ Una mera responsabilidad individual, como se ha venido aplicando hasta ahora, lleva o bien a recargar excesivamente a los individuos (por una mayor responsabilidad de la empresa), a descargar de manera excesiva a las empresas que se ven alentadas en una mala organización, o a la tentación de querer solucionar las cosas de manera arbitraria.⁵⁴

En un mundo moderno, en el cual muchos intereses colectivos ya no son protegidos directamente por el Estado sino que son abandonados al mercado, donde las empresas como agentes económicos necesitan la libertad suficiente para desarrollar innovaciones, y donde algunas de estas innovaciones pueden causar grandes peligros a la colectividad, existe un creciente ámbito de inseguridad en la ciudadanía. Se habla ahora de una “sociedad de riesgos”, tanto en lo que respecta a las posibilidades de la tecnología actual como al acceso y el poder que ostentan las grandes empresas. Éstas han alcanzado tal *magnitud y complejidad* que no puede ya cerrarse los ojos más tiempo ante la importancia que tienen ellas mismas, independientemente de la actividad que pueda desplegar cada uno de sus miembros; los grandes escándalos financieros de los últimos años bastan para ejemplificar no sólo la dañosidad social que pueden occasionar, sino también la forma como actúan y las escasas posibilidades de nuestro Derecho penal.⁵⁵

Ahora bien, la dogmática penal ya ha reaccionado desde hace algún tiempo y tiene en cuenta la *naturaleza* de las conductas empresariales y las infracciones que derivan de ella para construir una “responsabilidad penal empresarial” de manera distinta aunque paralela a la responsabilidad penal individual (véase abajo en. 3.3). Pero también, en la discusión dogmá-

⁵² Esta problemática es destacada por prácticamente todos los autores; véanse, entre otros, *Heine*, “Modelos de responsabilidad...”, p. 27; *Baigún*, pp. 38 y ss.; *Zúñiga Rodríguez*, pp. 489 y ss.; *Hurtado/Meini*, c. más refs., pp. 76 y ss.

⁵³ Por eso *Heine* constata un “excedente de responsabilidad colectiva” que no puede ser compensado por la mera responsabilidad individual; véase en “Modelos de responsabilidad...”, p. 29.

⁵⁴ Cfr. c. más refs. *Heine*, “Modelos de responsabilidad...”, p. 29.

⁵⁵ Prácticamente todos los autores reconocen esta situación. Véanse, entre otros, *Hurtado/Meini*, pp. 78 y ss.; *Baigún*, pp. 9 y s., 34 y ss.; *Zúñiga Rodríguez*, pp. 465 y ss.; *Aboso/Abraldes*, pp. 194 y s. Debido a la importancia alcanzada por los entes colectivos en el mundo moderno, últimamente se habla incluso de una “ciudadanía empresarial”: la empresa gozaría ya de un estatus de “cuidadano” capaz de participar en la producción normativa y de cuestionar normas y, por ello, capaz de culpabilidad en el sentido penal; véanse al respecto c. más refs., *Gómez-Jara*, “El modelo constructivista...”, pp. 103 y ss.; *Tiedemann*, “Derecho penal económico. Introducción y parte general”, n. marg. 244.

tico-penal, se ha argumentado que daría mejores respuestas a esta situación una metodología basada en teorías que describan adecuadamente la realidad empresarial para luego crear los instrumentos jurídicos (y finalmente penales) que comprendan y regulen la actuación de las empresas y la reacción legal ante actividades empresariales que resulten lesivas para los intereses que el Derecho quiere proteger. En especial, los normativistas radicales abogan por el empleo de la “teoría de sistemas”, al igual que lo hacen en el resto del Derecho penal. Pero también seguidores de la teoría de “bienes jurídicos” han comenzado a aplicar, en el ámbito del “Derecho penal económico”, consciente o inconscientemente, conceptos de esta teoría (las empresas como sistemas autopoieticos), combinándolos también con conocimientos provenientes del análisis económico del Derecho, para analizar la delincuencia empresarial o proponer respuestas legales adecuadas, aunque enmarcado todo esto en el sistema garantista del Derecho y del Derecho penal.⁵⁶

2.5. Situación actual en Alemania

Como se dijo más arriba, en Alemania, al igual que en el resto de Europa continental, desde el triunfo de la Revolución francesa se impuso la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas. Aunque durante algún tiempo había todavía discusión sobre la posibilidad de pena a las personas jurídicas en el campo del Derecho tributario y del Derecho industrial, finalmente la doctrina y la jurisprudencia aclararon que, pese al

tenor literal de las normas de principios del siglo XX (especialmente en el art. 357, 393 del Ordenamiento Tributario del Reich), no era posible imponer auténticas penas a los entes colectivos, pues éstas requerirían siempre “culpabilidad” como reproche ético-social dirigido a individuos.⁵⁷ La tradición jurídica alemana de no responsabilizar penalmente a las personas jurídicas se había afianzado ya tanto que, pese a la posibilidad existente en el Ordenamiento Tributario del Reich de entonces, nunca se emitió una condena hasta que en 1939, al eliminarse las presunciones legales de culpabilidad que hubieran hecho operativos los tipos penales tributarios, éstos quedaron inaplicables también *de lege lata*.⁵⁸

Tras la Segunda Guerra Mundial, al dividirse el territorio alemán en zonas, se produjo una legislación de transición emitida por las tropas aliadas. En las zonas occidentales, bajo ocupación de tropas inglesas y norteamericanas, se planteó la cuestión de la aplicación de la normativa impuesta y que, de conformidad con el Derecho de estos países, preveía la responsabilidad penal de las personas jurídicas.⁵⁹ En octubre de 1953, el Tribunal Federal Alemán (BGHSt, tomo 5, pp. 28 y ss., 31) admitió una responsabilidad penal de personas jurídicas solamente en vinculación con la vigencia de este Derecho de la ocupación, pero enfatizó que ella era incompatible con el pensamiento jurídico alemán, pues contradaría los conceptos ético-sociales de culpabilidad y de pena.⁶⁰ Parte de la doctrina rechazaba de todos modos la aplicación de esta parte del Derecho de ocupación

⁵⁶ Anteriormente he postulado este “aprovechamiento” selectivo de la teoría de sistemas para el Derecho penal económico, cfr. *Abanto Vásquez*, “¿Funcionalismo radical o funcionalismo moderado?”, *Revista Penal (España)*, N° 16 (2005), pp. 3-35. esp. p. 34. *David Baigún* hace un estudio serio y amplio de la problemática aplicando teorías de la organización para determinar la “acción institucional” materia de la imputación penal; véanse pp. 28 y ss., 61 y ss. *Gómez-Jara* critica esta última posición, pues afirma que no podría emplearse la teoría de sistemas parcialmente sólo en lo referido a la actividad de las empresas sin reconocer su validez también para la actividad de los individuos; véase, criticando en especial a Schünemann, c. más refs., “El modelo constructivista...”, pp. 99 y ss., 101 y s., esp. nota al pie 17. El mismo autor analiza las posiciones de Heine, Lampe y Bottke, quienes emplean conceptos sociológicos para analizar a la empresa y su eventual responsabilidad penal; véase *ibid.*, pp. 113 y ss.

⁵⁷ Véase en *Heinitz*, 40. DJT, tomo 1, pp. 73 y ss.; *Hartung*, 40. DJT, tomo 2, pp. E 44 y ss.; *Engisch*, 40. DJT, tomo 2, pp. E 11 y ss.

⁵⁸ La norma que preveía una responsabilidad penal subsidiaria para el ente colectivo por infracciones tributarias, sin necesidad de probar su culpabilidad y cuando no se penara al individuo; el injusto penal se debía basar entonces en “presunciones” reguladas en el art. 396, párrafo 5, del RAO, pero estas presunciones fueron derogadas el 04-07-1939, con lo cual el art. 357 se volvió inaplicable en cuanto a la punibilidad a las empresas. Véase al respecto *Heinitz*, 40. DJT, tomo 1, pp. 73 y ss.; *Hartung*, refiriéndose al caso similar del art. 393 de la misma ley, 40. DJT, tomo 2, pp. E 44 y ss. El Tribunal del Reich había decidido ya en 1926 la inaplicabilidad del art. 393 RAO; véase RGSt 61, pp. 92 y ss.

⁵⁹ Así, el concepto legal de “persona”, en el art. 10 de la Ley del gobierno militar N° 53 en materia de divisas, que consideraba como tales a personas naturales, asociaciones de personas jurídicas de Derecho público o privado, gobiernos, incluyendo los estatales o municipales, organismos de Derecho público, sus oficinas y órganos”. Y la ley N° 14 de la Alta Comisión de los Aliados, de 25-11-1949, sobre las acciones punibles contra los intereses de la ocupación, preveía penas y multa e incautación (en su art. 5, número 7); véase en *Engisch*, 40. DJT, tomo 2, p. E 10.

⁶⁰ Véase al respecto la tendencia posterior de la doctrina de los años 50, que ha rechazado una y otra vez tal responsabilidad penal, *Scholz*, c. más refs. p. 436, columna izquierda.

por considerarla contraria a las ideas fundamentales del Derecho alemán.⁶¹ Con ello se seguía, por cierto, la tradición jurisprudencial del Reichsgericht que se había pronunciado ya en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas debido a su incompatibilidad con el principio de culpabilidad y de la función de la pena.⁶²

Un hito importante había ocurrido poco antes en la 40 Jornada Alemana de Juristas del 11 de setiembre de 1953 cuando se planteó la posibilidad de introducir la punibilidad de las personas jurídicas porque la actualidad de su responsabilidad penal, más allá de la reducida medida que se ha tenido hasta ahora, ha pasado a primer plano debido a la creciente importancia de las personas jurídicas en la vida pública, sobre todo en la vida económica".⁶³ En su informe, *Ernst Heinitz*, tras un profundo análisis, concluía que, fuera del Derecho penal económico, no sería "oportuno" introducir la punibilidad de las personas jurídicas, que serían suficientes las medidas administrativas y civiles que aún podían ser perfeccionadas, y que en contra de ello estarían también razones de justicia y del desarrollo del sistema penal alemán.⁶⁴ En los informes de las sesiones, *Karl Engisch* destacó, además de enfatizar la incompatibilidad con categorías tradicionales como la acción, la culpabilidad y la finalidad de la pena, que tal punibilidad traería consigo inadmisibles perjuicios a terceros.⁶⁵ *Fritz Hartung*,⁶⁶ que argumentaba basándose sobre todo en el principio de culpabilidad y el carácter retributivo de la pena, incluso rechazaba las sanciones contravencionales contra las personas jurídicas, pues constituirían una "inconsecuencia" e incluso un "fraude de etiquetas", pues

desde la perspectiva del sancionado ambas tendrían un típico carácter de pena.

La explicación de este rechazo generalizado en Alemania, aparte de la tradición jurídica ya formada desde mediados del siglo XVIII y de la influencia del pensamiento de Kant, estaría también en la experiencia alemana de posguerra: todos los alemanes habían sufrido la guerra y sus perjuicios a través de la responsabilidad global del país; y esta responsabilidad y castigo no derivados de la "medida individual de culpa" de cada uno sería injusto, como lo sería también en el caso de los entes colectivos y sus integrantes.⁶⁷

El Tribunal Constitucional alemán no ha rechazado ni admitido expresamente la responsabilidad penal de los entes colectivos. Solamente ha exigido que para ellas también valga el principio *nulla poena sine culpa* en el sentido de que los miembros que hubieran actuado directamente por ella, lo deban haber hecho culpablemente.⁶⁸ Esta sentencia ha sido recepcionada y desarrollada en la doctrina y posterior jurisprudencia penal para fundamentar la responsabilidad (individual) por la comisión de delitos económicos de los representantes de las empresas por omisión del deber de control.⁶⁹

Tal situación se ha mantenido hasta ahora sin grandes cambios. La única responsabilidad colectiva prevista es la **responsabilidad contravencional** de los entes colectivos. Esta responsabilidad contravencional está prevista en una Ley de contravenciones, en donde existen tipos contravencionales (*Ordnungswidrigkeiten*) que engloban a las despenalizadas "faltas" (*Übertretungen*) y a los "ilícitos administrativos". El "Derecho contravencional" es entendido por la doctrina, por sus

⁶¹ Véase c. refs. *Heinitz*, aunándose a este rechazo, 40. DJT, tomo 1, pp. 75 y ss.

⁶² Cfr. p. ej. las sentencias del Tribunal del Reich, tomo 16 (año 1888), pp. 121 y ss.; tomo 33 (año 1900), pp. 261 y ss.

⁶³ Ésa fue la fundamentación que dio el presidente del Senado de la Jornada, el Dr. *Rotberg*, véase 40. DJT, tomo 2, p. E 2. Además, en ese momento estaba pendiente la decisión del Tribunal Federal Alemán sobre si sería aplicable o no el Derecho de ocupación norteamericano en un caso de tráfico de divisas, con la posibilidad de imponer sanciones penales a personas jurídicas, tal como expone *Heinitz* en el resumen de su informe; *ibid.*, pp. E 4 y ss.

⁶⁴ Cfr. p. 90. En su análisis, *Heinitz* constató que no habría problemas con el concepto de "acción", pero sí con el entendimiento tradicional alemán de la "culpabilidad" (con su reprochabilidad a una decisión individual en favor del injusto) de la " pena" (con su expresión de reproche ético-social y su finalidad preventivo-especial); véase 40. DJT, tomo 1, pp. 85 y ss.

⁶⁵ Cfr. tomo II, pp. E 7, 23 y ss.

⁶⁶ *Ibid.*, pp. E 44 y ss.

⁶⁷ Cfr. *Hirsch*, pp. 613 y ss. *Hartung* lo ha formulado de manera clara: "Precisamente nosotros los alemanes deberíamos, durante algún tiempo, estar hartos de responsabilidad colectiva; la lección que nos han dado en este campo debería bastar para que, durante algunas generaciones, desapareza en nosotros el clamor por penas corporativas"; véase 40. DJT, tomo 2, p. E 44. En su informe, también *Engisch* hace alusión a la "medida" que habrían sufrido los alemanes "... en época reciente... como colectivo" y que no se habría sentido como "evidencia clara al sentimiento jurídico de ejercicio de un poder superior..."; véase *ibid.*, p. E 8; también en p. E 38.

⁶⁸ BVerfGE 20, 323, 335 y ss.; *Hirsch* interpreta que con esto el BVerfG no se opondría a la responsabilidad penal de los entes colectivos; véase p. 615.

⁶⁹ Cfr. críticamente, *Cramer/Heine* en *Schönke/Schröder*, vor §§ 25 ff., n. marg. 127, p. 524.

consecuencias jurídicas (multas a veces muy elevadas) como Derecho penal en “sentido amplio”.

Sin embargo, es importante destacar aquí que, si bien se ha impuesto en la doctrina alemana aquella que afirma la ausencia de carácter ético-social en la multa contravencional,⁷⁰ aun así se critica la existencia de vacíos en este Derecho contravencional. Así se debate, por política criminal, que habría muchas diferencias entre las distintas contravenciones, pues algunas, por su contenido de injusto, se acercarían muchísimo a los delitos, motivo por el cual debería introducirse una *criminalización de las grandes contravenciones*. Especialmente se trata aquí de atentados contra la libre competencia (acuerdos de cárteles), manipulaciones bursátiles e infracciones en los procesos de fusiones y adquisiciones de empresas, contravenciones contra las cuales se suelen aplicar multas contravencionales millonarias.⁷¹ Por ahora es dominante la doctrina que niega una “necesidad de pena” y que, en sentido inverso al principio de “prohibición de desproporcionalidad”, se produzca con ello un atentado contra la “prohibición de infraproporcionalidad”, o sea una falta de actividad legislativa para proteger mejor un bien jurídico.⁷² Se argumenta que, aparte de que no estarían en juego bienes jurídicos de elevado rango, tampoco se habría probado que la multa contravencional sea “claramente inapropiada” y que la pena sí sea apropiada para brindar la protección adecuada.⁷³ Pero si el legislador considerara alguna vez que parte de estas contravenciones merecerían sanción penal, dado que en ellas la “empresa” juega un papel decisivo, tomaría más fuerza la necesidad de introducir la punibilidad de los entes colectivos, pues aquí también se podría argumentar un atentado contra la “prohibición de infraproporcionalidad”.

Pese a la presión existente por la *legislación comunitaria* y a los *instrumentos de Derecho internacional público* que recomiendan una y otra vez la

introducción de la responsabilidad penal de personas jurídicas, el legislador penal alemán ha considerado suficiente la punibilidad contravencional ya existente. Es así que a finales de 1999 la “Comisión para la reforma del sistema de sanciones penales” rechazó enfáticamente la introducción de la punibilidad de las empresas en el Derecho penal criminal clásico.⁷⁴ Y también en la última propuesta de Reforma del Código Penal alemán presentada por el gobierno federal al Bundestag (*Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes*)⁷⁵ se argumentaba en la exposición de motivos de la parte general (p. 9, columna derecha, IV, 3) que no habría necesidad de reformas, pues “Con los arts. 30 y 130 de la Ley sobre Contravenciones (OWiG) existe en el Derecho alemán un instrumental que satisface las exigencias de los artículos 5 y 6 de la Decisión Marco de la Unión Europea (responsabilidad de personas jurídicas, sanciones para las personas jurídicas)” (traducción libre). Especialmente en este último proyecto se manifiesta una gran contradicción con las exigencias del Derecho internacional público. La reforma alemana pretende dar cumplimiento a la “Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado” de 22 de julio de 2003 (DO EU N° L 192 de 31 de julio de 2003, p. 54). El tipo penal de “corrupción en el tráfico comercial” ya existe en el Código Penal alemán desde la reforma 1998 (art. 299 StGB), pero ahora se quiere perfeccionar la protección penal para adecuarla a las premisas de la Decisión Marco. En esta Decisión Marco se estipula que “... la corrupción activa y pasiva en el sector privado sea una infracción penal en todos los Estados miembros, **que las personas jurídicas también puedan ser consideradas responsables de tales delitos** y que éstos se castiguen con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias” (considerando 10, p. 55; el resaltado es mío). Es más, los artículos 5 y 6 de esta Decisión Marco establece

⁷⁰ Véanse refs. sobre esta diferenciación y aceptación temprana en la doctrina y la jurisprudencia ya en Heinitz, 40. DJT, tomo 1, p. 75. Más refs. en Tiedemann, “Wirtschaftsstrafrecht AT”, tomo I, n. marg. 51, p. 21.

⁷¹ Al respecto, ampliamente, Achenbach, “Ahndung...”, pp. 9 y ss.

⁷² El principio de “prohibición de infraproporcionalidad” (*Untermaßverbot*) ha comenzado a ser discutido en Alemania desde hace poco; véanse al respecto las refs. en Abanto Vásquez, “Acerca de la teoría de bienes jurídicos”, *Revista Penal* (España), N° 18, pp. 3 y ss., p. 13, columna derecha.

⁷³ Cfr. Achenbach, “Ahndung...”, p. 17.

⁷⁴ Véase la transcripción del informe final en Eidam, “Unternehmen und Strafe”, n. marg. 906 y ss., pp. 264 y ss. Dicho informe se publicó en abril de 2000 por el Ministerio Federal de Justicia; véase también la exposición de este proyecto (que comenzó por iniciativa del Land Hessen en 1997), en Rogall, KK OWiG, § 30, n. marg. 230 y ss., pp. 540 y ss. Otros intentos fallidos de introducir la responsabilidad penal de personas jurídicas puede verse, resumidamente, en Scholz, pp. 436 y ss.

⁷⁵ Deutscher Bundestag (16. Wahlperiode), Drucksache 16/6558 de 04-10-2007. Cfr. también en Eidam, “Unternehmen und Strafe”, n. marg. 905, p. 264.

expresamente el tipo de infracción y de sanción penal correspondientes a la persona jurídica, lo cual da la impresión de exigir normas auténticamente penales.⁷⁶ No obstante, la posición del legislador germano puede de sostenerse debido a las peculiaridades del Derecho comunitario: dado que la Unión Europea (Comunidad Europea) no tiene competencia directa para imponer sanciones penales, sólo puede velar por que en cada Estado miembro se cumpla con proteger apropiadamente los intereses comunitarios, especialmente los financieros. Esto lo puede hacer mediante distintos instrumentos y con mayor o menor fuerza vinculante: Decisiones-Marco, Directivas y Reglamentos. Desde el llamado “escándalo del maíz griego” el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha aclarado que los países están obligados a prever una protección “efectiva, proporcionada y disuasoria” de los intereses comunitarios, protección que no tiene que ser penal pero que debe ser equivalente a la protección que los países otorgan a sus propios intereses nacionales.⁷⁷ En la jurisprudencia posterior, el TJCE reiteró estos tres requisitos (efectividad, proporcionalidad, carácter disuasorio) e incluso en los últimos años ha reconocido una “competencia penal anexa” al legislador comunitario, es decir, la facultad de exigir a los legisladores nacionales la emisión de *normas penales concretas* (no como antes, cuando solamente podía exigir, de manera general, la aplicación de sanciones).⁷⁸ De todos modos, hasta ahora no ha quedado claro que se pueda exigir expresa y concretamente la introducción de una “punibilidad de las personas jurídicas” incluso cuando ésta contradijere el ordenamiento nacional; en este caso deberá bastar

con adoptar “medidas necesarias” que cumplan con los tres requisitos de efectividad, proporcionalidad y carácter disuasorio.⁷⁹

Por eso se puede afirmar que en la Alemania de hoy, aunque la situación ha mejorado sustancialmente, todavía no existe un clima político-criminal favorable a la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Los tratadistas más conocidos, con distintos argumentos (aunque básicamente referidos a la incompatibilidad con el sistema penal y a la falta de necesidad de pena), se manifiestan en contra de la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas.⁸⁰ Solamente parte de la doctrina considera que la protección contravencional no sería suficiente y propone introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas.⁸¹ La doctrina mayoritaria (aunque cada vez decrece) todavía considera que no sería deseable (ni posible) introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas.⁸²

3. Modelos existentes

3.1. Irresponsabilidad penal directa o indirecta

De entre todos los argumentos esgrimidos en contra de la punibilidad de los entes colectivos (véase 2.2), tres de ellos han sido los principales: incapacidad de acción, incapacidad de culpabilidad e incapacidad de pena.⁸³

La negación de *capacidad de acción* de la persona jurídica constituye, de todas, la más débil objeción. Hasta hace algunos años todavía se denegaba capacidad de acción a los entes colectivos argumentando

⁷⁶ También en relación con el “Segundo Protocolo al Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas” (DOCE N° 221, 19 de julio de 1997, pp. 11 y ss.), que preveía reglas claras para responsabilizar y sancionar a las personas jurídicas por fraudes, corrupción activa y blanqueo de capitales (arts. 3 y ss.), se planteaba la cuestión de si Alemania estaba cometiendo una infracción tras el informe final de la Comisión para la Reforma del Sistema de Sanciones Penales de 1999 (que rechazó la punibilidad de las personas jurídicas); véase Scholz, p. 436, columna izquierda. Generalmente han considerado, incluso los que están a favor de la criminalización, que estas regulaciones comunitarias no obligarían a ella; cfr. Heine, c. más refs., “Kollektive Verantwortlichkeit...”, pp. 578 y ss.; Rogall en KK OWiG, § 30, n. marg. 252 y s., pp. 547 y ss.; Dannecker, en Wabnitz/Janovsky, p. 63, n. marg. 124.

⁷⁷ Sobre este caso y sus consecuencias, véase c. más refs. Dannecker, en Wabnitz/Janovsky, pp. 116 y ss., n. marg. 96.

⁷⁸ Dannecker, en Wabnitz/Janovsky, p. 117, n. marg. 96.

⁷⁹ Con ejemplos de la jurisprudencia comunitaria, véase Dannecker, en Wabnitz/Janovsky, pp. 117 y ss., n. marg. 97; también Heine, “Kollektive Verantwortlichkeit...”, pp. 578 y ss.

⁸⁰ Véanse refs. en Hirsch, p. 596, nota 1.

⁸¹ Entre otros, Tiedemann, “Derecho penal económico. Introducción y parte general”, pp. 233 y ss.; Hirsch, c. más refs., p. 596, nota 2.

⁸² Véanse amplias refs. en Gómez-Jara, “Grundlagen...”, pp. 290 y ss.

⁸³ Cfr. Engisch, 40. DJT, tomo 2, pp. E 14 y ss., E 41; Hartung, 40. DJT, tomo 2, pp. E 43 y ss. Heinitz basaba su rechazo a la punibilidad de las personas jurídicas en la incapacidad de culpabilidad y de pena de éstas; véase 40. DJT, tomo 1, pp. 85 y ss. Véase la exposición y refutación de estos argumentos, c. más refs. en Hirsch, pp. 601 y ss. Similares argumentos son expuestos por muchos otros autores. Ver la exposición de la doctrina argentina que niega la responsabilidad penal de personas jurídicas en Aboso/Abraldes, pp. 62 y ss.

que las decisiones tomadas por la dirección del ente constituiría una acción de los sujetos individuales.⁸⁴ Ahora más que nunca se reconoce que las “personas jurídicas” tienen “capacidad de acción”, pues son “destinatarias” de normas jurídicas, entre las cuales también se encuentran las penales; y así como en muchas legislaciones pueden realizar “contravenciones” o “infracciones administrativas” graves también podrían “cometer” delitos.⁸⁵ Esta contraargumentación se puede reforzar aún con la constatación de que los entes colectivos, si bien organizaciones de personas, son independientes del cambio de sus miembros y, como tales, constituyen una realidad social que el Derecho reconoce con regulaciones civiles (regulación de la personalidad jurídica) y constitucionales (reconocimiento de la vigencia de derechos fundamentales).⁸⁶ Por cierto que estos contraargumentos no demuestran aún que el ente colectivo tendría “capacidad de acción” en el sentido penal, pues no actúa por sí mismo sino por medio de individuos, y son éstos quienes, de manera directa, pueden ejecutar conductas penalmente típicas. Pero, desde la perspectiva de las propias características de una organización de personas, se puede afirmar que, cuando se trata del cumplimiento de deberes propios del ente colectivo, en caso de infringirlos mediante acciones u omisiones de los individuos que lo integran, estos actos también son propios de aquél.⁸⁷ Entonces, no se trata solamente de una mera “imputación” de la conducta individual al ente colectivo,⁸⁸ sino de una auténtica “acción” del ente colectivo por medio de sus integrantes.

Como la “capacidad de acción penal” de los entes colectivos no es un escollo insalvable, y ante la existencia de un Derecho contravencional (Derecho penal en sentido amplio) que les impone sanciones, lo que

se objeta actuamente es la “cualidad penal” de sus acciones, o sea si ellas reúnen suficiente injusto penal, si podrían merecer un reproche ético-social que caracteriza al Derecho penal.⁸⁹ Independientemente de la discutible diferenciación entre Derecho penal y Derecho contravencional (o administrativo-sancionador), entre pena y multa contravencional (véase al respecto abajo en 9.2),⁹⁰ el carácter punible, en sentido cualitativo, de la “acción” del ente colectivo, dependerá de la suficiente gravedad del atentado contra el bien jurídico correspondiente. Y si los entes colectivos son accesibles o no a un reproche ético-social es una cuestión que debe ser tratada en el análisis de la “capacidad de acción”. Más contundente es la constatación tajante, reconocida hasta por los detractores de la punibilidad de entes colectivos, de que así como éstos son destinatarios de “deberes jurídicos”, no solamente pueden cumplirlos sino también violarlos; y así como se les reconoce “derecho”, también tiene que reconocerse que pueden “abusar” de ellos,⁹¹ y al hacerlo también pueden atentar gravemente contra bienes jurídicos.

El argumento más fuerte y decisivo contra la admisibilidad de una responsabilidad penal de los entes colectivos está referido a la *capacidad de culpabilidad*. La doctrina penal encuentra dificultades en los modelos propuestos de “responsabilidad penal” de los entes colectivos, pues en todos los casos se trataría de una mera “imputación ficticia”. El Derecho penal (alemán) vigente (y con él también la jurisprudencia penal y constitucional) exigiría siempre que la imputación penal se refiriese a “acciones” cometidas por el propio responsable a quien por ello se le reprochará el no haberse motivado de conformidad con la norma; esto es algo que no sería posible con los

⁸⁴ Así p. ej. *Engisch*, 40. DJT, tomo 2, pp. E 23 y ss.

⁸⁵ En Alemania esto ha quedado claro como muy tarde desde las sentencias del Tribunal Federal en el caso del “aerosol de cuero”; véanse en *Tiedemann*, “Wirtschaftsstrafrecht. AT”, p. 136, n. marg. 243; *Hirsch*, p. 604. Más refs. sobre la “capacidad de acción” de las personas jurídicas, en *Gropp*, n. marg. 21 y ss., p. 113.

⁸⁶ Cfr. c. refs. *Hirsch*, p. 602.

⁸⁷ Cfr. *Hirsch*, p. 603.

⁸⁸ Por eso es comprensible la crítica de *Engisch* a los que admiten la “acción” de los entes colectivos (aunque luego deniegan la responsabilidad penal por otras razones): una “imputación” es distinta de una “acción” misma; “... la ‘imputación’ es una figura jurídica, una construcción jurídica, la acción en cambio, una figura natural [...] Pero actuar, en el sentido de un concepto natural de acción, solamente puede hacerlo la persona individual, si bien el jurista tienda a ‘imputar’ este actuar natural a la agrupación de personas, lo cual siempre necesitará una legitimación especial. Caemos en un círculo vicioso cuando fundamentamos la responsabilidad del ente colectivo en su actuar, pero este actuar lo basamos a su vez en una imputación jurídica”; véase 40. DJT, tomo 2, p. E 24.

⁸⁹ Cfr. *Hirsch*, pp. 604 y ss.

⁹⁰ En ello se basa el análisis de *Hirsch*, quien considera decisivo que la diferencia entre Derecho penal y Derecho contravencional (alemán) sea para él meramente “cuantitativa”; véanse pp. 604 y ss.

⁹¹ Cfr. *Hirsch*, p. 605. También *Heinitz*, quien estaba sin embargo en contra de la punibilidad, 40. DJT, tomo 1, p. 84.

entes colectivos.⁹² Este argumento de la imposibilidad de “reprochabilidad” a los entes colectivos se dirige incluso a aquel “espíritu de cuerpo” al que se pueda eventualmente reconocerse y contra el cual, en caso de haber llevado a hechos delictivos, solamente sería posible expresar un “descontento”, mas no un “reproche”; o que contra actos dañosos provenientes de un ente colectivo puede haber un juicio de desvalor en el sentido de considerarlo una “institución antijurídica” (de manera similar a lo que ocurre con otras situaciones) y vincular esto con determinadas medidas jurídicas, mas no el reproche inmanente a la pena que presupondría siempre un sujeto responsable que pudo y debió haberse comportado de otra manera.⁹³ Para algunos, esta objeción no solamente tiene efectos *de lege lata*, pues incluso impediría futuros cambios en la ley penal tendentes a acoger una auténtica responsabilidad penal de personas jurídicas.⁹⁴

Dado que no sería posible, sin pérdidas de garantías individuales (con la consecuente infracción constitucional), prescindir en el Derecho penal de este principio de

culpabilidad sustituyéndolo por otro “principio” (fraude de etiquetas) cuando se trate de los entes colectivos,⁹⁵ los detractores de la punibilidad de los entes colectivos han propuesto no recurrir al Derecho penal y tratar más bien la “responsabilidad” del ente colectivo en otras áreas jurídicas en las que la imputación de “medidas” o sanciones no dependa de parámetros ético-sociales. Así, se ha sugerido aplicar el sistema de “medidas de seguridad”, otros proponen mejorar la ya existente responsabilidad contravencional de los entes colectivos; propuestas que a veces van de la mano con sugerencias de cambios en normas extrapenales.⁹⁶ Para reforzar más aún esta postura, se suele argumentar también que supondría una “injusticia” castigar a “otro” (el ente colectivo) por el delito cometido por individuos, además de que penar al ente colectivo supondría “meter en un mismo saco a justos y pecadores”, es decir, hacer que, mediante la pena a la persona jurídica, sufran tanto los responsables directos del hecho delictivo como otros que no lo son (otros empleados de la empresa, socios, trabajadores, la sociedad en su conjunto, etcétera).⁹⁷

⁹² Roxin, exponiendo diferentes modelos propuestos en la doctrina, “Strafrecht AT”, tomo 1, p. 264, n. marg. 63, ahí también más refs. sobre doctrina alemana en este sentido. Ya antes, Heinitz, quien aunque admitía que el legislador podía vincular acciones individuales con una “culpabilidad” de personas jurídicas e incluso vincularlas con “penas”, objetaba que ello de todos modos no equivaldría al concepto tradicional y reconocido de “culpabilidad” y que, además, tendría que recurrir a “presunciones de culpabilidad” para poder ser practicable, c. más refs., 40. DJT, tomo 1, pp. 85 y ss., 89 y ss.; también Engisch, 40. DJT, tomo 2, pp. E 24 y ss. Recientemente, véase que también basa su rechazo en la “culpabilidad” Von Freier, pp. 98 y ss., 116. También muchos de los que abogan *de lege ferenda* por una “responsabilidad penal” de los entes colectivos acogen esta crítica (y, en parte, exigen prever la responsabilidad fuera del Derecho penal); véanse, entre otros, Hirsch, c. más refs., p. 606; Eidam, “Unternehmen und Strafe”, n. marg. 892 y ss., pp. 257 y ss., n. marg. 902, p. 263; c. más refs. sobre la doctrina y jurisprudencia alemanas en este sentido, Gropp, “Strafrecht AT”, p. 112, notas al pie 19 y 20; Gómez-Jara, “El modelo constructivista...”, pp. 98 y ss. Desde la perspectiva normativista radical últimamente Jakobs se ha manifestado en contra de una auténtica “punibilidad” de las personas jurídicas (en su Manual la admítia, véase “Strafrecht AT”, n. marg. 43 y ss., pp. 148 y ss.), básicamente debido a que el concepto de “pena” está íntimamente ligado a la “persona individual”, y el principio de culpabilidad presupondría siempre una “identidad de la persona a través de su conciencia”; véase “Strafbarkeit...”, pp. 559 y ss., 570 y ss., 575. Spolansky, recurriendo al análisis del lenguaje normativo, niega la existencia real de la persona jurídica, pero admite la posibilidad de que la ley vincule consecuencias jurídicas a la actuación que a nombre de ella hicieren sus miembros, consecuencias que llevarán a una responsabilidad de todos aquellos que no probaran el no haber aceptado o tolerado tal conducta (o sea, se recurre a presunciones para delimitar la responsabilidad individual de cada uno de los miembros de la empresa), véase pp. 1641 y ss., 1644.

⁹³ Cfr. esta argumentación en Engisch, 40. DJT, tomo 2, pp. E 20 y ss., 23 y ss.

⁹⁴ Cfr. Heinitz, 40. DJT, tomo 1, pp. 85 y ss.; Roxin, “Strafrech AT”, tomo 1, p. 264, n. marg. 63; Schünemann, en LK, § 14, n. marg. 78. Jakobs critica que se quiera denominar “penal” a la responsabilidad de la persona jurídica debido a la vinculación de la “culpabilidad penal” con una serie de principios que no encajarian con la naturaleza de dicha persona. Desde su perspectiva, la “persona jurídica”, aunque pueda ser objeto de expectativas, no puede ser capaz, por sí misma, de “desautorizar a la norma”; véase “Punibilidad de las personas jurídicas?”, pp. 86 y ss., 95 y ss. Véase también la exposición y explicación de esta nueva posición de Jakobs (quien antes sí habría admitido la responsabilidad penal de personas jurídicas), en Gómez-Jara, “Grundlagen...”, pp. 296 y ss. Debido a la imposibilidad de esta “capacidad de culpabilidad”, Silva Sánchez, siguiendo a Lampe, solamente cree posible verificar en la persona jurídica, con base en la “deficiente estructura de organización”, un “estadio de injusto” que solamente podría legitimar “consecuencias jurídico-penales”, mas no la imposición de penas; “La responsabilidad penal...”, pp. 182 y ss.

⁹⁵ P. ej. el “interés público preponderante” que alguna vez propuso Schünemann, lo que, según Hirsch, como “imposición de sanciones punitivas sin culpabilidad” constituiría un “cuerpo extraño en el Derecho penal”, el cual se vería desnaturalizado al pasar a ser un simple Derecho de responsabilidades (civiles); pp. 606 y ss.

⁹⁶ Cfr. las refs. en Cramer/Heine, quienes sistematizan a los detractores separándolos entre aquellos que están a favor de una “punibilidad plena” dentro del Código Penal, los que se contentan con introducir (más) “medidas de seguridad” específicas para los entes colectivos dentro del Código penal y los que prefieren solucionar el problema dentro del “Derecho contravencional” (aparte un último grupo que propone regulaciones aisladas como las que se analizan más abajo en 3.3.2), en Schönke/Schröder, vor §§ 25 y ss., pp. 523 y ss., n. marg. 126.

⁹⁷ Esta crítica también la efectúan los que están en contra de una “responsabilidad penal autónoma” estricta (basada en la culpabilidad) aunque defienden una responsabilidad penal amplia (en el sentido de “medidas accesorias”). Así argumenta Schünemann, “La punibilidad de las personas jurídicas...”, p. 587; siguiéndolo, Mir Puig, “Una tercera vía...”, pp. 365 y ss.

Por último, se argumenta en contra de la responsabilidad de los entes colectivos, que éstos no tendrían *capacidad de pena*, es decir que la “pena” en el sentido tradicional no encajaría con la naturaleza de aquéllos. En la argumentación no resulta decisivo el hecho de que sea o no posible prever “recortes de bienes jurídicos” para los entes colectivos. Pero si, más allá de la denominación, se exige que una “pena” además de significar (graves) limitaciones de derechos, estén acompañadas de una “desaprobación ético-social” en el sentido de una “retribución justa” por el daño causado, este entendimiento tradicionalmente vinculado con los individuos no sería trasladable a los entes colectivos.⁹⁸ Por otro lado, la pena al ente colectivo sería “injusta” porque, además de castigar a terceros inocentes (todos los integrantes, incluyendo a los que estaban en desacuerdo con la acción criminal) llevaría a una doble punición (pena a los individuos y al ente colectivo).⁹⁹

3.2. Responsabilidad subsidiaria y consecuencias accesoria

En la discusión teórica de hace algunos años solamente se veía como necesidad político-criminal el hacer responsable “subsidiariamente” a la persona jurídica en caso de comisión de delitos por parte de personas naturales que se valían de ellas. Así, en Alemania, *Heinitz*, en su famoso informe para la Jornada de Juristas Alemanes de 1953, recomendó acoger una responsabilidad subsidiaria de las personas jurídicas en caso de que sus representantes o empleados, violando sus deberes, cometieran una falta, fueran condenados a pagar una multa, y no pudieran hacerlo.¹⁰⁰ En el mismo contexto, *Hartung* recomendó un “pro-

cedimiento de medidas de seguridad” para los entes colectivos, dentro del mismo proceso penal de los individuos, el cual, por su configuración, equivale al modelo español que se describe a continuación.¹⁰¹

Un modelo más amplio y acabado de responsabilidad subsidiaria se introdujo, tras algunas modificaciones en proyectos previos (como el de 1980), en el Código Penal español de 1995 bajo la denominación de *consecuencias accesorias* (art. 129) para evitar la discusión que implicaba el empleo del término “medida accesoria” o “pena”.¹⁰² Se trataba de una solución intermedia destinada a controlar los peligros provenientes de aquellas personas jurídicas en cuyo marco se hubiesen cometido delitos.¹⁰³ El juez puede, desde entonces, imponer determinadas medidas previstas en la ley: cierre temporal o definitivo de un local, disolución de la empresa, suspensión de actividades, cierta prohibición, intervención de la empresa, etc.); medidas que también pueden estar previstas específicamente en la parte especial (p. ej. la prohibición de contratar con el Estado en un tiempo determinado para empresas participantes en cárteles de licitación). El legislador penal peruano ha importado este modelo y lo ha introducido en el art. 105 del CP de 1991, aunque de una manera incluso más incompleta que en la ley española.¹⁰⁴

De manera general se justifica la existencia de las “consecuencias accesorias” por una necesidad “preventiva” ante la constatación de una “peligrosidad objetiva” proveniente del ente colectivo; se trata de contrarrestar los efectos de un delito ya cometido por medio de la empresa o impedir la comisión de nuevos delitos.¹⁰⁵ Sus características básicas (y requisitos para su imposición) son, en cuanto a lo material, su “conexión” necesaria con la comisión efectiva de un

⁹⁸ Cfr. *Engisch*, c. más refs., 40. DJT, tomo 2, p. E 14.

⁹⁹ Véase *Heinitz*, aunque reconociendo la posibilidad de *lege ferenda*, de prever culpabilidad y penas para personas jurídicas, 40. DJT, tomo 1, pp. 86 y ss. 89, 90; *Engisch*, 40. DJT, tomo 2, pp. E 7 y ss., E 26 y ss.; *Hartung*, 40. DJT, tomo 2, pp. E 43 y ss. Véase también el análisis sobre el origen de estas objeciones y su refutación en *Hirsch*, pp. 610 y ss.

¹⁰⁰ Se basaba en el modelo italiano (art. 197 Codice penale) y las buenas experiencias que se habrían tenido con él. Véase *Heinitz*, 40. DJT, tomo 1, p. 88.

¹⁰¹ *Hartung* proponía, dentro de un proceso bajo las reglas penales, introducir todo un sistema de “medidas” a los entes colectivos que iban desde las más leves a las más graves (imposición de algunos deberes, pasando por la curatela y cierre de locales hasta llegar a la disolución), pero excluía medidas que tuvieran carácter de pena (como la multa o la publicación de la condena); cfr. 40., DJT, tomo 2, pp. E 57 y ss.

¹⁰² Cfr. *Arroyo Zapatero*, p. 20; *Mir Puig*, “Una tercera vía...”, pp. 357 y ss.

¹⁰³ Expresa y críticamente sobre la fundamentación de este modelo, c. más refs., *Ramón Ribas*, en: Quintero Olivares/Morales Prats, pp. 681 y ss.

¹⁰⁴ Véase un análisis crítico en *Abanto Vásquez*, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, pp. 158 y ss., 206, y en “Diez años”, pp. 29 y ss. A diferencia del modelo español, donde se dice expresamente que la medida estará destinada a prevenir la comisión de nuevos delitos o contrarrestar sus efectos (art. 129 último párrafo), el legislador peruano no ha previsto una pauta que diga al juez cuándo aplicar la medida.

¹⁰⁵ Cfr. *Ramón Ribas*, en Quintero Olivares/Morales Prats, “Comentarios...”, p. 676; *Gracia Martín*, “Las llamadas...”, pp. 234 y ss.

hecho delictivo de individuos (peligrosidad postdelictual), que se trate de un hecho delictivo que el legislador haya vinculado expresamente con la “medida accesoria” (sistema *númerus clausus*), que tal hecho demuestre una “peligrosidad objetiva” del ente colectivo (vinculación del delito con la actividad de la empresa y que la beneficie o se realice en su interés), la accesoriad delictiva con el hecho principal (básicamente que exista un hecho “típico y antijurídico”), “necesidad” de aplicar la medida, y “proporcionalidad”; y, en cuanto a lo procesal, la imposición por parte de un juez, la concesión de audiencia a la parte afectada y, obviamente, la motivación de la resolución.¹⁰⁶

Ahora bien, esta previsión legal ha generado en España primeramente una serie de discusiones en cuanto a su naturaleza (*¿penal, cuasipenal, administrativa, sui generis?*), su capacidad de rendimiento (dejaría vacíos en caso de faltar una responsabilidad individual) y su aplicación práctica.¹⁰⁷ Lo cierto es que, por un lado, las medidas están previstas en el Código Penal, dependen de la verificación de responsabilidad individual y, además, son facultativas, pero, por otro lado, también constituyen recortes de libertades tan graves como las verdaderas penas.¹⁰⁸ Todo esto parece abogar por la tesis de que se trataría de “medidas *sui generis*” que, aunque no constituyan penas en sentido estricto, sí tienen efectos penales y

estarían situadas entre las “penas” y las “medidas de seguridad”; sólo en este sentido se podría decir que ellas constituirían “sanciones penales” pertenecientes al Derecho penal en sentido amplio.¹⁰⁹

En cuanto al modelo mismo, las críticas se dirigen a sus posibilidades preventivas, así como también a su practicabilidad,¹¹⁰ pues, básicamente, habría generado mucha inseguridad jurídica.¹¹¹ Y es que, aunque la ley señale cuáles son las medidas (clausura temporal o definitiva, disolución de la persona jurídica, suspensión de actividades, prohibición de actividades comerciales, intervención de la empresa), ellas solamente se aplicarían para aquellos casos concretos de la parte especial, cuando los tipos remitieren expresamente al art. 129. Estos casos ni son muchos ni parecen obedecer a una concepción particular sobre la delincuencia empresarial, pues hay remisiones generales al art. 129 o también específicas a alguna de las medidas ahí previstas, y los delitos en los que se pueden aplicar las medidas son muy dispares: terrorismo, asociación ilícita, algunos delitos económicos, tráfico de drogas, corrupción internacional, etc.¹¹² Es incomprensible que la medida quede excluida, en cambio, para una serie de delitos económicos donde la intervención de la empresa es determinante: delitos contra los derechos de los trabajadores, contra los consumidores, delitos fiscales, administración desleal, etc., donde solamente queda la vía de escape, para aplicar medidas de se-

¹⁰⁶ Cfr. al respecto, c. más refs. y refiriéndose al caso español, *Gracia Martín*, “Las llamadas...”, pp. 236 y ss.; *Mir Puig*, “Una tercera vía...”, pp. 358 y ss.; *Ramón Ribas*, en Quintero Olivares/Morales Prats, pp. 676, 678 y ss. La mayoría de estos requisitos no han sido previstos expresamente en la ley; la doctrina española suele deducirlos intérpretemente tomando, además, por referencia el modelo contravencional alemán (art. 30 OWiG); y, por lo demás, tampoco hay consenso en cuanto a los alcances de cada uno de ellos. *Gracia Martín*, p. ej., toma el concepto “defecto de organización” de la persona jurídica (que la doctrina alemana utiliza para fundamentar la culpabilidad de aquella) en cada caso concreto para demostrar la “peligrosidad objetiva” (en cambio, para él el “defecto de la organización” noaría demostrar la culpabilidad de los entes colectivos); véase *ibid.*, pp. 242 y ss. También se discute sobre el carácter “facultativo” de la medida; para unos, ello implica que el juez podría decidir no imponer las medidas incluso cuando se presentaran todos los requisitos; para otros, en tal caso, el juez “deberá” imponerlas; sobre la discusión, siguiendo la última interpretación, *Gracia Martín*, *ibid.*, p. 243.

¹⁰⁷ Al respecto, c. más refs. *Silva Sánchez*, “La responsabilidad penal...”, pp. 183 y ss. quien las considera “medidas de seguridad” (*ibid.*, pp. 191 y ss.); criticamente, *Abanto Vásquez*, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, pp. 158 y s., 206. Ampliamente sobre la discusión, exponiendo las distintas interpretaciones de la doctrina española, *Gracia Martín*, pp. 196 y ss. Este autor sostiene que las “medidas accesorias” (junto con el comiso) tendrían el carácter de “medidas preventivas de carácter asegurativo de la comunidad social” equivalentes a “medidas de policía” (pp. 212 y ss., 234 y ss.). Pero también hay un sector importante de la doctrina española que considera que las “consecuencias accesorias” serían auténticas “penas” contra las personas jurídicas, pues, aparte de estar previstas en el Código Penal, implican limitaciones de derechos; véase, entre otros y c. más refs. *Zugaldía Espinar*, en el Libro-Homenaje a Valle Muñiz, 2001, pp. 896 y ss.; también *Muñoz Conde/García Arán*, pp. 221 y ss., 608. Pero con ello se olvida que la “limitación de derechos” por sí sola (presente en muchas otras medidas) no basta para definir a las “penas” propias del Derecho penal.

¹⁰⁸ Véase, c. más refs. *Abanto Vásquez*, “Derecho penal económico”, pp. 158 y ss., 206; cfr. para el modelo español, *Arroyo Zapatero*, p. 21.

¹⁰⁹ En ese sentido *Arroyo Zapatero*, p. 21; de manera similar *Mir Puig* las identifica como una “tercera vía”, c. más refs. sobre la discusión, “Una tercera vía...”, pp. 361 y ss., 373. También *Gracia Martín*, “Las llamadas...”, cfr. p. 235.

¹¹⁰ Entre otros, véase *Arroyo Zapatero*, c. más refs., p. 20; *Mir Puig*, c. más refs., “Una tercera vía...”, pp. 359 y ss.

¹¹¹ Al respecto, ampliamente, *Ramón Ribas*, en Quintero Olivares/Morales Prats, “Comentarios...”, pp. 677 y ss. En especial se critica que la propia ley no especifique, entre otras cosas, los requisitos para la aplicación de la medida, los criterios que harían preferible una medida frente a otra, la posibilidad de la acumulación de medidas, los plazos de prescripción, el tiempo de duración de medidas temporales.

¹¹² Cfr. *Arroyo Zapatero*, pp. 21 y ss.

guridad, de vincular el delito a la “asociación ilícita” (donde expresamente sí es posible).¹¹³ Y más difícil de entender aún es que el texto legal vincule la aplicación de la medida a la “identificación” de un sujeto individual determinado cuando precisamente el vacío más grave del sistema penal individual está en aquel caso en el que se sabe que el delito proviene de una empresa pero no se puede identificar a nadie en concreto.¹¹⁴

En el año 2003 se incluyó en el art. 31 del CP español (actuar por otro) un segundo párrafo en el cual se considera obligada a pagar la multa, de manera directa y solidaria, a la “persona jurídica... en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó” el individuo-representante. Tampoco esta norma ha sido aplicada, probablemente debido a su dudosa constitucionalidad, ya que establece —como critica la doctrina hispana— un caso de responsabilidad objetiva sin prever por lo demás el procedimiento para efectivizar la medida.¹¹⁵

En el caso peruano la inseguridad es aún mayor porque la regulación legislativa tiene muchas deficiencias técnicas. Por un lado, la regulación de la “medida accesoria” específica del “comiso de ganancias” (art. 104), aunque muy loable en su intención (prever el beneficio económico proveniente del delito), ha sido vinculado al pago de la reparación civil, con lo cual pierde su eficacia preventiva.¹¹⁶ En el caso de las “medidas accesorias” previstas en el art. 105, para su aplicación facultativa por el juez (“... podrá...”) no se da más pauta que la de que el hecho punible se hubiere cometido “en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo” (art. 105, primer párrafo). Y aunque la ley no limita la aplicación de las medidas a determinados delitos, al no dar pauta alguna al juez, resulta demasiado abierta e imprecisa (teóricamente, también podría aplicarse la medida en el caso de un homicidio) y por ello tampoco ha tenido mayores efectos prácticos.

¹¹³ Cfr. Arroyo Zapatero, c. jurisp. pp. 21 y ss.

¹¹⁴ Mir Puig critica este inconveniente del actual modelo español, pero sostiene que podría solucionarse “interpretativamente” el problema: puede entenderse que bastaría con una accesoriedad limitada (verificar un hecho típico y antijurídico) para aplicar la medida a la persona jurídica, sin necesidad de una condena a un individuo determinado y ni siquiera de su “identificación”; véase “Una tercera vía...”, pp. 360 y ss.

¹¹⁵ Cfr., c. más refs. Arroyo Zapatero, p. 22. También, críticamente Ramón Ribas en Quintero Olivares/Morales Prats, pp. 338 y ss. Entre otras cosas, la ubicación de esta “responsabilidad civil solidaria” (en el artículo referido al “actuar por otro”) haría que resulte aplicable solamente a “delitos especiales” y, entre ellos, solamente a aquellos en los que es posible tal representación con actuación de personas jurídicas; cfr. Ramón Ribas, *ibid.*

¹¹⁶ Abanto Vásquez, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, pp. 207 y ss.; Hurtado/Meini, quienes critican además que la ley peruana no haya precisado los mecanismos para efectivizar la medida, pp. 85 y ss.

¹¹⁷ Acuerdo plenario N° 7-2009/CJ-116 del “V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias”, Corte Suprema, Lima, 2009, pp. 71 y ss.

Con las modificaciones al Código Penal, introducidas por el D. Leg. 982 de 22-07-2007, entre otras cosas se ha introducido en el art. 105 la obligatoriedad de la aplicación de las medidas (“... deberá...”) y se ha acogido la teoría civil-comercial del *disregard*: “El cambio de razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria no impedirá la aplicación” de las medidas. Y también la Corte Suprema peruana ha emitido un criterio interpretativo de aplicación obligatoria para la aplicación de las consecuencias accesorias por los jueces.¹¹⁷ Pese a todo, debido a la inseguridad de la base legal y a las graves consecuencias y responsabilidades que podría traer consigo la aplicación de las medidas, debe dudarse de su efectiva aplicación práctica.

3.3. Responsabilidad “penal” de los entes colectivos

Según lo expuesto hasta ahora, en aquel Derecho penal vigente que, a lo sumo, reconoce una “responsabilidad subsidiaria” del ente colectivo, ni se trata de una auténtica “responsabilidad penal” ni con ello se han solucionado los problemas generados por su ausencia. Y ello no solamente debido a las cuestiones técnicas que ya se han explicado (dificultad de identificar a los individuos responsables, dificultades de prueba, falta de efectos preventivos, etc.). Existe sobre todo una urgente *necesidad de pena* debido al incremento alarmante de hechos delictivos cometidos por medio de empresas o con ayuda de ellas y otros entes colectivos, así como a la impunidad y malestar social que esto genera. Pero también se trata de una cuestión de justicia el hacer responsables, en una sociedad moderna de riesgos, a las propias empresas por riesgos creados o no evitados por ellas. Además, se ha comprobado que es posible hacer que los entes colectivos (sea que se les considere “sistemas autopoéticos” o simplemente sujetos de derecho capaces de “retro-

alimentarse") sean motivados para cambiar de política empresarial hacia una que no atente contra intereses vitales de la sociedad (o sea que se organicen de tal manera que controlen los riesgos y ganen conciencia de su responsabilidad).¹¹⁸

Por ello, un modelo que se quedare solamente en el control de la "peligrosidad objetiva", aun cuando lo haga dentro del Derecho penal (medidas de seguridad) y aplicando conocimientos de la teoría de sistemas (empresas como sistemas autopoéticos) y del análisis económico del Derecho (análisis de costo/beneficio desde la perspectiva empresarial) para fijar las medidas aplicables (incluyendo las multas),¹¹⁹ no es suficiente para afrontar las necesidades político-criminales que presenta toda esta problemática.¹²⁰

La argumentación tradicional del *societas delinquare non potest* ha cometido el error de querer trasladar al ámbito de los entes colectivos los criterios de imputación creados para las personas físicas.¹²¹ Las incompatibilidades insuperables de la responsabilidad penal de las personas jurídicas desaparecen cuando se renuncia a querer hacer encajar por la fuerza la responsabilidad penal del ente colectivo dentro de las categorías penales creadas para individuos y, más bien, se buscan otros criterios de responsabilidad (penal) adecuados a la naturaleza de aquél. Para esto existen dos opciones: o bien, como hace parte de la doctrina que se expone a continuación, se intenta buscar "paralelos funcionales" de responsabilidad penal

orientándose en las categorías penales individuales; o bien se buscan nuevas categorías apropiadas desprovistas de la "orientación penal" aunque reconociendo que ambos (el nuevo Derecho y el Derecho penal) pertenecerían a una categoría superior (Derecho sancionador) y respetando las garantías constitucionales válidas también para los entes colectivos. Esta problemática es dejada para el final, cuando llegue la hora de decidir si la mejor solución sería permanecer en el Derecho penal o crear un nuevo Derecho sancionador ajustado a la medida de los entes colectivos.

Si lo que ahora importa es la cuestión de si sería posible construir un sistema de imputación mediante el cual los entes colectivos puedan responder, por sí mismos, por una conducta propia "culpable", y se les puedan aplicar "sanciones graves" (penas) que tengan una determinada función preventiva, entonces la respuesta será afirmativa pero bajo premisas que tengan en cuenta la "diferencia" entre "individuo" y "ente colectivo", y reconozcan y apliquen para este último criterios de imputación específicos.¹²²

Así las cosas, la *acción de la persona jurídica* puede ser entendida como "normativamente real"¹²³ en el sentido de que el ente colectivo, como sujeto de Derecho, además de poder actuar y contraer obligaciones civiles, también puede ser sujeto pasivo de delitos y, por lo tanto, también sujeto activo de ellos: la persona jurídica puede ser destinataria de normas penales cuando el legislador, recogiendo lo vigente

¹¹⁸ Cfr. entre otros *Heine*, "Modelos de responsabilidad...", pp. 46 y ss.; *Sieber*, "Compliance-Programme...", pp. 460, 473 y ss.; *Eidam*, "Unternehmen und Strafe", p. 258, nota 1326; *Hirsch*, 611. En el fondo, los mismos argumentos (necesidad política, efectividad del control, respeto al principio de igualdad), han sido argumentados históricamente una y otra vez para fundamentar la responsabilidad penal de los entes colectivos. Así, p. ej., en EU por la jurisprudencia de principios de siglo xx; véase en *Marinucci*, "La responsabilidad...", p. 1186.

¹¹⁹ En este sentido, *Schünemann*, quien aboga por una concepción amplia de "pena" que incluya tanto la pena individual con "culpabilidad" como las "medidas accesorias" (sin culpabilidad) para las personas jurídicas; "La punibilidad de las personas jurídicas...", pp. 579 y ss.; siguiéndolo en el análisis, mas no en la consecuencia (las penas deben ser estrictamente separadas de las consecuencias accesorias, para no atentar contra el significado "simbólico", "comunicativo" de los conceptos), *Mir Puig*, "Una tercera vía...", pp. 369 y ss.

¹²⁰ Expresamente en este sentido, cfr. *Hirsch*, pp. 606 y ss.; últimamente también *Bajo Fernández*, abandonando así su anterior postura a favor de aplicar solamente medidas de seguridad, véase pp. 720, 725 y ss.

¹²¹ Cfr. *Heine*, "Modelos de responsabilidad...", pp. 29 y ss., 32, 46 y ss.; igualmente *Cramer/Heine* en Schrönke/Schröder, vor §§ 25 ff., n. marg. 129, p. 524; *Hirsch*, pp. 603, 622; *Bacigalupo Saggese*, pp. 12 y ss. Véase también al respecto ya arriba en 2.4. Sobre esta imposibilidad de identificación dogmática, *Mir Puig*, "Una tercera vía...", p. 363. Una primera llamada de atención sobre la "naturaleza de las corporaciones" la dio *Gierke* con su "teoría de la realidad" cuando consideró que ellas, así como podían cometer ilícitos civiles y responder por ellos, también podían cometer delitos y responder por ellos mediante penas adecuadas; cfr. *Heinitz*, 40. DJT, tomo 1, p. 84.

¹²² Recomiendan esto prácticamente todos los autores que están a favor de la punibilidad de las personas jurídicas. Véanse, entre otros, *Tiedemann*, "Derecho penal económico. Introducción y parte general", n. marg. 244, 244a, pp. 235 y ss.; *Baigún*, pp. 28 y ss.; *Hurtado/Meini*, pp. 81, 107. Aquí se podría partir también de un concepto superior (*Oberbegriff*) de "sujeto de Derecho penal", y abarcar así tanto a los individuos como a los entes colectivos dentro del Derecho penal. En este sentido y basándose en la doctrina alemana de Gierke, Binder y Von Liszt, por un lado, y Jakobs, por el otro, *Bacigalupo Sagesse* argumenta a favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito de la criminalidad económica, cfr. pp. 12 y ss., 27 y ss. Pero esto presupone la decisión previa de querer incluir dentro del Derecho penal a los entes colectivos; algo que, siguiendo la línea de pensamiento de la autora (búsqueda de un concepto superior) puede hacerse, pero no tiene que hacerse si existiese una opción sancionadora distinta; se trata al respecto más abajo en 8 y 12.3.

¹²³ Como dice *Ott*, desde la perspectiva civil pero refiriéndose a la posibilidad de punibilidad de las personas jurídicas: "... también una realidad normativa es una realidad"; p. 12.

desde hace mucho en la realidad social, introduzca la regulación correspondiente (esta realidad social también es válida para el reproche social de la culpabilidad por delitos “cometidos” por personas jurídicas).¹²⁴ También la doctrina civil y comercial alemanas, cuando analizan las posibilidades penales, afirman que *de lege ferenda* puede adoptarse una responsabilidad penal de personas jurídicas, pues el que ellas puedan actuar o no y puedan ser imputables penalmente depende, en última instancia, de la palabra del legislador; las posibilidades dogmáticas de interpretar la actuación e imputación penal autónoma y directa a las personas jurídicas existen en diversas teorías como, entre otras, la teoría de la “realidad”.¹²⁵ Y no solamente se trata de la ahora más que nunca innegable “existencia” del ente colectivo, con efectos sensibles, en la vida económica y social, sino que su “peso”, frente a la acción individual, es abrumador (y así lo demuestran los casos más sonados de las últimas décadas en casos de contaminación ambiental, estafas, administración desleal, responsabilidad por el producto, etcétera).

También constituye una realidad social la *culpabilidad del ente colectivo*:¹²⁶ las empresas son consideradas por el público “culpables” de una contaminación ambiental, de la explotación de trabajadores; algunas empresas bancarias suelen ser vistas como “culpables” de colabrar con el “lavado de dinero”, así como se considera a algunas organizaciones religiosas, por lo menos, como instigadoras o cómplices de actos terroristas; algunos estados son y han sido

hechos “culpables” de guerras, etc. Y como, además, es indiscutible que se les atribuya un “honor” y un “deshonor”, es incluso posible hablar ya ahora, en relación con las empresas, de una culpabilidad y de un “reproche ético”.¹²⁷ Por cierto que esta culpabilidad, para resultar legítima, debería basarse en una “conducta” o “actitud” propia del ente colectivo, tal como ocurre con el “defecto de organización” que se verá más adelante. Por eso aquí tampoco se necesita recurrir a soluciones provenientes de la responsabilidad penal individual.¹²⁸

Por otro lado, en contra de tendencias recientes, para la afirmación de esta culpabilidad con consecuencias sancionadoras (finalmente penales) no se necesita la existencia previa de “programas de *compliance*”,¹²⁹ pues los deberes de respetar las normas vigentes son presupuestos previos a la constitución de las personas jurídicas. Por cierto que facilitaría mucho las cosas (y la determinación del dolo o la culpa) si la legislación exigiera, mediante regulaciones específicas precisas y detalladas, que las empresas incluyeran en su organización determinadas medidas de prevención de delitos e infracciones. Esta exigibilidad tendrá que estar en relación con el tamaño del ente colectivo, pues se debería excluir a organizaciones de menor magnitud. Y consecuentemente, también, la regulación de una “culpabilidad” del ente colectivo debería prever no solamente casos de error, caso fortuito, causas de atenuación, agravación o exención de culpabilidad, sino también de “inimputabilidad” en función del tamaño del ente colectivo (“madurez”).¹³⁰

¹²⁴ Cfr. Tiedemann, “Responsabilidad penal...”, pp. 36 y ss.; “Wirtschaftsstrafrecht AT”, n. marg. 244a, p. 137; en el mismo sentido, Dannecker, “Zur Notwendigkeit...”, pp. 107 y ss. Este argumento es, por lo demás, antiguo pues sirvió de base para el reconocimiento de la responsabilidad penal de las *corporations* en la Inglaterra de finales del siglo XIX y en los Estados Unidos poco después; véanse las refs. en Marinucci, “La responsabilidad...”, pp. 1184 y ss.

¹²⁵ Así Ott, quien proponía además una teoría propia llamada de la “persona jurídica como hecho institucional”, tanto porque tiene una existencia real en la conciencia humana como también porque su existencia está vinculada a instituciones sociales como el mercado, los registros comerciales, los tribunales, los órganos legislativos, etc.; véanse pp. 3 y ss., 11 y ss. También Scholz, desde la perspectiva administrativa, está a favor de la responsabilidad penal de personas jurídicas, véanse pp. 435 y ss., 439 y ss. Ya antes, Heinitz reconocía que no habría problemas con la “acción” porque se trataba de imputar (sin importar la teoría de la acción que se asuma) al ente colectivo la voluntad de personas de carne y hueso como hecho físico; véase 40. DJT, tomo 1, p. 84.

¹²⁶ Cfr. Hirsch, p. 607.

¹²⁷ Hirsch, pp. 607 y ss.; siguiéndolo, Marinucci, “La responsabilidad...”, p. 1197. Hurtado/Meini observan acertadamente que “...existe una percepción social, manifestada en el lenguaje, de que las decisiones de la persona jurídica y, por tanto, los actos cometidos por sus miembros individuales, se originan en el ejercicio de un poder difuso específico de ella. Poder que es el producto de las estructuras de la organización de la persona jurídica. En consecuencia, la culpabilidad de los miembros individuales no se confunde con la de la persona jurídica”; véanse pp. 105 y ss.

¹²⁸ Criticando consecuentemente una propuesta de Schünemann (aplicación de medidas de seguridad basándose en un estado de necesidad del bien jurídico) y otra de Tiedemann (paralelo del “defecto organizativo” con la *actio libera in causa*), Bacigalupo Saggese, pp. 23 y ss.

¹²⁹ Enfatiza en esta necesidad, Bajo Fernández, para la determinación de la “fidelidad al Derecho”, véanse pp. 726 y ss.

¹³⁰ Cfr. Bajo Fernández, p. 727. En este sentido, ha sido consecuente la reciente ley chilena de diciembre de 2009; véase al respecto abajo en 9.2.

En este contexto, parte de los críticos sostiene que el reconocimiento de la responsabilidad penal del ente colectivo llevaría a un desplazamiento injusto de la responsabilidad individual; es decir, los individuos responsables (gerentes, directivos, accionistas) se salvarían de la responsabilidad penal, la cual pasaría ahora al ente colectivo, con lo cual el “castigo” se repartiría, injustamente, entre todos.¹³¹ Pero esta afirmación es inexacta pues, independientemente de lo que suceda en la práctica jurisprudencial norteamericana (de cuya observación proviene la crítica),¹³² la introducción de la responsabilidad penal de personas jurídicas no quiere reemplazar la responsabilidad individual sino incrementar la eficacia del Derecho penal:¹³³ no va a excluir la responsabilidad de las personas físicas, sino a reforzar la responsabilidad de éstas al obligar a que las personas jurídicas actúen preventivamente para controlar a sus agentes.¹³⁴ Además, dado que la esencia del ente colectivo no es igual a una mera adición de las personas individuales que la conforman, la culpabilidad de aquélla no puede agotarse con la sumatoria de cada uno de sus integrantes. Por eso, la “culpabilidad” del ente colectivo no debe excluir la de sus integrantes individuales:¹³⁵ debe existir una *responsabilidad acumulativa* mediante la cual respondan “penalmente” tanto los individuos como también los entes colectivos, cada uno de ellos por su propio injusto. Esto también se ha plasmado ya en distintas modificaciones legales y proyectos de reforma.¹³⁶ Esta constatación refuta también definitivamente la crítica que ve en la responsa-

bilidad penal de las personas jurídicas una violación del principio *ne bis in idem*.¹³⁷

También es posible afirmar una *capacidad de pena* de los entes colectivos, pues sea que ésta tenga, como sostiene la doctrina dominante en la actualidad, “finalidades preventivas” o “finalidades estabilizadoras de la norma”, ambas pueden cumplirse también a través de aquella pena dirigida contra una persona jurídica.¹³⁸ Por un lado funciona la “prevención general” cuando se constata que el riesgo de ser sancionado puede hacer que otros entes colectivos se abstengan de cometer actos ilícitos (tal como se observa en el Derecho contravencional), pero también puede afirmarse un efecto “preventivo-especial” dentro del ente colectivo sancionado cuando sus miembros, como consecuencia de la sanción, toman medidas en el interior de la organización para evitar caer en la sanción (y sufrir con ello pérdidas económicas y de prestigio). Esta “susceptibilidad ante la pena” existe en el ente colectivo, en contra de la crítica, pues, aunque como forma abstracta de organización no tenga sensibilidad propia, sí puede reaccionar y actuar por medio de sus integrantes.¹³⁹ En cuanto a la “estabilización de la norma”, ello también es constatable en cuanto reforzamiento de la confianza de la sociedad en la fuerza del ordenamiento jurídico si el ente colectivo resultare penado sobre la base de un reproche de culpabilidad que, como ya se vio, es posible a través del “defecto de organización”.¹⁴⁰

Por otro lado, el argumento del *castigo injusto* por un “hecho ajeno” (el de los individuos que se

¹³¹ Cfr. Mir Puig, “Una tercera vía...”, pp. 355 y ss., 371 y ss. También expone esta crítica y la descarta, Nieto Martín, “La responsabilidad...”, p. 134.

¹³² Hirsch observa, al contrario de la crítica, que en la práctica penal anglosajona los criterios de la responsabilidad penal se han mantenido por separado tanto para los individuos como para los entes colectivos y que para estos últimos se suele recurrir a parámetros civilistas; véase p. 615.

¹³³ Mir Puig, p. ej., advierte que la existencia de una punibilidad empresarial junto con la punibilidad individual puede hacer que los jueces tiendan a contentarse con castigar a las personas jurídicas y evadir la tortuosa vía de comprobar una responsabilidad individual; cfr. en “Una tercera vía...”, pp. 373 y ss.

¹³⁴ Cfr. Nieto Martín, p. 134; Zúñiga Rodríguez, p. 509.

¹³⁵ Cfr. Hirsch, p. 609; Hurtado/Meini, p. 106.

¹³⁶ El Anteproyecto español de 2008 (y los anteriores proyectos y anteproyectos) prevén esta “doble incriminación”, si bien bajo un modelo de “responsabilidad vicaria” de las personas jurídicas; véase CGPJ, “Informe...”, pp. 6 y ss.

¹³⁷ Cfr. Hirsch, pp. 614 y ss.

¹³⁸ Véanse c. más refs. Hirsch, pp. 610 y ss.; Baigún, p. 190; Hurtado/Meini, p. 78. La doctrina alemana de los años 50 que negaba “capacidad de pena” se basaba sobre todo en una concepción de la pena de carácter retributivo. Así, argüía la imposibilidad de una “retribución justa”, c. más refs., en Engisch, 40. DJT, tomo 2, pp. E 14 y ss.; y Hartung afirmaba que cualquier “medida” impuesta a los entes colectivos (incluso los del Derecho contravencional) jamás podrían constituir una auténtica pena porque nunca podrían significar la rendición de un castigo por un injusto cometido; véase 40. DJT, tomo 2, p. E 46. Por cierto que también desde una perspectiva retribucionista podía defenderse la punibilidad de los entes colectivos como “retribución justa” a un “abuso de libertad social”; véase así la argumentación de Von Weber en la discusión del 40. DJT, tomo 2, pp. E 63 y ss.

¹³⁹ Cfr. Hirsch, p. 612.

¹⁴⁰ Idem.

toma como punto de contacto) y el del castigo adicional a otras personas no responsables pero que tuvieran intereses en la persona jurídica (socios, trabajadores, accionistas, la sociedad, etc.).¹⁴¹ tampoco es aceptable pues, por un lado, como se verá más abajo, se puede imputar al ente colectivo un “hecho propio” (p. ej. el “defecto de la organización”) y, en el segundo caso, se trata de *efectos mediatos* propios del “riesgo” existente de pertenecer a una organización, y por los cuales el tercero (accionista, socio, etc.) no responde con todo su patrimonio sino solamente con su capital aportado:¹⁴² así como el miembro obtiene ventajas gracias a su pertenencia a la organización, también debe asumir los riesgos que derivan de ella. Llevando la reflexión a otro nivel, se puede constatar que también en el caso de los Estados, éstos pueden ser “susceptibles de pena” cuando, ante un acto ilícito (guerra, persecución política, violaciones de derechos humanos, etc.) sufren sanciones de la comunidad internacional, pese a que con ellas también se afecta a terceros.¹⁴³ Tampoco el Derecho penal tradicional puede evitar que terceros inocentes (familia, amigos, empleador, entorno social) se vean afectados indirectamente por la pena impuesta al delincuente. El hecho de que en Alemania desde hace ya varias décadas exista un Derecho contravencional que faculta imponer sanciones muy elevadas a las “empresas”, de manera muy similar a como lo haría el Derecho penal, desvirtúa definitivamente esta crítica.

Finalmente, la objeción relativa a la incompatibilidad de la sanción al ente colectivo con el proceso penal, sobre todo en relación con la “presencia corporal” del procesado, es refutada fácilmente. No solamente se trata de una exigencia procesal que tiene múltiples excepciones, y que el ente colectivo puede ser representado por sus órganos. Se ha olvidado

con esta crítica algo elemental: el proceso penal debe adaptarse al Derecho penal y no al revés.¹⁴⁴

En suma, como decía *Heinitz* hace ya más de medio siglo, no se puede afirmar que existan serias razones de lógica sistemática para negar la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino de “necesidades políticas o definición de objetivos”.¹⁴⁵ Pero una vez afirmada, por lo menos en el contexto actual (desarrollos internacionales, mayor importancia de los entes colectivos, etc.), no se tratará de discutir si de *lege ferenda* resulta posible sancionar penalmente a los entes colectivos (ya no hay objeciones dogmáticas al respecto) ni de que esto sea necesario o no (se ha verificado la necesidad político-criminal), sino cuál sería la *configuración concreta* de esta responsabilidad penal o cuasipenal propia de los entes colectivos.¹⁴⁶

3.3.1. El modelo de la “imputación” al ente colectivo de conductas individuales

Entre los partidarios de una “responsabilidad penal” de los entes colectivos, algunos postulan la imputación a estos de los actos cometidos por sus “representantes”. Este modelo equivale a la solución ya vigente en Alemania según el art. 30 OWiG (véanse más detalles abajo en 7.2). De manera similar a lo que ocurre con la regla del “actuar por otro” (imputación de hechos punibles al ejecutor, aunque en él no recaigan cualidades exigidas por el tipo para el autor), se imputa al “ente colectivo” el hecho punible realizado por determinados “órganos” y personas vinculadas con el ente colectivo (representantes, mandatarios, incluso, el “titular”). Como se ve, no se “castiga” al ente colectivo por un hecho propio, sino por el que han cometido otras personas (individuales), en el curso de las actividades de aquél y en su interés.

¹⁴¹ Así, entre otros, *Mir Puig*, “Una tercera vía...”, pp. 365 y ss.

¹⁴² Cfr. *Hirsch*, pp. 613 y ss. En la discusión alemana, *Richard Busch*, en su libro *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände* (1933, p. 188), había introducido el concepto algo dramático e inexacto de *Schicksalgemeinschaft* (comunidad de personas que comparten el mismo destino), pues da la impresión de que todos los integrantes siempre gozan las ventajas y sufren las desventajas, con todo su patrimonio, derivadas de su pertenencia al ente colectivo. Esto había sido duramente criticado por los detractores de la responsabilidad penal de personas jurídicas por lo injusto e indiscriminado de las consecuencias, y reforzando la crítica con el argumento emocional de la experiencia alemana de posguerra; véase, entre otros, *Engisch*, 40. DJT, tomo 2, pp. E 28 y ss.

¹⁴³ Cfr. *Hirsch*, c. más. refs., p. 614.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 615, nota 63.

¹⁴⁵ *Heinitz*, 40. DJT, tomo 1, pp. 67, 87 y ss. No obstante lo cual, él veía problemas con los conceptos tradicionales de “culpabilidad” y “pena”; *ibid.*, pp. 85 y ss.

¹⁴⁶ En el mismo sentido destacan la importancia de desarrollar “criterios de imputación” para la punibilidad de las personas jurídicas, los cuales, además, tendrán que ser diferentes de los previstos para la responsabilidad de los individuos, *Hurtado/Meini*, pp. 81, 105, 107.

Los modelos de imputación, sobre los que actualmente se tienen ya varias experiencias legislativas mundiales,¹⁴⁷ tienen serios problemas prácticos. En su aplicación o bien tienen a limitar o a extender demasiado la responsabilidad.¹⁴⁸ Limitan demasiado la aplicación del Derecho penal debido a que se necesita identificar a una persona física cuyo hecho va a ser imputado al ente colectivo y quien además debe reunir el elemento subjetivo (de difícil prueba); y resulta demasiado amplia porque, una vez realizada tal identificación, prácticamente no se necesita más para una responsabilidad de la empresa.

Además, una mera “imputación” de hechos ajenos no puede responder a la crítica que se le hace acusándola de admitir una “responsabilidad objetiva” en contra de principios penales elementales. Si se ha de “peñar” al ente colectivo, tendría que vincular el reproche a una conducta propia y no a una ajena.¹⁴⁹ Es por eso que se ha tratado luego de construir una “responsabilidad propia” de la persona jurídica basada en hechos ajenos (los de sus miembros), tal como se verá a continuación. Incluso en EU, donde al principio se aplicaba una responsabilidad vicarial de la “corporación”, en los últimos años se ha buscado fundamentar la responsabilidad por el delito por hechos referidos a su propia organización.¹⁵⁰

Una posibilidad intermedia, a mitad de camino hacia una “responsabilidad originaria” (autónoma) del ente colectivo, podría consistir en prever “cláusulas de exclusión de la responsabilidad”, las que intervendrían cuando la empresa pudiera probar la irresponsabilidad de determinado círculo de personas.¹⁵¹

3.3.2. Responsabilidad penal propia (“responsabilidad originaria”)

Un grupo cada vez mayor de autores postula la *responsabilidad del ente colectivo por un hecho propio*.

En este sentido, al ente colectivo se le puede reprochar, siguiendo el paralelo con el reproche individual, una “conducta” determinada (actos concretos de sus órganos que ordenan o permiten la comisión de ilícitos); y esto, tanto en el sentido de una acción (en tal caso la “acción” del órgano que es imputada al ente) como por una “omisión” (dolosa: la posición de garantía; culposa: la *culpa in vigilando*). Pero también, de manera más acorde con su naturaleza, se podría reprochar al ente colectivo directamente el haber permitido llegar a un “estado” determinado (la “organización defectuosa”). El problema inicial consiste en elaborar una o más disposiciones que determinen, en la ley penal, dicha responsabilidad colectiva, sin caer en contradicciones sistemáticas y sin dejar vacíos de punibilidad.

a) Un primer intento consiste en considerar a la empresa como *garante de protección* de determinados bienes jurídicos. Esto ocurriría cuando se tratare de delitos ambientales o de la responsabilidad por el producto. Pero se ha criticado que se vería limitado por la escasa cantidad de situaciones prácticas en las que sería posible afirmar tal posición de garantía del ente colectivo, pues ella exigiría un “monopolio” sobre los objetos de protección, algo que solamente podría darse en organismos de la administración pública y, en contados casos, con las empresas en relación con su propio patrimonio (“administración desleal”) o su seguridad (delitos laborales).¹⁵²

b) También es posible aplicar el modelo de la *imputación de responsabilidad propia del ente colectivo* (persona jurídica) a través de los hechos ilícitos cometidos por determinadas personas que actuarán por ella; o sea, el ente colectivo será responsable (y se le podrá imponer una pena) porque el delito (o contravención) cometido por un individuo (p. ej. un directivo de la empresa) es considerado como hecho punible de aquél. La empresa responderá por no haber controla-

¹⁴⁷ Criticando los modelos de Francia y de Inglaterra, cfr. Heine, “Modelos de responsabilidad...”, pp. 33 y ss.; igualmente constata la popularidad de este modelo de “heterorresponsabilidad” en las últimas reformas penales (incluyendo la española), Gómez-Jara, “El modelo constructivista...”, pp. 96, 146.

¹⁴⁸ Cfr. Heine, “Modelos de responsabilidad...”, pp. 33, 44 y ss.; críticamente contra el modelo de “atribución” a la persona jurídica de los hechos cometidos por sus órganos, Silva Sánchez, siguiendo a Köhler, “La responsabilidad penal...”, p. 169.

¹⁴⁹ Desde la perspectiva normativista radical también se critica a aquellos modelos de imputación que incluso emplean la terminología sistemática y caen con ello en la contradicción de negar al mismo tiempo la condición de sistema autopoietico de los entes colectivos; véase c. más refs. Gómez-Jara, “El modelo constructivista...”, p. 102, nota al pie 18.

¹⁵⁰ Sobre este desarrollo, c. refs. ver Marinucci, “La responsabilidad...”, pp. 192 y ss.

¹⁵¹ Cfr. Heine, quien advierte también sobre los problemas que plantearían esta “inversión de la carga de la prueba”, “Modelos de responsabilidad...”, pp. 35, 45.

¹⁵² Cfr., c. más refs., Heine, “Modelos de responsabilidad...”, pp. 36 y ss.

do, supervisado, de manera suficiente, a sus empleados para evitar las conductas individuales lesivas (*culpa in vigilando*), y por lo tanto se le imputa el hecho de constituir una *empresa deficitaria*.¹⁵³ Este modelo existe desde hace algún tiempo en el Derecho contravencional alemán que es considerado por la doctrina alemana como equivalente a un Derecho penal amplio (véase 7.2). A diferencia del modelo de mera “imputación” ya visto arriba, aquí se busca explicar un “hecho propio” del ente colectivo a partir de conductas individuales. *Tiedemann* ha interpretado el Derecho contravencional alemán habría previsto (inconscientemente) ya *de lege lata* una “responsabilidad propia” del ente colectivo en el sentido de este modelo: el art. 30 OWiG (en concordancia con el art. 130 OWiG) presupondría siempre una “culpa organizativa” consistente en una inobservancia de las previsiones necesarias para que, dentro de la empresa, se desarrollen conductas conformes a Derecho (la “culpa previa”); por tanto, los hechos individuales de los representantes o trabajadores solamente constituirían “hechos de contacto” (condición objetiva de punibilidad). También *Bacigalupo Saggese*, a través de un planteamiento normativista radical, recurre a un similar modelo de imputación. En la construcción de su modelo recurre a la teoría civilista de la “representación” para imputar, como “manifestación de la voluntad de la persona jurídica” los hechos de todos aquellos que, según la ley y los estatutos de la empresa, estén a cargo de una parte operativa de ella, imputación que se legitimaría, según los casos dados, tanto en la “autonomía de la voluntad” (autoobligación del representado) como también en la disposición de la ley.¹⁵⁴

El caso es que este modelo sigue exigiendo (como el modelo de la imputación de conducta ajena), para admitir una “responsabilidad propia” del ente colectivo, una vinculación de la culpa organizativa con la conducta de determinadas personas individuales (que demuestra su existencia): la comisión de un delito o una contravención que violen deberes propios del ente colectivo o que por medio de tales hechos se

enriquezca o vaya a enriquecerse. Es decir, las posibilidades de una verdadera imposición de sanciones (contravencionales *de lege lata*; penales, si el modelo fuera adoptado en la ley penal) al ente colectivo, todavía son limitadas.

Para superar este problema se tiene que hacer el reproche penal (o cuasipenal) directamente al ente colectivo o empresa *por una conducta propia independiente*. Y aquí, a diferencia de la solución de la “posición de garante” vista en a), resulta más realista ver en el ente colectivo solamente un “garante del control” o “garante de la supervisión” para evitar peligros provenientes de él, y hacerle responder por un “defecto”, “fallo” o “déficit” de tal control. Aquí existe primero la posibilidad de reprochar el hecho de constituir, por sí mismas, “empresas defectuosas” por promover, en el interior de la empresa, una determinada “cultura defectuosa”, “cultura criminal”, etc. Este reproche tiene un paralelo (y por eso resulta en cierta forma criticable) en el ya superado reproche individual por la “conducción de vida”. El modelo australiano, en cuyo art. 12.2 del CP de 1995 se sanciona penalmente a la *empresa deficitaria* por la existencia de una defectuosa “cultura empresarial” fomentadora de hechos delictivos o por la inexistencia de una cultura empresarial que los evite pese a haberla podido instaurar.¹⁵⁵ Un similar modelo se tiene en los Países Bajos, cuya jurisprudencia suprema ha reconocido una autoría funcional de la empresa, cuando ella tenía el “poder de organización” sobre el comportamiento punible y había “aceptado” cuidarlo.¹⁵⁶ El TJCE también ha desarrollado un modelo similar en el ámbito del Derecho de carteles con su reproche de “culpa organizativa” a las empresas: omisión de medidas previsoras que eran necesarias para garantizar un desarrollo ordenado no delictivo de los negocios, con lo cual no se necesita determinar quién ha actuado en concreto ni si en esta persona recae un reproche personal de culpabilidad.¹⁵⁷

c) Otra posibilidad consiste ya no en reprochar a la empresa misma o a una determinada conducta de

¹⁵³ Cfr. *Tiedemann*, remitiéndose a la práctica francesa, portuguesa y estadounidense, “Wirtschaftsstrafrecht AT”, n. marg. 244, 244a; refiriéndose a éste también *Sieber*, c. más refs., “Compliance-Programme...”, p. 466 y ahí nota 60. Al respecto también *Heine*, “Modelos de responsabilidad...”, pp. 37 y ss.

¹⁵⁴ Véanse pp. 33 y ss.

¹⁵⁵ Cfr., c. refs., *Heine*, “Modelos de responsabilidad...”, p. 37.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 38.

¹⁵⁷ Cfr. *Tiedemann*, c. más refs., “Wirtschafts strafrecht AT”, n. marg. 270, pp. 150 y ss.; también *Heine*, “Modelos de responsabilidad...”, p. 38.

ella sino a su *organización defectuosa*. El problema está en precisar en qué consiste esta “organización defectuosa”: o bien puede verse como una “responsabilidad por vigilancia” (se debe precisar el objeto de la vigilancia y los fines perseguidos) o una “responsabilidad por no respetar deberes especiales” previstos en la ley. Sobre estas construcciones hay mucha discusión y ya existen propuestas *de lege ferenda*. La segunda construcción resulta muy limitada; es cierto que existen “deberes empresariales” claros en el campo del Derecho de la libre competencia, la responsabilidad por el producto y el medio ambiente, donde existen deberes específicos que deben ser cumplidos por la empresa misma (tomada en su conjunto), motivo por el cual el cumplimiento y la infracción están desvinculados de los individuos, así como también la imputación penal puede desvincularse de éstos.¹⁵⁸ La ventaja estaría en que las propias leyes (especiales penales o extrapenales) fijarían de antemano los “límites de la responsabilidad”; pero, por otro lado, y esto es decisivo, estos límites resultan muy estrechos (no abarcan nuevos riesgos) aparte de no incentivar a las empresas a activar su autorresponsabilidad.¹⁵⁹

Por eso, la construcción de la *responsabilidad por vigilancia* tiene más posibilidades de imponerse en la práctica.¹⁶⁰ El problema está en cómo concebir el “deber de vigilancia”. En primer lugar, parece poco práctico precisar que se trata de un “deber de dominio sobre personas”, pues esto tiende a una excesiva amplitud de la responsabilidad: debido a que cualquier carencia de organización puede llevar a la producción de delitos, el modelo debe ser corregido posteriormente por cláusulas de excepción (razonabilidad) u otros criterios (tamaño de la empresa, situación económica, etc.).¹⁶¹ Lo mejor y más objetivo consiste en exigir un “management de riesgos” adecuados a las situaciones concretas, cuya deficiencia podría derivar,

bajo determinados supuestos, la responsabilidad (penal) del ente colectivo.¹⁶² Y aquí es preferible que sea la propia ley la que establezca los requisitos de esta responsabilidad, así como los ámbitos delictivos en los cuales ella entraría a tallar, antes de que se deje en manos de la jurisprudencia, como en el modelo francés, la construcción dogmática de la responsabilidad empresarial por delitos previstos expresamente en la parte especial.¹⁶³

En adelante el problema se plantea a la hora de concretar más y construir categorías dogmáticas sobre las que se base la imputación (penal).

Así, se pueden crear tipos penales específicos para las “personas jurídicas” bajo la imputación de la llamada “irresponsabilidad organizada” (defecto de organización como responsabilidad originaria) y la comisión de delitos (básicamente económicos) por medio de “representantes” que faltan al deber de control.¹⁶⁴ O también, en el sentido del normativismo radical, buscar construir una “autorresponsabilidad” de las empresas tras reconocer su estatus de “ciudadano”, su calidad de “sistema autopoietico” que se reproduce con base en decisiones y que, bajo “equivalentes funcionales” puede ser hecho “culpable”.¹⁶⁵ Además, siguiendo el paralelo con la responsabilidad individual, aunque desde una perspectiva “constructivista” (normativista radical), incluso sería posible reconocer la “inimputabilidad” de determinados entes colectivos (p. ej. las pequeñas y medianas empresas) y concentrar la persecución penal a aquellas empresas que han desarrollado una “complejidad interna suficiente”.¹⁶⁶

En la doctrina alemana, ha sido *Heine* quien de manera especialmente precisa y convincente ha tratado de fundamentar la responsabilidad penal de las *empresas*, a partir de la observación de la naturaleza de los entes colectivos y haciendo un paralelo con las categorías penales de la responsabilidad individual

¹⁵⁸ Cfr. *Ransiek*, “Unternehmensstrafrecht”, 1996, pp. 339 y ss., 347; véase también resumidamente en *Heine*, “Modelos de responsabilidad...”, pp. 39 y ss.

¹⁵⁹ Cfr. *Heine*, “Modelos de responsabilidad...”, p. 40.

¹⁶⁰ Siguen este modelo de responsabilidad autónoma, expresamente, entre otros, *Heine*, “Modelos de responsabilidad...”, pp. 39 y ss.; *Hurtado/Meini*, p. 107.

¹⁶¹ Cfr. *Heine*, “Modelos de responsabilidad...”, p. 39.

¹⁶² *Idem*, *Cramer/Heine* en *Schönke/Schröder*, vor §§ 25 ff., n. marg. 129, pp. 524 y ss.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 45.

¹⁶⁴ Así, *Scholz*, p. 439; *Tiedemann*, c. más refs., “Wirtschaftsstrafrecht AT”, n. marg. 244a, p. 137. Más refs. y una exposición crítica de esta doctrina todavía dominante y que se basa en un fallo del Tribunal Constitucional Alemán (BverfGE 20, pp. 336 y ss., sobre la “culpabilidad” de la persona jurídica), *Cramer/Heine* en *Schönke/Schröder*, vor §§ 25 ff., n. marg. 127, p. 524. En la literatura hispanoamericana, véanse, entre otros, *Ramón Ribas*, en *Quintero/Morales Prats*, pp. 683 y ss.; últimamente *Zúñiga Rodríguez*, pp. 495 y ss.

¹⁶⁵ Cfr. *Gómez-Jara*, “El modelo constructivista...”, pp. 96 y ss., 117 y ss.

¹⁶⁶ Aplicando los conocimientos sociológicos de *Teubner*, *Gómez-Jara*, “El modelo constructivista...”, pp. 117 y ss.

(“transposición analógico-funcional”).¹⁶⁷ Así la “culpabilidad” no representaría un reproche por una determinada decisión, o por un hecho concreto en un momento dado, sino por un “desarrollo empresarial defectuoso” que puede haber llevado muchos años en producirse (“culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial”).¹⁶⁸ La acción reprochable consistiría entonces en un “management defectuoso” (la empresa como garante supervisor y poseedor de los conocimientos cualificados ha omitido medidas idóneas) de riesgos provenientes del ente colectivo. La realización concreta de este “peligro empresarial”, o sea la perturbación social como producto del management defectuoso del riesgo, o no sería más que una “condición objetiva de punibilidad”. Como se ve, de este modo se prescinde por completo de toda vinculación con la culpabilidad y la acción de aquel individuo (miembro o no de la empresa) que hubiera actuado en interés de la empresa.¹⁶⁹ En el aspecto subjetivo, se trata (al igual que en los individuos) de “imputar” (al ente colectivo o empresa) el conocimiento (y la voluntad) sobre los riesgos y los desarrollos empresariales defectuosos que tenían sus departamentos competentes, o sea, una imputación del “dolo” o, eventualmente, de “imprudencia”.¹⁷⁰ La au-

toridad del ente colectivo (empresa) se construiría sobre la base de un “dominio de la organización” (y no del dominio del hecho), que existiría cuando las empresas hubieran desperdiciado la oportunidad de adoptar medidas oportunas e idóneas, sea en el plano horizontal (organización de la empresa frente a riesgos) o en el plano vertical (delegación o asignación de competencias).¹⁷¹ En contra de lo que se cree, esto no significa exigir demasiado a las empresas, si se toma como parámetro la “costumbre” del medio correspondiente a la empresa, así como sus posibilidades en el caso concreto.¹⁷² También se pueden incluir otras limitaciones legales de la responsabilidad empresarial a partir del “criterio de la aceptación” (la empresa solía aceptar el riesgo de la realización de un delito) y el de la “evitabilidad” (las medidas organizativas necesarias que habrían podido evitar, con cierta seguridad, la realización del riesgo).¹⁷³

En suma, aunque todavía se discute sobre modelo concreto, ha quedado claro que una posible *responsabilidad autónoma* (penal) de la persona jurídica y que ella no atentaría contra el *ne bis in idem*, debido a que se distingue claramente (p. ej. como responsabilidad por conducción defectuosa de la actividad empresarial) de la responsabilidad (penal) de las personas

¹⁶⁷ Así procede Heine, “Modelos de responsabilidad...”, pp. 46 y ss. Su propuesta se centra, sin embargo, en delitos empresariales relacionados con el medio ambiente, la vida y la integridad corporal (responsabilidad por el producto), pero podría afinarse, como él mismo indica, para aplicarlo, en general, a “procesos empresariales basados en la tecnología” (p. ej. delitos graves económicos y tributarios); *ibid.*, p. 63. Su propuesta de *lege ferenda*, consiste en reconocer “responsabilidad penal de la empresa” cuando ella descuidara los “riesgos típicos de la actividad empresarial” infringiendo uno de sus tres deberes empresariales: “deber de asegurar a largo plazo fuentes empresariales de peligro”, “deber de mantener el nivel de seguridad” en caso de delegación de competencias empresariales y “Deber de supervisar y controlar riesgos empresariales”. Como condición objetiva de punibilidad se concretaría la sanción con una pena a la empresa en cuanto se produzca un “incidente empresarial relevante” que consistiría en: muertes o lesiones corporales graves de una parte de la población, peligros para la comunidad (incendios, explosiones, considerables daños a las cosas), daños ambientales graves, es decir aquellos que sólo puedan eliminarse con graves dificultades o luego de un largo periodo de tiempo. Véase *ibid.*, p. 65. Véase también Cramer/Heine en Schönke/Schröder, vor §§ 25 ff., pp. 524 y ss., n. marg. 129; Groppe, “Strafrecht AT”, p. 114, n. marg. 22b. Siguiendo un método similar de “equivalencias funcionales” de conceptos también Gómez-Jara, c. más refs., 123 y ss., “El método constructivista...”; Remitiéndose a este último, García Caverio, “Derecho Penal. Parte general”, pp. 679 y ss.

¹⁶⁸ Cfr. Heine, “Modelos de responsabilidad...”, pp. 47 y ss., 50 y ss, 54 y ss.; Cramer/Heine, en Schönke/Schröder, vor §§ 25 ff., n. marg. 129, pp. 524 y ss. Desde la perspectiva funcionalista radical también hay aquí distintas posturas. Así, a diferencia de Jakobs, para quien el ente colectivo no puede “ser capaz de desautorizar la norma” y, por ende, tampoco puede ser hecho “culpable” en sentido penal (véase arriba en la nota 97) otros, como García Caverio, obvian este aspecto y se centran más bien en la “defraudación de expectativas normativas” para admitir una “culpabilidad” penal de las personas jurídicas y su estatus de “ciudadano”; véase “Derecho penal económico. Parte general”, pp. 652 y ss., 679 y ss. También Bacigalupo Saggese, quien critica a Jakobs el que, pese a reconocer tanto a “individuos” como “personas jurídicas” como sujetos del Derecho penal con “capacidad de acción” (personas que comunican), cuando trata la culpabilidad persistiría con la visión individualista; véanse pp. 25 y ss.

¹⁶⁹ Heine critica por eso la sentencia del Tribunal Constitucional que exige erradamente que la culpabilidad penal de la persona jurídica se construya a partir de la culpabilidad de los individuos (BVerfGE, tomo 20, p. 336); “Modelos de responsabilidad...”, pp. 48 y ss.; también Cramer/Heine, en Schönke/Schröder, vor §§ 25 ff., n. marg. 127, p. 524.

¹⁷⁰ Cfr. Heine, c. refs. de la doctrina y jurisprudencia alemanas, así como de la jurisprudencia del TJCE, en “Modelos de responsabilidad...”, p. 54.

¹⁷¹ Cfr. Heine, “Modelos de responsabilidad...”, p. 51 y ss. Este “dominio de la organización” constituye también una limitación de la responsabilidad de la empresa; véase *ibid.*, p. 64, refiriéndose al modelo holandés.

¹⁷² *Ibid.*, pp. 52 y ss.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 64.

individuales que actúan en su interior.¹⁷⁴ Por ello también es posición dominante en este ámbito el que una futura responsabilidad penal del ente colectivo debe consistir en una *responsabilidad acumulativa*, es decir, no debe reemplazar ni oponerse a la responsabilidad penal de los individuos.¹⁷⁵ Esto se deriva de la propia culpabilidad del ente colectivo, distinta de la de los individuos que la componen.¹⁷⁶

En la situación actual, una tras otra las legislaciones penales van reconociendo la “responsabilidad penal” de los entes colectivos; todo parece indicar que sería sólo cuestión de tiempo para que también ésta sea reconocida en otras legislaciones penales importantes como la alemana, la española o las de Sudamérica. En buena cuenta se manifiesta así la certera observación de *Tiedemann* en el sentido de que “... la introducción de una auténtica punibilidad de la empresa... sea más bien una cuestión de decisión de valoración política antes que de lógica constructiva”.¹⁷⁷ Incluso se admite que podría coexistir con estas dos responsabilidades penales autónomas, la responsabilidad contravencional referida a algunas tareas y deberes de las empresas.¹⁷⁸

Pero no hay que olvidar un asunto de suma importancia que, en mi opinión, reviste una importancia trascendental. Pese a que se suela recomendar la introducción de la “punibilidad de personas jurídicas” dentro del Código Penal,¹⁷⁹ muchos de los que están a favor como los que están en contra de la “respon-

bilidad penal” *de lege lata y de lege ferenda*, de los entes colectivos dudan de que, por razones prácticas, sea bueno mezclar la responsabilidad colectiva con la responsabilidad individual dentro del Código Penal. Tanto por una como por otra razón se propone una solución global *fuera del Derecho penal* (Derecho penal de empresas, Derecho sancionador de empresas, Derecho de intervención, etc.) con carácter “punitivo” *sui generis* (segunda vía).¹⁸⁰ Se busca así crear un Derecho sancionador hecho a la medida de la naturaleza del ente colectivo evitando desnaturalizar los principios de un Derecho penal creado y desarrollado sobre la base de conceptos propios de las personas individuales. En este nuevo Derecho sancionador de empresas, la imputación se podría basar, sin problemas, en una responsabilidad propia debida a un “defecto de organización” y seguir una metodología distinta de la que se emplea cuando se fundamenta la imputación penal de los individuos.¹⁸¹

4. Los “delitos” específicos de los entes colectivos y la “accesoriedad” del acto individual

El “defecto de organización” como criterio imputador de la responsabilidad autónoma parece no decir nada aún del *delito* en concreto, ejecutado por individuos, que daría pie a la punición del ente colectivo. Y es que el “defecto de organización” por sí solo no parece implicar ningún grave atentado tangible contra bienes

¹⁷⁴ *Tiedemann*, “Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...”, pp. 122 y ss., n. marg. 245; *Heine*, “Modelos de responsabilidad...”, pp. 54 y ss.

¹⁷⁵ Cfr. la discusión en *Schünemann*, quien defiende la posición dominante de prever sanciones para ambos; véase en LK StGB, § 14, n. marg. 86, p. 940; igualmente *Dannecker*, “Zur Notwendigkeit...”, p. 124; *Tiedemann*, refiriéndose a una “responsabilidad paralela” a la individual, “Nuevas tendencias...”, pp. 16 y ss., 110; *Silva Sánchez*, “La responsabilidad penal...”, pp. 153 y ss.; *Zúñiga Rodríguez*, pp. 505 y ss. En el Anteproyecto español del 2008 también se reconoce esta “responsabilidad acumulativa”; véase CGPJ, “Informe...”, p. 6.

¹⁷⁶ En este sentido, *Hirsch*, “Die Frage...”; siguiéndolo, *Marinucci*, “La responsabilidad...”, p. 1197.

¹⁷⁷ *Tiedemann*, “Grunderfordernisse...”, p. 17. En el mismo sentido, *Hurtado/Meini*, 104.

¹⁷⁸ *Heine*, “Modelos de responsabilidad...”, p. 55.

¹⁷⁹ *Tiedemann*, “Wirtschaftsstrafrecht...”, pp. 136 y ss., n. marg. 243 y ss., también en “Nuevas tendencias....”, p. 109, proponiendo un cambio de “nombre” de la sanción penal dirigida a las personas jurídicas; *Dannecker*, “Zur Notwendigkeit...”, pp. 115 y ss.; *Scholz*, pp. 439 y ss. En este grupo también están los que proponen la subsistencia de la responsabilidad contravencional del § 30 junto con la penal de la persona jurídica (además de la de los que actuaran por ella); así *Rogall*, KK OWIG, § 30, n. marg. 255, p. 549. *Eidam* considera posible cualquiera de los dos modelos, “Unternehmen und Strafe”, p. 258. En España también parece ser ésta la tendencia general véanse, entre otros, *Ramón Ribas*, en Quintero/Morales Prats, pp. 685 y ss.

¹⁸⁰ Ya *Engisch*, en su ponencia en la 40 Jornada de Juristas Alemanes de 1953, tras rechazar rotundamente la “responsabilidad penal de las personas jurídicas”, concluía abriendo la posibilidad de una ley penal específica: “Pero incluso si se quisiera favorecer la pena al ente colectivo como tal, se debería tener en claro que la regulación pertinente solamente podría darse por medio de una amplia ley penal de los entes colectivos y no mediante pocas disposiciones básicas”; véase 40. DJT, tomo 2, p. E 41. La desvinculación de la ley penal básica hace que el nombre escogido para la sanción (“pena”, “medida”, etc.) pierda relevancia. En la actualidad hay diversas propuestas. Así, *Schünemann* propone p. ej. un “modelo de medidas de seguridad” para las personas jurídicas, LK-StGB, vor § 25, n. marg. 21, p. 1840, n. marg. 28 y ss., pp. 1842 y ss.; *Jakobs* insinúa la posibilidad de “sanciones no punibles” para las personas jurídicas, “Strafbarkeit...”, pp. 573 y ss. P. ej. *Tiedemann*, de manera pragmática, propone introducir una responsabilidad autónoma (y paralela a la individual) de terminología diferente a la penal; véase “Nuevas tendencias...”, pp. 16 y ss. (en IV). Véanse también *Heine*, “Kollektive Verantwortlichkeit...”, pp. 584 y ss.; *Cramer/Heine* en *Schönke/Schröder*, vor §§ 25 ff., n. marg. 129, pp. 524 y ss.

¹⁸¹ En este sentido, *Heine*, “Kollektive Verantwortlichkeit...”, pp. 589 y ss.

jurídicos importantes y, por lo tanto, tener un nivel suficiente de merecimiento de pena. Se presenta aquí una situación similar con la “infracción del deber de cuidado” de los delitos culposos individuales, los cuales, como es sabido, apenas en fechas recientes tienen trascendencia penal con la producción del resultado lesivo. Es más, ya por razones prácticas, tal situación ni siquiera trascendería más allá de las fronteras del propio ente colectivo.

Luego tendría que buscarse una vinculación del “defecto de organización” con la realización efectiva de un delito previsto en la parte especial para los individuos; el artículo pertinente de la parte general que contemplare la punibilidad de los entes colectivos, siguiendo un sistema de *numerus clausus* tendría que remitir a los correspondientes tipos legales.

Ante esta situación, se plantean dos posibilidades: o bien se considera una relación específica de delitos, que puede coincidir en mayor o menor medida con los “delitos económicos” (abuso de poder económico, delitos contra el ambiente, delitos laborales, administración desleal, fraudes de todo tipo, etc.), incluyendo también a los de la “criminalidad organizada” (terrorismo, tráfico de drogas, lavado de dinero, trata de blancas, etc.). O también se puede extender la punibilidad, y hacer un reproche por la comisión de un delito cualquiera (p. ej. “homicidio”, “lesiones”, “injurias”, etc.), salvo, claro está, aquel delito que, por su naturaleza, solamente pueda ser cometido por individuos. Avalando lo resuelto en algunas legislaciones como la francesa, parte de la doctrina se inclina últimamente por esta posición amplia,¹⁸² pero también hay doctrina importante que quiere limitar la “punibilidad” de la empresa a delitos económicos (incluyendo los tributarios) graves.¹⁸³ Aquí se observa que en gran medida la decisión sobre este asunto se encuentra condicionada por la concepción que se tenga del “sujeto” que se quiere someter a punibilidad: quienes solamente quieren referirse a “empresas” suelen limitarse a vincular la punibilidad de éstas solamente con delitos económicos y la criminalidad organizada, mientras que los que siguen un criterio más amplio de sujeto activo (personas jurídicas y otras, exceptuando al Estado y a los órganos de la administración pública) tienden a admitir una lista más larga de delitos que

rebasan el marco de la criminalidad económica (p. ej. homicidio culposo, estafa, corrupción, etcétera).

Ahora bien, yendo un poco más al fondo del asunto en concordancia con la naturaleza del ente colectivo, si se va a tratar de un “delito” del ente colectivo por un *hecho propio*, y si se sigue el paralelo con los delitos individuales, consecuentemente con lo expuesto arriba en 3.3 tendrían que reconocerse, en principio, dos grandes grupos de conductas reprochables: una *conducta culposa* (defecto de organización) y una *conducta dolosa* (política criminal de la empresa).¹⁸⁴ Estas conductas, por sí solas, merecen ya un reproche (penal) y tendrían que merecer una sanción (penal). Pero aquí, desde la perspectiva estrictamente penal, se plantean varios problemas: ¿cómo se establecería el paralelo con la conducta individual punible?, ¿cuál es el papel del delito concreto cometido por los individuos?, ¿tendría alguna importancia la gravedad o la perseguitibilidad del delito individual?

Está claro que estos problemas no serían tales en un *Derecho sancionador* de entes colectivos, pues allí se podrían establecer principios y reglas desligadas en principio del Derecho penal, pero que otorgue garantías constitucionales similares a las de éste. Luego, allí podría preverse, por un lado, una responsabilidad propia del ente colectivo, desvinculada de las conductas individuales efectivas, por el mero hecho de presentar un “defecto de organización” (observado p. ej. mediante controles esporádicos). Como un nivel superior de gravedad, podría preverse a continuación una mayor responsabilidad del ente colectivo cuando el “defecto de organización” se hubiera manifestado en un delito concreto, y con mayor razón cuando la “política criminal” se hubiera concretado en delitos. Por otro lado, además de medidas preventivas, también podrían preverse, de manera correspondiente a la gravedad, sanciones que pueden ir desde las más leves a las más graves (véase abajo en 7 sobre las sanciones). P. ej., si una empresa que fabrica productos cuyos residuos son altamente contaminantes tanto para los trabajadores como para la población, en principio ya por el “defecto de organización” que no hubiera previsto cómo proteger a los trabajadores ni cómo eliminar los residuos sin atentar, más allá de los límites legales permitidos, contra el medio ambiente,

¹⁸² Hirsch, pp. 619 y ss.; Aboso/Abraldes, pp. 190 y ss.; Zúñiga Rodríguez, p. 485.

¹⁸³ Así, Heine, “Modelos de responsabilidad...”, p. 63; Bacigalupo Saggese, pp. 13 y ss.

¹⁸⁴ Cfr. Marinucci, “La responsabilidad...”, pp. 1193 y ss.

tendría que existir una respuesta legal (en la ley especial, podría haber una multa sancionadora y, en casos graves y urgentes, una intervención de la empresa o paralización de actividades). Pero si, además, este “defecto de organización” hubiera llevado a que trabajadores se hubieran enfermado o que los residuos hubieran contaminado el ambiente, la respuesta debería ser una sanción más grave. Y si, además, todo esto constitúa una política empresarial (delito doloso), se debería aplicar la sanción más grave prevista para el ente colectivo: cancelación de licencia, cierre definitivo del establecimiento, cancelación de la personería jurídica. Finalmente, para afirmar la responsabilidad del ente colectivo no habría mayores problemas con la “accesoriedad” en relación con la conducta individual, pues solamente interesaría, en el supuesto más grave, que se hubiera cometido un “hecho punible” (conducta típica y antijurídica) favorecido por el “defecto de organización” o la “política criminal empresarial”.

En cambio, en el *Derecho penal* auténtico, que es donde la mayor parte de la doctrina quiere situar la responsabilidad del ente colectivo, se tiene que buscar *paralelos* para construir las conductas dolosas y culposas del ente colectivo. Esto se presenta difícil, pues el “delito culposo” (la organización defectuosa) precisará de un “resultado típico”; en este caso, de la realización efectiva del delito por un individuo. Y la “conducta dolosa” del ente colectivo (política criminal de la empresa), por sí misma, podría justificar, a lo sumo, un delito de “organización criminal” (asociación para delinquir) como reproche a la misma empresa. En cambio, estaría muy lejos de otros delitos no cometidos aún; en relación con ellos constituiría solamente un “acto preparatorio” de un homicidio, lesiones, contaminación, corrupción, blanqueo de dinero.

Y tampoco hay consenso en cuanto a la *accesoriedad* de la conducta delictiva de los individuos. Por un lado la doctrina se inclina por exigir que la conducta delictiva individual, como punto de conexión para la punibilidad del ente colectivo, debe tratarse de una conducta de los “órganos” o “empleados” del ente colectivo que actúasen representando a éste, o sea que

se trate de actos “en interés” (a favor) del ente colectivo.¹⁸⁵ Pero no ha quedado claro qué tipo de “accesoriedad” tendría que exigirse para poder reprochar culpabilidad al ente colectivo: ¿bastaría con que el acto individual constituyera un hecho meramente típico, se necesita que además sea antijurídico, o incluso que se trate de una “conducta culpable”?¹⁸⁶ Aquí resultará más garantista, aunque en la práctica sea menos eficaz, exigir la preexistencia de una culpabilidad individual, pues el término penal “culpabilidad” mismo siempre presupone una vinculación psíquica concreta con un hecho.¹⁸⁷ En la doctrina se quiere resolver el problema precisando que la conducta individual delictiva concreta solamente sería una “condición objetiva de punibilidad”,¹⁸⁸ pero con ello, en realidad se está reconociendo que la “conducta delictiva” del ente colectivo, pese a que puede llegar a ser grave, no tiene la misma naturaleza que la conducta delictiva individual.

La *gravedad del delito concreto* ejecutado por miembros o allegados a los entes colectivos, en cambio, puede ser tomada en cuenta como criterio para la *medición de la pena*. Así, no puede ser valorado, de la misma manera, en relación con una empresa, que ésta, por medio de los individuos, desarrolle una “política criminal” (conducta dolosa) destinada a evitar costos adicionales en la investigación, prueba o retirada del mercado, etc., de productos nocivos a la salud de los individuos, o aquella política de un banco que asesore a sus clientes para que éstos evadan exitosamente impuestos dentro del país o a paraísos fiscales, o la de una organización destinada a apoyar actividades terroristas. Por otro lado, tiene que merecer una menor sanción (penal) la empresa que, por falta de control interno o por controles internos insuficientes, permita que en su interior algunos de sus miembros se dediquen a las actividades antes mencionadas, pese a que ellas no forman parte de la política de la empresa.

5. El destinatario de la norma

En la doctrina se discute si la punibilidad debería extenderse también a *organismos públicos* como las

¹⁸⁵ Así, entre otros, *Bacigalupo Saggese*, pp. 33 y ss.; *Aboso/Abraldes*, p. 192. Ésta es también la posición dominante en el Derecho contravencional alemán; véase al respecto más abajo en 10.2.

¹⁸⁶ En este último sentido *Hirsch*, p. 621.

¹⁸⁷ Cfr. *Hirsch*, p. 621.

¹⁸⁸ En el Derecho contravencional alemán se interpreta así también la conducta individual que lleva a responsabilidad de la agrupación según el art. 130 OWiG (“condición objetiva de represión”).

personas jurídicas de Derecho público, los partidos políticos, sindicatos, o incluso el mismo Estado, aparte de otras organizaciones que encajen en el concepto civil de “persona jurídica”. El Código Penal francés se ha hecho cargo de este problema y, expresamente (art. 121), ha exceptuado al Estado y a otras organizaciones de importancia pública, como los partidos políticos y los sindicatos, pero incluido a las personas jurídicas de Derecho público (empresas privadas de servicios públicos). Y también el Anteproyecto español del 2009, que solamente se refiere a “asociaciones, fundaciones y sociedades” en el art. 31 bis, número 5, excluiría al “Estado, las administraciones públicas territoriales e institucionales, los partidos políticos y los sindicatos”, mas no a las personas jurídicas de Derecho público, es decir, las entidades públicas empresariales.¹⁸⁹ Esta línea es seguida por la mayoría de los autores¹⁹⁰ con el argumento de que sería la más razonable, pues en caso contrario se llegaría a un conflicto de división de poderes entre el Poder Judicial (encargado de dirigir el proceso) y la administración pública; además, para los “organismos públicos” existen otras vías ya previstas en el Derecho disciplinario, administrativo, además de tipos penales dirigidos a funcionarios públicos.¹⁹¹

Un proyecto menos ambicioso consistiría en referir la ley especial solamente a “empresas” (lo cual terminológicamente excluye a la administración pública e incluye a las empresas públicas) y responsabilizarlas por un número reducido de delitos. De manera más concreta aún, la ley podría referirse a “sociedades anónimas” y otras “corporaciones”. El argumento a favor de esta limitación estaría en que: estas empresas son las que tienen mayor importancia en la economía moderna, son las más utilizadas en los procesos de concentración empresarial (considerado como un peligroso aumento de poder económico en pocas manos), los hechos que pudieran cometer tendrían mayor dañosidad social, y son las que, en el marco de la globalización, están en condiciones de ejercer presión directa sobre las economías locales.¹⁹² Pero también, en nuestros Derechos penales tradicio-

nales este avance moderado ante una escasa experiencia práctica en cuanto a responsabilidad legal de los entes colectivos, parece ser la más adecuada. Esto ha ocurrido por ejemplo en la ley chilena de diciembre de 2009 (véase arriba en 9.2).

El problema, de todos modos, no es tan fácil. Aquí está en juego una decisión de política legal. La mejor solución debería consistir, ciertamente, en crear un Derecho autónomo que regulare, ampliamente, la prevención de graves infracciones o delitos de los entes colectivos, las consecuencias jurídicas de estas infracciones, el procedimiento, etc. Allí puede considerarse también un concepto específico de los destinatarios de las normas (p. ej. “ente colectivo”), concepto que puede incluir tanto a las personas jurídicas como a otras agrupaciones que no tengan tal reconocimiento jurídico, y a las personas jurídicas de Derecho público.

Por ahora, tal vez la solución intermedia sea la más aceptable y menos peligrosa: la ley especial podría referirse a “agrupaciones de personas” (de Derecho privado), aunque no tengan finalidades económicas e incluso no tengan personería jurídica (bastaría la forma real), tal como ocurre actualmente en el Derecho contravencional alemán.¹⁹³

6. La responsabilidad (penal) de la matriz o de transnacionales

En el Derecho contravencional alemán se ha discutido y reconocido la *responsabilidad contravencional de la matriz* por los actos de su filial en la cual hubiera influido. Se considera que ello es posible por medio de la aplicación de la cláusula de extensión del destinatario de la norma introducida por la reforma de 2002: el número 5 del párrafo 1 del art. 30 OWiG reconoce como “punto de contacto” para imponer multas a personas jurídicas o agrupaciones de personas a aquellas acciones (constitutivas de delito o contravención y realizadas violando deberes del ente colectivo o para favorecerlo) de cualquier otra persona que respondiere por la dirección de la empresa. Pero

¹⁸⁹ Cfr. CGPJ, “Informe...”, pp. 14 y ss.

¹⁹⁰ Zúñiga Rodríguez, pp. 485 y ss.; Bajo Fernández, p. 728; Bacigalupo Saggese, pp. 34 y ss.

¹⁹¹ Cfr. Hirsch, p. 617; exponiendo el caso de Holanda, Zúñiga Rodríguez, pp. 486 y ss. Bajo Fernández argumenta, citando jurisprudencia española (STS de 04-03-1985), además, que las personas jurídicas de Derecho público carecen de afán de lucro y, en caso de sanciones contra ellas, se vería afectada la ciudadanía en general, p. 728.

¹⁹² Así Baigún, justificando su propuesta, pp. 34 y ss.

¹⁹³ Cfr. Hirsch, p. 617.

es más discutible la responsabilidad contravencional de la matriz tomando como base una falta de la “violación del deber de vigilancia” de su filial, tal como exige el art. 130 OWiG, pues jurídicamente la filial constituye una persona jurídica independiente y, por lo tanto, responsable de sus propios actos. Algunos admiten la posibilidad de aplicar aquí también el art. 130 OWiG (cuidando, eso sí, de no violar el principio *ne bis in idem* para no sancionar doblemente a las filiales y a las matrices),¹⁹⁴ pero otros la rechazan tajantemente debido a la “base insegura” que ofrecería esta solución, si bien destacan las posibilidades que ofrecen los art. 30 (responsabilidad de personas jurídicas y agrupaciones por las acciones de representantes subordinados), art. 9 (actuar por otro) y el art. 8 (comisión por omisión) OWiG en estos casos.¹⁹⁵

Y también la jurisprudencia del TJCE considera la *unidad económica* como criterio para imponer sanciones a la empresa matriz por las infracciones (de carteles) que cometiera la filial, siempre que existiera una vinculación de capitales (de más de 50%) y se pruebe la influencia de la matriz en la política económica de la filial (instrucciones, identidad del personal directivo, etc.).¹⁹⁶ Para el Derecho penal alemán y el resto del Derecho contravencional alemán, por razones de taxatividad, solamente se debería admitir la “unidad económica” cuando la matriz poseyera en 100% a la filial.¹⁹⁷ Aparte de esto podrían resultar punibles los directores de la matriz solamente bajo el aspecto de la posición de garante como “gerentes fácticos” de la filial en casos de “administración desleal de consorcios” (art. 266 StGB) o de otros perjuicios contra la filial aplicando el supuesto de “actuación por otro” previsto en el párrafo 3 del art. 14 StGB (también es “representante” en sentido penal aquel cuya legitimidad como tal fuera jurídicamente nula).¹⁹⁸

En el Derecho penal alemán estricto, que como ya se dijo no reconoce la punibilidad de los entes colecti-

vos, por lo menos existen alusiones al funcionamiento de los “consorcios” y la influencia de las empresas matrices (en este caso, de los directivos de éstas) en las empresas filiales. Así, en el marco del reconocimiento de una “autoría mediata a través de aparatos organizados de poder”, la reciente jurisprudencia alemana (BGHSt, tomo 49, pp. 147 y ss.), además de aplicar de manera polémica la teoría a empresas comerciales, ha tomado en cuenta la estructura de los consorcios para fundamentar la responsabilidad individual de los directivos de la empresa matriz. Y ha considerado posible que el “autor mediato” (un individuo situado en la mayor jerarquía de un consorcio), aprovechándose de la estructura y la forma de funcionamiento de la organización (pese a la separación espacial, temporal y jerárquica), hubiera desatado acontecimientos dentro de toda la empresa (el consorcio y la filial) para, conforme con su plan, cometer una “administración desleal” de la filial.¹⁹⁹

De lege ferenda habría que plantearse una regulación adecuada para la responsabilidad de la matriz por “delitos” cometidos por sus filiales. Aquí, si se adoptara una responsabilidad penal por “defecto de la organización” deben preverse también determinados presupuestos penales de responsabilidad. Aunque existieran reglas de responsabilidad civil en el Derecho comercial (como ocurre en el Derecho alemán), estas reglas no pueden bastar para la responsabilidad penal, pues tienen una finalidad distinta de la penal y aquí se trata de una “responsabilidad penal originaria”.²⁰⁰ Entonces, siguiendo el modelo de responsabilidad penal originaria de los entes colectivos arriba expuesto (véase 3.3.2 c), debe exigirse para la responsabilidad de la matriz que ésta hubiera tenido suficientes posibilidades de influencia fáctica-económicas: cuando la matriz, aunque empresa jurídica independiente, era la que tenía la posibilidad de introducir remedios organizativos suficientes en la

¹⁹⁴ Cfr. *Rogall* en KK OWiG, § 30, n. marg. 70a, p. 507; § 130, n. marg. 25 y ss., pp. 1681 y ss.

¹⁹⁵ *König*, c. más refs., en *Göhler*, § 130, n. marg. 5a, pp. 1243 y ss.

¹⁹⁶ Al respecto cfr. *Tiedemann*, “Wirtschaftsstrafrecht AT”, n. marg. 241, p. 134 y n. marg. 271 y ss., pp. 171 y ss.

¹⁹⁷ El concepto “consorcio” no está regulado legalmente; no se interpreta como “empresa” en el sentido del Derecho de sociedades anónimas, pero debido a que existe un “dominio fáctico” de la matriz, sobre la filial y ambos actúan como una sola empresa, la doctrina afirma la posibilidad de que exista un “deber de control” (art. 130 OWiG) de la matriz, con la consiguiente responsabilidad contravencional de los directivos de la sociedad matriz y de esta misma. Pero se discute hasta dónde alcanza tal responsabilidad de la matriz; al respecto véanse el planteamiento y las refs. en *Rogall*, KK OWiG, § 130, n. marg. 25, p. 1682; exponiendo brevemente el origen del concepto y la jurisprudencia civil y penal al respecto, *Schünemann*, FG-BGH, pp. 641 y ss., 643 y ss.

¹⁹⁸ *Tiedemann*, “Wirtschaftsstrafrecht AT”, n. marg. 274, pp. 152 y ss.; *Schünemann*, FG-BGH, pp. 643 y ss.

¹⁹⁹ C. más refs. *Fischer*, n. marg. 7a, p. 236.

²⁰⁰ Cfr. *Heine*, “Modelos de responsabilidad...”, pp. 57 y ss.

filial.²⁰¹ Y aquí la responsabilidad penal puede ser tanto escalonada como compartida en aplicación análogica de las reglas de la “autoría mediata” de los individuos.²⁰² Y aquí también deben preverse reglas específicas de “medición de la pena” para la imposición de multas que sean proporcionadas al injusto de cada una de las empresas al mismo tiempo que cumplan finalidades preventivas.²⁰³

El problema de la “responsabilidad penal de la matriz” depende de la punibilidad, en general, de los entes colectivos. Pero la situación se torna más polémica, e incluso tiene alcances políticos, cuando se diferencia según los países huéspedes en los cuales actúa el consorcio. En este caso se habla de *empresas transnacionales*, las cuales, especialmente en los países en vías de desarrollo (o, anteriormente, de manera menos eufemística, “subdesarrollados”) han sido frecuentemente acusadas de fomentar la corrupción y mantener el subdesarrollo (eliminando industrias locales, creando dependencia, evadiendo impuestos, etc.). La cuestión que se plantea aquí es si, en el caso de las empresas transnacionales, tendría que existir alguna regulación penal específica o bastaría con la regulación penal sobre “entes colectivos” en general que ya prevén algunos países o que otros introducirán alguna vez. En los estudios que se han realizado al respecto, se ha llegado a la conclusión de que debido a su tamaño y posibilidades de transferir indiscriminadamente ganancias y pérdidas de una filial a otra, de un país al otro, el problema no radica tanto en la peligrosidad delictiva (en ello no se diferenciarían de las empresas locales), sino en la posibilidad de prueba de los ilícitos que las transnacionales hubieran cometido.²⁰⁴ En los países más débiles (frecuentemente los subdesarrollados económicamente), las transnacionales se aprovechan además de los vacíos legales e insuficiencias institucionales (justicia, policía, etcétera).

El vacío legal más evidente y decisivo ha sido la falta de una protección legal de la *libre competencia*, lo cual permitía a las transnacionales obtener posiciones monopólicas u oligopólicas en los países huéspedes y de mantener tal posición mediante abusos de poder económico.²⁰⁵ Esta situación ha cambiado en gran medida desde que se han ido introduciendo reglas de protección de la competencia o perfeccionando las existentes a partir de la década de los 90, a la par que las empresas locales han ido ganando mayor competitividad. Sin embargo, tras un impulso inicial se observa en los últimos años cierto desinterés por una protección efectiva de la competencia; además, en contra de las experiencias europeas y norteamericana, hasta ahora los legisladores de países subdesarrollados no intentan establecer un auténtico “control de fusiones” que limitaría el incremento de poder de empresas nacionales o transnacionales, con la consecuente tendencia a la monopolización.²⁰⁶ También se ha acusado a las transnacionales, en el marco de la lucha competitiva, de *fomentar la corrupción*, tanto la de funcionarios públicos de los países huéspedes, como la de empleados de las empresas competidoras. Nuevamente, aquí se ha concluido que estas conductas no serían exclusivas de empresas transnacionales; éstas se aprovecharían de un ambiente de corrupción ya existente y del cual participarían también empresas locales y empresas nacionales de otros países.²⁰⁷ Las soluciones que se han propuesto reclaman tanto un mayor control nacional de la corrupción en general como también un control de los países desarrollados que, directa o indirectamente (p. ej. mediante la posibilidad de la deducción tributaria de sobornos que existía en Alemania hasta hace unos años) contribuían a mantener. En gran medida, se están materializando estas propuestas; así, desde hace algunos años se ha introducido poco a poco en muchos países industrializados el tipo penal de “corrupción privada” (en

²⁰¹ Cfr. Heine, “Modelos de responsabilidad...”, p. 58.

²⁰² *Idem*.

²⁰³ *Ibid.*, p. 59.

²⁰⁴ Véase la exposición de esto con refs. en Abanto Vásquez, “Criminalidad económica y transnacionales”, pp. 115 y ss.; “Derecho penal económico”, pp. 163 y ss.

²⁰⁵ Véase con refs. en Abanto Vásquez, exponiendo el caso de América Latina, “Criminalidad económica y transnacionales”, pp. 116 y ss.

²⁰⁶ Este peligro existió desde el inicio de la legislación antimonopólica en América Latina y ha persistido hasta ahora; véase Abanto Vásquez, c. más refs., en “Derecho de la libre competencia”, pp. 182 y ss., esp. 194 y ss., 410 y s. En la actualidad la situación no ha cambiado mucho, pese a haber cambiado las leyes; en lo referente a la protección de la libre competencia (y el control del poder económico) la tendencia se orienta en la despenalización de los ilícitos; al respecto véase, c. más refs., Abanto Vásquez, “Delitos contra el mercado...” (inédito) en el punto 5.

²⁰⁷ Véase, c. refs., en Abanto Vásquez, “Criminalidad económica y transnacionales”, pp. 120 y ss.

Alemania, el art. 299 StGB). Y en los países subdesarrollados (ahora, en gran medida, “emergentes” por su rápido avance económico) se han afinado los tipos de “corrupción de funcionarios”, tanto mejorando la tipificación (todavía insuficiente) con la introducción del “cohecho internacional” o la “corrupción privada” como las posibilidades de la persecución penal.²⁰⁸ Finalmente, otro campo en el que se ataca de manera especial a las transnacionales es el de la *defraudación tributaria*. Aquí también se manifiesta el “abuso de poder” de las transnacionales que les permite, en distinta forma, ya sea conseguir directamente exoneraciones tributarias por medio de los países huéspedes o transferir pérdidas y ganancias de la manera más favorable posible para evitar pagar impuestos o reducir considerablemente la materia imponible.²⁰⁹ Esta difícil problemática no tiene una solución meramente penal, pues comprende una serie de medidas extrapenales para controlar la evasión tributaria. En el campo penal, la dificultad mayor se tiene a la hora de determinar la “ley penal en el espacio”, pues las reglas penales existentes al respecto han sido construidas pensando en conductas punibles de individuos, y, por lo tanto, toman por referencia el “lugar de comisión del delito” o el “lugar en que surten efectos” estas acciones para reconocer los principios aplicables: de territorialidad, real o de protección de intereses, de personalidad (activa y pasiva), universal. En el caso de los entes colectivos, este planteamiento está destinado al fracaso. Por eso, teniendo en cuenta la peculiaridad de la responsabilidad penal de los entes colectivos, lo que interesa debe ser, independientemente de dónde se hubiere realizado el hecho, de si la empresa procesada en el territorio nacional sería corresponsable en el territorio nacional (dominio de la organización defectuosa).²¹⁰

Sea que se introduzca o no una responsabilidad penal o contravencional de personas jurídicas, se hace entonces indispensable la previsión de reglas extrape-

nales claras sobre las cuales construir una responsabilidad (penal) de la matriz, sea como “autora” (autoría mediata), coautora o participe de los hechos delictivos de su filial. Ahora ya, se necesitan reglas procesales que permitan a la administración (en caso de un proceso administrativo-contravencional) o al juez (en caso de un proceso penal) obtener de la matriz las informaciones necesarias y suficientes para responsabilizar por lo menos a las personas individuales que hubieran actuado por la filial o por la matriz; p. ej. aplicar el principio de la “unidad económica” arriba expuesto, considerar como “indicio” la negativa de la matriz a proporcionar las informaciones, etc.²¹¹ La propuesta de la “autorregulación”, de las propias empresas, de “códigos de buena conducta”, como la visión de un control mundial de ellas, resulta hasta ahora poco realista.²¹²

7. Sanciones y procedimiento

En la doctrina se ha reconocido hace ya algún tiempo la necesidad de establecer un *catálogo de sanciones* específicas para los entes colectivos (empresas) que, al igual que para los individuos, puede ser muy amplio y contener penas similares (multas, penas limitativas de la libertad, etcétera).²¹³

Entre los que defienden la responsabilidad penal de los entes colectivos, se ha partido también de un paralelo con las penas individuales. Ya *Engisch* reconoció la posibilidad de “rendimiento de pena” de los entes colectivos bajo ciertos límites y recurría a este paralelo: la disolución de la agrupación (equivalente a la pena de muerte de la agrupación como tal), la suspensión por un tiempo (similar a la privación de libertad al paralizar la libertad de acción de la agrupación), la expulsión espacial, el secuestro de patrimonio, la pena de multa, el recorte de privilegios, el retiro de concesiones, la incautación, la inutilización, la destrucción de objetos, el sometimiento de la agrupación

²⁰⁸ Una evaluación al respecto de la legislación penal peruana que contiene algunos avances, pero también mantiene defectos, puede verse en *Abanto Vásquez*, “Vacios...”, pp. 131 y ss.

²⁰⁹ Ampliamente al respecto *Tiedemann*, “Empresas multinacionales...”, pp. 253 y ss.

²¹⁰ Cfr. *Heine*, “Modelos de responsabilidad...”, pp. 62 y ss.

²¹¹ Cfr., c. más refs., *Abanto Vásquez*, “Derecho penal económico”, p. 169; “Criminalidad económica y transnacionales”, p. 123.

²¹² Véase con refs., *Abanto Vásquez*, “Derecho penal económico”, pp. 167 y ss.

²¹³ Cfr., entre otros, *Heine*, “Modelos de responsabilidad...”, p. 55; *Tiedemann*, “Wirtschaftsstrafrecht AT”, pp. 138, 155 y ss.; *Dannecker*, c. más refs., “Zur Notwendigkeit...”, pp. 124 y ss., y en *Wabnitz/Janovsky*, n. marg. 124, p. 63; *Achenbach*, en *Anchenbach/Ransiek*, p. 4. n. marg. 7 y ss.; *Hirsch*, p. 622; *Abanto Vásquez*, “Derecho penal económico. Consideraciones”, pp. 206 y ss. Sobre las sanciones contravencionales para empresas, que pueden ser tomadas por modelo para las sanciones penales correspondientes, cfr. también por todos, *Eidam*, “Unternehmen und Strafe”, pp. 235 y ss.

a control policial, y la afección del honor mediante la publicación del fallo.²¹⁴

Muchas de estas propuestas han sido recogidas en los distintos modelos legislativos existentes. P. ej. en el sistema de las “consecuencias accesorias” o en el Derecho contravencional, donde aparte de las ya clásicas multas²¹⁵ y las prohibiciones de contratar (o de participar en licitaciones), también se encuentran “penas” como la disolución de la empresa, el cierre temporal de la empresa o multa, publicidad de la sentencia, etc. Más novedosa es la “curatela de la empresa”,²¹⁶ o sea la orden judicial de administración forzosa temporal de la empresa, cuya ventaja, en relación con otras sanciones, consiste en que evita perjudicar a terceros inocentes (accionistas, acreedores, etc.). El Anteproyecto español de 2008 contiene no solamente la “intervención de la empresa” (art. 33, número 7), sino también la “publicidad de la sentencia” (art. 288), como penas específicas para las personas jurídicas. Respecto a la primera sanción penal, se ha observado que parecería más conveniente no considerarla pena sino “medida de seguridad” dentro de un sistema específico de medidas de seguridad para personas jurídicas.²¹⁷

La pena de “multa” ha sido siempre considerada como la idónea para hacer frente a la criminalidad económica en general y a la de las empresas en especial.²¹⁸ Sin embargo, también ha habido críticas, pues se ha destacado que el costo de la multa podría ser amortizado fácilmente por el ente colectivo y ser considerado un “costo de producción” más que afectaría sobre todo a accionistas, trabajadores y, en última

instancia, tal costo se trasladaría al consumidor.²¹⁹ La multa solamente sería eficaz en aquellas empresas en las que el propietario ejerza una influencia efectiva en la organización (pequeñas y medianas empresas, sociedades personalistas, sociedades anónimas con un accionista que tenga un porcentaje significativo de las acciones).²²⁰ También se propone la “curatela” o “administración forzosa” del ente colectivo que no perjudicaría ni a los accionistas ni a los trabajadores,²²¹ así como la “pérdida” o “decomiso de beneficios o ganancias”.²²² En cambio, no todos están de acuerdo con incluir como pena la “publicidad de la sentencia”,²²³ si bien en la doctrina moderna, pese a constatar un “efecto infamante” en estas medidas, debido a su gran efecto preventivo, observado sobre todo en el Derecho contravencional, se recomienda su aplicación para los casos “graves”, incluso antes de que la sentencia tenga efectos de cosa juzgada, siempre y cuando solamente se mencione a las empresas y no a los individuos involucrados.²²⁴

Aquí suele hacerse hincapié también en la necesidad de introducir, adicionalmente a las sanciones, *medidas preventivas de control* o mejorar las ya existentes para evitar las futuras infracciones.²²⁵ P. ej., en graves riesgos sociales procedentes de la producción, puede disponerse la limitación de la producción como último recurso.²²⁶ En caso de responsabilidad de la matriz, existe aquí el problema práctico importante de que, en muchos casos, la filial que hubiera actuado cometiendo el delito, habría recibido de la matriz solamente un capital reducido. En tal caso, resultaría desproporcionado imponer a ésta una multa elevada,

²¹⁴ Cfr. *Engisch*, 40. DJT, tomo 2, p. E 13. Sin embargo, finalmente este autor concluía que éstas no serían justas como “penas”, pues contradirían el concepto de “pena” según la ya cimentada tradición en el círculo cultural germano; véase *ibid.*, pp. E 21 y ss., E 41. También *Hartung* recomendaba una serie de “medidas de seguridad” (o de aseguramiento) que iban de las más leves (aparte de las propuestas por Engisch: obligación de informar, controles frecuentes por personal administrativo, obligación de separar a órganos y personal infractor) a la más grave (*ultima ratio*) de la “disolución”; véase *ibid.*, pp. E 51 y ss.

²¹⁵ Incluso en un sistema no penal, que basara la imposición de “medidas accesorias” sobre la base de la “peligrosidad objetiva” del ente colectivo, es legítimamente la imposición de una “multa”, siempre que exista una proporción entre la medida y la finalidad buscada: la multa debe tener en cuenta el “significado económico” del monto impuesto para la la persona jurídica; cfr. *Mir Puig*, “Una tercera vía...”, p. 372.

²¹⁶ C. más refs. véase *Schünemann*, LK-StGB, vor § 25, n. marg. 29, p. 1843; *Heine*, “Modelos de responsabilidad...”, p. 55.

²¹⁷ Cfr. CGPJ, “Informe...”, pp. 16 y ss., 25 y ss.

²¹⁸ Véanse las refs. en *Engisch*, 40. DJT, tomo 2, pp. E 13 y ss.

²¹⁹ Cfr. *Bajo Fernández*, p. 728.

²²⁰ *Idem*.

²²¹ Recomendada por *Bajo Fernández*, p. 728.

²²² *Idem*.

²²³ Expresamente en contra, *Hartung*, 40. DJT, tomo 2, p. E 53.

²²⁴ Cfr. *Tiedemann*, c. más refs. y jurisp., “Derecho penal económico. Introducción y parte general”, pp. 269 y ss., n. marg. 290 y ss., esp. n. marg. 291.

²²⁵ Ampliamente, *Dannecker*, “Zur Notwendigkeit...”, pp. 127 y ss.

²²⁶ Cfr. *Heine*, “Modelos de responsabilidad...”, p. 55.

pero tampoco puede imputarse por ello, sin más, una responsabilidad penal (y una multa) a la matriz. En tal caso, deben presentarse los demás requisitos de responsabilidad penal de la matriz para que ésta, por sí sola o conjuntamente con la filial, sufra una pena de multa.²²⁷

Una modificación de la parte general, en el sentido de la admisión de la punibilidad de los entes colectivos, tiene que encontrar correspondencia también en el *proceso penal*. No debería haber problemas para hacer las modificaciones pertinentes en la ley procesal (o la introducción de disposiciones específicas dentro de una ley especial), no habría problemas para incluir como sujeto procesal a la persona jurídica.²²⁸ En el Derecho alemán, por ejemplo, aunque no exista proceso penal para las personas jurídicas, sí hay un “procedimiento contravencional”. Y también en el Ordenamiento Procesal penal alemán (StPO) se ha previsto una regla específica para las “personas jurídicas” cuando, en el procedimiento judicial, se viera contra ellas un proceso contravencional (véase más abajo): el art. 444 StPO (“Procedimiento para la fijación de multas contravencionales contra personas jurídicas y agrupaciones de personas”). Durante el proceso se han previsto también “medidas cautelares”. En el proceso penal existe el “decomiso especial” aplicable también a las “personas jurídicas” en su calidad de representadas por la persona natural que hubiere cometido el delito (art. 75, concordado con los arts. 74 y ss. StGB).²²⁹ Lo mismo existe en el proceso contravencional (véase abajo en 4.3.1). Ambas medidas son consideradas incluso por algunos autores como auténticas “sanciones penales” o “cuasipenales” contra personas jurídicas.²³⁰

Aquí también debe ubicarse la problemática referida a las maniobras de evasión de responsabilidad típicas de la naturaleza de una “persona jurídica”: su *transformación o desaparición* durante el proceso o después de la imposición de la sanción (penal, contra-

vencional o cuasipenal). En la doctrina y la jurisprudencia del Derecho de contravenciones se discute sobre las consecuencias que tendría la “transformación de la empresa” durante un proceso en curso o, después, al tratar de ejecutarse una sanción ya impuesta. En el Derecho contravencional alemán se han discutido estos problemas. La doctrina concuerda en que tal transformación sólo tendría efectos excluyentes en la aplicación del art. 30 OWiG si se pudiere afirmar que ha habido un “cambio de identidad” de la empresa (mediante una interpretación económico-fáctica). Ello no ocurriría con el mero cambio de socios o al producirse ni tampoco con el cambio del nombre; pero sí podría ocurrir con el cambio de forma jurídica o en caso de una fusión o adquisición de empresas, dependiendo de si sigue habiendo identidad de empresas o, en el último caso, el patrimonio de la empresa anterior cumpliese similares funciones en la nueva o ha pasado a formar gran parte del nuevo capital.²³¹ Y para la validez de multas contravencionales a la anterior empresa, debe verificarse si el hecho evaluado para la multa a la primera empresa sigue teniendo vinculación con la nueva.²³² Algo similar ocurre en el Derecho comunitario, donde el tema de la “succesión empresarial” ha ocupado a la jurisprudencia del TJCE, el cual impone la multa a aquella empresa sucesora que tuviere una “continuidad funcional y económica” con la empresa disuelta infractora.²³³

8. Ubicación de la responsabilidad “penal” dentro del CP

Sea que se opte por una auténtica punibilidad o un reforzamiento de medidas administrativo-contravencionales existentes, y mientras dure la discusión, es imaginable también una solución intermedia, que hasta donde alcanzo a ver no ha sido evaluada aún por otros autores: la ubicación de la responsabilidad colectiva dentro del sistema de “faltas” (que aunque en algunos países

²²⁷ Cfr. *Heine*, sugiriendo la posibilidad de introducir además “directrices” más precisas similares a las “Sentencing Guidelines” norteamericanas, “Modelos de responsabilidad...”, p. 59.

²²⁸ Entre otros, cfr. *Pieith*, basándose en la experiencia suiza, pp. 602 y ss.; *Dannecker*, “Zur Notwendigkeit...”, pp. 129 y ss.; *Heine*, “Modelos de responsabilidad...”, p. 56.

²²⁹ Cfr. *Eidam*, “Unternehmen und Strafe”, n. marg. 886, p. 256.

²³⁰ *Ibid.*, n. marg. 842, p. 243, n. marg. 904, p. 263.

²³¹ *König en Göhler*, § 30, n. marg. 38, pp. 264 y ss.; *Eidam*, “Unternehmen und Strafe”, n. marg. 780 y s., pp. 224 y ss.

²³² *König en Göhler*, n. marg. 38b, p. 265.

²³³ Véase, c. más refs., *Heine*, quien críticamente considera que, además de la continuidad funcional y económica, debería exigirse la “necesidad preventiva” (gravedad de la culpabilidad empresarial y evitabilidad futura de desarrollos organizativos defectuosos), “Modelos de responsabilidad...”, p. 60.

se llaman “contravenciones”²³⁴ no deben confundirse con las “contravenciones alemanas”) acompañada, por supuesto, de las modificaciones pertinentes en el Código Penal (p. ej. en lo referente a la prescripción de la falta, el catálogo de sanciones, etc.).²³⁵ Y es que, a diferencia del Derecho alemán (que eliminó las faltas hace varias décadas y las refundió en su Ley Contravencional), las “faltas” existentes en España y muchos países latinoamericanos están ubicadas dentro del Código Penal, también son pasibles de “penas” y, por lo tanto, de un “reproche ético-social”, y su procesamiento está en manos de la justicia penal ordinaria. Aunque suelen ser consideradas infracciones cuantitativamente “menores” que los auténticos delitos, y por ello tienen regulaciones especiales de parte general (prescriben rápido, no incluyen la tentativa, etc.), por lo menos pueden ser vistas como “cuantitativamente” más graves que las meras infracciones administrativas. Esta propuesta, de todos modos, solamente puede ser entendida como una solución urgente y transitoria de camino hacia una responsabilidad autónoma en un Derecho específico dedicado a los entes colectivos.

Considero que, por sus resultados, es similar la propuesta que hace *Adán Nieto Martín*, en cuanto a abrir una “tercera vía” dentro del Código penal (al lado de las penas y medidas de seguridad para los individuos).²³⁶ Esta opción, sin embargo, dejaría sin explicar, sistemáticamente, la existencia de las “faltas” dentro del Código Penal. Por otro lado, si se incluyeran también “faltas” de las personas jurídicas (lo cual me parece incluso más consecuente), tendría el problema ya explicado y acertadamente resaltado por los normativistas radicales, de las incongruencias en cuanto a la distinta naturaleza del “sujeto del Derecho

penal”: ¿por qué tendrían que estar dentro del Código Penal dos regulaciones para dos “sujetos” distintos, para los cuales se prevén “sanciones” distintas? Más consecuente sería separar ambas regulaciones y hacer que cada una de ellas se guíe por sus propios principios y criterios de imputación.

Por lo demás, una regulación autónoma del ilícito grave de los entes colectivos en una ley especial (sancionadora o penal) amplia puede coexistir perfectamente con las leyes administrativas y contravencionales. Que ello es así, lo prueba la coexistencia de tales normas con las normas penales previstas para los individuos.

9. Derecho comparado

Aquí solamente se expondrán algunas de las soluciones legales ya vigentes, así como los proyectos en legislaciones más allegadas a las nuestras. Para una exposición más amplia se debe remitir a otro lugar.²³⁷

9. 1. Experiencias vigentes

En el **Derecho anglosajón** la responsabilidad penal de “empresas económicas” constituye algo prácticamente “normal” debido a su vigencia desde principios del siglo XX, además de no presentar tampoco problemas dogmáticos: de manera pragmática, la jurisprudencia penal se basa allá básicamente en la doctrina (civil) de la responsabilidad de la empresa por los actos que sus empleados han ejecutado en el marco de sus actividades laborales, o que estos empleados hubieran ejecutado de manera general (en algunos estados solamente se puede tratar de altos empleados) y en la finalidad de “intimidar” a la empresa para que

²³⁴ En Colombia, el CP del 2000 utiliza el término “contravenciones” a cambio de las “faltas” en el art. 19, sin que por ello haya adoptado el modelo alemán. Lo mismo ocurre en los arts. 2 y 15 del proyecto de la parte general del nuevo CP boliviano de 2009 (publicado en julio de 2009 en www.cienciaspenales.net).

²³⁵ Sugerí la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas (basada en la “organización defectuosa”) ya antes de la vigencia de la moderna ley peruana de procedimientos administrativos (la Ley 27444) en abril de 2001; véase en “Derecho penal económico. Consideraciones...”, p. 163; “Diez años...”, p. 30 y allí también nota 22. Con la nueva ley administrativa se ha instaurado un auténtico “Derecho administrativo sancionador” similar al Derecho contravencional alemán que reconoce implícitamente la responsabilidad de las personas jurídicas a quienes considera “administrados”, al igual que a las personas naturales (art. 50 Ley 27444), contra los cuales es posible seguir un procedimiento administrativo sancionador (art. 239, 234 y ss. Ley 27444).

²³⁶ En “La responsabilidad penal...”, pp. 322 y ss.

²³⁷ Véase la exposición de otras legislaciones penales en *Eidam*, “Unternehmen und Strafe”, pp. 268 y ss.; *Tiedemann*, “Derecho penal económico. Parte general”, pp. 232 y ss., n. marg. 242, con múltiples refs. en la nota 313; *ibid.*, “Nuevas tendencias...”, pp. 10 y ss. (en III); *Silva Sánchez*, “La responsabilidad penal...”, pp. 146 y ss. Véase también recientemente, desde un estudio de Derecho comparado entre las legislaciones penales alemana y francesa, *Hartan*, pp. 114 y ss., 251 y ss.; exponiendo los recientes desarrollos legislativos en Europa en el sentido de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, *Gómez-Jara*, “Grundlagen...”, pp. 291 y ss. Hago una exposición más desarrollada del Derecho comunitario, del Derecho contravencional alemán y del Derecho administrativo sancionador en las obras señaladas en la nota inicial.

se abstenga de hechos futuros similares, mas no en la necesidad de un “reproche ético-social”.²³⁸

Muchas reformas penales europeas y proyectos actuales se han inspirado en las ya famosas “Sentencing Guidelines for Organizational Offenders” de 1991 de EU. Aunque ellas solamente constituyan pautas para los jueces (debido a la disparidad de criterios existentes anteriormente en el sistema de organización federal norteamericano), se han basado en una serie de estudios y experiencias previas sobre la naturaleza de las empresas. La ley parte de la idea de reforzar la autorregulación por medio de la coacción de la ley (premios y castigos). Las empresas deben prever programas de *compliance* (cumplimiento) para impedir la comisión de infracciones en la empresa. Si no lo hicieren o esto fuere insuficiente y se produjere un delito, se le impondrá una pena por el simple hecho de ser *respondeat superior* (superior jerárquico) sin fundamentar dogmáticamente la culpabilidad. Ahora, para la fijación de la pena interesa la “culpabilidad”. Para ello las *Guidelines* tienen una serie de disposiciones que con criterios preventivos (intimidación) basados en el tipo de empresa, su solvencia, etc., buscan fijar la “multa base”, para luego establecer agravantes y atenuantes a esta “multa base” en función de la culpabilidad (*culpability score*). Resumidamente, se tienen como “agravantes” a la implicación en el delito o la tolerancia que hubiere manifestado el superior jerárquico, el historial criminal (reincidencia) de la empresa, la obstrucción a la administración de justicia en la investigación, el proceso y la ejecución; y como “atenuantes”, el contar con programas éticos y de cumplimiento efectivo (*compliance*), la autodenuncia, la cooperación y la aceptación de responsabilidades.²³⁹

En Europa el avance de la responsabilidad contravencional o administrativa de las personas jurídicas no se ha detenido. En muchos países de la Unión Europea (Francia, Suiza, Austria, Suecia, Holanda, etc.) se ha ido adoptando paulatinamente y en diversas

formas una responsabilidad penal (amplia o estricta, directa o subsidiaria) de los entes colectivos. Aquí no se pueden revisar todos los avances,²⁴⁰ pero se puede exponer por lo menos las soluciones legislativas de los países más conocidos y que pueden influir en las legislaciones hispanoparlantes.

En Francia existe en el CP de 1994 un modelo de responsabilidad penal del personal supervisor de la empresa conocida como *responsabilité du fait d'autrui*. En el art. 121 se prevé, de manera general, dicha responsabilidad, aunque se excluyen de ella al Estado y a las corporaciones regionales. Tal responsabilidad “penal” del ente colectivo está vinculada con una acción de sus órganos y representantes (incluyendo los excesos) cometidos “por cuenta” de aquélla, para lo cual no tiene que probarse una causalidad entre la violación del deber de control y el acto infractor.²⁴¹ En estos casos, según el art. 121-2, los individuos también son punibles en calidad de “coautores”. La pena prevista para el ente colectivo es la “multa” (art. 131) y para fijarla se toma como referencia la multa que correspondería a una persona natural por un delito correspondiente; luego para el ente colectivo la multa, en el caso normal, podrá llegar a un monto de hasta el quíntuplo de aquel que correspondería a una persona natural (art. 131-39); en caso de reincidencia, hasta el décuplo de tal cantidad (art. 131-12). Junto a la multa se pueden imponer algunas medidas como la publicación de la condena, el cierre de establecimientos, la prohibición de determinadas actividades, e incluso la liquidación de la empresa. Los delitos concretos por los cuales puede ser hecho responsable están previstos expresamente en la misma ley y van desde el homicidio culposo (art. 221-6) y las lesiones corporales culposas (arts. 222-19, 222-20), la estafa y otros fraudes (arts. 313-1 a 313-4), etc. hasta otros delitos económicos previstos fuera del Código Penal (delitos ambientales, contra los trabajadores, delitos sociales, etc.). Debido a su evidente

²³⁸ Sobre el sistema anglosajón consúltense, entre otros, *Eidam*, n. marg. 997 y ss., pp. 290 y ss. (Reino Unido), n. marg. 1015 y ss., pp. 295 y ss. (EU), pp. 295 y ss.; *Rogall KK OWiG*, § 30, n. marg. 246, pp. 545 y ss.; *Nieto Martín*, “La responsabilidad penal...”, pp. 178 y ss. En general, sobre el Derecho anglosajón, *Aboso/Abraldes*, pp. 179 y ss.

²³⁹ Cfr., y con más detalles y referencias bibliográficas, *Nieto Martín*, “La responsabilidad penal... Un modelo legislativo”, pp. 180 y ss.

²⁴⁰ Véanse los análisis de Derecho comparado en *Schünemann*, LK StGB, § 14, n. marg. 82 y ss., pp. 936 y ss.; *Rogall*, KK OWiG, § 30, n. marg. 233 y ss., pp. 541 y ss.; *Tiedemann*, “Responsabilidad penal...”, pp. 25 y ss., y en “Nuevas tendencias...”, en “Derecho penal y nuevas formas de criminalidad”, pp. 89 y ss.; *Heine*, “Kollektive Verantwortlichkeit...”, pp. 579 y ss. Un amplio panorama internacional al respecto ofrece *Eidam*, véase n. marg. 903 y ss., pp. 263 y ss. También *Scholz* menciona ejemplos de legislaciones penales extranjeras para avalar la reforma que en el 2000 debía introducir (pero no lo hizo) la responsabilidad penal de personas jurídicas, véanse pp. 435 y ss. Incluyendo, además, convenios e iniciativas internacionales, *Cramer/Heine* en *Schönke/Schröder*, vor §§ 25 ff., n. marg. 122 y ss., p. 523.

²⁴¹ Cfr. *Eidam*, “Unternehmen und Strafe”, n. marg. 969 y ss., pp. 284 y ss.

carácter de “responsabilidad objetiva” (tiende a la afirmación automática de la punibilidad), la doctrina alemana recomienda atenuarla (“domesticarla”) mediante una responsabilidad empresarial.²⁴²

En **Suiza** con la reforma de octubre de 2003, y en el marco de la lucha contra el terrorismo, se introdujeron en el Código Penal los artículos 100 quater y 100 quinquies.²⁴³ En el art. 100quater se introdujeron dos modalidades de responsabilidad de la “empresa”: una “responsabilidad subsidiaria” de la empresa cuando no pudiere imputarse a ningún individuo la comisión de un delito realizado en el marco de la actividad comercial de la empresa debido a una falta de organización interna (párrafo 1), y la “responsabilidad directa” de la empresa cuando se hubieren cometido determinados delitos (organización criminal, financiamiento del terrorismo, lavado de dinero, corrupción de funcionarios públicos suizos, cohecho activo propio, corrupción de funcionarios públicos extranjeros) y la empresa no hubiera adoptado las medidas organizativas necesarias y posibles para impedirlos (párrafo 2). En el primer caso se trata de una culpabilidad por defecto de organización que lleva a la *no-identificación* del individuo culpable, mientras que en la segunda modalidad se refiere a una culpabilidad por defecto de organización que *permite la comisión de delitos* de corrupción, terrorismo y blanqueo de capitales; aquí la responsabilidad colectiva es directa y cumulativa (o sea que también hay responsabilidad individual) y no importa que ella haya sido dolosa o imprudente. En el texto reordenado del CP suizo ahora este artículo 100 quater ha pasado a ser el art. 102 dentro del título específico denominado “responsabilidad de la empresa” y el supuesto segundo de la responsabilidad autónoma se refiere también a los delitos de “competencia desleal” previstos en una ley especial de 1986.

En **Italia** hace pocos años se ha reconocido la responsabilidad e los entes colectivos de manera similar al sistema anglosajón y alemán. A partir de 1990 se había adoptado una solución quasi-penal en el ámbito del Derecho de la libre competencia, del mercado de tí-

tulo-valores y de audiovisuales. No se había adoptado una responsabilidad penal plena debido a la vigencia del principio constitucional, que se remonta a la Revolución francesa, de la “responsabilidad criminal personal” (art. 27, 1º de la Constitución italiana).²⁴⁴ Ahora, con la vigencia de una compleja y detallada ley 231 de 08 de junio de 2001, es posible la responsabilidad (administrativa) de la empresa (“ente”) por delitos cometidos por empleados u órganos de ella que, “en interés y ventaja” de aquélla hubieran cometido determinados delitos: básicamente se trata de delitos cometidos en perjuicio del Estado y la administración pública (apropiación indebida, estafa, delito informático, extorsión bajo abuso del poder público, cohecho propio, inducción a la corrupción, etc.) y delitos ambientales.²⁴⁵

A diferencia de su fuente inspiradora, las Sentencing Guidelines norteamericanas de 1991, la ley italiana sí precisa de la “culpabilidad” ya en la determinación de la responsabilidad penal (y no solamente en la fijación de la pena). Luego, aunque se reconoce la “responsabilidad cumulativa”, puede haber casos en los cuales el ente colectivo o el individuo puedan quedar libres de pena por ausencia de culpabilidad: el primero cuando pueda probar (inversión de la carga de la prueba) que pese a contar con un efectivo programa de compliance, un subordinado defraudó estos programas para cometer el delito (art. 6); el segundo, cuando no se pudiere probar al subordinado la culpabilidad en el sentido tradicional, para lo cual no importa la existencia o no de programas de *compliance*. En el fondo, aunque se trate aún de una responsabilidad administrativa de la empresa por delitos cometidos por individuos, el hecho de que se la vincule con el Derecho penal de distintos modos hace pensar en una “forma oculta de responsabilidad penal”.²⁴⁶ Además, el D. Leg. 231 constituye la base para ir ampliando poco a poco la responsabilidad de la empresa. A partir del 2001, impulsado por normas internacionales, el legislador ha extendido una y otra vez el delito individual vinculante para la responsabilidad administrativa de la empresa: en el 2001, los delitos de falsedad de

²⁴² Véanse c. más refs., *Heine*, “Modelos de responsabilidad...”, pp. 54 y ss.; *Eidam*, “Unternehmen und Strafe”, n. marg. 967 y ss., pp. 284 y ss.; *Aboso/Abraldes*, pp. 123 y ss.

²⁴³ Al respecto, ampliamente, *Eidam*, “Unternehmen und Strafe”, n. marg. 944 y ss., pp. 278 y ss.; *Nieto Martín*, “La responsabilidad penal...”, pp. 266 y ss.

²⁴⁴ Cfr. *Tiedemann*, “Nuevas tendencias...”, p. 91.

²⁴⁵ Al respecto véase *Castaldo*, pp. 361 y ss.; también ampliamente *Eidam*, “Unternehmen und Strafrecht”, n. marg. 1003 y ss., pp. 292 y ss.; *Nieto Martín*, “La responsabilidad penal... Un modelo legislativo”, pp. 194 y ss.; *Marinucci*, “La responsabilidad...”, pp. 1188 y ss.

²⁴⁶ *Castaldo*, p. 363, col. izq.; de manera similar, *Eidam* habla de una “ley cuasipenal”, n. marg. 1003, p. 292.

monedas y otros valores (art. 25 bis); el 2003, los delitos de terrorismo o subversión del orden democrático (art. 25 *quarter*); el 2005, los delitos de “abuso de mercado” (art. 25 *sexies*); el 2006, el uso de la empresa en el marco de la práctica de mutilaciones de los órganos genitales femeninos (art. 25 *quarter*, 1); el 2006, el empleo del ente para cometer delitos de esclavitud y prostitución (art. 25 *quinquies*), etcétera.²⁴⁷

En América Latina destaca sobre todo en Chile la reciente ley 20393 sobre “Responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho” de 02 de diciembre de 2009.²⁴⁸ Aquí, siguiendo en especial el modelo italiano del Decreto Legislativo 231,²⁴⁹ se trata de obligar a las personas jurídicas de Derecho privado y a las empresas públicas creadas por ley (art. 2) a prevenir la comisión de delitos, en interés o provecho de la persona jurídica, por parte de sus empleados inferiores como superiores que tengan “deberes de dirección y supervisión”, mediante la instauración de “modelos de organización, administración y supervisión” para prevenir delitos (art. 3º, tercer párrafo). La persona jurídica quedará exenta de pena solamente en caso de contar con estos “modelos de prevención”, en la forma prevista en el extenso art. 4º (que diferencia según la complejidad de la persona jurídica, señala los requisitos de estos modelos, entre otros, su “certificación” por empresas de auditoría externa). Pero la ley parece partir de una “responsabilidad subsidiaria” de la persona jurídica. Por un lado, excluye tal responsabilidad penal cuando “las personas naturales... hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero” (art. 3º, último párrafo). Pero, más allá de esta regulación razonable, más adelante se dice que la “responsabilidad

autéoma” de la persona jurídica solamente existiría en casos (por lo demás evidentes) de extinción de la responsabilidad penal individual, del sobreseimiento temporal del proceso contra el imputado individual, y cuando, pese a la comprobación de la existencia del delito, no se pudiere establecer responsabilidad individual (art. 5º). En lo relativo a las penas, la ley establece una regulación muy detallada. Por un lado, existen reglas generales (arts. 8º a 13), donde se definen las penas principales (disolución de personería jurídica, prohibición de contratar con el Estado, pérdida de beneficios fiscales, multa), penas accesorias (publicación de la sentencia condenatoria, comiso de ganancias y efectos); por otro lado, también se tiene una serie de criterios para la determinación de la pena (arts. 14 y ss.): penas específicas según se trate de “crímenes” o “simples delitos”, continuación de la responsabilidad penal en caso de transformación de la persona jurídica procesada o condenada, atenuantes y agravantes, etc. Por último, también se prevén disposiciones específicas sobre el procedimiento penal (arts. 20 y ss.).

El proyecto chileno había sorprendido tanto por su aparición sorpresiva en un medio donde no ha sido anteriormente mayor tema de discusión doctrinaria (a diferencia, por ejemplo, de España, Alemania o incluso Argentina y Perú), como también de su supuesta motivación: el deseo del gobierno chileno de querer ingresar como miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Esta organización exigiría a sus miembros una “sanción efectiva y disuasoria” a las personas jurídicas en el marco de la lucha contra el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones internacionales, para lo cual no era por cierto necesario recurrir al Derecho penal.²⁵⁰ Además se ha criticado, como argu-

²⁴⁷ Véanse las refs. y más ejemplos en Marinucci, “La responsabilidad...”, pp. 1188 y ss.

²⁴⁸ Véase el texto oficial en: www.leychile.cl/Navegar/id?Norma=1008668&idVersion=2009-12-02&idParte.

Anteriormente existía otro proyecto referido a la responsabilidad penal de personas jurídicas: el “Proyecto de Ley sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia de daños medioambientales”, proyecto número 6204-07 que ingresó a la Cámara de Diputados el 14 de diciembre de 2008, pero, según la información oficial, seguiría en tramitación (a enero de 2010, véase la página www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmid=12504&prmtipo=informepley). Boletín nº 6423-07).

²⁴⁹ Sobre los antecedentes, discusiones y recomendaciones del anteproyecto consultese sobre todo, el “Informe de la comisión de constitución, legislación y justicia recaído en el proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica” (<http://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmid=12504&prmtipo=informepley> boletín nº 6423-07), pp. 1 y ss. En la discusión (*ibid.*, pp. 33 y ss.) hubo prácticamente pleno consenso en la necesidad de establecer sanciones auténticamente penales para las personas jurídicas y que se trate de una responsabilidad autónoma, aunque alguna discusión en los detalles.

²⁵⁰ Observación hecha por el instituto Libertad y Desarrollo (LyD) en sus “Comentarios al Proyecto de ley sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas (Boletín 6.423-07)”, pp. 1 y ss. (www.lyd.cl); véase también el “Informe de la Comisión de Constitución...”, en su primera revisión al proyecto tras el mensaje de la presidenta chilena, pp. 3 y ss. (antecedentes). Además, debe recordarse que el Código Penal chileno, a diferencia de otros, como el peruano, ya ha previsto la sanción penal individual del cohecho activo transnacional (arts. 250 bis A y 250 bis B, introducidos por la Ley 19.829 de 8 de octubre de 2002).

mento técnico, que el proyecto, que prevé “penas” de “multa” para las personas jurídicas, colisionaría con el Derecho penal chileno vigente, el cual estaría hecho a la medida de la responsabilidad individual y que se caracterizaría por el hecho de que solamente prevé la “privación de la libertad” como pena autónoma; a diferencia del Derecho administrativo chileno, donde la “multa” sí constituye una sanción autónoma, en el Derecho penal chileno la “multa” solamente entra a tallar como “pena accesoria”.²⁵¹ También se critica la redacción del articulado referido a las “penas” y a la “escala de penas” del proyecto debido a su aparente falta de “claridad”, tanto porque esto afectaría el principio constitucional de taxatividad (art. 19, número 3 de la Constitución chilena). P. ej. en la “paralización de actividades” y la “prohibición de realizar determinadas actividades” (actualmente, art. 10 del proyecto) se exige mayor taxatividad porque habría dificultades interpretativas en los casos concretos y también porque se afectaría a terceros.²⁵² Pero también se elogia que se haya incluido un “modelo de prevención voluntario”, aunque se critica que se vuelva obligatorio a partir de ingresos anuales de 25 mil unidades de fomento, lo cual implicaría un elevado costo para sociedades sin fines de lucro y para las pequeñas y medianas empresas.²⁵³ Esta crítica deberá haber perdido fuerza debido a que en la versión final del proyecto, aunque la obligatoriedad continúa, su cumplimiento es mucho más fácil para empresas con ingresos anuales menores de 100 mil unidades de fomento (art. 4º, número 1, al final).

9.2. Proyectos de reforma

Es de especial interés para el ámbito hispanoparlante (y en especial para el Perú, con su modelo de “consecuencias accesorias” similar al español) la **reforma penal española**. Ya en 2003 se dio el primer paso hacia el reconocimiento de la responsabilidad penal de los entes colectivos, cuando mediante la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre se introdujo un segundo párrafo al artículo 31 (que regulaba y regula aún el “actuar por otro”) para hacer que la “perso-

na jurídica” responda civilmente por el pago de la multa que se hubiera impuesto al autor individual, siempre que éste hubiera actuado “en nombre” o “por cuenta” de aquél.²⁵⁴

En el *Proyecto de 2007* (publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, de 15 de enero de 2007, serie A, número 119-1) se había previsto la punibilidad general de las personas jurídicas. Junto con otras modificaciones y adiciones en la parte general y especial del CP de 1995, se había introducido el artículo 31bis que introducía, en lo básico, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, según un “modelo de imputación”, de los delitos cometidos por sus directivos por cuenta o en provecho de ellas (párrafo primero, primera alternativa) y de los delitos cometidos por subordinados de estos directivos cuando éstos hubieran violado su deber de control (primer párrafo, segunda alternativa).

El Proyecto de 2007 no fue promulgado debido a la cercanía de las elecciones generales que impidió la revisión y votación del proyecto. Pero el texto fue utilizado como nuevo Anteproyecto de 23 de noviembre (fechado el 14 noviembre) de 2008. El *Anteproyecto de Ley Orgánica de 2008* no modifica nada sobre la punibilidad de las personas jurídicas (art. 31bis, art. 33, núm. 7) y ahora ha pasado a ser *Proyecto de 2009* (publicado el 27 de noviembre de 2009 en el BOE serie A, núm. 52-1).

Estos proyectos y anteproyectos (que están basados todos en la misma idea, salvo por diferencias mínimas) también han merecido fuertes críticas. No solamente lo han criticado, como era de esperarse, los que están en contra de una responsabilidad penal de personas jurídicas, sino también quienes no se oponen a ella. El problema de la reforma penal está en que se crearía, adicionalmente a la responsabilidad del individuo que “actúa por otro” (art. 31, primer párrafo) y a la posibilidad de la “omisión del empresario” por violar un deber de cuidado proveniente de una posición de garante (art. 11) una responsabilidad adicional.²⁵⁵ El Consejo General del Poder Judicial ha publicado a principios del 2009 un análisis del Anteproyecto de 2008. En lo referente al modelo adoptado de “respon-

²⁵¹ Véase “Comentarios al proyecto...”, p. 3.

²⁵² *Ibid.*, pp. 4 y ss.

²⁵³ *Ibid.*, p. 6.

²⁵⁴ Al respecto véase ampliamente, con múltiples referencias, *Gómez-Jara*, “El nuevo artículo 31.2...”, pp. 239 y ss. Véase arriba en 3.2 sobre las críticas.

²⁵⁵ Cfr., c. más refs., refiriéndose al Proyecto de 2007, *Demetrio Crespo*, pp. 52 y ss., 58.

sabilidad penal de las personas jurídicas” se ha observado y criticado que no se trate de una “responsabilidad propia”, sino que esté siempre vinculado a la “persona individual” (aunque no de manera extrema, pues solamente exige un hecho punible de ésta).²⁵⁶ Esto tendería a una inconstitucional “responsabilidad objetiva”, pues no se ha señalado ningún criterio de responsabilidad para la persona jurídica. Aunque esto pueda ser salvado de alguna manera por un esfuerzo interpretativo que incluya una “infracción del deber de control” (previsto en el Anteproyecto solamente en lo referente a los “empleados” y no a los “órganos”), se ha recomendado, siguiendo la doctrina más avanzada, mejorar la redacción para incluir un criterio en el sentido de una “ausencia de los mecanismos de control adecuados” o “defecto de organización”.²⁵⁷ Además se aconseja señalar de manera expresa el ámbito en el cual habrían actuado los individuos (en el ejercicio de sus funciones),²⁵⁸ e incluir una cláusula que defina, para los efectos penales, quiénes son en concreto las “personas jurídicas” punibles, evitando así problemas interpretativos derivados del distinto empleo normativo de los conceptos “asociaciones, fundaciones y sociedades” mencionados en el número 5 del art. 31 bis.²⁵⁹ Por lo demás, se trata de un modelo que no excluye la punibilidad de los individuos en el interior de la empresa (doble incriminación) y que mantiene, con modificaciones, un sistema de “medidas” de carácter preventivo (art. 129), que reemplaza a las anteriores “consecuencias accesorias”, y conlleva el peligro de eludir el respeto a principios penales básicos, aparte de permitir su amplia aplicación a todo tipo de ente colectivo (“organizaciones”).²⁶⁰

10. Resumen y revisión crítica

Solamente se puede superar la visión tradicional del *societas delinquere non potest* si se cambia de pers-

pectiva de una manera decisiva. Si se argumenta de manera tradicional, los argumentos en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas pueden ser, dogmáticamente, desvirtuados. Y ello por una sencilla razón: no solamente la “capacidad de culpabilidad” sino incluso todas las categorías penales han sido construidas por y para la actividad individual. No es raro, entonces, que el fenómeno de la “criminalidad” de los entes colectivos no armonice con ellas.²⁶¹

Así pues, se necesita un cambio de perspectiva para tratar aquellas “actividades colectivas (empresariales)” que desembocan en perjuicios para bienes jurídicos necesitados de protección. Por un lado, se ha destacado que los “sujetos” analizados son distintos: “individuos”, tradicionalmente presupuestados por el Derecho penal y “entes colectivos” cuyos ilícitos quieren ser ahora incluidos dentro de aquél.²⁶² Pero también se debe tener en cuenta, como se ha expuesto más arriba, que las “conductas imputables” mismas de ambos sujetos presentan diferencias sustanciales. Mientras que el Derecho penal tradicionalmente ha sido construido para que conductas individuales, tras un proceso de subsunción, deban encajar en un tipo penal determinado que describa aquella acción u omisión que, dolosa o culposamente, atentare contra determinado bien jurídico representado en un determinado objeto de la acción (vida, integridad corporal, patrimonio, etc.); en los entes colectivos ya no se trata de una “conducta” determinada, sino de un “desarrollo” que ha llevado a que exista una “organización” de la cual emanen conductas perjudiciales para bienes jurídicos. El reproche de la ley se tendrá que dirigir a tal “organización defectuosa” o “defectuosa administración de riesgos”, y el “daño” concreto a los bienes jurídicos tendrá un lugar distinto dentro de la dogmática pertinente de este “Derecho sancionador de empresas”; p. ej. como “condición objetiva de punibilidad”.

²⁵⁶ Véanse los comentarios de la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial en el “Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”, de pp. 5 y ss.

²⁵⁷ Cfr. CGPJ, “Informe...”, pp. 9 y ss.

²⁵⁸ *Ibid.*, pp. 12 y ss.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 15.

²⁶⁰ Cfr. las observaciones y críticas del CGPJ, “Informe...”, pp. 23 y ss., 25 y ss.

²⁶¹ Heine, “Modelos de responsabilidad...”, p. 32; Jakobs, “Punibilidad...”, pp. 86, 92; Silva Sánchez, “La responsabilidad penal...”, pp. 147 y s., 150; 464; Mir Puig, “Una tercera vía...”, p. 363; Gómez-Jara, “El modelo constructivista...”, p. 98; Abanto Vásquez, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, c. más refs., p. 155.

²⁶² Esta situación ha llevado a Bacigalupo Saggese a afirmar que habría actualmente una “crisis de la filosofía del sujeto individual autoconsciente” en el Derecho penal, lo cual se superaría mediante una “nueva fundamentación de la teoría del Derecho” a partir de la “teoría de sistemas”: la sociedad como sistema social compuesto por unidades comunicativas, el Derecho penal como medio para la solución de controversias sociales y el sujeto del Derecho penal que además del individuo incluiría también a los entes colectivos; cfr. pp. 30, 32 y ss.

Ahora bien, para dar una adecuada protección a bienes jurídicos importantes no hay por qué violentar las categorías y las leyes penales tradicionales para hacer que éstas armonicen con un fenómeno de naturaleza distinta de las conductas individuales que las inspiraron. Es cierto que en la actualidad, prácticamente ya no hay discusión sobre la necesidad y posibilidad de hacer responder a la persona jurídica por los delitos cometidos por medio de ella. En esto se ha producido un cambio sustancial en la discusión doctrinaria, la cual antes, mayoritariamente, negaba todo tipo de responsabilidad de la empresa, dejando que tal responsabilidad solamente se produjera para las personas individuales que actuaran por la empresa.²⁶³ El hecho de querer hacer encajar dentro del Derecho penal la responsabilidad de los entes colectivos tiene que llevar forzosamente a contradicciones metodológicas que no pueden salvarse siquiera mediante un paralelo funcional de los conceptos construidos para los individuos.²⁶⁴ Si se quiere llevar coherentemente estas ideas al Derecho penal “duro” (es decir, el tradicional), se tendría que partir necesariamente de una idea distinta del *sujeto de Derecho penal* para poder colocar en un mismo saco tanto al sujeto individual como también al colectivo. Y esto llevaría a reelaborar todas las categorías dogmáticas desarrolladas hasta ahora partiendo del individuo como sujeto de Derecho penal.²⁶⁵ Esto sería posible del lado científico. Propuestas al respecto ya existen, ante todo sobre la base del normativismo radical. En lo que respecta al lado político, solamente faltaría la decisión vertida en una correspondiente norma legal que incluyere al ente colectivo expresamente dentro del sistema de imputación penal.

²⁶³ Entre otros argumentos, se afirmaba que se castigaría con ello a “inocentes” (los accionistas o socios de las empresas) o que habría “doble sanción”; constata este cambio *Silva Sánchez*, c. más refs., “La responsabilidad penal...”, pp. 148 y ss. Pero ahora ha quedado claro que no puede haber una doble sanción, pues se trata de personas distintas: la persona jurídica, por un lado, la persona individual por el otro; véase *Tiedemann*, “Derecho penal económico. Parte general”, p. 236, n. marg. 245; *Silva Sánchez*, *ibid.*, pp. 158 y ss.

²⁶⁴ En ese sentido es válida la crítica de *Gómez-Jara* a los que, empleando conceptos de la teoría de sistemas, abogan por la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al lado de una responsabilidad individual no basada en esta teoría; cfr. “El modelo constructivista...”, p. 101. Pero un nuevo “Derecho sancionador de empresas” podría construirse, sin problemas, sobre la base de la “teoría de sistemas” y otros conceptos, para construir su propia dogmática.

²⁶⁵ Como manifiesta *Bacigalupo Saggesi*, “... la elaboración de una teoría del sujeto de Derecho penal no es posible a partir de las categorías dogmáticas preelaboradas, sino que es una cuestión previa que se debe determinar a partir de conceptos pre-dogmáticos...”

²⁶⁶ Véase un resumen de todas estas tendencias en *Roxin*, “Strafrecht. AT”, tomo 1, p. 264, n. marg. 63.

²⁶⁷ Así, entre otros, *Tiedemann*, c. más refs., “Derecho penal económico. Parte general”, p. 233 y ss., n. marg. 243; *Silva Sánchez*, “La responsabilidad penal...”, pp. 147 y ss.; *Baigún*, pp. 27 y ss. *Achenbach* resalta el vacío (“solución asimétrica”) de la regulación vigente (solamente existe una “multa administrativa” contra la persona jurídica en caso de la comisión de delitos); véase “Zur aktuellen Lage...”, p. 572. Consultese también últimamente la evaluación de *Hartan*, pp. 228 y ss., 252 y ss. Desde la perspectiva funcionalista, últimamente *Gómez-Jara*, desde un normativismo más apegado a Luhmann, considera a la empresa un “sistema autopoietico” y una “persona activa de Derecho penal”, véase en “Grundlagen...”, pp. 306 y ss.

²⁶⁸ Resumiendo así ventajas y desventajas, *Baigún*, pp. 29 y ss.

Pero la vía penal no es la única posibilidad ni, a mi parecer, la más razonable y práctica. A esto se alude (aunque no en los términos que utilizo) en la discusión actual cuando se plantea la *forma como* debe darse la responsabilidad de la persona jurídica: ¿dentro del Derecho penal (p. ej. como una “coautoría”, como ha propuesto *Tiedemann*, como autoría de los superiores jerárquicos mediante “aparatos organizados de poder”, como “consecuencias accesorias”, etc.), o fuera de él (en el Derecho administrativo, en el civil o en un Derecho sancionador *ad-hoc* de las personas jurídicas).²⁶⁶ Un importante sector de penalistas sigue avalando la “solución penal”: introducir una auténtica responsabilidad penal de las personas jurídicas mediante una reforma penal, sea dentro del Código penal, sea fuera de él pero dentro de una ley penal especial.²⁶⁷ Las ventajas supuestamente insuperables de mantener la imputación penal de los entes colectivos dentro del Derecho penal estaría en que, por un lado, la solución extrapenal perdería el “efecto simbólico” que tiene la ley penal, contradiría el “principio de igualdad” y no ofrecería las garantías que sí tiene el Derecho penal.²⁶⁸ Otro sector, que se acerca más a la solución realista del problema, propugna la solución extrapenal, pero en el Derecho administrativo (o contravencional), basándose en la responsabilidad de la empresa por “defecto de la organización”. Y, finalmente, otro grupo, en el que me incluyo, considera que se necesitará un nuevo *Derecho sancionador de los entes colectivos*.

Por otro lado, aunque la fundamentación del “hecho propio” aportada por el Derecho contravencional alemán resulte adecuada para la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas, la cuestión sin responder consiste en si bastaría con una sanción contraven-

cional para cumplir con las finalidades preventivas. El hecho mismo de la persistencia en la comisión de graves contravenciones tras años de experiencia con la Ley alemana de contravenciones y sus órganos aplicadores parece dar a entender que el Derecho contravencional carecería de efectos preventivos. No solamente se trata de la falta de reproche “ético-social” en la multa contravencional, sino de algo más: la concepción misma del sistema contravencional (y del administrativo sancionador) está basada en el “control”, es un sistema reactivo, no tiene en cuenta la naturaleza de los entes colectivos y, por ello, no inciden en la organización misma. A esto se suma el que el Derecho contravencional, en comparación con el penal, implica una tratamiento “privilegiado” e injusto a los entes colectivos frente a los individuos por los mismos hechos: no solamente la sanción contravencional es cualitativamente (por el contenido ético-social) menor sino también está sujeta al principio de oportunidad.²⁶⁹ Las recientes experiencias alemanas con las medidas de *compliance*, “códigos de buena conducta” y otras²⁷⁰ parecen sostener este diagnóstico. No ha sido raro (y el actual escándalo en el seno de varias empresas alemanas lo demuestra; p. ej. el caso Siemens) que una empresa tenga un “código de (buena) conducta”, así como una sección de control, que regularmente haga participar a sus trabajadores en cursos de Derecho y de ética, y que incluso realicen controles dentro de la empresa, pero que internamente dispongan o toleren actos de corrupción.²⁷¹ Y en esto la prueba de la “violación del deber de control” sería prácticamente imposible, pues exige probar la causalidad de procesos internos de la empresa, de las medidas de control adoptadas y omitidas, en relación con una infracción (contravencional o penal). Y esto es extremadamente difícil en empresas con estructuras complejas donde, para comprobar la violación del deber, se tendría que penetrar en el verdadero siste-

ma de la empresa y conocer los procesos de decisión y delegación.²⁷² Por cierto que todavía es prematuro para determinar si en realidad estas medidas “autorreguladoras”, que para algunos serían inevitables y constituirían más bien una característica propia del mundo moderno,²⁷³ bastarían para remplazar la “punibilidad” de los entes colectivos y fundamentar sólo una responsabilidad extrapenal (civil, administrativa o contravencional) o, si pueden coexistir con un Derecho penal de empresas y, más bien, servir para hacerlo más efectivo.²⁷⁴ En todo caso, su ubicación (indirecta) dentro del Derecho penal no es acertada, pues se basan en una percepción distinta de distintos sujetos del Derecho: los entes colectivos.

Entonces, aunque se ha constatado que la solución “contravencional” para la responsabilidad de personas jurídicas funciona relativamente bien en los países que la contemplan, cabe aún la pregunta de si, por razones de “política criminal”, esto sería suficiente; de si sería lo mismo una “contravención” del ente colectivo que una conducta “penal” o “cuasipenal” de éste. En el Derecho contravencional alemán existe también una discusión sobre la distinta gravedad de las infracciones, sobre todo cuando son atribuibles a las grandes empresas. Así, se ha sugerido alguna vez “criminalizar” las “grandes contravenciones”, especialmente las infracciones de carteles que provocan graves daños. Precisamente estas “grandes contravenciones” demuestran la existencia de ilícitos de entes colectivos, cuyo contenido de injusto, por su dañosidad social, sería equivalente al de los delitos y que no debería ubicarse dentro del Derecho contravencional (o del Derecho administrativo sancionador). En este ámbito no rige la llamada diferencia meramente “cuantitativa” entre contravención y delito.

Por ello, ya por razones de sistemática, se plantea la cuestión de si no sería preferible prever los principios básicos de las infracciones cometidas por entes

²⁶⁹ Cfr. Hirsch, p. 616; similar Hurtado/Meini, p. 76.

²⁷⁰ Sobre las distintas medidas y modelos autorreguladores, con mayor o menor intervención estatal y en especial sobre *compliance*, véase Sieber, “Compliance-Programme...”, pp. 449 y ss.; también Schneider, “Compliance als Aufgabe der Unternehmensleitung”, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (ZIP), pp. 645-650. En el campo previo al Derecho penal, se discute, de manera más amplia, acerca de la efectividad de medidas de adecuado control externo e interno de empresas (“Corporate Governance”). Sobre algunos conocidos escándalos en EU y las nuevas regulaciones estadounidenses tendentes a reforzar el control, véase Schwarz/Holland, “Enron, WorldCom... und die Corporate-Governance-Diskussion”, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (ZIP), pp. 1661-1672.

²⁷¹ Cfr. Nell, p. 150, columna izquierda.

²⁷² Cfr. Nell, refiriéndose al caso “Siemens” (en el cual, por ello, no habría podido aplicarse el art. 130, sino solamente el 30, primer párrafo, número 4, segundo y tercer párrafos OWiG), p. 150, columna izquierda.

²⁷³ Cfr. Heine, “Modelos de responsabilidad...”, p. 36.

²⁷⁴ En este sentido, la propuesta de Sieber, “Compliance-Programme...”.

colectivos, así como el contenido de cada uno de estos ilícitos dentro de un solo cuerpo normativo distinto de la ley penal y de la ley contravencional. Para esto se necesitaría recurrir a un ordenamiento jurídico sancionador específico referido a las empresas, una “segunda vía” fuera del Derecho penal, o sea un *Derecho sancionador de las empresas*.²⁷⁵ Solamente esta alternativa superaría las inconsistencias que surgen cuando se quiere hacer encajar la “responsabilidad jurídica” de la persona jurídica dentro del Derecho penal, pues por más que se pretenda allí una “tercera vía”, al lado de las penas y las medidas de seguridad, las regulaciones sobre entes colectivos, en realidad, no tienen que ver con el Derecho penal debido a la distinta naturaleza de los destinatarios de la norma (o, si se quiere, los “sujetos”). Y esto me parece ser más consecuente que, tras verificar las peculiaridades de las “organizaciones” y construir para ellas un sistema de imputación propio mediante un método analógico-funcional, persistir en la “solución penal”.²⁷⁶ Por último, una responsabilidad propia y autónoma de ésta no tiene por qué basarse en la “culpabilidad” en el sentido penal tradicional, ni tiene por qué llamarse “ pena” (con todo lo que esto presupone) a la medida que se le imponga; pero tampoco tiene por qué recurrirse a los mismos principios que en el Derecho penal tradicional sino directamente a aquellos en los cuales también se basa éste: los principios de un Estado social y democrático de Derecho, los principios constitucionales.

Y por supuesto que la creación de esta “segunda vía” fuera del Derecho penal, destinada a la regulación de la responsabilidad sancionadora de los entes

colectivos frente a graves perjuicios a bienes jurídicos importantes, plantearía el desafío de organizar la interrelación de ambos sistemas de imputación, tanto en lo material como en lo procesal. Esta tarea, ciertamente, no puede llevarse a cabo en este estrecho marco.

Bibliografía

Abanto Vásquez, Manuel A., “Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas”, Lima, 1997; “Criminalidad económica y transnacionales”, *Revista de la Academia Diplomática del Perú*, N° 47 (1997), pp. 112-128; “Diez años de Derecho penal económico peruano: un balance”, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, números 11-12, Lima, 2002, pp. 21-76; “Vacíos en la legislación penal peruana sobre corrupción de funcionarios”, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 7 (2007), pp. 181-233; “Hacia un nuevo Derecho penal de las empresas”, *Revista Penal (España)*, N° 21 (2008), pp. 3-23; “Participación punible de personas en grupos de delincuentes y redes” (Informe de Perú), presentando al Instituto Max Planck de Derecho extranjero e internacional, próxima publicación bajo la dirección de Ulrich Sieber.

Aboso, Gustavo E./ Abraldes, Sandro F., *Responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires, 2000.

Achenbach, Hans, “Ahndung materiell sozialschädlichen Verhaltens durch bloße Geldbuße? Zur Problematik ‘großer’ Wirtschafts- Ordnungswidrigkeiten”, *Goltdammers Archiv (GA)*, 2008, pp. 1-17;

²⁷⁵ Véase, c. más refs. de la literatura alemana, *Cramer/Heine*, en Schönlke/Schröder, vor § 25, n. marg. 125 y ss., pp. 523 y ss.; *Baigún*, con una propia propuesta de “doble imputación”, pp. 27 y ss.; *Abanto Vásquez*, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, c. más refs., p. 162. Últimamente remito a mi trabajo “Hacia un nuevo Derecho penal...”; en el mismo sentido, recepcionando la propuesta, *Demetrio Crespo*, “Responsabilidad penal por omisión del empresario”, p. 64; *Ramón Ribas*, en Quintero Olivares/Morales Prats, pp. 684 y ss. La reciente propuesta de *Gómez-Jara* parece también tender a esta solución desde que admite la aplicación del “principio de autonomía” y la responsabilidad penal, por separado, de personas individuales y personas jurídicas; véase “Responsabilidad penal...”, pp. 150 y ss.; “Grundlagen...”, pp. 306 y ss., 315 y ss. *Aboso/Abraldes* también insinúan al final de su extensa monografía la necesidad de discutir “... en el seno de un hipotético Derecho penal de las personas jurídicas, probablemente algo distinto del derecho penal en sentido estricto...”, p. 195. Y también parece ir en este mismo sentido *Gracia Martín*, quien observa agudamente que sería posible (“no sólo lógico, sino, conveniente”) que, en el futuro Derecho español, un mismo órgano aplique todas las consecuencias que se deriven del mismo suceso”; es decir, en la vía penal la responsabilidad penal (individual) y la pena, y en la vía administrativa, las “medidas accesorias” para las personas jurídicas, tales como las que están previstas en el art. 129 del CP español actual, y otras ya vigentes en el área extrapenal (p. ej. la “multa coercitiva” en el Derecho de la libre competencia); “Las llamadas...”, p. 235. Hay que aclarar aquí que en el ámbito hispanoamericano (con algunas excepciones como *Baigún* y *Abanto*; véase arriba *ibid.*) se suele hablar más bien de una “tercera vía” aludiendo a un Derecho adicional al penal y al de las “medidas de seguridad” (por todos *Mir Puig*, “Una tercera vía...”), mientras que en el Derecho penal alemán se habla con más frecuencia de una “segunda vía” en alusión precisamente a algo diferente del Derecho penal (que incluye ya penas y medidas de seguridad); entre otros véase *Roxin*, “Strafrecht AT”, tomo 1, p. 263, n. marg. 62; en España sigue esta terminología *Gómez-Jara*, “El modelo constructivista...”, p. 97, nota al pie 9, con más refs. sobre el empleo de ambos términos.

²⁷⁶ Como por lo visto sugiere *Heine*, véase “Modelos de responsabilidad...”, pp. 46 y ss.; véase también arriba, en 3.3.2.

- “Zur aktuellen Lage des Wirtschaftsstrafrechts in Deutschland”, GA 2004, pp. 559 y ss.
- Achenbach, Hans/Ransiek, Andreas, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 2a. ed., Heidelberg, 2008.
- Arroyo Zapatero, Luis*, “Hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España”, en Arroyo Zapatero y otros (eds.), *La reforma del Código Penal tras 10 años de vigencia*, Elcano (Navarra), 2006, pp. 17-30.
- Bacigalupo Saggese, Silvina*, “La crisis de la filosofía del sujeto individual y el problema del sujeto del Derecho penal”, CPC, N° 67 (1999), pp. 11-36.
- Baigún, David*, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Buenos Aires, 2000.
- Bajo Fernández, Miguel*, “Modelo para un Derecho penal de las personas jurídicas”, en García Valdés y otros (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo 1, Madrid, 2008, pp. 719-732.
- Bohnert, Joachim*, *Kommentar zum OWiG*, 2a. ed., Múnich, 2007.
- Castaldo, Andrea*, “Die aus Straftaten entstehende verwaltungsrechtliche Haftung der Unternehmen nach der italienischen Rechtsreform vom Juni 2001”, *Wistra* 2006, pp. 361 y ss.
- Consejo General del Poder Judicial —Comisión de Estudios e Informes*— (se cita: CGPJ), “Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”, publicado en la página web del Poder Judicial Español el 26 de febrero de 2009 (www.poderjudicial.es).
- Dannecker, Gerhard*, “Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände”, *Gotdammers Archiv (GA)*, Alemania 2001, pp. 101-130.
- Demetrio Crespo, Eduardo*, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, Madrid, 2009.
- Eidam, Gerd*, *Unternehmen und Strafe*, 3a. ed., Colonia, 2008.
- Engisch, Karl*, ponencia en *Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages*, tomo II, Sitzungsberichte (informes de las sesiones), Hamburgo, 1953, p. E 7-E 41.
- Fischer, Thomas*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 56a. ed., Múnich, 2009.
- García Caverio, Percy*, *Derecho penal económico. Parte general*, 2a. ed., tomo 2, Lima, 2007.
- Gohler, Erich* (ed.), *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 14a. ed., Múnich, 2006.
- Gómez-Jara Díez, Carlos*, “Grundlagen des konstruktivistischen Unternehmensschuldbergriffes”, ZStW 119 (2007), S. 290 ff.; “El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial”, en *ibid.* (ed.). “Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial”, Elcano (España), pp. 93-161; “El nuevo artículo 31.2 del Código Penal: cuestiones de lege lata y de lege ferenda”, *ibid.*, pp. 239-309; “¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas”, CPC 2006-I, S. 119 ff.
- Gracia Martín, Luis*, “Las llamadas ‘consecuencias accesorias’ en el Código Penal español como reacciones jurídicas al delito”, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 17 (2005), pp. 195-244.
- Hartan, Cora C.*, *Unternehmensstrafrecht in Deutschland und Frankreich*, Hamburgo, 2006.
- Hartung, Fritz*, ponencia en *Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages*, tomo II, Sitzungsberichte (informe de las sesiones), Hamburgo, 1953, pp. E 43-E 60.
- Heine, Günter*, “Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa”, en Gómez-Jara (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial*, Elcano (España), 2006, pp. 25-67; *ibid.*, *La responsabilidad colectiva: una tarea pendiente a la luz de la reciente evolución europea*, pp. 163-189; “Kollektive Verantwortlichkeit als neue Aufgabe im Spiegel der aktuellen europäischen Entwicklung”, en *Festschrift für Ernst-Joachim Lampe*, Berlin, 2003, pp. 577-596.
- Heinitz, Ernst*, “Empfiehlt es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?”, *40. Deutscher Juristentag*, tomo 1, Tübinga, 1953, pp. 65-90.
- Hirsch, H.-J.*, “Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden”, en *Strafrechtliche Probleme. Schriften aus drei Jahrzehnten*, Berlin, 1999, pp. 597-622.
- Hurtado Pozo, José/Meini Méndez, Iván*, “Las personas jurídicas frente al derecho penal peruano”, en Hurtado/ del Rosal/ Simons, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, pp. 73-107, Valencia, 2001.
- Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, finan-

- ciamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica (www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=12504&prmTIPO=INFORMEPLEYBOLETÍN) N° 6423-07.
- Informe del instituto Libertad y Desarrollo (LyD) en sus “Comentarios al proyecto de ley sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas (Boletín 6.423-07)”, pp. 1 y ss. (www.lyd.cl)
- Jakobs, Günther, Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2a. ed., Berlín, 1996; “Strafbarkeit juristischer Personen”, *Festschrift für Klaus Lüderssen*, pp. 559-575; “¿Punibilidad de las personas jurídicas?”, en: García Cavero (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, pp. 63-97, Lima, 2002.
- Kleszczewski, Diethelm*, “Gewinnabschöpfung mit Säumniszuschlag. Versuch über die Rechtsnatur der Verbandsgeldbuße”, en *Festschrift für Manfred Seebode*, Berlín, 2008, pp. 179-196.
- Lascuráin Sánchez, Juan Antonio*, “Por un Derecho penal sólo penal: Derecho penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho administrativo sancionador”, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 19 (2007), pp. 325-372.
- Marinucci, Giorgio*, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un bosquejo histórico-dogmático”, en García Valdés y otros (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Madrid, 2008, pp. 1173-1199.
- Mazuelos Coello, Julio*, “La responsabilidad penal de los órganos de dirección de la persona jurídica. Revisión de la fórmula del ‘actuar por otro’”, en García Cavero (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, Lima, 2002, pp. 453 y ss.
- Mir Puig, Santiago*, “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2004, pp. 355-374.
- Mitsch, Wolfgang*, “Grundzüge des Ordnungswidrikeitenrechts”, en *Juristische Arbeitsblätter* (JA), Alemania, 2008, pp. 241-320 (primera parte) y pp. 409-413 (segunda parte).
- Muñoz Conde, Francisco/García Arán, Mercedes*, *Derecho penal. Parte general*, 6a. ed., Valencia, 2004.
- Nell, Mathias*, “Korruptionsbekämpfung ja —aber richtig!— Reformüberlegungen zur Unternehmenshaftung nach OWiG”, *Zeitschrift für Rechtspolitik* (ZRP), Alemania, 2008, pp. 149 y ss.
- Nieto Martín, Adán*, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esquema de un modelo de responsabilidad penal”, en Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo, *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Madrid, 2008, pp. 131-160.
- Ott, Walter*, “Jenseits von Fiktions- und Realitätstheorie: Die juristische Person als institutionelle Tatsache”, en *Festschrift für Peter Forstmoser*, Zúrich, 2003, pp. 3-13.
- Pieth, Mark*, “Strafverfahren gegen das Unternehmen”, en *Festschrift für Albin Eser*, Múnich, 2005, pp. 599-616.
- Ramón Ribas, Eduardo*, comentarios al art. 129 del CP español, en Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 4a. ed., Elcano, 2005, pp. 674 y ss.
- Rogall, Klaus*, comentarios a los arts. 9, 30 y 130 de la Ley alemana sobre contravenciones (OWiG), en *Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeittengesetz*, 3a. ed., Múnich, 2006, pp. 149-180 (§ 9), pp. 482-549 (§ 30), pp. 1672-1705 (§ 130).
- Roxin, Claus, Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4a. ed., tomo I, Múnich, 2006; tomo II, Múnich, 2003.
- Scholz, Rupert*, “Strafbarkeit juristischer Personen?”, *Zeitschrift für Rechtspolitik* (ZRP), pp. 435-440.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst* (eds.), *Strafgesetzbuch*, 27a. ed., Múnich, 2007.
- Schünemann, Bernd*, en *Leipziger Kommentar* (LK), (Einleitung, §§ 1-31) 12a. ed., tomo 1, Berlín, 2007; “Unternehmenskriminalität”, en *Festgabe aus der Wissenschaft. 50 Jahre BGH* (FG-BGH), tomo IV, Múnich, 2000, pp. 621-646; “La punibilidad de las personas jurídicas desde una perspectiva europea”, en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, pp. 572 y ss.
- Sieber, Ulrich*, “Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht”, *LH a Klaus Tiedemann*, Colonia-Múnich, 2008, pp. 449-484.
- Silva Sánchez, Jesús*, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal español”, en García Cavero (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, Lima, 2002, pp. 141-212.
- Spolansky, Norberto E.*, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en García Valdés

- y otros (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo II, Madrid, 2008, pp. 1631-1646.
- Tiedemann, Klaus, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*, 3a. ed., Colonia, 2010 (traducción de la 2a. ed. *Derecho penal económico. Introducción y parte general*, Lima, 2009); “Nuevas tendencias en la responsabilidad penal de personas jurídicas”, en: Tiedemann, *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, 2a. ed., Lima, 2007, pp. 253-278; “Derecho penal administrativo y Estado de Derecho. Un panorama sobre el Derecho alemán de contravenciones”, en Tiedemann, “Constitución y Derecho penal”, Lima, 2003; Grunderfordernisse einer Regelung des Allgemeinen Teils”, en Tiedemann (ed.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union. Freiburg-Symposium*, Colonia, 2002, pp. 3 y ss.; “Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en el Derecho comparado”, en Luis Flávio Gomes (coord.), “Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal”, São Paulo, 1999, pp. 25-45.
- Tiedemann, Klaus/ Nieto Martín, Adán (eds.), *Euro-delitos. El Derecho penal económico en la Unión Europea*, Cuenca (España), 2003.
- Von Freier, Friedrich, “Zurück hinter die Aufklärung: Zur Wiedereinführung von Verbandsstrafen”, *Goltdammers Archiv* (GA), 2009, p. 98-116.
- Von Liszt, Franz, “Das deutsche Reichsstrafrecht”, Berlin/Leipzig, 1881, *Das deutsche Strafrecht*, 25a. ed. (trabajada por Eberhard Schmidt), Berlin/Leipzig, 1927.
- Wabnitz, Heinz-Bernd/ Janovsky, Thomas, *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 3a. ed., Múnich, 2007.
- Zúñiga Rodríguez, Laura, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas, principales problemas de imputación”, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 20 (2008), pp. 465-510.

Doctrina



Cárcel de Apodaca: haciendo leña del árbol caído

Martín Gabriel Barrón Cruz

Instituto Nacional de Ciencias Penales, México

Revista Penal México, núm. 3, enero-junio de 2012

Aquí todo va a ser silencio, quietud, casi muerte; al poblarse estos recintos se advertirá apenas que albergan seres vivientes; al perderse el eco de vuestros pasos, comenzará el reinado del silencio y de la soledad.

MIGUEL S. MACEDO
Discurso inaugural de la Penitenciaría
del Distrito Federal (Lecumberri), 1900

RESUMEN: El artículo aborda la situación imperante en el sistema penitenciario en México y sostiene que, si bien se ha establecido un proceso de reforma penal, las cárceles constituyen el eslabón más débil de la cadena. Es decir, que a pesar del cambio en la denominación de “readaptación” por “reinserción”, en realidad no se han efectuado las modificaciones sustantivas dentro de las cárceles; muy por el contrario, se incrementó el número de internos, lo que ha provocado sobre población y hacinamiento y, como consecuencia, mayor violencia, motines y fugas, como la que aconteció en Apodaca, Nuevo León, en febrero de 2012, que es reflejo de una profunda crisis penitenciaria nacional.

PALABRAS CLAVE: cárceles, reos, motín, reinserción, tratamiento, hacinamiento.

ABSTRACT: This paper deals with the current situation in the Mexican penitentiary system and asserts that, even though a criminal reform is in place, prisons are still the weakest point in the structure. So, despite the new use of the word “reintegration” instead of “readaptation”, no substantial changes have taken place inside the jails. Quite on the contrary, the number of inmates has increased generating overcrowding and consequently a growth in violence, riots and jailbreaks, as the one in Apodaca, Nuevo León, on February 2012, which mirrors the deep crisis in the national penitentiary system.

KEY WORDS: prisons, inmates, riot, reintegration, treatment, overcrowding.

SUMARIO: I. Presentación. II. Contexto jurídico. III. Datos penitenciarios. IV. Cárcel en Nuevo León. V. Apodaca: sucesos. VI. Reflexiones.

I. Presentación

Durante los años recientes, en México se han suscitado diversos hechos de violencia en las prisiones. Uno de los más cercanos en el tiempo aconteció en la cárcel ubicada en Apodaca, Nuevo León, donde perdieron la vida 44 internos y otros 30 se fugaron. El acontecimiento suscitó innumerables opiniones —casi todas desfavorables— sobre el sistema penitenciario mexicano.

El objetivo del presente artículo es mostrar una visión panorámica de la situación en las cárceles de nuestro país. La razón es que la crisis penitenciaria no es nueva sino que forma parte de un conjunto de factores que tienen una influencia directa en el problema de la seguridad en el país. Los ángulos de análisis son múltiples; por ejemplo, la sobre población y el hacinamiento; la poca ventilación e higiene; la proliferación de plagas de cucarachas, pulgas, piojos y ratas; la mala calidad de los alimentos, así como la posibilidad de contraer diversas enfermedades infectocontagiosas (tuberculosis o sida, entre las más comunes). Además, hace falta un análisis sobre las condiciones de las mujeres en reclusión.

Los “establecimientos penitenciarios —dice Amnistía Internacional— son lugares violentos que ponen en peligro la vida de los reclusos. Los presos viven con el constante temor de ser agredidos por otros presos”.¹ Los disturbios e incidentes violentos en el interior indican que las “autoridades no tienen pleno control sobre estos establecimientos penitenciarios [pero] la atmósfera de violencia e intimidación, unida a las degradantes condiciones de reclusión, afecta también a los funcionarios de las prisiones”,² quienes tendrían que ser los primeros en reclamar mejoras en las condiciones de las prisiones. Sin embargo, poco o nada se sabe, pues todo queda callado y oculto tras los muros de la prisión.³

¹ Amnistía Internacional, *Brasil: aquí nadie duerme tranquilo. Violaciones de Derechos Humanos contra detenidos y presos. Informe*, Londres, 1999, pp. 2 y 3.

² *Idem*.

³ Valdría la pena que se tuvieran en cuenta las sugerencias del texto de Andrew Coyle, *La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos: manual para el personal penitenciario*, Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, Londres, 2009.

⁴ Elías Carranza, “Sobre población penitenciaria en América Latina y el Caribe: situación y respuestas posibles”, presentación en el United Nations Programme Network Institutes Technical Assistance Workshop, Viena, mayo de 2001.

⁵ Un estudio comparativo sobre el problema del cómputo de las sentencias es el de Christopher Bierkbeck y Neelie Pérez, “La rendición de la pena y el tiempo de la condena: estudio de una cárcel venezolana”, *Cenipec*, núm. 23, enero-diciembre de 2004, pp. 33-69.

⁶ Francisco Muñoz, “La prisión en el estado social y democrático de derecho: prevención general versus prevención especial. ¿Un conflicto insoluble?”, *Eguzkilore*, núm. 2, extraordinario, octubre de 1989, p. 167.

⁷ Erving Goffman, *Estigma: la identidad deteriorada*, Amorrortu, Buenos Aires, 2003.

Esto es parte de lo que Elías Carranza llama “genocidio carcelario”,⁴ que guarda una vinculación estrecha con la duración de la pena.⁵ La razón obvia es que, mientras más larga sea la condena, más afectado se verá el reo en todas sus facultades, es decir, “resultará contraproducente o innecesaria para el adecuado tratamiento del recluso”.⁶

También hay que preguntarse qué actividades realizan los internos y cómo viven. Tal vez a la mayoría de los ciudadanos no le importe, pues asume que si una persona está en prisión es porque lo merece. Pero, ¿en realidad cometió el delito imputado?, ¿en verdad se hizo justicia?, ¿cuál fue la investigación que logró probar el delito? Son muchas las preguntas, mas las respuestas son diversas y contradictorias.

Para explicar estos planteamientos se necesitarían varios artículos. Por tal razón, aquí no se abordan las preguntas anteriores ni las teorías sobre la pena de prisión o del castigo; tampoco las consecuencias de lo que Goffman llama “estigma”, es decir, sobre las secuelas del proceso que sufren los reclusos dentro y fuera de la prisión.⁷ En cambio, se pretende revelar, mediante datos estadísticos, lo que ocurre en el ámbito penitenciario del país. Para ello es preciso realizar un análisis desde otras vertientes y no constreñirse a discursos simplistas ni dogmáticos.

II. Contexto jurídico

Como es del conocimiento público, en junio de 2008 se llevó a cabo la reforma al sistema de justicia en México. Como consecuencia, México pasa por un periodo de transición del sistema inquisitivo-mixto a uno de corte adversarial (acusatorio) cuyo plazo fenece en 2016. Es evidente que el sistema penitenciario del país es el talón de Aquiles del proceso de reforma.

Uno de los principales cambios establecidos en la reforma es la nueva concepción y denominación

para el sistema penitenciario, que en la Constitución se califica ya como de “reinserción social”.⁸ Dicho concepto deja de lado la vieja noción de readaptación social.⁹ El proceso de reinserción, para los reclusos, se fundamenta en cinco principios:

- Trabajo
- Educación
- Capacitación para el trabajo
- Salud
- Deporte

Sin embargo, se olvida que la

reinserción no se hace en la cárcel. Es demasiado tarde. Hay que incorporar a la gente dándole trabajo, igualdad de oportunidades [...] en la escuela. La inserción es necesaria [...] si bien los funcionarios de prisiones “se adhieren a la inserción como ideal”, toda la organización de su trabajo niega la realidad de ese ideal [...] [pues hay] ausencia de doctrina, ausencia de medios y tiempo [...] [además] la reinserción no está prevista “ni en el uso del tiempo ni en los efectivos” [pero] [incluso hay una] ausencia de formación, ausencia de intercambios con aque- llos a quienes se denomina —de manera reveladora— “participantes exteriores”, encargados de la educación, la formación, la animación y el trabajo social. La ignorancia sostenida del delito, de la instrucción, de la calificación de la pena y su duración [o la simple] sospecha de corrupción que pesa sobre ellos [los funcionarios] cuando se dedican a lo “social”; la prohibición de cualquier contacto de los detenidos con el exterior, terminan por reducir este ideal a “una palabra y una falsa apariencia”.¹⁰

La reforma indica que la prisión preventiva debe utilizarse como último recurso para reincidentes, delitos graves y delincuencia organizada, entre otros.¹¹ La idea central es no seguir saturando las prisiones. De manera adicional, se crearon nuevos mecanismos (medios alternos) para la resolución de conflictos como la mediación y la conciliación. Asimismo, se prevé la creación de la figura del juez de ejecución de sanciones penales. Conforme a la reforma, se estableció como fecha límite el mes de junio de 2011 para lograr las modificaciones pertinentes al sistema penitenciario, pero hasta la fecha no se ha realizado ninguno de ellos en la mayoría de los estados de la república. Es decir, desde una perspectiva jurídica las prisiones siguen igual.

La idea de la prisión preventiva como excepción data de hace más de un siglo. Ya en 1877 Concepción Arenal señalaba que “hoy, como regla general, se aplica al sospechoso de haber infringido las leyes, debiera ser, y esperamos que será algún día, una excepción”. De eso han transcurrido 135 años y aún no logramos el objetivo planteado por Arenal.¹² Por el camino que llevamos, quizá transcurra un número igual de años sin que suceda nada.

Para cambiar el sistema penitenciario fue necesario realizar una serie de reformas, entre las que destaca la creación de la Conferencia Nacional del Sistema Penitenciario, contemplada en la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública (LGSNP) del 2 de enero de 2009. Como parte de sus funciones, dicha conferencia debe homologar los mecanismos, siste-

⁸ Hay un problema con el asunto de la reinserción: no se ofrece una definición de la misma. Por ende, es un concepto indeterminado que exige una interpretación y delimitación para tratar de conocer con exactitud a qué se refería el legislador constituyente al decir que las penas se “orientarán” hacia la reinserción social. La definición es importante, pues no se conoce “de qué modo han de ser los tratamientos en prisión para lograr este objetivo”. Mónica Zapico, “¿Un derecho fundamental a la reinserción social?”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 13, 2009, p. 921.

⁹ El concepto *readaptación social* emergió a partir de la reforma de 1964 y quedó constancia de ella en la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados. Así, el concepto sustituyó al de *regeneración* que se había inscrito en la Constitución de 1917. Sergio García Ramírez, “Los designios del nuevo sistema penitenciario en México”, *Defensor. Revista de Derechos Humanos*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, núm. 10, octubre de 2010, pp. 15 y 16.

¹⁰ A. Chauvenet, G. Benguigui y F. Orlic, *Le monde des surveillants de prison*, PUF, París, 1994, p. 227 (Sociologies).

¹¹ “La prisión preventiva es en muchos casos injusta, porque cada año más de 40 mil personas (uno de cada cuatro imputados), que inicialmente fueron señaladas por el ministerio público, son dejadas en libertad al no comprobarse su responsabilidad. Muchas de ellas fueron privadas de su libertad perdiendo la salud, la familia y el trabajo.” Los mitos más frecuentes sobre la prisión preventiva son que: 1. reduce el número de delitos que se registran; 2. garantiza la reparación del daño a la víctima; 3. protege a la sociedad de sujetos peligrosos; 4. sólo se aplica a sujetos peligrosos; 5. es un mal necesario en la lucha contra el crimen; 6. es el único medio eficaz para impedir la fuga del imputado; 7. la amenaza de la prisión preventiva disuade a posibles delincuentes, y 8. brinda a la ciudadanía un sentimiento de mayor seguridad y confianza en la autoridad. Guillermo Zepeda Lecuona, *Los mitos de la prisión preventiva en México*, Open Society Institute, Nuevo León, 2007, pp. 6-8 (Serie Prisión Preventiva). Para un análisis comparativo se puede revisar Malena Derdoy, Mariano Fernández, Diego Freedman, Laura Malajovich, Laura Roth y Raúl Salina, *El costo social y económico de la prisión preventiva en Argentina*, Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento, Buenos Aires, septiembre de 2009 (Documento de Trabajo 29).

¹² Concepción Arenal, *Estudios penitenciarios*, INACIPE, México, 2010, p. 15 (Clásicos de las Ciencias Penales).

mas y procedimientos de seguridad en las prisiones, así como proponer políticas y programas para lograr la reinserción social de los internos.¹³ Uno de sus objetivos es erigirse como órgano de análisis, difusión e instrumentación de la política pública en materia penitenciaria.¹⁴

A pesar de que existen disposiciones de orden constitucional y en particular para las prisiones, hay varios problemas:

1. No existe una Ley de Reinserción (el plazo para emitir la misma venció en junio de 2011) que permita seguir los criterios que señala la LGSNSP.

2. Muchos centros penitenciarios aún manejan los criterios de readaptación; incluso ni siquiera han cambiado el calificativo “readaptación” por “reinserción” a los centros.¹⁵

3. El personal penitenciario es muy vulnerable a la corrupción.

4. En el interior de las prisiones existe un sistema de autogestión o autogobierno.

5. Hay débiles controles internos y externos.

6. No hay una carrera penitenciaria que permita la profesionalización.

7. La corrupción es visible, pues en el interior se permiten televisores y celulares, el consumo de drogas y alcohol, la prostitución y el uso de armas blancas y de fuego.¹⁶

Así, por ejemplo, en 2009 una encuesta sobre las condiciones carcelarias arrojó los datos siguientes:

1. 70% de los internos considera que la cantidad de alimentos provista por la institución es insuficiente y alrededor de la mitad considera que su calidad es mala o mala.

2. Alrededor de 65% de los internos declara que no recibe atención médica alguna cuando enferma.

3. 40% de los internos manifiesta que la atención médica recibida es regular.

4. Alrededor de 74% de los internos tiene acceso a televisión.

5. La frecuencia con que los internos reciben la visita de sus familiares y visitas conyugales ha disminuido.

6. Los cobros indebidos a familiares han ido en aumento.

7. Los reclusos que no reciben ninguna visita han aumentado.¹⁷

En otras palabras, “la prisión no es buena para los prisioneros. Nuestro deber como servicio de prisión es actuar de tal forma que los efectos negativos de ésta sobre los prisioneros y la gente cercana a ellos se minimicen”.¹⁸ Todo lo anterior constituye parte de los problemas que prevalecen en las prisiones del país, y demuestra la crisis actual del sistema penitenciario, que data de hace más de cuatro décadas.

III. Datos penitenciarios

Ahora bien, para ubicar mejor dicho contexto es necesario detenerse y analizar la información que existe en torno a las prisiones del país:¹⁹ en 1992 había 101

¹³ Los aspectos descritos se registran en el artículo 31 de dicho ordenamiento (Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, *Diario Oficial de la Federación*, última reforma del 30 de noviembre de 2010).

¹⁴ Así se establece en el artículo 3 de los Estatutos de la Conferencia Nacional del Sistema Penitenciario, los cuales se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de agosto de 2009.

¹⁵ Es importante señalar que de manera conjunta al concepto “readaptación” se empleó el de “resocialización”, el cual fue un “principio inspirador de la organización y de la vida penitenciaria en su conjunto, que si algo no debe hacer es contribuir a agravar” lo que Muñoz Conde llama la “desocialización” del delincuente. Así, se puede señalar que “por resocializar se entiende dirigir la intervención prisional a contrarrestar en la medida de lo posible el efecto separador y estigmatizante de la misma decisión de privación de libertad, de aquí que la vida penitenciaria haya de ‘normalizarse’, esto es, organizarse del modo más cercano posible a la vida en libertad, manteniendo y fortaleciendo los lazos entre los internos y el exterior y procurando evitar al máximo la afectación negativa de los derechos de los internos”. De tal modo, “la tesis de la resocialización es una de las manifestaciones de los que luchan por un ‘mejor Derecho Penal’”. Cfr. José de la Cuesta e Isidoro Blanco, “El sistema prisional en España”, *Eguzkilore*, núm. 12, diciembre de 1998, p. 246; Francisco Muñoz, “El tratamiento penitenciario”, en VV.AA., *Derecho penitenciario y democracia*, Fundación El Monte, Sevilla, 1994, p. 197; Esther Giménez-Salinas, “Autonomía del Derecho penitenciario. Principios informales de la LOGP”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 33, 1995, pp. 67-104, y Jesús Silva, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Bosch Editor, Barcelona, 1992, p. 26.

¹⁶ Para el año 2005 se indica que el negocio en el interior de la prisión generaba ganancias por cada reo de 2 600 pesos al mes. Rafael Ruiz Harrell, “¿Más cárceles?”, en Rafael Ruiz Harrell, *La ciudad y el crimen. Lo mejor de Rafael Ruiz Harrel*, INACIPE, México, 2010, p. 294.

¹⁷ Elena Azaola y Marcelo Bergman, *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional: resultados de la tercera encuesta a población en reclusión en el Distrito Federal y el Estado de México*, CIDE, México, 2009, p. 47.

¹⁸ Louk Hulsman, “El sistema de justicia penal y el futuro de las prisiones”, en CNDH, *La experiencia del penitenciarismo contemporáneo: aportes y perspectivas*, México, 1995, pp. 64 y 65.

¹⁹ “El sistema que se emplea dentro de las prisiones mexicanas es, como en varios países, el llamado sistema progresivo, que distribuye el tiempo de duración de la condena en diversos períodos, en cada uno de los cuales se va acentuando el número de ventajas que puede disfrutar el recluso, paralelamente con su buena conducta y el aprovechamiento del tratamiento reformador que se le aplica. En general, la duración de

presos por cada 100 000 habitantes; luego, en 1996, la cifra ascendió a 102; una década después, en 2006, era de 200 presos,²⁰ y para 2010 era de 206. Esto revela que “cada noche, un cuarto de millón de personas duerme hacinada en las prisiones”.²¹

Tales cifras indican el crecimiento exponencial de la población penitenciaria durante las últimas dos décadas. A pesar de que en 1998 dio inicio un programa para la construcción de nuevos espacios cuya

inversión inicial fue de 3 700 millones de pesos para la construcción de 48 centros, de los cuales se han construido y terminado 30, se encuentran en proceso de construcción 16 y dos están suspendidos por falta de recursos. Sin embargo, cabe destacar que en este programa nunca se contemplaron ni se incorporaron al presupuesto los gastos de operación, resultado de una deficiente planeación y programación, lo que ha traído como consecuencia que ocho centros estén terminados sin operar por falta de recursos y que en el resto existan carencias notables para su mantenimiento y operación.²²

Pero, como suele pasar en la administración pública mexicana, para 2003 se indicaba que se habían

gastado 5 600 millones de pesos, no obstante, la sobrepoblación continúa incrementándose, por lo que para la conclusión de esta primera etapa de 48 centros se requiere una inversión adicional de 1 105 millones de pesos, adicionados a los 5 600 ya erogados sobre un presupuesto inicial de 3 700 millones de pesos. En un cálculo estimado, se aprecia que de continuar con la misma perspectiva de reclusión para 2006 se tendrían 242 mil internos que, para ser atendidos en espacio y manutención, representarían un costo de

la pena se divide en tres o cuatro períodos, ordenados de mayor a menor rigor [...] el cumplimiento de cada uno de ellos tiene una incidencia decisiva en el régimen de vida del condenado, cumpliéndose, incluso, cada uno de ellos en un establecimiento distinto”. María Colmenero, “El tratamiento penitenciario: límites y presupuestos”, *Revista de la Fundación Mariano Ruiz Funes*, núm. 22, 1996, p. 12.

²⁰ Para ese mismo año, la cifra que se manejaba era de 214 450 internos y correspondía a una tasa de 196 presos por cada 100 000 habitantes; para el año 2009, el número de internos que había en prisión ascendía a 222 671. Así, la tasa se incrementó a 207 presos por cada 100 000 habitantes. Pero tales datos no se pueden comparar con los de Estados Unidos, pues el rango, para los mismos años, era de 738 y 756 por cada 100 000 habitantes, respectivamente. Lo anterior conforme a datos de Roy Walmsley, *World Prison Population List*, King’s College London/International Centre for Prison Studies, Londres, 2007, p. 3.

²¹ Elena Azaola y Marcelo Bergman, “De mal en peor: las condiciones de vida en las cárceles mexicanas”, *Nueva Sociedad*, núm. 208, marzo-abril de 2007, p. 120.

²² *Idem*.

²³ “Cuarto Informe de Labores”, Secretaría de Seguridad Pública, México, 2003, p. 82.

²⁴ *Idem*.

²⁵ Todas las gráficas del presente texto fueron elaboradas por Claudio Vázquez Ramírez.

²⁶ Para las gráficas se emplearon las cifras de las *Estadísticas históricas de México 2009*, INEGI, México, 2010, p. 8. Los datos de 2009 a 2011 provienen de *Estadísticas del Sistema Penitenciario* (Secretaría de Seguridad Pública, México), que corresponden a los meses de agosto de 2009, mayo de 2010 y diciembre de 2011.

casi 44 mil millones de pesos, lo que resulta a todas luces inviable.²³

Vale la pena preguntar qué pasó con toda la inversión destinada a los centros penitenciarios y cuál fue el resultado de la revisión que practicó la Auditoría Superior de la Federación.

Es obvio que en esos años la intención fue dar una respuesta al problema de

hacinamiento que sufren más de la mitad de los centros estatales y locales de readaptación social del país y que mantiene a los internos en condiciones poco favorables, además de mejorar las finanzas de los gobiernos federal, estatal y municipal que destinan parte de su presupuesto a la manutención de los internos y a la adecuación de penales.

Todo ello, como suele pasar, quedó en el olvido.

El esquema del sistema penitenciario para 2004²⁴ se ilustra en el mapa anexo.

A pesar de los datos asentados, es evidente que el número de prisiones en México ha disminuido en los años recientes,²⁵ según se aprecia en la gráfica 1.

Ahora bien, el número de espacios para los cuales están diseñadas las cárceles en México en esos años se observa en la gráfica 2.

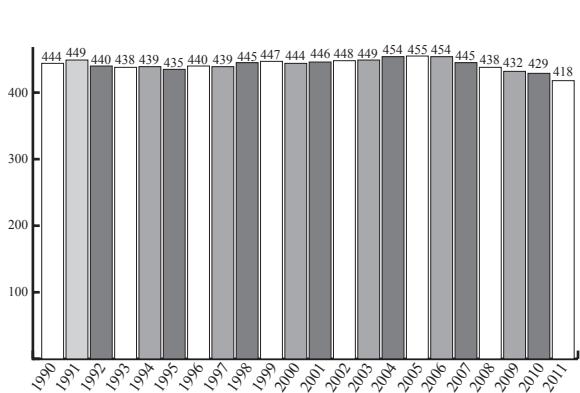
Si se analiza la serie de 21 años, es notoria la enorme variabilidad de los datos de un año a otro, así como de la capacidad de espacios construidos para la reclusión de los internos.²⁶ Un dato que llama la atención es el correspondiente a 2011, ya que indica que en las últimas dos décadas hay menor número de prisiones con mayor capacidad. Este hecho representa un grave problema de reducción de los espacios y mayor hacinamiento.

Cárcel de Apodaca: haciendo leña del árbol caído

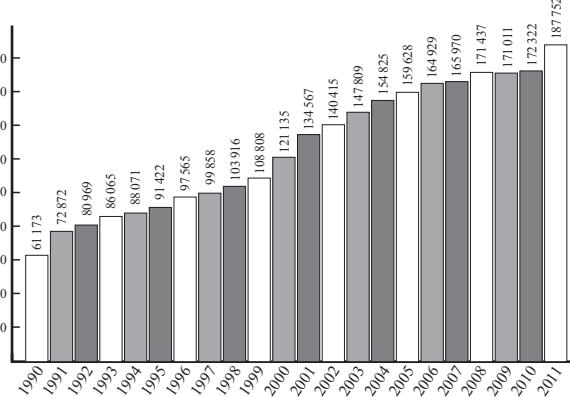
MAPA 1. *Centros penitenciarios*



FUENTE: Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social.



GRÁFICA 1. Número de prisiones



GRÁFICA 2. Número de espacios en las cárceles

Ahora bien, el número de internos recluidos en los centros penitenciarios durante el lapso comprendido entre 1990 y 2011,²⁷ conforme al fuero correspondiente, se muestra en las gráficas 3 y 4.

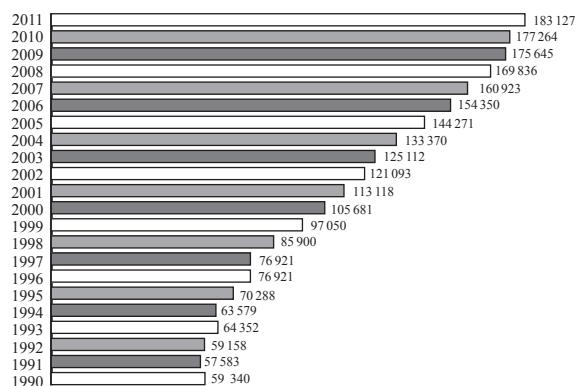
Asimismo, el total de presos en ese mismo lapso se observa en la gráfica 5.

Al analizar la información, resulta obvio que hay que diferenciar y considerar el número de internos que se encuentran en la fase del proceso y los que ya fueron sentenciados, además de otras variables como la cantidad de personas que compurgaron su sentencia, las que recibieron algún beneficio penitenciario y a quienes no se logró imputarles el delito.

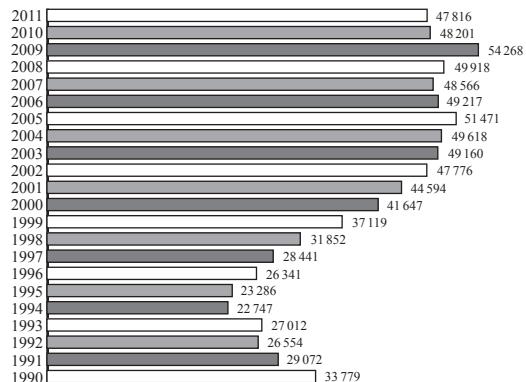
Pero, más allá de tales consideraciones, es importante comparar el número de espacios destinados a la reclusión con el volumen total de internos. Esto indica el hacinamiento que existe en las prisiones del país en general. Es obvio que al realizar un análisis detallado y fino se podrá observar, de manera particular, que hay prisiones con poca aglomeración de personas en un mismo espacio y otras cuya capacidad está completamente rebasada (cuadro 1).

Todo lo anterior confirma que

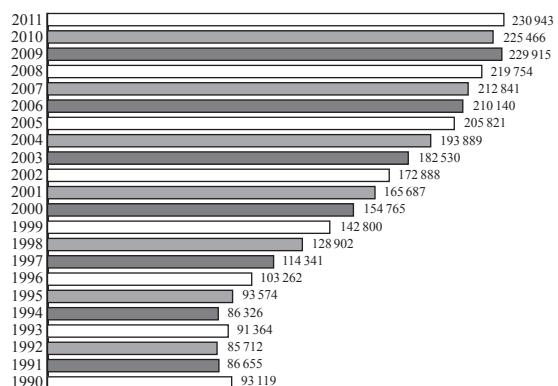
la magnitud de la población carcelaria viene determinada por la forma en que el sistema de justicia penal enfrenta a los delincuentes, lo que a su vez repercute de manera significativa en la gestión de los centros penitenciarios. Por otro lado, el sistema de justicia penal se ve influido por las políticas gubernamentales y del clima político del momento [...] por todo ello, al evaluar el sistema penitenciario será preciso tener en cuenta que la gestión eficaz y las condiciones satisfactorias de las cárceles no dependerán únicamente de las autoridades penitenciarias. Lo que ocurría en las cárceles estará intrínsecamente relacionado con la gestión del sistema de justicia penal en su conjunto y con las presiones que reciba dicho sistema de parte de los políticos y los ciudadanos en general. Por esa razón, cualquier intento de reforma del sistema penitenciario deberá formar parte de un programa amplio dirigido a hacer frente a los desafíos que plantea la totalidad del sistema de justicia penal [...] [además] cuando los gobiernos adoptan un enfoque punitivo, sin tratar de eliminar los factores que dan lugar a conductas delictivas, los centros penitenciarios acaban convirtiéndose en lugares que albergan a un número elevado de personas procedentes de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad, junto



GRÁFICA 3. *Número de reclusos en centros penitenciarios del fuero común*



GRÁFICA 4. *Número de reclusos en centros penitenciarios del fuero federal*



GRÁFICA 5. *Total de presos en México entre 1990 y 2011*

²⁷ Es importante hacer notar que las cifras presentan variaciones excesivas, ya que, por ejemplo, los datos de junio de 2003 indican que había 181 221 presos y que para junio de 2004 la cifra era de 190 509. Todo ello se asienta en el “Cuarto Informe de Labores”, *op. cit.*

CUADRO 1. Hacinamiento en penales mexicanos

Año	Capacidad	Total	Año	Capacidad	Total
2011	187 752	230 943	2000	121 135	154 765
2010	172 322	225 466	1999	108 808	142 800
2009	171 011	229 915	1998	103 916	128 902
2008	171 437	219 754	1997	99 858	114 341
2007	165 970	212 841	1996	97 565	103 262
2006	164 929	210 140	1995	91 422	93 574
2005	159 628	205 821	1994	88 071	86 326
2004	154 825	193 889	1993	86 065	91 364
2003	147 809	182 530	1992	80 969	85 712
2002	140 415	172 888	1991	72 872	86 655
2001	134 567	165 687	1990	61 173	93 119

con un número muy inferior de delincuentes peligrosos y violentos. En los últimos años, las tendencias condenatorias en numerosos países se han visto influidas de manera significativa por la presión ejercida por la ciudadanía o los políticos para endurecer las políticas penales. No obstante, los estudios llevados a cabo en algunos países demuestran que el aumento de la población carcelaria no responde a un incremento evidente de la delincuencia, sino al incremento de las penas de prisión y de la duración de éstas [...] No resulta fácil la gestión de cárceles hacinadas que alberguen a reclusos muy diversos, algunos peligrosos y violentos, muchos necesitados de servicios de salud mental o de tratamiento de drogodependencias en lugar de verse aislados de la sociedad, y un gran número de reclusos vulnerables por diversas razones de tipo socioeconómico; mucho menos fácil resulta su gestión de manera que se facilite la reinserción. La tarea a que se enfrentan los administradores de los centros penitenciarios, que consiste en encontrar el equilibrio entre la seguridad y la reinserción social de una población muy diversa, y al mismo tiempo responder de manera adecuada a las prioridades, a veces contrapuestas, de los políticos y la ciudadanía, está plagada de dificultades, sobre todo cuando las estructuras son obsoletas y los recursos, limitados.²⁸

Esta larga descripción, a pesar de no referirse en forma específica o directa a México, es el acontecer real de nuestro país. Ahora bien, más allá de la clasificación formal, hay distintos tipos de prisiones, como señala Carranza:

a. *La cárcel-ghetto*: semeja vecindarios muy pobres donde los reclusos viven o están en constante contacto con parientes y personas del exterior, y para ello han establecido un sistema de autogestión con mínima seguridad y violencia.

b. *La cárcel-campo de concentración*: en ella predominan los castigos arbitrarios y la incapacitación, existen graves problemas de salud y de seguridad personal, y hay índices elevados de violencia y fallecimientos. Con frecuencia, los propios reclusos controlan el establecimiento y los guardianes se mantienen en el exterior, y son responsables de permitir o introducir armas y drogas a la cárcel.

c. *La cárcel-hotel*: por lo general, en ella no hay población hacinada; es apoyada fundamentalmente por reclusos acusados de delitos no convencionales y con la aceptación del personal administrativo, que les otorga privilegios especiales, ya que no pertenecen a los sectores más pobres.²⁹

²⁸ Medidas privativas y no privativas de la libertad, *El sistema penitenciario*, Oficina de las Naciones Unidas contra la Drogas y el Delito, Nueva York, 2010. Además, “el aspecto del núcleo duro de la política penal no sólo puede verse en el aumento de la población encarcelada sino también en las víctimas que produce el sistema represivo producto de la explícita declaración de guerra al delito (que en 1992 significó un incremento desorbitado del presupuesto policial para la compra de armas de puño, ametralladoras e itakas), como la muerte de terceros ajenos a un hecho delictivo producto de la decisión de *cazar* a los delincuentes a cualquier precio. Pero también en el fusilamiento de aquellos que son sospechosos de haber cometido un delito y que pertenecen a sectores desprotegidos social y económicamente, y que son muertos por las fuerzas policiales sin que medie un enfrentamiento”. Así lo manifiesta Juan Pegoraro, “Violencia delictiva, inseguridad urbana: la construcción social de la inseguridad ciudadana”, *Revista Nueva Sociedad*, núm. 167, p. 118.

²⁹ Elías Carranza, “Presente y futuro de la política penitenciaria en Latinoamérica y el Caribe”, en Jacinta Balvela, *La experiencia del penitenciarismo contemporáneo: aportes y expectativas*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1995.

Por otra parte, aunque parezca obvio, hay que pre-guntarse por qué hay un crecimiento de la población penitenciaria. La respuesta también puede ser fácil y elemental: la lucha contra el narcotráfico. Es decir, desde la década de 1980 se puso énfasis en penalizar la producción, tráfico, suministro y comercio de drogas, por lo que fue necesario incrementar las penas para quienes cometieran tales delitos. A ello se suma la disputa entre las organizaciones dedicadas al narcotráfico, lo que ha desencadenado escisiones entre las organizaciones y la reyerta sangrienta por las rutas claves para el tráfico de drogas. La respuesta gubernamental se ha centrado en dos ejes principales. El primero es hacer reformas al marco jurídico para poder sancionar a los narcotraficantes; para albergar a los mismos, desde 1992 se crearon los llamados Centros Federales de Readaptación Social,³⁰ los cuales, en resumidas cuentas, son las prisiones de máxima seguridad (conste que a la fecha tampoco se han realizado las adecuaciones del concepto de readaptación por reinserción, de acuerdo con la Constitución).³¹ El segundo es la militarización de la seguridad pública, que ha llevado a emplear a las fuerzas armadas en tareas eminentemente policiales.

El conjunto de todos estos elementos ha desenca-denado una violencia exacerbada, además del aumento en la cifra de personas encarceladas como resultado de la legislación penal antidrogas. Al respecto, el secretario de Seguridad Pública, en su comparecencia de enero de 2011 ante la Cámara de Diputados, seña-ló que en el lapso del 1º de diciembre de 2006 al 20 de enero de 2011 la Policía Federal detuvo a 50 717 personas, de las cuales sólo 2 035 tenían vínculos con alguna organización delictiva, y desglosó la informa-ción como aparece en la gráfica 6.

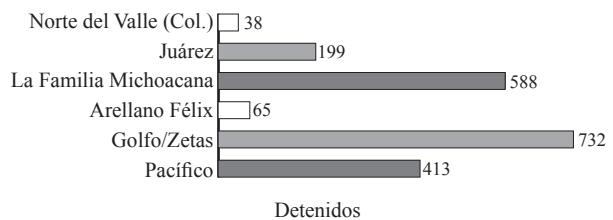
A esta cifra habría que sumarle el número de líde-res o lugartenientes con algún nivel de mando en las organizaciones delictivas, en total 129.

³⁰ El primero de ellos se asentó en Almoloya de Juárez, Estado de México, y se le conoce como el “Altiplano”. Luego, en 1993, se in-auguró el ubicado en El Salto, Jalisco, conocido como “Puente Grande”, que a raíz de la fuga de Joaquín Guzmán Loera, el 19 de enero de 2001, fue rebautizado popularmente como “Puerta Grande”.

³¹ Es importante resaltar que “el Sistema Penitenciario Federal acusaba también la falta de capacitación y desarrollo de su personal, así como la ausencia de incentivos que aleitaran la vocación de servicio y abrieran perspectivas de futuro. La mayoría de las instalaciones penitenciarias eran obsoletas, insalubres, deterioradas, además de tener graves problemas de sobre población. Tampoco existían esquemas de profesionalización del personal penitenciario ni instituciones enfocadas a su formación y desarrollo”. Genaro García Luna, *Para entender el nuevo modelo de seguridad para México*, Nostra Ediciones, México, 2011, p. 105 (Para Entender).

³² Todos los datos provienen de la presentación realizada por el secretario en enero de 2011 en la Cámara de Diputados, que lleva por título “Seguridad Pública”, en el apartado de principales resultados.

³³ Ana Hernández, “Legislación de drogas y situación carcelaria en México”, en Pien Metaal y Coletta Youngers (eds.), *Sistemas so-bre-cargados: leyes de drogas y cárceles en América Latina*, Transnational Institute y Washington Office on Latin America, Washington, 2010, p. 61.



GRÁFICA 6. *Número de reclusos vinculados con el crimen organizado*

No obstante, según la misma información, durante el periodo citado se detuvo a 131 091 personas.³² Es importante aclarar que no se desglosa de manera específica a qué instancias de gobierno corresponden ni tampoco el tipo de delitos; pero es de suponer que se trata de las secretarías de la Defensa Nacional y de la Armada de México, así como de la Procuraduría General de la República, entre otras. De esos datos, “un gran número de la gente encarcelada por delitos relacionados con drogas no son los grandes traficantes y ni siquiera han cometido delitos relacionados con el comercio, producción, suministro o tráfico de narcóticos; muchos de ellos están en la cárcel por po-sesión simple de cantidades menores de alguna droga, principalmente marihuana, seguida de cocaína”.³³ Por lo visto, la tendencia es llenar las cárceles con delin-cuentes “de poca monta”.

Por otra parte, de la cifra que aporta el secretario de Seguridad, 131 091 personas detenidas, surge una interrogante: ¿por qué, según los datos de la propia Secretaría, a diciembre de 2011 había sólo 25 476 per-sonas procesadas en el ámbito federal de los 47 816 internos? Además, ¿todos están procesados por delitos contra la salud, o bien, cuántos de los sentenciados están por dicho delito? También se tiene que dar res-puesta sobre qué pasó con los restantes 105 615 dete-nidos. Quizás entonces haya que replantear la estrate-gia.

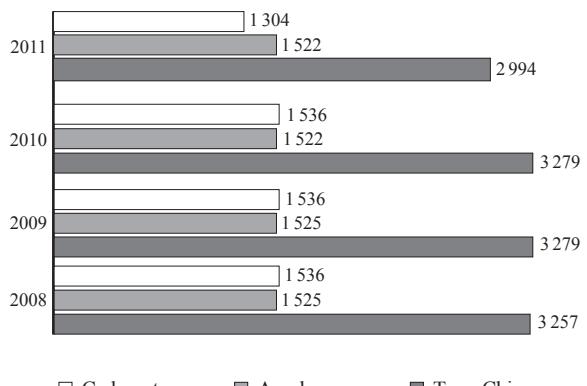
gia, pues la lucha contra el narcotráfico ha llevado a la prisión más a quienes consumen algún tipo de droga que a quienes la producen. Por consiguiente, el criterio gubernamental de señalar e insistir en el número de personas detenidas y encarceladas es el indicador principal para demostrar que hay un combate verdadero a la delincuencia, pero en especial contra los narcotraficantes como parte de la delincuencia organizada y, con ello, afirmar que se tiene el éxito esperado. Sin embargo, con base en el dato del secretario de Seguridad, es claro que hay cientos de personas detenidas que no han sido consignadas y, peor aún, de las que no se logró demostrar su participación en algún delito, por lo cual no fueron sentenciadas.

¿La razón?: la falta de una adecuada investigación del delito. Por ello, Zepeda Lecuona señala que

el uso excesivo de la prisión va en detrimento de la misma sociedad, que privilegia la sanción sobre la prevención, que incrementa las penas y reduce los derechos y la calidad de vida de las personas privadas de su libertad, deteriorando el capital social y la cultura de promoción y protección de los derechos humanos [además] ha dejado de ser una medida extraordinaria y excepcional, para convertirse en una medida cautelar de uso frecuente [...] produce inefficiencia porque implica un uso irracional de la prisión, del sistema penal y de los recursos humanos y materiales dedicados a la seguridad pública y a la justicia. La prisión preventiva está consumiendo demasiados recursos que serían determinantes en otras áreas prioritarias de la seguridad ciudadana y la justicia penal, como la prevención y el combate al crimen organizado.³⁴

IV. Cárcel en Nuevo León

A partir de este panorama es posible realizar el análisis de la situación que muestran las cárceles localizadas en el estado de Nuevo León, con base en los datos



GRÁFICA 7. *Capacidad instalada en los tres principales centros penitenciarios del estado de Nuevo León*

estadísticos disponibles de 2008 a 2011; es decir, en el lapso de los últimos cuatro años. Esto sirve para corroborar la situación penitenciaria en dicha entidad del país y, en particular, el crecimiento del número de internos, sobre todo la población que se concentra en los tres centros principales: Topo Chico, Apodaca y Cadereyta (gráfica 7). Es importante señalar que como las prisiones municipales tienen poca capacidad, no se consideran.³⁵

Se aprecia, tal y como acontece en el país, la reducción de la capacidad de los espacios carcelarios.³⁶ Sin embargo, lo que llama la atención es la sobrepoblación carcelaria,³⁷ pues es visible el incremento que experimentó la cárcel de Apodaca, sobre todo en los dos años recientes, según muestra el cuadro 2.

Si se analiza de manera particular el crecimiento en el número de reos en la cárcel de Apodaca, se obtiene que en diciembre de 2011 había 1 522 espacios y que el número de internos ascendió, durante ese año, a 2 725; pero al desglosar tanto a los que compurga-

³⁴ Guillermo Zepeda Lecuona, “El uso excesivo e irracional de la prisión preventiva en México”, en Olga Islas y Sergio García Ramírez (coords.), *Panorama internacional sobre justicia penal: culturas y sistemas jurídicos comparados*, IJU-UNAM, México, 2007, p. 229.

³⁵ Las prisiones municipales se ubican en Guadalupe, Montemorelos, Villaldama, San Nicolás, Linares, Cadereyta de Jiménez, China, Galeana, Cerralvo, San Pedro Garza y Doctor Arroyo.

³⁶ Todos los datos de los cuadros que se presentan se obtuvieron de los meses y años respectivos de las *Estadísticas del Sistema Penitenciario Federal* (Secretaría de Seguridad Pública, Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social). Incluso es visible que aquí aún se utiliza el término “readaptación” cuando habría que adecuarlo a la realidad jurídica que se describe en el primer punto del texto.

³⁷ “La sobrepoblación es el cáncer de la prisión. Cómo vamos a lidiar con esta enorme sobrepoblación en las prisiones, que tiene mucho que ver con una legislación penal probablemente errónea en muchos aspectos, que remite a más y más habitantes a las prisiones y quienes de pronto, en un instante de despresurización, salen a la calle sin verdadero destino y sin verdadera posibilidad de reinserción. Es la presión de las circunstancias lo que lleva a ingresar y lo que lleva a egresar de las prisiones.” Sergio García Ramírez, “Los designios...”, *op. cit.*, p. 13.

CUADRO 2. *Número de internos remitidos entre 2008 y 2011*

Nombre	Fuero	Años							
		2008		2009		2010		2011	
		Abr.	Sep.	Ene.	Ago.	Feb.	May.	Jul.	Dic.
Topo Chico	C.	2 751	2 628	2 488	2 564	2 538	2 657	3 666	4 396
	F.	789	852	843	1 017	1 056	869	532	453
<i>Subtotal</i>		3 540	3 480	3 331	3 581	3 594	3 526	4 198	4 849
Apodaca	C.	1 040	1 138	1 159	1 210	1 195	1 168	863	1 099
	F.	166	175	224	225	365	473	1 296	1 626
<i>Subtotal</i>		1 206	1 313	1 383	1 435	1 560	1 641	2 159	2 725
Cadereyta	C.	643	663	755	821	913	927	1 076	956
	F.	423	413	413	421	392	285	178	168
<i>Subtotal</i>		1 066	1 076	1 168	1 242	1 305	1 212	1 254	1 124
<i>Total</i>		5 812	5 869	5 882	6 258	6 459	6 379	7 611	8 698

ron u obtuvieron un beneficio como a los que fueron exonerados, el número total de sobre población era de 1 203, lo cual representa 79.04%. En consecuencia,

la sobre población en las cárceles es una grave violación a los derechos humanos: los homicidios, muertes y suicidios en las prisiones son proporcionalmente más altos a los que ocurren en la vida en libertad; la comida, la salud, la visita y la seguridad, tanto de las personas presas como de los funcionarios, es peor.³⁸

A todo lo anterior hay que sumar que el estado de Nuevo León ocupa el quinto lugar de las entidades con mayor población penitenciaria, conforme a los datos correspondientes a diciembre de 2011 que aparecen en la gráfica 8.

Cabe puntualizar que el Distrito Federal cuenta con 10 reclusorios, el Estado de México con 22, Jalisco con 33, y Sonora y Nuevo León con 15 cada uno.

Por ende, uno de los problemas es que la población en los recintos carcelarios se encuentra en situación de grave hacinamiento por la reducción de los espacios, pues se construyen nuevos bloques en el interior de la prisión, en detrimento de las áreas verdes o zonas de esparcimiento. De este modo se explica que a finales de 2011 hubiera sólo 418 prisiones en el

país, con capacidad para 187 752 personas, pero que haya recluidas 230 943 personas. Esto constituye una paradoja: hay menos prisiones pero hay más internos, o bien: a menos cárcel, más reos, sin mencionar las condiciones de vida en la propia prisión, lo cual queda fuera del análisis del presente artículo.

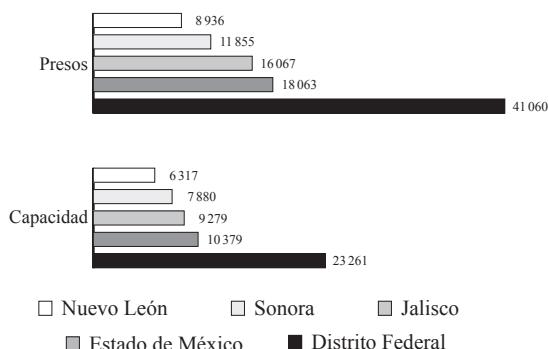
V. Apodaca: sucesos

Después de la descripción, parece obvio que los sucesos ocurridos en el penal de Apodaca, en Nuevo León, en el transcurso de la madrugada del domingo 19 de febrero del presente año, eran previsibles. Dentro de la cárcel 44 internos fueron privados de la vida y 30 se fugaron; además, 22 resultaron lesionados.³⁹

Entre los datos anecdotómicos hay uno interesante: Jerónimo Miguel Andrés Martínez fue nombrado director del penal de Apodaca después del homicidio, en sus instalaciones, de 14 reos en mayo de 2011. La designación causó controversia porque Martínez había sido director del penal de Santa Martha Acatitla, en el Distrito Federal, hasta 2009 en que fue cesado. La remoción obedeció a que fue acusado de corrupción, sin que se conozca cuál fue el resultado, si bien es previsible que *ninguno*, ya que siguió como director de Apodaca.

³⁸ Elías Carranza, “Directrices de Naciones Unidas en materia de ejecución de sanciones y reinserción social”, *Defensor. Revista de Derechos Humanos*, núm. 10, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, octubre de 2010, pp. 30 y 31.

³⁹ Resulta increíble que las autoridades se tardaran seis días, luego de realizar una “exhaustiva” investigación, para señalar que sólo se fugaron 29 reos; tardaron demasiado para saber quiénes eran. Esto demuestra que no hay mecanismos eficientes para el registro de los internos.



GRÁFICA 8. Entidades con mayor población penitenciaria

Según uno de los testimonios de la investigación que realizó la periodista Sanjuana Martínez, el joven José Guadalupe Pedraza Lara (que obtendría su libertad el día 20, es decir, pocas horas después de que se produjo el motín) había suplicado a sus padres que lo sacaran porque “nos han dicho que nos van a matar. Los del Coca se van a fugar, y antes de irse nos van a matar”.⁴⁰ El joven fue una de las víctimas mortales del motín-fuga. El padre del joven le narró a la periodista: “me entregan su cadáver con la cara desfigurada. Lo mataron a golpes, con mucha saña. Lo desfiguraron a patadas o palos, quién sabe. Dicen que fue una riña entre ‘bandas rivales’. Y no hay ni un herido. Es mentira. Los ejecutaron. Fue una matanza”.

De acuerdo con la periodista, varias de las víctimas saldrían a las pocas horas o días de suceder el motín. Otra madre de los internos fallecidos se pregunta:

¿Por qué los mataron? Los tenían secuestrados. Todo mundo sabía que se iban a fugar y que iba a haber una matanza, aunque me maten [a su hijo] tenía que pagar 800 pesos al grupo de Los Zetas que controlaba el penal de Apodaca; algo que era conocido por los funcionarios de la prisión y las autoridades de justicia del estado. Todos estaban de acuerdo.

Las narraciones confirman la enorme colusión que existe en las prisiones entre las autoridades y los internos, pues éstas son controladas por los internos e impone la ley de la cárcel.

En Apodaca ingresan los mariachis con frecuencia como si de un salón de fiestas se tratase:

en el patio la fiesta incluye whisky, tequila, ron y carne asada. Las mujeres que ofrecen sexo [atienden a una clientela selecta]. Los Zetas, que controlan desde hace tiempo esta cárcel. Las orgías son frecuentes y también los abusos.

Dividida en cuatro módulos, esta prisión fue considerada en su momento como una de las más modernas de México. Eso ya pasó. Ahora es una de las más infames e impunes. Al entrar el color de las paredes pintadas de beige y verde claro se queda en la retina. Las celadoras revisan minuciosamente los cuerpos de las mujeres que entran para visitar a sus hijos o parejas. Los pasillos que conducen al Delta están cubiertos de alambradas. En el patio central hay negocios de comida preparada, verdura y fruta. La vida cotidiana de esta prisión funciona bajo los parámetros [de los de la última letra del alfabeto; es casi un sacrilegio pronunciarla sin pertenecer al grupo]. Nada se escapa a sus manos. Son ellos los que dominan el trasiego de dinero, droga, sexo y violencia. La comida que se vende dentro, las tarjetas para celulares que aquí cuestan el doble. El gran negocio, sin embargo, es la extorsión. Los familiares de cada preso tienen que pagar una “cuota” para evitar las palizas y la tortura.⁴¹

Los sucesos del día 19 forman parte de una larga lista de eventos similares dentro de las prisiones en el país. El diario de circulación nacional *El Universal*⁴² publicó, en su edición del 19 de febrero de 2012, el número de muertos en los principales hechos desde diciembre de 2006 hasta los sucesos de Apodaca en febrero de 2012 (gráfica 9).

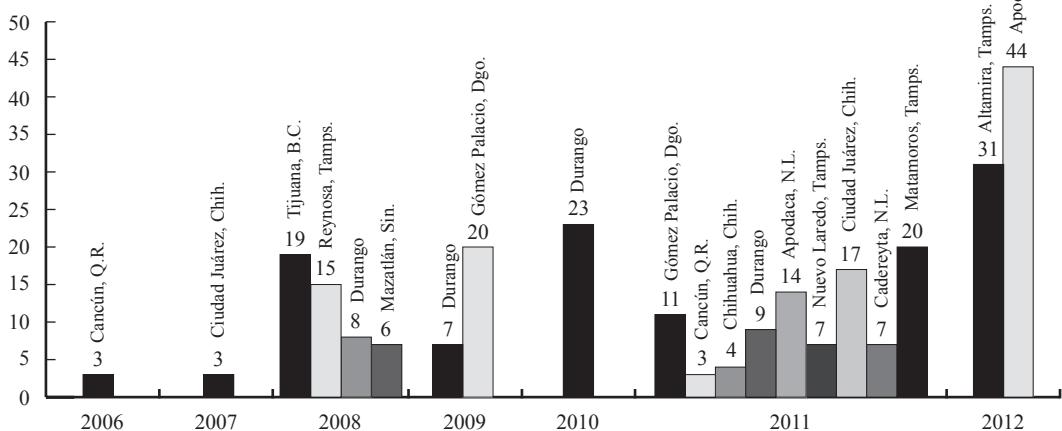
A todo ello hay que sumar el número de heridos, que asciende a 151, de los cuales habría que señalar que se desconoce si fallecieron o no, además de 186 presos que se fugaron, de los cuales tampoco se sabe si se logró su recaptura.

Este hecho tuvo múltiples repercusiones, entre las que se pueden citar las recomendaciones de la Alta Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Navi Pilay, en el sentido de que “el gobierno mexicano debe garantizar que se mantengan las normas mínimas para las condiciones de detención en las instalaciones federales y estatales, asegurando que la segu-

⁴⁰ Sanjuana Martínez, “Crónica de una fuga anunciada”, *SinEmbargo.mx*, 27 de febrero de 2012, p. 2.

⁴¹ *Idem*, p. 4.

⁴² La información se modificó a fin de poder presentarla en el cuadro. La nota del periódico lleva por título “Cronología: motín en Apodaca, el más grave en 5 años”, domingo 19 de febrero de 2012, consultado en la página web: www.eluniversal.com.mx/notas/831216.html.



GRÁFICA 9. *Número de muertes por amotinamientos en penales mexicanos 2006-2012*

ridad e integridad de los detenidos sea respetada en conformidad con las obligaciones internacionales".⁴³

Una de las respuestas más rápidas, y que se considera efectiva, es la construcción de una nueva cárcel en el municipio de Mina, en Nuevo León, para lo cual se destinarán 400 millones de pesos.⁴⁴ Esto sólo reafirma la idea de que a pesar de que las cárceles están a reventar,

nuestras autoridades creen que no hay más forma de controlar la delincuencia que la vía represiva [...] son tan elementales que creen que todo consiste en agarrar al delinquiente y ponerlo tras las rejas [...] para colmo, tampoco saben investigar, sólo detienen a delincuentes morralla y por eso las cárceles están llenas de ladronzuelos de poca monta.

Quienes manejan las prisiones los reciben de brazos abiertos porque mientras mayor sea el hacinamiento, más caro pueden venderse los permisos y los pases [ello incluye visitas íntimas, prostitución, alcohol, drogas, etcétera] Una nueva prisión es aumentar el negocio: ¿qué importa que a la larga sea una nueva fábrica de delincuentes y en lugar de abatirla multiplique la inseguridad? Total: mientras más crímenes, mejor, porque así la población va a pedir penas mayores; va a aprobar presupuestos mayores y exigirá más patrullas, más hombres y, a fin de cuentas, más cárceles.⁴⁵

Por otra parte, se incrementó el número de policías y la construcción de muros en zigzag; incluso ya se aplicó el reglamento y a los internos se les retiraron tanto radios y televisores como drogas, celulares y muchos otros artículos que forman parte de los negocios en el interior de la prisión.

VI. Reflexiones

Los sucesos ocurridos en la cárcel de Apodaca, aunque no son privativos de dicha institución sino que, en general, reflejan la situación de los espacios carcelarios del país, permiten diversas consideraciones, para lo cual es indispensable retomar los puntos de vista de otros autores.

a. Privatización

Algunos políticos de ocasión —que abundan en la Cámara de Diputados— aprovecharon los sucesos de Apodaca para insistir en señalar que es necesaria la privatización de las cárceles. Quizá nuestros “legisladores” deberían atender la voz del director del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente

⁴³ “Pide ONU indagar evasión y ‘cacería’”, *Milenio Online*, 22 de febrero, consultado en la página web: impreso.milenio.com/node/9116999.

⁴⁴ De acuerdo con la misma lógica, en el transcurso del año se destinarán 12 000 millones de pesos a los estados de la federación para la construcción de más espacios carcelarios; es decir, más prisiones, más encierro.

⁴⁵ Rafael Ruiz Harrell, “¿Más cárceles?”, en Rafael Ruiz Harrell, *La ciudad...*, op. cit., p. 295.

(Ilanud), Elías Carranza, quien en repetidas ocasiones ha señalado que privatizarlas sería el mayor error para resolver el horror que se vive en las prisiones. Carranza afirma que

la empresa privada por definición hace negocios en procura de lucro. Ahora bien, si la ejecución de la pena se transforma en un negocio, se sustituyen los criterios que hasta ahora han regido el uso de las penas [...] de hecho los países que tienen más tiempo en el negocio de la privatización de prisiones y más prisiones privadas tienen, también, comparativamente, las tasas más altas de presos [además] si se construye una cárcel, es indispensable que criminólogos y penitenciarias del país participen en la tarea, asegurando su calidad desde el punto de vista penitenciario y evitando innecesarias elevaciones de costos. Esto no ocurre en las iniciativas de prisiones privadas.⁴⁶

Además,

los países que están invirtiendo en cárceles privadas están cometiendo un gravísimo error que no resuelve la situación penitenciaria sino que la agrava. En este momento México —que antaño dio el ejemplo en la materia— tiene un sistema penitenciario bastante “aplano”; los funcionarios están desesperados y el sistema está caído. ¿Qué hacer entre tantas prisiones si ninguna funciona bien? Tal vez se piense que las cárceles privadas son las únicas que funcionan bien y las estatales son una porquería donde ocurren motines y muertes, y entonces los funcionarios y el personal profesional empiezan a deteriorarse. Pero, por otra parte, los que hacen negocio tienen lo mejor: cobran mejores salarios y con esto se derrumba el sistema, inclusive se va abajo toda la moral.⁴⁷

De acuerdo con las afirmaciones de Carranza, en caso de privatizar las prisiones, su de por sí lamentable estado se deterioraría aún más. O bien, quizás quienes lo proponen sólo intentan lucrar con las cárceles.

⁴⁶ Elías Carranza, “La privatización penitenciaria en América Latina”, en Elías Carranza (coord.), *Cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe*, Siglo XXI Editores, México, 2009, pp. 318-321.

⁴⁷ Elías Carranza, “Directrices...”, *op. cit.*, p. 36.

⁴⁸ Luis Bibbo, “Más allá del consultorio: reflexiones desde la praxis en la institución penitenciaria”, Biblioteca On-Line de la Asociación Psicoanalítica de Uruguay, consultado en http://www.apuruguay.org/bol_pdf/bol-bibbo.pdf, p. 7.

⁴⁹ El dilema sobre la pena de muerte generó “a lo largo del siglo XX estudios muy importantes. No hubo uno solo que consiguiera encontrar que la aplicación de la pena de muerte tenía efectos disuasivos, pero hubo varios, realizados por criminólogos destacados, que demostraron que endurecía el crimen y en lugar de reducirlo, lo multiplicaba”. Los autores son Edwin Sutherland, Thorsten Sellin y Marvin Wolfgang. Además, diversas comisiones en el Reino Unido, Canadá y Estados Unidos (1953, 1972, 1973 y 1978) o de las Naciones Unidas llegaron cada una y por separado a la misma conclusión. Rafael Ruiz Harrell, “Utilidad de la pena de muerte”, en Rafael Ruiz Harrell, *La ciudad...*, *op. cit.*, pp. 62 y 63.

También hay discursos a favor, los cuales defienden “que los presos paguen por sus delitos trabajando” y consideran que con ello “el Estado ahorra y los presos pueden mejorar sus condiciones de alojamiento”. En efecto,

conviene aclarar que no se trata de una posibilidad remota. Esta solución es un hecho difundido en Estados Unidos, Inglaterra, Austria y ya han comenzado experiencias en América Latina. Los complejos industriales penitenciarios (en sus múltiples variedades y combinaciones de gestión) son una nueva forma de control social en la que el Estado negocia con la empresa privada para castigar las conductas delictivas y convertir el problema en un negocio lucrativo. Es sencillo advertir la facilidad con que puede transformarse al recluso en un obrero sin derechos, sometido a una explotación que, al darse en privación de libertad, recuerda a la esclavitud. Como en ésta, a su vez, los prisioneros pueden ser clientes, en un mercado cautivo, pasible, por tanto, de abusos en los precios. También en estos casos las consecuencias operan en el resto de la sociedad. Las empresas intracarcelarias pagan menores salarios que en el afuera, a un personal no sindicalizado, desestabilizando, de esta manera, el mercado laboral. Pero sobre todos estos peligros uno adquiere particular importancia: transformar a la cárcel en lucrativa es estimular su desarrollo, cronificando su existencia y por tanto sus efectos (más delincuencia, más violencia, más inequidad social).⁴⁸

b. Pena de muerte

Otra solución que se propone es aplicar la pena de muerte. Los argumentos para imponerla guardan estrecha liga —pero en contradicción— con el fortalecimiento de la dignidad humana, el desarrollo progresivo de los derechos humanos. En este sentido, hay una cuestión fundamental: ¿de qué servirá aplicar la pena de muerte si se ha demostrado que aumentar las penas de prisión o privar de la vida a un delincuente no inhibe el delito?⁴⁹ Por ejemplo, los

delincuentes vinculados con la delincuencia organizada asumen dentro de sus ideales el costo de una vida efímera en aras de una cierta “calidad de vida”. Por otra parte, es un mito sostener que ejecutar a un delincuente es menos gravoso que mantenerlo encerrado, ya que implica la retención del acusado y llevar a cabo un largo y costoso procedimiento judicial cuya finalidad es evitar que sujetos inocentes sean condenados. En el caso de Estados Unidos, el costo asciende a alrededor de 2.3 millones de dólares. Por otra parte, según Amnistía Internacional, en ese país hay casos documentados de sujetos que fueron condenados a la pena de muerte y después de su ejecución aparecieron pruebas que demostraron su inocencia; también está documentado que en países donde se aplica dicha pena el delito se ha incrementado. Para el caso de México, en realidad lo que impulsa a un delincuente a seguir en su actividad es el nivel de impunidad que impera, ya que alcanza alrededor de 97%. Quizá la razón de tales propuestas sea una muestra más de la percepción generalizada de inseguridad de la población.

c. Incremento del encierro

La tendencia no es privativa de México. Wacquant señala que lo mismo ocurre en diversos países europeos. La reclusión de la miseria se ha recrudecido, lo cual acrecienta el efecto del encarcelamiento al profundizar la estigmatización, pues la cárcel es una

máquina barredora de la precariedad, la institución penitenciaria no se conforma con recoger y amontonar a los (sub)proletarios tenidos por inútiles, indeseables y peligrosos, y *ocultar* así la miseria y *neutralizar* sus efectos más desestabilizadores; con demasiada frecuencia se olvida que ella misma contribuye activamente a extender y perennizar la inseguridad y el desamparo sociales que la alimentan y le sirven de aval. Institución total concebida para los pobres, medio criminógeno y desculturante modelado por el imperativo (y el fantasma) de la seguridad, la cárcel no puede sino empobrecer a quienes son confiados y a sus allegados, al despojarlos un poco más de los magros recursos con que cuentan cuando ingresan a ella, suprimir bajo la etiqueta infamante

de “preso” todos los estatus susceptibles de otorgarles una identidad social reconocida [...] y sumergirlos en la espiral irresistible de la pauperización penal, cara oculta de la “política social” del Estado hacia los más desfavorecidos, naturalizada a continuación por el discurso inagotable sobre la “reincidencia” y la necesidad de endurecer los regímenes de detención (con el tema obsesivo de las “cárcel tres estrellas”) hasta que por fin se muestren disuasivos.⁵⁰

Es decir, la prisión aniquila al reo. Pero una de las formas de resistencia y de respuesta de los internos hacia las formas de sometimiento del Estado es el motín; a la anterior se pueden sumar las “huelgas de hambre, los gritos, los golpes con trastes, las algarabías, los plantones de familiares, las fugas. Otras maneras de protestar son directamente con el cuerpo: cortes en la piel, costuras en los labios o bien el tatuaje”.⁵¹ De todos ellos, el primero —como bien señala Payá— tiene una forma singular, pues va acompañado de violencia y destrucción, la cual incluso puede provocar la muerte de reos o bien de autoridades penitenciarias.

Por otra parte, la evasión de los internos es un acto que vulnera la capacidad de la autoridad en el ejercicio de someterlos. A su vez, el binomio motín/fuga permite observar cómo actúa el Estado cuando se burla y viola la “seguridad”; de tal forma se legitima el uso de la violencia, que puede llevar a quienes intentan controlar el motín o a la captura del prófugo o a matarlo, todo en aras de brindar “tranquilidad y seguridad” a la sociedad. Es decir, es un acto de fuerza de la autoridad ejercido para restablecer su poder. Cuando se suscita cualquiera de los actos señalados, las explicaciones a los mismos se centran en el hacimiento y la sobre población, o en las pésimas condiciones de vida que prevalecen en la prisión; a todo esto hay que sumar la lentitud en los procesos para emitir una sentencia judicial. Pero quizás los más importantes de todos sean la corrupción y la extorsión en el interior de la prisión.

En la desesperación por brindar “seguridad” se ha generado la paradoja de vivir en un clima de mayor “inseguridad”. La razón es que quizás “el arte de gobernar” en México no pasa por lo que Foucault denominó “gubernamentalidad”, es decir,

⁵⁰ Loïc Wacquant, *Las cárceles de la miseria*, Alianza Editorial, Madrid, 2000, pp. 148 y 149.

⁵¹ Víctor Payá, *Vida y muerte en la cárcel: estudio sobre la situación institucional de los prisioneros*, UNAM/Plaza y Valdés Editores, México, 2006, p. 347.

el conjunto constituido por las instituciones, los procedimientos, análisis y reflexiones, los cálculos y las tácticas que permiten ejercer esa forma bien específica aunque muy compleja de poder que tiene por blanco principal la población, por forma mayor de saber la economía política y por instrumento técnico esencial los dispositivos de seguridad.⁵²

Esto obedece a que el proceso de implementación de la política se encuentra

sujeto a la sombra del sexenio [por lo que tiene] un ritmo especial. Los primeros dos años de la administración presidencial se asumen con la tremenda tarea de reacomodar a la gente en los organismos. Los jefes de éstos deben familiarizarse con el nuevo ambiente y establecer prioridades. Para el último tercio del sexenio los implementadores se vuelven sumamente cautelosos, temiendo una identificación demasiado pública con cualquier política que pueda no ser favorecida en la siguiente administración. El personal de alto nivel ya está distraído por la politiquería requerida para alcanzar las nuevas posiciones. Sólo en los dos años medios del periodo se da un importante impulso a la reforma, que difícilmente basta para asegurar el poder necesario para que perdure [...] el burócrata tiene demasiado que perder, en especial su propia carrera, como para llegar a identificarse mucho con alguna política.⁵³

Así, las políticas desaparecen con quienes las impulsan o crean, y quienes detentan el poder impondrán las suyas; es decir, jamás habrá una política transexenal. Se trata de una política de supervivencia de los gobernantes en turno para legitimar su estadía. La movilidad de los encargados de las políticas públicas genera caos en las instituciones, pues quienes llegan a ocupar un nuevo cargo tienen intereses políticos propios, los cuales no necesariamente concuerdan con los proyectos anteriores. Por ello hay avances y retrocesos en las políticas antidrogas en el país.

Si lo anterior lo aplicamos al ámbito penitenciario, encontramos que la cárcel es el eslabón más débil de la cadena de seguridad, ya que a nadie le importa realmente lo que sucede en las prisiones. La razón es que, como señala Bauman, quienes habitan en esos espacios son “seres humanos residuales”, a los cuales se les aplican

políticas segregacionistas más estrictas y medidas de seguridad extraordinarias para no poner en peligro la “salud de la sociedad” ni el “funcionamiento normal” del sistema social [por lo que es necesaria] la separación estricta del “residuo humano” del resto de la sociedad [por ello es indispensable] su expulsión fuera de los límites en los que se circunscribe la “vida normal”. Es necesario, pues, que ese residuo se encierre en contenedores bien sellados. A éstos se les podría llamar ostentosamente *prisiones de máxima seguridad*.⁵⁴

Lo anterior representa el ejercicio de la violencia del Derecho. Aquí, uno de los actores fundamentales es la policía, la cual realiza sus actividades (operaciones) en el marco del derecho de policía, que sólo demuestran la debilidad e impotencia del Estado; pero, “de lo que no se dan cuenta los jefes de Estado, que se han lanzado con tanta diligencia a la criminalización del enemigo, es de que esta misma criminalización puede volverse en cualquier momento contra ellos. Hoy no hay en toda la tierra un jefe de Estado que no sea en este sentido virtualmente un criminal”.⁵⁵

En este sentido, se puede indicar que el incremento en el número de reos —como se apuntó al principio del presente artículo— obedece a la lógica del recrudecimiento de la lucha contra las drogas. Sin embargo, los políticos se resisten a aceptar que en realidad el problema de las drogas es una cuestión de mercado, mismo que aparece, en la década de 1970, con una política de *enforcement* que pretendía reducir su oferta, aunque, según Foucault, “¿qué quería decir reducir la oferta de droga, la oferta del crimen relacionado con la droga, la delincuencia relacionada con la droga? Quería decir [...] reducir la cantidad de droga colocada en el mercado. ¿Y qué quería decir reducir la cantidad de droga colocada en el mercado?” En primera instancia, “controlar y desmantelar las redes de refinación”; en segundo lugar, “controlar y desmantelar las redes de distribución”. Pero, “¿cuáles fueron los resultados de esa política desde la década de 1960?” ¿Qué se logró? Nada: no se controlaron ni desmantelaron las redes de refinación ni las de distribución; muy por el contrario:

⁵² Michael Foucault, *Seguridad, territorio, población*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2006, p. 136.

⁵³ Joel Migdal, *Estados débiles, Estados fuertes*, Fondo de Cultura Económica, México, 2011, p. 110.

⁵⁴ Zygmunt Bauman, *Archipiélago de excepciones*, Katz Editores, Madrid, 2008, p. 63.

⁵⁵ Giorgio Agamben, *Medios sin fin: notas sobre la política*, Pre-Textos, Valencia, 2010, p. 92.

1. aumentó el precio unitario de la droga;

2. se favoreció y fortaleció la situación de monopolio u oligopolio de unos cuantos grandes vendedores, grandes traficantes y grandes redes de refinación y distribución de drogas, y como efecto monopólico u oligopólico hubo un alza de los precios, en la medida en que no se respetaban las leyes del mercado y la competencia;

3. otro fenómeno, entonces más importante en el nivel de la criminalidad propiamente dicha, fue el hecho de que el consumo, al menos en el caso de los drogadictos graves y una serie de drogas, tiene una demanda absolutamente inelástica, es decir que, cualquiera sea el precio, el drogadicto querrá encontrar su mercadería y estará dispuesto a pagarla por mucho que cueste [...] esa inelasticidad de toda una clase de demanda de drogas hará que la criminalidad aumente; para decirlo con claridad, que se mate a alguien en la calle para sacarle diez dólares para poder comprar la droga necesaria. De modo que, desde ese punto de vista, la legislación, el estilo de legislación, o mejor, el estilo de *enforcement* de la ley que se había desarrollado durante la década de 1960 demostró ser un fracaso sensacional [así] es absolutamente necio querer limitar la oferta de droga [...] es preciso procurar que la droga sea más accesible y menos costosa, aunque con las siguientes ondulaciones y precisiones. En efecto, ¿qué pasa en el mercado real de la droga? En el fondo, hay dos categorías de compradores y demandantes:

a. quienes comienzan a consumirla, cuya demanda es elástica, es decir, que pueden arredrarse ante precios demasiado altos y renunciar a un consumo que promete muchos placeres pero que no pueden pagar;

b. está además la demanda inelástica, aquellos que han de comprar de todas maneras y a cualquier precio.

Entonces, ¿en qué consiste la actitud de los narcotraficantes? En ofrecer un precio de mercado relativamente bajo a los consumidores cuya demanda es elástica, es decir, a los principiantes, a los pequeños consumidores, y una vez que éstos se han convertido en consumidores habituales, o sea, cuando su demanda se ha transformado en inelástica, suben los precios, y las drogas que se les proporcionan en ese momento resultan tener esos precios monopólicos extremadamente elevados que inducen, por lo tanto, fenómenos de criminalidad. ¿Cuál debe ser entonces la actitud de quienes orientan la política de *enforcement* de la ley? Pues bien, será menester, al contrario, que los denominados precios de entrada, es decir, los precios para los nuevos consumidores, sean

lo más altos posible, de manera tal que el precio sea en sí mismo un elemento de disuasión, y que los pequeños consumidores, los consumidores eventuales, no puedan a causa de un problema de nivel económico dar el paso que los lleve al consumo habitual. Y en cambio, a aquellos cuya demanda es inelástica, que están dispuestos de todas formas a pagar cualquier precio, habrá que darles la droga al mejor precio posible, es decir, el más bajo, para que no estén obligados —pues lo harán de un modo u otro— a procurarse dinero por cualquier medio para comprarla; en otras palabras: [para] que su consumo de drogas sea lo menos criminógeno posible. Entonces, hay que dar a los drogadictos drogas a bajo precio, y a los no drogadictos, drogas a precios muy altos. Hay toda una política que, por otra parte, se tradujo como saben en una [actitud] que no buscaba tanto diferenciar entre las llamadas drogas blandas y drogas duras como distinguir las drogas de valor inductivo y las drogas sin valor inductivo, y sobre todo dos tipos de consumo, el elástico y el inelástico. Y de ahí surge toda una política de *enforcement* de la ley por el lado de los nuevos consumidores, los consumidores potenciales, los pequeños *deakrs*, el pequeño tráfico que se despliega en las esquinas; política de *enforcement* de la ley que obedece a una racionalidad económica que era la racionalidad de un mercado.⁵⁶

Quizá todo lo anterior se pueda resumir —como señala Mathiesen— en una “crisis de legitimación”, la cual

puede definirse como una mayor o menor pérdida de confianza por parte de la gente en general respecto de los intentos que hace el Estado para solucionar un problema y en sus acciones dirigidas a la gente. Diría que “debajo” de la crisis de legitimidad encontramos la crisis económica [...] para la gente la crisis aparece *como una cuestión de confianza en la resolución del problema por parte del Estado* [aunque] la crisis de legitimidad se refleja en el proceso de toma de decisiones en los cuerpos legislativos y en los tribunales. Más precisamente, en ambas instituciones la crisis de legitimidad se percibe *como una nueva y mayor necesidad de disciplina en determinados segmentos y grupos de la población*.⁵⁷

Por último, hay que señalar que “tenemos cárceles a pesar del fracaso de éstas, precisamente porque en nuestra sociedad existe una persistente y omnipresente *ideología* de la cárcel [la cual] entraña lo que podemos denominar un componente de negación, es decir, un elemento mediante el cual se niega el fraca-

⁵⁶ Michael Foucault, *Nacimiento de la biopolítica*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008, pp. 299-301.

⁵⁷ Thomas Mathiesen, *Juicio a la prisión*, Ediar, Buenos Aires, 2003, pp. 52 y 53.

so de la cárcel”.⁵⁸ De este modo, aunque resulte paradójico la cárcel goza de “buena salud” en compañía ahora de un nuevo amigo de andanzas: la reinserción. Antes fueron la readaptación y la rehabilitación, por lo cual habría que contestar lo siguiente: Si hay múltiples evidencias del “fracaso” penitenciario, ¿por qué no han desaparecido las cárceles y —lo peor— el número de reos es cada vez mayor?⁵⁹ ¿Cuál es el futuro de la cárcel?

Ruiz Harrell responde:

la cárcel no tiene futuro. Ni económico, ni político, ni criminológico. Es necesario ir pensando en otra cosa. Las rejas no sirven. Y hay que pensarla desde ahora porque el cambio no será tan rápido como lo necesitamos. Hay que inventar otras formas de lidiar con el crimen y de conseguir una vida segura. Lo que estamos haciendo hasta ahora es demagogia y, lejos de servir, perjudica.⁶⁰

⁵⁸ *Ibid.*, pp. 223-226.

⁵⁹ Respecto del fracaso, se puede consultar la obra de Erving Goffman, *Internados: ensayo sobre la situación social de los enfermos mentales*, Amorrortu, Buenos Aires, 1994.

⁶⁰ Rafael Ruiz Harrell, “¿Tienen futuro las cárceles?”, en Rafael Ruiz Harrell, *La ciudad...*, op. cit., p. 181.

Doctrina



Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas*

Eduardo Demetrio Crespo

Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España

Revista Penal México, núm. 3, enero-junio de 2012

RESUMEN: El artículo versa sobre las diferentes teorías que se han formulado con carácter general en orden a la fundamentación de una posible responsabilidad en comisión por omisión de los directivos por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal empresarial, comisión por omisión, deber de garante.

ABSTRACT: This article explores the different general theories supporting the eventual liability of business executives for criminal omissions and the failure to prevent offences committed by their employees.

KEY WORDS: corporate criminal law, criminal omissions, duty to act.

SUMARIO: I. Introducción. II. ¿Posición de garante como consecuencia de la existencia de deberes jurídicos extrapenales? III. ¿Posición de garante como consecuencia de un deber de protección? IV. ¿Posición de garante como consecuencia de un deber de vigilancia? IV.1. Basado en el comportamiento anterior: A) Por razón del actuar precedente (injerencia); B) Por razón del comportamiento previo ("permitido") que incrementa el riesgo; C) Por razón de la desestabilización de un "foco de peligro" preexistente. IV.2. Basado en la responsabilidad sobre las fuentes de peligro propias de la empresa. IV.3. Basado en la idea de la "competencia organizativa". IV.4. Basado en la idea del "dominio" o "control del dominio": A) Clases de dominio; B) El dominio sobre el fundamento del resultado; C) ¿Criterios normativos complementarios? V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

* Aparecido en Serrano-Piedecasas y Demetrio Crespo (dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial*, Madrid, Colex, 2010, pp. 11-37.

I. Introducción

Una de las cuestiones más controvertidas del moderno Derecho penal empresarial radica en conocer cómo se articula la *responsabilidad penal por omisión del empresario*.¹ Tanto es así que esta dimensión del problema de la imputación de responsabilidad penal en la empresa es calificada por la doctrina especializada como “la verdaderamente importante desde el punto de vista político-criminal y la realmente complicada desde la perspectiva dogmática”.²

Pues bien, este artículo tiene por objeto profundizar únicamente en los distintos puntos de vista en torno al *fundamento de la posición de garante* de los directivos de la empresa que está detrás de la eventual atribución de responsabilidad penal en comisión por omisión a los mismos por la no evitación de determinados delitos “cometidos” por terceros a su cargo plenamente responsables.

Hay que tener en cuenta que una solución contrastada (en cualquier ordenamiento jurídico) a este difícil problema pasa necesariamente por el análisis de la dogmática de la comisión por omisión a la luz de la regulación vigente³—así como la correspondiente a la autoría y participación—, y, en segundo término, por la estructuración jurídica de la respuesta. Esta última no puede eludir arduas cuestiones como son, entre otras, el principio de responsabilidad por el hecho propio, la conformidad o disconformidad a derecho de las acciones precedentes peligrosas, la naturaleza del riesgo permitido y relación entre el deber de cuidado y el deber de garantía en la empresa, o la delegación de competencias.⁴

II. ¿Posición de garante como consecuencia de la existencia de deberes jurídicos extrapenales?

Una posibilidad manejada por la doctrina para fundamentar la posición de garante del empresario, es-

pecialmente en el ámbito de la responsabilidad por el producto, ha sido la existencia de específicas obligaciones jurídicas existentes en la normativa extra penal, a las cuales debe atender éste en su actividad.

Sin embargo, como advierte *Roxin*, la posición de garante no deriva sin más de la existencia de dichas prescripciones, lo que resulta ya del rechazo de la teoría formal del deber jurídico.⁵ De la misma manera que no es posible fundamentar una infracción objetiva del deber de la mera causalidad, tampoco es posible hacerlo de una previa infracción legal.⁶

III. ¿Posición de garante como consecuencia de un deber de protección?

La figura del garante-protector (*Beschützergarant*) se discute en la bibliografía especializada en el marco de la responsabilidad de los funcionarios, puesto que éstos son responsables, precisamente en razón de su puesto, de la protección de determinados bienes jurídicos. Sin embargo, en el ámbito que nos ocupa—relativo a la dirección de grandes empresas— este principio parece no encajar bien, porque con carácter general no se da el elemento fundamento de la posición de garante relativo al monopolio del dominio y de la decisión sobre los bienes jurídicos.⁷ Por este motivo advierte *Rotsch* que el ordenamiento jurídico no sitúa al empresario en una situación parecida en orden a evitar la plasmación de los peligros, sino que su marco de actuación se ve delimitado previamente por numerosas disposiciones estatales dirigidas a preservar la seguridad. Más allá no habría posibilidad, en su opinión, de fundamentar un deber de protección genérico.⁸

Otra posibilidad que se maneja, y que se presenta en cierto modo como correctivo a la incapacidad de acción de las personas jurídicas, es el recurso al pue-

¹ Trato de aproximarme desde una perspectiva más global en DEMETRIO CRESPO, *Omisión*, 2009, *passim*; *id.*, Serrano-Piedecasas y Demetrio Crespo (eds.), 2008, pp. 61 y ss.

² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPEE. PG*, 2007, p. 493.

³ Nos remitimos a la bibliografía citada en DEMETRIO CRESPO, *Omisión*, *op. cit.*, pp. 65 y ss. Para un balance de la discusión en Alemania, sobre todo, WEIGEND, *LK* (2006), pp. 815 y ss.; y la crítica de SCHÜNEMANN, *FS-Amelung*, 2009, pp. 303 y ss., esp. p. 306, en la que el autor alcanza la desalentadora conclusión de que mientras que en otros países como Inglaterra o Francia la dogmática sobre la comisión por omisión no ha alcanzado resultados dignos de mención, en Alemania se han elaborado un conjunto de teorías contradictorias que permiten hablar de un “caos dogmático”.

⁴ Sobre todo ello, DEMETRIO CRESPO, *Omisión*, *op. cit.*, pp. 91 y ss.

⁵ ROXIN, *AT. Band II.*, 2003, § 32/10, pp. 714 y ss.

⁶ *Ibid.*, § 32/207, p. 781; en el mismo sentido, GALLEGOS SOLER, *EDJ* 72 (2006), p. 74.

⁷ HEINE, *Verantwortlichkeit*, 1995, p. 115.

⁸ ROTSCHE, *Individuelle Haftung*, 1998, p. 189.

to orgánico (Organstellung), en el sentido de que los órganos de las personas jurídicas están obligados según el derecho privado a velar por los bienes jurídicos de la persona jurídica frente a posibles perjuicios. El problema aquí es que esta posición de garante, aun admitiendo su existencia, no comprende los casos que nos planteamos en la presente investigación, sino que todo lo más se encuentra en relación únicamente con los intereses económicos de la empresa.⁹

IV. ¿Posición de garante como consecuencia de un deber de vigilancia?

IV. 1. Basado en el comportamiento anterior

A) Por razón del actuar precedente (injerencia)

Constituye una opinión ampliamente aceptada que la posición de garante puede resultar de un comportamiento anterior contrario al deber que pone en peligro un bien jurídico. La dificultad estriba, sin embargo, en la fundamentación de la infracción del deber (*Pflichtwidrigkeit*).¹⁰ Es evidente, de acuerdo con los parámetros dogmáticos hoy dominantes, que no es suficiente con la mera desaprobación jurídica del resultado de puesta en peligro, sino que se precisa un injusto de comportamiento (*Verhaltensunrecht*). Como sostiene *Roxin*, no es posible asumir una “infracción objetiva del deber” que no implique “lesión del deber de cuidado” (*Sorgfaltspflichtverletzung*).¹¹ Esto significa que la posición de garante por injerencia no se puede hacer derivar en ningún caso de la mera causalidad, sino en todo caso de la imputación objetiva del actuar previo.¹² En otros términos, el autor debe haber creado un *riesgo no permitido*.¹³

Este planteamiento aparece como decisivo en los supuestos de *responsabilidad penal por el producto*, y, en particular, cobra especial relevancia en la controvertida Sentencia del BGH en el caso del *spray* para

el cuero, ya que no se puede decir que concurre un riesgo no permitido cuando la producción y distribución de las mercancías tiene lugar sin falta de cuidado alguna.¹⁴ Que la causalidad no es un criterio decisivo se demuestra también cuando la persona sobre la que recae el deber de evitación del resultado ha comenzado a desempeñar ese puesto de trabajo después de la entrega de las mercancías.

Precisamente ha advertido con razón *Roxin*, en el segundo volumen de su *Manual*, que uno de los problemas de la moderna dogmática jurídico-penal menos aclarados hasta el momento es el de la responsabilidad por productos peligrosos.¹⁵ Si dichos productos se introducen en el mercado, pese a tener conocimiento de su peligrosidad, entra en consideración un *delito imprudente* por medio de un comportamiento activo. Sin embargo, si tras tener conocimiento de las consecuencias dañinas no se adoptan medidas para evitar el resultado, como p. ej. la retirada de las mercancías o la alerta a los compradores, puede concurrir en su caso un *delito doloso de comisión por omisión*. En estos casos la posición de garante derivaría de la actuación precedente. Pero, en cualquier caso, resultará especialmente controvertido fundamentar la posición de garante en aquellos casos en los cuales la peligrosidad de las mercancías no se conocía en el momento de la producción e introducción en el mercado de los productos, sino que se manifiesta posteriormente.¹⁶ Esto fue lo que sucedió en el ya famoso caso del *Lederspray*, en el que la firma introdujo en el mercado un *spray* para el cuidado del cuero, que produjo en una serie de consumidores edemas pulmonares.

Las críticas vertidas por la doctrina, especialmente frente al camino argumentativo emprendido por el BGH en la sentencia del *spray* para el cuero, han sido numerosas y contundentes.¹⁷ Advierte *Hilgendorf* que el BGH en esta sentencia, a primera vista, parece haber querido seguir la opinión según la cual no se

⁹ HEINE, *Verantwortlichkeit*, op. cit., p. 116; ROTSCHE, *Individuelle Haftung*, op. cit., p. 190.

¹⁰ ROXIN, AT. Band II, op. cit., § 32/195 y ss., pp. 778 y ss.

¹¹ Ibid., p. 779.

¹² Véase, sobre todo, GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad*, 1988, *passim*.

¹³ MEINI, *Responsabilidad*, 2003, pp. 321 y 323.

¹⁴ Sobre el problema, entre otras referencias, vid. JUANATEY DORADO, en Boix Reig y Bernardi (dirs.), 2005, pp. 133 y ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑES, en Boix Reig y Bernardi, op. cit., pp. 115 y ss.

¹⁵ ROXIN, AT. Band II, op. cit., pp. 778 y ss.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ Vid., entre otras referencias, KUHLEN, *NStZ* 12 (1990), pp. 566 y ss.; HILGENDORF, *Produktenhaftung*, 1993, pp. 134 y ss.; HASSEMER, *Produktverantwortung*, 2^a ed., 1996, pp. 50 y ss.

precisa un comportamiento previo peligroso contrario al deber para fundamentar una posición de garante por injerencia.¹⁸ El Tribunal acepta en esta sentencia las limitaciones a la idea de la injerencia desarrolladas por la doctrina: *a) el actuar precedente debe haber ocasionado un peligro próximo de aparición de daños (adecuación); b) se exige además una relación de infracción del deber entre la vulneración de la norma y el resultado, en el sentido de que la infracción del deber debe consistir en la lesión de una norma que esté dirigida justamente a la protección del concreto bien jurídico afectado; c) por último, el comportamiento previo debe ser ciertamente contrario al deber, por lo que un comportamiento anterior ajustado a derecho no fundamenta en principio una posición de garante.*¹⁹ El problema reside, sin embargo, en que el Tribunal cree poder afirmar la infracción objetiva del deber ya por el hecho de que el ordenamiento jurídico prohíbe en principio generar peligros cuyo curso libre conduzca a lesiones corporales de terceras personas, sin que la misma decaiga desde el punto de vista del riesgo permitido.²⁰

La crítica de *Kuhlen* a dicha sentencia se basa en que de la condición de un comportamiento previo contrario al deber no resulta sin más el requisito de un comportamiento previo culpable. Por otro lado, el propio Tribunal habría hecho decaer el requisito de un comportamiento previo contrario al deber, toda vez que se basa en el “resultado de peligro jurídicamente desaprobado” al tiempo que pretende derivar la infracción objetiva del deber —relativa al hecho de introducir los productos en el mercado— desde una perspectiva *ex post*.²¹ Sin embargo, en la discusión sobre la injerencia se exige un comportamiento previo contrario al deber que conlleve una creación de riesgo desaprobado desde la perspectiva *ex ante*, la misma que según la doctrina dominante es capaz de generar un injusto de comportamiento.^{22 23}

Es claro, por consiguiente, que la introducción en el mercado del *spray* para el cuero sólo podía considerarse contraria al deber si se podía reconocer su peligrosidad en ese momento, cosa que no sucedió en este caso. Otra cosa es que, con todo, se admita que la posición de garante por injerencia puede surgir, no obstante, sin necesidad de un comportamiento previo contrario al deber, criterio que parece ir ganando terreno en la doctrina.²⁴

Con todo, la STS de 23 de abril de 1992 (caso *colza*) fue más respetuosa que la del BGH respecto al criterio limitativo de que el actuar precedente que fundamenta el deber de garantía supere, al menos, el nivel de riesgo permitido. Señala *Peñaranda Ramos* a este respecto que hay un acuerdo generalizado en la doctrina acerca de que los deberes de aseguramiento del tráfico establecidos en el ámbito jurídico-civil no son trasladables sin más al Derecho penal, sin que tampoco se considere en general oportuna una renuncia completa al criterio de la contrariedad a Derecho en el pensamiento de la injerencia.²⁵ En su opinión, la cuestión estriba en examinar si en los supuestos de responsabilidad por productos, más allá de la simple puesta en peligro objetiva, existe algún factor diferencial que contribuya a justificar la admisión del deber de garantía. La labor tendría que centrarse, pues, en encontrar algún criterio con consenso suficiente, concluyendo que el avance de una más intensa responsabilidad penal por el producto parece en todo caso imparable.²⁶

De todos modos, en el supuesto de la *responsabilidad por omisión del empresario por hechos cometidos por sus subordinados* hay que observar que en un principio ésta no puede derivar en todo caso de la mera apertura del establecimiento y la consiguiente contratación de trabajadores, puesto que ambas cosas son en cuanto tales hechos conformes al Derecho, que nada dicen sobre las relaciones de dominio con res-

¹⁸ Sobre este punto *vid.* DEMETRIO CRESPO, *Omisión*, *op. cit.*, pp. 100 y ss.

¹⁹ HILGENDORF, *Produktenhaftung*, *op. cit.*, pp. 135 y 136.

²⁰ *Ibid.*, p. 136.

²¹ KUHLEN, *NStZ* 12, *op. cit.*, p. 568.

²² *Idem*.

²³ Sobre la discusión en el ámbito de la tentativa en orden a la formulación del juicio de peligro, véase mi opinión en este sentido ya en DEMETRIO CRESPO, *La tentativa*, 2003, pp. 1 y ss.

²⁴ Véase TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2^a ed., § 4/7/a, 2007, donde el autor señala que no resulta claro si en los *casos de puesta en circulación de productos peligrosos* la posición de garante deriva de la injerencia o bien es una consecuencia del deber de garantizar un tráfico seguro.

²⁵ PEÑARANDA RAMOS, *Liber amicorum*, 2006, p. 427.

²⁶ *Ibid.*, pp. 427 y 428.

pecto al comportamiento posterior de los empleados en el establecimiento.²⁷

Sin embargo, el problema no se reduce sólo a este último extremo, sino que es más amplio. En palabras de *Jakobs*, cabe formularlo del siguiente modo: “¿existe un deber de actuar positivamente, para poner a salvo una organización ajena por haber creado previamente el riesgo para esta organización y, por tanto, la necesidad de su salvamento?”²⁸ Para este autor, la cuestión fundamental es si para fundamentar deberes de salvamento se precisa un acto expreso o concluyente de asunción, como en el caso del contrato, o si, por el contrario, el Derecho puede suplirlo por una conducta precedente de características aún por determinar. Su conclusión es afirmativa: en el marco de la competencia por la configuración del propio ámbito de organización la pérdida de seguridad se produce igualmente en los casos de injerencia sin asunción y, por consiguiente, en ambos casos la organización peligrosa daría lugar a un deber de salvamento.²⁹

B) Por razón del comportamiento previo (“permitido”) que incrementa el riesgo

Una posición que ha sido objeto de especial controversia es aquella que extrae la posición de garante del empresario del comportamiento previo, pero sin exigir una infracción del deber, sino que se contenta con que dicho comportamiento (“permitido”) aumente o cualifique el riesgo.³⁰ Así, por ejemplo, *Freund* advierte lo siguiente: “Quien ejerce actividades cualificadamente riesgosas, que, por decirlo así, se ejercen con la más o menos expresa o tácita reserva de, en caso de necesidad, actuar para evitar un peligro, debe hacerlo —si quiere practicar dicha actividad— en virtud de una responsabilidad especial”³¹ También *Jakobs* habla de que “dado que en los riesgos especiales no se trata especialmente de riesgos de acciones, sino de la imputación de esferas de riesgo, es posible el deber de salvación también como consecuencia

de la mera responsabilidad por cosas o actividades, es decir, como deber de relación ‘prolongado’”³² El ejemplo utilizado por este autor es el del dueño de una empresa química que, en caso de accidente (escape de una nube de gas venenosa), “está obligado a salvar, debido al peligro especial de la actividad, y ello sin tener en cuenta su comportamiento previo en relación con este suceso en especial”³³

Por otra parte, *Brammsen* ha desarrollado la tesis —formulada en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto— según la cual la posición de garante derivada del deber de vigilancia del productor de mercancías dañinas para la salud lo obliga a una retirada de las mismas, con independencia de si los productos se hallan todavía en el ámbito de la empresa, o ya han sido comercializados.³⁴ Esta solución, como advierte *Roxin*, despierta algunas reservas. En primer lugar, choca con la idea básica de la injerencia, según la cual la acción previa, en la medida en que se trate de la imputación típica, tiene que haber creado una fuente de peligro de un modo *ex ante* contrario al deber. En segundo lugar, la diferenciación entre riesgo permitido “normal” e “incrementado”, en su opinión, es inútil debido a su indeterminación. En este sentido, advierte, todo incremento del riesgo se mueve en una escala continuada sin cesura alguna en la que se puede determinar un incremento relevante desde la perspectiva de las consecuencias jurídicas.³⁵

La fabricación de productos, junto con la conducción de automóviles, es vista como ejemplo de conductas que implican un riesgo incrementado. A este respecto se pregunta *Roxin* dónde radica el riesgo incrementado cuando se han observado todos los estándares de seguridad. Incluso desde el punto de vista estadístico, rara vez se conocen efectos lesivos de productos fabricados de acuerdo con lo establecido por el ordenamiento jurídico. Por otro lado, el posible criterio del elevado número de potenciales afectados tampoco convence, dado que si se quiere asumir la posición de garante del productor, ésta debería concu-

²⁷ BOTTKE, en Mir Puig y Luzón Peña (coords.), 1996, p. 134.

²⁸ JAKOBS, *Estudios*, *op. cit.*, p. 353.

²⁹ *Ibid.*, p. 354.

³⁰ FREUND, *Strafrecht. AT*, § 6/69 y ss.; JAKOBS, *Strafrecht. AT*, 29/42; KUHLEN, *NSfZ*, *op. cit.*, p. 568; LACKNER y KÜHL, § 13/13; OTTO, *WiB*, 1995, p. 933; *id.*, *Strafrecht. AT*, 2004, § 9 III 1.a; RENGIER, *JuS* (1989), p. 807; NK-SEELMANN, § 13/117.

³¹ FREUND, *Strafrecht. AT*, § 6/69, p. 200.

³² JAKOBS, *Derecho penal. PG*, § 29/42, p. 985.

³³ *Idem*.

³⁴ BRAMMSSEN, *GA*, 1993, pp. 97 y ss.

³⁵ ROXIN, *AT. Band II*, *op. cit.*, § 32/202.

rir razonablemente cuando los daños aparecen justo después de la primera entrega, aunque el número de afectados sea todavía pequeño. Por último, a esta posición le sería igualmente aplicable la crítica de que la posición de garante de quien ha ingresado en la empresa posteriormente no se puede deducir de su comportamiento anterior.³⁶

Por su parte, *Otto* indica, con razón, que aunque la idea de que la fundación de un riesgo especial legitima también la asignación de una responsabilidad especial, convence absolutamente; sin embargo, existen dudas razonables acerca de una posición de garante específicamente referida al productor. Entre ellas menciona que el concepto de “comportamiento que incrementa el riesgo” es demasiado indeterminado para poder ser utilizado como criterio idóneo para la delimitación de una posición de garante, si se renuncia a la cognoscibilidad del peligro en el momento de la entrega.³⁷ También en relación con la tesis de *Brammsen*, cabe aducir, como hace *Roxin*, que aun cuando se creyera correcto el resultado al que llega, éste se alcanza con gran dificultad si se le desvincula de cualquier base real. Si las mercancías han abandonado el ámbito de dominio real del productor y se hallan en posesión de comerciantes desconocidos o de los consumidores, no es posible hablar sin más de una vigilancia para la que no se dan las posibilidades reales de acceso.³⁸

C) Por razón de la desestabilización de un “foco de peligro” preexistente

Gimbernat ha tratado de fundamentar la tesis según la cual

sólo existe un delito impropio de omisión cuando quien está obligado a vigilar un foco de peligro preexistente prescinde de adoptar medidas de precaución que, o bien habrían mantenido al foco de peligro posteriormente causante de un resultado típico dentro del riesgo permitido, o bien —para el caso de que el foco de peligro hubiera superado ya los límites de lo jurídicamente tolerado— lo habrían reconducido otra vez al nivel conforme a Derecho.³⁹

El autor parte del caso de la **STS de 4 de septiembre de 1991**, en el que se castiga por homicidio imprudente tanto al anestesista obligado a la vigilancia permanente de la fuente de peligro (en este caso, un paciente sometido a una operación) como también al cirujano jefe director de la operación, y al director del establecimiento hospitalario en el que se produjo la muerte. Puesto que no se trataba de un mero error médico dentro del exclusivo campo de competencia del anestesista, sino de una imprudencia directamente percibida por el cirujano que dirigía la operación, como consecuencia de una pauta generalizada —conocida por el director del hospital— que impedía la presencia permanente del anestesista durante la operación, éstos deben ser considerados *garantes secundarios*. Estos garantes secundarios están obligados, según este punto de vista, a mantener dentro del riesgo permitido el foco de peligro en cuestión, “de tal manera que debían evitar cualquier desestabilización del foco que lo convirtiera en uno no permitido, independientemente de si esa desestabilización era conducible a un accidente o a un delito imprudente o, incluso, doloso”.⁴⁰

En el caso de la **STS de 17 de junio de 1995** (Alcalá 20), la defensa manejaba efectivamente la hipótesis de que el incendio hubiera podido ser provocado dolosamente por un tercero, lo que, aun siendo cierto, no hubiera impedido el hecho de que los resultados de muertes, lesiones y daños producidos también tenían que ser reconducidos a la no instalación imprudente, por parte de los directores de la empresa, de las medidas prescritas por la normativa administrativa en materia de prevención de incendios, cuyo objetivo es mantener lo más bajo posible el peligro para las personas y cosas en caso de que se declare un incendio.⁴¹

El mismo razonamiento lleva a *Gimbernat* a sostener, en el caso de la **STS de 23 de marzo de 1992** (caso de la colza), que el TS debió condenar a Fernando B. (responsable de los almacenes y de la factoría) por la no evitación imprudente en comisión por omisión de los homicidios y lesiones imputados dolosamente eventualmente al otro titular de la empresa, en lugar

³⁶ *Ibid.*, § 32/203 y 204.

³⁷ OTTO, *FS-Hirsch*, 1999, p. 308.

³⁸ ROXIN, *AT. Band II*, *op. cit.*, p. 782.

³⁹ GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, vol. LIV (2001), p. 12.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 14.

⁴¹ *Ibid.*, p. 15.

de limitarse a condenarlo por un delito imprudente contra la salud pública. Dado que Fernando B. tenía que vigilar que los productos vendidos a los consumidores llegaran a éstos en buen estado,

entonces infringió su deber de garante en el momento en que permitió imprudentemente la comercialización constitutiva de delito de aceite adulterado, pues *el aceite está igual de adulterado cuando estas deficiencias son reductibles a una causa material (por ejemplo, a un accidente no imputable a nadie y sobrevenido durante el almacenamiento) o a un comportamiento humano defectuoso (por ejemplo, a un hecho punible doloso-even-tual)*, por lo que también aquí es perfectamente compatible —sin que por ello sea aplicable ninguna prohibición de regreso— condenar a Fernando B. como autor imprudente en comisión por omisión por la no evitación de la actuación dolosa de otro (de Juan Miguel B.) sobre el foco de peligro “aceite”, cuya ingestión fue la que causó, en definitiva, las numerosas muertes y lesiones sobrevenidas entre los consumidores.⁴²

Esta tesis le lleva a *Gimbernat* a sostener en primer lugar, como ya ha quedado dicho, que el dueño del negocio debe vigilar los eventuales focos de peligro explotados por su empresa. En segundo lugar, a la consecuencia de que sólo se le puede hacer responder en comisión por omisión “*si el hecho punible imprudente o doloso que no ha impedido* —e independientemente de si se cometió en interés o en perjuicio de la empresa— *consistió precisamente en que incidió en un foco de peligro relacionado con el establecimiento, provocando ese foco, posteriormente, menoscabos de bienes jurídicos*”. De ahí que, para él, haya que rechazar por este motivo la fundamentación de la posición de garante del empresario en todos aquellos casos en los que los hechos punibles no tienen que ver directamente con los auténticos focos de peligro de cuyo control es responsable (hurtos, cohechos, competencias desleales, manipulaciones del crupier del casino, acciones violentas del portero de la discoteca, etc.), y en los que, por otra parte, no se puede considerar al sujeto que actúa (un trabajador) como una “fuente de

peligro” por resultar incompatible con el uso normal del lenguaje.⁴³

Este último argumento plantea, a su vez, un problema de mayor alcance, como es la presunta imposibilidad de una equiparación al mismo nivel de cualquier peligro en el interior de la empresa, en particular de aquellos que provienen de las cosas y aquellos que provienen de las personas. Se trata de una conclusión que no resulta evidente, y que ha sido discutida por la doctrina. Así, p. ej., *Roxin* ha señalado que en la práctica difícilmente se puede distinguir la procedencia personal o no de los peligros dentro del potencial de la empresa.⁴⁴ En consonancia con este argumento, aduce *Schall* que no se entiende por qué lo que vale para el caso de hechos penales en relación con objetos de la empresa (como, p. ej., la entrega de productos) no puede valer para aquéllos en relación con el cometimiento de actividades típicamente empresariales aunque no ligadas a cosas (como, p. ej., en los casos del portero de la discoteca que se extralimita en su función, o el crupier que manipula la ruleta en el casino). De tal manera que no tendría que suponer problema alguno para el uso normal del lenguaje calificar como fuentes de peligro a aquellos empleados que mediante su intervención delictiva lesionan o dañan a clientes potenciales o reales del establecimiento y, con ello, al establecimiento mismo.⁴⁵

¿Significa esto que ya por ello necesariamente la empresa en sí misma se considera *in totum* la fuente de peligro que debe ser vigilada? A esto responde *Schall* en principio negativamente con el argumento de que la constitución de un deber de vigilancia de un peligro que resulta únicamente del hecho delictivo cometido por un tercero estaría en contradicción con el principio de responsabilidad por el hecho propio.⁴⁶ Sin embargo, finalmente, sí sostiene que en efecto la empresa en sí misma puede considerarse una fuente de peligro que ha de ser vigilada por el empresario, dado que las empresas son por regla general ámbitos de dominio organizado de modo complejo, de los cuales pueden resultar, según indica la experiencia, peligros para ter-

⁴² *Ibid.*, p. 17 (cursivas mías).

⁴³ *Ibid.*, p. 19.

⁴⁴ ROXIN, *AT. Band II*, *op. cit.*, § 32/139.

⁴⁵ SCHALL, *FS-Rudolphi*, 2004, p. 276. Véase asimismo QUINTERO OLIVARES, *CGPJ* (2009), Punto 6.1, quien se muestra de acuerdo en un principio con la delimitación efectuada por *Gimbernat*, pero matiza que en realidad el planteamiento no resulta convincente “si se analiza despacio el origen de la ‘obligación’ de controlar el peligro, y, en segundo lugar, la previsibilidad del peligro especialmente cuando ese peligro procede sólo de un factor humano indomitable ‘a priori’”.

⁴⁶ Sobre este punto *vid.* DEMETRIO CRESPO, *Omisión*, *op. cit.*, pp. 95 y ss.

ceros, no sólo a través de los múltiples dispositivos, maquinarias o materiales peligrosos, sino también a través de las diversas actividades empresariales de los correspondientes encargados en la misma. Que los peligros que amenazan a terceras personas provengan de un objeto de la empresa en particular, de un dispositivo peligroso o de un comportamiento incorrecto contrario al deber de cuidado o doloso de los empleados de la empresa no implicaría diferencia alguna.⁴⁷ Concluye, por tanto, que es correcta la consideración de la empresa como una fuente de peligro que debe ser vigilada por el dueño del negocio, que se diferencia de otros focos de peligro complejos —a los que quiepa considerar como susceptibles de fundamentar una posición de garante— en que aquí los peligros no suelen resultar de situaciones estáticas, sino más bien de acciones en el ámbito de organización del propietario, dentro de una organización regulada en una forma jurídicamente compleja. El fundamento para dicho deber de garantía del dueño del negocio no sería la responsabilidad por el hecho ajeno, sino el dominio sobre una fuente de peligro.⁴⁸

IV.2. Basado en la responsabilidad sobre las fuentes de peligro propias de la empresa

1. En su magnífico y extenso escrito de habilitación sobre la responsabilidad penal de la empresa, *Heine* se ocupa de la cuestión central que es objeto de la presente investigación: la posición de garante del empresario por la no evitación de hechos penales cometidos por sus empleados. Tras el oportuno repaso a la trayectoria seguida por la más alta jurisprudencia de Suiza y Alemania en este asunto, hace hincapié en la enorme dificultad que conlleva, y en lo delicado que resulta en una comunidad de seres libres, atribuir responsabilidad por omisión por el comportamiento responsable de otras personas.⁴⁹ Este punto de partida lo lleva a excluir, de entrada, dos puntos de vista insostenibles: por un lado, aquel que equipara la mera existencia de una prohibición jurídico-civil o jurídico-administrativa con la posición de garante, y, por otro, aquel que argumenta de un modo global con una

(ficticia) posibilidad ilimitada de actuar.⁵⁰ Respecto a lo primero, es claro que dichas normas extrapenales únicamente desencadenan responsabilidad respecto a aquel que actúa en forma inmediata, pero no pueden al mismo tiempo ampliar el círculo de los sujetos responsables. Su función radica más bien en concretar la medida del deber de cuidado. Respecto a lo segundo, más allá de que es imposible afirmar con una base real una capacidad ilimitada de actuar, aun suponiendo que existiera, la mera existencia de los tipos penales de la omisión del deber de socorro (art. 195 CP; § 323 c StGB) demuestra que la mera posibilidad de salvación no fundamenta por sí misma una posición de garante.⁵¹

Por otro lado, tratando de aplicar las categorías y los conceptos generalmente admitidos en la dogmática de la omisión, y teniendo en cuenta que una posición de garante como consecuencia de un deber de protección está prácticamente excluida en este ámbito, se pregunta el autor por la posibilidad de aplicarla como consecuencia de un deber de vigilancia sobre singulares fuentes de peligro, en virtud de un dominio sobre las personas o sobre las cosas. Respecto al *dominio sobre las personas* conforme al principio de responsabilidad por el hecho propio estaría excluido en principio imputar responsabilidad penal a alguien por un hecho cometido por un tercero responsable. Sólo excepcionalmente, en casos prototípicos, como los de los educadores respecto a sus hijos, o de autoridades estatales de carácter funcional respecto a sus subordinados, se podría tomar en consideración algo así. Frente a los intentos de afirmación de una posición de garante del propietario de la empresa por hechos penales cometidos por sus subordinados sobre la base de conceptos como la “visión completa”, el “poder jurídico de dar órdenes”, o la “parcial dependencia de los miembros de la empresa”, cabe interponer sin embargo serias objeciones.⁵² En primer lugar, alega *Heine*, ya el solo hecho de la dificultad que radica en el hecho de afirmar una autoría mediata (en el comportamiento activo) a través del dominio de la organización o de las órdenes, debería ser suficiente para desistir de la idea cuando se trata de fundamen-

⁴⁷ *Ibid.*, p. 278.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ HEINE, *Verantwortlichkeit*, 1995, pp. 109 y ss., 113.

⁵⁰ GÖHLER, *FS-Dreher*, 1977, pp. 620 y ss.

⁵¹ HEINE, *Verantwortlichkeit*, *op. cit.*, p. 114.

⁵² *Ibid.*, pp. 116 y 117.

tar una posición de garante, que exige una responsabilidad intensificada. El recurso global al derecho de dirección de la empresa hace temer un regreso a la teoría formal del deber jurídico, con la consiguiente pérdida de cualquier orientación material. Tampoco convence la dependencia parcial de los empleados porque la estructura de dominio empresarial conoce unos límites que sólo permite un ejercicio determinado de poder sobre los empleados, y que no justifica por sí una especial obligación de intervenir.⁵³ El “dominio personal” en las grandes empresas se encamina cada vez más hacia un poder organizativo despersonalizado, de modo que los desarrollos dogmáticos recientes contemplan como autores de un delito comisivo también a aquellos que intervienen en el hecho en virtud de un aparato ilegal de poder organizativo. Criterios que, por un lado, no se pueden trasladar sin más al delito omisivo y que, por otra parte, han de permanecer limitados a las organizaciones desvinculadas del derecho.⁵⁴

Sólo restaría entonces una argumentación basada en una *posición de garante como consecuencia de un deber de vigilancia por razón de la existencia de fuentes de peligro específicamente empresariales en virtud de un dominio fáctico* (sobre las cosas). El punto de vista desarrollado por *Heine* coincide de manera parcial con algunas de las teorías expuestas anteriormente. Se trata sobre todo de poner de relieve que la creación de una empresa conlleva determinados riesgos que desencadenan a su vez una responsabilidad acentuada. La cuestión sería, por tanto, explicar adecuadamente el fundamento apropiado de la misma. Dependiendo de que se adopte el punto de vista según el cual se trataría de contemplar a la empresa como foco de peligro en sí mismo, en tanto institución puesta en marcha para la obtención de rendimiento económico, o más bien, de mantener bajo control específicos riesgos (potenciales amenazas) que derivan particularmente de esa clase de empresa, se obtendrían diferentes resultados en cuanto al contenido de los deberes.⁵⁵

Si se adopta el primer punto de vista, es evidente que la determinación del círculo de destinatarios

y del deber de garantía misma se hace muy difícil. Dado que la persecución de beneficios económicos pertenece a la naturaleza misma de la empresa, buscar una fundamentación de la responsabilidad penal por omisión en el seno de la misma basada en el carácter preponderante de estos últimos implicaría un giro hacia el Derecho civil difícilmente compatible con los principios tradicionales de la dogmática del Derecho penal. Por ello, en opinión de *Heine*, una *posición de garante del empresario por hechos cometidos en el seno de la empresa sólo puede derivarse del deber de mantener bajo control determinadas fuentes de peligro típicamente empresariales que resultan particularmente de determinadas empresas y procesos productivos*.

Si se considera que el director de la empresa es garante de que los especiales peligros que potencialmente derivan de la misma no acaben menoscabando intereses jurídicamente protegidos de terceras personas, entonces podría predicarse la existencia de un deber de garantía cuyo contenido general se basa en organizar el manejo con tales instalaciones y procesos productivos, de tal modo que no surjan lesiones de bienes jurídicos. Este deber comprendería el *control continuado* y, en su caso, la *adopción de medidas de seguridad*.⁵⁶

2. Frente a esta construcción, ha advertido *Rotsch* que la fundamentación de una posición de garante del empresario por razón de la potencial amenaza para bienes jurídicos que proviene de los procesos productivos y peculiaridades de la empresa, es equivocada. Para fundamentar esta crítica se basa en el reconocimiento general de que para la afirmación de un deber de garantía dirigido al encauzamiento de una fuente de peligro se precisa el *dominio fáctico* del que omite, que justamente no se da en el caso de grandes empresas.⁵⁷

Por otro lado, *Rotsch*⁵⁸ reprocha a *Heine* dejar abierta la cuestión de cómo es posible aislar decisiones previsibles y evitables de los órganos de dirección cuando reconoce la posibilidad de delegar la responsabilidad y, con ella, la transmisión de los correlativos deberes de

⁵³ *Ibid.*, p. 117.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 118.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 119.

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 120 y 121. Véase asimismo, sobre el *contenido y límites* de la posición de garante, DEMETRIO CRESPO, *Omisión*, *op. cit.*, pp. 159 y ss.

⁵⁷ ROTSCHE, *Individuelle Haftung*, 1998, p. 203.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 204.

garantía.⁵⁹ De tal manera que en la medida en que *Heine* afirma que la responsabilidad permanece tanto más próxima a la dirección del consorcio cuanto menos localizable y más amenazante es la fuente de peligro, y más amplias son las decisiones a adoptar, éste se halla obligado a explicar cómo pueden los órganos de dirección (alejados del hecho) actuar de modo que controlen el suceso. Justamente porque en las grandes empresas de complejidad creciente los riesgos —muchas veces gestados a lo largo de los años— se combaten con medidas a largo plazo, éstos no pueden ser dominados mediante la delegación, control y organización, y por ello, dice *Rotsch*, tampoco sería posible argumentar la correspondiente responsabilidad por omisión.⁶⁰

IV.3. Basado en la idea de la “competencia organizativa”

1. Nos dice *Jakobs* que en la vida cotidiana es completamente habitual que una expectativa pueda ser defraudada por acción u omisión y que, sin una expectativa normativa, hacer y omitir resulten igualmente indiferentes.⁶¹ El autor explica que en una sociedad moderna se pueden identificar dos fundamentos de la responsabilidad penal que abarcan tanto la acción como la omisión: la lesión de los límites *generales* de la libertad respecto de la configuración exterior del mundo y, en segundo lugar, la inobservancia de los límites (particulares) trazados por el *estatus especial* que cada uno ostenta en la sociedad.⁶²

Dentro de este esquema es claro que la responsabilidad por comisión activa es un sector de responsabilidad por competencia de organización, incluso desde un punto de vista naturalista, entendido como “control voluntario del propio cuerpo”. Por omisiones habría que entender, por su parte, la *evitación de un output nocivo de la propia organización*. Pero la clave en orden al tema que nos interesa la ofrece *Jakobs* al advertir lo siguiente: “A cada uno compete, en virtud de su estatus general, esto es, como sinalagma de su derecho de organización, garantizar que en el contacto con

una organización ajena la propia tenga una configuración que se mantenga dentro del riesgo permitido”⁶³

Hasta aquí podría decirse que la conclusión a la que llega el catedrático emérito de la Universidad de Bonn no se aparta en lo esencial de lo ya apuntado por otros autores citados más arriba. Con todo, su base argumentativa le confiere un gran poder descriptivo:

Qué significa este deber de aseguramiento en el caso concreto es algo que depende del respectivo estado de la organización. Si este estado es inocuo, el aseguramiento se produce sencillamente por el hecho de no modificarlo en sentido nocivo, es decir, por la omisión de una conducta arriesgada. Si ese estado es, por el contrario, peligroso, el aseguramiento se produce por una reorganización activa, esto es, por medio de una acción.⁶⁴

Mientras que la lesión del deber de aseguramiento se produce en el primer caso mediante una acción, en el segundo acaece por omisión. Pero *Jakobs* no confiere a esto último relevancia alguna, produciéndose por esta vía una disolución de las diferencias a efectos dogmáticos, pues todo sujeto tiene en el plano del estatus general la obligación de evitar una configuración de la propia organización que exceda del riesgo permitido. Lo decisivo, nos dice este autor, no es la clase de conducta que se realiza, sino la atribución o no atribución del curso del daño al ámbito de organización.

Junto a ello, *Jakobs* distingue un grupo de casos referente a la *asunción del dominio del riesgo*, que reflejarían el tránsito de los deberes de aseguramiento a los deberes de salvamento. En esta constelación no se trataría ya sólo de evitar un *output* peligroso “externo a la organización”, sino de algo más: del salvamento de una organización ajena respecto de riesgos generados con el *output* peligroso del que se ha dispuesto con reserva de su segura revocación antes de que se produzca el daño.⁶⁵ Esto significaría, a su vez, que quien asume el dominio de ese riesgo está obligado a renunciar a una configuración interna que es en sí misma socialmente adecuada.

⁵⁹ HEINE, *Verantwortlichkeit*, op. cit., p. 122 [“Soweit aber Kompetenzen zulässigerweise übertragen werden, entstehen korrespondierende Garantenpflichten bei den in den Unterabteilungen zuständigen Überwachungsgaranten”].

⁶⁰ ROTSCHE, *Individuelle Haftung*, op. cit., p. 204.

⁶¹ JAKOBS, *Estudios*, op. cit., p. 346.

⁶² *Ibid.*, pp. 347 y 348.

⁶³ *Ibid.*, p. 349.

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 349 y 350.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 351.

Finalmente, junto a los deberes en virtud de competencia de organización, distingue este autor los “*deberes en virtud de competencia institucional*”. Éstos se caracterizan por no ser deberes que resulten del estatus general de todo ciudadano, sino que afectan tan sólo a personas con un estatus especial, como los padres, el cónyuge, el receptor de una confianza especial o algunos cargos públicos.⁶⁶ La consecuencia más relevante a efectos dogmáticos es que, según *Jakobs*, se trata del reverso de los delitos de infracción de un deber y siguen sus mismas reglas, de modo que “por falta de relevancia del *quantum* organizativo decae la diferenciación entre autoría y participación basada en este *quantum*; más aún, todo sujeto especialmente obligado está de inmediato, esto es, sin accesorieidad, sometido al deber y es por ello autor si no le falta alguna otra cualificación para la autoría”.⁶⁷ La conclusión última es de nuevo que no hay diferencia entre acción y omisión: “la diferencia entre comisión y omisión es también en el ámbito de un estatus especial una diferencia *natural*, a la que falta una relevancia genuinamente *jurídica*”.⁶⁸

La construcción de *Günther Jakobs* es, como sucede en otros ámbitos, muy sugestiva y posee un enorme poder descriptivo y plástico. Sin embargo, conduce a una disolución en el plano normativo de las diferencias que vienen dadas por el —sin lugar a dudas— diferente acontecer típico respecto al desencadenamiento activo. Una visión garantista de la dogmática de la autoría pasa, en mi opinión, por la idea del dominio, también para los delitos omisivos. Aquí habrá que buscar, pues, la solución al fundamento de la posición de garante del empresario. Otra cosa bien distinta es que *no se den los elementos para imputar (objetivamente) el hecho a su autor*, lo que no convierte en decisivo el criterio de la asignación material de competencias ni ningún otro. De ahí que decaiga el argumento esgrimido por *Feijoo Sánchez* en el sentido de que el criterio del dominio sería insuficientemente normativo dado que “el dominio puede ser puramente casual o, incluso, en supuestos de omisión simple, puede haber un fuerte dominio

de la situación de desamparo sin que ello legitime la imputación del hecho”.⁶⁹ El argumento previo según el cual “cuando nos enfrentamos a la criminalidad de empresa, la imputación objetiva a los integrantes de la empresa pasa por la imputación objetiva del hecho a la organización empresarial”⁷⁰ no afecta a “*esferas de competencia*”, sino a cómo se relacionan las “*esferas de responsabilidad*” colectiva e individual, y puede contribuir a no extralimitar esta última.⁷¹

2. Para *García Cavero*, en cambio, es preciso distinguir entre la determinación de la posición de garante, por un lado, que con carácter general requeriría “*haber entrado a dominar o controlar el desarrollo de la actividad empresarial*”, y, por otro, la imputación al garante de un resultado en comisión por omisión. Para esto último sería preciso poder afirmar que el garante ha sido competente por el riesgo que se realiza en el resultado. A su vez, sin embargo, estima que “para determinar las competencias penalmente relevantes del directivo de una empresa, a efectos de fundamentar la equivalencia normativa de la omisión del garante con la realización activa, debemos diferenciar las competencias por organización (delitos de dominio) de las competencias institucionales (delitos de infracción de un deber)”.⁷² Llama la atención la “circularidad” de este tipo de argumentación en la que se es garante en virtud del “dominio”, pero luego hay que recurrir a la “competencia organizativa” para fundamentar la equivalencia normativa.

En rigor, la imputación al directivo en comisión por omisión se hace posible sólo si podemos afirmar que es garante de la evitación del resultado —en nuestro caso, el delito cometido por el subordinado— y se es garante si se domina la fuente de peligro de la que se es competente. En definitiva, la competencia organizativa aparece todo lo más como un presupuesto más del efectivo dominio sobre el fundamento del resultado, que no es otro que una concreta fuente de peligro representada por el comportamiento del subordinado.

Por lo demás, este autor también admite que “una competencia penalmente relevante por la gestión de

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 362 y 363.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 363.

⁶⁸ *Idem*.

⁶⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, *Cuestiones*, 2009, p. 268.

⁷⁰ *Idem*.

⁷¹ DEMETRIO CRESPO, *Omisión*, *op. cit.*, pp. 50 y ss.

⁷² GARCÍA CAVERO, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 393.

asuntos específicos solamente podría admitirse si el directivo asume efectivamente esta gestión”.⁷³ De todos modos, tomar como punto de partida el criterio de la competencia lleva a *García Cavero* a un difícil camino en el que debe argumentar de un modo un tanto forzado que

la imputación a la esfera de organización del directivo se hará cuando el subordinado sólo ejecute la orden impartida por el directivo [porque en este caso] la prestación del dependiente forma parte de la esfera de organización del directivo, por lo cual, aun cuando el delito sea realizado fácticamente por el dependiente, la autoría le corresponderá al directivo. En este sentido cabe precisar que los hechos imputados no pertenecen realmente a sus dependientes, sino al propio directivo.⁷⁴

Sin embargo, en este caso, cuando el directivo da una orden directa al subordinado —la de cometer una acción constitutiva de delito—, cabe preguntarse *en qué consiste la omisión*, pues más bien aparece como una *conducta activa*.

Sin embargo, la constelación que nos ocupa es también, y en primera línea, la que *García Cavero* menciona en segundo término, limitándola a aquellos supuestos en los que “el hecho realizado por el dependiente no se corresponde con la organización dispuesta por el directivo”, en los que en su opinión “solamente podrá hablarse de una responsabilidad penal del directivo, si éste no ha cumplido con deberes de control y vigilancia sobre sus dependientes o ha configurado aspectos de la empresa de forma tal que favorecen la realización de delitos por parte de sus dependientes”.⁷⁵ Es aquí cuando el autor estima que, en estos casos, el incumplimiento de labores de control o vigilancia no permite fundamentar una equivalencia normativa con la realización activa, por lo que considera que debe atenuarse la sanción penal con base en la posibilidad que otorga en este sentido el art. 13 del Código Penal peruano. También aquí cabe discrepar ante una argumentación que permite imputar el hecho en comisión por omisión, pero, si se me permite la expresión, “no del todo”. Se trata, lógicamente, de un problema de mayor alcance que afecta a cualquier

regulación de cláusulas de equivalencia que incluyen atenuaciones facultativas, como también sucede en el § 13 StGB. Sin embargo, las cláusulas de equivalencia sirven justamente para fundamentar en términos normativos la “equivalencia” entre la omisión y la acción en presencia de determinados elementos que convierten al sujeto activo en garante. Otro problema diferente es que, establecida esta premisa, el sujeto deba responder necesariamente como autor, o más bien, su intervención en el hecho deba ser considerada materialmente a título de partícipe, o que entren en juego reglas de determinación de la pena que atenúen su responsabilidad por otros motivos.

IV.4. Basado en la idea del “dominio” o “control del dominio”

A) Clases de dominio

Schünemann expuso ya en 1979 que la posición de garante de los órganos de la empresa podía entrar en consideración desde dos puntos de vista: el dominio sobre los elementos y procedimientos peligrosos del establecimiento (“*Oberherrschaft über gefährliche Sachen und Verrichtungen*”), y el poder de mando sobre los trabajadores (“*rechtliche Befehlsgewalt über die Arbeitnehmer*”).⁷⁶ El alcance del deber de garantía del empresario se conforma de modo diferente en uno y otro caso, porque el “dominio material” (sobre cosas y procedimientos) es permanente ante el exceso, pero no ante la descentralización, mientras que el “dominio personal” (por medio del poder jurídico de mando sobre los trabajadores) no es permanente ante el exceso, pero sí ante la descentralización.⁷⁷ Para *Meini* es claro, no obstante, que el devenir de la actividad empresarial hará posible interrelacionar ambas formas de dominio, cuando por ejemplo el subordinado, en provecho propio, se vale de un descuido de sus superiores encargados del control de la calidad para introducir en el producto —que debe ingresar en el mercado— una sustancia tóxica. De aquí extrae la conclusión de que “el deber de garantir con base en el dominio personal sobre el subordinado podrá ser

⁷³ *Ibid.*, p. 394.

⁷⁴ *Idem*.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 395.

⁷⁶ SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, 1979, p. 95.

⁷⁷ MEINI, *Responsabilidad*, *op. cit.*, pp. 308 y 309; SCHÜNEMANN, *ADPCP* (1988), pp. 540 y 541.

invocado como argumento para la imputación de los resultados lesivos al superior jerárquico”, al inscribirse dicho comportamiento en el proceso de producción empresarial.⁷⁸ También Arroyo Zapatero parte de que lo que debe comprobarse es en qué medida las lesiones de los bienes jurídicos que son obra directa del subordinado pueden ser considerados como “obra” de quien no las produjo materialmente. O lo que es lo mismo, **en qué condiciones la omisión de quien no impide la producción de los resultados típicos por otro es equivalente a la conducta activa de este último.** La respuesta del autor gira, en forma acertada, en torno a la idea del dominio.⁷⁹

B) El dominio sobre el fundamento del resultado

Señala Schünemann que

mientras la teoría formal del deber jurídico cae en un grave atolladero en la cuestión de la responsabilidad de los administradores, la pauta de la equiparación restrictiva del “dominio sobre la causa del resultado” [...] puede asimilar sin grandes dificultades la responsabilidad de los administradores, concretamente por el dominio de la vigilancia ejercida con los medios de poder de la agrupación (dirección e información) sobre los miembros subordinados de la misma y/o en virtud de la custodia sobre los objetos peligrosos del patrimonio empresarial que son propiedad de la agrupación.⁸⁰

En su opinión, de esta vinculación de la posición de garante al ámbito de dominio (atribuible a los órganos particulares de la empresa en función de la esfera empresarial que dominen) “se sigue también, natural y forzosamente, que los deberes de garantía de un miembro del Consejo de Administración en una dirección de la empresa que se organiza según el principio de la división competencial en departamentos [...] se limitan al ámbito dirigido por él y por eso sólo son más amplios en cuestiones fundamentales que competen a toda la dirección de la empresa”.⁸¹

A partir de ahí, estima este autor, pese a lo sostenido en trabajos anteriores,⁸² que la decisión del Tribunal Supremo federal alemán (BGH) en el caso del *spray* para el cuero —considerando la existencia de un deber de garantía de la empresa productora de evitar los peligros para la salud conocidos posteriormente— no contradice la teoría del dominio. Aduce, sin embargo, que el BGH hizo mal al fundamentar su decisión en la injerencia, solución que aparecía como tentadoramente fácil al disponer de la acción precedente de puesta en circulación del *spray*, pero al precio de borrar las limitaciones introducidas a la misma en decisiones anteriores, determinando en forma extensiva el alcance de los deberes de evitación del resultado e imposibilitando tener en cuenta la estructura de división del trabajo de la empresa económica moderna.⁸³ Para Schünemann la “solución correcta” pasaría por el criterio del *dominio por el desamparo parcial de la víctima* como subforma de posición de garante por asunción.⁸⁴ Como en el caso del *spray* para el cuero se trataba de un producto de marca, la decisión del BGH habría sido correcta porque ello implica una especie de “compromiso” explícito o implícito a una precaución de este tipo y los consumidores por regla general cuentan con ello.⁸⁵

En un trabajo más reciente, Schünemann habla ahora del **“dominio sobre el fundamento del resultado”** como base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría, incluyendo el actuar en lugar de otro.⁸⁶ Ya en 1971, en su obra acerca de los delitos de omisión propia, tomando como ejemplo los casos en que actúan niñas, y partiendo de la crítica a la teoría formal del deber jurídico, llegaba a la conclusión de que la razón decisiva que justifica la equiparación de la omisión con el hacer activo no consiste en la infracción de un deber especial extrapenal, sino en la **categoría de la asunción de la custodia**. Esta asunción implica una *relación de dominio sobre el suceso consistente en el dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico*.⁸⁷

⁷⁸ MEINI, *Responsabilidad*, op. cit., p. 309.

⁷⁹ ARROYO ZAPATERO, *Seguridad en el trabajo*, 1981, pp. 160 y 161.

⁸⁰ SCHÜNEMANN, *ADPCP*, vol. LV (2002), p. 30 (≡ SCHÜNEMANN, *Festgabe BGH*, 2000, pp. 634 y ss.).

⁸¹ *Ibid.*, p. 31.

⁸² SCHÜNEMANN, *Spanisch-deutsches Symposium*, 1995, pp. 66 y ss.

⁸³ SCHÜNEMANN, *ADPCP*, vol. LV (2002), p. 31.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 33.

⁸⁵ *Ibid.*, pp. 33 y 34.

⁸⁶ SCHÜNEMANN, *RDP* 2 (2005), pp. 29 y ss., 37 y ss.

⁸⁷ SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, pp. 229 y ss. (§ 18 “Der Herrschaftsbereich als übergeordnete materiale Richtlinie”), pp. 334 y ss. (§ 22 “Verwandschaft, Gemeinschaft und Übernahme”).

De la misma manera, en los casos de posición de garante por injerencia, tampoco se trataría de una responsabilidad penal por mera causalidad, sino de una *forma de dominio sobre el suceso consistente en el dominio sobre una fuente de peligro*.⁸⁸

Este razonamiento le permite concluir, por tanto, que

en los delitos impropios de omisión se trata, en realidad, también de una forma de dominio, es decir [...], de un dominio sobre el fundamento del resultado, consistiendo el fundamento del resultado en los delitos de omisión, no en el propio movimiento corporal, sino en una fuente de peligro dominada por el autor, o bien en la situación de desamparo del bien jurídico dominada por el autor.⁸⁹

Al mismo tiempo, quedaría igualmente demostrado que los delitos impropios de omisión no son delitos de infracción de deber,⁹⁰ en el sentido de que en ellos la autoría se funde en la infracción de un deber especial extrapenal.⁹¹ Schünemann entiende incluso que esta posición tampoco merece rechazo desde el punto de vista del artículo 11 del Código Penal español, que no puede ser malinterpretado en el sentido de la ya superada teoría formal del deber jurídico. Finalmente —en su opinión—, este método de análisis no debe restringirse a los delitos impropios de omisión, sino que “debe reconocerse también en los delitos especiales que la responsabilidad penal tampoco puede vincularse aquí con la infracción de un deber especial extrapenal como tal”.⁹²

Los razonamientos de Schünemann, desarrollados —como se ha visto— a lo largo de los años en múltiples trabajos, han encontrado la aprobación esencial

de muchos autores.⁹³ A diferencia de otras teorías, no se pierde de vista en la argumentación de este autor la conexión con la parte subjetiva del hecho, en la medida en que se quiere hacer derivar la misma mediante la asunción de la canalización del poder objetivo sobre el hecho y el conocimiento subjetivo del mismo a las esferas superiores de dirección.

Sin embargo, como advierte Rotsch, a este planteamiento subyace una idea del *concepto de autor* que puede considerarse incorrecta,⁹⁴ y que en todo caso es altamente discutible. Frente al concepto de autor de la dogmática tradicional, entendido como *autor individual que actúa en el marco de constelaciones abarcables*, poco a poco se abre camino un “concepto sistémico” de autor en el marco de organizaciones complejas, basado en los conocimientos de la moderna sociología organizativa.⁹⁵ Este último se caracteriza por la presencia de un *elemento objetivo*, relativo a la división del trabajo, y uno subjetivo, relativo a los *cauces de información*.⁹⁶ En particular, frente a lo sostenido por Schünemann, cabe preguntarse, desde la perspectiva tópica, si el criterio del *dominio por el desamparo parcial de la víctima* como subforma de posición de garante por asunción surge sólo cuando se trata de productos de marca, es decir, si no habría que afirmar más bien que un compromiso de esta clase surge sencillamente siempre que se lanza un producto al mercado, del que pueden derivarse daños para los consumidores.

No se nos oculta la “cuestionabilidad” dogmática y la necesidad de concreción ulterior que implica la propuesta de Schünemann, a la que no cabe acogerse *in totum*, como tampoco las importantes críticas que se le han dirigido.⁹⁷ En particular, cabe destacar las detalladas reflexiones en este sentido de Hsü, quien

⁸⁸ SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, op. cit., pp. 281 y ss.; id., GA (1974), pp. 231 y ss.

⁸⁹ SCHÜNEMANN, *RDP* 2, op. cit., p. 41.

⁹⁰ Sobre el problema, véase *supra* (§2), II.

⁹¹ SCHÜNEMANN, *RDP* 2, op. cit., p. 42.

⁹² *Ibid.*, pp. 43 y 44.

⁹³ Se suman a este criterio en nuestra doctrina, entre otros, TERRADILLOS BASOCO, *DPEmpr*, 1995, p. 40 [“El deber de vigilar el comportamiento del subordinado, y la consiguiente exigencia de responsabilidades en caso de no hacerlo, surge del dominio del garante sobre la causa del resultado, tanto del control fáctico sobre los elementos materiales peligrosos como del poder de mando, legalmente fundamentado, sobre los trabajadores”]; SILVA SÁNCHEZ, *LH-Roxin*, 1995, p. 372 [“El compromiso individual adquirido con la aceptación del cargo traslada al sujeto la competencia que conlleva el dominio y, a la vez, la responsabilidad”]; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPEE*, 2007, pp. 499 y ss., esp. p. 503 *in fine*, aclarando que el hecho de acoger el concepto del dominio sobre la causa del resultado propuesto por Schünemann para resolver por la vía de la omisión impropia los problemas de determinación de la autoría del directivo en el ámbito empresarial no implica asumir también la idea defendida por este mismo autor según la cual dicho concepto proporciona una base lógico-objetiva para todas las formas de autoría.

⁹⁴ ROTSCHE, *Individuelle Haftung*, op. cit., p. 194.

⁹⁵ LUHMANN, *Funktionen*, 1995, *passim*; Beck, *Gegengifte*, 1995, *passim*.

⁹⁶ ROTSCHE, *Individuelle Haftung*, op. cit., p. 194; HEINE, *Verantwortlichkeit*, op. cit., pp. 27 y ss.

⁹⁷ Véase, entre otras referencias, Hsü, *Garantenstellung*, 1986, pp. 241 y ss.

parte de la distinción entre “posibilidad de acción” y “deber de acción”. Para este autor la teoría propuesta por Schünemann se enfrenta al problema de que al reconducir el lado fáctico del dominio a una mera “*posibilidad de evitación*” trata al mismo tiempo de deducir el “*deber de evitación*” de aquélla, siendo así que ambos conceptos (posibilidad de actuar y deber de actuar) deben mantenerse estrictamente separados.⁹⁸ Sin embargo, es obvio que no se trata aquí de una posibilidad de actuar en orden a la evitación del resultado como la que pudiera tener en determinadas circunstancias cualquier otra persona que no tenga nada que ver con la empresa, pues de ese modo habríamos disuelto toda posibilidad de distinción, sino la *concreta* posibilidad de actuar en orden a la evitación del resultado de aquel que *porque es garante* tiene el deber de hacerlo.

Pero, por otra parte, bien mirado, casi todas las propuestas contemporáneas en torno a la fundamentación de la posición de garante en el ámbito empresarial suponen —como no podía ser de otro modo— concreciones en este ámbito de representaciones generales sobre la comisión por omisión que incorporan en no pocos casos elementos provenientes de evoluciones doctrinales de distinto signo. Lo que sí se adopta en este trabajo es la perspectiva metodológica que está detrás, que hace predominar la realidad material para cuya elaboración jurídica se hace uso de un criterio normativo determinado sobre el criterio normativo mismo. No se pretende una total “desnormativización” del problema, pues a nadie escapa que el criterio del dominio sobre el fundamento del resultado también es un criterio normativo, sino sólo seguir una pauta restrictiva no-niveladora en la solución del mismo.

C) ¿Criterios normativos complementarios?

Diversos autores se han ocupado de esbozar criterios normativos complementarios sobre los que hacer pivotar el fundamento último de la posición de garante

del empresario, tales como la “ponderación de intereses”,⁹⁹ la “equidad social”¹⁰⁰ o “el ejercicio de facultades individuales de autoorganización”¹⁰¹

En mi opinión, sin embargo, todos estos criterios normativos, que en su conjunto tienden a poner de relieve la necesidad de una *estrecha conexión entre el hecho delictivo cometido y el concreto ámbito de organización individual en el desempeño de determinadas funciones*, aunque aclaratorios, no son decisivos en el plano dogmático. La mencionada conexión *debería ser un aspecto implícito del dominio sobre el fundamento del resultado*, pues en otro caso no se daría tal dominio, por lo que parece innecesario independizarlo de este último.¹⁰²

V. Conclusiones

Como resultado global puede decirse que:

1. Todas las teorías expuestas tratan de buscar el *fundamento idóneo* en el que basar una responsabilidad en comisión por omisión de los superiores en el ámbito empresarial.

2. Más allá de las *discrepancias metodológicas* debe situarse en primer plano el problema que se tiene entre manos y la realidad que está detrás, sin perder de vista en ningún caso la configuración garantista del Derecho penal.

3. La estructuración de una *respuesta jurídica fundamentada* requiere un fino análisis de complejas cuestiones dogmáticas que no se pueden pasar por alto. En este sentido, cualquier simplificación o, en su caso, generalización indebidas nos llevarán a un “callejón sin salida”.

4. Tan importante como buscar una explicación convincente para fundamentar una respuesta jurídico-penal contrastada con los grupos de casos que entran aquí en consideración, es el análisis de los *límites que sirven de barrera*, tanto de carácter general —tales como el principio de responsabilidad por el hecho propio,¹⁰³ la parte subjetiva del hecho o el título de

⁹⁸ *Ibid.*, p. 243.

⁹⁹ FRISCH, en Mir Puig y Luzón Peña (coords.), 1996, pp. 112 y ss.

¹⁰⁰ BOTTKE, en Mir Puig y Luzón Peña (coords.), *op. cit.*, pp. 142 y ss.

¹⁰¹ LASCURÁIN SÁNCHEZ, *LH-Tiedemann*, 1995, pp. 210 y ss.

¹⁰² DEMETRIO CRESPO, *Omisión*, *op. cit.*, pp. 152 y ss., esp. pp. 156 y 157.

¹⁰³ También en sentido restrictivo sobre la base del principio del principio de autorresponsabilidad del empleado, WEIGEND, *LK* (2006), § 56, pp. 848 y 849, quien admite sin embargo excepcionalmente la posibilidad de exigir un deber de garantía en aquellos casos en los que la naturaleza de una concreta empresa resulte una puesta en peligro especial, no sólo por tener que mantener bajo control los peligros

imputación— como específicos, tales como la delegación lícita de competencias o el carácter vinculado a la empresa de los delitos cometidos.¹⁰⁴

VI. Bibliografía

- ARROYO ZAPATERO, Luis, *La protección penal de la Seguridad en el Trabajo*, Madrid, Servicio Social de Higiene y Seguridad del Trabajo, 1981.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial”, en Bacigalupo (dir.), *La responsabilidad penal de las sociedades*, Madrid, CGPJ, 1994, pp. 61 y ss.
- BECK, Ulrich, *Gegengift—Die organisierte Unverantwortlichkeit*, 8^a ed., Francfort del Meno, Suhrkamp, 1995.
- BOTTKE, Wilfried, “Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica”, en Mir Puig y Luzón Peña (coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, Bosch, 1996, pp. 129-197.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa. Una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa*, Granada, Comares, 2003.
- _____, “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados”, en Serrano-Piedecasas y Demetrio Crespo (eds.), *Cuestiones actuales de Derecho Penal económico*, Madrid, Colex, 2008, pp. 61-87.
- _____, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, Madrid, Iustel, 2009.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Montevideo-Buenos Aires, B de f, 2009.
- FREUND, Georg, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Strafstatlehre*, Berlín-Heidelberg, Springer, 1998 [*Strafrecht. AT*].
- FRISCH, Wolfgang, “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la empresa y de la división del trabajo”, en Mir Puig y Luzón Peña (coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, Bosch, 1996, pp. 99-127.
- GALLEGOS SOLER, José Ignacio, “Criterios de imputación de la autoría en las organizaciones empresariales”, *Derecho penal económico. Estudios de Derecho Judicial*, 72 (2006), pp. 51-134 [EDJ].
- GARCÍA CAVERO, Percy, “La posición de garantía del empresario: a propósito del caso utopía”, en Alonso Álamo et al. (coords.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2005, pp. 381-400 [LH-Rodríguez Mourullo].
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa”, *ADPCP*, vol. LIV (2001), pp. 1-20 [@ “Unechte Unterlassung und Risikoerhöhung im Unternehmensstrafrecht”, en Schünemann et al. (eds.), *Festschrift für Claus Roxin*, Berlín-Nueva York, Walter de Gruyter, 2001, pp. 651-663].
- GÖHLER, Erich, “Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers für die in seinem Betrieb begangenen Zuwiderhandlungen”, en Jescheck y Lüttger, *Festschrift für Eduard Dreher*, Berlín-Nueva York, Walter de Gruyter, 1977, pp. 611-621 [FS-Dreher].
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1988.
- HASSEMER, Winfried, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 2^a ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1996.
- HEINE, Günther, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken*, Baden-Baden, Nomos, 1994.
- HERZBERG, Rolf Dietrich, *Die Verantwortung für Arbeitsschutz und Unfallverhütung im Betrieb*, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, Carl Heymans, 1984.
- HILGENDORF, Eric, *Strafrechtliche Produzentenhaf tung in der “Risikogesellschaft”*, Berlín, Duncker & Humblot, 1993.

derivados de las cosas pertenecientes a la empresa —como p. ej. armas de guerra—, sino también por tener que velar por que dichos peligros no lleguen a realizarse por un comportamiento indebido de sus subordinados.

¹⁰⁴ Con más detalle, DEMETRIO CRESPO, *Omisión*, 2009, pp. 166 y ss.

- HsÜ, Yü-hsiu, *Garantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten?*, Paffenweiler, Centaurus, 1986.
- JAKOBS, Günther, “La competencia por organización en el delito omisivo”, en Günther Jakobs, *Estudios de Derecho penal*, trad. de E. Peñaranda Ramos, 1997, Madrid, Civitas, pp. 347-363.
- _____, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2^a ed., Berlin, Walter de Gruyter, 1991 [@ Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación], 2^a ed., trad. de J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1997].
- JUANATEY DORADO, Carmen, “Responsabilidad penal omisiva del fabricante o productor por los daños a la salud derivados de productos introducidos correctamente en el mercado”, en Boix Reig y Bernardi (dirs.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Madrid, Iustel, 2005, pp. 133-158.
- KUHLEN, Lothar, “Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte”, en *NStZ* 12 (1990), pp. 566-570.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, Universidad Autónoma-Civitas, 1994.
- _____, “Fundamento y límites del deber de garantía del empresario”, *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en Honor del profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, BOE, 1995, pp. 209-227 [LH-Tiedemann].
- LUHMANN, Niklas, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, 4^a ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1995.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007 [DPEE. PG].
- MEINI, Iván, *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 5^a ed., Berlin-Nueva York, Walter de Gruyter, 1996.
- _____, “Die strafrechtliche Haftung für die Auslieferung gefährlicher Produkte”, en Weigend y Kupper (ed.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, Berlin-Nueva York, Walter de Gruyter, 1999, pp. 291-312 [FS-Hirsch].
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique, “Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones)”, en *Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Madrid, Colex, 2006, pp. 411-430.
- _____, “Autoría y participación en la empresa”, en **Serrano-Piedecasas y Demetrio Crespo (eds.)**, *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Madrid, Colex, 2008, pp. 161-187.
- QUINTERO OLIVARES (2009), “La crisis de la configuración individualista de la teoría de la participación. La entrada de entes y grupos”, en *CGPJ*, Madrid (en prensa).
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, “Incidencia dogmática de la jurisprudencia del caso de la colza y otros casos en materia de productos defectuosos”, en Boix Reig y Bernardi (dirs.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Madrid, Iustel, 2005, pp. 115-132.
- ROTSCH, Thomas, *Individuelle Haftung in Großunternehmen. Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*, Baden-Baden, Nomos, 1998.
- ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat), Múnich, C.H. Beck, 2003 [AT. Band II].
- SCHALL, Hero, “Grund und Grenzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung”, en Rogall, Puppe, Stein y Wolter (eds.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi*, Neuwied, Luchterhand, 2004, pp. 267-283 [FS-Rudolphi].
- SCHÜNEMANN, Bernd, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Gotinga, Otto Schwartz & Co., 1971.
- _____, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, Heymann, 1979.
- _____, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, trad. de D. Brückner y J.A. Lascuráin Sánchez, en *ADPCP* (1988), pp. 529-558.
- _____, “Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte”, en Gimbernat, Schünemann y Wolter (eds.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte. Ein spanisch-deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin*, Heidelberg, C.F. Müller, 1995, pp. 49-82 [Spanisch-deutsches Symposium].
- _____, “Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización

de la imputación”, trad. de B. Spínola Tártalo y M. Sacher, *ADPCP*, vol. LV (2002), pp. 9-38.

_____, “El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría, incluyendo el actuar en lugar de otro”, trad. de M. Sacher, *RDP* 2 (2005), pp. 29-62.

_____, “Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt”, en Böse y Sternberg-Lieben (eds.), *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Ameling zum 70. Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humblot, 2009, pp. 303-323.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho

español”, en Silva Sánchez (ed.), Schünemann y Figueiredo Días (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, JM Bosch, 1995, pp. 357-379 [**LH-Roxin**].

TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Derecho penal de la empresa*, Madrid, Trotta, 1995 [**DPEmpr**].

TIEDEMANN, Klaus, *Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*, 2^a ed., Múnich, Carl Heymanns, 2007.

WEIGEND, Thomas, “§13 Begehen durch Unterlassen”, *Leipziger Kommentar*, 12^a ed., Berlín, De Gruyter, 2006, pp. 815-873.

Doctrina



Elementos del *Common Law* en el Derecho Penal Internacional*

• • •

Javier Dondé Matute

Instituto Nacional de Ciencias Penales, México

Revista Penal México, núm. 3, enero-junio de 2012

RESUMEN: En el presente artículo el autor hace una comparación entre diversos tipos penales y figuras selectas del Derecho Penal sustantivo que se encuentran en el Common Law y en el Derecho Penal Internacional para tratar de establecer hasta qué grado esta tradición jurídica ha influido en esta rama del Derecho Internacional. Después de analizar textos legislativos y resoluciones judiciales el autor concluye que la influencia no ha sido tan importante como comúnmente se percibe; sin embargo, del Common Law se pueden extraer diversas herramientas de sistematización y análisis que ayudarían a comprender mejor el Derecho Penal Internacional.

PALABRAS CLAVE: Corte Penal Internacional, crímenes de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra, empresa criminal común, Derecho Penal comparado.

ABSTRACT: This paper compares different criminal types and selected figures from fundamental criminal law found in Common Law and in international criminal law in order to find out how this law tradition has influenced this branch of international law. After examining juristic writings and judicial decisions the author comes to the conclusion that this influence has not been as considerable as commonly thought. Nonetheless Common Law can provide several tools for systematization and analysis that could contribute to a better understanding of international criminal law.

KEY WORDS: International Criminal Court, crimes against humanity, genocide, war crimes, joint criminal enterprise, compared criminal law.

SUMARIO: I. Introducción. II. Algunas consideraciones previas sobre Derecho Penal del Common Law. III. Referencias expresas al Common Law: A. Palabras preliminares. IV. Análisis de delitos; A. Homicidio; B. Violación; C. Confabulación delictiva (Conspiracy). V. Otros aspectos relevantes no constitutivos de delitos: A. Empresa criminal común. VI. Elementos subjetivos en el Estatuto de Roma y en el Código Penal Modelo. VII. Los Elementos de los Crímenes y el Código Penal Modelo. VIII. Dos consecuencias adicionales del análisis por elemento en el Common Law. IX. Conclusiones.

* El presente artículo es el resultado de una estancia de investigación realizada en la Universidad de California en Davis. Quiero agradecer los comentarios de los profesores Miguel Méndez y Jack Chin, así como su disponibilidad para aclarar mis dudas e inquietudes sobre el Derecho Penal del *Common Law*. También expreso mi agradecimiento a Beth Greenwood por su hospitalidad durante la estancia de investigación.

I. Introducción

La investigación que da origen a este artículo surge de la inquietud por determinar hasta qué punto el sistema penal del *Common Law* ha repercutido en el desarrollo y práctica del Derecho Penal Internacional (DPI). La inquietud surge de la postura de que esta familia jurídica ha tenido una influencia desbordada en la conformación de esa nueva rama del Derecho Internacional, por lo menos en comparación con la familia Romano-Germánica (*Civil Law*). Esta creencia surge de la idea de que en el Derecho Internacional en general y en el DPI en particular hay una dependencia en el precedente y un desprecio por el Derecho escrito o “codificado”.

Del mismo modo, es común suponer que el análisis del Derecho Penal sustantivo en los tribunales internacionales sigue la tradición anglosajona, tanto en las formas de autoría y participación como en el desglose de los elementos de los tipos penales. Esta creencia quizás surge del hecho de que en varias de las sentencias de los tribunales *ad hoc* se emplean términos propios del *Common Law*, como *mens rea* o *actus reus*.

Debido a lo anterior, era necesario iniciar una investigación en Derecho Penal sustantivo del *Common Law*, en un primer momento para establecer científicamente la veracidad de las afirmaciones anteriores y, de poderse comprobar, tener elementos para entender de mejor manera el DPI.

La presente investigación es el resultado de una estancia de investigación realizada en la Universidad de California en Davis, en donde tuve la oportunidad de acercarme al Derecho Penal del *Common Law* y hacerme de herramientas que me ayudaran a entender algunos aspectos del DPI que a primera vista no eran de fácil explicación, quizás debido a su origen anglosajón. Estos comentarios, que podrían parecer anecdóticos, en realidad tienen gran relevancia para explicar la metodología de esta investigación.

En primer lugar, es importante señalar que desde hace varios años mi línea de investigación ha sido el DPI y el Derecho Penal comparado, y es el punto de partida del presente trabajo. Dicho de otra manera, es la constante, y los elementos del *Common Law* que se han seleccionado son las variables. En efecto, como mi formación no se basa en la tradición jurídica del *Common Law*, no era lo ideal partir de este presupues-

to como una constante, pues mis conocimientos del Derecho Penal apenas se empezaron a formar con la referida estancia de investigación.

La referencia a la investigación realizada en California tiene otra importancia fundamental. El *Common Law* no es único y se ha desarrollado en forma diversa en distintas partes del mundo. Las reglas del *Common Law* no son iguales en Inglaterra, Australia, la India, Canadá o Sudáfrica, por ejemplo. Esto sin mencionar las combinaciones con el *Civil Law* que se han dado en lugares como los últimos mencionados o en Escocia. En Estados Unidos, como el Derecho Penal es estatal y federal, también ha tenido un desarrollo diferente en cada sistema jurídico nacional; incluso algunos estados han abandonado el *Common Law* tradicional y han optado por propuestas consideradas más modernas como la del Código Penal Modelo [*Model Penal Code* (MPC)].

Por ende, es imposible que esta investigación pretenda abarcar todo el *Common Law*. Ni siquiera es factible decir que se consideró como referente el *Common Law* de Estados Unidos, pues éste difiere de uno a otro estado. No obstante, la mayoría de las referencias que se presentan para ilustrar las normas de esta familia jurídica hacen referencia a California o al MPC, acreditado como una sistematización y reformulación importante del Derecho Penal de Estados Unidos, como se explicará en su momento.

Así pues, es importante tener presente este sesgo metodológico que surgió de las circunstancias. No obstante, cuando se estime conveniente se harán referencias al Derecho Penal de Inglaterra. Al respecto, es importante hacer también una aclaración metodológica: el Derecho Penal en Inglaterra no ha sido codificado como en Estados Unidos, no solamente en precedentes sino en leyes especiales, y por ello se emplean referencias a fuentes secundarias que han elaborado ya la tarea de darle coherencia a esta rama del Derecho en ese sistema jurídico. En efecto, como en la primera etapa del estudio se pretendió describir las normas del *Common Law*, se consideró suficiente utilizar estas fuentes porque el trabajo científico del presente estudio no descansa primordialmente en el análisis o crítica del Derecho Penal anglosajón.

Esta aclaración conduce de manera directa a otra explicación metodológica importante. Al emprender la identificación del estado del arte se encontró que hay muy poco material y antecedentes de la influen-

cia del Derecho Penal del *Common Law* en el DPI¹ y, sobre todo, en la elaboración del Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto CPI). Esto contrasta con lo que se puede encontrar en materia procesal, lo cual fue prioritario en las discusiones de la Conferencia de Roma.²

Los elementos citados complican el uso de documentos para determinar el alcance que tuvo el *Common Law* en el desarrollo del DPI y del Estatuto CPI. En efecto, como se comprobó con la simple revisión del estado del arte que no había evidencia contundente de que el *Common Law* hubiera influido en el desarrollo del DPI, fue imposible documentar este aspecto. En consecuencia, se decidió emplear el método de investigación comparado. Consecuentemente, se analizó la práctica de los tribunales y las estructuras en los instrumentos internacionales, en contraste con los códigos nacionales. Entonces, para determinar si se habían adoptado indirectamente las fórmulas del primero, se hizo necesario estudiar los aspectos relevantes de esta familia jurídica y contrastarlos con el cuerpo normativo vigente en el DPI.

Establecido el método, se seleccionó el material que iba a ser objeto de la comparación. Aquí hubo igualmente un sesgo personal al preferirse la inclusión de los tipos penales —debido también a los antecedentes en mi línea de investigación— que parten del principio de legalidad penal y de los tipos penales en el ámbito internacional.

Así pues, se privilegiaron los tipos penales y, entre ellos, los que tuvieran algún antecedente en el *Common Law* tradicional, los llamados *Common Law crimes*; es decir, los 11 delitos que originalmente surgieron en esta familia jurídica; así se decidió estudiar el homicidio, la violación, el secuestro y el *conspiracy*. De éstos, se tuvo que eliminar casi de inmediato el secuestro (*kidnapping*), pues, otra vez, a partir de la revisión del estado del arte se determinó que no había suficientes resoluciones en los tribunales *ad hoc*, ya no digamos ante la CPI, para estudiar tal delito, si

bien hay resoluciones que estudian otras formas de privación ilegal de la libertad como el encarcelamiento ilegal; pero como la privación ilegal de la libertad no es un *Common Law crime*, se salía de los parámetros establecidos con antelación para la presente investigación.

Cabe notar que los tipos penales en el Estatuto CPI prevén elementos contextuales como “la pauta manifiesta de conducta” en el genocidio, el ataque contra la población civil en el caso de los crímenes de lesa humanidad y el conflicto armado para los crímenes de guerra. Éstos son elementos propios de estos crímenes internacionales que, por lo mismo, no tienen un reflejo en el ámbito nacional y menos en delitos nacionales como los mencionados. Por tal razón los elementos contextuales se excluyeron del análisis inicial.

Si bien el punto de partida fueron los tipos penales, hubo otros aspectos que no podían dejarse fuera de este estudio, como la relevancia de los elementos subjetivos, la estructura del MPC y otras figuras como la empresa criminal común [*Joint Criminal Enterprise* (JCE)] que son de suma importancia en el DPI y que era imposible excluir de este análisis.

La última aclaración metodológica es que mucho del material empleado está en inglés, no sólo el relativo al *Common Law* sino el del DPI, en particular las sentencias de los tribunales *ad hoc* que, mientras la CPI no genere una jurisprudencia más nutrida, seguirá siendo una fuente importante de esta rama del Derecho Internacional. Así, es importante señalar que las traducciones son propias en lo general, aunque también se usaron los digestos en español de Human Rights Watch que recopilan los extractos más importantes de las sentencias de los tribunales *ad hoc*.

Hechas las aclaraciones pertinentes, la estructura de esta investigación se desglosa a continuación.

En el capítulo dos se presenta una breve exposición del Derecho Penal del *Common Law*. Se parte del supuesto de que los lectores del presente estudio no están familiarizados con dicha tradición jurídica,

¹ Adrian Bos, “From the International Law Commission to the Rome Conference (1994-1998)”, en Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R.W.D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. 1, Oxford University Press, 2002, pp. 35-64. Los crímenes de genocidio y lesa humanidad no generaron mucha controversia, por ello la discusión fue escasa. Solamente los crímenes de guerra provocaron polémica, pero en todo caso fue la inclusión de algunas figuras típicas, pero no la tradición jurídica que debería imperar en su construcción.

² Sobre los aspectos procesales del Estatuto de la CPI y las tradiciones jurídicas nacionales, véanse Robert Christensen, “Getting to Peace by Reconciling Notions of Justice: The Importance of Considering Discrepancies between Civil and Common Legal Systems in the Formation of the International Criminal Court”, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, otoño-invierno de 2001-2002, pp. 391-423, y Immi Tallgren, “Sense and Sensibility of International Criminal Law”, *European Journal of International Law*, 2002, vol. 13, núm. 3, pp. 561-595.

por lo que se da una breve explicación de los conceptos básicos que serán utilizados con mayor frecuencia en los capítulos siguientes. Es un capítulo meramente descriptivo y que, por lo mismo, se basa en bibliografía básica, pues su finalidad es basarse en conceptos claros para la comparación propuesta.

El siguiente capítulo parte de lo obvio. Se analizan las referencias expresas al *Common Law* hechas por los tribunales *ad hoc*, ya que en los tratados internacionales y en los demás instrumentos internacionales no se presentan esas referencias. Aquí, la idea es destacar aquellos casos en los cuales, a pesar de los antecedentes, se ha recurrido al Derecho anglosajón para tratar de darles contenido a diversos conceptos o figuras jurídicas. No obstante, por los límites autoimpuestos a este trabajo únicamente se consideran las relevantes para el mismo.

En el capítulo cuatro se abordan los crímenes que serán materia central de análisis: homicidio, violación y *conspiracy*. A cada delito le corresponde un apartado en el que primero se describe el concepto en el DPI, ya que, como dijimos, es el punto de partida; luego se define el concepto según el *Common Law* (con las advertencias ya explicadas) y se concluye con el contraste de ambos tipos penales.

En los siguientes capítulos se estudian aquellos aspectos que no encuadran con facilidad en los rubros anteriores. El primero de los aspectos que se aborda es la JCE, que no es un delito sino una forma de autoría, para cuyo análisis de retoma el método comparado descrito para el capítulo anterior. El segundo aspecto que se estudia son los elementos subjetivos. *A priori*, parece haber una similitud entre la estructura y los conceptos empleados en el MPC y del Estatuto CPI, por lo que se considera pertinente hacer una comparación para determinar si hay alguna semejanza que valga la pena destacar. Del mismo modo, aquí también se estudia la similitud entre la estructura del MPC y de los elementos de los crímenes, sobre todo en el detalle en desglosar los elementos del tipo y la inclusión pormenorizada de ciertos elementos subjetivos.

El último aspecto que se analiza es el empleo del análisis por elemento utilizado en el MPC y su posible uso para estudiar los tipos penales. Este rubro es muy diferente de los demás porque se busca replicar

el método de análisis del MPC para los tipos penales en el Estatuto CPI, sobre todo para explicar la aparente disyuntiva entre los elementos contextuales y las conductas subyacentes a los crímenes internacionales. No es un estudio comparado ni el análisis de la influencia del *Common Law* en el Estatuto CPI, por eso contrasta; es más bien una propuesta y el análisis de su viabilidad.

II. Algunas consideraciones previas sobre Derecho Penal del *Common Law*

Si bien no se pretende realizar un análisis exhaustivo del Derecho penal del *Common Law*, es importante hacer algunas precisiones iniciales. Como se señaló, el presente estudio se concentra en la forma de analizar los crímenes en la tradición anglosajona y su repercusión en el Derecho Penal Internacional (DPI). Esto significa que no forman parte de este trabajo otras figuras del Derecho Penal como las formas de autoría o las excluyentes de responsabilidad, aunque es inevitable que en algunos casos sea necesario hacer referencia a estos aspectos del Derecho Penal.

En consecuencia, sólo será necesario hacer algunas aclaraciones y precisar ciertos conceptos respecto de los delitos en particular.³ Al respecto hay que explicar, aunque sea de manera breve, los elementos del delito y la interpretación de las leyes penales en el sistema del *Common Law*. Es preciso recordar que el presente estudio se realiza desde la perspectiva del *Common Law* de Estados Unidos y que se hará referencia a otros sistemas jurídicos cuando se estime indispensable.

En el Derecho Penal del *Common Law* los delitos tienen dos elementos, el *actus reus* y el *mens rea*. El *actus reus* corresponde a los elementos del tipo penal, a la descripción típica prevista en las leyes y la conducta que se adecua a ella. Para estos sistemas jurídicos, lo trascendental es que se sancione una conducta que se realizó en forma voluntaria; es otra forma de excluir la penalización de pensamientos o las condiciones del autor.⁴

La revisión de la jurisprudencia y de la doctrina muestra que hay más preocupación por establecer que no se trata de un acto u omisión que por hacer una definición conceptual. Por consiguiente, es posible

³ Si se busca profundizar en el estudio del Derecho Penal del *Common Law*, se recomienda consultar a detalle las fuentes que se citan en este apartado.

⁴ Wayne R. LaFave, *Criminal Law*, 3^a ed., West Group, St. Paul, 2000, pp. 207 y 208 (Hornbook Series).

encontrar casos que establecen que no hay conducta cuando la persona se encuentra en estado de inconsciencia⁵ o cuando se sufre un ataque epiléptico.⁶ También se ha discutido si la drogadicción⁷ o la homosexualidad⁸ pueden sancionarse.

Estas premisas se retoman en el MPC⁹ al señalarse que una persona sólo puede ser considerada culpable por una conducta que no es otra cosa que un acto u omisión voluntaria de la cual es físicamente capaz.¹⁰ A continuación se señalan los “actos” que no se consideran voluntarios¹¹ y las condiciones que deben reunirse para que una omisión sea penalizada.¹² (Un dato curioso es que fue preciso expresar en el MPC que la posesión es una conducta.¹³)

La circunstancia de que los códigos penales expresen una definición o hagan un acercamiento general a lo que constituye una conducta no tiene repercusiones en el análisis de los delitos en particular. En estos casos, el estudio del delito se hace mediante la identificación de la conducta o *actus reus* particular y, en resumidas cuentas, de la argumentación de por qué lo descrito en la ley no constituye una conducta. Tal método de análisis se explicará con detenimiento al estudiar los crímenes en particular, pues se puede adelantar que esta forma de concebir el delito fue adoptada por el Derecho Penal Internacional.

El segundo elemento de los delitos es el *mens rea* o elemento subjetivo. La conducta debe ser voluntaria, eso queda claro del *actus reus*; por tanto, es indispensable conocer cuál es el grado de voluntad necesario para realizar la conducta. Cabe destacar que en las formulaciones más modernas, como el MPC, ya no

se emplea el término *mens rea* o elemento subjetivo, sino el de *culpability* y, en consecuencia, grados de culpabilidad.¹⁴ En el *Common Law* tradicional existe una enorme confusión terminológica porque en las distintas leyes y decisiones judiciales se emplean términos como *maliciously*, *intentionally*, *negligently*, *willfully* y *feloniously*, entre otros.¹⁵ Sin embargo, no queda claro cuál es la distinción entre cada uno de estos términos, pues muchas veces sus contornos y significados se traslanan o dependen de la interpretación de cada tribunal.¹⁶

Al respecto se ha dicho que uno de los grandes avances del MPC es poner orden en cuanto a los elementos subjetivos del delito.¹⁷ Este código reconoce los siguientes elementos subjetivos: *purposely*, *knowingly*, *recklessly* y *negligently*,¹⁸ y los define para tratar de remediar la confusión del *Common Law* tradicional.

Purposely (con propósito) implica que la persona tiene como finalidad cometer la conducta y alcanzar el resultado. *Knowingly* implica una certeza casi absoluta de que la conducta llevará al resultado penalizado. *Recklessly* se refiere a que la conducta realizada tiene una probabilidad sustancial de llevar al resultado. *Negligently* significa que la persona toma un riesgo injustificado que causa el daño.¹⁹ Como el propósito de este estudio no es hacer un análisis exhaustivo de estos conceptos, se mencionan aquí pero se detallarán en los capítulos posteriores si se considera necesario.²⁰

Hay dos cuestiones que es importante subrayar. En primer lugar, ya se señalaba respecto del *actus reus*

⁵ *People v. Newton*, 8 Cal. App.3d 359.

⁶ *People v. Decina*, 2 N.Y.2d 133.

⁷ *Robinson v. California*, 370 US 660 (1962).

⁸ *Lawrence v. Texas*, 539 US 558 (2003).

⁹ Para los antecedentes del MPC, véase Herbert Wechsler, “The Challenge of a Model Penal Code”, *Harvard Law Review*, vol. 65, 1951-1952, p. 1097. Para un análisis de la parte general del MPC, véase Markus D. Dubber, *Criminal Law. Model Penal Code*, Foundation Press, Nueva York, 2002.

¹⁰ MPC, sec. 2.01 (1). “A person is not guilty of an offense unless his liability is based on conduct which includes a voluntary act or the omission to perform an act which he is physically capable.”

¹¹ *Ibid.*, sec. 2.01 (2).

¹² *Ibid.*, sec. 2.01 (3).

¹³ *Ibid.*, sec. 2.01 (4).

¹⁴ *Ibid.*, sec. 2.02; LaFave, *op. cit.*, p. 228.

¹⁵ Ronald L. Gainer, “The Culpability Provisions of the Model Penal Code”, *Rutgers Law Journal*, vol. 19, 1988, pp. 575 y 581.

¹⁶ Laurie L. Levenson, *The Glannon Guide to Criminal Law*, Aspen Publishers, Nueva York, 2005, pp. 26-29, y LaFave, *op. cit.*, 226-227.

¹⁷ Commentaries sec. 2.02, p. 230.

¹⁸ Para una visión crítica de esta estructura, véanse sección 2.02 y Kenneth W. Simons, “Should the Model Penal Code’s Mens Rea Provisions be Amended?”, *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 1, 2003.

¹⁹ Levenson, *op. cit.*, pp. 29 y 30, y Commentaries sec. 2.02, pp. 233 y 244.

²⁰ En el empleo de estos términos he prescindido de traducciones para evitar confusión, aunque conceptos como *recklessly* podría coincidir con “dolo eventual” y *negligently* con “culpa”, considero que es mejor conservar los significados originales.

que en el *Common Law* los delitos se estudian identificando los elementos particulares de cada uno, es decir, la conducta y el elemento subjetivo, *mens rea* o *culpability*. Esta mecánica es aún más evidente en relación con el segundo elemento. El MPC establece que cada delito debe incluir el o los elementos subjetivos con los que se puede cometer. En otras palabras, el legislador debe incorporar los grados de *culpability* que considere relevantes en el aspecto penal. Así, cuando hay una omisión legislativa, se establece una cláusula genérica que determina que el requerimiento mínimo es el *recklessly*.²¹

En segundo lugar, es importante destacar que a cada uno de los elementos del tipo penal le puede corresponder un elemento subjetivo o grado de *culpability* diferente. A esto se le denomina *análisis por elemento* (*Element Analysis*), que adquirirá relevancia en apartados posteriores.²² El análisis por elemento significa que a cada elemento material le puede corresponder un umbral subjetivo distinto, por lo que el análisis y la correlación de los tipos penales se deben hacer elemento por elemento. Éste se opone al *análisis por delito* (*Offense Analysis*), común en el *Civil Law* y que implica que a cada tipo penal le corresponde un elemento subjetivo.²³

Es fundamental señalar que no es (del todo) correcto pensar que los abogados en los sistemas del *Common Law* estudian los delitos haciendo referencia a los dos elementos que los constituyen. Si bien se pueden encontrar algunas referencias a esta estructura analítica en la doctrina o en las resoluciones judiciales, lo cierto es que no corresponden a una teoría general, como es la teoría general del delito en los sistemas del *Civil Law*. Como se señaló en párrafos anteriores, lo que suele analizarse son los aspectos particulares o distintivos de cada delito. Pensar en principios generales que se pudieran aplicar a cada delito es una concepción continental del Derecho Penal.

Sobre estos temas se profundizará más adelante. En este apartado se pretende establecer algunas bases que permitan entender la influencia que en su momento puede tener el *Common Law* en el DPI.

²¹ Sección 2.02 (3). “When the culpability sufficient to establish a material element of an offense is not prescribed by law, such element is established if a person acts purposely, knowingly or recklessly with respect thereto.”

²² MPC sec 2.02 (4). “When the law prescribing an offense prescribes the kind of culpability that is sufficient for the commission of an offense, without distinguishing among the material elements thereof, such provision shall apply to all the material elements of the offense, unless a contrary purpose plainly appears.”

²³ Para una explicación detallada del sistema de análisis por elemento de los tipos penales, véase Paul H. Robinson y Jane A. Grall, “Element Analysis in Defining Criminal Liability: The Model Penal Code and beyond”, *Stanford Law Review*, vol. 35, pp. 681-768.

III. Referencias expresas al *Common Law*

A. Palabras preliminares

En este capítulo se identifican y explican las referencias que los tribunales *ad hoc* han hecho al *Common Law*. Se trata de casos en los cuales expresamente se asume que el *Common Law* ha sido empleado para darles contenido a distintos conceptos jurídico-penales previstos en los estatutos de esos tribunales. Es importante notar que dichas referencias pueden realizarse como parte del estudio de los sistemas jurídicos nacionales, lo cual quizás incluya también referentes al *Civil Law*. En todo caso, es importante distinguir entre aquellos supuestos en los cuales solamente se recurre al *Common Law* o a ambas familias jurídicas prefiriendo el concepto proveniente de la tradición jurídica anglosajona. Por otra parte, hay que aclarar, con base en una perspectiva metodológica, que los casos que aquí se analizan no son los únicos que podría haber. Simplemente se seleccionaron algunos que podrían ser de interés y, en ciertas ocasiones (*homicidio, conspiracy, incitement*), relevantes para capítulos posteriores. En este sentido, se hace una invitación al lector a replicar esta búsqueda con otros conceptos y figuras jurídicas.

Es probable que *Celebici* sea uno de los casos en que ha sido más relevante la influencia del *Common Law* en el Derecho Penal Internacional, pues se mencionan fuentes de esta familia jurídica en dos momentos distintos para establecer las bases de la interpretación del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) y para sustentar las disposiciones relativas al homicidio.

En el caso *Furundzija* la Segunda Sala de Primera Instancia del TPIY estableció las bases para la aplicación del Derecho Penal nacional al Derecho Penal Internacional. Lo anterior con el propósito de determinar los contornos de la violación como crimen de guerra. Para empezar, la Sala determinó que se puede recurrir al Derecho Penal nacional cuando las normas del Derecho Internacional, como los tratados, la cos-

tumbre y los principios generales del Derecho Penal Internacional o del Derecho Internacional general son insuficientes para determinar los alcances de un tipo penal.²⁴

A la par, se deben satisfacer las siguientes condiciones: primero, se deben considerar los sistemas jurídicos del *Common Law* y del *Civil Law* por igual, salvo disposición en contrario; hay que tener en cuenta los denominadores comunes presentes en ambas familias jurídicas. En segundo lugar, se deben tener en cuenta los rasgos particulares del Derecho Penal Internacional y de los tribunales internacionales. Esto hace indeseable que se hagan trasplantes de manera formal.²⁵

Con estas bases, la Sala procedió a dar la definición típica de violación. Para ello, consideró que la penetración vaginal y anal eran rasgos comunes en los distintos sistemas jurídicos del mundo.²⁶ También consideró que la penetración oral no era un elemento uniforme en todas las jurisdicciones estudiadas,²⁷ pero consideró pertinente incluir esta modalidad toda vez que el Derecho Internacional Humanitario tiene como objetivo salvaguardar la dignidad humana y criminalizar dicha conducta sería compatible con tal fin.²⁸ Así, la Sala siguió sus propias reglas de aplicación y adecuó el Derecho Penal nacional a las exigencias del Derecho Penal Internacional.²⁹

Otro ejemplo importante del empleo del mecanismo citado se halla en el *caso Akayesu*, uno de los primeros resueltos por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) al establecer el significado de la complicidad para cometer genocidio, según su estatuto. La Primera Sala de Primera Instancia comienza su análisis de esta figura señalando que la complicidad es una forma de participación tanto en el *Common Law* como en el *Civil Law*, dado que el cómplice es

la persona que se asocia con el autor principal. Sin embargo, al citar la fuente de esta afirmación se retoma una de un diccionario jurídico del *Common Law*.³⁰ A continuación, la Sala señala que los elementos de la complicidad en *Civil Law* pueden ser de tres formas: instigación, auxilio y asistencia (*aiding and abetting*) y procuración de medios.³¹ En seguida señala que en el *Common Law* la complicidad es muy parecida, pues incluye auxilio y asistencia (*aid and abet*), consejo y procuración de medios.³² Cabe notar que las fuentes empleadas para sustentar lo anterior fueron el Derecho Penal senegalés y el Derecho Penal francés, por parte del *Civil Law*, mientras que por parte del *Common Law* no se mencionan citas adicionales.

La Sala decidió retomar los elementos de complicidad encontrados en el Derecho Penal de Ruanda;³³ sin embargo, las explicaciones adicionales se sacan del *Common Law*. En primer lugar, se establece un elemento subjetivo para la complicidad. Se explica que quien es cómplice debe conocer que brinda asistencia para la comisión del delito, debe actuar con conocimiento (*knowingly*).³⁴ A pesar de ello, no es necesario que el cómplice desee que se cometa el delito, inclusive puede lamentar que el delito se haya cometido. Para fundamentar dicha regla se emplearon distintos casos ingleses.³⁵

En el mismo *caso Akayesu* la Sala tuvo que determinar la naturaleza del delito de incitación pública y directa para cometer genocidio. En primer lugar, se determinó que en el *Common Law* la incitación es una forma de participación, así como en algunos países de América Latina la provocación (en opinión de la Sala un equivalente de la incitación) es una forma específica de participación. No obstante, se aclaró que en general en las jurisdicciones del *Civil Law* la incitación es vista como una forma de complicidad.³⁶ A pesar de

²⁴ Prosecutor v. Furundzija, IT-95-17/1-T (Trial Chamber), 10 de diciembre de 1998, párr. 177.

²⁵ Ibid., párr. 178.

²⁶ Ibid., párr. 180.

²⁷ Ibid., párr. 182.

²⁸ Ibid., párr. 183.

²⁹ Véase también Prosecutor v. Bagilishema, ICTR-95-1A-T (Trial Chamber I), 7 de junio de 2001, párrs. 69 y 70. Otro ejemplo de la incorporación del Derecho Penal nacional al Derecho Penal Internacional en esta resolución respecto de los alcances de la complicidad. Prosecutor v. Delalic et al., IT-96-21, Judgement (Appeals Chamber), 20 de febrero de 2001, párr. 590. *Diminished capacity is no defense.*

³⁰ Prosecutor v. Akayesu, ICTR-96-4-T (Trial Chamber), 2 de septiembre de 1998, párr. 527.

³¹ Ibid., párr. 533.

³² Ibid., párr. 535.

³³ Ibid., párr. 537.

³⁴ Ibid., párr. 538.

³⁵ Ibid., párr. 539.

³⁶ Ibid., párr. 552.

que la Sala recurrió a ambas familias jurídicas para tratar de explicar la naturaleza de la incitación, en su argumentación concluye que el estatuto prevé que se trata de un delito independiente,³⁷ lo cual implicaría que el Derecho Penal Internacional tiene una forma distinta de entender esta figura jurídica.

Por último, la Sala recurre por igual a fuentes del *Common Law* y del *Civil Law* para establecer que la incitación puede consistir en amenazas u otras formas de presión, al parecer algo común a ambas familias jurídicas.³⁸ Del *Civil Law* se retoma la noción de que la incitación (o provocación) es pública cuando se realiza en un lugar público, y directa cuando se refiere a la comisión de un delito específico;³⁹ en particular, se retoma el Derecho Penal francés. Del *Common Law* se adopta la idea del delito formal o inacabado (*inchoate offense*) para señalar que la incitación se puede sancionar aunque el delito no se realice pues es un delito autónomo que se agota en sí mismo,⁴⁰ al igual que el *conspiracy*, como se verá más adelante. Es importante señalar que en este caso también se recurre al Derecho Penal ruandés.⁴¹

Al establecer los cánones de interpretación que el TPIY debiera utilizar, la Sala de Primera Instancia señala que empleará reglas provenientes tanto del *Common Law* como del *Civil Law*, con el argumento de que en ambas familias jurídicas la finalidad es la misma: desentrañar el significado del instrumento legislativo en cuestión, que en el presente caso fue el Estatuto de TPIY.⁴²

A pesar de esta aclaración inicial, la Sala recurre a fuentes del *Common Law*, en particular a fuentes inglesas, para determinar las reglas de interpretación que empleará. Así, una vez establecida como premisa la interpretación literal del Estatuto, se hace alusión a la “regla de oro” de la interpretación, que consiste en modificar el sentido textual para evitar “injusticias, absurdos, anomalías o contradicciones que no hubieran sido la intención del legislador”. No obstante, para sustentar el uso de esta regla se recurre al

voto particular de Lord Simon of Glaisdale en el *caso Maunsell v. Olins*.⁴³

De la mano con el comentario anterior está la adopción de la *regla del daño (Mischief Rule)*, que tiene como objetivo descifrar la finalidad del instrumento legislativo y que proviene directamente del *Heydon's Case*. En este caso, la judicatura se hizo cuatro preguntas para establecer la intención legislativa: ¿cuál era la norma que establecía el *Common Law* antes de la adaptación de la ley?, ¿cuál era el daño o perjuicio que el *Common Law* no resolvía?, ¿cuál fue el remedio que buscó establecer el Parlamento? y ¿cuál era la verdadera o auténtica razón del remedio? Así, los tribunales debían reprimir el daño y promover el medio legislativo con su interpretación.⁴⁴

Para responder a estas preguntas se recurrió a otro caso inglés: *AG V. Prince of Hanover*, en el cual Viscount Simonds consideró para su voto los siguientes elementos: otras disposiciones de la ley que se busca interpretar, el preámbulo, el estado actual del Derecho de la materia en cuestión, otras leyes similares (*in parti materia*) y el daño que se busca evitar.⁴⁵

Por último, la Sala rechazó la idea de que se pudieran llenar lagunas legislativas, como sucede en el *Civil Law*, pero cuya práctica se considera repugnante por parte del *Common Law* al ser vista como una usurpación de las funciones legislativas por los órganos judiciales.⁴⁶

En una parte posterior de la sentencia se hace un análisis del homicidio intencional como crimen de guerra. Desde el inicio de dicho análisis se recurre al método empleado de manera generalizada por las jurisdicciones del *Common Law*, que divide el delito en dos elementos: el *actus reus* y el *mens rea*. El *actus reus* del homicidio intencional lo compone la acción necesaria para cometer del delito, es decir, la muerte de la víctima como resultado de una acción realizada por el acusado. Por su parte, el *mens rea* del delito se refiere al elemento subjetivo, que en el caso particular lo constituye la intención. Aquí, el alcan-

³⁷ *Ibid.*, párr. 554.

³⁸ *Ibid.*, párr. 555.

³⁹ *Ibid.*, párrs. 556 y 557.

⁴⁰ *Ibid.*, párr. 562.

⁴¹ *Idem*.

⁴² *Prosecutor v. Delalic et al.*, IT-96-21-T (Trial Chamber), 16 de noviembre de 1998, párr. 159.

⁴³ *Ibid.*, párr. 162.

⁴⁴ *Ibid.*, párr. 164.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ *Ibid.*, párr. 165.

ce de la intención fue parte de la *litis* presentada por las partes y se analiza en los siguientes párrafos. Sin embargo, para efectos del presente análisis es importante destacar que la división en estos dos elementos se sustenta en el *caso Morrisette v. United States* de la Suprema Corte de Estados Unidos, es decir, en una jurisdicción del *Common Law*.⁴⁷

La discusión entre las partes se centró en el término intencional (*willful*). En este aspecto, la Sala realizó un análisis mucho más equilibrado entre el texto en inglés y la versión en francés del Estatuto del TPIY.⁴⁸ Sin embargo, procede a realizar un estudio del término *malice* que se emplea en diversas jurisdicciones del *Common Law* para referirse a los homicidios en los que el acusado demuestra tener tanto una mala intención (*ill-will*) como una malévolas y corrupta indiferencia por la vida y la seguridad de los individuos. En otras palabras, el *mens rea* se satisface en el *Common Law* cuando se comprueba que el individuo está consciente de que sus acciones quizás causen la muerte o es indiferente ante la posibilidad de que se cause la muerte con sus acciones. Para efectos de este estudio es significativo notar que se emplearon fuentes de Estados Unidos, Inglaterra y Canadá para llegar a esta conclusión.⁴⁹

Se hace un estudio somero del dolo eventual que pudiera ser el equivalente en las jurisdicciones del *Civil Law*,⁵⁰ pero la Sala termina por adoptar la definición del MPC, la cual indica que el *mens rea* se ve satisfecho con la demostración de que existe una “manifiesta y extrema indiferencia al valor de la vida humana”.⁵¹ Esta definición coincide con el concepto de *recklessness* del *Common Law* que, como señala la Sala, equivale al dolo eventual. Sin embargo, aunque el resultado hubiera sido el mismo al señalar que el homicidio intencional como crimen de guerra se satisface con el dolo eventual, lo relevante para efectos del presente estudio es que se adoptó el concepto an-

glosajón y se sustentó la conclusión en fuentes de esa familia jurídica.⁵²

Por otro lado, resulta interesante ver las referencias directas que se hacen al delito de *conspiracy* o confabulación para cometer genocidio, dado que se trata de una figura que se origina en el *Common Law*.⁵³ En el *caso Musema* del TPIR se realizó dicho análisis.

Al estudiar el alcance del *conspiracy*, la Primera Sala de Primera Instancia del TPIR abordó dicha figura desde la perspectiva del *Common Law* y del *Civil Law*, y destacó una diferencia muy importante respecto del concepto en ambas familias jurídicas. En la tradición anglosajona el *conspiracy* es una forma de participación que se sanciona por sí misma, mientras que en la tradición jurídica continental se considera que es una forma de adelantar la punibilidad y que sanciona la intención criminal o los actos preparatorios de la conducta principal y, por tanto, se limita a los delitos más graves en contra del Estado.⁵⁴

Al respecto, la Sala señala que en *Civil Law* hay dos tipos de *conspiracy*: la confabulación simple, que implica sólo el acuerdo de voluntades para cometer un delito, y la confabulación con actos materiales, que es una forma agravada y que se distingue por la comisión de actos preparatorios. Estas dos formas representan el *actus reus* del delito de *conspiracy*. Cabe destacarse que para hacer esta distinción la Sala se basó nada más en el Derecho Penal francés.⁵⁵

Por su lado, según la Sala el *actus reus* se describe de la siguiente manera: “en el *Common Law* el delito de *conspiracy* se realiza cuando dos o más personas acuerdan un objetivo común, siendo éste un objetivo criminal”.⁵⁶ Como se verá más adelante, la definición de este delito de acuerdo con las normas del *Common Law* no es del todo precisa, pero es la que se incorporó al presente análisis. Por su parte, el *mens rea* es la intención de cometer genocidio, es decir, coincide con el elemento subjetivo específico

⁴⁷ *Ibid.*, párrs. 424 y 425.

⁴⁸ *Ibid.*, párr. 433.

⁴⁹ *Ibid.*, párr. 434.

⁵⁰ *Ibid.*, párr. 435.

⁵¹ *Ibid.*, párr. 436.

⁵² *Prosecutor v. Blaskic*, IT-95-14-A (Appeals Chamber), 29 de julio de 2004, párrs. 34-39. Confirma que en Derecho Penal Internacional el concepto de *recklessness* coincide con el de dolo eventual.

⁵³ Sobre la evolución histórica del *conspiracy*, véase Francis B. Sayre, “Criminal conspiracy”, *Harvard Law Review*, vol. 35, 1921-1922, pp. 393-427.

⁵⁴ *Prosecutor v. Musema*, ICTR-96-13-T (Trial Chamber I), 27 de enero de 2000, párr. 186.

⁵⁵ *Ibid.*, párr. 189.

⁵⁶ *Ibid.*, párr. 190.

de destruir por completo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.⁵⁷

Al margen de que se adopte un concepto continental o uno anglosajón del *conspiracy*, la Sala llegó a la conclusión de que no es necesario que se consuma el delito principal (*substantive offence*), en este caso el genocidio.⁵⁸

No obstante, el conflicto que buscaba resolver la Sala era si se podía condenar a una persona por *conspiracy* cuando el delito se consumaba. De acuerdo con la tradición del *Common Law*, el *conspiracy* se agota con el acuerdo de voluntades, por lo que la comisión posterior del genocidio sería un delito distinto y se podría condenar por ambos. Por su parte, con base en la tradición del *Civil Law*, la comisión del delito (genocidio) subsume al acuerdo de voluntades para cometerlo, por lo que se podría solamente condenar por el delito ya consumado.⁵⁹

La Sala adoptó el concepto del Derecho continental por considerarlo más favorable al acusado. Pero también pesó en su determinación que, según la Convención contra el Genocidio, la *conspiracy* sólo se incluyó para sancionar aquellas conductas que por sí solas no constituyen genocidio, pero en caso de que este delito se consumara ya no tendría caso castigar cualquier acto previo o preparatorio.⁶⁰

De estas breves líneas se pueden extraer algunas reflexiones preliminares. El Derecho Penal nacional fue para los tribunales *ad hoc* una fuente importante para la elaboración de conceptos que apenas se mencionaban sin mayor explicación en los estatutos de estos tribunales. Por lo menos en teoría, dicha incorporación debe intentar establecer un balance entre las normas del *Civil Law* y del *Common Law*. Sin embargo, en los casos analizados se evidencia la preferencia por el uso de fuentes anglosajonas en temas como la interpretación de los instrumentos legislativos y el homicidio intencional. En efecto, incluso en aquellos en los cuales las normas de ambos sistemas son similares, se prefiere basar la conclusión del tribunal en una norma prevista en el *Common Law*. Aun cuando se acaba por adoptar una regla prevista en el *Civil Law*, el análisis del delito se realiza con la fórmula *actus reus/mens rea*, como

se evidencia en el caso del *conspiracy*. Aunque aquí es importante señalar que se prefirió la regla continental debido a su más próxima adaptación al Derecho Internacional Humanitario y no por preferir ese sistema.

Otra serie de casos (por ejemplo, *Akayesu*) lleva a la conclusión de que los tribunales *ad hoc* pueden recurrir a los principios rectores del *Common Law* o del *Civil Law*, pero cuando el Derecho o la familia jurídica del lugar donde ocurrieron los hechos aporta elementos suficientes para darle contenido a la norma del Derecho Penal Internacional, los tribunales la aplicarán en forma directa. Esta fuente nacional de Derecho se codificó en el artículo 21 (1) (c), que señala:

En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y principios internacionalmente reconocidos.

Si bien algunas de estas reflexiones son importantes, es necesario someterlas a prueba ante el análisis más detallado de delitos particulares y su subsecuente aplicación. Éste será el objetivo de los capítulos posteriores.

IV. Análisis de delitos

A. Homicidio

El homicidio quizás sea la conducta más recurrente en DPI, pues forma parte de las tres categorías de crímenes internacionales. En efecto, es una forma de comisión de genocidio y es, si se actualizan los elementos contextuales pertinentes, un crimen de lesa humanidad o un crimen de guerra.

Con independencia de que la privación de la vida lleve distintos nombres: asesinato (*murder*), en el contexto de los crímenes de lesa humanidad; homicidio intencional (*willful killing*), en el contexto de los crímenes de guerra, y matanza (*killing*), en el contexto del genocidio, la jurisprudencia de los tribunales

⁵⁷ *Ibid.*, párr. 192.

⁵⁸ *Ibid.*, párrs. 193 y 194.

⁵⁹ *Ibid.*, párrs. 196 y 197.

⁶⁰ *Ibid.*, párr. 198.

ad hoc ha señalado que los elementos objetivos (*actus reus*) son los mismos.⁶¹ Esta circunstancia simplifica el análisis de tal conducta y su similitud con el homicidio en los sistemas del *Common Law*.

La única distinción entre el homicidio en estos dos contextos es que en el caso de los crímenes de guerra es ilegal privar de la vida a personas protegidas por los convenios de Ginebra, es decir, a heridos, enfermos, naufragos, prisioneros de guerra y población civil en general; en términos generales, a quienes no participan en las hostilidades.⁶² Sin embargo, dicha circunstancia no afecta el presente análisis, pues este sujeto pasivo calificado es propio del elemento contextual conflicto armado y no afecta a la conducta en particular. Es importante recordar que los elementos contextuales no se abordan aquí. Por consiguiente, a menos de que sea relevante establecer una distinción, en este apartado se empleará el término *homicidio* para designar por igual a las descripciones típicas del DPI.

Desde las primeras resoluciones de los tribunales *ad hoc* se ha señalado que el homicidio no es una conducta que entraña dificultades para explicar el acto prohibido, dado que se trata de una conducta reconocida como delictiva en todas las jurisdicciones nacionales.⁶³ No obstante, el objeto del presente análisis será considerar si se adoptan argumentos y elementos del *Common Law* en la descripción de la conducta. En el caso *Akayesu* se adoptó una de las primeras definiciones de homicidio, que se divide en tres elementos:

1. La víctima está muerta.
2. La muerte fue causada por un acto u omisión del acusado o un subordinado.
3. Al momento de la muerte, el acusado o un subordinado tuvieron la intención de matar u ocasionar un daño corporal grave a la persona, con el conocimiento de que

⁶¹ Véanse *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, IT-95-14/2 (*Appeals Chamber*), 17 de diciembre de 2004, párr. 38; *Prosecutor v. Strugar*, IT-01-42 (*Trial Chamber*), 31 de enero de 2005, párr. 236; *Prosecutor v. Blagojevic and Jokic*, IT-02-60 (*Trial Chamber*), 17 de enero de 2005, párr. 642, y *Prosecutor v. Bagosora, Kabiligi, Ntabakuze and Nsengiyumva*, ICTR-96-7 (*Trial Chamber*), 18 de diciembre de 2008, párr. 2117.

⁶² *Ibid.*, párr. 38.

⁶³ *Prosecutor v. Akayesu* (*Trial Chamber*), *op. cit.*, párr. 587.

⁶⁴ *Ibid.*, párr. 589. “The Chamber defines murder as the unlawful, intentional killing of a human being. The requisite elements of murder are: 1. the victim is dead; 2. the death resulted from an unlawful act or omission of the accused or a subordinate; 3. at the time of the killing the accused or a subordinate had the intention to kill or inflict grievous bodily harm on the deceased having known that such bodily harm is likely to cause the victim’s death, and is reckless whether death ensues or not.”

⁶⁵ *Prosecutor v. Brdjanin*, IT-99-36-T (*Trial Chamber*), 1º de septiembre de 2004, párr. 381.

⁶⁶ *Ibid.*, párr. 382. Véase también *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, IT-95-42/2-T (*Trial Chamber*), 26 de febrero de 2001, párr. 229.

⁶⁷ *Prosecutor v. Kordic and Cerkez* (*Trial Chamber*), *op. cit.*, párr. 229.

⁶⁸ Véanse *Prosecutor v. Blaskic*, IT-95-14-T (*Trial Chamber*), 3 de marzo de 2000, párr. 153, y *Prosecutor v. Limaj et al.*, IT-03-66-T (*Trial Chamber*), 30 de noviembre de 2005, párr. 241.

era probable que dicho daño corporal causara la muerte de la víctima, y es indiferente (*reckless*) en cuanto a la muerte.⁶⁴

El único cambio importante que ha sufrido esta definición típica inicial ha sido la aclaración y expansión de las personas que pueden cometer un homicidio, ya que se eliminó la referencia a los subordinados para incluir cualquier forma de responsabilidad vicaria (*vicarious liability*).

Así, encontramos que la formulación moderna se encuentra expresada por la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Brdjanin*:

1. La víctima está muerta.
2. La muerte fue causada por un acto u omisión del acusado, o de una persona o personas por cuyos actos u omisiones es penalmente responsable el acusado.
3. El acto fue realizado, o la omisión tuvo lugar, por parte del acusado, o por una persona o personas por cuyos actos u omisiones éste es responsable penalmente, con una intención:

De matar, o

De inflijir graves lesiones o graves daños corporales, con el conocimiento razonable de que dicho acto u omisión probablemente causaría la muerte.⁶⁵

De esta manera, el *actus reus* es el acto u omisión que causa la muerte de la víctima, como se asienta en los primeros dos puntos señalados.⁶⁶ Por su parte, el *mens rea* es la intención (*intention*) de causar la muerte o de inflijir los daños corporales que ocasionan la muerte, con “imprudente indiferencia por la vida humana (*reckless disregard for human life*)”.⁶⁷

Es importante precisar que como umbral mínimo del *mens rea* basta la imprudencia (*recklessness*). Esto se deduce de la aplicación de dichos elementos en casos concretos.⁶⁸ Sin embargo, en *Blaskic* se incluye

una formulación parecida al *recklessness*; aquí, la Sala de Primera Instancia aclaró que el daño corporal debe producirse cuando se puede asumir razonablemente (*reasonably assume*) que causará la muerte.⁶⁹

El caso *Strugar* tiene especial interés para nuestro estudio. Destaca que en el mismo nunca se emplea el término *recklessness*, que es propio de los sistemas del *Common Law*. Por el contrario, se señala que el daño corporal causado debe tener una alta probabilidad de causar la muerte de la víctima, no una mera posibilidad. Sin embargo, agrega que esto no significa que se hable de un dolo eventual (en términos textuales) dado que “en algunos casos la descripción de la intención indirecta como *dolus eventialis* pudo haber opacado la cuestión porque puede suponerse que el *dolus eventialis* tal y como se entiende y aplica en un sistema jurídico particular ha sido el estándar adoptado por el Tribunal”.⁷⁰

Esta formulación es interesante por dos motivos. En primer lugar, el uso textual de la expresión dolo eventual, que no es propia de los sistemas del *Common Law* y que además es de uso reiterado en los tribunales *ad hoc*. En segundo lugar, el esfuerzo por deslindarse de las formulaciones nacionales del dolo eventual o su equivalente funcional, la *recklessness*, aunque sin dar mayores detalles sobre este razonamiento.

Al respecto, es importante hacer referencia al caso *Brdjanin*, en donde se argumenta que el homicidio se puede cometer con el dolo eventual (de nuevo usando la versión en latín de *dolus eventialis*) y lo define de la siguiente manera: “si el autor se involucra en una conducta que pone en peligro la vida, su homicidio se convierte en intencional si él se ‘reconcilia a sí mismo’ o ‘hace las paces’ con algo parecido a la muerte”. Continúa la Sala de Primera Instancia: “El límite del *dolus eventialis*, por lo tanto, implica el concepto de imprudencia (*recklessness*) pero no el de negligencia (*negligence*) o el de negligencia grave (*gross negligence*)”.⁷¹ Esta sentencia

confirma lo anterior, pues se emplean conceptos del *Common Law* y del *Civil Law* en forma indistinta y sin fundamentarse en el Derecho nacional.

Un aspecto que es preciso comentar es la inclusión de la premeditación como umbral del *mens rea* para el homicidio, polémica que se dio sobre todo en el TPIR. Ésta surgió de la discrepancia entre las versiones en inglés y en francés del Estatuto del TPIR. Mientras que la versión en inglés dice *murder*, el cual no es necesario que se cometía con premeditación; la versión en francés dice *assassinat*, que sí la requiere. En un primer momento, el TPIR demandó que los homicidios fueran todos premeditados al considerar que esta interpretación era más favorable al acusado.⁷² No obstante, con el tiempo se descartó esta noción y se adoptó la formulación del TPIR que no requiere premeditación.⁷³ De hecho, en el caso *Akayesu* se señaló que la versión en francés fue un mero error de traducción.⁷⁴

Ante la CPI, la interpretación de lo que constituye homicidio ha variado mucho. En el caso *Bemba*, la Sala de Cuestiones Preliminares emplea el método tradicional de análisis al dividir los elementos en *actus reus* y *mens rea*.⁷⁵ El *actus reus* de homicidio entonces es la muerte de la víctima causada por un acto del autor, que puede ser una acción u omisión.⁷⁶ Además, se recurrió a la regla general del artículo 30 del Estatuto de la CPI que exige “intención y conocimiento (*intent and knowledge*) de los elementos del crimen”. La Sala reconoció que el artículo 30 solamente establece los supuestos de dolo directo, en primer y segundo grado, excluyendo el dolo eventual. En otras palabras, que el crimen se cometió con la intención y el conocimiento de que se provocaría la muerte o de que ésta se “producirá en el curso normal de los acontecimientos”.⁷⁷

Así, ante la CPI hay dos cambios sustanciales pero relacionados: desaparece el supuesto del *actus reus* de

⁶⁹ Prosecutor v. Blaskic (*Trial Chamber*), *op. cit.*, párr. 153.

⁷⁰ Prosecutor v. Strugar (*Trial Chamber*), *op. cit.*, párrs. 235 y 236. “In some cases the description of an indirect intent as *dolus eventialis* may have obscured the issue as this could suggest that *dolus eventialis* as understood and applied in a particular legal system had been adopted as the standard in this Tribunal.”

⁷¹ Prosecutor v. Brdjanin (*Trial Chamber*), *op. cit.*, párr. 386.

⁷² Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, ICTR-95-1-T (*Trial Chamber*), 21 de mayo de 1999, párrs. 137-140, y Prosecutor v. Semanza, ICTR-97-20-T (*Trial Chamber*), 15 de mayo de 2003, párr. 373.

⁷³ Prosecutor v. Nzabirinda, ICTR-01-77-T (*Trial Chamber*), 23 de febrero de 2007, párr. 25.

⁷⁴ Prosecutor v. Akayesu (*Trial Chamber*), *op. cit.*, párr. 588.

⁷⁵ Véase Prosecutor v. Bemba, *Confirmation of Charges*, ICC-01/05-01/08 (*Pre-Trial Chamber II*), 15 de junio de 2009, párr. 130.

⁷⁶ *Ibid.*, párr. 131.

⁷⁷ *Ibid.*, párrs. 135-138.

que la muerte sea causada por un daño corporal y se excluye el dolo eventual o la *recklessness*. Estas dos exclusiones están relacionadas, pues del daño corporal que se sabe probablemente cause la muerte de la víctima se desprende una hipótesis de *recklessness*.

Para efectos del presente estudio es importante notar que se emplean los términos dolo directo de primer grado y dolo directo de segundo grado, los cuales son conceptos que, aunque podrían tener un equivalente funcional en el *Common Law*, se emplean con mayor frecuencia en el contexto del *Civil Law*.

Definir el homicidio en el Derecho Anglosajón es una tarea que resulta más complicada de lo que podría pensarse.⁷⁸ La definición original del homicidio en el *Common Law* dice que es matar ilegalmente a un ser humano o a un feto con malicia y deliberación.⁷⁹

Esta definición establece que cualquier acto u omisión que cause la muerte de otra persona es un homicidio. A esto se le puede denominar el *actus reus*, aunque es importante señalar que la doctrina por lo regular no usa este término para describir los elementos objetivos de este delito. Por su parte, la frase arcaica de *malice and aforethought* constituye el elemento subjetivo. En un comienzo sólo se consideraba que los homicidios premeditados tenían relevancia penal, postura que se ha ampliado al reconocer que hay muchas maneras en las que un homicidio debe sancionarse por la vía penal,⁸⁰ incluso, como se verá con posterioridad, se permite una forma muy limitada de *recklessness* en las tipificaciones más modernas.⁸¹

De acuerdo con el Código Penal de California, la malicia puede ser expresa o implícita. La primera es

una “manifestación deliberada de voluntad para ilegalmente privar de la vida a otra persona”. La malicia es implícita cuando “no hay una provocación considerable o cuando las circunstancias que rodean a la muerte muestran abandono y corazón depravado”⁸²

Una formulación más moderna del homicidio se puede encontrar en el Código Penal Modelo (MPC).⁸³ La sección 210.01 señala que comete homicidio quien “con propósito, conocimiento, imprudencia o negligencia causa la muerte de otra persona”⁸⁴ Por otra parte, el grado más alto de homicidio, que es el *murder*, es aquel que se comete con propósito, conocimiento o imprudencia “bajo circunstancias que manifiesten una indiferencia extrema por el valor de la vida humana”⁸⁵ El *mens rea* es lo que determinará los grados del homicidio.⁸⁶

Para permitir la comparación con el DPI es importante especificar dos precisiones. En primer término, la posibilidad de cometer tanto homicidio con *recklessness* como homicidio al realizar un daño corporal que ocasione la muerte. Como se vio en el apartado anterior, en los tribunales *ad hoc* se aceptan estas dos figuras, por lo que resulta indispensable incorporar su regulación en el *Common Law*.

En las jurisdicciones que han codificado el *Common Law* tradicional, frases como *depraved heart* o *abandoned and malignant heart* representan una forma de *recklessness*, aunque muy elevada; en algunas jurisdicciones se equipara a una *recklessness* extrema (*gross recklessness*) y en el caso de California es malicia implícita.⁸⁷ Cabe destacar que esta forma de *recklessness* implica la creación de un riesgo. Pero

⁷⁸ En este apartado se reseñan aspectos que permitan la comparación con el DPI. Por consiguiente, se excluyen figuras como el homicidio culposo (*manslaughter*) o el homicidio consecuencia de otro delito (*felony murder rule*), que son propios del *Common Law*. Para un análisis más completo y propuesta de reforma, véase Herbert Wechsler y Jerome Michael, “A Rationale of the Law of Homicide”, *Columbia Law Review*, vol. 37, núm. 5, mayo de 1937, pp. 701-761.

⁷⁹ “Murder is the unlawful killing of a human being, or a fetus, with malice and aforethought.” Se toma como base la definición del Código Penal de California, que codifica el homicidio tradicional del *Common Law*. California Penal Code sec. 187 (a).

⁸⁰ Wechsler, *op. cit.*, pp. 707 y 708.

⁸¹ John Cyril Smith y Brian Hogan, *Criminal Law*, 9^a ed., Butterworths, Londres, 1999, p. 348. En Inglaterra este término también ha sido abandonado. La *Homicide Act 1957* fue un esfuerzo por modernizar en ese país el homicidio del *Common Law*.

⁸² *Ibid.*, sec. 188. “Such malice may be express or implied. It is express when there is manifested a deliberate intention unlawfully to take away the life of a fellow creature. It is implied, when no considerable provocation appears, or when the circumstances attending the killing show an abandoned and malignant heart.”

⁸³ El MPC influye en otros sistemas del *Common Law*. Véase Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law*, 4^a ed., Oxford, 2003, p. 265.

⁸⁴ “A person is guilty of criminal homicide if he purposely, knowingly, recklessly or negligently causes the death of another human being.”

⁸⁵ MPC, sec. 210.2 (1) “[...] criminal homicide constitutes murder when: (a) it is committed purposely or knowingly; or, (b) it is committed recklessly under circumstances manifesting extreme indifference to the value of human life”. Véase *People v. Registrar*, Court of Appeals of New York, 1983. No se trata de un elemento de tipo penal sino de una descripción de las circunstancias.

⁸⁶ El análisis de los elementos subjetivos aquí señalados se explica con mayor detalle en el apartado “Elementos subjetivos en el Estatuto de Roma y en el Código Penal Modelo”.

⁸⁷ *Commonwealth v. Malone*, Supreme Court of Pennsylvania, 354 Pa. 180 (1946), y Levenson, *op. cit.*, p. 132.

no basta que dicho riesgo no sea razonable o que sea de grado elevado, aunque se sepa que se está creando dicho riesgo.⁸⁸

Es complicado identificar la distinción entre una simple *recklessness* y la *recklessness* extrema que hace que se pase de un homicidio culposo a un homicidio intencional (*murder*). En el MPC se emplea la frase “bajo circunstancias que manifiesten una indiferencia extrema por el valor de la vida humana” para describir la imprudencia. Esto implica una distinción con el homicidio culposo (*reckless manslaughter*), que se puede cometer sólo con *recklessness* pero sin la calificación de este elemento subjetivo.⁸⁹

Por otro lado, está la posibilidad de cometer homicidio al causar un daño corporal grave, regla que al parecer ha estado vigente desde los orígenes del *Common Law*.⁹⁰ En la doctrina se reconoce que la malicia incluye cualquier conducta que implique la intención de cometer un daño corporal grave, en el entendido de que la lesión pudiera fácilmente causar la muerte.⁹¹

Esta fórmula no se encuentra en el MPC. De hecho, se abandonan varios de los conceptos tradicionales del *Common Law*, como la malicia en el homicidio, que reemplaza con sus propios elementos; en este caso, con sus elementos subjetivos. Sin embargo, se puede concluir que causar un daño corporal grave en forma intencional entra en los supuestos de la *recklessness* extrema que contempla el tipo penal de homicidio.

A pesar de que los tribunales *ad hoc* no emplean referencias directas al *Common Law* en el análisis y la forma de estructurar el delito, hay claras similitudes con esa familia jurídica. Es evidente en el caso de la malicia (*malice*), que ni siquiera se menciona en el DPI. El resultado de muerte y la intención de cometerla son claras similitudes. Sin embargo, quizás el aspecto más relevante se encuentra en la posibilidad de que se perpetre este delito a través de la *recklessness*. Es un tema que se ha debatido mucho en los sistemas jurídicos nacionales y ha evolucionado desde la primera formulación del homicidio exclusivamente como una acción premeditada. En particular, resalta la forma de *recklessness* extrema, que es exclusiva para el homicidio y se encuentra en el *Common Law*, aunque con una formulación más clara en el MPC y en el DPI por

igual. Por ende, se debe recalcar que el daño corporal grave es una expresión que se encuentra en ambos sistemas jurídicos, al igual que la *recklessness* o el *dolus eventualis* en los sistemas del *Civil Law*, o se puede decir que el daño corporal grave que causa la muerte no existe en los sistemas continentales como parte del homicidio. Sin embargo, lo que es característico es que se maneje en el DPI con la misma técnica que se emplea en el *Common Law* para determinar su contenido y alcance.

No obstante lo anterior, el esquema presentado por el Estatuto de la CPI parece haber cambiado lo que se entendía por homicidio en los tribunales *ad hoc* y, por tanto, las similitudes con el *Common Law* son menos frecuentes. El artículo 30 del Estatuto de Roma no comprende la *recklessness*. Esta regla general tiene consecuencias para el homicidio, ya sea como crimen de lesa humanidad, crimen de guerra o genocidio. Ya no es posible cometer homicidio con el *mens rea* de *recklessness*, ni siquiera la forma más agravada de la *gross recklessness*. Tampoco se prevé la posibilidad de cometer homicidio a partir del daño corporal grave, por lo menos a la luz de la jurisprudencia reciente de la CPI. Eliminar dos figuras que como se vio tienen arraigo en el *Common Law*, aleja al homicidio de esta tradición jurídica en el nuevo DPI y hace que los mecanismos de interpretación y aplicación del Derecho anglosajón sean cada vez menos relevantes para el DPI. Que esto quiera decir que ahora es más relevante el *Civil Law* es algo difícil de concluir con la evidencia que se tiene. Con certeza, la CPI no cita en materia de homicidio fuentes del *Civil Law*. En todo caso se retoman casos de los tribunales *ad hoc* como *Akayesu* y *Tadic*, pero principalmente el propio texto del Estatuto de Roma. Esto podría apuntar a la autonomía del DPI y que ya no depende, como lo hacía antes, de retomar aspectos de los sistemas jurídicos nacionales.

B. Violación

La violación ha sufrido una transformación en el DPI. La jurisprudencia ha reconocido dos variantes: la primera formulación comprendida en el caso *Akayesu* del TPIR y una reformulación prevista en el caso

⁸⁸ LaFave, *Criminal Law*, *op. cit.*, p. 666.

⁸⁹ MPC, sec. 210.3 (1), y Ashworth, *op. cit.*, pp. 264 y 265.

⁹⁰ Wechsler, *op. cit.*, p. 702.

⁹¹ Levensen, *op. cit.*, p. 131, y LaFave, *op. cit.*, p. 664.

Kunarac del TPIY. A continuación se describen estas dos formas de entender la violación.

En el *caso Akayesu* se dispuso que la violación en el DPI no se describiera en forma mecánica, en la que se detallan objetos y partes del cuerpo humano. En esa resolución de la Sala de Primera Instancia se dijo que la violación se puede emplear para la intimidación, degradación, humillación, discriminación, castigo, control o destrucción de una persona, por lo que constituye una violación de la dignidad humana.⁹² Con base en lo anterior, la Sala definió la violación como “una invasión física de naturaleza sexual, cometida contra una persona bajo circunstancias coercitivas”⁹³

Esto se resolvió a pesar de reconocer que en los sistemas jurídicos nacionales (sin indicar cuáles) las definiciones típicas de violación son más específicas. Sin entrar en detalle, la Sala de Primera Instancia señaló que el denominador común de los tipos penales de violación es la cópula (*intercourse*) sin consentimiento y que puede realizarse mediante el uso de objetos y orificios del cuerpo que no suelen considerarse sexuales.⁹⁴ Esta definición se ha empleado de manera reiterada por los tribunales *ad hoc*.⁹⁵

Por su parte, esta definición claramente ambigua ha sido modificada por el TPIY, sobre todo en el *caso Kunarac*.⁹⁶ No obstante que la culminación de esta nueva formulación se le atribuye a la Sala de Apelación del TPIY en el mencionado caso, es importante retomar los antecedentes de dicha sentencia, que en realidad no hizo más que reafirmar lo que ya trabajaban con anterioridad las Salas de Primera Instancia del tribunal.

El antecedente más importante de la reformulación de la definición de violación se encuentra en el *caso*

Furundzija. Esta resolución tiene particular relevancia para los presentes fines porque se reconoció que en ninguno de los cuerpos normativos internacionales (Derecho Internacional Humanitario, DPI o Derecho Internacional de los Derechos Humanos) existía una definición de violación que fuera lo bastante precisa para dar cumplimiento al principio de especificidad, que es una variable del principio de legalidad penal. Por tanto, se consideró que era necesario extraer los denominadores comunes de las jurisdicciones nacionales.⁹⁷ Resalta que como la Sala de Primera Instancia ya había considerado la formulación de *Akayesu* sobre violación, se puede concluir que se consideró que dicha descripción típica violaba el principio de legalidad penal y, por ende, se justificaba apartarse de la misma y recurrir a los sistemas jurídicos nacionales.⁹⁸

Después de hacer un balance de los tipos penales en diversas jurisdicciones nacionales (que en principio parecen incorporar referencias al *Common Law* y al *Civil Law*) se llegó a la conclusión de que la violación es “la penetración sexual del cuerpo humano por la fuerza por el pene o por la inserción por la fuerza de objetos en la vagina o el ano”⁹⁹.

El punto más polémico fue la violación por penetración de la boca con el pene, pues al parecer no era una forma de violación reconocida por todos los sistemas jurídicos evaluados. Sin embargo, la Sala recurrió a los principios del DPI y estableció que, en tanto esta conducta constituía una violación a la dignidad humana, se podría incluir en la definición típica de violación.¹⁰⁰ A tal razonamiento se agregó que la inclusión no violaba el principio de legalidad penal porque aun en los sistemas jurídicos que no la consideran como violación, esta conducta estaba penalizada con

⁹² *Prosecutor v. Akayesu (Trial Chamber)*, op. cit., párr. 597.

⁹³ *Ibid.*, párr. 598. “The Chamber defines rape as a physical invasion of a sexual nature, committed on a person under circumstances which are coercive. Sexual violence which includes rape, is considered to be any act of a sexual nature which is committed on a person under circumstances which are coercive.” En el contexto de los crímenes de guerra, véase *Prosecutor v. Musema*, op. cit., párrs. 285, 220, 221 y 226.

⁹⁴ *Ibid.*, párr. 596. “While rape has been defined in certain national jurisdictions as non-consensual intercourse, variations on the act of rape may include acts which involve the insertion of objects and/or the use of bodily orifices not considered to be intrinsically sexual.”

⁹⁵ *Prosecutor v. Muhimana*, ICTR-95-1B (Trial Chamber), 28 de abril de 2005, párrs. 537-540. En esta resolución se establece un recuento de lo establecido en *Akayesu* y de las sentencias posteriores que han empleado esta definición.

⁹⁶ *Prosecutor v. Muvinyi*, ICTR-00-55 (Trial Chamber), 12 de septiembre de 2006, párrs. 517 y 518 y 520-522. En dicha resolución se intenta conciliar ambas posturas.

⁹⁷ *Prosecutor v. Furundzija (Trial Chamber)*, op. cit., párr. 177.

⁹⁸ *Ibid.*, párr. 178. No obstante, se establecen los principios para recurrir a sistemas jurídicos nacionales, y las limitaciones existentes al hacer esta extrapolación.

⁹⁹ *Ibid.*, párr. 181. “[...] the forcible sexual penetration of the human body by the penis or the forcible insertion of any other object into either the vagina or the anus”.

¹⁰⁰ *Ibid.*, párrs. 182 y 183.

algún otro nombre, como violencia sexual agravada (*aggravated sexual violence*).¹⁰¹

Así, el *actus reus* de la violación se definió de la siguiente manera:

(i) la penetración sexual, independientemente de que sea leve:

(a) de la vagina o el ano de la víctima por el pene del perpetrador o por cualquier otro objeto empleado por el perpetrador; o

(b) la boca de la víctima por el pene del perpetrador;

(ii) por medio de coerción, por la fuerza o amenaza del uso de la fuerza contra la víctima u otra persona.¹⁰²

Por último, la Sala indica que si bien la violación implica una penetración, aunque sea leve, otros delitos de naturaleza sexual pueden ser penados por otros tipos penales.¹⁰³

La Sala de Primera Instancia en el *caso Kunarac* retoma la definición típica de *Furundzija*, pero la reformula al considerar que la coerción o el uso de la fuerza no son los únicos factores que se pueden considerar para determinar si hay una violación. Se hace una nueva evaluación de los sistemas jurídicos nacionales para fundamentar que la violación se puede realizar mediante el uso de la fuerza o intimidación o amenazas para emplear la fuerza,¹⁰⁴ porque la víctima se encuentra en un estado temporal o permanente de vulnerabilidad resultado de una incapacidad permanente (por ejemplo, edad, enfermedad mental o física) o transitoria (engaño, presión psicológica o intoxicación).¹⁰⁵ Al margen de la naturaleza de estos factores, comparten que “tienen el efecto de negar la voluntad de la víctima o la posibilidad de negarse libremente

a los actos sexuales; ya sea en forma temporal o permanente”.¹⁰⁶

Para efectos del presente estudio es importante señalar que las conclusiones anteriores se basaron en sistemas jurídicos del *Common Law* y del *Civil Law*. Sin embargo, se dedicó un apartado especial a analizar que la falta de consentimiento es un factor decisivo en el *Common Law* para determinar la existencia de la violación. Para sustentar esta afirmación, se citan disposiciones legales de Inglaterra, Canadá, Nueva Zelanda, Australia, India y Sudáfrica (aunque estos dos últimos países tienen sistemas mixtos).¹⁰⁷

Así, el nuevo tipo penal de violación (*actus reus*) quedó de la siguiente manera: “la penetración sexual, independientemente de que sea leve: (a) de la vagina o el ano de la víctima por el pene del perpetrador o por cualquier otro objeto empleado por el perpetrador; o (b) la boca de la víctima por el pene del perpetrador; cuando dicha penetración sexual ocurra sin consentimiento de la víctima”. En el entendido de que el consentimiento debe otorgarse de manera voluntaria y como resultado del libre albedrío de la víctima según las circunstancias del caso. Por su parte, “el *mens rea* es la intención de penetrar, con el conocimiento de que se realiza esta conducta sin el consentimiento de la víctima”.¹⁰⁸

La Sala de Apelaciones del TPIY confirmó la nueva definición de violación, pero tuvo cuidado de aclarar dos aspectos. En primer lugar, que no es necesario que haya resistencia por parte de las víctimas para que se configure la violación.¹⁰⁹ En segundo lugar, subrayó que ciertas circunstancias pueden crear un ambiente coercitivo que impida que la víctima ejerza su liber-

¹⁰¹ *Ibid.*, párr. 184; *Prosecutor v. Brdjanin (Trial Chamber)*, op. cit., párr. 1012, y *Prosecutor v. Kamuhanda*, ICTR-99-54 (Trial Chamber), 22 de enero de 2004, párr. 710. Estas conductas también podrían constituir tortura, persecución o esclavitud.

¹⁰² *Ibid.*, párr. 185.

(i) *the sexual penetration, however slight*:

(a) *of the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator any other object used by the perpetrator; or*

(b) *of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator;*

(ii) *by coercion or force or threat of force against the victim or a third person.*

¹⁰³ *Ibid.*, párr. 187.

¹⁰⁴ *Prosecutor v. Kunarac*, IT-96-23 & 23/1 (Trial Chamber), 22 de febrero de 2001, párrs. 443-445.

¹⁰⁵ *Ibid.*, párrs. 446-452.

¹⁰⁶ *Ibid.*, párr. 452. “The common denominator underlying these different circumstances is that they have the effect that the victim’s will was overcome or that her ability freely to refuse the sexual acts was temporarily or more permanently negated.”

¹⁰⁷ *Ibid.*, párrs. 453-456. El Código Penal de Bélgica se cita sólo de manera residual.

¹⁰⁸ *Ibid.*, párr. 460. “[...] the sexual penetration, however slight: (a) of the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator or any other object used by the perpetrator; or (b) of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator; where such sexual penetration occurs without the consent of the victim. Consent for this purpose must be given voluntarily, as a result of the victim’s free will, assessed in the context of the surrounding circumstances. The mens rea is the intention to effect this sexual penetration, and the knowledge that it occurs without the consent of the victim.”

¹⁰⁹ *Prosecutor v. Kunarac*, IT-96-23 & 23/1 (Appeals Chamber), 12 de junio de 2002, párr. 128.

tad de negarse al acto sexual, como en el caso específico de que las víctimas se encuentren detenidas en cuarteles militares, campos militares y residencias de soldados.¹¹⁰ Si bien se menciona el Código Penal alemán como sustento de lo anterior, el énfasis se centra en las disposiciones de Estados Unidos, en el ámbito estatal y federal, que penalizan con severidad los actos sexuales en centros penitenciarios contra las personas recluidas.¹¹¹

El Estatuto de la CPI no define la violación, ya sea como crimen de lesa humanidad o como crimen de guerra, por lo que es necesario recurrir a los Elementos de los Crímenes. Al respecto, se señala:

1. Que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.

2. Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento.¹¹²

Asimismo, en los pies de página se aclara el siguiente concepto: “El concepto de ‘invasión’ se utiliza en sentido amplio para que resulte neutro en cuanto al género”, y lo que debe entenderse por “persona incapaz”: “Se entiende que una persona es incapaz de dar su libre consentimiento si adolece de una incapacidad natural, inducida o debida a la edad”.

Como se puede ver, se retoma la especificidad del tipo penal de *Kunarac*, así como las preocupaciones que se expresaron por limitar la violación a casos de coerción, uso de la fuerza y amenazas previstas originalmente en *Furundzija*. Por su parte, la especificidad

está muy alejada de lo que en un principio se planteó en *Akayesu*. Numerosos elementos que se retomaron del *Common Law* de manera expresa en la segunda formulación de violación, como la falta de consentimiento (temporal o permanente) y la violación aprovechándose de las circunstancias que niegan el libre albedrío, se vuelven a tomar en esta nueva definición típica.

En cuanto a los elementos subjetivos o *mens rea*, los casos que hasta ahora se han confirmado señalan que se adopta la regla general del artículo 30 del Estatuto de la CPI. Sobresale, sobre todo, que en el *caso Katanga* la Primera Sala de Cuestiones Preliminares emplea la terminología del *Civil Law*, es decir, el “dolo directo de primero y segundo grado”,¹¹³ mientras que en el *caso Bemba* la Segunda Sala de Cuestiones Preliminares emplea los términos “intención y conocimiento” (*intent and knowledge*), propios del *Common Law*;¹¹⁴ además de ser los términos que se emplean a la letra en este precepto.

En el *Common Law* tradicional la violación se definía como “la cópula de forma ilegal con una mujer sin su consentimiento por medio de la fuerza, miedo o engaño”.¹¹⁵ Sin embargo, existe también el estupro, que se considera como una variante de la violación creada por la legislatura (*statutory rape*).

La propia definición establece con claridad los elementos del tipo penal de violación, aunque algunos de ellos necesitan una aclaración adicional. La cópula implica cualquier tipo de penetración por mínima que sea. La ilegalidad se entiende al considerar que en algunos sistemas jurídicos del *Common Law* no se considera violación si se impone la cópula al cónyuge. El consentimiento va dirigido al *mens rea*, pues el autor debe saber que la mujer no ha consentido la cópula. La cópula sin consentimiento es insuficiente, es forzoso que se emplee algún medio para conseguir la cópula; es por ello que el *Common Law* tradicional exige que el autor use la fuerza, miedo o engaños.¹¹⁶

¹¹⁰ *Ibid.*, párr. 132. Véase *Prosecutor v. Gacumbitsi*, ICTR-01-64 (Appeals Chamber), 7 de julio de 2006, párr. 151. En este caso se mencionó que las circunstancias en las que se cometen crímenes internacionales son en sí mismas coercitivas y coartan la libre voluntad de las víctimas.

¹¹¹ *Ibid.*, párr. 131.

¹¹² Como se señaló en la metodología de este estudio, se excluyen los elementos contextuales. La definición es idéntica para la violación como crimen de lesa humanidad o como crimen de guerra.

¹¹³ *Prosecutor v. Katanga and Chui, Confirmation of charges*, ICC-01/04-01/07 (Pre-Trial Chamber I), 30 de septiembre de 2008, párr. 441.

¹¹⁴ *Prosecutor v. Bemba, Confirmation of Charges*, *op. cit.*, párr. 126.

¹¹⁵ Levenson, *op. cit.*, p. 410 (“Unlawful sexual intercourse with a woman without her consent by force, fear, or fraud”), y LaFave, *op. cit.*, p. 752. También se define como “the carnal knowledge of a woman forcibly and against her will”.

¹¹⁶ Levenson, *op. cit.*, pp. 414 y 415.

Es importante señalar, en cuanto al *mens rea*, que en Inglaterra no se permite que la falsa creencia de que la víctima ha consentido se realice en forma imprudente (*reckless*), lo cual ha sido adoptado por diversos estados de Estados Unidos.¹¹⁷ Por su parte, el MPC no se aparta mucho del concepto de violación del *Common Law* tradicional, aunque es más específico al señalar los elementos del tipo:

Un hombre que tenga cópula con una mujer que no es su cónyuge comete violación si:

- (a) la obliga al acto por medio de la fuerza o amenazas de muerte inminente, daño corporal grave, dolor extremo o privación de la libertad en contra de cualquier persona; o [si]
- (b) él ha disminuido sustancialmente su posibilidad de evaluar o controlar su conducta al proporcionarle o mediante el empleo, sin su conocimiento, de drogas, tóxicos u otros medios que tengan el propósito de impedir su resistencia; o
- (c) la mujer se encuentra inconsciente; o
- (d) la mujer tiene menos de 10 años de edad.¹¹⁸

Es importante notar que por cópula (*sexual intercourse*) se entiende penetración, aunque sea leve, vaginal, oral o anal. También se aclara que la eyaculación no es necesaria para configurar la cópula.¹¹⁹

Como el MPC no aclara cuál es el elemento subjetivo que debe aplicarse para la violación aplica el propósito (*purposely*), el conocimiento (*knowingly*) o la imprudencia (*recklessly*), de conformidad con la regla general prevista en la sección 2.02 (3). En otras palabras, se excluye la violación culposa.¹²⁰

Esto confirma la propuesta de que la violación es un delito de intención general (*general intent crime*),

lo cual significa que el elemento subjetivo se configura con la acción misma, sin importar que se tenga conocimiento de las circunstancias que rodean el hecho; entre éstas, la más importante es si se tiene conocimiento de que la mujer no otorgó su consentimiento. Esta postura casi desestimaría el elemento subjetivo (*strict liability*), lo cual para una conducta tan grave parece inaceptable. Por ello, los tribunales en Estados Unidos e Inglaterra han permitido que las personas acusadas de violación argumenten error en cuanto al consentimiento otorgado, aunque esta posibilidad se encuentra muy limitada. En el caso *Morgan*, la Cámara de los Lores sostuvo que el jurado debía determinar si la persona acusada tenía la intención de cometer la violación. En otras palabras, si conocía las circunstancias que generaban la falta de consentimiento y aun así impuso la cópula. Hay que hacer hincapié en que es irrelevante que las circunstancias fueran irrazonables.¹²¹ El Parlamento confirmó después esta postura, aunque con algunas modificaciones. Si bien se permite que la persona acusada alegue que consideraba que la cópula era voluntaria, esta creencia debe ser razonable y de conformidad con todas las circunstancias. El tipo penal de violación en Inglaterra es el siguiente:

Violación

- (1) Una persona (A) comete un delito si
 - (a) de manera intencional penetra la vagina, ano o boca de otra persona (B) con su pene,
 - (b) B no consiente la penetración,
 - (c) A no cree razonablemente que B consiente.
- (2) Para determinar si una creencia es razonable se deben considerar todas las circunstancias, incluidos los pasos que tomó A para asegurarse de que B consintiera.¹²²

¹¹⁷ *Director of Public Prosecutions v. Morgan*, HOUSE OF LORDS [1976] AC 182 [1975] 2 All ER 347, [1975], 30 de abril de 1975.

¹¹⁸ MPC, sec 213.1 “A male who has sexual intercourse with a female not his wife is guilty of rape if: (a) he compels her to submit by force or by threat of imminent death, serious bodily injury, extreme pain or kidnapping, to be inflicted on anyone; or (b) he has substantially impaired her power to appraise or control her conduct by administering or employing without her knowledge drugs, intoxicants or other means for the purpose of preventing resistance; or (c) the female is unconscious; or (d) the female is less than 10 years old.”

¹¹⁹ MPC, sec 213(2) “Sexual intercourse includes intercourse per os or per anus, with some penetration however slight; emission is not required.”

¹²⁰ Para una explicación detallada de los elementos que constituyen la violación de conformidad con el MPC, véase LaFave, *op. cit.*, pp. 762-777.

¹²¹ LaFave, *op. cit.*, pp. 758-761.

¹²² Sexual Offences Act 2003, sec.

1. Rape.

(1) *A person (A) commits an offence if*

(a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person (B) with his penis,

(b) B does not consent to the penetration, and

(c) A does not reasonably believe that B consents.

(2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.

La definición de *Akayesu* es la propuesta de definición de violación que más se aparta del concepto de violación del *Common Law*. En un principio se desechó el empleo de un enlistado de partes del cuerpo para describir la conducta, lo cual es importante para definir con precisión este tipo penal. Como se desprende de las definiciones típicas de los sistemas analizados, es común que se empleen términos como vagina, ano, pene o boca para determinar el alcance de la conducta. En todo caso, quizá haya controversia en torno a qué orificios pueden ser penetrados para que se configure la violación. La penetración oral con el pene no formó parte del tipo penal en Inglaterra hasta la reforma de 2003.

Quizá sea más determinante el empleo del verbo rector de la conducta. Todo tipo penal debe iniciar con un verbo que determina el acto u omisión que, de acuerdo con ciertas condiciones o circunstancias descritas también en el tipo penal, configura el delito. Así, mientras en *Akayesu* se usa el término “invasión”, en los sistemas del *Common Law* queda claro que es necesaria una penetración, aunque leve. Cabe destacar que el verbo “penetrar” es mucho más preciso que “invadir”.

Por último, el aspecto que causa mayor controversia en el DPI es el uso del término “coerción”. Al paso del tiempo se consideró muy restrictivo este término porque dejaba fuera muchas circunstancias que impedían el libre ejercicio de la libertad de la víctima. Esta situación no parece haber causado tanta controversia en el derecho del *Common Law*, ya que desde los inicios del tipo penal se ha preferido usar la falta de consentimiento.

En la línea de casos que culminó con la apelación en el *caso Kunarac* se nota un acercamiento a los criterios nacionales para definir la violación. Ya desde el inicio del cambio de criterio en el *caso Furundzija* se recurrió a los sistemas jurídicos nacionales para determinar los elementos de las conductas que, como la violación, solamente se describían en los instrumentos internacionales. Desde entonces se precisó que la violación implica una penetración de la vagina, ano o boca por el pene. Cabe señalar que la controversia que la Sala de Primera Instancia identificó en el plano nacional sobre la posible inclusión de la boca como orificio quizás se identifique también en el *Common*

Law. Mientras que el MPC ya reconocía la penetración oral, en Inglaterra no se tipificó ésta como parte de la descripción hasta 2003. Por consiguiente, en este aspecto hay que notar que se dificulta sacar conclusiones sobre la influencia del *Common Law*.

Además, es importante destacar que en el DPI se prevé la posibilidad de que la víctima sea penetrada por un objeto; esto contrasta con el *Common Law*, en que ninguno de los sistemas jurídicos evaluados se toma en cuenta esta posibilidad.

El cambio que despunta de *Akayesu* a *Furundzija*, que es la sustitución de la “coerción” por cualquier circunstancia que niegue o debilite la posibilidad de la víctima para realizar la cópula, es un elemento común en ambos sistemas jurídicos. Al evaluar los tipos penales es importante notar que la falta de consentimiento se describe de modo diverso en estos sistemas jurídicos.

El MPC menciona como parte de la falta de consentimiento que la víctima sea menor de diez años. Este supuesto no se encuentra previsto en el DPI y ni siquiera se puede inferir con facilidad de la descripción prevista en los Elementos de los crímenes, a pesar de que hubo cuidado al detallar gran cantidad de supuestos en los cuales el consentimiento no está presente. En forma similar, no se incluye el supuesto de que la víctima no otorgue su consentimiento porque se encuentra inconsciente y tampoco se puede inferir a la ligera de los supuestos que se expresan en la descripción.

A la inversa, hay supuestos como la detención, opresión psicológica o el abuso de poder que se expresan en el DPI como circunstancias que niegan la libertad, pero que no están previstas en los sistemas del *Common Law* analizados.

Otra diferencia importante es que, por lo menos en el contexto de la CPI, la definición típica es neutral en cuanto al género. Un hombre o una mujer puede ser perpetrador o víctima del delito de violación. Esto explica el uso del término ambiguo de “invasión” que al parecer se había abandonado en *Furundzija*. Por el contrario, en los sistemas del *Common Law* se desprende de los tipos penales enunciados que sólo un hombre puede ser perpetrador y únicamente una mujer puede ser víctima de violación.

La última diferencia importante tiene que ver con el elemento subjetivo necesario para cometer violación. Mientras que los tribunales *ad hoc* aceptaban

(3) Sections 75 and 76 apply to an offence under this section.

(4) A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.

la posibilidad de que la violación se cometiera con *recklessness*, el Estatuto de la CPI ha elevado el nivel de *mens rea* necesario a *intent and knowledge* o dolo directo de segundo grado, según la terminología empleada por cada una de las Salas de Cuestiones Preliminares que han resuelto confirmar cargos por este delito. Esto se debe a que éstos son los niveles mínimos previstos en el artículo 30 del Estatuto de la CPI. Esto implica que haya también un alejamiento respecto del *Common Law*, en que con algunas variables se acepta la posibilidad de que el perpetrador haya actuado con *recklessness*. Aunque esto se evidencia en el MPC, al parecer en Inglaterra el umbral es distinto, pues la excepción al conocimiento creada en el *caso Morgan* y su posterior codificación implica que el *mens rea* que se exige es mayor, en particular al caso concreto. De cualquier modo, los parámetros no parecen coincidir con el DPI actual al definir el elemento subjetivo necesario para cometer el delito de violación.

C. Confabulación delictiva (Conspiracy)

La conspiración o, dicho de manera más correcta, la confabulación delictiva es un delito muy antiguo y de mucho arraigo en el *Common Law*, aunque no exento de cambios y adaptaciones, como se verá más adelante. Sin embargo, en el DPI sólo se ha empleado en relación con el genocidio. Así lo prevén el estatuto del TPIY en su artículo 4º y el estatuto del TPIR en su artículo 2º; ambos al retomar la definición y alcance previstos en la Convención para prevenir y sancionar el genocidio.

Para efectos de análisis hay que tener presentes las disposiciones comunes a los tres instrumentos internacionales:

Serán castigados los actos siguientes:

- (a) genocidio;
- (b) La [confabulación delictiva] para cometer genocidio;¹²³
- (c) La instigación directa y pública a cometer genocidio;
- (d) La tentativa de genocidio;
- (e) La complicidad en el genocidio.¹²⁴

El alcance limitado de la aplicación de la confabulación delictiva se refleja en el hecho de que el TPIY no ha sentenciado a nadie por este crimen. Por ello, aquí solamente se analizarán sentencias del TPIR en el entendido de que aun en ese foro el desarrollo es escaso.

El TPIR ha empleado el análisis propio de cualquier otro delito o crimen internacional clasificando entre los elementos de *actus reus* y *mens rea*. El primero lo constituye el acuerdo de voluntades entre dos o más personas para cometer el genocidio, lo cual ha sido confirmado por la Sala de Apelaciones.¹²⁵

Este acuerdo de voluntades es independiente de que después se materialice la conducta que se acuerda cometer; en otras palabras, el genocidio.¹²⁶ Precisamente, ésa es la naturaleza de los delitos inacabados (*inchoate offences*): que no es necesario que se materialice el delito principal, mucho menos el resultado si es que se requiere.¹²⁷ En cuanto a este tipo de delitos, la Sala de Apelaciones del TPIR señaló:

Un delito inacabado se consuma simplemente por el uso de medios o procesos que se calcula producirán efectos dañinos, independientemente de que dichos efectos se produzcan. En otras palabras, un delito inacabado sanciona la comisión de ciertas conductas capaces de constituir un paso en la comisión de otro delito, aunque este delito, de hecho, no se cometa.¹²⁸

¹²³ En las traducciones oficiales se emplea el término “asociación” en lugar de “confabulación delictiva”, pero no parece correcto el uso de esta palabra pues la *conspiracy* y la asociación son conceptos distintos. Como se verá en el desarrollo de este apartado, el primero implica mucho menos elementos que una “asociación”.

¹²⁴ Ésta es la versión en inglés:

The following acts shall be punishable:

- (a) *genocide*;
- (b) *conspiracy to commit genocide*;
- (c) *direct and public incitement to commit genocide*;
- (d) *attempt to commit genocide*;
- (e) *complicity in genocide*.

¹²⁵ *Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza and Ngeze*, ICTR-99-52-A (*Appeals Chamber*), 28 de noviembre de 2007, párr. 894.

¹²⁶ *Prosecutor v. Seromba*, ICTR-2001-66-I (*Trial Chamber*), 13 de diciembre de 2006, párr. 345.

¹²⁷ *Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza and Ngeze* (*Appeals Chamber*), *op. cit.*, párr. 720, y *Prosecutor v. Bikindi*, ICTR-01-72-T (*Trial Chamber*), 2 de diciembre de 2008, párr. 405.

¹²⁸ *Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza and Ngeze* (*Appeals Chamber*), *op. cit.*, párr. 720. “An inchoate offence (‘crime formel’ in Civil Law) is consummated simply by the use of a means or process calculated to produce a harmful effect, irrespective of whether that effect is produced. In other words, an inchoate crime penalizes the commission of certain acts capable of constituting a step in the commission of another crime, even if that crime is not in fact committed.”

Antes de abordar el elemento subjetivo de la confabulación delictiva es importante recalcar que el TPIR no considera que sea parte del *actus reus* un acto exteriorizado (*overt act*) posterior al acuerdo de voluntades. La mejor expresión de que dicho elemento está ausente en el concepto de confabulación delictiva en el ámbito internacional se encuentra en el voto particular del juez Shahabuddeen en la apelación en el caso *Nahimana, Barayagwiza and Ngeze*.

Aunque el voto es parcialmente disidente, este juez compartió la postura de la mayoría en el sentido de que el acto exteriorizado no es necesario para configurar el delito. Este voto es interesante para efectos del presente estudio porque retoma la discusión sobre la influencia que ha tenido el *Common Law* en la evolución del CPI, al subrayar que esta tradición jurídica ha sido dominante y que es necesario tener en cuenta otras tradiciones jurídicas, sobre todo el *Civil Law*. No obstante estas afirmaciones, el juez consideró que la exégesis de la confabulación delictiva que se localiza en los sistemas anglosajones es la que prevalece en CPI, sobre todo en el caso del genocidio.¹²⁹ En conclusión, “el derecho internacional humanitario toma el proceso de llevar a cabo un acuerdo para cometer genocidio un delito autónomo”.¹³⁰

Así, para el juez Shahabuddeen la diferencia entre la confabulación delictiva en el *Civil Law* y en el *Common Law* estriba en que el primero considera que penalizar el mero acuerdo de voluntades implicaría sancionar los pensamientos de las personas involucradas en la confabulación. En la tradición anglosajona, si bien se requiere un acto exterior, lo cual resuelve el problema de sancionar los pensamientos de las personas, este acto puede ser el acuerdo mismo. En otras palabras, para la exteriorización de la conducta es suficiente el acuerdo mismo, no es necesario un acto posterior para encaminar la comisión del delito principal.¹³¹

Para efectos de este estudio es importante precisar que dichas conclusiones del juez Shahabuddeen se fundamentan en el caso inglés *Mulcahy v. R.*, en el Código Penal de Estados Unidos y la resolución de *Hamdan v. Rumsfeld*. Por su parte, cita los códigos penales de Alemania y Francia como ejemplos del *Civil Law*.¹³²

Sobresale el hecho de que en estos tribunales solamente se haya incorporado la confabulación delictiva para cometer genocidio, debido a las consecuencias importantes que tiene para el *mens rea*. Dado que el tipo penal de genocidio tiene un elemento subjetivo específico que consiste en “la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso en cuanto tal”, no sorprende que el TPIR señale que las personas que cometan la confabulación delictiva para cometer genocidio deben tener la misma intención.¹³³

El desarrollo jurisprudencial de la confabulación delictiva no aporta más elementos. El resto de los casos que abordan el tema se limitan a señalar cuándo está probado el acuerdo de voluntades. Así, por ejemplo, se señala que no es necesario que haya un acuerdo formal¹³⁴ o que el mismo se puede inferir entre líderes de distintas instituciones cuando actúan en conjunto.¹³⁵

El hecho de que la confabulación delictiva no fuese incorporada en el Estatuto de la CPI confirma su abandono en el CPI.

Lo que más se le asemeja es la forma de autoría prevista en el artículo 25 (3) (d). Sin embargo, como apuntaremos después, esta figura tiene más similitudes con la empresa criminal común que con el delito que aquí se analiza.¹³⁶ Incluso para el caso concreto del genocidio, se mantiene la “instigación pública y directa” como único delito inacabado de los que en un principio prevéía la Convención para prevenir y sancionar el crimen de genocidio y que se retomó en los estatutos de los tribunales *ad hoc*.¹³⁷

¹²⁹ *Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza and Ngeze (Appeals Chamber), Partly Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen*, 28 de noviembre de 2007, párrs. 2-6.

¹³⁰ *Ibid.*, párr. 6, “[...] international humanitarian law treats the process of making an agreement to commit genocide as an autonomous crime”.

¹³¹ *Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza and Ngeze (Appeals Chamber), Partly Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen*, op. cit.

¹³² *Idem*.

¹³³ *Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza and Ngeze (Appeals Chamber)*, op. cit., párr. 894; *Prosecutor v. Seromba (Trial Chamber)*, op. cit., párr. 347, y *Prosecutor v. Musema*, op. cit., párr. 192.

¹³⁴ *Prosecutor v. Kajelijeli*, ICTR-98-44-A (Trial Chamber), 1º de diciembre de 2003, párr. 787.

¹³⁵ *Prosecutor v. Bagosora, Kabiliyi, Ntabakuze and Nsengiyumva*, ICTR-98-41-T (Trial Chamber), párr. 2088.

¹³⁶ Véase el apartado “Empresa criminal común”.

¹³⁷ Véase artículo 25 (3) (e).

Por su parte, el *conspiracy* anglosajón se puede dividir también en los dos elementos tradicionales, *actus reus* y *mens rea*. La base del *conspiracy* y del *actus reus* es el acuerdo de voluntades para cometer una conducta delictiva o una conducta lícita por medios ilegales.¹³⁸ En la formulación más antigua del *conspiracy*, éste era el único elemento que se requería; sin embargo, las formulaciones más modernas de este delito exigen un acto exteriorizado (*overt act*), aunque es cierto que tal elemento adicional no está generalizado ni parece haber un patrón para determinar en qué casos se requiere un acto exteriorizado. En el Código Penal de Estados Unidos hay conductas muy graves que no requieren dicho acto, pero en el MPC este requisito se obvia solamente para conductas que no son consideradas graves (*misdemeanors*). Otro ejemplo se encuentra en California, donde es necesario el acuerdo de voluntades y el acto exteriorizado, pero el *conspiracy* sólo se puede procesar en los casos enlistados en la propia sección del Código Penal. Además, el acuerdo de voluntades para cometer una conducta ilícita por medios ilegales es una formulación que al parecer se ha abandonado, pues no se encuentra en ninguna de las legislaciones consultadas.¹³⁹

El *mens rea* tampoco está exento de complicaciones, pues tiene dos elementos distintos. En primer término, consiste en la intención de acordar la comisión del delito principal, y en segundo, es el propósito (*purpose*) de que se realice de manera satisfactoria el delito principal. El propósito es el elemento subjetivo más elevado que reconocen los sistemas del *Common Law*, por lo que constituye un umbral probatorio muy elevado.¹⁴⁰ Éste podría considerarse otro límite al alcance tan amplio que en principio tiene este delito.

Una regla del *Common Law*, que fija a su vez un límite importante al alcance del delito de *conspiracy* es la *Wharton Rule*, la cual en esencia establece que en la comisión de un delito que por su naturaleza implica la participación de dos o más personas no puede procesarse también por *conspiracy*; esta regla

se ha empleado para delitos como bigamia, adulterio o incesto, y su objetivo es no sancionar dos veces la misma conducta.¹⁴¹

Esto nos lleva a un aspecto importante del *conspiracy*: la *Wharton Rule* parte de la idea de que éste es un delito autónomo, que por sus elementos se agota con el acuerdo de voluntades o, en su caso, con la realización de uno de los confabuladores del acto exteriorizado;¹⁴² es independiente del delito principal y se puede procesar por *conspiracy* al margen de que este último se realice o no. Además es importante recalcar que es un delito en sí mismo, porque parecería fácil confundirlo con una forma de autoría o participación en la comisión del delito principal. Como se verá más adelante, esto ha causado problemas metodológicos al querer compararlo con la empresa criminal común en DPI que sí es una forma de autoría y que, por lo tanto, tiene una naturaleza jurídica diferente al *conspiracy*.

Es conveniente notar que, por lo menos en Estados Unidos, el *conspiracy* ha adquirido un grado de complejidad muy importante, lo cual quizás tenga sus orígenes en el *caso Pinkerton*, en virtud del cual se estableció que cualquiera de los confabuladores es responsable de los actos de los demás en la consecución del fin acordado aunque no tenga conocimiento de su comisión.¹⁴³

La *Regla Pinkerton* ha sido muy limitada en algunas jurisdicciones. El propio MPC ha desechado la regla, pues únicamente permite la sanción a los confabuladores cuando conocen del acto concreto.¹⁴⁴

Dos formas de *conspiracy* muy sofisticadas implican la participación de más de dos personas. La primera se ilustra con una rueda y tiene su origen en el *caso Kotteakos*. En estos supuestos hay una organización o red en la que participan diversas personas, quizás con distintas funciones. En el centro de la rueda está un operador que conoce los movimientos y conductas de todos los miembros de la red, pero entre los demás participantes es posible que no se conozcan.

¹³⁸ LaFave, *op. cit.*, p. 567.

¹³⁹ A manera de ejemplo, véase el análisis realizado a la legislación federal en Heather J. Sigler, "Federal Criminal Conspiracy", *American Criminal Law Review*, vol. 46, 2009.

¹⁴⁰ Al respecto, véase Levenson, *op. cit.*, pp. 283 y 284.

¹⁴¹ Phillip E. Johnson y Morgan Cloud, *Criminal Law: Cases, Materials and Text*, 7^a ed., West Group, St. Paul, 2002, pp. 668 y 669.

¹⁴² Paul Marcus, "Conspiracy: the Criminal Agreement in Theory and in Practice", *Georgetown Law Journal*, vol. 95, 1976-1977.

¹⁴³ *Pinkerton v. United States*, 328 U.S. 640 (1946).

¹⁴⁴ Mark Noferi, "Towards Attenuation: a 'New' Due Process Limit on Pinkerton Conspiracy Liability", *American Journal of Criminal Law*, vol. 91, 2005-2006. En este artículo se detalla la aplicación de *Pinkerton* por los tribunales federales y la búsqueda de límites a la formulación original para imponer sanciones penales de acuerdo con este esquema.

En tanto cada persona tiene una función, es responsable de los actos que comete y de las confabulaciones que se relacionen con ello, pero no de los hechos o conductas que no pudiera previsiblemente inferir. Claro, la persona en torno a quien giran las actividades tiene conocimiento completo de la operación y es responsable de todas las conductas, incluidos los delitos principales que se derivan de los *conspiracies* individuales.¹⁴⁵ Una salvedad importante es que si las personas tienen una finalidad en común (aunque no lo sepan y no se conozcan), entonces se puede procesar a todos por un gran *conspiracy* y los delitos principales resultado del mismo.

El propio caso *Kotteakos* sirve de ejemplo. *Kotteakos* era una persona que solicitaba préstamos falsos por medio de un agente, el cual se encontraba en el centro de la operación. En torno a él giraban 32 personas que también gestionaban estos préstamos. Lo que el fiscal buscaba era sancionar un solo *conspiracy* y los delitos principales producto de la misma. Pero la Suprema Corte no permitió esa estrategia por considerar que se trataba de diversos *conspiracies* pequeños y que las personas sólo eran penalmente responsables de ellas en lo individual y, más importante, de los delitos principales acordados en cada una, no de la totalidad de las conductas delictivas realizadas por la red.¹⁴⁶

El segundo tipo de *conspiracy* complejo es el de la cadena. Al igual que en el caso de la rueda, aquí hay una red en la cual cada participante tiene una función. La modalidad más común es cuando hay una cadena de distribución de sustancias ilegales (como drogas o, en su momento, alcohol). Por ejemplo, una persona produce la sustancia, otra la transporta, otra la vende al mayoreo y otra la vende al menudeo. Todos tienen una función, saben o deberían saber que hay otras personas que participan, aunque no las conozcan. La persona que produce la sustancia debe estar consciente de que, finalmente, alguien del otro lado de la cadena la vende al público; de lo contrario, ¿para qué la produce? De igual manera, quien vende la sustancia debe saber que hay alguien produciéndola.¹⁴⁷

A pesar de que el MPC ya no acepta la modalidad de *Pinkerton*, reconoce las dos formas de *conspiracy* complejas, aunque se hace hincapié en el elemento subjetivo para limitar su alcance. La sección 5.03 (2) señala: “Si una persona culpable de cometer *conspiracy*, como se define en la subsección (1) de esta sección, sabe que la persona con la que ha confabulado para cometer un delito ha confabulado con otra persona o personas para cometer el mismo delito, ella es culpable de confabular con esa otra persona o personas, las conozca o no las conozca, para cometer el delito”.¹⁴⁸ Por otra parte, la sección 5.03 (3) establece: “Si una persona confabula para cometer varios delitos, es culpable de un solo *conspiracy* siempre y cuando esos múltiples delitos sean el objeto del mismo acuerdo de voluntades o relación confabulatoria continua”.¹⁴⁹

Nótese cómo en el primer supuesto es determinante que la persona sepa (*know*) que otras personas participan de la confabulación y cometen actos para su consecución, de lo contrario no puede haber un solo *conspiracy* complejo. El elemento subjetivo es la clave para establecer el alcance de la conducta. En la segunda hipótesis normativa el elemento decisivo es el objetivo en común que tienen todos los miembros de cometer *conspiracy*.

Existen más diferencias con la confabulación delictiva en el CPI que con el *conspiracy* en el *Common Law*. Esto con seguridad se debe a que este delito nunca se desarrolló y los tribunales prefirieron emplear figuras como la empresa criminal común o la autoría media-ta para responsabilizar penalmente a las personas que participan en forma indirecta en la comisión de un crimen internacional. A pesar de que la Carta de Núremberg preveía la confabulación delictiva para cometer cualquiera de los crímenes de su competencia (crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o crímenes contra la paz),¹⁵⁰ este crimen ha ido desapareciendo del ámbito internacional; en todo caso, se ha restringido al ámbito del genocidio en la propia convención y en los estatutos de los tribunales *ad hoc*, pero está ausente en el Estatuto de la CPI.

¹⁴⁵ *Kotteakos v. United States*, 328 U.S. 750 (1946).

¹⁴⁶ *Idem*.

¹⁴⁷ Levenson, *op. cit.*, pp. 292 y 293.

¹⁴⁸ “If a person guilty of conspiracy, as defined by Subsection (1) of this Section, knows that a person with whom he has conspired to commit a crime has conspired with another person or persons to commit the same crime, he is guilty of conspiring with such other person or persons, whether or not he knows their identity, to commit such crime.”

¹⁴⁹ “If a person conspires to commit a number of crimes, he is guilty of only one conspiracy so long as such multiple crimes are the object of the same agreement or continuous conspiratorial relationship.”

¹⁵⁰ Carta de Núremberg, art. 6.

Por su parte, en el *Common Law*, por lo menos el que se ha desarrollado en Estados Unidos, el *conspiracy* aún es un crimen importante y de amplia aplicación; además, ha adquirido formas complejas como las que se establecieron en los casos *Pinkerton* y *Kotteakos*.

La esencia en ambos sistemas jurídicos continúa siendo el acuerdo de voluntades para cometer un delito posterior. Hay otra similitud que destaca: en ambos sistemas jurídicos el *conspiracy* o confabulación delictiva es visto como un delito autónomo del principal. Esto es claro en el *Common Law*, y aunque no se ha señalado en forma expresa en el DPI, se infiere de la redacción del delito de genocidio en los estatutos de los tribunales *ad hoc* y de la Convención contra el Genocidio, en los que la confabulación delictiva para cometer genocidio y otras formas inacabadas, como la instigación, se incluyen en el mismo apartado que el genocidio como tal, pero independientes de las formas de autoría y participación que reconocen. Asimismo, el TPIR se ha pronunciado sobre la comisión del genocidio y de la confabulación delictiva para cometer genocidio en distintos apartados, confirmando su autonomía,¹⁵¹ lo que permite concluir que también se le considera un delito autónomo, en apego a la tradición del *Common Law*.

Mientras que en el DPI no se reconoce el acto exteriorizado, en el *Common Law* aún sigue vigente, aunque no en todos los casos. El elemento subjetivo también es importante, pues en el *Common Law* se requiere tener la voluntad de participar en el acuerdo y de cometer la conducta delictiva acordada. Por otra parte, en el DPI la confabulación delictiva se ha limitado a casos de genocidio y en la finalidad del acuerdo se requiere que haya una intención específica, precisamente la de destruir a uno de los grupos humanos señalados en el tipo penal.

V. Otros aspectos relevantes no constitutivos de delitos

A. Empresa criminal común

Fijar las bases de la empresa criminal común (ECC) fue una tarea que realizó primero el TPIY. El citado tribunal determinó que, a pesar de que su Estatuto no establecía expresamente esta figura ni su naturaleza jurídica, ésta formaba parte del Derecho Consuetudinario Internacional¹⁵² y había sido considerada como una forma de autoría de crímenes internacionales.¹⁵³ Cabe señalar que en este rubro el TPIR ha seguido la jurisprudencia del TPIY.¹⁵⁴

No obstante, los estatutos no preveían el *actus reus* ni el *mens rea* necesarios para acreditar esta forma de participación, por lo que otra vez se recurrió al Derecho Consuetudinario Internacional.¹⁵⁵ Del análisis de los antecedentes se desprendió que hay tres categorías distintas de la ECC y que éstas contienen un *actus reus* y un *mens rea* distintos.¹⁵⁶

La primera categoría, conocida como *básica*, es aquella en la cual los autores deciden participar en forma voluntaria en un plan común (*common design*) para llevar a cabo un delito o crimen, aunque cada uno de ellos tenga un papel distinto en la comisión de la conducta (*actus reus*). Así, aunque la persona no realice materialmente la conducta debe tener la intención de que se concrete (*mens rea*).¹⁵⁷

La segunda categoría, conocida como *sistemática*, depende de dos circunstancias: la existencia de una unidad administrativa o militar y una posición del autor particular que realiza la conducta.¹⁵⁸ Con base en ello, el *actus reus* es la participación en la unidad que comete las conductas ilegales. Mientras tanto, el *mens rea* estriba, por un lado, en el conocimiento de

¹⁵¹ Véase *Prosecutor v. Musema*, op. cit. (Trial Chamber), Apartado 7 (Verdicto).

¹⁵² *Prosecutor v. Tadic*, IT-94-1 (Appeals Chamber), 15 de julio de 1999, párr. 190, y *Prosecutor v. Vasiljevic*, IT-98-32 (Appeals Chamber), 25 de febrero de 2004, párr. 95.

¹⁵³ *Prosecutor v. Vasiljevic* (Appeals Chamber), op. cit., párr. 102.

¹⁵⁴ *Prosecutor v. Ntakirutimana and Ntakirutimana*, ICTR-96-10A & 17A (Appeals Chamber), 13 de diciembre de 2004, párr. 468. Para un análisis crítico de la ECC y la forma en la cual se obvian los principios rectores del Derecho penal para sancionar a quienes cometen crímenes internacionales, véase Allison Marston Danner y Jenny S. Martinez, “Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law”, *California Law Review*, vol. 93, núm. 75, 2005.

¹⁵⁵ *Prosecutor v. Tadic* (Appeals Chamber), op. cit., párr. 194. Para un desarrollo más detallado de la sentencia de apelación de Tadic, de donde surge la doctrina de la ECC, véase Marston Danner y Martinez, op. cit., p. 103.

¹⁵⁶ *Ibid.*, párr. 195. Véase Kai Ambos, *Fundamentos de la imputación en el Derecho internacional penal*, Porrúa, México, 2009, pp. 119-156. Para un análisis detallado de la imputación a través de la ECC, véase también Héctor Olásolo Alonso, *Estudios de Derecho Penal Internacional*, INACIPE, México, 2010, pp. 113-133.

¹⁵⁷ *Ibid.*, párr. 196.

¹⁵⁸ *Ibid.*, párr. 202.

la existencia de la unidad y, por el otro, en la intención de que dicha unidad realice las conductas ilegales.¹⁵⁹

La tercera categoría, o *de extensión*, es aquella en la cual la conducta delictiva no se acuerda según ninguna de las primeras dos categorías, pero es una consecuencia previsible (*foreseeable*) de la existencia de la unidad que tiene una finalidad criminal.

La Sala de Apelaciones del TPIY resumió tres elementos del *actus reus* de la ECC (con independencia de la categoría): pluralidad de sujetos, existencia de un plan común para realizar alguna conducta criminal y participación del autor en el plan común.¹⁶⁰ Lo que varía es el *mens rea* del autor según cada categoría de la ECC. Para la primera categoría es necesaria la intención de realizar la conducta delictiva para la cual se desarrolló el plan común; para la segunda categoría el elemento subjetivo consiste en conocer la existencia de la unidad que realiza el plan común y tener la intención de realizar la conducta delictiva, y para la tercera categoría se debe tener la intención de formar parte del plan común, que le sea previsible la conducta realizada por alguno de los otros miembros del plan común y que haya tomado de manera consciente dicho riesgo (*willingly taken that risk*).¹⁶¹

Analizar este concepto con base en los parámetros del *Common Law* resulta complicado por razones metodológicas, porque no existe una figura parecida en esta familia jurídica. Para sustentar la existencia de la tercera categoría de la ECC, la Sala de Apelaciones en el caso *Tadic* afirmó que la imputación por consecuencias previsibles (*foreseeable*) dentro de un plan común (*common plan*) tiene sustento en diversas jurisdicciones, tanto del *Civil Law* como del *Common Law*. Sin embargo, las referencias se centran en sustentar la posibilidad de que se sancione con base en un elemento subjetivo reducido equiparable al dolo eventual o al *recklessness*.

Por lo que respecta a las referencias que se toman de jurisdicciones del *Common Law*, existe un problema metodológico importante: las citas empleadas corresponden a casos de *conspiracy*, el cual es un delito en estas jurisdicciones pero no una forma de autoría. Así pues, aunque sea posible sancionar a quienes participan en una organización y que, por ello, sea previsible que otros miembros de la asociación cometan delitos que pudieron ser previsibles, esto no se puede comparar con una forma de autoría. En el caso concreto de Estados Unidos se menciona la teoría *Pinkerton*, la cual establece que todos los conspiradores son responsables penalmente de las conductas de los otros, siempre y cuando éstas hayan sido realizadas para cometer los actos acordados en el *conspiracy* y hayan sido previsibles, como una forma de conseguir dicho fin.¹⁶² En efecto, algunos autores han tratado de encontrar analogías entre la ECC y el *conspiracy* del *Common Law*,¹⁶³ además de otras figuras como las leyes RICO (Racketeering Influenced and Corrupt Organizations Act) y las leyes antiterroristas en Estados Unidos. Sin embargo, al comparar elemento por elemento terminan por encontrarse más diferencias que similitudes.¹⁶⁴

Aparte de lo anterior, el propio CPI ha diluido la aplicabilidad de esta forma de autoría en resoluciones más recientes que las de *Tadic*. En las Salas Extraordinarias para Camboya pusieron en duda el sustento de la ECC de la tercera categoría en costumbre internacional,¹⁶⁵ es decir, precisamente la forma de autoría que se le imputó a *Tadic*.

Además, la CPI también se ha visto renuente en aplicar la ECC en sus resoluciones de confirmación de cargos. Esta forma de autoría ha sido reconocida en el artículo 25 (3) (d) del Estatuto de Roma, el cual señala:

De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión

¹⁵⁹ *Ibid.*, párr. 203.

¹⁶⁰ *Prosecutor v. Krnojelac*, IT-97-25 (Appeals Chamber), 17 de septiembre de 2003, párr. 31.

¹⁶¹ *Prosecutor v. Vasiljevic* (Appeals Chamber), *op. cit.*, párr. 101.

¹⁶² *Pinkerton v. United States*, *op. cit.*

¹⁶³ Véanse Ambos, *op. cit.*, pp. 132 y 133, y Jens David Ohlin, "Joint Intentions to Commit International Crimes", *Chicago Journal of International Law*, vol. 10, invierno de 2010-2011. Este último autor no considera la diferencia en la naturaleza jurídica que se ha señalado aquí, pero considera que es funcional comparar a la ECC con el *conspiracy* debido a que cumplen con el mismo objetivo.

¹⁶⁴ Véanse Catherine H. Gibson, "Testing the Legitimacy of the Joint Criminal Enterprise Doctrine in the ICTY: A Comparison of Individual Liability for Group Conduct in International and Domestic Law", *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 18, 2007-2008, p. 521, y Marston Danner y Martinez, *op. cit.*, pp. 139 y 141.

¹⁶⁵ *Prosecutor v. Thirth et al.*, 002/19-09-2007-ECCC/OCU (prc38), *Decision on Appeals of the Co-Investigative Judges on Joint Criminal Enterprise (Pre-Trial Chamber)*, 20 de mayo de 2010. Para un análisis de esta resolución, véase Jared L. Watkins y Randle C. DeFalco, "Joint Criminal Enterprise and the Jurisdiction of the Extraordinary Chambers in the Courts of Camboya", *Rutgers Law Review*, vol. 63, 2010, p. 193.

de un crimen de la competencia de la Corte quien: [...] d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:

i. Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o

ii. A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen.

Esta cláusula tiene semejanzas con la categoría dos de la ECC, dado que presume que hay un grupo (lo cual no se requiere en la primera categoría) y exige la intención de cometer el crimen, no una mera previsión¹⁶⁶ (como en la categoría tres).¹⁶⁷ La CPI ha preferido emplear figuras como la coautoría,¹⁶⁸ la responsabilidad del superior jerárquico¹⁶⁹ y la coautoría mediata mediante aparatos organizados de poder.¹⁷⁰

La última de estas resoluciones tiene un peso importante para la presente discusión, pues se sustenta en una teoría que tiene su origen en el *Civil Law*. A lo largo de la justificación para incorporar la autoría mediata por medio de aparatos organizados de poder se emplean fuentes latinoamericanas y, en especial, la teoría de dominio del hecho de Claus Roxin, que proviene de la doctrina alemana, es decir, del *Civil Law*,¹⁷¹ incluso la Sala de Cuestiones Preliminares parece abandonar la figura de la ECC por considerar que tiene inconsistencias que esta nueva forma de autoría resuelve.¹⁷²

Que hasta el momento la CPI no haya desecharo el uso de la ECC no significa que el *Civil Law* haya sustituido al *Common Law* en temas de criminalidad

¹⁶⁶ El hecho de que la palabra *intención* excluya el dolo eventual o el *recklessness* no es unánime. Al respecto, véase Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2^a ed., Beck/Hart/Nomos, Baden-Baden, 2008, pp. 758 y 759.

¹⁶⁷ La afirmación de que esta cláusula corresponde a la ECC no está exenta de crítica; al respecto, véase Jens David Ohlin, “Joint Criminal Confusion”, *New Criminal Law Review*, vol. 12, núm. 3, verano de 2009.

¹⁶⁸ *Prosecutor v. Lubanga, Confirmation of Charges*, ICC-01/04-01/06 (*Pre-Trial Chamber I*), 27 de enero de 2007; véase también Héctor Olásolo Alonso, “El impacto de la primera jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en la distinción entre autoría y participación en la comisión de crímenes de guerra conforme al Derecho internacional”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, núm. 132, 2008.

¹⁶⁹ *Prosecutor v. Bemba, Confirmation of Charges*, op. cit.

¹⁷⁰ *Prosecutor v. Katanga and Chui, Confirmation of Charges*, op. cit.

¹⁷¹ *Ibid.*, párrs. 496 y 498.

¹⁷² *Ibid.*, pár. 506.

¹⁷³ Véase el apartado “Algunas consideraciones previas sobre Derecho Penal del *Common Law*”.

¹⁷⁴ Algunos esfuerzos dogmáticos pretenden explicar desde su perspectiva los alcances de los elementos subjetivos previstos en el artículo 30. Al respecto, véase Kai Ambos, *La Parte General del Derecho Penal Internacional*, trad. de Ezequiel Malarino, Duncker & Humboldt/Temis/Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2005, pp. 384-399. Para un análisis interesante que intenta incorporar elementos de ambas tradiciones jurídicas, aunque enfocándose en la estructura del artículo 30 del Estatuto de la CPI, véase Gerhard Werle, *Principles of International Criminal Law*, T.M.C./Asser Press, La Haya, 2005, pp. 102-116.

organizada. Como ya se vio, el origen de la ECC desciende en el Derecho Consuetudinario Internacional, o por lo menos así lo entendió el TPIY. Si bien hay referencias al *Common Law*, en particular a la teoría *Pinkerton*, hay problemas para establecer que éste fue el sustento de la ECC.

VI. Elementos subjetivos en el Estatuto de Roma y en el Código Penal Modelo

En este apartado se hace una comparación entre los elementos subjetivos previstos en el Estatuto de la CPI y en el MPC. Se parte de la hipótesis de que la estructura y el contenido del artículo 30 del Estatuto son muy similares a los previstos en el MPC. Esto significa que hay una diferencia importante con el *Common Law* tradicional que aún prevé términos arcaicos, como se vio en párrafos anteriores.¹⁷⁵ Pero de haber una coincidencia entre el MPC y el precepto del Estatuto de la CPI, entonces se excluiría también el *Civil Law* como pauta de análisis de los elementos subjetivos.¹⁷⁶

El análisis comparativo comienza con el texto del artículo 30 del Estatuto de la CPI. Sin embargo, para facilitar la comparación, se debe visualizar dicho texto:

1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.

2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:

(a) En relación con una conducta, se propone incurir en ella;

(b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

3. A los efectos del presente artículo, por “conocimiento” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras “a sabiendas” y “con conocimiento” se entenderán en el mismo sentido.¹⁷⁵

Es importante señalar que según el precepto transcritto hay dos elementos subjetivos en el régimen de la CPI: la intención y el conocimiento, que se refieren a los “elementos materiales” que se desglosan en los párrafos 2 y 3 del artículo. Así, la *intención* significa que la persona busca realizar (*engage*) la conducta y busca que se realicen las consecuencias o está consciente de que lo harán en el curso normal de los hechos. En cuanto al elemento *conocimiento*, significa que la persona sabe que se llevarán a cabo las consecuencias de su conducta o que se producirán en el curso normal de los hechos.

Por su parte, el MPC tiene conceptos muy parecidos con definiciones asimismo similares a las previstas en el Estatuto de la CPI. La sección 2.02 prevé cuatro elementos subjetivos, pero los que aquí interesan son los primeros dos: *purposely* y *knowingly*. La primera similitud es que los elementos subjetivos remiten a los elementos materiales del delito que, aunque no se definen en el MPC, se infiere del texto que aluden a la conducta, las circunstancias y el resultado, igual que en el Estatuto de la CPI.¹⁷⁶ En todo caso, quizá sea más significativo señalar lo que excluyen, pues en la tradición del Civil Law los elementos subjetivos deben

referirse a las excluyentes del delito, lo cual es irrelevante en el Estatuto de la CPI y en algunos casos del Common Law moderno, como el MPC.¹⁷⁷

La definición de *purposely* es la siguiente:

Una persona actúa con propósito con respecto a algún elemento material del delito:

(i) si el elemento está relacionado con la naturaleza de su conducta o un resultado de la misma; es su objetivo consciente realizar una conducta de esa naturaleza o causar dicho resultado;

(ii) si el elemento está relacionado con las circunstancias relacionadas, la persona está consciente de que existen dichas circunstancias o cree o desea que existan.¹⁷⁸

El propio MPC, en la sección 1.13 (12), equipara los términos *intentionally* o *intent* con *purposely*, con lo que cierra la brecha en cuanto a las diferencias terminológicas.

Como se puede observar en ambos casos, la persona debe buscar la realización de la conducta delictiva y desejar las consecuencias que se desprenden de la misma. Las diferencias estriban en que en el MPC la persona debe buscar la realización del resultado, mientras que el Estatuto de la CPI además permite con esta figura que las consecuencias sean inevitables, aunque no sea la pretensión principal de la persona que se lleven a cabo. Por otro lado, mientras que el MPC prevé que este elemento subjetivo esté relacionado con las circunstancias del delito como elemento subjetivo, el Estatuto de la CPI solamente lo refiere a la conducta y el resultado.

En cuanto al elemento subjetivo *conocimiento*, el MPC establece lo siguiente:

¹⁷⁵ Estatuto de la CPI, art. 30:

1. Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge.

2. For the purposes of this article, a person has intent where:

(a) In relation to conduct, that person means to engage in the conduct;

(b) In relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events.

3. For the purposes of this article, “knowledge” means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events. “Know” and “knowingly” shall be construed accordingly.

¹⁷⁶ Para la sistematización de elementos subjetivos y elementos materiales, véase Gainer, *op. cit.*, pp. 579 y 580.

¹⁷⁷ Albin Eser, “Mental elements—Mistake of Fact and Mistake of Law”, en A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones (eds.), *The Rome Statute...., op. cit.*, pp. 909 y 911. Este autor también hace notar la similitud que existe entre los elementos materiales en el MPC y en el Estatuto de la CPI.

¹⁷⁸ MPC, sección 2.02 (2) (a):

A person acts purposely with respect to a material element of an offence when:

(i) if the element involves the nature of his conduct or a result thereof, it is his conscious object to engage in conduct of that nature or to cause such result;

(ii) if the element involves the attendant circumstances, he is aware of the existence of such circumstances or he believes or hopes that they exist.

Una persona actúa con conocimiento respecto de un elemento material del delito:

(i) Si el elemento es de la naturaleza de su conducta o circunstancias relacionadas, está consciente de que su conducta es de esa naturaleza o de que dichas circunstancias existen; y

(ii) si el elemento es un resultado de su conducta, está consciente de que es prácticamente seguro de que su conducta provocará el resultado.¹⁷⁹

En relación con el conocimiento, el Estatuto de la CPI prevé que la persona debe estar consciente de las circunstancias que rodean al hecho (*attendant circumstances*) y del resultado. Sin embargo, en este caso también es posible imputar responsabilidad si se está consciente de que el resultado es una consecuencia lógica de la conducta, aunque no la deseé específicamente. Por su parte, en el MPC al regular el conocimiento lo refiere a la conducta y las circunstancias, y señala de manera contundente que se debe tener presente que la conducta es de la naturaleza considerada delictiva y que existen las circunstancias que exige el tipo. En cuanto al resultado, el umbral baja, pues aunque no se reclama una certeza absoluta de que se producirá el resultado, se requiere que sea prácticamente cierta (*practical certainty*).

Se evidencian algunas similitudes entre el MPC y el Estatuto de la CPI. Para empezar, el uso de la terminología es idéntico;¹⁸⁰ esto aleja el elemento subjetivo del Common Law tradicional y del Civil Law, aunque se pueden buscar equivalencias, por ejemplo respecto del dolo directo o el dolo eventual, éstas son imprecisas.¹⁸¹

Por otra parte, se puede ver que en ambos sistemas tanto los elementos subjetivos van ligados a elementos materiales como que dichos elementos son la conducta, las circunstancias y el resultado. El MPC utiliza un sistema de análisis por elemento,¹⁸² contrario a lo que se percibe en el Estatuto de la CPI, que emplea un análisis por delito, como indica la redacción del artículo 30 del Estatuto de la CPI, el cual señala que

“los elementos materiales del crimen se realizarán con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen”, es decir, que los elementos subjetivos se asocian a los elementos materiales en su conjunto.

Esto queda claro al abordarse el tema del conocimiento. En el Estatuto de la CPI no hubo necesidad de especificar que la conducta, que es la base de cualquier delito, tiene que producirse con este elemento subjetivo, pues en todo caso le corresponde la intención; es en las circunstancias y en el resultado donde es preciso aclarar los distintos umbrales subjetivos necesarios.

Esta diferencia repercute en la redacción y, por ende, en la regulación del MPC, porque las definiciones de los elementos subjetivos tienen en cuenta esta consideración, lo cual no lo hace del todo apto como herramienta de análisis del artículo 30 del Estatuto de la CPI. El Common Law tradicional tampoco parece ser una herramienta idónea, pues como se vio hay una terrible confusión metodológica y terminológica que por añadidura no corresponde a un sistema como el de la CPI, que en principio sólo tiene dos elementos subjetivos reconocidos.

Por su parte, si bien el Civil Law emplea un análisis por delito de los tipos penales, lo cual sería compatible con el Estatuto de la CPI, el empleo de conceptos como *intent* y *knowledge* —propios de un Common Law más moderno— dificultaría el uso de la dogmática como herramienta de interpretación. Este obstáculo se habría superado de haberse empleado términos como dolo directo o dolo eventual, que nada más se hallan en las resoluciones de los tribunales *ad hoc*¹⁸³ pero no en el texto del Estatuto. Esto parece indicar que hubo una intención clara de excluir este método de análisis del CPI.

Como aquí se llega a la conclusión de que los elementos subjetivos en el Estatuto de la CPI contienen elementos del MPC y del Civil Law (el Common Law tradicional parece haber quedado excluido), en cuan-

¹⁷⁹ MPC, sección 2.02 (2) (b):

A person acts knowingly with respect to a material element of the offense when:

(i) if the element involves the nature of his conduct or the attendant circumstances, he is aware that his conduct is of that nature or that such circumstances exist; and

(ii) if the element involves a result of his conduct, he is aware that it is practically certain that his conduct will cause such a result.

¹⁸⁰ Eser, *op. cit.*, p. 903. Ésta parece ser una traducción literal del Common Law.

¹⁸¹ Kai Ambos, *La Parte General...*, *op. cit.*, pp. 384-416.

¹⁸² Sección 2.02. “A person is not guilty of an offense unless he acted purposely, knowingly, recklessly or negligently, as the law may require, with respect to each material element of the offense.”

¹⁸³ Véanse al respecto los diversos ejemplos previstos en el apartado “Algunas consideraciones previas sobre Derecho Penal del Common Law”.

to a dicho aspecto se puede concluir que el DPI, tal y como se ha codificado en el Estatuto de la CPI, es un híbrido que merece una doctrina que lo explique en forma independiente de las dos tradiciones jurídicas consideradas.

VII. Los Elementos de los Crímenes y el Código Penal Modelo

Los Elementos de los Crímenes (Elementos) es un instrumento que tiene la función de ayudar a la CPI a interpretar y aplicar los tipos penales previstos en el Estatuto.¹⁸⁴ Es un documento muy detallado que desglosa los elementos típicos de los crímenes que son competencia de la CPI, de tal modo que todas las hipótesis normativas están previstas de manera individual. El detalle en la descripción hace recordar al MPC que con su análisis por elemento obliga a considerar todos los elementos del tipo penal por separado, así como los diversos elementos materiales para poder llegar a la adecuación de cada uno de ellos. Ante esta circunstancia, resulta interesante y, quizás, útil buscar paralelismos que pudieran permitir el uso del MPC como herramienta para la interpretación de los Elementos en el futuro. Esta propuesta se basa asimismo en el hecho de que en el DPI no existe antecedente alguno de un instrumento de tal naturaleza y, como se sugiere, en el Derecho Penal nacional se cuenta con un instrumento similar. Como una nota metodológica, se debe señalar que si bien las similitudes y diferencias pueden ser muchas, aquí nada más se hará referencia a los aspectos ya explorados en apartados anteriores, como los elementos subjetivos y los elementos materiales.

Los Elementos tienen su antecedente directo en la intervención activa que tuvo Estados Unidos para su inclusión en el esquema del Estatuto de la CPI, incluso sugiriendo que fueran un anexo al mismo tratado internacional como una manera de fortalecer el principio de legalidad ante la ambigüedad de algunos de los tipos penales.¹⁸⁵ Aunque no hubo referencias

directas a los sistemas jurídicos nacionales, ya otros autores han encontrado similitudes con el MPC, pero en particular con el Código de Justicia Militar de Estados Unidos.¹⁸⁶

En efecto, la estructura es muy parecida, pues los Elementos cuentan con una introducción general que explica cómo aplicar los elementos subjetivos a los elementos materiales,¹⁸⁷ incluido el valor que se les debe dar a términos que implican juicios de valor como “inhumanos” y “graves”.¹⁸⁸ De igual modo, se explica la estructura de cada hipótesis normativa, de manera que se describen la conducta, las consecuencias (o resultados) y las circunstancias correspondientes, preferentemente en ese orden; en seguida, se incorpora el elemento subjetivo correspondiente y, por último, se señalan los elementos contextuales correspondientes a cada categoría (por ejemplo el conflicto armado para los crímenes de guerra).¹⁸⁹

Al igual que los Elementos a los que literalmente el Estatuto de la CPI asigna una función de interpretación, de igual manera el MPC —aunque no es un instrumento legislativo ni tampoco es Derecho Positivo— ha servido para interpretar la legislación federal y estatal en Estados Unidos.¹⁹⁰

De igual manera, el MPC tiene diversas disposiciones cuya función es guiar la aplicación de los elementos subjetivos a los elementos materiales. Ésta es una diferencia importante con los códigos del *Civil Law* en donde suele haber una parte general donde se incluyen normas aplicables a los tipos penales contenidos en la parte especial, como lo relativo al concurso, la tentativa o el delito consumado y las formas de autoría, entre otras. Sin embargo, estos códigos no contienen reglas o pautas para la aplicación de las reglas generales. Esto es especialmente cierto en lo relativo a los elementos subjetivos, en que el MPC prevé reglas como los grados mínimos de culpabilidad (*culpability*) o los grados de culpabilidad requeridos para cada elemento o cuál se aplica en caso de que el tipo penal no lo especifique.¹⁹¹

¹⁸⁴ Estatuto de la CPI, art. 9 (1).

¹⁸⁵ Mauro Politi, *Elements of Crimes*, en A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones (eds.), *The Rome Statute...*, op. cit., pp. 445 y 446.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 446.

¹⁸⁷ Elementos, Introducción general, párr. 2.

¹⁸⁸ *Ibid.*, párr. 4.

¹⁸⁹ *Ibid.*, párr. 7.

¹⁹⁰ Véanse *United States v. Jewell*, United States Court of Appeals, 9th Circuit, 1976, 532 F.2d 697; *States v. Coates*, Supreme Court of Washington, 107 Wash. 2d 882, 735 P.2d 64, 1987, y *People v. Marrero*, Court of Appeals of New York, 69 N.Y. 2d 382, 515 N.Y.S. 2d 212, 1987.

¹⁹¹ Sección 2.02 (3) y (4).

Algo similar ocurre con los Elementos, en que el párrafo 2 de la Introducción general establece qué elementos subjetivos se aplican para cada crimen:

Como lo señala el artículo 30, salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizaron con intención y conocimiento. Cuando no se hace referencia en los elementos de los crímenes a un elemento de intencionalidad para una conducta, consecuencia o circunstancia indicada, se entenderá aplicable el elemento de intencionalidad que corresponda según el artículo 30, esto es, la intención, el conocimiento o ambos. A continuación se indican excepciones a la norma del artículo 30 sobre la base del Estatuto y con inclusión del derecho aplicable en virtud de las disposiciones del Estatuto en la materia.

Ciertamente, el contenido es diferente, pero esto es atribuible al hecho de que, como ya se ha explicado, el Estatuto parte del análisis por delito de los elementos subjetivos del tipo penal y el MPC de un análisis por elemento de los tipos penales. Destaca que en este último método parece ser más apropiado dar instrucciones o guías para la aplicación que en el primero; aun así se adoptó esta disposición. En efecto, en tanto que el Estatuto prevé que los elementos subjetivos (intención y conocimiento) se aplican para todos los tipos penales, no resulta importante establecer bases para su aplicación. En todo caso este párrafo sólo señala la posibilidad de que haya excepciones. Entre éstas, una que podría resultar problemática es el empleo de términos como *willful* en diversos crímenes de guerra, pues sobre este elemento subjetivo que recuerda el *Common Law* tradicional, los Elementos no señalan cómo interpretarlo; es decir, cómo saber si se trata de un sinónimo de conocimiento, según indica el MPC,¹⁹² o de un elemento subjetivo diferente. Para acabar: los Elementos omiten el uso del término.¹⁹³

Un aspecto interesante de los Elementos es que admiten la posibilidad de que por lo menos ciertos

elementos típicos carezcan de elemento subjetivo: “Con respecto a los elementos de intencionalidad relacionados con elementos que entrañan juicios de valor, como los que emplean los términos ‘inhumano’ o ‘graves’, por ejemplo, no es necesario que el autor haya procedido personalmente a hacer un determinado juicio de valor, a menos que se indique otra cosa”.¹⁹⁴

En un primer acercamiento, esto parece contrastar con el modelo de análisis por delito que se adoptó en el Estatuto de la CPI y que permeó en los Elementos. Sólo de acuerdo con un esquema de análisis por elemento es posible extraer uno de los elementos materiales y asignarle un elemento subjetivo al resto de los componentes del tipo penal o, como en este caso, no asignarle ninguno.

En efecto, en la medida en que los tipos penales contengan palabras que impliquen juicios de valor, éstos son elementos del tipo penal, y cuando no se les asigna un elemento subjetivo estamos frente a un Derecho Penal Objetivo (*strict liability*), aunque sea en forma parcial y con una justificación congruente. Dörman considera necesario excluir la asignación de un elemento subjetivo a este tipo de juicios de valor para evitar la posibilidad de que una persona alegue que no tenía conocimiento de que su conducta era inhumana o grave,¹⁹⁵ aunque se podría argumentar que les debería asignar a estos juicios de valor un elemento subjetivo menor como *recklessness*.

Estas interrogantes no son ajenas al *Common Law*. Si bien la regla general es que a todos los delitos (o elementos del tipo) les corresponde alguna forma de *mens rea*,¹⁹⁶ hay excepciones en la legislación, la jurisprudencia y en el mismo MPC.

En efecto, en Estados Unidos se ha determinado que la edad de la víctima en los tipos penales de violación equiparada (*statutory rape*) no está sujeta a ningún tipo de elemento subjetivo, basta con comprobar que la víctima tenía la edad que marca el código.¹⁹⁷ Los delitos que se derivan del *Common Law*, aunque se hayan incorporado en los códigos, requie-

¹⁹² MPC, sección 2.02 (8). “A requirement that an offense be committed willfully is satisfied if a person acts knowingly with respect to the material elements of the offense, unless a purpose to impose further requirements appears.”

¹⁹³ Sobre esta problemática, véase Knut Dörman, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court—Sources and Commentary*, ICRC, Cambridge, 2002, pp. 11 y 12.

¹⁹⁴ Elementos, Introducción general, párr. 4.

¹⁹⁵ Dörman, *op. cit.*, pp. 12 y 13.

¹⁹⁶ *Regina v. Faulkner*, Ireland, Court of Crown Cases Reversed, 13 Cox Crim. Cases 550, 1877.

¹⁹⁷ *Garnett v. State*, Court of Appeals of Maryland, 332 Md. 571, 632 A. 2d 797, 1993.

ren invariablemente un *mens rea*.¹⁹⁸ Sin embargo, los delitos que son creados por el Legislativo, sobre todo aquellos que regulan asuntos de interés público (*public welfare*), pueden carecer de elementos subjetivos. En *Weitzenhoff*, por ejemplo, se determinó que aunque el tipo penal contenía la palabra conocimiento (*knowledge*), ésta se refería a la conducta y no al conocimiento de que se estuviera violando una disposición legal.¹⁹⁹

Además de la regla anterior, el propio MPC establece la posibilidad de que los delitos menores (*violations*) se concreten sin necesidad de probar elemento subjetivo alguno.²⁰⁰ Inclusive, en la medida en que los elementos subjetivos van ligados a los elementos materiales, cualquier otro elemento de la sección 1.13 (12), que señala cuáles son los elementos que no se consideran materiales, puede ser considerado carente de elemento subjetivo.

Así pues, la pregunta es si esta disposición de los Elementos tiene sustento en el *Common Law*. De entrada se pueden descartar las primeras excepciones reconocidas por dicha tradición jurídica, pues los crímenes internacionales no se basan en el *Common Law* (aunque sí las conductas particulares como el homicidio, la violación y el secuestro). Tampoco se pueden considerar conductas de interés público como las que señalan los tribunales de Estados Unidos, pues estas leyes se ocupan de regular la calidad de la leche o de proteger la propiedad estatal, por ejemplo. No obstante, por ser los delitos considerados más graves y de trascendencia internacional,²⁰¹ no pueden tomarse como meras violaciones. Por consiguiente, queda como opción determinar si estamos frente a elementos que no se consideran materiales. Según la sección 1.13 del MPC, no son elementos materiales la prescripción y las cuestiones competenciales, el mal que la legislación busca evitar o prevenir y las excluyentes del delito.²⁰²

Ninguna de las variables reconocidas por el MPC corresponde a elementos que impliquen un juicio de valor. El mal que se busca prevenir podría ser el ele-

mento que más se aproximara, pero esto parece tener relación con el bien jurídico tutelado y no es algo que se exprese con frecuencia en los tipos penales como los juicios de valor, sobre los cuales, precisamente por estar mencionados, se vio la necesidad de expresar que los elementos subjetivos no son aplicables.

VIII. Dos consecuencias adicionales del análisis por elemento en el *Common Law*

Como ya se vio en apartados anteriores, el artículo 30 del Estatuto de la CPI emplea un análisis por delito del elemento subjetivo; sin embargo, algunos aspectos de los tipos penales podrían entenderse mejor si se emplea este método en el DPI, en particular dos aspectos en el estudio de los elementos competenciales que, con una criticable técnica legislativa, se han incorporado a las descripciones típicas, así como para distinguir entre los diversos elementos subjetivos que se pueden encontrar en el Estatuto o en los Elementos, en un mismo tipo penal.

La génesis del problema está en la forma en que se han redactado los tipos penales del Estatuto de la CPI. Los tres crímenes originales se dividen básicamente en elementos contextuales o elementos comunes y conductas que cometidas en cierto contexto o con los elementos comunes constituyen un crimen que es competencia de la CPI.

De este modo, el genocidio tiene la intención de destruir a un grupo determinado; los crímenes de lesa humanidad, el ataque contra la población civil y los crímenes de guerra cuentan con el conflicto armado (ya sea internacional o no). Muchas veces las conductas subyacentes a los elementos contextuales o generales contienen elementos subjetivos propios y distintos de los previstos por éstos y es posible que entre sí también haya diferencias en cuanto a los elementos subjetivos requeridos.²⁰³

El primer caso que se presenta es el de los elementos competenciales. Podría decirse que es un problema exclusivo de los crímenes de lesa humani-

¹⁹⁸ *Morrissette v. United States*, 342 U.S. 246 (1952).

¹⁹⁹ *United States v. Weitzenhoff*, United States Courts of Appeals, 9th Circuit, 1 F 3d 1523, 1993.

²⁰⁰ MPC, sección 2.05.

²⁰¹ Estatuto, art. 1º.

²⁰² “[...] ‘material element of an offense’ means an element that does not relate exclusively to the statute of limitations, jurisdiction, venue or to any other matter similarly unconnected with (i) the harm or evil, incident to conduct, sought to be prevented by the law defining the offense, or (ii) the existence of a justification or excuse for such conduct; [...]”

²⁰³ Para un análisis de los crímenes internacionales que son competencia de la CPI, véase Javier Dondé Matute, *Tipos penales en el ámbito internacional*, Ubijus, México/Lima, 2012.

dad. El preámbulo del artículo 7 (1) del Estatuto de la CPI estipula lo siguiente: “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘crimen de lesa humanidad’ cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque [...]”.

En otra ocasión critiqué que ésta es en realidad una regla de competencia que se incorpora a los crímenes de lesa humanidad, de tal modo que en realidad solamente cuando alguna de las conductas subyacentes se cometa en este contexto es competencia de la CPI. Sin embargo, en la redacción del precepto termina incorporando este contexto al tipo penal. En aquel estudio yo sugería que se desincorporaran los elementos contextuales del tipo penal y que se establecieran como un criterio de política criminal para su persecución penal. El *Common Law*, por su parte, prevé una alternativa de análisis.²⁰⁴

En Estados Unidos existe un problema similar. La legislación federal tiene que incorporar en los tipos penales la aclaración de que los delitos tipificados son de la competencia de los tribunales federales para no tener un problema de invasión de esferas con los tribunales estatales. La pregunta entonces es qué elemento subjetivo les corresponde a estos elementos típicos. La solución la dio el *caso Yermian*, en el cual la persona sentenciada había dado información falsa a agentes federales, lo cual es un delito. La cuestión es que Yermian no sabía que la información proporcionada a un tercero iba a ser turnada a agentes federales. Esto se agrava si tenemos en cuenta que el tipo penal señalaba que la información debía ser entregada con conocimiento e intención (*knowingly and willfully*). La Suprema Corte determinó que al elemento competencial no le correspondía un elemento subjetivo (*strict liability*), por lo que era irrelevante que el sentenciado supiera que la información se estaba proporcionando a agentes federales.²⁰⁵ Lo anterior se resolvió con base en un caso previo en el cual se determinó que es irre-

levante que la persona sepa que el delito cometido es federal o estatal.²⁰⁶ La misma postura se adoptó en el MPC, que excluye la competencia (*jurisdiction/venue*) de los elementos materiales y por ende de algún requerimiento de subjetividad.²⁰⁷

Aquí no se propone que los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad estén exentos de un elemento subjetivo. Esto sería imposible ante el propio texto del Estatuto de la CPI, el cual exige que la persona tenga conocimiento del ataque en el que participa, pero sí puede ser la base para demandar que ese conocimiento sea mínimo. En efecto, la Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI en el *caso Bemba* ha interpretado que el ataque contra la población civil es una circunstancia, por lo que únicamente se aplica el conocimiento del mismo y no la intención de participar en el ataque, elemento subjetivo que sólo corresponde a la conducta y resultado.²⁰⁸ Esto se confirma en los Elementos, donde se aclara que no es necesario que la persona conozca detalles del ataque.²⁰⁹

Este umbral probatorio se enlaza con el segundo de los aspectos destacados al principio de este apartado, pues las conductas subyacentes al ataque contra la población civil contienen diversos elementos subjetivos. El mismo *caso Bemba* es ilustrativo de la diferencia en los umbrales subjetivos en el artículo 7, pues se determinó que el homicidio (*murder*) como crimen de lesa humanidad debería cometerse con intención y conocimiento,²¹⁰ lo mismo que la violación.²¹¹ Sin embargo, la Sala de Cuestiones Preliminares encontró que el artículo 7 (2) (e) prevé un elemento subjetivo diverso para la tortura, que hace inaplicable la regla general del artículo 30 del Estatuto: la intención de causar dolores o sufrimientos graves. La Sala concluyó que la definición de tortura excluye el conocimiento y exige nada más la intención de cometer tortura.²¹² Así, en un mismo caso encontramos por lo menos tres elementos subjetivos distintos. Esto sin contar con supuestos como el de la persecución que, aunque el Estatuto no haga mención expresa de ella,

²⁰⁴ *Ibid.*, pp. 143-147.

²⁰⁵ *United States v. Yermian*, 468 U.S. 63 (1984).

²⁰⁶ *United States v. Feola*, 420 U.S. 671 (1975).

²⁰⁷ Richard Singer, “The Model Penal Code and Three, Two (Possibly One) Tays Courts Avoid Mens Rea”, *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 4, núm. 139, 2000, pp. 206 y 207.

²⁰⁸ *Prosecutor v. Bemba, Confirmation of Charges*, op. cit., párr. 87.

²⁰⁹ Elementos, introducción a crímenes de lesa humanidad, párr. 2.

²¹⁰ *Prosecutor v. Bemba, Confirmation of Charges*, op. cit., párrs. 135-138.

²¹¹ *Ibid.*, párr. 163.

²¹² *Ibid.*, párr. 194.

requiere que la conducta se cometa con una intención discriminatoria.²¹³

El caso de los crímenes de guerra es más similar a la ausencia de elemento subjetivo para determinar el contexto requerido: la existencia de un conflicto armado. En los tribunales *ad hoc* hay evidencia de que se necesita de un conocimiento ambiguo, es decir, no detallado, de que existe un conflicto armado para proceder a analizar las conductas concretas.²¹⁴ Al igual que respecto del ataque contra la población civil en los crímenes de lesa humanidad, no se exige que se conozcan los detalles del conflicto armado.

Esta situación ha permeado a los Elementos, en donde la introducción a los crímenes de guerra señala:

- No se exige que el autor haya hecho una evaluación en derecho acerca de la existencia de un conflicto armado ni de su carácter internacional o no internacional;
- En ese contexto, no se exige que el autor sea consciente de los hechos que hayan determinado que el conflicto tenga carácter internacional o no internacional;
- Únicamente se exige el conocimiento de las circunstancias de hecho que hayan determinado la existencia de un conflicto armado, implícito en las palabras “haya tenido lugar en el contexto de [...] y que haya estado relacionada con él”.

Como se puede observar, el umbral subjetivo parece ser muy parecido al de los crímenes de lesa humanidad, pues sólo se exige un conocimiento general de los hechos. Esto se ha aplicado por igual en las diversas Salas de Cuestiones Preliminares que, al confirmar los cargos, han debido determinar la existencia de un conflicto armado y que las personas tienen un conocimiento de las circunstancias fácticas que establece la existencia de un conflicto armado.²¹⁵

Esto contrasta con los elementos subjetivos que se requieren en particular para las conductas subyacentes al artículo 8, las cuales demandan umbrales subjetivos muy diversos.

En párrafos anteriores se abordó el tema del uso del vocablo *willfully* como elemento subjetivo de los distintos tipos penales constitutivos de crímenes de guerra y se explicó que en los Elementos se pueden encontrar umbrales subjetivos distintos, de lo que quizás el mejor ejemplo sea el reclutamiento de menores de 15 años de edad que prevé una forma culposa de comisión no prevista en el artículo 30 ni en el tipo penal del artículo 8, ambos del Estatuto de la CPI: “Que el autor haya sabido o *debería haber sabido* que se trataba de menores de 15 años”.²¹⁶

Otro ejemplo ilustrativo de los diversos umbrales subjetivos en el ámbito de los crímenes de guerra lo constituye el conocimiento (*awareness*) de que las víctimas son personas protegidas. Esto es indispensable para los crímenes de guerra previstos en el artículo 8 (2) (a) y (c) del Estatuto de la CPI que remiten a los convenios de Ginebra. En el *caso Bemba* se determinó que la persona debe tener conocimiento (*awareness*) y sólo conocimiento de que la víctima es persona protegida para los casos de homicidio,²¹⁷ violación,²¹⁸ tortura²¹⁹ y ultrajes contra la dignidad humana.²²⁰ Además, que la tortura tiene un elemento subjetivo distinto consistente en la intención de causar dolor y sufrimiento,²²¹ aunque, como ya se vio, la intensidad de los mismos queda excluida de algún tipo de elemento subjetivo conforme a las reglas establecidas en la introducción general a los Elementos.²²²

Este estudio no pretendió presentar un recuento exhaustivo de los elementos subjetivos previstos en el Estatuto de la CPI, los Elementos y la jurisprudencia, sino ilustrar que entre los elementos contextuales o generales de los crímenes competencia de la CPI y las conductas subyacentes, y entre estos últimos, hay una diversidad de elementos subjetivos.²²³ Por tanto,

²¹³ *Prosecutor v. Tadic (Appeals Chamber)*, op. cit., párrs. 283, 292 y 305.

²¹⁴ *Prosecutor v. Kordic and Cerkez (Appeals Chamber)*, op. cit., párr. 311.

²¹⁵ “Aware of the factual circumstances that establish the existence of an armed conflict.” *Prosecutor v. Lubanga, Confirmation of Charges*, op. cit., párr. 406; *Prosecutor v. Katanga and Chui, Confirmation of Charges*, op. cit., párrs. 385-388, y *Prosecutor v. Bemba, Confirmation of Charges*, op. cit., párrs. 238-239.

²¹⁶ Cursivas del autor.

²¹⁷ *Prosecutor v. Bemba, Confirmation of Charges*, op. cit., párrs. 275 y 276.

²¹⁸ *Ibid.*, párr. 284.

²¹⁹ *Ibid.*, párr. 293.

²²⁰ *Ibid.*, párr. 304.

²²¹ *Ibid.*, párr. 294.

²²² *Ibid.*, párr. 295.

²²³ Véase también Kai Ambos, “¿Qué significa ‘la intención de destruir’ en el delito de genocidio?”, *Revista Penal*, núm. 26, julio de 2010, pp. 46-64. Aunque partiendo de presupuestos distintos de los propuestos en el presente estudio, este autor trata a su vez de analizar las diferencias subjetivas entre la intención genocida y las conductas subyacentes para distinguir entre las diversas formas de comisión de este crimen internacional.

no hay elementos subjetivos que se apliquen de modo uniforme como en los sistemas del *Civil Law* y algunos del *Common Law* que emplean un análisis por delito de esta clase de elementos. Por el contrario, y a pesar del texto del artículo 30 del Estatuto de la CPI, la diversidad de elementos sugiere que el análisis por elemento, tal y como se propone en el MPC, podría ser una herramienta metodológica más adecuada para el estudio de la relación entre los elementos materiales y los elementos subjetivos en el régimen de la CPI, así como para explicar los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad como normas de competencia integradas al tipo penal.

IX. Conclusiones

La presente investigación se basó en la hipótesis de que el Derecho Penal sustantivo del *Common Law* ha tenido una influencia exacerbada en el desarrollo del DPI y que, como consecuencia, la forma de tipificar las conductas y de analizar los tipos penales corresponde a esa tradición jurídica, la cual se distingue de los sistemas altamente codificados del *Civil Law*. Así, era pertinente poner a prueba dicha creencia con el análisis de las sentencias y los instrumentos internacionales que norman esta rama del Derecho Internacional.

Es cierto que los tribunales *ad hoc* que han generado más jurisprudencia que la CPI han adoptado criterios del *Common Law* para sustentar sus resoluciones. Esta conclusión emana del análisis de los casos en los cuales se ha hecho mención expresa de doctrina, precedentes o legislación (aun legislación modelo como el MPC), jurisdicciones que tienen esta tradición jurídica. Inclusive en el análisis de los tipos penales internacionales se percibe que aunque no haya una mención expresa a las fuentes jurídicas del *Common Law*, éste ha influido en la construcción de conceptos y en la determinación exacta de los elementos del tipo penal.

Sin embargo, dicho análisis arroja que el *Common Law* no ha sido la única tradición jurídica que ha repercutido en la construcción y el desarrollo del DPI. Al buscar estas fuentes, analizar los argumentos de los tribunales y comparar las fuentes codificadas, la investigación observó que el *Civil Law* ha tenido una influencia tan poderosa como la anglosajona. Pero igual de sorprendente ha sido, sobre todo en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, encontrar que siguen vigentes los juicios en Europa posteriores

a la Segunda Guerra Mundial apegados al modelo legislativo de Núremberg. Los procesos que se siguieron de acuerdo con la Ley de Consejo de Control No. 10 por tribunales nacionales (muchos de ellos *ad hoc* o militares) generaron una jurisprudencia que continuó vigente hasta la década de 1990 en el TPIY y el TPIR.

En efecto, para el desarrollo de figuras como el JCE y el TPIY se basó primordialmente en la jurisprudencia posterior a Núremberg. Como ya se vio, lo acertado de este método ha sido cuestionado sobre todo por las Salas Extraordinarias de Camboya. Sin embargo, lo atinado de las conclusiones no es relevante para el presente estudio, pero sí que no se emplearon fuentes del *Common Law* sino aquellas que podríamos considerar del DPI.

No hay que confundirse con el uso de conceptos como *mens rea* o *actus reus*, que son de uso común en las resoluciones, pues al analizar con cuidado el contenido de dichos conceptos se aprecia que no coinciden con los que se suelen emplear en las jurisdicciones del *Common Law*. Aún más, no se encontró rastro alguno de que los tribunales nacionales analizaran los delitos con base en estos dos conceptos, como se puede confirmar en el DPI. Esto quizás tenga su explicación en el hecho de que en el *Common Law* por lo regular es el jurado quien hace este análisis y sus deliberaciones son privadas; sin embargo, esta situación supera los límites del presente estudio.

Al parecer esta conclusión es aplicable al Estatuto CPI. El artículo 30, que es fundamental para la responsabilidad penal individual, contiene conceptos como *intent* o *knowledge* que se emplean con frecuencia en el Derecho Penal anglosajón, pero el contenido varía lo suficiente como para determinar que no hubo una influencia directa de esa tradición jurídica. La escasez de antecedentes sobre el tema impide confirmar por completo esta conclusión.

¿En qué aspecto ha influido más el *Common Law* al DPI? Para muchos parecerá irónico que se note más la influencia en la codificación de los tipos penales, en concreto en los Elementos de los Crímenes. Sobre el particular hay antecedentes: Estados Unidos insistió en que se elaborara dicho documento con características similares al MPC en cuanto a la estructura y detalle en la descripción típica de las conductas, así como en la explicación del uso de elementos subjetivos que se hace en la Introducción general a este instrumento internacional.

Es importante tener presentes los sesgos metodológicos que se advirtieron en la Introducción, pues es posible que se llegue a conclusiones distintas si las variables cambian. Por ejemplo, si el énfasis se pone en el Derecho Penal de Inglaterra y Gales pero no en el de Estados Unidos (que aun así fue muy limitado, según se advirtió), o si se estudian otras figuras como la autoría y participación o el error, que en este estudio casi pasaron inadvertidos al preferir abordar la inquietud desde los tipos penales. Inclusive, si se abordaran otros tipos penales que no sean *Common Law crimes*, las conclusiones también podrían variar.

No obstante, a partir del análisis presentado se puede concluir que el *Common Law* ha tenido una influencia marginal en el desarrollo del *DPI*, por cierto menor que la que suele percibirse. De dicho análisis se desprende la posibilidad de que el *Civil Law* tampoco haya realizado una aportación significativa. Al parecer los tribunales *ad hoc* han preferido recurrir a las propias fuentes del *DPI* y emplear solamente fuentes nacionales como último recurso y de acuerdo con un código metodológico muy estricto. Su relevancia reside en que el Estatuto CPI y la propia CPI se basan en esta jurisprudencia, retomándola para la codificación del *DPI* o como verdaderos precedentes que deben seguirse por considerarlos obligatorios.

Esto lleva a una conclusión más importante e insospechada. El *DPI* no responde a las fuentes y argumentos comúnmente empleados en el Derecho Penal nacional. El *Common Law* y el *Civil Law* no han ejercido una influencia decisiva en el desarrollo del *DPI*.

Ha sido más relevante, en todo caso, el propio *DPI* y los precedentes y antecedentes que ya venían consolidándose, incluso desde Núremberg.

Esta conclusión podría ser a la vez la premisa de una investigación posterior que responda la pregunta de qué tan importante es aún el legado de Núremberg para el *DPI*. Asimismo, cabe preguntarse cuánto ha contribuido el *Civil Law* al desarrollo del *DPI*.

Sobre la última pregunta se pueden adelantar algunas conclusiones, pues parecería que el *Common Law* y Núremberg han perdido fuerza en la jurisprudencia de la CPI. Esto se pone de manifiesto en un aspecto tan notorio como los conceptos de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder o la coautoría misma, que quizás procedan de presupuestos del *Civil Law* en concreto de la doctrina alemana. Tal dato es curioso además porque las referencias previas al *Civil Law*, parten del Derecho Penal francés que difiere mucho del alemán, lo cual se desprende del uso de citas que generalmente remiten a fuentes francesas o de ex colonias francesas. Estas referencias son importantes y deberán comprobarse en una investigación posterior.

Aun así, el *DPI* parece no haber dependido mucho del Derecho Penal nacional. Esto implica que se trata de un Derecho Penal independiente de los otros sistemas jurídicos, lo cual implica a su vez que requiere sistematización, interpretación y estudios científicos propios, puesto que se caería en un error metodológico si se emplearan técnicas y métodos nacionales que fueron diseñados para sistemas jurídicos y normas diversos.

Doctrina



Bienes jurídicos de relevancia comunitaria y protección penal: el caso de las falsedades en las cuentas de sociedades mercantiles*

• • •

Luigi Foffani

Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia

Revista Penal México, núm. 3, enero-junio de 2012

RESUMEN: El trabajo analiza la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 3 de mayo de 2005, sobre el principio de retroactividad de la ley penal más favorable (*lex mitior*) y sobre la problemática compatibilidad de la reforma de los delitos societarios en Italia, especialmente por lo que se refiere a las falsedades en las cuentas, con los principios de la Unión Europea sobre la transparencia y veracidad de las cuentas.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal, Derecho comunitario, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, principio de la *lex mitior*, delitos societarios, falsedad en las cuentas.

ABSTRACT: The essay analyses the sentence passed by the Court of Justice of the European Community on the 3rd. of May, 2005, on the principle of retroactivity of the more favorable penal law (*lex mitior*) and on the problematic compatibility of the reform of the laws on corporation crimes carried away in Italy, especially in matter of false accounting, with the European Union principles of openness and truthfulness of the accounting.

KEY WORDS: Criminal Law, European Community Law, Court of Justice of the European Community, Principle of *lex mitior*, Corporation Crimes, False Accounting.

SUMARIO: 1. La sentencia del TJCE sobre las falsedades en las cuentas y el principio de retroactividad de la ley penal más favorable. 2. La transparencia de la información societaria como bien jurídico de relevancia comunitaria. 3. La reforma de la regulación penal de las falsedades en las cuentas en Italia. 4. Hacia la “europeización” del Derecho penal económico.

* Este artículo es una versión renovada, complementada y ampliada del trabajo que se publicó bajo el título *Hacia la europeización del Derecho penal económico: la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea sobre la falsedad en los balances*, en Terradillos Basoco/Acale Sánchez (coords.), *Nuevas tendencias en Derecho penal económico*, Cádiz, UCA, 2008, con traducción de María Acale Sánchez, profesora titular de Derecho penal de la Universidad de Cádiz.

1. La sentencia del TJCE sobre las falsoedades en las cuentas y el principio de retroactividad de la ley penal más favorable

En el largo y contrastado camino hacia la construcción de un Derecho penal económico europeo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 3 de mayo de 2005¹ —provocada por la reforma de la regulación penal de la falsoedad en las cuentas de sociedades mercantiles introducida en el 2002 por parte del legislador italiano—² representa sin duda una de las etapas más significativas de los últimos años.

Dos son las cuestiones de mayor relieve que dicha sentencia propone a la atención del penalista (italiano y europeo):³ la primera, de orden más general, se refiere a la retroactividad de la ley penal más favorable al reo, con consecuencias relativas a los límites de la garantía de la legitimidad (constitucional y comunitaria) de las normas penales favorables, mientras la segunda se refiere específicamente a la adecuación de

la nueva regulación italiana de las falsoedades en las cuentas a las exigencias de tutela afirmadas por el Derecho comunitario.

Respecto a la primera cuestión —que afecta a uno de los nudos neurálgicos y fundamentales de la relación entre ciudadano, juez y ley penal— la sentencia afirma que “el principio de la aplicación retroactiva de la pena más favorable forma parte de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros”; se deriva de ello que

tal principio debe ser considerado como parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario que el juez nacional debe observar cuando aplica el Derecho nacional adoptado para actuar el ordenamiento comunitario y, en particular, las directivas sobre derecho societario.⁴

Lo cierto es que el juez comunitario no llega a resolver la posterior y decisiva cuestión —que se limita a poner incidentalmente sobre la mesa, y que, de ha-

¹ TJCE, 3.5.2005, causas C-387/02, C-391/02 y C-403/02, en *Rev. Esp. Der. Eur.*, N° 17, 2006, pp. 79 y ss., con comentario de Alonso García; sobre esta sentencia cfr. también Bortfeld, en *NJW*, N° 13, 2005, p. III; Dirrig, en *Revue trimestrielle de droit européen*, 2005, pp. 933 y ss.; Dubos, en *La Semaine juridique*, 2006, II, 10020; Gebbie, *Journal of European Criminal Law*, vol. 1, núm. 3, 2007, pp. 31 y ss.; Gelter/Siems, en *Harvard International Law Journal*, 2005, pp. 487 y ss.; Gross, en *EuZW*, 2005, pp. 371 y ss.; Hermann, en *EuZW*, 2005, pp. 436 y ss.; Luther, en *EgrZ*, 2005, pp. 350 y ss.; Magnier, en *Revue des sociétés*, 2006, pp. 140 y ss.; Satzger, en *JZ*, 2005, pp. 997 y ss.; Soulard, en *Gazette du Palais*, 2005, I Jur., pp. 6 y ss.; Van der Wilt, en *European Constitutional Law Review*, 2, 2006, pp. 303 y ss.; Wegener/Lock, en *Europarecht*, 2005, pp. 802 y ss. En Italia esta sentencia ha tenido una resonancia especialmente grande (tanto en la literatura jurídico-penal como para los constitucionalistas y los comunitaristas: vid. Armone, en *Foro Italiano*, IV, 2005, c. 285 y ss.; Biondi/Mastroianni, en *Common Market Law Review*, 2006, pp. 553 y ss.; Crespi, en *Rivista delle società*, 2005, pp. 710 y ss.; D'Amico, en *Quaderni costituzionali*, 2005, pp. 177 y ss. y pp. 675 y ss.; Davigo en *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione Europea*, 2007, pp. 181 y ss.; Di Martino, en *Foro italiano*, 2005, IV, pp. 285 y ss.; Insolera/Manes, en *Cassazione penale*, 2005, pp. 2764 y ss.; Izzo, en *Il Fisco*, 2005, pp. 4746 y ss.; Lanzi, en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006, pp. 889 y ss.; Munari, en *Il diritto dell'Unione Europea*, 2006, pp. 211 y ss.; Nebbia, en *Giurisprudenza italiana*, 2006, pp. 293 y ss.; Nicolella, en *Gazette du Palais*, Nr. 102-103, 2006, I Jur., p. 27; Riondato, en *Diritti penale e processo*, 2005, pp. 782 y ss.; Onida, en *Il Sole 24 Ore*, 4.5.2005; Salcuni, en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2005, pp. 93 y ss. A esta sentencia están también dedicadas unas actas de congreso: Bin/Brunelli/Pugliotto/Veronesi (coords.), *Ai confini del “favor rei”. Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Turín, Giappichelli, 2005.

² Se trata de la reformulación de los arts. 2621 y 2622 del Código civil italiano (*Codice civile*), que prevé la regulación penal y sancionador-administrativa de las falsoedades en las cuentas de sociedades mercantiles. La reforma se ha llevado a cabo en el marco de una reforma general del Derecho societario y en particular del Derecho penal de las sociedades mercantiles, por medio del Decreto legislativo N° 61 del 11 de abril de 2002. Sobre el nuevo Derecho penal societario italiano, cfr. Alessandri (coord.), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milán, IPSOA, 2002; Ambrosetti/Mezzetti/Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, Bolonia, Zanichelli, 2008, pp. 95 y ss.; Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. I, Milán, Giuffrè, 2007; Conti, *Disposizioni penali in materia di società e di consorzi*, 4^a ed., Bolonia-Roma, Zanichelli-Foro it., 2004; Foffani, en *Palazzo/Paliero* (coords.), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, 2^a ed., Padua, CEDAM, 2007, pp. 2443 y ss.; Giarda/Seminara (coords.), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padua, CEDAM, 2002; Giunta (coord.), *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, Turín, Giappichelli, 2002; del mismo, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, 2^a ed., I, Turín, Giappichelli, 2004; Lanzi/Cadoppi (coords.), *I reati societari*, 2^a ed., Padua, CEDAM, 2006; Lunghini, en *Dolcini/Marinucci* (coords.), *Codice penale commentato*, 2^a ed., Milán, IPSOA, 2006, pp. 5111 y ss.; Massullo/Bianconi, en *Padovani* (coord.), *Leggi penali complementari*, Milán, Giuffrè, 2007, pp. 2359 y ss.; Musco, *I nuovi reati societari*, 3^a ed., Milán, Giuffrè, 2007; Rossi (ed.), *Reati societari*, Turín, UTET, 2005; Zannotti, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milán, Giuffrè, 2008, pp. 93 y ss.

³ El interés y la atención por dicho pronunciamiento fuera de los confines italianos está ligado no sólo a la relevancia política e institucional de los personajes implicados en el juicio, sino también por el significado del objeto del pronunciamiento: cfr. al respecto sobre todo Satzger, “EuGH, 3.5.2005-Rs. C-387/02, C-391/02 u. C-403/02 Berlusconi u. a. Zum Lex-mitior-Grundsatz im Gemeinschaftsrecht”, en *JZ*, 2005, pp. 997 y ss.

⁴ TJCE, 3.5.2005, puntos 68 y 69 (cursivas añadidas al original). Sobre la relevancia —ex art. 7 par. 1 CEDH— del principio de la retroactividad de la ley penal más favorable al reo, más recientemente, también TEDH, 17.9.2009, Scoppola.

berse resuelto en sentido afirmativo, hubiera estado cargada de profundas consecuencias—relativa a “si el principio de la aplicación retroactiva de la pena más favorable se aplica cuando ésta sea contraria a otras normas de Derecho comunitario”.⁵

La espinosa cuestión se esquiva de hecho en virtud de la siguiente argumentación: si la nueva regulación penal italiana de la falsedad de información social debiese ser entendida como contraria a “la obligación del Derecho comunitario relativa a la adecuación de las sanciones” para la tutela de la información societaria, los jueces de reenvío deberían no aplicarla,⁶ pero—tratándose de una obligación que encuentra su fuente en una directiva comunitaria, o mejor, en un complejo de directivas—a ello se opone el principio según el cual

una directiva no puede tener como efecto, de por sí e independientemente de una ley interna de un Estado miembro adoptada por su actuación, determinar o agravar la responsabilidad penal de aquel que actúe en violación de dichas disposiciones.⁷

A esta última afirmación del juez comunitario—que se refiere, pero tal vez en forma poco afortunada, a la denominada doctrina *Kolpinghuis*⁸—parece fácil replicar, ciertamente, que las hipotéticas consecuencias desfavorables para los imputados de los juicios *a quibus*—en la eventualidad de una no aplicación de los nuevos arts. 2.621 y 2.622 del Código civil, en el caso de que se considerara que se contraponen al Derecho comunitario—no serían jamás el fruto de la aplicación inmediata de una directiva en los juicios penales, sino que se derivarían, por el contrario, del renacimiento del originario art. 2.621.1 del Código Civil, “durante cuya vigencia [como apunta correctamente la sentencia] se han cometido los hechos que dan lugar a las acciones penales que se dirimen en la causa principal”.⁹

El juez comunitario, por otro lado, habría podido y debido establecer que el ordenamiento interno con-

sentía (y, quizás, imponía) una solución alternativa a la de la no aplicación, esto es, la del juicio de legitimidad constitucional, evitándole así al órgano encargado de garantizar la legitimidad comunitaria encallarse en el escollo del enunciado en el punto 74 y en la disposición final de la sentencia.

Prescindiendo aún de este tipo de consideraciones, lo que suscita perplejidad es sobre todo la fundamentación del principio enunciado en el punto 68 y las consecuencias que parece que en principio se proyectan sobre el plano del juicio de legitimidad constitucional y comunitaria de la norma penal favorable. El “principio de la aplicación retroactiva de la pena más favorable” (mejor, de la ley penal más favorable al reo) no parece de modo tan sencillo que forme “parte de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros”¹⁰ (comenzando por el ordenamiento jurídico italiano, que no le reconoce rango constitucional) y suena sobre todo como aplicación anticipada del principio análogo enunciado por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 109.1, *in fine*), que hasta la ratificación del Tratado de Lisboa no poseía todavía un pleno valor jurídico. En sentido estricto, en efecto, ninguna de las tradicionales *ratio* sometidas al principio de legalidad, en sus diversas ramificaciones (defensa contra posibles abusos del Poder Ejecutivo, Judicial o Legislativo), pueden ser consideradas el fundamento de dicho principio, que—si debiese ser entendido en términos absolutos, sin posibilidad de otras interpretaciones más equilibradas—podría ser a su vez fuente de posibles abusos por parte del Poder Legislativo (como lamentablemente ha enseñado la reciente experiencia de las leyes *ad personam*).¹¹

En realidad, el principio de la retroactividad de la ley penal más favorable al reo parece encontrar su justificación racional exclusivamente en una exigencia de igual tratamiento de sujetos que han cometido el mismo hecho bajo la vigencia de leyes distintas,

⁵ TJCE, 3.5.2005, punto 70.

⁶ *Ibid.*, punto 72.

⁷ *Ibid.*, punto 74 y disposición final.

⁸ Cfr. TJCE, 8.10.1987, causa 80/86 (*Kolpinghuis Nijmegen*), en *Racc.*, 1987, 3.986, punto 13; más recientemente TJCE, 7.1.2004, causa C-60/02, X, en *Racc.*, 2004, I-651, punto 61, con otras referencias jurisprudenciales. Más indicaciones pueden verse en Satzger, *JZ*, 2005 (nota 3), p. 999, nota 10; Bernardi, “Brevi osservazioni in margine alla sentenza della Corte di giustizia sul falso in bilancio”, en *Ai confini del “favor rei”*, 2005, (nota 1), pp. 32-33, nota 2.

⁹ TJCE, 3.5.2005, punto 76.

¹⁰ Para una análoga crítica cfr. Satzger, *JZ*, 2005 (nota 3), p. 1000.

¹¹ Cfr. Dolcini, “Leggi penali ‘ad personam’, riserva di legge e principio costituzionale di uguaglianza”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004, pp. 50 y ss.

expresión de orientación político-criminal diferente en cuanto a la cantidad de merecimiento de pena o a los criterios normativos de selección de determinadas conductas.¹² Si es justo y razonable no hacer recaer sobre el destinatario de la ley penal las consecuencias negativas de las oscilaciones político-criminales del legislador, cuando se trata de juzgar hechos cometidos con anterioridad, no por ello se puede oponer como garantía de la legitimidad, constitucional y comunitaria, frente a las elecciones político-criminales operadas. Parece, por tanto, del todo razonable entender la reclamada norma de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “si, posteriormente a la comisión del delito, la ley prevé la aplicación de una pena más leve, se deberá aplicar esta última” como mera referencia implícita, aunque necesaria a una ley *comunitaria y constitucionalmente legítima*.¹³

Por lo demás, una interpretación restrictiva como ésta¹⁴ se encuentra en línea con lo previsto por el ordenamiento interno italiano. Si, en efecto —en el caso de declaración de inconstitucionalidad de una norma penal más favorable sucedida a una norma más severa— existen diversas opiniones en la doctrina sobre la regulación que ha de aplicarse a los *hechos cometidos durante la vigencia* de la norma declarada inconstitucional (aplicabilidad de esta última,¹⁵ o bien, no aplicabilidad de ésta, ni de la anterior y revivida por la declaración de inconstitucionalidad de la norma posterior más favorable),¹⁶ no puede, por el contrario, surgir la duda sobre la suerte de los *hechos cometidos antes* del periodo en el que la ley inconstitucional más favorable ha estado presente en el ordenamiento, pues dichos hechos siguen siendo punibles según la ley del momento

en el que fueron cometidos,¹⁷ no pudiéndose configurar en este caso fenómeno alguno de sucesión de leyes ex art. 2.3 Código penal italiano, en forma análoga a cuanto ha sido afirmado por la Corte constitucional para la hipótesis del Decreto ley no convertido.¹⁸

2. La transparencia de la información societaria como bien jurídico de relevancia comunitaria

En relación con este primer aspecto, la sentencia del TJCE ha producido más desilusiones de las esperadas,¹⁹ sobre todo a la luz de las conclusiones del abogado general, hechas públicas unos meses antes de la sentencia, que dejaba entrever una decisión de un tenor bien distinto, orientada además en el sentido de abrir la puerta a una no aplicación de la normativa examinada.²⁰ Según el abogado general, en efecto,

en particular no puede tolerarse de ninguna manera que, como presuponen los nuevos arts. 2.621 y 2.622 del Código civil, se inserten en una cuenta anual informaciones falsas *intencionalmente* y con el *objetivo de engañar o de enriquecerse*, aun cuando los efectos de la falsificación sean cuantitativamente mínimos. El principio de la reconstrucción fiel de la situación patrimonial y financiera, así como del resultado económico de una sociedad, se dirige [...] a la tutela de los intereses de los terceros y de la confianza que los operadores comerciales ponen sobre la corrección de las cuentas anuales. Si se permitiese que en las cuentas anuales se efectuaran declaraciones falsas, intencionalmente y con el objetivo de engañar o de enriquecerse, tal confianza vendría lesionada en forma permanente y se violarían con ello los fines de la directiva sobre el Derecho societario.²¹

¹² Sobre el principio de igualdad como fundamento del principio de retroactividad de la ley penal más favorable al reo, cfr. p. ej., en la doctrina italiana, Fiandaca/Musco, *Diritto penale. Parte generale*, 5^a ed., Bolonia-Roma, Zanichelli-Foro it., 2007, pp. 86 y 92; Padovani, *Diritto penale*, 7^a ed., Milán, Giuffrè, 2004, p. 39; Pecorella, en Dolcini/Marinucci, *Codice penale commentato*, 2^a ed., 2006, art. 2, N° 51; id., *L'efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, Milán, CUEM, 2008, p. 11.

¹³ En este sentido, entre otros, se ha pronunciado expresamente el abogado general designado por la Corte de Justicia Juliane Kokott en sus conclusiones del 14 octubre de 2004 (*vid. infra*, nota 20).

¹⁴ En la misma línea puede verse —en un comentario de la sentencia examinada— también Di Martino, *Foro italiano*, 2005 (nota 1), c. 105 y ss.

¹⁵ Así, por ejemplo, Fiandaca-Musco, 2007 (nota 13), p. 101. En la misma línea se orienta también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Italiano (*Corte costituzionale*): cfr. p. ej. Corte cost. 3.6.1983, N° 148, en *Foro italiano*, 1983, I, c. 1800.

¹⁶ Cfr., en este sentido, Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, 3^a ed., Milán, I, Giuffrè, 2004, p. 78.

¹⁷ Expresamente, en este sentido, Romano, 2004 (nota 17), p. 79.

¹⁸ Corte cost., sent. n. 51/1985.

¹⁹ Cfr. al respecto Insolera/Manes, *Cassazione penale*, 2005 (nota 1), pp. 2.764 y ss.

²⁰ Las ya mencionadas conclusiones del abogado general Juliane Kokott, presentadas ante la Corte el 14 de octubre de 2004 —de las que se deduce claramente una valoración fuertemente negativa de la normativa contenida en los arts. 2.621 y 2.622 del Código civil, en los términos de una radical incompatibilidad con los principios del Derecho comunitario— pueden leerse por ejemplo en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2005, pp. 379 y ss., bajo el título “Illegittimità comunitaria dei nuovi reati di falso in bilancio”, precedidas de un comentario de Riondato, “L'influenza del diritto comunitario sul diritto penale societario (il caso Berlusconi e aa.), *ivi*”, pp. 372 y ss.

²¹ Conclusiones del abogado general, punto 99.

De ello se deriva que

cuento las disposiciones nacionales se contrapongan con el Derecho comunitario, los jueces de reenvío vienen obligados a garantizar la aplicación de los preceptos del Derecho comunitario, dejando de aplicar las disposiciones nacionales incluso cuando se trate de leyes penales más favorables. [...] Una ley penal que se contraponga con el Derecho comunitario adoptada posteriormente no constituye una ley penal más favorable *aplicable*.²²

Quizá sea ciertamente la radicalidad de esta última consecuencia —abiertamente planteada por el abogado general en sus conclusiones— lo que ha contribuido de manera decisiva al clamoroso *revirement* del Tribunal de Justicia (que muy pocas veces se distancia de las conclusiones del abogado general),²³ induciéndole a adoptar una decisión claramente inspirada en la prudencia y la cautela “política”.²⁴

Muy distinta, por el contrario, es la valoración de la sentencia del TJCE por lo que se refiere a la segunda cuestión anunciada anteriormente, en la que se concreta quizás el aspecto más innovador e interesante de la decisión, desde la perspectiva de la relación entre el Derecho comunitario y el Derecho penal: se alude con ello al reconocimiento expreso, por primera vez, de la necesidad de sanciones adecuadas no sólo por la *omisión de la publicación* del balance del ejercicio —como expresamente reclama el art. 6 de la I Directiva en materia societaria (68/151/CEE)—, sino también, y mucho más ampliamente, para las diversas y más graves hipótesis de *falsedad* en los balances de ejercicio, en los balances consolidados y, más en general, en todo el sistema de la información societaria de contenido económico, en los intereses de los socios y de los terceros.

Los puntos de la sentencia en los que se contienen estos argumentos son los números 53-65: en particular, allí donde la Corte reconoce que las figuras

delictivas de los arts. 2.621 y 2.622 del Código civil italiano

se dirigen a reprimir las violaciones graves y manifiestas del principio fundamental, el respeto del cual constituye un objetivo de máxima relevancia de la IV [y VII] Directiva sobre Derecho societario [...], el de que las cuentas anuales [y las cuentas consolidadas] de la sociedad [...] deben presentar un cuadro fiel de la situación patrimonial y financiera, así como del resultado económico de la misma.²⁵

Por lo que respecta al régimen sancionatorio previsto por el art. 6 de la I Directiva [...], la formulación de dichas disposiciones constituye de por sí un indicio en el sentido de que tal régimen debe ser entendido como concerniente no sólo a los casos de una omisión de cualquier publicidad de las cuentas anuales, sino también a la publicación de cuentas anuales no redactadas conforme a las disposiciones previstas por la IV Directiva [...] en relación con el contenido de tales cuentas.²⁶

A tal respecto, hay que tener en consideración, en particular [...] el papel fundamental de la publicidad de las cuentas anuales redactadas conforme a la norma armonizadora relativa al contenido de aquéllas, *a fin de tutelar los intereses de terceros*, objetivo claramente subrayado en el preámbulo tanto de la primera como de la cuarta Directiva sobre Derecho societario.²⁷ De donde se colige que la exigencia relativa a la adecuación de las sanciones con las previstas por los nuevos arts. 2.621 y 2.622 del Código Civil para los delitos resultantes de falsedad en escritura contable es impuesta por el art. 6 de la primera Directiva sobre Derecho societario²⁸

y que,

aun conservando la elección de las sanciones, los Estados miembros deben principalmente velar para que las violaciones del Derecho comunitario sean castigadas, desde una perspectiva sustancial y procesal, en forma análoga a las previstas para las violaciones del Derecho interno, similar por naturaleza e importancia, y que, en todo caso, *confieran a las sanciones un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio*.²⁹

²² Conclusiones del abogado general, punto 165.

²³ Como subraya Satzger, JZ, 2005 (nota 3), p. 999, nota 14, es muy notable que el Tribunal no se haya conformado a las conclusiones del abogado general, lo que pasa en más de 85% de los casos.

²⁴ Muy significativos parecían los temores y la perplejidad expresados, en relación con las conclusiones del abogado general, por una parte de la doctrina italiana: cfr. p. ej. Caraccioli, en *Diritto e pratica delle società*, N° 23, 2004, pp. 6 y ss.; Crespi, en *Rivista delle società*, 2004, pp. 1548-1549; Izzo, en *Il Fisco*, 2004, pp. 16653 y ss.

²⁵ TJCE, 3.5.2005, puntos 54 y 55.

²⁶ *Ibid.*, punto 56.

²⁷ *Ibid.*, 3.5.2005, punto 62 (cursivas mías).

²⁸ *Ibid.*, 3.5.2005, punto 63.

²⁹ *Ibid.*, 3.5.2005, punto 65 (cursivas mías).

Una lectura extensiva similar de la exigencia comunitaria de sanciones adecuadas en materia de información societaria no era fácilmente previsible,³⁰ a pesar de la objetiva mayor gravedad de las conductas de falsedad en la información, respecto a las hipótesis de mera omisión de la publicación de los balances.³¹ A dicho resultado interpretativo la Corte puede llegar sólo a través de un expreso reconocimiento de la *transparencia de la información societaria como bien jurídico de relevancia comunitaria*,³² bien jurídico para el que se reclama una tutela adecuada y, de cara al futuro, una armonización en el ámbito europeo. Se trata de un paso adelante muy significativo, que podría sin más anunciar una reformulación de las cuestiones de legitimidad de los actuales arts. 2.621 y

2.622 del Código civil, ya sea frente a la misma Corte comunitaria mediante el recurso por infracción, ya sea ante la Corte constitucional.

3. La reforma de la regulación penal de las falsedades en las cuentas en Italia

Por lo tanto, no es inútil recordar sucintamente en esta sede las razones —ya tantas veces rebatidas por la gran mayoría de la doctrina en el curso de los últimos años—³³ de una crítica radical de la nueva tutela penal de la información societaria delineada por la reciente reforma y contenida en los nuevos arts. 2.621 y 2.622 del Código civil italiano.³⁴

³⁰ Para una interpretación más restrictiva cfr. p. ej. Satzger, *JZ*, 2005 (nota 3), pp. 1000 y 1001.

³¹ Sobre la necesidad de sanciones adecuadas para las hipótesis de omisión de la publicación de los balances y de las cuentas anuales de la sociedad, cfr. ya TJCE, 4.12.1997 (C-97-96, Daihatsu Deutschland) y 29.9.1998 (C-191-95, Comisión CE/República Federal Alemana).

³² Sobre los bienes jurídicos “comunitarios”, cfr. p. ej. Sicurella, en Grasso/Sicurella (coords.), *Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milán, Giuffrè, 2003, pp. 68 y ss.

³³ En un sentido claramente crítico respecto de la reforma operada por el Decreto legislativo de 11 de abril de 2002, n. 61, véase sobre todo, entre los primeros comentarios: Alessandri, “La legge delega n. 366 del 2001: un congedo dal diritto penale societario”, en *Corriere giuridico*, 2001, pp. 1.545 y ss.; del mismo, “I nuovi reati societari: irrazionalità e arretramenti della politica penale nel settore economico”, en *Questione Giustizia*, 2002, pp. 1 y ss.; del mismo, “Simbolico e reale nella riforma del diritto penale societario”, en *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, pp. 146 y ss.; del mismo, “Il ruolo del danno patrimoniale nei nuovi reati societari”, en *Società*, 2002, pp. 797 y ss.; Belcredi, “A rebours, ovvero: la riforma del ‘falso in bilancio’”, en *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, pp. 132 y ss.; Crespi, “Le false comunicazioni sociali: una riforma faceta”, en *Rivista delle società*, 2001, pp. 1.345 y ss.; Donini, “Abolito criminis e nuovo falso in bilancio. Struttura e offensività delle false comunicazioni sociali dopo il d.lgs. 11 aprile 2002”, en *Cassazione penale*, n. 61, 2002, pp. 1.240 y ss.; Foffani, “Rilievi critici in tema di riforma del diritto penale societario”, en *Diritto penale e processo*, 2001, pp. 1193 y ss.; del mismo, “Verso un nuovo diritto penale societario: i punti critici della legge delega”, en *Cassazione penale*, 2001, pp. 3.246 y ss.; del mismo, “Riforma dei reati societari e tutela penale dell’informazione: dalla ‘lunga marcia verso la trasparenza’ alla rapida corsa verso l’opacità”, en *Verso un nuovo diritto societario* (coord. por la Asociación Disiano Preite), Bolonia, Il Mulino, 2002, pp. 329 y ss.; del mismo, “La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali”, en Giarda/Seminara (coords.), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padua, CEDAM, 2002, pp. 232 y ss.; del mismo, en Palazzo/Paliero, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padua, CEDAM, 2003, pp. 1.797 y ss.; del mismo, “Crónica de una muerte anunciada: la reforma de los delitos societarios en Italia”, en *Revista Penal*, No. 15, 2005, pp. 57 y ss., también publicado en García Rivas (coord.), *Protección penal del consumidor en la Unión Europea*, Cuenca, UCLM, 2005, pp. 233 y ss.; Foffani/Vella, “Nuovo’ falso in bilancio: un passo indietro nel cammino verso l’Europa”, en *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, pp. 125 y ss.; Manna, “La riforma dei reati societari: dal pericolo al danno”, en *Foro italiano*, V, 2002, c. 111 y ss.; Marinucci, “Falso in bilancio: con la nuova delega avviata una depenalizzazione di fatto”, en *Guida al diritto*, No. 45, 2001, pp. 10 y ss.; del mismo, “Depenalizzazione” del falso in bilancio con l’avallo della SEC: ma è proprio così?”, en *Diritti penale e processo*, 2002, pp. 137 y ss.; Paliero, “Nasce il sistema delle soglie quantitative: pronto l’argine alle incriminazioni”, en *Guida al diritto*, 2002, pp. 37 y ss.; Pedrazzi, “In memoria del ‘falso in bilancio’”, en *Rivista delle società*, 2001, pp. 1.369 y ss.; Pulitanò, “Falso in bilancio: arretrare sui principi non contribuisce al libero mercato”, en *Guida al diritto*, 2001, pp. 9 y ss.; Seminara, “False comunicazioni sociali, falso in prospetto e nella revisione contabile e ostacolo alle funzioni delle autorità di vigilanza”, en *Diritti penale e processo*, 2002, pp. 676 y ss. Se muestran, por el contrario, a favor de la reforma llevada a cabo por el legislador, en particular, Caraccioli, “Falso in bilancio: dietro le polemiche norme più aderenti alla realtà societaria”, en *Guida al diritto*, No. 36, 2001, pp. 10 y ss.; del mismo, “Una riforma in linea con la realtà económica”, en *Legislazione penale*, 2002, pp. 531 y ss.; Lanzi, “La riforma sceglie una risposta ‘cívile’ contro l’uso distorto dei reati societari”, en *Guida al diritto*, 2002, pp. 9 y ss.; del mismo, “La riforma del reato di falso in bilancio: la nuova frontera del diritto penale societario”, en *Società*, 2002, pp. 269 y ss.; Nordio, “Novella necessaria e doverosa per riportare certezza nel diritto”, en *Guida al diritto*, 2001, pp. 12 y ss.

³⁴ Art. 2.621 c.c. (Falsas comunicaciones sociales):

“(1) Con la salvedad de lo establecido en el art. 2.622 del Código civil, los administradores, los directores generales, los síndicos y los liquidadores, que con la intención de engañar a los socios o al público y con la finalidad de conseguir para sí mismo o para un tercero un ilícito beneficio, en los balances, en las relaciones o en las otras comunicaciones sociales previstas por la ley, dirigidas a los socios o al público, expongan hechos materiales que no se correspondan con la realidad, aunque objeto de valoraciones, o bien omitan información, cuya comunicación es obligada por la ley, sobre la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad o del grupo al que pertenezca, en forma idónea para inducir a error a los destinatarios sobre la mencionada situación, serán castigados con la pena de arresto de hasta dos años.

(2) La punibilidad se extiende también a los casos en los que las informaciones se refieran a bienes poseídos o administrados por la sociedad por cuenta de terceros.

Dichas normas, transformando radicalmente la originaria tipificación del Código civil de 1942, prevén una regulación penal de las falsedades de la información social articulada según una progresión ofensiva que tiene como base una simple figura contravencional (art. 2621 CC), castigada con la pena de arresto de hasta un año y seis meses (límite máximo recientemente elevado a dos años por la Ley 262/2005); en el siguiente nivel se encuentra una figura delictiva (art. 2662.1 del Código civil), sancionada con la pena de reclusión de seis meses a tres años, perseguible mediante querella de la persona ofendida y caracterizada por la presencia de un resultado de daño patrimonial para los socios y los acreedores (actuales) de la sociedad; un mayor incremento de pena (reclusión de uno a cuatro años), con perseguitibilidad de oficio, se prevé si la falsedad en la información social es cometida en el ámbito de una sociedad cotizada en los

mercados regulados italianos o de la Unión Europea (art. 2622.3 del Código civil), mientras en el vértice de la pirámide punitiva se encuentra la hipótesis³⁵ (sancionada con la pena de reclusión de dos a seis años) en la que la falsedad en la información de la sociedad cotizada ocasiona un “grave daño a los ahorradores”, configurado como un daño patrimonial que afecte a una cantidad de ahorros “superior al 0.1 por mil de la población resultante del último censo ISTAT”, o bien como una “destrucción o reducción del valor de títulos de entidad en su conjunto superior al 0.1 por mil del producto interno bruto” (art. 2.622.4 y 5 del Código civil).

Comenzando por el art. 2.621 del Código civil, se debe observar cómo dicha norma configura una tutela casi inexistente, *tamquam non esset*: por la conversión de la infracción de delito a contravención, por la irrisoria medida de la pena y por la brevedad del

(3) Se excluye la punibilidad si la falsedad y las omisiones no alteran en forma sensible la representación de la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad o del grupo al que pertenezca aquélla. La punibilidad se excluye también si las falsedades o las omisiones determinan una variación del resultado económico del ejercicio, al bruto de las impuestas, no superior al 5% o una variación del patrimonio neto no superior al 1 por ciento.

(4) En todo caso, el hecho no es punible a consecuencia de valoraciones estimativas que, singularmente consideradas, difieran en medida no superior al 10% de la correcta.

(5) En los casos previstos en los puntos tercero y cuarto, a los sujetos a los que se refiere el punto primero se les impondrán las sanciones administrativas de 10 a 100 cuotas y la inhabilitación para el ejercicio de la profesión de directivo de persona jurídica y de la empresa de 6 meses a 3 años, del ejercicio de oficio de administrador, síndico, liquidador, director general y dirigente para la redacción de los documentos contables societarios, así como para cualquier otro oficio con poderes de representación de la persona jurídica o de la empresa.”

Art. 2.622 del Código civil (Falsas comunicaciones sociales en perjuicio de los socios o de los acreedores):

“(1) Los administradores, los directores generales, los síndicos y los liquidadores, que con la intención de engañar a los socios o al público y con la finalidad de conseguir para sí o para un tercero un injusto beneficio, en los balances, en las relaciones o en las otras comunicaciones sociales previstas por la ley, dirigidas a los socios o al público, exponiendo hechos materiales que no se correspondan con la realidad, aun cuando sean objeto de valoración, o bien omitiendo información, cuya comunicación sea obligatoria por la ley, sobre la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad o del grupo al que pertenezca, de forma idónea para inducir a error a los destinatarios sobre dicha situación, ocasionen un daño patrimonial a los socios o a los acreedores serán castigados, mediante querella de la persona ofendida, con la pena de reclusión de seis meses a tres años.

(2) Procede la querella también si el hecho es constitutivo de otro delito, aunque sea agravado, de daño del patrimonio o de sujetos distintos de los socios y de los acreedores, salvo que sea cometido en daño del Estado, de otros entes públicos o de la Comunidad Europea.

(3) En el caso de sociedad sujeta a las disposiciones de la IV Parte del Título III, Capítulo II del Decreto Legislativo de 24 de febrero de 1998, n. 58, la pena para los hechos previstos en el punto 1 será de 1 a 4 años y el delito será perseguible de oficio.

(4) La pena será de 2 a 6 años si, en los casos a los que se refiere el punto 3, el hecho ocasiona un grave daño a los ahorradores.

(5) El daño se considera grave cuando haya afectado a un número de ahorradores superior al 0.1 por mil de la población reflejada por el último censo ISTAT o bien si ha consistido en la destrucción o reducción de los valores de títulos de la entidad que alcance un valor superior al 0.1 por ciento del producto interno bruto.

(6) Se impondrá la misma pena prevista en los puntos 1 y 3 en el caso en que las informaciones se refieran a bienes poseídos o administrados por la sociedad por cuenta de terceros.

(7) Se excluye la punibilidad para los hechos previstos en los puntos 1 y 3 si la falsedad y las omisiones no alteran en forma sensible la representación de la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad o del grupo al que pertenezca. La punibilidad se excluye también si la falsedad o las omisiones determinan una variación del resultado económico del ejercicio, al bruto de las impuestas, no superior al 5% o una variación del patrimonio neto no superior al 1 por ciento.

(8) En todo caso, el hecho no es punible a consecuencia de valoraciones estimativas que, singularmente consideradas, difieran en medida no superior al 10% de la correcta.

(9) En los casos previstos por los puntos 7 y 8, a los sujetos señalados en el punto primero se les impondrá la sanción administrativa de 10 a 100 cuotas y la inhabilitación para el oficio de directivo de las personas jurídicas y de las empresas de 6 meses a 3 años, para el ejercicio de la profesión de administrador, síndico, liquidador, director general y dirigente dedicado a la redacción de los documentos contables societarios, así como de cualquier otra profesión con poderes de representación de la persona jurídica o de la empresa.”

³⁵ Introducida por la Ley 262/2005.

término de la prescripción³⁶ frente a una averiguación judicial que se ha convertido en extraordinariamente más compleja que en el pasado. Si ya bajo el imperio del viejo art. 2.621.1 del Código civil no se habría podido concluir un proceso dentro de los términos actuales de prescripción, llevar hoy a término un procedimiento para la nueva contravención de falsedad en la información social, con todos los elementos de dificultad introducidos, es absolutamente imposible.

Así pues, frente a la falsedad en la información societaria, queda —como único baluarte penal verdadero— la figura delictiva del art. 2.622 del Código civil, la cual, por otro lado, tutela exclusivamente el patrimonio de los socios y acreedores, como se pone de manifiesto a partir de la descripción del resultado consumativo del delito y por la exigencia de presentación de querella.

La norma prevé, por otro lado, en el art. 2.621 del Código civil, una condición cuantitativa de punibilidad,³⁷ que es un *unicum*, una absoluta anomalía en el panorama del Derecho comparado (no existe en ningún país un ejemplo normativo de este tipo en materia de información societaria) y que despliega un evidente efecto “criminógeno”, en el sentido de dejar a los administradores de la sociedad las manos absolutamente libres para falsificar balances y comunicaciones sociales por debajo de los fatídicos límites de punibilidad, reiterando tal actividad de ejercicio en ejercicio, sin riesgo alguno de incurrir en sanción penal.³⁸ Se olvida, en fin, completamente, en la perspectiva de la reforma, la dimensión *cualitativa* de la información societaria, que, por el contrario, el Tribunal de Justicia expresamente reconoce: aquella dimensión cualitativa en virtud de la cual existen datos de la situación económica de la sociedad, que pueden ser esenciales

para los socios y los terceros, sin poder ser cuantificados según los criterios que el legislador ha tipificado con la previsión de la condición de punibilidad.

Todo este conjunto de elementos, en sustancia, se traduce en un *cambio radical del paradigma de tutela*: el bien jurídico ya no es la transparencia de la información societaria, como en la regulación originaria del Código civil de 1942, sino más bien el patrimonio de los socios y de los acreedores. La tutela del bien jurídico originario de la figura delictiva analizada —que ha asumido hoy el rango de bien jurídico comunitario, o de relevancia comunitaria— puede decirse tranquilamente que ha desaparecido en nuestro ordenamiento, habiéndose transformado sólo en una mera consecuencia indirecta, eventual y esporádica de la tutela acordada a los intereses patrimoniales de socios y acreedores.

Son conocidas, en este sentido, las objeciones de los partidarios de la reforma, que han apelado a la presencia, aunque débil y matizada, del art. 2.621 del Código civil. Por poco que sea, se trataría, en general, de una norma capaz de garantizar un mínimo de tutela al bien jurídico de la transparencia. En realidad no es así. Los partidarios de la tesis criticada han afirmado que el art. 2.621 sería aplicable no sólo cada vez que no se hubiera comprobado un daño a los intereses de los socios o de los terceros, sino también cuando se haya comprobado el daño, no se presente la querella, o una vez presentada ésta, se retire con posterioridad. Si bien se mira, una crítica como ésta es insostenible. El art. 2.621 es simplemente la reproducción calcada de la figura delictiva del art. 2.622, de la que se diferencia sólo por la ausencia del resultado de daño; así pues, no es otra cosa que una figura delictiva de tutela anticipada del mismo bien jurídico tutelado por el art. 2.622, es decir, el patrimonio de

³⁶ El plazo de prescripción para el delito del nuevo art. 2.621 del Código civil está hoy reducido a cuatro años, según el art. 157 del Código penal, recientemente reformulado por la Ley de 5 de diciembre de 2005, n. 251 (conocida como Ley ex-Cirielli), mientras que sobre la base de la anterior regulación de la prescripción del delito al que se refería el originario art. 2.621.1 del Código civil, el plazo era de 10 años, elevado a 15 en el caso en el que subsistieran circunstancias agravantes. Además, debe recordarse que en Italia, a diferencia de España, el plazo de la prescripción se interrumpe en el caso de sentencia de condena no definitiva, pero, como regla general, la interrupción de la prescripción generalmente no puede “comportar el aumento de más de un cuarto del tiempo necesario para prescribir” (art. 161.2 del Código Penal); es decir, en el caso del art. 2.621 del Código civil, la prescripción está destinada a terminar inexorablemente en el término de cinco años, si en este lapso no se han agotado todos los grados del juicio hasta llegar a una sentencia de condena definitiva.

³⁷ La falsedad en la información societaria se castiga sólo si determina una variación del resultado económico del ejercicio, al bruto de la impuesta, superior a 5%, o bien una variación del patrimonio neto superior a 1%, o bien —si se trata de valoraciones estimativas— difieren en medida superior a 10% de las valoraciones correctas.

³⁸ Con la excepción, hoy, de la aplicación de la sanción administrativa prevista en los arts. 2.621.5 y 2.622.9 del Código civil, en la versión actualizada por la ley para la protección del ahorro (Ley 262/2005). La sanción administrativa pecuniaria, por otro lado, es en realidad inaplicable, en cuanto el legislador ha omitido incluir el mecanismo de medición de la cuota, previsto actualmente en el ordenamiento italiano sólo para las personas jurídicas (en el sentido del Decreto Legislativo de 8 de junio de 2001, n. 231) y no para las personas físicas. Una eventual extensión a estas últimas, *sic et simpliciter*, de los mecanismos mediadores previstos por los arts. 10 y 11 del Decreto legislativo 231/2001 chocaría inevitablemente con la prohibición constitucional de analogía *in malam partem*.

los socios y de los acreedores. Otro significado no es atribuible a la cláusula de reserva puesta en el inicio del art. 2.621, que hace aplicable dicha norma salvo cuando sea aplicable el art. 2.622, o sea —como pone de manifiesto también la inequívoca previsión de la ley de delegación—, salvo cuando se verifique un daño a los socios o a los acreedores; previsión esta que hace tal norma absolutamente no idónea para proteger la exigencia de transparencia de la información societaria. Nos encontramos, por tanto, frente a una tutela absolutamente *inadecuada, no eficaz, no proporcionada, no disuasoria*, y ante una tutela, por lo demás, absolutamente lejana de aquella perspectiva de armonización europea prefigurada por la sentencia de la Corte comunitaria.

Se ha recordado muchas veces —ya a partir de los trabajos preparatorios de la reforma— el ejemplo de la legislación española,³⁹ como si fuese un ejemplo adecuado, cuando en realidad en Italia el delito de falsedad de las comunicaciones sociales prevé un resultado de daño para los socios y acreedores, mientras que, en España, el art. 290 CP prevé un mero resultado de peligro, no sólo para los intereses de los socios y de los acreedores, sino de casi cualquier interés económico, interno o externo a la sociedad; por otro lado, es cierto que se condiciona en línea de principio también en el ordenamiento español la persecución a instancia de parte (para la falsedad en los balances, así como para la generalidad de los delitos societarios: art. 296 CP), pero se trata de un régimen de procedibilidad que decae cada vez que se produzca la ofensa de intereses referibles a una pluralidad de sujetos o a la colectividad, en cuyo caso entra en juego la perseguibilidad de oficio. Nada que ver, por tanto, con el modelo trazado por el legislador italiano.

Poco o nada ha incidido, finalmente, la reciente reforma realizada con la Ley para la tutela del aho-

rro⁴⁰ (tan alardeada propagandística en sede política), que se ha limitado, en su versión definitiva (y después de una serie de pasajes intermedios que hacían esperar una más seria y rigurosa reforma),⁴¹ sólo ha sido un modestísimo *maquillaje* de la normativa existente, que deja inalterada la estructura de fondo de la incriminación de la falsedad en la información social (conservando intactas, sobre todo, las condiciones cuantitativas de punibilidad), limitándose a la introducción de una nueva sanción administrativa (además, de dudosa aplicabilidad)⁴² para la falsedad en la información social que se haya mantenido por debajo de la condición de punibilidad y a la inserción (de valor meramente simbólico) en el art. 2.622 del Código civil de una circunstancia agravante formada por una gran cantidad de requisitos y prácticamente imposibles de probar (el “grave daño al ahorro”).⁴³ La reforma, más bien, hace aún más actuales y radicales las críticas anteriores, en cuanto la nueva ley vea la luz después de una serie de escándalos financieros, que han girado en torno a falsedades, en balances de dimensión colosal —el primero entre todos, el caso Parmalat—,⁴⁴ que han provocado daños enormes a los inversores y han puesto en evidencia, de la forma más clamorosa y dolorosa, ante la opinión pública, la intolerabilidad moral y político-criminal del tratamiento privilegiado de la falsedad en los balances —a la medida de un *Kavaliersdelikt*— delineado por el legislador de 2002.

4. Hacia la “europeización” del Derecho penal económico

En conclusión, la tormentosa y compleja historia judicial de la normativa italiana sobre la falsedad en los balances ante la Corte de Justicia de la Comunidad Europea se presenta como una etapa muy significativa en el proceso histórico de las relaciones entre De-

³⁹ Sobre la cual puede verse, en particular, Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 375 y ss.

⁴⁰ L. 28 diciembre 2005, n. 262, Disposiciones para la protección del ahorro y la regulación de los mercados financieros.

⁴¹ Cfr. en particular el Texto unificado aprobado por el Senado el 12 de octubre de 2005. Sobre la normativa penal prevista por el Proyecto, con particular referencia a la problemática de la falsedad en el balance, cfr., para un breve comentario, Paliero, en *Il Sole 24 Ore*, 13 de octubre de 2005, p. 25; Bricchetti, “Falso in bilancio: nel nuovo disegno di legge torna ad essere reato di pericolo”, en *Diritto e pratica delle società*, No. 21, 2005, pp. 6 y ss.

⁴² Véase *supra*, nota 27.

⁴³ En sentido claramente crítico, en relación con la parte penal de la ley para la protección del ahorro, cfr. en particular Seminara, “Nuovi illeciti penali e amministrativi nella legge sulla tutela del risparmio”, en *Diritto penale e processo*, 2006, pp. 549 ss.

⁴⁴ Para una descripción del caso Parmalat, cfr. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, Bolonia, Il Mulino, 2020, pp. 106 y 107; Capolino/Massaro/Panerai, *Parmalat. La grande truffa*, Milán, 2004; Cingolo, *Lo schema Tanzi*, Roma, 2004; Dalcò/Galdabini, *Parmalat. Il teatro dell’assurdo*, Parma-Milán, 2004; Franzini, *Il crac Parmalat*, Roma, 2004; Di Stasio, *Il caso Parmalat*, Roma, 2004; Vella (ed.), “Parmalat: tre anni dopo”, en www.lavoce.info, 19.10.2006 (con contribuciones de Onado, Vella, Foffani, Mucciarelli, Stanghellini, Barucci y Messori).

recho penal y Derecho comunitario, en la perspectiva trazada, en primer lugar, por el tratado que instituía una Constitución para Europa y, en último, por el Tratado de Lisboa.

La sentencia de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea de 3 de mayo de 2005 —o mejor, la materia que es examinada en su interior— representa, en efecto, un ejemplo entre los más significativos de un fenómeno histórico más vasto, frente al cual nos encontraremos con mayor frecuencia en los próximos años, esto es, el de la expansión de los bienes jurídicos de relevancia comunitaria, tanto bajo el perfil de los “bienes propiamente supranacionales”⁴⁵ como bajo aquel otro de los “bienes de interés común”⁴⁶.

En parte se trata de bienes de nuevo cuño; en parte, por el contrario, se trata de bienes que se van progresivamente “comunitarizando”: la transparencia y la confianza en la información societaria y en los mercados financieros son ejemplos de este segundo tipo de bienes jurídicos, es decir, de bienes que han nacido sobre el terreno nacional, pero que están destinados inexorablemente a convertirse en bienes jurídicos de directa relevancia comunitaria. Hoy los podemos definir como bienes de interés común —en virtud de la creciente interdependencia de los mercados—, pero están destinados ciertamente a transformarse en verdaderos bienes jurídicos supranacionales, cuando se haya producido realmente la formación de un mercado financiero europeo, con la institución de una autoridad de vigilancia supranacional.⁴⁷

Respecto a los bienes jurídicos de dicha naturaleza, no puede ignorarse, en un futuro, la exigencia de una tutela uniforme, o por lo menos armonizada, en el

plano europeo. En la misma línea se ha pronunciado, pocos meses después de la sentencia sobre la falsedad en las cuentas, la misma jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, con la histórica decisión en materia de protección del medio ambiente, que —aunque siga excluyendo, en línea de principio, una competencia comunitaria general en materia penal— reconoce que ello

no puede aún impedir al legislador comunitario, cuando la aplicación de las sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias por parte de las autoridades competentes nacionales constituya una medida indispensable de lucha contra violaciones ambientales graves, adoptar medidas en materia de Derecho penal de los Estados miembros que sea necesario para garantizar la plena eficacia de las normas emanadas en materia de tutela del ambiente.⁴⁸

El camino parece abierto para la adopción —sobre una escala más amplia y mediante los instrumentos propios del Derecho comunitario, primer pilar— de iniciativas dirigidas a intervenir no sólo en la protección del medio ambiente, sino también en otros sectores, cada vez que la armonización del Derecho penal de los Estados miembros sea necesaria para garantizar la eficacia y efectividad del Derecho comunitario y la protección de los intereses fundamentales reconocidos por el Tratado de la Comunidad Europea (p. ej. para la protección de la transparencia de las cuentas y de la información societaria, así como de la integridad de los mercados financieros, de la libertad y lealtad de la competencia, de los intereses de los consumidores, de la salud y seguridad en el trabajo, etcétera).⁴⁹

⁴⁵ Sobre la necesidad de una extensión del “área de los bienes jurídicos de relevancia comunitaria”, respecto a la “selección ciertamente reducida del *Corpus juris* (que limitaba el sistema penal supranacional que se intenta crear a la tutela exclusiva de los intereses financieros de la Comunidad)”, véase Grasso, *La Costituzione per l’Europa e la formazione di un diritto penale dell’Unione Europea*, en Dolcini/Paliero (coords.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milán, Giuffrè, 2006, vol. I, p. 386.

⁴⁶ Sobre la distinción apuntada cfr., en la doctrina más reciente, Sicurella, “Il Corpus juris e la definizione di un sistema di tutela penale dei beni giuridici comunitari”, en Grasso/Sicurella (coords.), *Il Corpus juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milán, Giuffrè, 2003, pp. 68 y ss.

⁴⁷ Véanse en esta dirección las líneas trazadas por el proyecto *Lamfalussy*, aprobado por el Consejo de Ministros Europeos en el curso de la Cumbre de Estocolmo de marzo de 2001.

⁴⁸ CGCE, Gr. Sez., 13 de septiembre de 2005, causa C-176/03.

⁴⁹ Cfr. en esta dirección sobre todo el proyecto de los llamados “Eurodelitos”: proyecto nacido de la iniciativa privada —sin un específico mandato de los órganos comunitarios— de un grupo de estudiosos de diversa procedencia (alemanes, españoles, franceses, italianos), coordinados por Klaus Tiedemann. La versión original e integral del proyecto, acompañada de las ponencias ilustrativas de los diversos sectores, ha sido publicada en lengua alemana: Tiedemann (coord.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union. Rechtsdogmatik, Rechtsvergleich, Rechtspolitik. Freiburg-Symposium*, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, Heymanns, 2002. Una versión resumida del proyecto ha sido publicada también en España [Tiedemann/Nieto Martín (coords.), *Eurodelitos. El Derecho penal económico en la Unión Europea*, Cuenca, UCLM, 2004], y en México [Arroyo Zapatero/ Tiedemann/Nieto Martín (coords.), *Eurodelitos. El Derecho penal económico en la Unión Europea*, México, INACIPE, 2006]. La misma edición resumida está en curso de publicación también en Italia, en la colección de los *Quaderni di diritto penale comparato, internazionale ed europeo*, de la editorial Giuffrè: L’armonizzazione del diritto penale dell’economia nell’Unione Europea: il progetto “Eurodelitti”, coordinada por Foffani y Picotti.

Finalmente, el fracasado proyecto de Constitución para Europa y la siguiente reforma de los tratados (adoptada con el Tratado de Lisboa de diciembre de 2007) suministra por primera vez una explícita base jurídica de legitimación para futuras vías de armonización del Derecho de los Estados miembros que abarquen también la vertiente de la tutela penal. Nos referimos, en particular, a lo previsto por el párrafo 2 del art. 67 del Tratado, sobre la base del cual las directivas europeas

pueden establecer normas mínimas relativas a la definición de los delitos y de las sanciones [...] en cuanto al acercamiento de las disposiciones legislativas y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal sea

indispensable para garantizar la actuación eficaz de una política de la Unión en un sector que ha sido objeto de medidas de armonización.⁵⁰

No hay duda de que el Derecho societario pertenece a estos sectores de políticas comunitarias, que ya han sido desde hace mucho tiempo objetos de medidas de armonización en el plano extrapenal, y que tipos penales como la falsedad en las cuentas podrán ser, en el futuro próximo, objeto de directivas europeas dirigidas a establecer “normas mínimas relativas a la definición de los delitos y de las sanciones”: de manera verosímil en una dirección y con contenidos muy diferentes de los que han sido perseguidos en los últimos años por parte del legislador italiano.

⁵⁰ Sobre esta “competencia penal accesoria (*Annexkompetenz*) para los sectores de las políticas comunitarias ya armonizados en el plano extrapenal”, *vid.* Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil mit wichtigen Gesetzes- und Verordnungstexten*, 2^a ed., Múnich, Heymanns, 2008, Rn. 42.

Doctrina



Presunciones y Derecho penal

María del Carmen Gómez Rivero

Universidad de Sevilla, España

Revista Penal México, núm. 3, enero-junio de 2012

RESUMEN: *Este documento presenta un breve recorrido por algunos supuestos con los que el legislador español opta por configurar la conducta típica, o alguno de sus elementos, sobre la base de algunas presunciones aún presentes en el Código penal, pese a que éstas resultan incompatibles con algunos principios del Derecho penal sustantivo y procesal.*

PALABRAS CLAVE: *presunción, principio de intervención mínima, principio de culpabilidad, presunción de inocencia.*

ABSTRACT: *This paper traces a short overview on several assumptions used by the Spanish legislator to define typical behaviors or one of their elements, based on some suppositions still present in the criminal code even though they are incompatible with some of the principles in substantial and procedural criminal law.*

KEY WORDS: *presumption, minimal intervention principle, culpability principle, presumption of innocence.*

SUMARIO: I. Planteamiento del problema: a) El concepto de presunciones en Derecho penal sustantivo; b) Las dudas en torno a la compatibilidad de las presunciones con los principios básicos del Derecho penal sustantivo y procesal. II. Algunas manifestaciones de las presunciones en el Código penal. Grupos de casos: a) Presunciones orientadas al adelantamiento de los presupuestos ordinarios de la intervención penal; b) Presunciones orientadas a conseguir la igualdad en el tratamiento de los autores allí donde se ventila su capacidad de culpabilidad; c) Presunciones basadas en las posiciones relativas de los sujetos activos y pasivos del delito: el supuesto mayor injusto en el caso de los tipos relacionados con la violencia de género; d) Presunciones relativas a la concurrencia de los elementos que determinan la prohibición de la conducta; e) Presunciones relativas a la culpabilidad de los autores; f) Presunciones orientadas a determinar la gravedad objetiva de la conducta. III. Valoración.

I. Planteamiento del problema

Se enseña a los estudiantes de la Licenciatura de Derecho que se enfrentan por primera vez a la asignatura de Derecho penal, que esta rama del Ordenamiento Jurídico, por su gravedad, reclama el escrupuloso respeto de una serie de principios básicos, tanto de orden sustantivo como procesal. Entre los sustantivos, el primero que suele explicarse es que este sector del Ordenamiento Jurídico sólo interviene cuando fallan las demás instancias de reacción social y que, justamente por su carácter de *ultima ratio*, sólo reacciona frente a los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes, y esta exigencia se conoce como *principio de intervención mínima*. Este principio básico se proyecta después a todos los ámbitos de la elaboración jurídico-penal, hasta el punto de que la comprobación de la gravedad del ataque no se agota en aquella primera tarea del legislador, sino que debe estar presente de modo singular en la labor de los aplicadores del Derecho. Éstos habrán de velar por el cumplimiento no sólo de aquel principio, sino también de cuantos son irrenunciables en un sector del Ordenamiento Jurídico marcado por la gravedad de su respuesta. Entre ellos, valga la cita del *principio de culpabilidad*, que, como es sabido, reclama que no se aplique ninguna sanción si no puede probarse la actuación dolosa o, al menos, imprudente del agente.

Junto con lo anterior, aquellos mismos estudiantes de Derecho deben conocer, apenas se aproximan al estudio de las garantías constitucionales en el proceso penal, que el Estado de Derecho exige que las previsiones penales se apliquen con estricto respeto de una serie de principios básicos; entre ellos, la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo*, el derecho a la defensa, a la tutela judicial efectiva y, en definitiva, a un proceso con las debidas garantías.

El contenido de este trabajo, modesto testimonio de admiración y reconocimiento a la ejemplar trayectoria académica y profesional del profesor Tomás Salvador Vives Antón, tiene por objeto reflexionar hasta qué punto aquellos principios materiales y sustantivos básicos se respetan cuando el legislador incorpora determinadas *presunciones* en la configuración de la conducta típica. Antes de entrar propiamente en el fondo del asunto, resulta obligado hacer una serie de precisiones en torno a lo que se consideren como tales *presunciones* o *suposiciones*, en tanto que este término no puede emplearse para referir realidades no siempre

coincidentes. A ello dedicamos un primer segmento dentro de este apartado (a), para identificar después, a modo de planteamiento del problema, las principales dudas que suscita su presencia a lo largo del articulado del Código penal (b).

a) El concepto de presunciones en Derecho penal sustantivo

Aun cuando al concepto amplio de presunciones pueden reconducirse diferentes técnicas empleadas en la configuración de los tipos penales, a efectos de este trabajo, por tales vamos a referir una doble modalidad. La primera de ella corresponde a los casos en los que el legislador incorpora en los correspondientes tipos delictivos reglas con las que dar por probada —para un concreto supuesto de hecho— la lesividad del comportamiento o, si se quiere, la lesión del bien jurídico a cuya tutela aquéllos respectivamente se orientan. Se trata, así, de previsiones que imponen la exégesis de que ciertos comportamientos, cuyo encaje típico pudiera resultar más o menos dudoso, son subsumibles en la conducta típica. Baste destacar en esta breve presentación que la ventaja de dicho proceder es evidente, en la medida en que, con él, el legislador consigue inyectar una dosis incuestionable de *seguridad jurídica* en la determinación de la conducta prohibida, al *concretar* para determinados casos y sin margen de duda el supuesto de hecho que previamente ha definido con carácter *general*.

En segundo lugar, junto con los anteriores supuestos, las presunciones que van a centrar nuestra atención son aquellas en las que el legislador valora determinados casos como equiparables en gravedad al injusto de otros conductas cuyo desvalor se reconoce en otros preceptos del Código penal. Es, si se quiere, una regla por la que el legislador presume que determinados hechos deben castigarse *como si* se tratara de otro tipo de conductas tipificadas en el Código penal.

Esta breve caracterización de las presunciones como objeto de estudio permite diferenciarlas de, al menos, dos grupos de casos con los que pudieran confundirse. En primer lugar, ofrece elementos para distanciarlas de los llamados *conceptos legales*, caracterizados porque el legislador ofrece definiciones normativas de determinados conceptos típicos. Así, por ejemplo, cuando el art. 238 CP define el concepto de fuerza en las cosas a los efectos del delito de robo, no está presumiendo que aquélla concorra, por ejem-

plo, en los casos de escalamiento. Su valor es tan sólo ofrecer un concepto normativo de la misma a efectos de apreciar el delito.

En segundo lugar, de aquella escueta definición se deduce que es característico, de uno de los tipos de reglas que nos ocupan, considerar que la concurrencia de determinados extremos representa una conducta lesiva, *equiparable por medio de una presunción* a otras cuya gravedad se admite sin discusiones. Esta precisión es importante, porque permite diferenciar la técnica que nos interesa de aquellos otros casos en los que el legislador dispone, sin más, que determinados comportamientos representan siempre y en todo caso una *nueva forma de ataque* a un bien jurídico digno de sanción penal. Como ejemplo, en este sentido, podría citarse en el capítulo de los delitos contra la seguridad vial el art. 384, que redactado conforme a la LO 15/2007, de 30 de noviembre, tipifica la conducta de conducir sin el correspondiente permiso de circulación. Se trata en definitiva de una regla que introduce una nueva modalidad de conducta cuya lesividad el legislador presume en todo caso, con el efecto de expandir la tutela penal del bien jurídico. Las críticas a esta forma de proceder, caracterizada por el posible solapamiento de las infracciones penales y administrativas, son por todos conocidas; baste recordar, si acaso, que básicamente aquéllas denuncian la pérdida del carácter de *ultima ratio* de la intervención penal.

Por otra parte, en esta breve caracterización de las presunciones es importante advertir que un rasgo de las mismas es que, tal como se manifiestan en el Código penal, no permiten en principio prueba alguna que desvirtúe su consistencia, esto es, parecen responder al modelo de las llamadas presunciones *iuris et de iure*. En efecto, cuando el legislador recurre en los distintos tipos penales a esta técnica, de su respectivo tenor literal se deduce que incorporan una orden a los jueces y tribunales para que *en todo caso* apliquen dicha regla, de modo que la labor de éstos debe reducirse a desplegar en forma automática dicha tarea de subsunción formal, sin margen alguno para la discrecionalidad.

b) Las dudas en torno a la compatibilidad de las presunciones con los principios básicos del Derecho penal sustantivo y procesal

Hay que reconocer que, en relación con las presunciones que nos interesan, las críticas a las que pueden

hacerse acreedoras no resultan, al menos a primera vista, tan llamativas como en relación con otros casos de suposiciones que antes referímos; en concreto, las que configuran *ex novo* una modalidad adicional de ataque a intereses dignos de protección penal. Porque, al menos en los casos que nos ocupan, nadie cuestiona que la generalidad de las conductas a las que se asimilan sean merecedoras y necesitadas de la misma, punto de partida de la intervención penal. De hecho, que las críticas en estos supuestos no presenten la radicalidad de los anteriores se debe a que, al menos los casos en que se presume la concurrencia de determinadas circunstancias fácticas, obedecen a una finalidad atendible por el Derecho: la necesidad de ofrecer criterios sólidos en determinados supuestos cuya tipicidad pudiera resultar dudosa y, con ello, a la conveniencia de inyectar *seguridad jurídica* en la labor de aplicación del Derecho. Se trataría, si se quiere, de una suerte de conflicto o tensión de intereses: por una parte, el de comprobar en cada caso las peculiaridades del comportamiento para decidir en forma individualizada la procedencia o improcedencia de su encaje en el respectivo tipo penal, en cuanto garantía de la lesividad material de la conducta; por otra, el interés en evitar que los casos dudosos queden en su resolución al albur del juicio que en cada caso realicen los Tribunales de Justicia.

Ahora bien, una cosa es la menor radicalidad con que se presentan en estos supuestos las críticas a la técnica de suposiciones, y otra bien distinta es que, sin embargo, también ahora sea fácil advertir las objeciones que ya a primera vista suscitan. Basta para ello tan sólo con reparar que, en principio, este tipo de *suposiciones* resulta de entrada difícilmente conciliable con los principios sustantivos que inspiran el Derecho penal. Si como recordábamos más arriba, esta rama del Ordenamiento Jurídico sólo actúa ante los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes, esto es, si reclama la *lesividad material* de la conducta, ¿cómo puede presumirse siempre la misma o, al menos, los elementos que la conforman con carácter general allí donde el legislador introduce esta técnica en el tipo penal?, ¿es acaso respetuoso con la comprobación de la gravedad de la actuación del sujeto activo que el legislador *presuma* determinados elementos del injusto en la configuración de los tipos penales?

Es más, los interrogantes anteriores en torno a la dudosa compatibilidad de aquellos elementos en el orden

penal no se agotan sólo en las dudas acerca del respeto a aquel principio sustantivo. Resultan también evidentes desde la perspectiva de su compatibilidad con otros principios básicos procesales. Porque, ¿cómo presumir elementos de la tipicidad de la conducta sin vulnerar los principios básicos de *presunción de inocencia* y, de manera más amplia, de *no indefensión*?; ¿cómo se puede presumir el daño en una rama del Ordenamiento Jurídico que, por su singular gravedad, reclama la prueba del mismo?; ¿es que acaso el valor representado por la seguridad jurídica puede *justificar* su vulneración?

Ciertamente, como iremos viendo, la respuesta admite matices en función de las características de los tipos penales en que el legislador recurre a esta técnica. Pero es bastante sintomático de las quiebras a que puede dar paso dicho recurso el hecho de que una de las tendencias más encendidamente criticadas por la doctrina encuentre su origen precisamente en una presunción: la de la concurrencia de un peligro. Me refiero, en concreto, a las críticas vertidas contra los delitos de *peligro abstracto*, máximos exponentes de la tendencia expansionista del Derecho penal sobre la base del adelantamiento del momento de su intervención. Las acerbas críticas formuladas contra esta clase de delitos son por todos conocidas y no tendría sentido reproducirlas aquí. Lo único que interesa en estas líneas es poner de relieve que dicha construcción descansa decididamente en el juego de una presunción; en concreto, del juicio de peligrosidad relevante a efectos penales, sin necesidad de introducir comprobación adicional alguna en torno a la efectiva potencialidad lesiva de la conducta. Como ejemplo en este sentido podría citarse en el capítulo de los delitos contra la salud pública el art. 360, que castiga la conducta de quien, hallándose autorizado para el tráfico de determinadas sustancias peligrosas, “los despache o suministre sin cumplir con las formalidades previstas en las Leyes y Reglamentos respectivos”, o en un ámbito tan distinto como los relacionados con la ordenación del territorio, el art. 319, donde al legislador parece bastarle la remisión en bloque a la normativa administrativa para configurar el injusto típico, limitándose a requerir, tan sólo, que la conducta se realice en los respectivos tipos de suelo que enuncia en sus apartados primero y segundo. Nadie debe por

ello extrañarse de que, alertados por aquellas críticas doctrinales, no sea infrecuente encontrar en las resoluciones judiciales relativas a estos tipos esfuerzos por introducir criterios correctores que restrinjan de alguna manera su ámbito de aplicación.

Lo anterior, sin embargo, no significa que no pueda constatarse la presencia de otros tipos penales elaborados igualmente sobre la base de presunciones, pero respecto a los cuales no resulta tan evidente el juicio acerca de su compatibilidad con aquellos principios básicos. Para ello, sin ánimo de exhaustividad, procederemos a agrupar su fenomenología en torno a una serie de grupos que ayuden a advertir su presencia en el Código penal (II), como presupuesto para abordar en un momento posterior el juicio en torno a su procedencia y, en definitiva, a si también esas otras *suposiciones* deben ser desterradas del articulado del Código penal (III).

II. Algunas manifestaciones de las presunciones en el Código penal. Grupos de casos

a) Presunciones orientadas al adelantamiento de los presupuestos ordinarios de la intervención penal

Dentro de este grupo podrían incluirse todas aquellas suposiciones legales inspiradas por la finalidad de anticipar el momento de intervención de esta rama del Ordenamiento Jurídico. En él tendría cabida de modo paradigmático el recuso a los *delitos de peligro abstracto*, en los términos que ya referimos más arriba. Junto a ellos, también podrían citarse otras técnicas legislativas que en última instancia responden a una presunción. Según lo interpreto, no otra base común está presente en los llamados *delitos de acumulación*, cuya principal manifestación puede encontrarse en sede de los delitos contra el medio ambiente. Las críticas formuladas contra los mismos son reiteradas, y no es éste el lugar para abundar en ellas.¹ Ahora tan sólo interesa destacar que las mismas enlazan en última instancia con una *suposición*, en concreto, la de que, aunque aisladamente las conductas no tengan lesividad material suficiente como para justificar la intervención del orden penal, van a *confluir* con la que realicen otros agentes, con el resultado entonces de su lesividad.²

¹ Véase Silva Sánchez, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2^a ed., Civitas, Madrid, 2001.

² En la doctrina alemana, Vogel, J. refiere el caso del delito de estafa de crédito (§265 b StGB), que protege el funcionamiento del sistema

Al mismo grupo corresponderían todos aquellos preceptos que sancionan en forma anticipada una conducta sobre la base de representar un indicio irrefutable de la futura comisión de un delito. Como ejemplo podría citarse la tipificación de la posesión de “programas de ordenador específicamente destinada” a la comisión de un fraude informático, que el legislador valora ya de por sí como un ataque al bien jurídico patrimonial sobre la base de la presunción de estar orientada a la posterior realización de aquel fraude. De hecho, hasta tal punto fortalece esa presunción que lo castiga con la misma pena que la estafa informática sin esperar siquiera al inicio de su ejecución (art. 248.3). En el mismo sentido puede traerse a colación el art. 189.1, que castiga la posesión de material pornográfico en el que participan menores de edad o incapaces. También ahora el legislador considera que, cuando se dan los requisitos del precepto, dicha conducta encierra siempre y en todo caso una lesividad anticipada para intereses relacionados con la libertad sexual sin necesidad de recurrir, por ello, a los esquemas de la tentativa del delito que corresponda.

b) Presunciones orientadas a conseguir la igualdad en el tratamiento de los autores allí donde se ventila su capacidad de culpabilidad

Uno de los complejos problemas a los que el Derecho penal siempre ha tenido que dar solución es el relativo a la fijación de determinados límites a partir de los cuales se considere que el sujeto activo, en concreto, posee la suficiente capacidad de motivación como para considerarse destinatario de la norma penal y, con ello, para ser acreedor de un juicio de reproche en este orden por los comportamientos delictivos que realice. Dejando a un lado la problemática propia de los incapaces, respecto a los que la imposibilidad para establecer reglas fijadas con carácter general en el Código determina que los Tribunales de Justicia tengan que valorar en cada caso su grado de capacidad,³ el problema de la fijación de criterios uniformes

para trazar el comienzo de la responsabilidad penal se plantea en relación con los menores de edad.

Sin entrar en los complejos problemas que suscita su regulación ni en las críticas que motiva el continuo parcheo de que ha sido objeto,⁴ tan sólo interesa de momento centrar la atención en las opciones a las que se enfrenta el legislador a la hora de afrontar el establecimiento de dichos criterios; a saber, recurrir a establecer topes rígidos de edad cuya superación determine automáticamente la consideración como adulto del menor infractor; o bien a fijar determinados márgenes de edad dentro de los cuales el juez pueda comprobar y valorar en cada caso la concreta capacidad del menor. Nuestro Código penal siempre se ha decantado por el primero de aquellos modelos, hasta el punto de que las últimas reformas han dado al traste con el único vestigio de graduación de la capacidad del joven delincuente conforme a sus circunstancias, establecido por la LO 5/2000, de 15 de enero. En efecto, la LO 8/2006, de 4 de diciembre, renunció definitivamente a conceder cualquier tipo de valoración al juez para que apreciara en el caso concreto la capacidad de aquél para someterse a un régimen especial cuando se encontrase en edades comprendidas entre los 18 y los 21 años. De esta manera, confirmó la técnica de recurrir a presunciones rígidas en torno a la capacidad de los menores y jóvenes atendiendo tan sólo al dato cronológico de su edad.

Es cierto que la gran ventaja de esta opción legislativa es inyectar seguridad jurídica en el tratamiento de los menores infractores, a la vez que garantizar un trato *formalmente igualitario* de los mismos. Todo ello, por lo que interesa a este trabajo, sobre la base de una presunción acerca del momento en que adquieren el grado de juicio necesario para ser considerados como adultos a efectos penales. Sin embargo, su gran coste es el desconocimiento de las distintas condiciones de madurez mental y psíquica en que puede encontrarse el menor, hasta el punto de que la ventaja de la igualdad de trato acaba transformándose a la postre en la ceguera más absoluta frente a sus condiciones

crediticio. Como indica el autor, el sistema no queda dañado por la existencia de una única estafa de crédito. “Los límites constitucionales a las presunciones del Derecho penal económico alemán”, *Estudios de Derecho penal económico*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha (Estudios, 18), Cuenca, 1994, p. 51. Puede consultarse en <http://www.cienciaspenales.net>.

³ Sobre los mismos, véase Gómez Rivero, M.C., “Nuevas tendencias doctrinales y jurisprudenciales en el tratamiento del enfermo mental”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial, volumen I-2006, *Enfermo mental y proceso penal. Especial referencia a las medidas cautelares*, pp. 297 y ss.

⁴ De ellos me ocupé en mis trabajos “Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor”, *Actualidad Penal*, núm. 10, 200 (Marginales), pp. 163 y ss. y “La nueva responsabilidad penal del menor: las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000”, *Revista penal*, 2002, pp. 3 y ss.

personales y, con ello, acaba dando paso a las desigualdades más estrepitosas que puedan imaginarse. Ni qué decir tiene que la imposibilidad de encontrar cualquier remedio para paliarlas se debe al carácter *iuris et de iure* con el cual se configura la presunción, de tal modo que por mucho que el abogado defensor del menor pueda demostrar la inmadurez mental de su cliente, el juez habrá de prestar oídos sordos a aquella alegación o reconducir la misma, todo lo más, a una construcción forzada, como pueda ser apreciar alguna anomalía mental. Sin embargo, lo cierto es que difícilmente podrá considerarse como tal lo que sea un mero retraso en la madurez del menor explicable sólo por su régimen de vida, su entorno, su nivel cultural, el clima afectivo en que se desenvuelve, o cualquier otra circunstancia condicionante de su desarrollo evolutivo.

*c) Presunciones basadas en las posiciones relativas de los sujetos activos y pasivos del delito:
el supuesto mayor injusto en el caso de los tipos relacionados con la violencia de género*

La LO 1/2004 introdujo distintas medidas orientadas a conceder una protección especial a la mujer en las relaciones de pareja; en concreto, la conversión automática en delito de las faltas leves de amenazas (art. 171.4), la misma elevación a la categoría de delito de las faltas de coacciones (art. 172.2), y en el capítulo de las lesiones, una agravación por razón de su cualidad en el tipo básico del art. 148.4, así como la consideración como delito de las faltas de lesiones (art. 153). De todas ellas, vamos a detenernos tan sólo en la presunción contenida en el artículo 153 CP, por haberse pronunciado el Tribunal Constitucional en la sentencia 58/2008, de 14 de mayo, acerca de la supuesta inconstitucionalidad de la norma con motivo de la presentación de una cuestión de inconstitucionalidad por la juez del juzgado de lo penal núm. 4 de Murcia.

Conforme a dicho precepto:

El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y

uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Para comprender su verdadero alcance conviene recordar que, conforme a la LO 1/2004, por “violencia de género” se entiende aquella que “como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia” (art. 1º). Esta concepción de la violencia de género es la que recoge el art. 153.1 para justificar la previsión de un régimen especial y sin duda más severo para estos casos, también cuando se traducen en lesiones de menor envergadura.

El Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, por auto de 29 de julio de 2005, planteó una cuestión de inconstitucionalidad relativa a este precepto, sobre la que se pronunció el Tribunal Constitucional. La atención a la misma es importante, puesto que buena parte de los argumentos manejados en aquel auto para poner en duda la constitucionalidad de la norma se referían precisamente a la presunción —*iuris et de iure*— que contiene acerca de la mayor necesidad, siempre y en todos los casos, de proteger en forma especial a la mujer en cualquier supuesto en que fuera objeto de violencia, aun de la manifestación más leve. En concreto, la titular del juzgado de lo penal denunciaba que el precepto descansa sobre la base de presunciones legales, ajenas a la exigencia de prueba en el caso concreto, y fundadas tan sólo en el sexo respectivo del autor y de la víctima, así como en la relación entre ambos. Es más, como también denunciaba la cuestión de inconstitucionalidad planteada, esa presunción puede tomar como referente distintos aspectos, sin que ninguno de ellos consiga estar exento de críticas desde el punto de vista del respeto de algunos principios básicos del Derecho penal.

Así, en primer lugar, podría interpretarse que la norma establece una *presunción acerca de la intención discriminatoria* que inspira la conducta del sujeto activo, de tal modo que cada vez que se constatará un supuesto de violencia —leve— del varón sobre la mujer y mediara entre ambos la relación que describe el tipo, habría de presumirse que la finalidad que

motiva la actuación del agente sería la de potenciar una supuesta posición de inferioridad de la mujer que de manera inveterada ha acompañado a su realidad y posición social.

Ahora bien, si esto fuera así, esta presunción, como con contundencia señalaba la cuestión de inconstitucionalidad planteada, no sólo violaría los principios de igualdad, culpabilidad y del derecho básico a la presunción de inocencia, sino que ante todo supondría la recuperación del Derecho penal del autor, en cuanto que cualquier varón habría de responder por lo que han hecho en el pasado —o en el presente— otros individuos que comparten con él su mismo sexo. Por el contrario, si lo que realmente se quisiera evitar fuera la discriminación de la mujer, el protagonismo habría de cobrarlo la concreta conducta que sufriera ésta, sin ser lo importante la constatación del sujeto de la que proviene ni lo que han hecho otros individuos en el pasado. Es más, no puede pasarse por alto, como no pasó a la jueza promotora de la cuestión, lo llamativo que resulta que esa presunción de discriminación se refiera en el Código penal justamente a las manifestaciones más leves de violencia contra la mujer, sin que exista una previsión específica que atienda al supuesto móvil discriminatorio en relación con los casos de maltrato habitual, donde se revela sin ambages el llamado “perfil del maltratador”.

Pero, en segundo lugar, tampoco resultaría más aceptable interpretar que la presunción que incorpora el art. 153.1 se refiere a un aspecto objetivo: al *abuso de superioridad* de que son objeto las mujeres frente a los hombres, lo que haría más vulnerable a quienes pertenecen a aquel género. Como también se recogía en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, dicha presunción chocaría de nuevo frontalmente con principios básicos del orden penal. En concreto porque, siguiendo dicho Auto, el abuso de superioridad es una agravante “relacional”, en cuanto que reclama una comparación de fuerzas y capacidades de ataque y defensa de los sujetos activo y pasivo, respectivamente. Por ello, dicha presunción sólo sería admisible si a su vez pudiera suponerse en el hombre siempre una mayor capacidad de ataque y, paralelamente, si pudiera siempre predicarse de la mujer una capacidad limitada o disminuida de defen-

sa, también por el hecho de serlo. Si se partiera de estas premisas para llegar a aquella conclusión, además de vulnerarse de nuevo derechos básicos como la presunción de inocencia o la igualdad, se atentaría contra el derecho a la dignidad de la mujer. Así sería teniendo en cuenta la imagen que entonces se presentaría de la misma, como ser débil, necesitado por definición de una protección especial, casi tutelar.

Por último, en tercer lugar, por las mismas razones habría de descartarse una posible justificación de la presunción si la misma tomara como referente la especial *vulnerabilidad* de la mujer frente al maltrato de su pareja. Porque, como señalaba la cuestión de inconstitucionalidad, una cosa es identificar, a partir de las estadísticas, estudios o informes, esa realidad socio-lógica y adoptar las medidas legislativas consecuentes con esa identificación, y otra muy distinta, presumir siempre que toda mujer víctima de un maltrato ocasional por parte de su pareja o ex pareja masculina necesita especial protección por pertenecer a ese colectivo de riesgo calificado como especialmente vulnerable. En forma clara, con este proceder se estaría incidiendo de nuevo en la imagen de debilidad y postración de la mujer como persona inferior, con la consiguiente lesión de su derecho fundamental a la dignidad.

En definitiva, pues, basta con repasar los tres posibles referentes de la presunción contenida en el art. 153.1 para advertir que en relación con cualquiera de ellos su presencia resulta incompatible, por distorsionante, con los postulados básicos no sólo del Derecho penal sino, ya antes, del Derecho constitucional. Resulta, sin embargo, llamativo que el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 14 de mayo de 2008 desconociera cada uno de estos argumentos para mantener la constitucionalidad de un precepto que representa el exponente paradigmático de las distorsiones propias de las presunciones en Derecho penal. En realidad, da la sensación de que el Alto Tribunal tenía muy claro desde el principio que, por razones de conveniencia que trascienden a los argumentos jurídicos, iba a mantener la constitucionalidad del precepto. No de otro modo puede explicarse que utilizara un argumento extraordinariamente pobre por su carácter circular. Así, dejando a un lado otros aspectos seriamente cuestionables del fallo,⁵ llega a

⁵ Como el hecho de que apunte en forma vaga e imprecisa a algunas posibles interpretaciones que convertirían en inconstitucional el precepto, pero sin realizar una declaración expresa y contundente al respecto, como sería de esperar de un pronunciamiento de este tipo. En concreto, en su FJ 4, refiriéndose a la interpretación de los sujetos activos, tras señalar que si la interpretación realizada por la titular del juzgado promotor de la cuestión de inconstitucionalidad “fuerá la única posible y no cupieran otras interpretaciones como las manifestadas

resultar agotador en el razonamiento del Tribunal que su juicio acerca de la constitucionalidad de la norma descance ciegamente en que “las agresiones del varón hacia la mujer que es o que fue su pareja afectiva tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres” (FJ 9). Esto es, el Alto Tribunal convierte en premisa de su razonamiento precisamente la conclusión a la que quiere llegar.⁶ De esta forma, justifica la presunción *iuris et de iure* que incorpora el art. 153.1 acerca de la especial necesidad de protección de la mujer en otra presunción que también adopta como *iuris et de iure*: la de una razonable constatación de la mayor gravedad de las conductas que realiza el varón sobre su pareja o ex pareja femenina sobre la base de su significado social objetivo y de su singular lesividad para la seguridad, libertad y seguridad de las mujeres. Con este proceder el Tribunal entró en un círculo vicioso con el que evitaba abordar la consistencia real de la presunción y que, por ello, repetía en forma agotadora. Baste para comprobarlo con reproducir otro par de pasajes del fallo: “No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios [...] sino el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad” (FJ 9). De la lectura de este párrafo resulta evidente que el Tribunal hace oídos sordos a las razones de fondo del recurso. Porque, ¿cómo puede presumirse *siempre* esa situación? Y, si se hace, ¿cómo puede ignorarse que entonces se convierte este tipo en una manifestación de un Derecho penal de autor, con la consecuencia de que el sujeto respondería porque ha existido una “arraigada”

desigualdad?, ¿o es que acaso alguien podría decir que el concreto varón es el responsable de ese arraigo discriminatorio? Para comprender lo absurdo del argumento bastaría pensar en otros casos: durante años los negros han sido objeto de discriminación por parte de los blancos. ¿Debería entenderse entonces que cada vez que hoy día uno de estos sujetos arremete contra uno de aquellos actúa por discriminación, continuando lo que ha sido una “arraigada” desigualdad?

Significativa de la insensibilidad del Tribunal es igualmente otra afirmación que realiza en su FJ 11, con la que pretende salir al paso precisamente de lo inaceptable de las presunciones:

El legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones [...] No se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja.

Frente al empeño ciego y obsesivo del Tribunal por desconocer el fondo de ese “significado objetivo”, surgen una vez más serias dudas: ¿es que también ahora nuestro autor individual debe responder por ese arraigado modelo?, ¿realmente lo reproduce y está en su ánimo hacerlo cuando realiza lo que castiga este delito, a saber, un comportamiento leve y aislado de violencia?

Nadie debe por ello de extrañarse de que contra la sentencia se formularan hasta cuatro votos particulares.⁷ De ellos nos interesa detenernos en las consideraciones realizadas por el presentado por el Magistrado D. Javier Delgado Barrio, quien sobre la base de la imprecisión de la Sentencia⁸ sugería que del fallo debiera deducirse que cuando no concurre el mayor desvalor

en numerosos pronunciamientos de los Jueces y Tribunales ordinarios”, concluye que “la autoría necesariamente masculina del delito es el fruto de una de las interpretaciones posibles de los términos del enunciado legal”, y que “cabría entender que también las mujeres pueden ser sujetos activos del delito”. De hecho, sobre lo inadmisible de la vaguedad e inseguridad de este apunte, véase el voto particular a la Sentencia que formuló el magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata.

⁶ Véase el voto particular presentado por el Magistrado D. Vicente Conde Martín de las Hijas: “La Sentencia, pues, pese a su extensión, se asienta sobre el vacío, ya que a lo largo de todos sus fundamentos [...] reaparece en cada caso, a modo de un estribillo constante, la alusión al mayor desvalor y gravedad, carentes de partida [...] de justificación argumental en la Sentencia”.

⁷ Formulados por los magistrados D. Vicente Conde Martín de las Hijas, D. Javier Delgado Barrio, D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez y D. Ramón Rodríguez Arribas. A ellos habría de añadirse el que iba a presentar el Magistrado D. Roberto García Calvo, fallecido antes de redactarlo.

⁸ A la que critica que esté *implícitamente* declarando la constitucionalidad del precepto cuestionado si se atiende a su literalidad, en lugar de recoger en el fallo, como sería propio de las sentencias interpretativas, en forma clara y expresa el sentido en el que debe interpretarse el precepto.

que constantemente refiere la Sentencia, el precepto resultaría inaplicable. Sin perjuicio de que dudosamente pueda concluirse que el Tribunal esté afirmando lo que el Magistrado apunta, lo que importa destacar es que la única vía para una interpretación plausible del tipo penal habría sido que efectivamente el Alto Tribunal hubiera dicho eso; o, lo que es lo mismo, que hubiera eliminado el carácter *iuris et de iuris* de la presunción y la hubiera configurado como *iuris tantum*, expulsando en esta forma del Código penal, por su incompatibilidad con la Constitución, uno de los reductos más preocupantes del empleo de dicha técnica.

d) Presunciones relativas a la concurrencia de los elementos que determinan la prohibición de la conducta

Incluimos en este apartado aquellas suposiciones referidas a la identificación de la concurrencia de determinadas circunstancias fácticas con los elementos que en general configuran el supuesto de hecho de la conducta típica. Dentro de él, vamos a tratar por separado dos supuestos paradigmáticos de las mismas. Por un lado, las presunciones incorporadas a los delitos contra la libertad sexual; por otro, las relativas a los delitos contra la seguridad del tráfico.

d.1) El ámbito de los delitos contra la libertad sexual

En el capítulo de los delitos contra la libertad sexual es frecuente encontrar suposiciones de lesividad de la conducta que tienen que ver con la condición o cuádruple del sujeto pasivo; en concreto, esas presunciones se traducen en la fijación de determinadas edades por debajo de las cuales el legislador considera que la práctica de los comportamientos sexuales que respectivamente describe comportan un daño para el sujeto pasivo. El ejemplo paradigmático podemos encontrarlo en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual; en concreto, respecto a las conductas que se consideran lesivas a este último bien jurídico. Así, el art. 183.1 fija la edad en la que puede apreciarse el abuso fraudulento entre los 13 y los 16 años; el art. 185 considera punibles las conductas de exhibicionismo cuando se

realizan, además de ante incapaces, ante menores de 18 años. La misma edad maneja el art. 186 en relación con las conductas de venta, difusión o exhibición de material pornográfico; el art. 187 a efectos de considerar punible el favorecimiento de la prostitución cuando no media violencia o intimidación, así como el art. 189 respecto a las distintas conductas que tipifica, incluida la corrupción de menores. Pero, sin duda, el exponente más ilustrativo del recurso a la fijación de edades mínimas para eliminar el injusto de los delitos contra la indemnidad sexual es el art. 181.2 (y aun implícitamente, el 178), que al tipificar la conducta de abuso sexual dispone que “se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido, o de cuyo trastorno mental se abusare”.

Como decíamos, esta última cláusula sirve tal vez mejor que ninguna otra como exponente de los problemas que comporta el recurso a las presunciones en Derecho penal. Y no ya sólo por la relatividad en general de los márgenes con que se tipifique la conducta, algo que, dicho sea de paso, explica que hasta la reforma operada en estos delitos por la LO 11/1999 —que introdujo la referencia al bien jurídico indemnidad sexual— aquel límite se fijara en los 12 años. También porque, una vez establecido dicho límite general, resulta imposible equiparar en el grado de madurez y consiguiente afectación de su desarrollo evolutivo a todos los menores con edad inferior a la fijada. De hecho, las dificultades e incongruencias a que conduce esta opción se manifiestan con mayor claridad en los casos en que ambos sujetos de la relación, activo y pasivo, tienen corta edad. Imaginemos, por ejemplo, la relación entre un chico de 13 o 14 años y una chica de 12, probablemente esta última más madura que aquél. Las situaciones absurdas que pueden llegar a producirse han sido claramente denunciadas por algunos autores, por lo que no tendría sentido reproducirlas aquí.⁹ Tal vez sólo convenga recordar que para evitar dichas consecuencias en algunas Sentencias el Tribunal Supremo ha recurrido a algún expediente con el que sortear el rigor a que conduciría tal tipo de presunciones. Sirva como ejemplo la STS de 18 de abril, que enjuiciaba un caso en

⁹ Véanse los trabajos de Muñoz Clares, J., “La presunción de inconsentidas de las relaciones sexuales con menores de 13 años”, *Revista General de Derecho penal*, núm. 2, noviembre de 2004, y “Doctrina final del Tribunal Supremo sobre el régimen de las presunciones en Derecho Penal y, particularmente, sobre la presunción de inconsentidas de las relaciones con menores de 13 años. Análisis de las SSST (Sala Segunda), 411/2006, de 18 de abril, y 476/2006, de 2 de mayo (y II)”, *Revista General de Derecho penal*, núm. 6, noviembre de 2006.

el que un joven ecuatoriano de 24 años había mantenido relaciones sexuales completas y consentidas con una chica de 12 años. Según dio por probado la sentencia, ésta presentaba una madurez mental superior a su edad, mientras que el joven tenía un bajo nivel cultural así como grado de madurez inferior al que le correspondería a su edad cronológica. El Tribunal Supremo, consciente de que la aplicación estricta del art. 181.2 habría llevado a consecuencias absurdas, dada la dificultad de apreciar un menoscabo a la indemnidad sexual de la chica, apreció en tal caso un error de prohibición invencible por parte del joven, basado tanto en su menor madurez como en las costumbres de su país que le habrían inducido a tal error.¹⁰

Sin necesidad de entrar a valorar el razonamiento de la Sentencia, lo importante es dejar constancia de que en los tipos delictivos en que se incorporan presunciones como ésta, la búsqueda de expedientes interpretativos para convertirlas en *iuris tantum* y, por tanto, para evitar la estricta aplicación del precepto en sus términos literales, justifica realizar a veces auténticas piruetas interpretativas con las que eludir la lesión de principios básicos en Derecho penal y procesal; en este caso, el derecho fundamental a la defensa y desde el punto de vista material el respeto al principio de *lesividad*, base a su vez irrenunciable del principio dorsal de *mínima intervención* penal.

d.2) El ámbito de los delitos contra la seguridad del tráfico

A este capítulo pertenecen las reformas introducidas en el Código penal por la LO 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal, en materia de seguridad vial.

En primer lugar, debe citarse la nueva regla contenida en el art. 379.1, que castiga a quien “condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente”. Al tipificar la mera superación de tales niveles de velocidad, el legislador se desentiende por completo de las circunstancias de hecho que rodean la conducción (conurrencia de otros conductores o peatones, existencia de peligro concreto, etc.) para considerarla en todo caso punible.

Otro tanto habría que decir del apartado segundo del mismo artículo, cuando tras tipificar la conducta de quien conduzca “un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas”, considera que en todo caso deberá castigarse conforme a esta regla a quien “condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0.60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1.2 gramos por litro”. En definitiva, superados estos límites y sin necesidad alguna de comprobar la concreta afectación del conductor, la norma *presume* la existencia del contenido material de injusto. El resultado es que el conductor respecto al que se demuestre haber conducido en tales circunstancias no tendrá posibilidad alguna de que prospere su alegación acerca de que, por ejemplo, pese a dar 0.65 el resultado del alcoholímetro, no tenía mermada en forma significativa su capacidad para conducir. Cualquier prueba pericial en contrario estará de antemano condenada al fracaso y, con ella, las posibilidades de defensa del sujeto.

Sin abandonar el mismo capítulo de delitos, también la reforma introdujo una importante presunción, en relación ahora con los casos en que se considere que existe conducción con temeridad manifiesta. A tales efectos, dispone el art. 380.2 que “se reputará manifiestamente temeraria” la conducción en que concurra el exceso de velocidad que castiga el art. 379.1 (velocidad superior en sesenta kilómetros en vía urbana o en ochenta por vía interurbana a la permitida reglamentariamente) y bajo los efectos del alcohol cuando se superan los límites que ya castiga el art. 379.2.

En el fondo, en todos estos casos la conducta se castiga sobre la base de la suposición de su lesividad, sin importar la efectiva concurrencia o no de una situación de riesgo o, lo que es lo mismo, se trata de delitos elaborados sobre la técnica del “peligro abstracto”, algo que, como ya vimos, no representa más que una de las manifestaciones de las presunciones en Derecho penal.

e) Presunciones relativas a la culpabilidad de los autores

Si bajo este apartado entendemos las presunciones que se dirigen a suponer nada menos que la responsabilidad de los autores por determinados compor-

¹⁰ Véase el comentario a la misma de Muñoz Clares, J., *Revista General de Derecho penal*, núm. 6, noviembre de 2006, *op. cit.*

tamientos, parecería lógico tachar de disparatado cualquier atisbo de su existencia en el Código penal actual, uno de cuyos principios básicos es que no puede exigirse responsabilidad si no se demuestra en cada caso, al menos, la actuación negligente del autor. Así lo consagra expresamente el art. 5 del Código penal, cuando dispone que “no hay pena sin dolo o imprudencia”.

No es por ello de extrañar que el Código penal del 95 pusiera fin a una veterana suposición de este tipo en el ámbito de los delitos contra la libertad, en concreto, en el capítulo de los delitos de detenciones ilegales. Me refiero a la presunción que estuvo presente en el Código penal del 73 relativa a los reos que no dieran razón del paradero del detenido. A juzgar por la pena que se preveía, reclusión mayor —la entonces prevista para el homicidio—, no podía concluirse más que el legislador implícitamente presumía que el secuestrado había muerto a manos de sus secuestradores (art. 483 CP de 1973). Esta presunción, que con razón había sido objeto de las más duras críticas doctrinales,¹¹ fue definitivamente suprimida por el Código penal de 1995. Frente a ello, el actual art. 165 se limita tan sólo a ordenar la imposición de la pena en su mitad superior, renunciando por tanto a traducir en su *quantum* cualquier suposición acerca de la muerte del secuestrado.

Pese a la desaparición tan digna de aplauso de esta presunción, lo cierto es que aún pueden descubrirse en el articulado del Código otras suposiciones seriamente incompatibles con el mismo principio. Sería el caso de la contenida en el art. 30.2, cuando establece una responsabilidad en cascada para los casos en que el delito se cometa utilizando medios o soportes de difusión mecánicos. Para estos casos, tras la identificación de los autores, el art. 30 dispone la responsabilidad de los directores de la publicación o programa, de los directores de la empresa editora, emisora o difusora, así como de la empresa grabadora, reproductora o impresora. No es difícil advertir que el respeto al principio de culpabilidad requeriría que pudiera demostrarse que, efectivamente, tales sujetos tenían conocimiento efectivo de lo publicado, y no meramente posible o supuesto, ya que de otra forma sólo cabe concluir que la misma se asienta sobre la base de un juicio de responsabilidad objetiva, conforme al que la pena se impone a aquellos por la mera posición que ocupan.

f) Presunciones orientadas a determinar la gravedad objetiva de la conducta

Bajo este apartado se tratan los casos en los que el recurso a determinadas suposiciones en el tipo penal responde al esfuerzo por trazar criterios con los que delimitar la gravedad de la conducta en términos cuantitativos. Es lo que sucede en aquellos delitos en cuyo injusto tiene un protagonismo consustancial, no ya tanto la realización de un determinado comportamiento, sino la cantidad o volumen del mismo. Ejemplos en este sentido son todos los relacionados con la Hacienda Pública y la Seguridad Social. Como es sabido, con ellos no se pretende incriminar cualquier forma de fraude a la Hacienda Pública, sino sólo aquellas actuaciones fraudulentas que, por su entidad cuantitativa, adquieren especial importancia. Es lo que explica que, por ejemplo, en el delito de fraude fiscal sólo cuando el importe de lo defraudado supere los 120 000 euros se considere delito, mientras que el resto de los fraudes que no alcanzan esa cuantía resulten impunes en el orden penal. Dejando a un lado el debate en torno a su consideración como resultado del delito o como condición objetiva de la pena, lo importante es que con el establecimiento de determinadas cuantías el legislador traza, sobre la base de una presunción de la relevancia del comportamiento, el momento de la intervención penal.

III. Valoración

En las páginas anteriores hemos hecho un breve recorrido por alguno de los supuestos en los que el legislador opta por configurar la conducta típica, o alguno de sus elementos, sobre la base de presunciones. Como hemos ido observando, las mismas son especialmente proclives a merecer un juicio de rechazo en el orden penal, debido a la incompatibilidad en general de su estructura con los principios propios de esta rama del ordenamiento jurídico.

Que esto es así no sólo resulta evidente repasando las críticas que hemos ido denunciando y que, como enseguida veremos, han dado paso a importantes reacciones doctrinales. Es evidente también si se observa la propia actitud del legislador, que ha corregido, eliminándolas, algunas de las presunciones incompatibles en forma más palmaria con aquellos principios,

¹¹ Véase Muñoz Conde, J., *Derecho Penal, Parte Especial*, 7^a ed., Valencia, 1988, p. 144.

como es el caso que antes referíamos relativo a la desaparición de la presunción, implícita en el art. 483 CP 1973, de que los secuestradores habían matado a la víctima cuando no daban razón de su paradero.

Pese a aquella desaparición, lo cierto es que las presunciones aún presentes en el articulado del Código penal resultan, al menos en buen número de casos, frontalmente incompatibles con algunos principios básicos tanto sustantivos como procesales. No son por ello de extrañar las severas críticas que la doctrina ha ensayado contra ellas. Las mismas no se ciñen a algunas manifestaciones puntuales de aquella técnica que enlazan con tendencias actuales del Derecho penal, como hemos visto que es el caso de los delitos de peligro abstracto o los delitos de acumulación, sino que se dirigen en general contra las manifestaciones del recurso a las presunciones en esta rama del Ordenamiento Jurídico.¹² De hecho, la doctrina se ha esforzado no sólo por denunciar la vulneración de principios y garantías a que da lugar este tipo de presunciones, sino que ha realizado importantes esfuerzos interpretativos para evitar su aplicación con el valor de presunciones *iuris et de iure*.

Entre esas propuestas interpretativas merece destacarse la realizada por Muñoz Clares en relación con los delitos contra la indemnidad sexual, en concreto, respecto a la presunción contenida en el art. 181.2 CP. Para este autor, desde el año 2000, fecha en la que se dio una nueva redacción a determinados preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil conforme a la reforma operada por la LO 1/2000, de 7 de enero, habría de entenderse que todas las presunciones que comprende el Código penal tienen un valor *iuris tantum*, salvo que el texto legal expresamente dispusiera lo contrario. Así, considera que habría de entenderse por el juego de los artículos 4, 385 y 386 de aquella norma, redactados conforme a la referida LO 1/2000. Según el primero de ellos, el 4, “en defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales [...]”

serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley”. En palabras del autor, dado que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no contiene precepto alguno que oriente sobre la interpretación de las presunciones tanto legales como judiciales, resultan de aplicación al proceso penal los artículos 385 y 386 LEC. Conforme al 386.2, “Frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior”. Según el art. 385.2, “cuando la Ley establezca una presunción salvo prueba en contrario, ésta podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción”. Por último, el apartado 3 del mismo artículo establece que toda presunción admite prueba en contrario, “salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba”.

A partir del juego de estos preceptos y de su relación con la LEC, entiende el autor que el establecimiento de una presunción *iuris et de iure* ha de ser el resultado de una decisión expresa del legislador, sin que pueda la jurisprudencia negar la posibilidad de admitir prueba en contrario en los casos en que la Ley así no lo determine. Por lo demás, Muñoz Clares sale al paso de las posibles objeciones que pudieran formularse, básicamente la relativa a que los preceptos de la LEC tienen carácter procesal, no sustantivo, argumentando sobre la base de la artificiosa distinción entre el Derecho penal sustantivo y procesal.

Ni qué decir tiene que el argumento supone un paso importante en la búsqueda de criterios con los que sortear la letra de la ley. Y decimos sortear porque lo cierto es que, con el artículo 181.2 en la mano, difícilmente podría deducirse que la voluntad del legislador realmente fuera esa, la de admitir prueba en contra cuando pudiera demostrarse la madurez

¹² En la doctrina alemana véase Vogel, J., “Los límites constitucionales a las presunciones del Derecho penal económico alemán”, *op. cit.*, pp. 43 y ss. Este autor hace un recorrido por los distintos tipos de presunciones presentes en el Código penal alemán, centrando la atención en las relativas al Derecho económico, incluidas las contenidas en normas extrapenales con posible traslado al Código Penal, como las previstas en el parágrafo 38 GWB (Ley de prácticas restrictivas de la competencia), que impone una sanción a las empresas que hayan abusado de su posición dominante en el mercado, considerando por tal el parágrafo 22.3 de dicha ley, los casos en que se tiene al menos una tercera parte del mercado. Tras recordar que las presunciones deben superar las exigencias del principio material de culpabilidad y reserva de ley, y las procesales de búsqueda de la verdad material, necesidad de convicción judicial e *in dubio pro reo*, concluye que al juez le está prohibido afirmar la existencia del delito como presumido. “Pero el legislador tampoco puede desprenderse de este deber, ya sea formulando tipos en los cuales se contengan presunciones abiertas o reglas procesales de prueba, mediante las cuales se dispensa al juez de afirmar el delito con certeza. Especialmente las presunciones materiales abiertas son inconstitucionales, pues suponen una *contradiccio in adjecto* —o de otra forma dicho: una contradicción pragmática— afirmar la certeza mediante una presunción.”

del menor. No hay mejor manera de comprobarlo que el contraste entre la forma en que está redactada la cláusula relativa a la edad y la referente a la protección que dispensa a los sujetos que padecen cualquier tipo de trastorno mental, único caso en que incluye la referencia a la comprobación del abuso: incapaces “de cuyo trastorno mental se abusare”.

Es más, aun cuando se aceptara este razonamiento, difícilmente el mismo podría resultar aplicable a todos los casos en que el legislador establece presunciones en el Código penal. Para entenderlo, baste con contemplar desde una perspectiva amplia las distintas manifestaciones de aquellas que hemos ido destacando. No será difícil advertir que mientras unas parecen descansar en la presunción de un *hecho*, otras presumen que ciertas condiciones determinan la *valoración* de la conducta como relevante penalmente, pero partiendo siempre de las circunstancias fácticas efectivamente concurrentes sobre las que no se realiza labor de suposición alguna. Al primer caso pertenece el art. 181.2, que parte del *hecho presunto* de la *inmadurez* del menor de 13 años y, con ello, de la irrelevancia de su consentimiento, o en el capítulo de los delitos contra la seguridad del tráfico, el art. 379.2, que castiga al que condujere con determinadas tasas de alcohol en sangre, caso este en que de nuevo el legislador parece presumir un dato fáctico: la *merma de las facultades* del conductor con tales tasas.

Por el contrario, en otros supuestos el legislador, a partir de los hechos efectivamente probados, considera que, en todo caso, se dan las condiciones que permiten *suponerlo* como lesivo al bien jurídico que protege. Sería el caso, por ejemplo, del art. 380.2, cuando ordena al juez que considere como manifiestamente temeraria la conducción en la que concurrieren las circunstancias previstas en el apartado primero y en el inciso segundo del apartado segundo del artículo anterior (superación de índices de velocidad y alcohol).

La misma presunción en la valoración de los hechos está presente en materia de tráfico de drogas en el art. 369.5, cuando cualifica la conducta de facilitar drogas a menores de 18 años, caso en el que, sin entrar a presuponer circunstancias fácticas (p. ej., si el sujeto era previamente o no consumidor de drogas), *valora* en todo caso la conducta como objetivamente más grave. Otro tanto sucede en un ámbito tan distinto como los delitos contra el medio ambiente o incluso contra la ordenación del territorio, en los que,

al menos en determinadas modalidades, la exigencia de peligrosidad típica sólo puede entenderse sobre la base de los delitos de acumulación y, con ello, de nuevo, sobre la base de una valoración supuesta de levedad que en realidad no corresponde a la conducta aisladamente considerada.

A este mismo grupo pertenecería aquella otra presunción que referíamos, relativa ahora a la edad del sujeto activo para considerarlo adulto en términos penales. Tampoco en estos casos el legislador presume ninguna característica fáctica del hecho (como sería si supusiera la incapacidad del menor, por ejemplo de 17 años, para comprender el sentido de las normas penales). Lejos de ese proceder, lo que expresa el criterio es una opción de política criminal conforme a la cual se considera *conveniente* que, con independencia de su grado de madurez, los menores de esa edad no entren en los tentáculos de la justicia penal.

Para cerrar el capítulo de ejemplos, resulta de interés hacer alguna referencia a las presunciones contenidas en los delitos de violencia de género (art. 153 o la cualificación de las lesiones en el art. 148.2 en atención a la calidad de mujer o ex mujer del autor). Por la dificultad en general implícita en ellos, no es de extrañar la complejidad para determinar el objeto de la presunción. Y es que, si bien a primera vista pudiera extraerse la conclusión de que el objeto de la suposición es una supuesta mayor debilidad o indefensión de la mujer —fáctica— en las relaciones de pareja (lo que sería entonces la presunción de un *hecho*), lo cierto es que basta traer a colación la STC de 14 de mayo de 2008 para comprobar que más bien lo que supone es la valoración de las agresiones que tienen lugar en el marco de esa relación como más graves a partir de datos estadísticos, sociales e incluso históricos. Baste para ello recordar un párrafo de la sentencia: “No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios [...] sino el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad”. Que realmente sea esto lo que está en la base del precepto despierta severas críticas. Pero eso nos llevaría a un estudio distinto que excede el objeto de estas líneas.

De momento, lo único que nos interesa es insistir en la importancia de la distinción entre presunciones referidas a extremos fácticos o, por el contrario, a la

valoración de los hechos. Porque, como decíamos, aunque se aceptara la referida interpretación propuesta por Muñoz Clares, la misma habría de limitar su alcance, todo lo más, al primer grupo de casos.¹³ Baste pensar que cuando, por el contrario, el legislador opta por presumir en todo caso una determinada valoración de los hechos manifiesta una *decisión de política criminal* en torno al alcance de la conducta típica respecto a la que cualquier corrección por vía exegética supondría una invasión en la competencia del legislador, de todo punto inadmisible. Así, por ejemplo, si el juez interpretase que la conducción en velocidad superior a la permitida en 80 kilómetros por hora en vía interurbana debiera quedar impune en el caso concreto porque se trataba de un tramo de autovía por completo solitario, no estaría interpretando sino *suplantando* la voluntad del legislador de valorar, en todo caso, dicha conducción como lesiva a la seguridad del tráfico.

Es más, incluso en las suposiciones que previamente hemos identificado como referidas a un extremo fáctico de la conducta, tampoco podrían despejarse por completo las dudas en torno a la admisibilidad de una eventual prueba en contrario. Por continuar con los delitos relativos a la seguridad del tráfico, retomemos el ejemplo de la conducción con índices de alcohol superiores a los que determina el art. 379.2 CP: ¿hasta qué punto podría interpretarse con certeza que la voluntad del legislador no ha sido la de castigar *en todo caso* la conducción en tales circunstancias, sin estar dispuesto a admitir que en el caso concreto pudiera demostrarse la ausencia de una merma significativa de la capacidad del conductor? Y en el caso de las relaciones sexuales con menores de 13 años, ¿con qué grado de seguridad podría descartarse que la voluntad del legislador no sea la de considerar en términos *valorativos* que los menores de esa edad deben permanecer, en todo caso, indemnes frente a las relaciones sexuales con independencia de su grado de madurez y de la posterior incidencia del acto en su desarrollo evolutivo? Certo que, de ser así, podrá entonces criticarse enérgicamente la incorporación al articulado del Código penal de preceptos que carecen de contenido material de injusto. Pero, como sucede

en tantos otros casos, y los delitos de peligro abstracto serían otro ejemplo, lo que habrá de hacer entonces es denunciar su existencia en el Código, no desplazar por vía interpretativa la competencia del legislador y, con ello, sortear el respeto del principio de legalidad, límite inquebrantable de cualquier interpretación, favorable o contraria al reo.

Llegados a este punto, no puede más que concluirse afirmando que la introducción de cualquier límite en la interpretación de estas reglas requeriría un pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional, algo que, por cierto, recordemos que evitó en relación con la manifestación más palmaria de esta tendencia, la de los delitos contra la violencia de género. Sin esa legitimidad, la pretensión de practicar esas limitaciones supondría una maniobra para suplantar por vía exegética la letra de la ley, práctica sobre cuya inadmisibilidad no parece necesario seguir insistiendo.

A la vista de todo lo anterior, sólo queda reclamar con carácter general el destierro definitivo del Código penal de los vestigios de tales presunciones *iuris et de iure*, por ser frontalmente incompatibles con los principios básicos que inspiran no sólo el orden sustantivo penal, sino también el procesal. Lo anterior no significa, sin embargo, desconocer que determinados casos ciertamente reclaman, por razones de *seguridad jurídica*, la imposición de determinados topes rígidos que vengan dados a los aplicadores del Derecho. Sería, en efecto, desconocer la realidad misma de las cosas negar que en determinados supuestos se impone la funcionalidad en la fijación de las reglas de aplicación de la ley penal, un interés que también resulta atendible en esta rama del Ordenamiento Jurídico.

En concreto, la admisibilidad de la técnica de las presunciones debe ceñirse a los casos en que con ellas se trate de determinar o contribuir a fijar en términos *cuantitativos* la *gravedad objetiva* de la conducta a partir de la cual reaccione el orden penal. Sería el caso, por ejemplo, de la fijación de las cuantías a partir de las cuales se considere el comportamiento como constitutivo de delito en los tipos que son limítrofes con las infracciones administrativas. Valga de cita la fijación de 120 000 euros para considerar punible el fraude fiscal o contra la Seguridad Social (arts. 305 y 307 CP respectivamente), o la cifra de 80 000 para

¹³ Pese a que en la práctica es encontrar dicho tipo de interpretaciones orientadas a limitar la aplicación de la norma, también cuando la presunción expresa una valoración de los hechos. En materia de violencia de género es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 1^a), sentencia núm. 76/2007, de 9 de febrero, que no aplicó el art. 153 en el caso concreto que enjuiciaba por entender que en él no se podía probar una voluntad de discriminar, dominar y subyugar a la víctima por parte del sujeto activo, actitud que consideró que debía probarse para evitar la quiebra a los principios de presunción de inocencia e igualdad.

entender delictivo el fraude de subvenciones (art. 308 CP). Son, en definitiva, supuestos que incorporan circunstancias estrictamente objetivas y que expresan una opción de política criminal basada en razones de funcionalidad, que sólo al legislador corresponde tomar. Por ello, porque es una decisión privativa de éste y escapa a cualquier posibilidad de valoración por parte de los Jueces y Tribunales, los mismos están obligados a aplicar *ope legis* y sin posibilidad de matización dichas previsiones.

Otro tanto habría que decir en los casos en que se trata de conductas de objetiva lesividad; por ejemplo, cuando tienen como sujetos pasivos a menores de edad aumentan las razones de su protección. Como supuesto paradigmático podría citarse el de la referida cualificación incorporada al delito de tráfico de drogas cuando las mismas se faciliten a menores de edad (art. 369.3). A diferencia de lo que ocurre en otros supuestos en que se trata de proteger a menores frente a conductas que no tienen que ser *per se* perjudiciales para el mismo (relaciones sexuales), en la medida en que el consumo de determinadas sustancias tiene demostradamente efectos nocivos para la salud, el juez debe asumir sin margen de valoración la aplicación de la agravante y sin posibilidad de atender a cualquier extremo concurrente en el caso (por ejemplo, previa iniciación en las drogas por parte del menor), en la medida en que nada restaría a la mayor gravedad de la conducta.

Por el contrario, cuando aquellas presunciones se fijen atendiendo a criterios relacionados con las cir-

cunstancias del autor (minoría de edad), de la víctima (delitos relativos a la indemnidad sexual), a la contemplación relativa de las posiciones de los sujetos activo y pasivo (delitos relacionados con la violencia de género), a la lesividad de la conducta (delitos contra la seguridad del tráfico), presuman la culpabilidad del autor (presunciones del art. 30 CP) o bien presupongan *per se* la gravedad objetiva de la conducta (delitos de peligro), el respeto a los principios básicos del Derecho penal reclama su inminente desaparición del Código penal, al menos en su versión de presunciones *iuris et de iure*.

Probablemente esta denuncia no encuentre ni pueda encontrar eco inmediato en los tiempos que corren. No cabe más espacio al optimismo al comprobar lo rentable que resulta el recurso a la técnica de las presunciones en preocupaciones tan caras al Derecho penal actual. Lo sucedido en materia de violencia de género, en los delitos contra la seguridad del tráfico, o con la rotunda decisión del legislador de 2006 de renunciar definitivamente a cualquier margen de apreciación de las circunstancias particulares para graduar la responsabilidad de los jóvenes infractores, no dejan mucho más espacio a la esperanza y únicamente hacen pensar que tal vez no sean sólo ejemplos aislados de la fragilidad de los cimientos del Derecho penal. Parecen ser, por el contrario, instrumentos fundamentales en climas tan propensos a contentar, a cualquier precio, a la ciudadanía. Malos tiempos para denuncias contracorriente.

Doctrina



Intromisión en la intimidad y servicios de inteligencia*

• • •

José L. González Cussac

Universidad de Valencia, España

Revista Penal México, núm. 3, enero-junio de 2012

RESUMEN: En una democracia moderna es indiscutible la utilidad de los sistemas de inteligencia del Estado. Sin embargo, en ocasiones sus actuaciones pueden afectar derechos fundamentales de las personas y familias, principalmente los relacionados con la intimidad y la protección de datos personales. En este artículo, el autor resalta la ausencia de una regulación en la legislación española, así como de un procedimiento para que los ciudadanos puedan oponerse a los excesos de las agencias encargadas de combatir el terrorismo y la delincuencia organizada.

PALABRAS CLAVE: derecho a la intimidad, sistemas de inteligencia del Estado, control judicial previo, procedimiento de protección de datos personales.

ABSTRACT: In every modern democracy federal intelligence systems are undoubtedly useful. Nevertheless their actions may often affect people and families in their fundamental rights, particularly those related with privacy and transmission of personal information. This paper stresses the lack in the Spanish legislation of proper regulations and procedures established for citizens to stand against abuse of authority by agencies in charge of fighting terrorism and organized crime.

KEY WORDS: right to privacy, federal intelligence systems, previous judicial control, procedure to protect personal information.

SUMARIO: 1. Planteamiento. 2. La LO 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del CNI. 3. Críticas al procedimiento establecido en la LO 2/2002. 4. ¿Es suficiente el control judicial previo? 5. Conclusiones. Anexo, Bibliografía.

* El presente trabajo se insertó en el desarrollo del proyecto de investigación del que fui investigador principal, “Nuevas amenazas a la seguridad nacional: terrorismo, crimen organizado y tecnologías de la información y comunicación” (DER 2008/05707/JURI), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España en 2009, 2010 y 2011. En España ha sido publicado bajo el mismo título, *Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al profesor Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 267-294.

1. Planteamiento

El desarrollo de las actividades que constitucionalmente tienen asignadas los servicios de inteligencia del Estado puede comportar una limitación, restricción o afectación de los derechos fundamentales de los ciudadanos. En el marco de este trabajo me detendré en aquellas que pueden suponer una intromisión en el derecho a la intimidad, y más concretamente en los derechos reconocidos en los apartados .2 y .3 del artículo 18 de la Constitución española (CE).

Es decir, me propongo plantear algunas reflexiones sobre el contenido de la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia (CNI), que directamente se refiere a estos dos derechos.

2. La LO 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del CNI

En este apartado voy a tratar de describir sucesivamente el régimen establecido en esta norma, para después, en los siguientes apartados, introducir algunas reflexiones al hilo de nuestro modelo constitucional y legal, tomando como parámetro esencial la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), del Tribunal Constitucional (TC) y del Tribunal Supremo (TS).

Ya en el art. 12 de la Ley 11/2002 se contiene la referencia al control judicial previo al que deberán someterse las actuaciones del Centro Nacional de Inteligencia que afecten los derechos promulgados en los apartados 2 y 3 del artículo 18 de la CE. De modo que, conforme a esta remisión, la LO 2/2002 desarrolla la regulación del citado control judicial previo.

Pues bien, la citada LO 2/2002 se estructura en un único artículo en el que se disciplina de manera conjunta y unitaria el control judicial previo al que han de someterse todas las actuaciones del CNI referidas a los derechos tutelados en el artículo 18.2 y .3 de la CE.¹

La necesidad de esta regulación legal expresa se debe, como afirma la propia Exposición de Motivos de la LO 2/2002, a que el artículo 8 de la Constitución Española de Derechos Humanos exige la previsión le-

gal de tales medidas, al igual que también lo exige el artículo 18 de la CE. Al respecto, no debe olvidarse que el TEDH ha condenado en dos ocasiones a España, precisamente por los defectos que nuestra regulación ordinaria presentaba en relación con esta cuestión. Pero, íntimamente unido a esta circunstancia, hay que tomar también en consideración que hasta la entrada en vigor de esta norma en 2002 no se cumplía esta exigencia en nuestro ordenamiento jurídico. Y no se satisfacía este requerimiento porque, por una parte, no se aplicaba la normativa ordinaria contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrим) a la actuación de los servicios de inteligencia, principalmente por la diferente naturaleza atribuible a las funciones desempeñadas por éstos, en relación con las que constitucional y legalmente corresponden a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado; y, por otro lado, porque no existía una normativa específica al respecto.

El objeto y ámbito de aplicación viene referido en la Exposición de Motivos, aunque no coinciden exactamente con los reseñados en el título que da nombre a la norma. En efecto, como se expone en la LO 2/2002, lo que se regula en la misma no es un control judicial propiamente dicho, sino un régimen de autorización previo que, aunque puede ser considerado como tal —ése es uno de los puntos a debatir—, no agota el contenido que con frecuencia se asigna a la función del control judicial, y que, por otra parte, es la que se establece en la legislación procesal ordinaria. Otra cuestión es la conveniencia o no del sometimiento de la labor de los servicios de inteligencia a un control judicial, o si por el contrario, dada su especial naturaleza, se presenta como más adecuado otro tipo de controles. No obstante, constituye un debate que no debe ser abordado aquí por dos motivos: en primer lugar, porque es una materia de gran relevancia y muy compleja, que requiere un espacio más amplio para su exposición. Y en segundo lugar, porque aquí se persigue un análisis mucho más concreto ceñido a lo dispuesto en el Derecho positivo español referido.

Así, como punto de partida, puede afirmarse que desde 2002 nuestro ordenamiento contiene una normativa específica, la LO 2/2002, que a su vez se complementa con lo dispuesto en la Ley 11/2002, que esta-

¹ La primera distancia entre ambos textos consiste en que la LO 2/2002 prevé un control unitario y único, sin establecer especificaciones propias derivadas de los distintos derechos afectados ni tampoco de los objetos materiales sobre los que recae la actuación del CNI. Por el contrario, en el régimen ordinario o genérico establecido en la LECrim, sí se trazan requisitos diferentes en consideración a los derechos y objetos afectados. Así, en los arts. 545 a 578 se regulan la entrada y registro en lugar cerrado, y el de libros y papeles; mientras que en los arts. 579 a 588 se hace lo propio con las intervenciones de las comunicaciones.

blece en forma exclusiva el régimen de autorización judicial de las actividades que el CNI debe observar en el desarrollo de sus funciones, que afecten a los derechos fundamentales contenidos en el artículo 18.2 y .3 de la CE. Como he apuntado antes, se trata de una autorización judicial previa, pero no de un control judicial propiamente dicho. Esta diferencia sustancial se aprecia de manera clara en la literalidad de la norma, ya que, por ejemplo, el control del resultado de tales actuaciones se otorga al Secretario de Estado Director del CNI, y no a un órgano jurisdiccional. No en vano la LO 2/2002 en su Disposición Adicional (en la que se modifican los arts. 127 y 342 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, LOPJ) hace referencia al “Magistrado del Tribunal Supremo competente para conocer de la ‘autorización’ de las actividades del Centro Nacional de Inteligencia que afecten a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.2 y .3 de la Constitución”, y no atribuye en ningún caso al Magistrado encargado, el *control* (completo, esto es, posterior) de las actividades del CNI que afecten los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.2 y .3 de la Constitución.

En consideración a la especial función que en un Estado de Derecho está llamado a cumplir un servicio de inteligencia, la LO 2/2002 establece un doble procedimiento: primero, el que ha de seguirse para designar a la autoridad judicial, a la que se le atribuye la función de autorizar ciertas medidas; y segundo, el procedimiento mediante el cual el servicio de inteligencia, representado por su Director, ha de solicitar autorización, que le será o no concedida, pero en ningún caso se establece la obligación de rendir cuentas. Es posible que la justificación de esta especialidad apunte a que las actividades de inteligencia nunca están orientadas a obtener pruebas de hechos criminales, ni a ser empleadas en un proceso judicial, ni a enervar la presunción de inocencia en el mismo, sino a otros objetivos igualmente legítimos pero completamente diversos de aquéllos.

Decía que el sistema de control fijado en la LO 2/2002 no es completo. Ello es así por cuanto el control al que las diligencias de entrada y registro en lugar cerrado y de intervención de las comunicaciones va referido, en su régimen ordinario, se extiende a

todas las fases por las que las mismas se desarrollan: a) desde la autorización de su práctica b) hasta su incorporación al proceso judicial como medio de prueba, c) pasando por su ejecución y d) llegando hasta los resultados obtenidos con ellas. Así pues, conviene examinar comparativamente este procedimiento singular con el genérico establecido en la LECrim para poder efectuar un análisis riguroso del mismo.

A) En cuanto a la autorización: conviene comenzar advirtiendo que la LO 2/2002 modifica los arts. 125, 127 y 135 y añade un 342 bis a la LOPJ para posibilitar la designación de un juez *ad hoc* competente en exclusiva en el desempeño de la función de autorización. El nombramiento deberá recaer en un Magistrado de la Sala Segunda o Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que cuente con tres años de servicios en la categoría, por un periodo de cinco años, a propuesta del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, y entre las propuestas de nombramiento presentadas por el Presidente del CGPJ.

Sin embargo, como ya adelantaba, en realidad la propia LO 2/2002 concede una amplia función controladora al Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia porque, en primer lugar, es el único habilitado para solicitar autorización al Magistrado del Tribunal Supremo, de forma que para cualquier actividad limitadora de los derechos fundamentales que los servicios de inteligencia civiles (CNI) o militares (CIFAS)² estimen oportuno realizar deberán dirigirse al Secretario de Estado Director del CNI. Éste solicitará la autorización, lo que implica que, al menos en teoría, tiene la facultad de negarse a realizar dicha solicitud, con lo que a él corresponde el primer filtro de control, con independencia de que la decisión final esté en manos del Magistrado, siempre que el Secretario de Estado Director del CNI acceda a iniciar el procedimiento. Esta facultad se extiende, como no podía ser de otro modo, a la hora de solicitar eventuales prórrogas. Las cuales, innecesario es decirlo, deberán pasar también por el mismo tamiz. No resulta ilógico pensar que para ello deberán ponerse en conocimiento del Secretario de Estado Director del CNI, al igual que del Magistrado, los resultados obtenidos —así al menos ocurre en el régimen general—, a fin de justificar la solicitud de continuidad de la medida.³

² Centro de Inteligencia de las Fuerzas Armadas.

³ Aunque no necesariamente deba ser así, pues, en principio, podría ser suficiente con manifestar simplemente que no se ha logrado el resultado obtenido, estimando necesaria la continuidad de la actuación.

En cualquier caso, parece obvio que la autorización de estas actividades relativas a los derechos fundamentales del artículo 18.2 y 18.3 de la CE requieren un auto, pues ésta es una de las resoluciones judiciales, junto con las sentencias, que necesitan motivación. Motivación que resulta también en estos casos, al igual que ocurre en el régimen ordinario, inexcusable. El citado auto debe proceder de dicho Magistrado y podría ser denegatorio, en caso de estimarse que la medida solicitada resulta innecesaria, desproporcionada o injustificada. De modo que, entonces, se deduce que el auto, para que pueda estar debidamente motivado, ha de estar precedido de una solicitud que ilustre lo suficiente al Magistrado, para que éste pueda efectivamente ejercer su función. Este extremo resulta de gran interés.

En efecto, pues desde luego la solicitud deberá exponer al menos la necesidad de adoptar la medida, como así ocurre en los supuestos comunes. Más difusa se presenta la necesidad de que la solicitud concreta o detalle el objetivo finalmente perseguido, aunque el inciso a) del apartado número 2 del artículo único de la LO 2/2002 establece que en la solicitud deberán constar los hechos en que la misma se apoye, los fines que la motivan y las razones que aconsejan su adopción. Si ello es así, sí puede hablarse, en lo que a este aspecto se refiere, de un control judicial efectivo.

Ahora bien, también en este extremo surgen ciertas especialidades dignas de reseñarse. Como de sobra es conocido, el Tribunal Constitucional ha reiteradamente declarado que la necesidad de fundamentación de las resoluciones judiciales obedece al propósito de facilitar el conocimiento a los afectados y a terceros de las razones que llevaron al órgano jurisdiccional a adoptar tal medida, posibilitando con ello un posterior control de las mismas. El fundamento mismo de dicho requisito exige, en consecuencia, una publicidad de la resolución, publicidad que cuando menos se extiende a las partes en el proceso (con todas las salvedades que, dependiendo de los casos, puedan hacerse). Sin embargo, el inciso último del apartado 3 del artículo único de la LO 2/2002 dispone que las actuaciones del Magistrado competente tendrán la clasificación de secreto, lo que implica, según establece el art. 8 de la Ley 9/1968, de 5 de abril, reguladora de Secretos Oficiales, que sólo “podrán tener conocimiento de las materias clasificadas los órganos y las personas debidamente facultadas para ello y con las formalidades y limitaciones que en cada caso se determinen”. Entre

estas personas no se encuentran, por razones de pura lógica y efectividad de la actividad, los afectados por las mismas. De ello se deriva que, dado que el auto, con independencia de su sentido, no es recurrible, y que el ciudadano afectado por la actividad autorizada en el mismo no va a tener conocimiento de su realización, la exigencia de motivación queda realmente disminuida, y sin apenas posibilidad de posterior revisión. Ello abre el debate acerca de su sentido y utilidad efectivos.

En el marco de esta discusión, tal vez sea pertinente apuntar que quizás su única justificación sea entonces posibilitar un potencial control posterior del Parlamento y del propio Gobierno, únicos —excepto, claro, las investigaciones ordinarias en la jurisdicción penal— al que el mismo se puede ver sometido en nuestro actual modelo, y que, en cualquier caso, se llevaría a cabo en términos completamente extraños a los que rigen un procedimiento jurisdiccional. De ello cabe inferir, pues, que la motivación que se exige a tales resoluciones autorizantes no es, o al menos por coherencia con el sistema no debiera serlo, igual al resto de resoluciones jurisdiccionales de esta naturaleza dictadas en el procedimiento ordinario. De hecho, la LO 2/2002 fija con cierto detalle el contenido de la solicitud, no así, sin embargo, el del auto. De nuevo aquí brota otra cuestión compleja, pues cabría entonces entender que le podrían ser aplicables las disposiciones genéricas establecidas en la LECrim (arts. 558 y 579).

B) Respecto a la *incorporación al proceso judicial como medio de prueba* de los datos obtenidos en la actividad del servicio de inteligencia, es claro que nada dice la LO 2/2002, pues no es de su competencia ni persigue estas finalidades. No obstante esta obviedad, también aquí surge el problema de si es posible trasladar las informaciones sobrantes a la policía, si ello ha de estar formalizado, qué efectos provocaría esta práctica y, en definitiva, determinar la validez y eficacia de la llamada “prueba de inteligencia”, que a su vez conecta con la problemática de las denuncias anónimas, con el secreto de las fuentes y con la expliación suficiente del hallazgo de indicios.

C) *Control de la ejecución de la medida*. Como es conocido, la LECrim establece en su art. 569 que para la entrada y registro en lugar cerrado, y en su art. 586 para la intervención de las comunicaciones postales, es necesaria la intervención directa del Juez Instructor y/o del Secretario Judicial, lo que supone un control

judicial pleno de la diligencia. Por el contrario, ninguna facultad se le atribuye al Magistrado del Tribunal Supremo competente para autorizar la actuación de los servicios de inteligencia respecto de la ejecución de tales actividades, con lo que no puede afirmarse que en relación con la misma se haya establecido control judicial alguno.

En efecto, afirmado lo anterior, procede exponer con mayor detalle las diferencias existentes entre el régimen jurídico de investigación contenido en la LECrim y el de las actividades de los servicios de inteligencia. Y conviene hacerlo separadamente en consideración de cada uno de los derechos y objetos de tutela afectados por la intromisión.

a) En cuanto a la *entrada y registro en lugar cerrado*, recordar que por entrada debe entenderse “toda resolución judicial por la que se limita el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”. Este derecho, según el artículo 545 de la LECrim, puede ser limitado “en los casos y forma previstos en las leyes”, lo que da cabida a la posibilidad de excepcionar a través de una ley los requisitos genéricos que se exigen a la misma. Pero como acto indirecto de investigación que es, debe acordarse en el seno de un procedimiento judicial. Así pues, la diligencia de entrada, por necesidad, ha de ser autorizada por el juez competente, o cuando menos puesta en su conocimiento de forma inmediata cuando sea realizada, en los supuestos legalmente tasados, por agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, conforme lo establece el artículo 553 de la LECrim. Diligencia que ha de ser autorizada mediante resolución materialmente motivada, esto es, evidenciando el juicio de necesidad de la medida, y debiéndose notificar al interesado (art. 566 de la LECrim). Es decir, al titular del derecho a la intimidad que se ve afectado, de forma simultánea a su realización, debiendo estar presente el mismo o persona que legítimamente lo represente, así como la autoridad y el Secretario Judicial, so pena de riesgo de nulidad de la diligencia y su posterior valoración como medio de prueba (tanto en la entrada como en el registro). Diligencias que han de practicarse de día, requiriéndose el consentimiento del titular para su continuación durante la noche (arts. 546, 550, 567 y 570 de la LECrim).

Por el contrario, el régimen de las entradas y registros que los servicios de inteligencia pueden realizar en el cumplimiento de sus funciones es completamente distinto. Para comenzar, el objetivo que las

justifica es la recopilación de información para con ella generar inteligencia, y no la detención (facultad que además les está expresamente prohibida en la Ley 11/2002), ni la recopilación de instrumentos o efectos de un presunto delito, ya no sólo porque no investigan delitos, sino porque no actúan en el seno de un proceso judicial. Por lo tanto, la recopilación de datos u objetos con finalidad directa o indirecta, de ser utilizados como pruebas por agentes de inteligencia, incluso podría comportar su invalidez para su posterior uso en un proceso judicial, al haber carecido su práctica de las garantías legales exigidas. Más aún, la finalidad perseguida por los servicios de inteligencia al desarrollar la entrada en un lugar cerrado puede ser la de registrar —pero nunca para recoger o aprehender material probatorio—, y también para colocar aparatos de vigilancia, con el objetivo siempre de prevenir amenazas a la seguridad nacional.

En consecuencia, esta finalidad obliga, a fin de posibilitar la efectividad de la medida, no ya a enervar la presencia judicial, sino, de forma principal, a garantizar la falta de conocimiento por parte del afectado. Así pues, la misma eficacia y finalidad de esta medida, cuando es desarrollada por los servicios de inteligencia, parece irremediablemente conducir, además de lo ya dicho sobre la ausencia de control judicial, a la necesaria ignorancia de las garantías legalmente establecidas. Estas garantías en el marco de un proceso criminal no se dirigen sólo a asegurar el derecho a la intimidad, sino también el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la CE), proceso que, como se ha dicho, es inexistente en los supuestos de actuación de los servicios de inteligencia.

b) Por lo que se refiere a las *intervenciones de las comunicaciones*, hay que recordar que incluyen las postales, telegráficas, telefónicas, así como las digitales. Y cada una de ellas tiene un régimen específico. Dado que la LO 2/2002 hace una referencia genérica a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.2 y .3 de la CE, y que dentro del último de ellos han de encuadrarse todas las comunicaciones, por cuanto que lo que se protege es “la comunicación y no lo comunicado”, todas ellas han de considerarse incluidas en el ámbito de aplicación de la citada Ley Orgánica 2/2002.

Pues bien, la intervención de las comunicaciones postales y telegráficas se encuentra regulada en los arts. 579.1 y 580 a 588 de la LECrim. Su régimen jurídico precisa de una resolución judicial motivada

mediante la cual se ordena a agentes de la policía judicial o asimilados la detención del soporte por medio del cual se lleva a cabo una correspondencia postal o telegráfica del imputado para que, con las garantías de inmediación judicial y contradicción, se dé lectura de la misma a fin de convertir dicho acto de investigación, en su caso, en un acto de prueba preconstituida.

De este régimen se derivan los requisitos que la misma ha de revestir. Así, en primer lugar, ha de ser ordenada mediante auto motivado en el que se pondere el correspondiente juicio de proporcionalidad al que debe responder la medida, emitida en un proceso penal; se fijen las personas que pueden ejecutarlo, así como las formalidades y efectos del acto de lectura, que para posibilitar su conversión en prueba preconstituida requiere, necesariamente, que sea practicada por el Juez de Instrucción competente (art. 586 de la LECrim) en presencia del Secretario Judicial (arts. 586 y 588 de la LECrim) y la del imputado (arts. 584 y 585), conllevando la ausencia de cualquiera de los tres requisitos la nulidad de la diligencia. Ninguna de estas exigencias y requisitos se contemplan en la LO 2/2002, que sólo exige la previa autorización judicial.

Por su parte, las intervenciones telefónicas requieren como presupuesto su previsión legal,⁴ y que su adopción sea decretada por un órgano jurisdiccional en el marco de un proceso judicial incoado para la investigación de un delito grave o delitos leves con trascendencia social, lo que supone el cumplimiento de los principios de jurisdicción, legalidad y proporcionalidad.

En el procedimiento ordinario, esta medida podrá tener una duración máxima de tres meses (art. 579.3 de la LECrim), prorrogables por períodos iguales, y dado que no se fija limitación al número de prórrogas podrá extenderse durante tiempo indefinido. Teniendo en cuenta que la eficacia de esta medida requiere que se lleve a cabo inaudita parte, esto es, sin conocimiento previo del afectado, el Juez de Instrucción puede acordar el secreto instructor 1º, que no podrá tener un plazo superior a un mes (art. 302.2 de la LECrim), transcurrido el cual necesariamente habrá de darse a conocer a todas las partes procesales. Ello hace innoperantes e innecesarias no sólo la continuación de la diligencia inicialmente autorizada —siempre que hubiera sido concedida por un periodo superior a ese

mes—, sino las hipotéticas prórrogas que pudieran solicitarse. No entraré aquí a valorar el remedio empleado en la práctica, consistente en el recurso a las llamadas *Diligencias Indeterminadas*.

En síntesis, el procedimiento común discurre por las siguientes fases: en general la medida ha de ser ordenada por el Juez de Instrucción objetiva y territorialmente competente, que mediante auto motivado ordenará a los funcionarios de policía judicial o empleados de la compañía telefónica la intervención y grabación de las escuchas durante el periodo de tiempo fijado en la resolución. Las grabaciones, una vez practicadas y fijadas en los oportunos soportes, han de ser íntegramente puestas a disposición del Juzgado para que, con la intervención de todas las partes en el proceso, sean transcritas en un acta bajo la fe del Secretario.

Por su parte, en la LO 2/2002, inciso d) del apartado 2 de su artículo único, se fija el límite máximo de duración de esta medida también en tres meses, plazo que también puede ser prorrogado por “sucesivos períodos iguales”, sin fijar límite alguno. Sin embargo, en este caso el establecimiento de las prórrogas parece justificarse porque no existe la obligación, ni para el Magistrado del Tribunal Supremo, ni para el Secretario de Estado Director del CNI, de poner en conocimiento del afectado la medida adoptada. Así pues, dichas prórrogas, en tanto puedan considerarse necesarias y eficaces en la consecución del objetivo pretendido, no deben ser comunicadas al afectado ni siquiera después de alzarse, si con ello se pusiera en riesgo la finalidad perseguida, o la seguridad de las fuentes, métodos e identidades de los servicios de inteligencia.

D) Finalmente, en lo que al *control de los resultados* se refiere, procede poner de manifiesto la atribución del control al Secretario de Estado Director del CNI y no al Magistrado del Tribunal Supremo competente. El apartado 4 del artículo único de la LO 2/2002 establece que “el Secretario de Estado Director del Centro Nacional ordenará la inmediata destrucción del material relativo a todas aquellas informaciones que, obtenidas mediante la autorización prevista en este artículo, no guarden relación con el objeto o fines de la misma”. Por consiguiente, es en realidad el Secretario de Estado Director del CNI quien posee las

⁴ Al respecto cabe recordar las dos condenas a España por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por este motivo: Valenzuela contra España (STEDH 1998/31, de 30 de julio de 1998) y Prado Bugallo contra España (STEDH 2003/6, de 18 de febrero de 2003).

facultades legales para evaluar y usar la información a fin de satisfacer los fines perseguidos, esto es, el que decide qué es relevante y qué no lo es, y qué hacer con tales informaciones antes de su preceptiva destrucción o borrado.

Las informaciones obtenidas por estos medios deben ser, a tenor del texto legal, inmediatamente destruidas. Ahora bien, no se establece mecanismo judicial que garantice el cumplimiento de dicho deber. Lo anterior, sin embargo, no implica que tales actuaciones carezcan de control alguno, pues el art. 11 de la LO 11/2002 establece un control parlamentario al que debe someterse la actividad del CNI. En efecto, pues toda la actividad desarrollada por los servicios de inteligencia —no sólo la que afecte a los derechos del artículo 18.2 y .3 de la CE— se encuentra sometida al control parlamentario y por supuesto al control ejercido por el propio Gobierno. Ello, con independencia de la mayor o menor efectividad que estos controles posteriores puedan revestir. Pero, en cualquier caso, no existe previsión de un control judicial específico.

De forma que sólo en los casos en que se soliciten prórrogas puede afirmarse la posibilidad de un cierto control judicial de los resultados obtenidos. Y utilizo la expresión “cierto control” porque, a diferencia de lo que ocurre con la solicitud, nada se especifica en la LO 2/2002 sobre los requisitos que las solicitudes de las prórrogas deben cumplir. Este silencio legal abre una doble vía interpretativa. Según la primera opción, las solicitudes de prorroga deberán cumplir con los requisitos exigidos para la solicitud inicial, en la que lógicamente nada se dice respecto de la obligación de expresar los resultados obtenidos, pues todavía no los hay. Y, como segunda opción, entender que es suficiente con reseñar que los fines para los cuales se solicitó todavía no se han alcanzado, en cuyo caso tampoco se controlan los resultados obtenidos, pues únicamente se dice lo que no se ha logrado. De modo que, en cualquier caso, queda a la discrecionalidad del Secretario de Estado Director del CNI hacer mención o no de los mismos en las solicitudes de la prórroga. Así pues, parece establecerse un sistema de control cuya posibilidad de ejercicio se deja al criterio del controlado, esto es, una suerte de autocontrol.

Para finalizar este apartado debo subrayar un extremo de sobra sabido: la CE garantiza el secreto de las comunicaciones, entre las que explícitamente cita las postales, telegráficas y telefónicas, pero ello ha de entenderse a título de ejemplo, esto es, como una técnica de *numeris apertus*. Es decir, el texto constitucional recoge los medios tradicionales de comunicación a distancia, pero la fórmula no agota cualquier otro modo de comunicación cerrada entre un emisor y un receptor. Así pues, en su contenido se incluyen también las comunicaciones telemáticas y en particular *el correo electrónico*, a las que serán de aplicación las garantías y régimen de control establecido para los medios tradicionales.⁵

3. Críticas al procedimiento establecido en la LO 2/2002

Son varias las opiniones críticas expresadas a este procedimiento, pero aquí tomaré como referencia la formulada por Enrique Gimbernat Ordeig,⁶ en consideración a su contundencia y a su abierta calificación de inconstitucionalidad.

En efecto, el citado autor comienza afirmando que la LO 2/2002 plasma un pacto entre los dos grandes partidos políticos que constituye un “vergonzoso fraude constitucional”. Para llegar a esta drástica conclusión, comienza explicando los orígenes del art. 18.3 de la CE, deduciendo de los debates parlamentarios que culminaron con la aprobación de la Constitución de 1978, la auténtica “voluntad del legislador” pretendida con la redacción de este precepto: “que la intervención de las comunicaciones pudiera decretarse exclusiva y excluyente dentro del marco de los procedimientos criminales —siempre dirigidos por un juez— y que en ningún caso ni la policía, ni los servicios de inteligencia pudieran emprender por su cuenta atentados contra la intimidad de las personas si no disponían previamente de una autorización judicial”. Es más, esta conclusión no se deriva sólo de la que efectivamente fue la voluntad del legislador constituyente, “sino de la más elemental lógica jurídica”, porque en 1978, al tiempo de redactarse la Constitución, el único procedimiento en el cual

⁵ Véase, recientemente, Guisasola Lerma, “Tutela penal del secreto de las comunicaciones. Estudio particular del supuesto de interceptación ilegal de telecomunicaciones por autoridad o funcionario público”, en Juan Carlos Carbonell Mateu/José Luis González Cussac/Enrique Orts Berenguer (coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 950.

⁶ Enrique Gimbernat Ordeig, “La vida de nosotros”, en *Estado de Derecho y Ley Penal*, La Ley, Madrid, 2009.

era jurídicamente posible que la autoridad judicial pudiera decretar el levantamiento del secreto de las comunicaciones era el regulado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Entonces, como no se establecía en ningún otro supuesto, sino que sólo en el marco de un proceso penal la CE prevé, de manera excepcional, que se pueda levantar judicialmente el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y a la intimidad familiar y personal, también después, y ahora, ese marco exclusivo debe permanecer inalterable.

Según Gimbernat Ordeig, con ello la CE “garantizaba a los ciudadanos, en su art. 18, que si una persona no había cometido ningún delito o, al menos, no existían indicios firmes de que fuera a ejecutarlo, tenía la seguridad [jurídica] de que nadie, ni siquiera un juez, podía asaltar ni sus comunicaciones ni su intimidad [en este sentido, por todas, y tajantemente, las sentencias del TC 299/2000, de 11 de diciembre, y 165/2005, de 20 de junio]”.

Pero, a juicio de Gimbernat Ordeig, como los dos grandes partidos españoles querían seguir teniendo el deseo de escudriñar —por muy íntimo y secreto que ello fuera— en la vida de nosotros, se

inventan, mediante la LO 2/2002, un supuesto “procedimiento” y una desnaturalizada “resolución [judicial] motivada” para que el CNI pueda “proteger y promover los intereses políticos, económicos, industriales, comerciales y estratégicos de España” [éstos son, según el art. 4 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, y entre otros, las funciones y los objetivos de nuestros servicios secretos], con lo que, sobre esa base normativa, sería “legal” intervenir las conversaciones de, por ejemplo, empresarios, periodistas, intelectuales, políticos, abogados o magistrados —aunque no existiera el mínimo indicio de que hubieran podido cometer un delito o de que lo estuvieran preparando— para determinar, entre otros extremos, cuáles son sus vidas o sus orientaciones sexuales, o la de sus cónyuges, qué enfermedades padecen, si tienen o no hijos drogadictos, etc., pues, según los resultados a los que se llegara en esas invasiones “prospectivas” de la intimidad, podría alcanzarse la eventual conclusión de que son personas “chantajeables” por terceros y que ello puede poner en peligro los “intereses políticos, económicos, industriales, comerciales o estratégicos de España”.

En consideración a lo anterior, Gimbernat Ordeig concluye que la LO 2/2002 es inconstitucional por dos motivos. En primer lugar porque está fuera de discusión, como ya se ha señalado, que el único procedimiento vigente en 1978 en el que era viable que un juez autorizara el levantamiento del secreto de las comunicaciones era el procedimiento criminal. En consecuencia,

no es constitucionalmente posible que la LO 2/2002 instaure ahora un “procedimiento” o “expediente” donde se puedan acordar igualmente escuchas telefónicas sin ninguna de las garantías preceptuadas para aquél. Así, y entre otras: que a lo largo del procedimiento penal —y aunque esté decretado el secreto de las actuaciones— se exige “la intervención del Ministerio Fiscal, garante de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos por lo dispuesto en el art. 124.1 CE” (así, por todas, la sentencia del TC 165/2005, de 20 de junio); y que, una vez levantado ese secreto de las actuaciones, el propio interesado puede conocer e impugnar, junto al Ministerio Público —por ausencia o por defectos de motivación o por otros vicios—, la constitucionalidad de la medida, impugnación que pueden hacer valer tanto ante el juez instructor como ante la Audiencia Provincial, como ante el Tribunal Supremo, como, finalmente, ante el Tribunal Constitucional. En cambio, en el procedimiento o expediente de la LO 2/2002, el auto que acuerda invadir el secreto de las comunicaciones y la intimidad del interesado nunca podrá ser impugnado ni recurrido: ni por este último ni por el Ministerio Fiscal, ya que en ese expediente no tiene intervención alguna el Ministerio Público y ya que el interesado —y hasta que se muera— nunca va a tener conocimiento de que sus conversaciones han sido intervenidas.

En segundo lugar, en su opinión, la LO 2/2002 es inconstitucional, “porque constituye una tomadura de pelo el requisito que establece que el Magistrado especial podrá acceder a la solicitud del CNI mediante resolución motivada”. Para sostener esta afirmación se apoya en la doctrina constitucional sobre los requisitos y garantías de la intervención telefónica.⁷ Si bien Gimbernat Ordeig sugiere que la motivación de la resolución judicial “no se exige por la motivación misma, sino porque sólo con esa motivación es posible

⁷ En concreto reproduce la siguiente cita: “la intervención de las comunicaciones telefónicas sólo puede considerarse constitucionalmente legítima cuando, además de estar legalmente prevista con suficiente previsión, se autoriza por la autoridad judicial en el curso de un procedimiento mediante una decisión suficientemente motivada y se ejecuta con observancia del principio de proporcionalidad” (sentencia del TC 184/2003, de 23 de octubre).

alcanzar dos fines constitucionales". Estos dos fines constitucionales son los que se encuentran descritos en la propia jurisprudencia del TC, y que el autor cita literalmente:

De un lado, exteriorizar las reflexiones que han conducido al fallo como factor de racionalidad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que paralelamente potencia el valor de la seguridad jurídica, de manera que sea posible lograr el convencimiento de las partes en el proceso respecto de la corrección y justicia de la decisión; de otro, garantizar la posibilidad de control por los tribunales superiores mediante los recursos que procedan, incluido este Tribunal a través del recurso de amparo (sentencia del TC 108/2001, de 23 de abril; véanse también, en el mismo sentido, y entre otras, las sentencias del TC 108/2001 y 165/2005).

La conclusión que extrae de lo anterior Gimbernat Ordeig es la siguiente:

A la vista de estas dos finalidades que justifican por qué la resolución debe de ser motivada, la que establece la LO 2/2002 es papel mojado y debe ser considerada, por ello, inconstitucional ya que, en primer lugar, no se pone en conocimiento del interesado ni del Ministerio Fiscal, por lo que es imposible que esa motivación pueda "lograr el convencimiento de las partes respecto de la corrección y justicia de la decisión", siendo así que, por no poder personarse en el expediente, nunca sabrán si esa resolución existe ni, por consiguiente, y mucho menos aún, cuál es su contenido y ya que, en segundo lugar, tampoco se les garantiza ni al interesado ni al Ministerio Fiscal la posibilidad de controlar la corrección de la resolución ante tribunales superiores, no sólo porque, obviamente, no se puede recurrir lo que no se conoce, sino porque, además, la resolución del Magistrado especial es irrecusable y, por ello, no puede ser examinada por tribunal superior de clase alguna.⁸

4. ¿Es suficiente el control judicial previo?

Ante la rotunda y grave afirmación de inconstitucionalidad de la LO 2/2002 conviene introducir algunas reflexiones al respecto.

Desde luego, es evidente que la LO 2/2002 no contiene todas las garantías ordinarias previstas para la

práctica de tales diligencias en el seno de un procedimiento criminal. Pero también es evidente que tales garantías se inscriben en el marco de un proceso penal, de suerte que además de la tutela del derecho al secreto de las comunicaciones y de la inviolabilidad del domicilio, su exigencia persigue la protección del derecho a un proceso con todas las garantías y, si se quiere, del derecho a la presunción de inocencia. Ahora bien, comoquiera que las actuaciones de los servicios de inteligencia no van dirigidas a enervar válidamente la presunción de inocencia en un proceso judicial, esto es, a obtener pruebas incriminatorias, la LO 2/2002 limita sus efectos y los acomoda a las finalidades constitucionales y legales atribuidas a las agencias de inteligencia: prevenir y neutralizar amenazas a la defensa y seguridad nacional.

En mi opinión, esta idea, la diferente finalidad perseguida, permite modular la afirmación de inconstitucionalidad, y cuando menos obliga a profundizar en la misma, abriendo un debate más amplio. En efecto, pues la intromisión en la intimidad practicada por los servicios policiales se inscribe necesariamente en el marco de un proceso penal y está orientada al acopio de evidencias destinadas a la represión de hechos delictivos. De ahí que se exija su práctica conforme a unas estrictas garantías. Sin embargo, la intromisión en la intimidad provocada en el desarrollo de las actividades de los servicios de inteligencia —aun cuando comporten el mismo grado de afectación al contenido del derecho fundamental— nunca persigue obtener pruebas susceptibles de trasladarse a un proceso penal, sino exclusivamente obtener información para después de analizarla y, finalmente, ser entregada al decisor político dentro de las finalidades atribuidas relativas a la seguridad nacional.

Por tanto, el examen sobre la posible inconstitucionalidad de la LO 2/2002 debe hacerse partiendo de la diferente finalidad perseguida por los distintos servicios de investigación del Estado, y desde ahí evaluar si el singular objetivo de las agencias de inteligencia justifica, en el marco de nuestra ley fundamental y de su desarrollo jurisprudencial, un régimen jurídico propio, autónomo y más flexible que el establecido para las actuaciones enmarcadas en un proceso criminal. Ésta es a mi juicio la cuestión clave a debatir.

⁸ Enrique Gimbernat Ordeig finaliza su trabajo con aseveración tremenda: "Quién de nosotros, que nunca ha cometido delito alguno, está siendo investigado en estos momentos en sus conversaciones y por qué motivo, qué secretos e intimidades nuestros conoce ya el Gobierno, es imposible de saber. El Estado puede entrar a saco en la vida de nosotros, pero, a diferencia de lo que sucedía antes de la entrada en vigor de la LO 2/2002, ya ni siquiera nos podemos defender".

Pero antes de continuar en esta dirección es menester apuntar tres cuestiones adyacentes. Las dos primeras únicamente las voy a enunciar: primera, la existencia de argumentos de Derecho comparado que permiten al menos albergar la presunción de constitucionalidad de la LO 2/2002, en la medida que en modelos constitucionales similares y armonizados por la jurisprudencia del TEDH se aplican regímenes menos exigentes formalmente que el nuestro;⁹ segunda, que desconozco, hasta la fecha, la interposición de recursos o cuestiones de constitucionalidad frente a la citada norma, así como la presentación de recursos de amparos por aplicación de la misma.

Y tercera cuestión, no comparto el argumento de Gimbernat Ordeig que podríamos denominar de “examen de foto fija”. Es decir, que como en el momento de promulgarse la Constitución en 1978 sólo estaba prevista legalmente la intromisión en la intimidad en el seno de un proceso penal, posteriormente el legislador quedaría vinculado a ese instante, y en consecuencia no podría nunca ampliarlo a otros supuestos distintos. Una conocida frase de Thomas Jefferson desmonta este argumento: “No podemos entregar a los muertos el gobierno de los vivos”. Su significado se comprende por sí mismo. Y si esto se proclamaba respecto al inmovilismo de los textos constitucionales, con mayor medida debe hacerse en relación con los cambios necesarios de la legislación ordinaria. Es más, lo que Gimbernat Ordeig en realidad sostiene comporta una absoluta inversión de la jerarquía normativa, porque supone blindar constitucionalmente la ley procesal vigente en 1978, y sólo a ella. O lo que es más grave, conlleva condicionar la exégesis del artículo 18 de la CE de acuerdo con el modelo legal procesal preconstitucional. Y en cualquier caso, su tesis supondría una intolerable limitación de la iniciativa legislativa y de la acción política. Por consiguiente, creo que este argumento no es válido para mantener categóricamente la inconstitucionalidad de la LO 2/2002, y, muy al contrario, considero que es perfectamente posible el desarrollo de la legislación ordinaria sin más límites que el marco constitucional.

Por tanto, debemos centrarnos en si la singular finalidad atribuida a los servicios de inteligencia españoles permite, en nuestro sistema constitucional, un régimen diferente cuando en sus actividades resulta necesaria la intromisión en el derecho a la intimidad. Para este menester es esencial el cotejo de nuestra jurisprudencia.

Para comenzar debemos recordar que, conforme a reiterada jurisprudencia constitucional, los derechos fundamentales no son absolutos, sino que están limitados por la concurrencia de otros derechos fundamentales de otros ciudadanos y por la tutela del Estado democrático de Derecho.¹⁰

A continuación debemos fijar exactamente el contenido de las normas a aplicar. En cuanto a la CE, como se sabe, en su artículo 18 proclama el derecho a la intimidad (apartado 1º); la inviolabilidad del domicilio, excepto si existe consentimiento del titular, resolución judicial o en caso de flagrante delito (apartado 2º); el derecho al secreto de las comunicaciones, “salvo resolución judicial” (apartado 3º), y la “libertad e intimidad informática” (apartado 4º). Por su parte la LO 2/2002 únicamente disciplina las afectaciones a los derechos contenidos en los apartados 2º y 3º, pero nada dispone sobre las relativas al derecho a la intimidad tutelado en el apartado 1º o a la más específica vinculada a la informática.¹¹

El paso siguiente se centrará en el análisis de los criterios jurisprudenciales sentados en materia de intervención de las comunicaciones. Pueden resumirse en dos grandes exigencias: cobertura legal suficiente (grado mínimo de protección legal) y garantías de la intervención (control judicial).

1) La primera exigencia es la *suficiencia normativa*, esto es, la necesidad de cobertura legal y la calidad de la previsión legislativa. Existen numerosos precedentes en la jurisprudencia del TEDH en los que se declara infringido el artículo 8 del Convenio, justamente por la ausencia o insuficiencia de la regulación legal de las intervenciones de las comunicaciones en el marco de un proceso penal, al no determinarse con claridad y precisión el alcance o las modalidades de

⁹ Confrontar Carlos Ruiz Miguel, *Servicios de inteligencia y seguridad del Estado constitucional*, Tecnos, Madrid, 2002; y María Concepción Pérez Villalobos, *Derechos fundamentales y servicios de inteligencia*, Grupo Editorial Universitario, Granada, 2002.

¹⁰ Véase la clásica STC 25/1981, de 14 de julio (FJ 5). Véase también Tomás Salvador Vives Antón, *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 399.

¹¹ Con este silencio parece que la LO 2/2002 se suma a la desidia legislativa general en materia de regulación de las intromisiones al derecho a la intimidad, en particular las relativas al uso de mecanismos o artificios de grabación del sonido o de la imagen por parte de terceros, salvo lo excepcionalmente dispuesto para supuestos de terrorismo en el art. 51, apartado 2º, LOPD.

ejercicio de facultades discrecionales.¹² Y de sobra son conocidas las dos resoluciones que condenan a España por insuficiencia en la previsión contenida en el anterior y en el actual art. 579 de la LECrim.¹³

En idéntico sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, insistiendo en la necesidad de que cualquier injerencia en los derechos fundamentales requiere de una autorización legal que evite la arbitrariedad. De suerte que, ante la vaguedad e indeterminación de la legislación procesal española, en línea con la doctrina del TEDH y considerando las garantías de certeza y seguridad jurídica, ha suplido dichas insuficiencias con una interpretación constante desde la esencial STC 49/1999, de 5 de abril.¹⁴

Similar orientación ha seguido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la que se insiste en las carencias de la normativa procesal española y en la necesidad de ser corregidas mediante una restrictiva interpretación judicial.¹⁵

Pues bien, todas las anteriores consideraciones han sido efectuadas en relación con las intervenciones de las comunicaciones en sede procesal. Por ello, las mismas se especifican en las siguientes: definición de las personas susceptibles de ser sometidas a escucha judicial; naturaleza de las infracciones susceptibles de poder legitimar la intervención; la fijación de un límite a la duración de la ejecución; el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas; las precauciones a seguir para conservar intactas y completas las grabaciones, a fin de posibilitar el control por el juez y la defensa; circunstancias en las que puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, etcétera.

La cuestión entonces es determinar cuáles de estas exigencias de control de la calidad legislativa son trasladables a una legislación referida a intervenciones *extraprocesales, preventivas y prospectivas* como son las practicadas por los servicios de inteligencia.

Desde luego parece lógico renunciar a las previsiones legales relativas a establecer garantías procesales, es decir, las directamente vinculadas con el artículo 24 de la CE, en la medida en que las intervenciones operadas por los servicios de inteligencia no persiguen la obtención de pruebas. Ahora bien, ello no excluye la necesidad de que la cobertura legal, en este caso el artículo único de la LO 2/2002, satisfaga las exigencias de un grado mínimo de protección legal.¹⁶ En este sentido, la citada norma establece como presupuesto habilitante de la solicitud al Magistrado para que autorice esta clase de medidas, *su necesidad para el cumplimiento de las funciones* propias del CNI; funciones que vienen determinadas en la Ley 11/2002.¹⁷

En este contexto resulta pertinente recordar que no hay derechos fundamentales absolutos y que, por consiguiente, éstos pueden limitarse, entre otras razones, en atención a la “tutela del Estado democrático”. De ahí que el AAP de Madrid, de 10 de mayo de 1996 (caso *escuchas del CESID*),¹⁸ si bien apelaba a la protección de intereses como la “seguridad nacional”, a “intereses constitucionalmente relevantes” y a “los potenciales enemigos del Estado”, advirtiera que “una cosa es que el derecho a la intimidad no tenga el carácter de absoluto, y otra muy distinta que se le vacíe completamente de contenido”. Pero, como se observa, el debate no se sitúa tanto en la aceptación de intereses colectivos que puedan justificar la intimidad, sino más bien se desplaza hasta la legitimidad, necesidad y proporcionalidad de su aplicación concreta. Al respecto, es igualmente ilustrativa la importante STEDH de 6 de septiembre 1978 (caso *Klass y otros contra Alemania*), que justamente en esta materia señala: “Las sociedades democráticas se encuentran amenazadas en nuestros días por formas muy complejas de espionaje y por terrorismo, de suerte que el Estado debe ser capaz, para combatir eficaz-

¹² De especial interés las SSTEDH de 12 de julio de 1988 (caso *Malone* contra el Reino Unido); 24 de abril de 1990 (caso *Kruslin* contra Francia); 24 de abril de 1990 (caso *Huvig* contra Francia); 12 de mayo de 2000 (caso *Khan* contra Reino Unido); 26 de septiembre de 2006 (caso *Abdulkadir Coban* contra España).

¹³ SSTEDH de 30 de julio de 1998 (caso *Valenzuela Contreras* contra España), y 18 de febrero de 2003 (caso *Prado Bugallo* contra España).

¹⁴ Ya antes había comenzado a perfilar las exigencias de las intervenciones en las STC 34/1996, de 11 de marzo; y 121/1998, de 15 de junio. Es a partir de la citada STC 49/1999 cuando se establece un canon de constitucionalidad más depurado y que han seguido, entre otras, las STC 123/2002; 184/2003 y 230/2007, de 5 de noviembre.

¹⁵ Véanse las SSTS de 22 de enero de 2003 y de 26 de septiembre de 2006.

¹⁶ Y desde luego nada de ello impide la posibilidad de un control judicial en sede penal si existen indicios de criminalidad.

¹⁷ Con esta previsión legal podrían evitarse en el futuro, siempre que además se practique con el resto de garantías fijadas, casos como el contenido en la SAP de Vitoria, de 4 de abril de 2003, en la que se condenó a los máximos responsables del entonces CESID por las grabaciones realizadas en la sede de HB en Vitoria.

¹⁸ Sobre este trascendental asunto, véanse también las SSAP de Madrid, de 26 de mayo de 1999 (sección 15), de 4 de marzo de 2005 (sección segunda), y la STS, de 26 de septiembre de 2006.

cazmente estas amenazas, de vigilar en secreto a los elementos subversivos que operan en su territorio”.

De modo que, una vez justificada la necesidad de la medida para el desempeño de sus atribuciones legales, la segunda concreción se establece en referencia a la única autoridad competente en España para poder solicitarla: el Secretario de Estado Director del CNI. Y a continuación el precepto establece cuatro límites:

- a) especificación de las medidas que se solicitan; b) hechos en que se apoya la solicitud, fines que la motivan y razones que aconsejan la adopción de las medidas solicitadas; c) identificación de la persona o personas afectadas por las medidas, si fueren conocidas, y designación del lugar donde hayan de practicarse; d) duración de las medidas solicitadas, que no podrá exceder de veinticuatro horas en el caso de afección a la inviolabilidad del domicilio y tres meses para la intervención o interceptación de las comunicaciones postales, telegráficas, telefónicas o de cualquier otra índole, ambos plazos prorrogables por sucesivos períodos iguales en caso de necesidad.

Asimismo, el apartado 4 del mencionado artículo único dispone que “El Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia ordenará la inmediata destrucción del material relativo a todas aquellas informaciones que, obtenidas mediante la autorización prevista en este art., no guarden relación con el objeto o fines de la misma”.

La ley, en cuanto establece límites al ejercicio de un derecho fundamental, ha de ser suficientemente *accesible y previsible*. Con otras palabras, la norma no sólo ha de ser respetuosa con el contenido material del derecho al secreto de las comunicaciones, permitiendo su levantamiento exclusivamente en supuestos legítimos, sino que la ley en sí misma ha de proporcionar al ciudadano la suficiente certeza acerca de cuál va a ser la actuación del Estado en este ámbito. Es decir, la norma ha de contener los fines, de entre los que persiguen los servicios de inteligencia, que justifican su pretensión de intromisión en la intimidad.¹⁹ Ahora bien, las exigencias de seguridad jurídica no impiden que esta enumeración de las finalidades legítimas se formule en un sentido genérico o amplio, pero sí lo suficientemente preciso como para

permitir identificar una finalidad constitucionalmente relevante y legítima.

La previsión legal pudiera aceptarse como suficiente, al tenor de las exigencias sentadas por la jurisprudencia analizada (autoridad competente, clase de medida, requisitos, plazos, identificación de sujetos, destrucción de datos), si bien presenta una carencia en cuanto a la delimitación del presupuesto habilitante, lo cual a su vez se transmite también al deslinde del círculo de potenciales sujetos afectados. Pero probablemente esta falta de concreción resulta consustancial a la misma actividad de los servicios de inteligencia, en la que al no perseguir hechos delictivos, sino prevenir amenazas y riesgos, reduce notablemente las posibilidades legales de concretar más exactamente ambos extremos. Así pues, parece que debamos contentarnos con la expresión de finalidades tales como la seguridad nacional, la defensa del Estado, la prevención de acciones terroristas y de organizaciones criminales, la constrainteligencia para evitar penetraciones de servicios extranjeros, etcétera.

2) *Garantías de la intervención*. El segundo nivel de referencia está vinculado, especialmente, al efectivo control judicial. En efecto, pues partimos de la exigencia constitucional de una *preceptiva y previa intervención judicial* a la interceptación. Pero si la exigencia constitucional en el modelo español llega sólo a la autorización judicial previa, parece claro que la LO 2/2002 lo cumple satisfactoriamente. Y lo hace porque establece un modelo de juez *ad hoc*, que tanto por razón de la materia —intromisiones que no pretendan la averiguación de delitos— como por razón del sujeto —pretensiones a instancia de los servicios de inteligencia— tiene atribuidas las competencias. Pero, en cualquier caso, aunque resulte discutible el sistema o cuanto menos mejorable, se trata de un Magistrado integrante del Poder Judicial.

Por tanto, la cuestión es evaluar si con ella existe un control judicial suficiente, y si este control posterior debe extenderse a las actividades de los servicios de inteligencia. De nuevo hay que insistir en que su finalidad no es la averiguación e investigación de delitos propia del proceso penal, sino la investigación preventiva y prospectiva.²⁰

¹⁹ Ignacio Sánchez Yllera, “Escuchas telefónicas y CESID (Algunas cuestiones, a bote pronto, sobre el Proyecto de Ley)”, Madrid, 1999. Inédito.

²⁰ A este respecto recordar que aunque jurisprudencia y doctrina rechazan de plano la validez de las escuchas “preventivas”, exploratorias o de prospección, lo hacen cuando su finalidad es la búsqueda indeterminada de algún hecho delictivo. En cualquier caso, véase la STC 85/1994 sobre la captación de listados de llamadas.

Para avanzar en esta dirección, es oportuno recordar la esencial diferenciación efectuada por la STC 121/1998, de 15 de junio, en la que se distinguen los requisitos del control judicial en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones; y, de otra parte, el control judicial en relación con las garantías de incorporación de los resultados de la interceptación al proceso penal, esto es, las garantías y derechos contenidos en el artículo 24 de la CE, en especial la presunción de inocencia y el derecho de defensa. Aceptando esta diferenciación, parece claro que sólo las primeras son susceptibles de aplicación a las intromisiones practicadas por los servicios de inteligencia, pero no las segundas, en la medida en que su finalidad no persigue la incorporación al proceso penal.

Así pues, la autorización judicial previa contenida en la LO 2/2002 deberá aplicar los requisitos explícitados por la jurisprudencia europea y española citada en relación con el primer nivel de control, y en particular tendrá que abarcar el siguiente contenido. Principio de proporcionalidad estricta, que exige que la práctica de esta medida ha de limitarse a las que se hallen dirigidas a un fin constitucionalmente legítimo. Pero, además, justificar que no exista otro medio menos gravoso y, por tanto, que el sacrificio del derecho resulte estrictamente necesario para conseguirlo y que sea proporcionado a ese sacrificio. Igualmente habrá de motivar suficientemente la intervención recogiendo los anteriores extremos. Por último, la constatación de datos fácticos e indicios, es decir, algo más que sospechas, conjeturas o meras suposiciones, debe modularse en atención de las finalidades perseguidas, que no son en este caso la averiguación de hechos criminales.²¹

Si se admite que la regulación contenida en la LO 2/2003 satisface el mínimo constitucionalmente exigible, consistente en un efectivo control judicial previo, la cuestión se reduce ya a determinar si éste es suficiente, esto es, si el resto de requisitos requeridos por la jurisprudencia son imprescindibles. Este segundo nivel de evaluación se proyecta principalmente sobre tres extremos: control judicial durante el *mantenimiento de la medida*,²² necesidad de intervención del Ministerio Público, y derecho de los afectados al

conocimiento posterior de la intervención. Porque, como ya se ha expuesto, ninguna de estas exigencias se incluye en la legislación española.

Las polémicas y soluciones dadas en otros ordenamientos de nuestro entorno quizás puedan ayudar a despejar estas incógnitas.²³ Muy sucintamente me referiré en exclusiva a la interesante experiencia alemana, precisamente en razón de las actividades de las agencias de inteligencia en esta materia. El debate comenzó con las previsiones contenidas en la Ley de 24 de junio de 1968 de reforma de la Ley Fundamental en su artículo 10, y su desarrollo posterior en la Ley de 13 de agosto del mismo año, cuestionada constitucionalmente, en lo que aquí interesa, por tres causas: exclusión del control judicial; falta de comunicación a los afectados, y lesión del derecho al secreto de las comunicaciones al no existir criterios de proporcionalidad. El Tribunal Constitucional alemán, en su sentencia de 15 de diciembre de 1970, avaló la constitucionalidad de esta normativa al considerar suficiente el control parlamentario posterior, por cuanto exigía requisitos similares a los de un órgano jurisdiccional. No obstante, se formularon tres votos particulares en los que se discrepaba de la opinión mayoritaria, estimando lesionado el principio de separación de poderes al ignorar el control judicial y porque las actuaciones podían afectar no sólo a enemigos del Estado sino también a personas no sospechosas y a terceros no intervenientes.²⁴

Sin embargo, varios ciudadanos afectados por la aplicación de esta ley recurrieron ante el TEDH, dando lugar a la ya citada STEDH de 6 de septiembre de 1978 (caso *Klass y otros contra Alemania*), que desestimó el recurso considerando no infringidos los artículos 6, 8 y 13 del Convenio. No obstante, conviene reseñar algunos de sus pronunciamientos. Por ejemplo, al destacar que “las injerencias del Poder Ejecutivo en los derechos individuales han de quedar sometidas a un control eficaz, que debe normalmente asegurar, al menos como último recurso, el Poder Judicial, pues ofrece las mejores garantías de independencia, imparcialidad y regularidad en el procedimiento”. De acuerdo con su doctrina, se sostiene que es preferible el control judicial a otros de naturaleza

²¹ Véase STC 49/1999, de 5 de abril.

²² Véase, entre otras, las SSTC 166/1999; y 171/1999; el ATS de 18 de junio de 1992 (caso *Naseiro*), y las SSTS 1758/1999 y 1813/2000.

²³ Véase Carlos Ruiz Miguel, *Servicios de inteligencia y seguridad del Estado constitucional*, Tecnos, Madrid, 2002.

²⁴ Véase María Concepción Pérez Villalobos, *Derechos fundamentales y servicios de inteligencia*, Grupo Editorial Universitario, Granada, 2002, pp. 108 y ss.

administrativa o política, pero donde verdaderamente se muestra exigente es, como ya hemos comprobado, en la calidad de la previsión legal.²⁵

La trascendencia de la citada resolución, justamente en el ámbito que nos ocupa, obliga a detenernos en sus pronunciamientos. Así, siempre en relación con el sistema alemán, en el que se excluía completamente al Poder Judicial, atribuyendo el control a una comisión parlamentaria y a la llamada Comisión G 10, de naturaleza político-administrativa, se declara que:

El Tribunal considera en principio deseable que el control sea confiado a un juez en un campo donde los abusos son potencialmente propiciados en casos individuales y podrían entrañar consecuencias perjudiciales para la sociedad democrática en su conjunto.

El Tribunal constata, vista la naturaleza del control y de las otras salvaguardas previstas por la G 10, que la exclusión del control judicial no transgrede los límites que han de predominar necesariamente en una sociedad democrática. El Comité de cinco parlamentarios y la Comisión G 10 son independientes de las autoridades que desarrollan la vigilancia, están investidas de poderes y atribuciones suficientes para ejercer un control eficaz y permanente.

Como se puede observar, el TEDH convalida el modelo alemán porque, aunque excluye absolutamente al Poder Judicial de un control previo a la intromisión en la intimidad, considera salvaguardado el Convenio al articularse otros mecanismos externos pero equivalentes al control judicial. Por consiguiente, en este punto, el procedimiento español de autorización judicial previa resulta más fiel a las garantías exigidas en el Convenio.

Otro extremo capital es el relativo al “control *a posteriori*” de la medida practicada. Aquí entran en consideración varios elementos. De una parte, se plantea la necesidad de un control judicial con participación del individuo afectado, lo que crearía la obligación de notificación posterior, tras el cese de la medida de vigilancia y si no ha sido informado previamente, para garantizar la expectativa de imposición de un recurso ante los tribunales (indefensión y tutela judicial efectiva). Pero, desde otra perspectiva, se alega la posibilidad de otros mecanismos de control alternativos *a posteriori*, la existencia de los medios jurídicos de

impugnación genéricos; y que la eficacia misma de la vigilancia exige, tanto al final como al principio, que las informaciones obtenidas no sean divulgadas si la finalidad perseguida en la investigación pudiera ser contrarrestada.

El conflicto arriba planteado es resuelto en la citada resolución en los siguientes términos, que por su importancia transcribo literalmente:

La actividad o el peligro que un conjunto de medidas de vigilancia tienden a combatir pueden subsistir durante años, quizás decenios, antes de su cese. Una notificación posterior a cada individuo afectado por una medida más tarde podría comprometer a largo plazo el objetivo que motiva en un principio la vigilancia. Por otra parte, el Tribunal Constitucional Federal lo ha señalado correctamente, esta notificación correría el riesgo de contribuir a revelar los métodos de trabajo de los servicios de información, sus campos de observación e, incluso, la identidad de sus agentes. Desde el punto de vista del Tribunal, aunque la “injerencia” resultante de la legislación discutida se justifique en principio de acuerdo con el artículo 8.2 (apartado 48 *supra*), no podría ser incompatible con esta disposición de no informar al interesado en casos de la vigilancia, pues es precisamente esta abstención la que asegura la eficacia de la “injerencia”. Conviene, por otra parte, decir que en virtud de la Sentencia de 15 de diciembre de 1970 del Tribunal Constitucional Federal, el interesado debe ser informado tras el cese de las medidas de vigilancia siempre que la notificación pueda hacerse sin comprometer la finalidad de la restricción (apartados 11 y 19 *supra*).

59. De una manera general, y a propósito del problema de la notificación posterior, los demandantes han invocado constantemente el peligro de abuso para fundamentar su tesis según la cual la legislación impugnada por ellos no responde a las exigencias del art. 8.2 del Convenio. Aunque no se pueda nunca, cualquiera que sea el sistema, excluir completamente la eventualidad de la acción irregular de un funcionario deshonesto, negligente o con demasiado celo, son la probabilidad de una acción como ésa y las garantías establecidas para protegerse contra ella, las que importan a los fines de control del Tribunal en este caso.

El Tribunal ha examinado más arriba (apartados 51-58 *supra*) la legislación incriminada a la luz, entre otras, de estas consideraciones. Subraya, en particular, que la G 10 contiene diversas cláusulas destinadas a limitar a un mínimo inevitable el efecto de las medidas de vigi-

²⁵ La polémica continuó en Alemania a raíz del llamado caso *Traube* que volvió a provocar una nueva reforma constitucional en 1998, esta vez de su artículo 13, relativo a los controles a las medidas de instalación de mecanismos de escucha y grabación en domicilios.

lancia y asegurar que aquéllas sean ejecutadas con plena conformidad a la ley. En ausencia de prueba o indicio que demuestre que la práctica realmente seguida fue diferente, el Tribunal debe presumir que en la sociedad democrática de la República Federal de Alemania las autoridades competentes aplican correctamente la legislación en causa.

De acuerdo con la Comisión, “el Tribunal juzga inherente al sistema del Convenio una cierta forma de conciliación entre los imperativos de la defensa de la sociedad democrática y aquellos otros de la salvaguarda de los derechos individuales”.²⁶ Así lo declara el preámbulo del Convenio, “el mantenimiento [de las libertades fundamentales] reposa esencialmente en un régimen político verdaderamente democrático, de una parte, y, de otra parte, invocan una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos que [los Estados contratantes] invocan”. En el contexto del art. 8 esto significa que “hay que buscar un equilibrio entre el ejercicio por el individuo del derecho que le garantiza el párrafo 1 y la necesidad, según el párrafo 2, de imponer una vigilancia secreta para proteger a la sociedad democrática en su conjunto”.

La claridad del texto exonera de cualquier comentario. Lo determinante en nuestro caso es si la legislación española también satisface esa mínima exigencia de equilibrio entre los intereses en conflicto. A mi juicio los criterios decisivos son, al tenor de esta resolución, los siguientes:

a) que la finalidad de defensa de la seguridad nacional justifica que no siempre existirá la obligación de comunicar al afectado que ha sido objeto de investigación, teniendo que modularse esta decisión conforme a la eficacia misma del objetivo perseguido, junto a la evitación de desvelar métodos, fuentes e identidades de inteligencia (“que los fines que justifican la autorización de la interceptación corren un serio peligro mediante la notificación”);

b) que el ordenamiento jurídico español comprende mecanismos eficaces de control judicial, y en este sentido es obvio que no hay áreas per se excluidas

de investigación judicial por la presunta comisión de hechos delictivos y, además, porque existen otros instrumentos de tutela jurídica a lo largo del proceso civil y del recurso de amparo;

c) que también el Derecho español prevé instrumentos de control externo de la actividad desplegada por los servicios de inteligencia, tanto por parte del propio Gobierno²⁷ como por medio del Congreso de los Diputados.²⁸ Y en este sentido, la sentencia citada vuelve a reiterar que: “En opinión del Tribunal, la ‘instancia’ de la que habla el art. 13 puede no ser obligatoriamente, en todos los casos, una institución judicial en sentido estricto”. De suerte que, conforme a la doctrina del TEDH, lo definitivo es que el afectado disponga, contra las eventuales vulneraciones de sus derechos, de varios posibles recursos e instancias de revisión.

Después de las anteriores consideraciones no parece posible afirmar, de manera categórica, que la LO 2/2002 es inconstitucional ni que viola el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Incluso podría sostenerse lo contrario, es decir, que goza de una apariencia de legitimidad. Pero ello no obsta, en cualquier caso, para formular una serie de dudas, interrogantes y observaciones.

Sobre la conservación, acceso y destrucción del material interceptado se ciernen ciertas dudas en el procedimiento diseñado para su custodia, así como respecto de la autoridad competente para decidirlo, y el eventual acceso de los afectados y su eventual revisión por órganos externos. Íntimamente unido a lo anterior surge la duda acerca del mantenimiento, acceso y destrucción del expediente judicial que autoriza o deniega la intervención.

En segundo lugar aparece la duda acerca de si lo que se llega a conocer mediante la interceptación de las comunicaciones es constitutivo de delito, existirá obligación de destruirlo siempre y en todo caso con prohibición absoluta de usarlo procesalmente, o si por el contrario subsisten supuestos, y entonces determinar cuáles, los que habrán de ponerse en conocimiento de la autoridad competente para iniciar un procedi-

²⁶ Véase, *mutatis mutandis*, Sentencia de 23 de julio de 1968 en el asunto “Lingüístico belga”, serie A, núm. 6, p. 32, ap. 5.

²⁷ Véanse al respecto las competencias y funciones de la Comisión Delegada de Inteligencia del Estado (art. 6, Ley 11/2002).

²⁸ Además de la competencia universal que la Ley Fundamental otorga a las Cortes Generales para conocer de los asuntos gestionados por el Gobierno y la Administración (art. 66,1º, de la CE), el art. 11 de la Ley 11/2002 se refiere a la “Comisión de Secretos Oficiales” conforme a la designación contenida en la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados de 2 de junio de 1992. De interés también los arts. 109, 110 y 111 de la CE, el art. 7 del Reglamento del Congreso y el art. 25 del Reglamento del Senado. En relación con esta cuestión y su adecuación al art. 23.2º de la CE, véase la STC 161/188.

miento criminal. Resulta obvio que mientras los datos sean útiles a los fines de la actuación de los servicios de inteligencia, no deberán transferirse, pero la duda subsiste cuando dejen de serlo.

Aunque esta cuestión no determine, en mi opinión, la inconstitucionalidad de la LO 2/2002, no acabo de entender la razón para excluir la intervención del Ministerio Fiscal, tanto a la vista de su función constitucional (art. 124, apartado 1º, de la CE) como por el régimen contenido en su Estatuto.

Por último, me despierta alguna duda la función a desarrollar por el Magistrado competente para autorizar previamente las medidas de intervención, en concreto si su actuación ha de guiarse por la *lógica de la legalidad* (“seguir una regla”), que es la propia de un juez; o en atención a la especial materia enjuiciada, esto es, las decisiones atinentes a la seguridad nacional —que constituyen las finalidades del servicio de inteligencia y que justifican la adopción de la medida— deberán guiarse por la *lógica de análisis de las consecuencias* (necesidad y oportunidad). Si la respuesta es la segunda, bien en su sentido estricto, o bien entendida como un uso complementario a la *lógica de la legalidad*, el problema es que entonces el Magistrado pierde hasta cierto punto su legitimidad constitucional, es decir, su actuación como juez, y a la vez aparece como una persona escasamente preparada técnicamente para esa clase de decisiones y carente de competencias jurídicas en materia de seguridad y defensa nacional.²⁹

El sistema diseñado, no muy diferente de otros modelos europeos e incluso formalmente más garantista, comporta el pago de un alto precio a costa del derecho a la intimidad en favor de nuestra seguridad, en tanto *qué somos* (el Estado español enmarcado en una comunidad internacional) y *cómo somos* (un Estado democrático de Derecho).³⁰ Posiblemente no haya más remedio que satisfacer este precio, pero ello no nos debe hacer olvidar, ni desatender, la natural e imprescindible desconfianza del ciudadano acerca del ejercicio de cualquier poder público y de sus recurrentes abusos.

²⁹ Las competencias en materia de seguridad y defensa, entre otras, están atribuidas en exclusiva al Gobierno (arts. 97 y 149 de la CE). De otro lado, en este debate resurge siempre, aunque aquí indirectamente, la cuestión del sometimiento o no de los “actos políticos” al control jurisdiccional. En este contexto debe verse la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (art. 9) y la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (art. 26.5). De gran interés, la STS de 4 de abril de 1997 (Sala 3ª), en relación con el llamado asunto de los *papeles del CESID*. Véase sobre el debate Helen Wilkinson Morera de la Val, *Secreto de Estado y Estado de Derecho: régimen jurídico de los secretos oficiales en España*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 199 y ss.

³⁰ Véase sobre esta cuestión Rafael del Águila, *La senda del mal. Política y razón de Estado*, Taurus, Madrid, 2000.

³¹ María Concepción Pérez Villalobos, *Derechos fundamentales y servicios de inteligencia*, Grupo Editorial Universitario, Granada, 2002, p. 98; y STS de 6 de mayo de 1993.

5. Conclusiones

La primera conclusión es elemental: el secreto de las comunicaciones es un derecho fundamental que coexiste en un sistema de derechos fundamentales y otros intereses legítimos del Estado. Por consiguiente, cualquier limitación a este derecho pretendida por el Estado debe reunir tres requisitos, conforme a jurisprudencia constante tanto española como europea: estar dirigida a satisfacer una finalidad legítima; debe hallarse prevista en la ley, y ha de ser necesaria en un Estado democrático de Derecho. A estas tres exigencias nuestro texto constitucional añade la garantía judicial.

La segunda conclusión a la que podríamos llegar en relación con la materia analizada en este trabajo es que la LO 2/2002 establece, como su propio nombre indica, un control judicial previo, pero no un control judicial efectivo de las actuaciones del Centro Nacional de Inteligencia, que afecten los derechos fundamentales promulgados en los apartados 2 y 3 del artículo 18 de la Constitución española.

La tercera conclusión es que tampoco en este ámbito existe en el ordenamiento jurídico español regulación legal acerca de la intromisión en el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 de la CE), que, como tiene reconocida la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, goza de autonomía respecto a los derechos contenidos en los siguientes apartados del citado precepto (STC 119/2001 FJ 6). Por tanto, no existe procedimiento legal sobre prácticas de seguimiento a personas, cruce de datos informáticos, instalación de microcámaras o micrófonos en oficinas, domicilios o vehículos, etc.³¹ La misma carencia, parcialmente en este caso, se percibe en relación con el derecho a la “intimidad y libertad informática” (art. 18, apartado 4º de la CE), por cuanto parece desprenderse del artículo 5, apartado 1º, de la Ley 11/2002, que los datos obrantes en el CNI son materia clasificada y por consiguiente pudiera derivarse que están *relativamente* exentos de todos los controles fijados en la Ley Or-

gánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de carácter personal (LOTAD) y en la Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal (LOPD). No obstante, aquí sólo puedo plantear el debate sin entrar a fondo del grado de desvinculación o no sujeción a la normativa general.³²

Por último, la no intervención del Ministerio Público y la inexistencia de un procedimiento para que los afectados puedan al menos conocer que han sido investigados por el Estado mediante técnicas invasivas de su intimidad, debe ser corregida mediante el establecimiento de un control externo, que preferentemente debe ejercerse en sede parlamentaria, con la finalidad de evitar abusos y extralimitaciones.

ANEXO

LEY ORGÁNICA 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La presente Ley Orgánica es complementaria de la Ley 11/2002, de 7 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, y modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, a los efectos de establecer un control judicial de las actividades del citado Centro que afecten a los derechos fundamentales reconocidos en el art. 18.2 y 3 de la Constitución española.

Para las actividades que puedan afectar a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, la Constitución española exige en su art. 18 autorización judicial, y el art. 8 del Convenio Europeo para Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales exige que esta injerencia esté prevista en la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

A estos efectos, esta Ley Orgánica, cuyo alcance resulta de una interpretación conjunta con la Ley reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, deter-

mina tanto la forma de nombramiento de un Magistrado del Tribunal Supremo específicamente encargado del control judicial de las actividades del Centro Nacional de Inteligencia, como el procedimiento conforme al cual se acordará o no la autorización judicial necesaria para dichas actividades.

El plazo para acordarlas será ordinariamente de setenta y dos horas, pudiendo reducirse, de forma extraordinaria y por motivos de urgencia debidamente justificados, a veinticuatro horas.

Art. único. Control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia

1. El Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia deberá solicitar al Magistrado del Tribunal Supremo competente, conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial, autorización para la adopción de medidas que afecten a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, siempre que tales medidas resulten necesarias para el cumplimiento de las funciones asignadas al Centro.

2. La solicitud de autorización se formulará mediante escrito que contendrá los siguientes extremos:

- a) Especificación de las medidas que se solicitan.
- b) Hechos en que se apoya la solicitud, fines que la motivan y razones que aconsejan la adopción de las medidas solicitadas.

- c) Identificación de la persona o personas afectadas por las medidas, si fueren conocidas, y designación del lugar donde hayan de practicarse.

- d) Duración de las medidas solicitadas, que no podrá exceder de veinticuatro horas en el caso de afección a la inviolabilidad del domicilio y tres meses para la intervención o interceptación de las comunicaciones postales, telegráficas, telefónicas o de cualquier otra índole, ambos plazos prorrogables por sucesivos períodos iguales en caso de necesidad.

3. El Magistrado acordará, mediante resolución motivada en el plazo improrrogable de setenta y dos horas, la concesión o no de la autorización solicitada. Dicho plazo se reducirá a veinticuatro horas, por motivos de urgencia debidamente justificados en la solicitud de autorización del Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia que, en todo caso, contendrá los extremos especificados en el apar-

³² Véase Elviro Aranda Álvarez, “El marco constitucional de los servicios de inteligencia”, en Diego Navarro Bonilla y Miguel Ángel Esteban Navarro (coords.), *Gestión del conocimiento y servicios de inteligencia*, Universidad Carlos III, Madrid, 2004, pp. 174 y ss.

tado anterior de este artículo. El Magistrado dispondrá lo procedente para salvaguardar la reserva de sus actuaciones, que tendrán la clasificación de secreto.

4. El Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia ordenará la inmediata destrucción del material relativo a todas aquellas informaciones que, obtenidas mediante la autorización prevista en este artículo, no guarden relación con el objeto o fines de la misma.

Disposición adicional única. Modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Se modifica el art. 125 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial, que tendrá la siguiente redacción:

«125. El Presidente del Consejo General del Poder Judicial tendrá las siguientes funciones:

[...]

5. Someter al Pleno las propuestas de nombramiento de los Magistrados del Tribunal Supremo a que se refiere el art. 127.4 de esta Ley.

[...»

2. Se modifica el art. 127 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial, que tendrá la siguiente redacción:

«127. Será de la competencia del Pleno del Consejo General del Poder Judicial:

[...]

4. La propuesta de nombramiento del Magistrado de la Sala Segunda de lo Penal o Tercera de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo, competente para conocer de la autorización de las actividades del Centro Nacional de Inteligencia que afecten a los derechos fundamentales reconocidos en el art. 18.2 y .3 de la Constitución, así como la propuesta de nombramiento del Magistrado de dichas Salas del Tribunal Supremo que lo sustituya en caso de vacancia, ausencia o imposibilidad.

[...»

3. Se modifica el art. 135 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial, que tendrá la siguiente redacción:

«135. Correspondrá a la Comisión de calificación informar, en todo caso, sobre los nombramientos de la competencia del Pleno, excepto el nombramiento del Magistrado del Tribunal Supremo previsto en el art. 127.4 de esta Ley.»

4. Se añade un nuevo art. 342 bis a la Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial, que tendrá la siguiente redacción:

«Art. 342 bis.

El Magistrado del Tribunal Supremo competente para conocer de la autorización de las actividades del Centro Nacional de Inteligencia que afecten a los derechos fundamentales reconocidos en el art. 18.2 y .3 de la Constitución se nombrará por un periodo de cinco años, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, entre Magistrados de dicho Tribunal que cuenten con tres años de servicios en la categoría.»

Disposición final única. Entrada en vigor

La presente Ley Orgánica entrará en vigor el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Bibliografía

Águila, Rafael del, *La senda del mal. Política y razón de Estado*, Taurus, Madrid, 2000.

Aranda Álvarez, Elviro, “El marco constitucional de los servicios de inteligencia”, en Diego Navarro Bonilla y Miguel Ángel Esteban Navarro (coords.), *Gestión del conocimiento y servicios de inteligencia*, Universidad Carlos III, Madrid, 2004.

Cobo del Rosal, “Un supuesto de intervenciones telefónicas como prueba ilícitamente obtenida”, *Libro homenaje al Prof. J. del Rosal*, Madrid, 1993.

Cuadrado Ruiz, María Ángeles, “Interceptación telefónica y nuevas tecnologías”, *Cuadernos Jurídicos*, I, 1992.

Galán Muñoz, Alfonso, “Ataques contra sistemas informáticos”, *Boletín Información Ministerio de Justicia*, 2006.

Gimbernat Ordeig, Enrique, “La vida de nosotros”, en *Estado de Derecho y Ley Penal*, La Ley, Madrid, 2009.

Gómez Colomer, Juan Luis, “La intervención judicial de las comunicaciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1, 1998.

González Cussac, José Luis, “La conexión de antijuridicidad en la prueba prohibida”, en Juan Luis Gómez Colomer (coord.), *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

González Gutián, Luis, “Algunas notas sobre la tipificación penal de las escuchas clandestinas”, *Poder Judicial*, 6, 1987.

Guisasola Lerma, Cristina, “Tutela penal del secretario de las comunicaciones. Estudio particular del

- supuesto de interceptación ilegal de telecomunicaciones por autoridad o funcionario público”, en Juan Carlos Carbonell Mateu/José Luis González Cussac/Enrique Orts Berenguer (eds.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- Herrero-Tejedor, Fernando, *Legislación y jurisprudencia constitucional sobre la vida privada y la libertad de expresión*, Madrid, 1998.
- Jiménez Campos, J., “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, *Comentarios a la legislación penal*, tomo VII, Edersa, Madrid, 1986.
- López Ortega, Juan José, “La intimidad como bien jurídico protegido”, *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial)*, CGPJ, Madrid, 1996.
- , “Intimidad informática y Derecho Penal (la protección penal de la intimidad frente a las nuevas tecnologías de la información y comunicación)”, *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*, CDJ, 2004.
- Madrid Conesa, Fulgencio, *Derecho a la intimidad informática y Estado de Derecho*, Valencia, 1984.
- Marchena Gómez, Manuel, “Intimidad e informática: la protección jurisdiccional del *habeas data*”, *BIMJ*, 1768, 1996.
- Martín Morales, Ricardo, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Civitas, Madrid, 1995.
- Martínez Martínez, Ricard, *Tecnologías de la información, policía y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- Mata y Martín, Ricardo Manuel, “La protección penal de datos como tutela de la intimidad de las personas: intimidad y nuevas tecnologías”, *RP*, 2006.
- Morales Prats, Fermín, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Destino, Barcelona, 1984.
- , “Servicios de información y espionaje del Estado y secreto de comunicaciones telefónicas”, *Actualidad Aranzadi*, 253, 1996.
- Navarro Bonilla, Diego, y Miguel Ángel Esteban Navarro (coords.), *Gestión del conocimiento y servicios de inteligencia*, Universidad Carlos III, Madrid, 2004.
- Parejo Alfonso, Luciano, “El derecho fundamental a la intimidad y sus restricciones”, *CDJ*, Madrid, 1996.
- Pérez Villalobos, María Concepción, *Derechos fundamentales y servicios de inteligencia*, Grupo Editorial Universitario, Granada, 2002.
- Rodríguez Ruiz, Blanca, *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- Rueda Martín, María Ángeles, *Protección penal de la intimidad personal e informática: los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los arts. 197 y 198 del Código Penal*, Atelier, Barcelona, 2004.
- Ruiz Miguel, Carlos, *Servicios de inteligencia y seguridad del Estado constitucional*, Tecnos, Madrid, 2002.
- Sánchez Yllera, Ignacio, “Escuchas telefónicas y CESID (Algunas cuestiones, a bote pronto, sobre el Proyecto de Ley)”, Madrid, 1999. Inédito.
- Soto Nieto, Francisco, “La motivación, la proporcionalidad y el control en las intervenciones telefónicas”, *La Ley*, 3, Madrid, 1995.
- Varela Castro, Luciano, “¿Secreto de Estado o secreto contra el Estado?”, *JD*, 2, 1991.
- Vicente Remesal, Francisco Javier de, “Descubrimiento y revelación de secretos mediante escuchas telefónicas”, *Poder Judicial*, 1990.
- Vives Antón, Tomás Salvador, *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- , “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, *Poder Judicial*, núm. especial II, 1998.
- VV.AA., *Acceso judicial a la obtención de datos*, CDJ, 25, 1997.
- Wilkinson Morera de la Val, Helen, *Secreto de Estado y Estado de Derecho: régimen jurídico de los secretos oficiales en España*, Atelier, Barcelona, 2006.

Doctrina



Deconstruyendo la culpabilidad

Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro

Universidad de La Laguna, España

Revista Penal México, núm. 3, enero-junio de 2012

RESUMEN: La deconstrucción de la categoría de la culpabilidad muestra los distintos principios que subyacen en ésta y que permiten su evaluación. Aquí se presenta un primer ejemplo, en particular, sobre el principio de dignidad.

PALABRAS CLAVE: culpabilidad, argumentación jurídica, análisis económico del Derecho.

ABSTRACT: The deconstruction of culpability in Criminal Law reveals its main underlying assumptions thus allowing for its assessment. This is a first example, particularly about the principle of human dignity.

KEY WORDS: culpability, legal argumentation, economic analysis of law.

SUMARIO: I. A modo de introducción, reducción argumental de un pronunciamiento jurisprudencial. II. Tres modelos dogmáticos. III. Evaluación de los modelos expuestos: recapitulación. IV. Epílogo: sobre el principio de culpabilidad, las medidas de seguridad y otros criterios de evaluación.

I. A modo de introducción, reducción argumental de un pronunciamiento jurisprudencial

En una reciente sentencia, nuestro TS absuelve a un ciudadano, Belarmino, como autor de un delito de homicidio en grado de tentativa, al apreciarse como completa la eximente primera del artículo 20, anomalia o alteración psíquica. En relación con los hechos, se apunta que aquél trató de asfixiar a

Maite, apretando con fuerza [su cuello] al tiempo que [...] decía: “por qué lo has hecho, por qué lo has hecho”, refiriéndose al envenenamiento del acusado, pues éste creía que ella le había envenenado, dado que el acusado padece un cuadro psicótico con ideas de perjuicio por envenenamiento, que son de tipo delirante de modo que, pese a que no tienen una base real, invaden y focalizan su actividad mental de modo irrefutable a la argumentación lógica, lo cual influía [...], en las facultades volitivas del acusado, quien no tiene conciencia de la enfermedad que padece ni de la necesidad de su tratamiento.¹

¹ STS 983/2009 de 21 de septiembre, hechos probados; si bien finalmente, la víctima no fallece y tras perder “el conocimiento, permaneciendo así [...], sin sentido, durante un tiempo”, se despertó “empapada, toda mojada, hasta el pelo, sintiendo que le faltaba el aire”.

En un segundo momento, se señala, en relación con la estructura de la citada eximente, que

el sistema mixto del Código Penal está basado en la doble exigencia de una causa biopatológica y un efecto psicológico, la anulación o grave afectación de la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de determinar el comportamiento con arreglo a esa comprensión, siendo imprescindible el efecto psicológico en los casos de [...] anomalías o [...] alteraciones [...] psíquicas, de forma que no es suficiente el diagnóstico de la enfermedad, resultando imprescindible la prueba efectiva de la afectación de las facultades mentales en el caso concreto, lo que sucede en el presente caso siguiendo la evolución de los hechos en relación con los parámetros de conducta definidos en los informes psiquiátricos.²

Esta conformación de la eximente primera puede reconducirse —de forma, más o menos directa— a una comprensión del principio de dignidad, según la cual éste, “si no se quiere entender en forma puramente retórica plantea como exigencia fundamental la de tratar a las personas de acuerdo con sus acciones voluntarias y no según otras propiedades o circunstancias que escapan a su control”.³ Ciertamente, ello debe matizarse en relación con el referido pronunciamiento. Así, frente a la comprensión débil de voluntariedad que subyace al tipo subjetivo, aquí —en sede de culpabilidad— se desarrollaría una comprensión fuerte. Con otras palabras: mientras que, por una parte, se entiende que el sujeto obra con conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, de ahí que se estime la conducta como típica en el

sentido del artículo 138 del Código y se resuelva este supuesto, posteriormente, en sede de culpabilidad,⁴ se atiende, por otra, a la “anulación o grave afectación de la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de determinar el comportamiento con arreglo a esa comprensión”⁵. Esta aparente contradicción se disuelve cuando se matiza el grado de intensidad de los distintos elementos. Así, para la apreciación del tipo subjetivo bastaría con una voluntariedad débil, esto es, una mera orientación final del hecho:

sumando las expresiones proferidas por el acusado (“por qué lo has hecho, por qué lo has hecho”) “mientras apretaba con todas sus fuerzas la cinta enrollada alrededor del cuello [...]”, cesando en dicha acción cuando consideró que había logrado su propósito. El informe del Médico Forense detalla que la lesión cerebral letal se habría producido de haberse interrumpido por más de cinco minutos el suministro de oxígeno. Los hechos anteriores se asientan en la prueba practicada y a partir de ellos la inferencia de la Sala sobre la concurrencia del dolo de matar es razonable. Se emplea una mecánica idónea para conseguir el estrangulamiento, desarrollando fuerza suficiente hasta provocar la pérdida de sentido de la víctima, y si el fatal desenlace no tuvo lugar fue por circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto. En todo caso el dolo eventual es patente.⁶

Mientras que en sede de culpabilidad se exige fundamentalmente, como presupuesto del reproche, una voluntariedad susceptible de valoración moral, esto es, que permita una valoración de tal carácter —bien o mal— sobre el actuar del autor y, en el caso de una

² STS 983/2009 de 21 de septiembre, fundamento de derecho tercero.

³ Siguiendo a Manuel Atienza, *Tras la justicia*, Ariel, Barcelona, 1993, pp. 234 y 235; por lo demás, sobre la complejidad de este principio, últimamente, ilustrativo el mismo, “Sobre el concepto de dignidad humana”, manuscrito, pp. 2 y ss., señalando en cualquier caso, p. 21: “criticar el concepto de dignidad (y proponer su abandono) alegando su falta de precisión o su carácter relativo [...] no es realmente de gran valor. Lo mismo podría decirse de todos los conceptos morales, si se renunciara a un uso ‘crítico’ de los mismos y nos conformáramos con su utilización ‘indiscriminada’. Todo lo que eso demuestra es, en realidad, la necesidad de someter a un análisis crítico el uso común de los términos morales”; en este último sentido, igualmente ilustrativo Carlos María Romeo Casabona, “La globalizzazione e il ruolo dinamico dei diritti umani in relazione ad una prospettiva comune per la biotecnologia umana”, en Raffaele Bifulco (ed.), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Jovene, Nápoles, 2008, p. 332. En concreto Carlos S. Niño formula este principio en los siguientes términos: “el principio de dignidad de la persona [...] prescribe que *los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento*”, Carlos S. Niño, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989, pp. 287 y ss. En un sentido próximo, Gregorio Peñes-Barba Martínez, opina: “el último rasgo de los contenidos de la dignidad exige la decisión personal, la autonomía o la independencia moral, que conduce a la salvación, al bien, a la virtud o a la felicidad, no puede alcanzarse por un representante que sustituya nuestra decisión”; y algo más adelante, p. 68; “la dignidad deriva de nuestra decisión de mostrar capacidad de elegir”; Gregorio Peñes-Barba Martínez, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, 2^a ed., Dykinson, Madrid, 2003, pp. 18 y 68. Igualmente, siguiendo a Cattaneo, véase p. 57. Asimismo, Ignacio Gutiérrez Gutiérrez señala “la escasa potencia desplegada por un principio al que la doctrina coincide en atribuir la posición central en el ordenamiento”, véase Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, p. 23.

⁴ Cfr. STS 983/2009 de 21 de septiembre, fundamento de derecho primero.

⁵ En particular, cfr. STS 983/2009 de 21 de septiembre, fundamento de derecho tercero.

⁶ STS 983/2009 de 21 de septiembre, fundamento de derecho primero.

valoración negativa, la atribución de las correspondientes consecuencias.⁷ De este modo, aun cuando en el presente caso el sujeto activo agrede de forma intencionada —en el sentido débil anunciado— el bien jurídico vida, no cabe reprochar al mismo su conducta en términos de consecuencia jurídica —no cabe un reproche de la conducta e imposición de la pena, pues su acción no se entiende como ejercicio suficiente de libertad — o voluntariedad en el sentido fuerte recién apuntado.⁸ De esta forma, sería en esta última sede, mediante la concepción de la culpabilidad expuesta, donde se satisface esencialmente la citada exigencia del principio de dignidad.

En un segundo momento, cabría apuntar asimismo otro tipo de razones, razones jurídico-formales, en tanto que el concreto operador jurídico trata de engarzar la comprensión que hace de la eximente primera con el tenor literal de la misma —en este sentido, se apunta en la sentencia: “el sistema mixto del Código Penal está basado en la doble exigencia de una causa biopatológica y un efecto psicológico, la anulación o grave afectación de la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de determinar el comportamiento con arreglo a esa comprensión [...]”— aproximándose de este modo, también, al pensamiento doctrinal mayoritario.⁹ Si bien estas otras formas de argumento —vinculación al tenor literal del precepto, a la doctrina dominante, y en general, los denominados argumentos jurídico-formales— muestran un peso menor que las formas de argumento anteriormente expuestas; en particular aquí, razones relativas al principio de dignidad.¹⁰

A esta comprensión se oponen en mayor o menor medida otros modelos propuestos en nuestro discurso

doctrinal y jurisprudencial, y ello pese al significativo peso de las razones que cabe esgrimir en favor de la misma.¹¹ También encontramos elaborados constructos con diferente grado de abstracción, que aluden en su fundamento a estas u otras razones —en particular, en sede de culpabilidad, razones relativas a los principios de prevención general y especial, en sus diversas acepciones— que se hacen valer, por lo general, como mejores argumentos —frente a formas de argumentos como las antes expuestas, a saber: principio de dignidad, vinculación al tenor literal, vinculación a la comprensión mayoritaria—. Otras veces, como en el caso del anterior pronunciamiento jurisprudencial, las razones no se explicitan en el desarrollo de la concreta postura, sino que es preciso inferirlas de una prospección de la misma. Y todo ello se presta a un análisis y evaluación.

II. Tres modelos dogmáticos

A. La culpabilidad en el pensamiento de Hans Welzel

En la última edición de su manual, apuntaba Welzel:

la culpabilidad no se agota en esta relación de contradicción entre la acción y el ordenamiento jurídico [característica de la categoría de la antijuridicidad], sino que fundamenta el reproche personal al autor, en tanto que no ha omitido la acción antijurídica, aunque pudo omitirla. La conducta del autor no se corresponde con lo exigido por el Derecho, aun cuando hubiera podido observar lo exigido por el Derecho: hubiera podido motivarse conforme a la norma. En este “poder para ello” [“Dafür-Können”] del autor para la conformación

⁷ Legitimándose así, moralmente, la imposición de la pena jurídica. Cfr. Carlos S. Niño, *Ética y derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 274 y ss. Igualmente Liborio L. Hierro, “Libertad y responsabilidad penal”, *ADPCP*, 1989, p. 568, señalando el libre albedrío como “presupuesto valorativo general del sistema que convierte a la reacción penal en un reproche con contenido moral”. Por lo demás, sobre la relación entre el discurso jurídico y el discurso práctico general, véase Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 35 y ss.

⁸ Cfr. STS 983/2009 de 21 de septiembre, fundamento de derecho tercero; y ello pese a los problemas de prueba que planteaba el presente supuesto, cfr. fundamento de derecho segundo.

⁹ En la jurisprudencia, entre otras, cfr. STS 215/2008 de 9 de mayo, fundamento de derecho cuarto; STS 314/2005 de 9 de marzo, fundamento de derecho tercero; STS 1348/2004 de 25 de noviembre, fundamento de derecho decimocuarto, todas ellas con ulteriores referencias. En la doctrina científica, véase José Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, III. *Teoría jurídica del delito*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 68; Gonzalo Quintero Olivares, *La parte general del Derecho penal*, 3^a ed., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 544; Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal. Parte General*, 7^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 367 y ss. Con ulteriores referencias, Santiago Mir Puig, *Derecho penal. Parte General*, 8^a ed., Repertor, Barcelona, 2008, p. 563, marg. 1; sobre la comprensión de este autor, en cualquier caso, pp. 569 y ss., marg. 24 y ss.

¹⁰ Sobre la evaluación de unas y otras, cfr. Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal. Un segundo desarrollo, de la mano de algunos problemas de miedo insuperable*, Comares, Granada, 2009, pp. 175 y ss.

¹¹ Al respecto, véase Manuel Atienza, “Sobre el concepto de dignidad humana”, *op. cit.*

de su voluntad antijurídica reside la esencia de la culpabilidad; en él se fundamenta el reproche personal que se hace al autor, en el juicio de culpabilidad, por su conducta antijurídica.¹²

Mientras que, en relación con los presupuestos del reproche, apunta algo más adelante:

el reproche de culpabilidad presupone que el autor hubiera podido motivarse conforme a la norma, pero no en un sentido abstracto de algún hombre en lugar del autor, sino en concreto, que esa persona en esta situación hubiera podido construir una voluntad conforme a la norma. Este reproche consta de dos presupuestos:

1. que el autor, según sus facultades intelectuales, es capaz de motivarse conforme a la norma (los presupuestos existenciales de la reprochabilidad: la “imputabilidad”),

2. que está en condición de motivarse conforme a la norma mediante la comprensión, a él accesible, de la antijuridicidad de su concreto propósito (los presupuestos especiales de la reprochabilidad: la posibilidad de comprensión de lo injusto).¹³

La crítica a este primer modelo señala la incertidumbre sobre la existencia de márgenes de libertad

en la conformación de la voluntad humana —presupuesto de la capacidad de actuar de otro modo— y, en particular, la indemostrabilidad del libre albedrío.¹⁴ Sin embargo, se trata de una crítica desenfocada. Particularmente, porque el Derecho como cualquier otro constructo cultural “no puede entrar en contradicción con la autocomprensión general” que de sí mantienen los miembros de la sociedad en la que funciona.¹⁵ En este sentido, se apunta con razón que

vivimos según la idea de que podemos actuar de otro modo a como lo hacemos y de que los demás también pueden hacerlo [...] La duda determinista no se limita, pues, a poner en tela de juicio la culpabilidad; sino que, involuntariamente, va mucho más allá: todo el lenguaje de la acción queda deslegitimado por ella.¹⁶

Luego, carece de sentido hacer valer frente a una concreta concepción jurídico-penal de la culpabilidad un posible déficit de racionalidad que concierne a los cimientos de nuestra cultura, pues aquélla —y en general, la teoría jurídica del delito— sólo debe preocuparse de cierta coherencia con ésta.¹⁷ Si bien tal cuestión reviste carácter secundario en la presente investigación.¹⁸

¹² Hans Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11^a ed., Walter de Gruyter, Berlín, 1969, p. 138. En nuestra doctrina, véase sobre todo José Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, III, *op. cit.*, pp. 38 y ss. Por lo demás, sobre la evolución de este pensamiento, José Cerezo Mir, “El finalismo, hoy”, *ADPCP*, 1993, pp. 5 y ss.; en particular, en relación con la culpabilidad, pp. 16 y 17.

¹³ Sobre estos dos elementos Hans Wenzel, *Das deutsche Strafrecht*, *op. cit.*, pp. 152 y ss.

¹⁴ Al respecto, cfr. Hans Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, *op. cit.*, n. 12, pp. 142 y ss. Críticamente, a su vez, Santiago Mir Puig, *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, pp. 538 y s., marg. 40. Anteriormente, también José Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal español...*, *op. cit.*, pp. 38 y ss.; Enrique Gimbernat Ordeig, “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?”, *Estudios de Derecho Penal*, 3^a ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 142 y ss.; relativizando esta cuestión, Francisco Muñoz Conde, “Über den materiellen Schuldbegehr”, *Goltdammer's Archiv*, 1978, pp. 68 y ss. Por lo demás, ampliamente Asier Urruela Mora, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA/Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano/Comares, Bilbao/Granada 2004, pp. 23 y ss.

¹⁵ Hans Joachim Hirsch, “Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht”, *ZStW*, 106 (1994), p. 763. Más recientemente Wolfgang Prinz, “Willensfreiheit als soziale Institution”, en Thomas Hillenkamp (ed.), *Neue Hirnforschung—Neues Strafrecht?*, Nomos, Baden-Baden, 2006, pp. 51, 59 y ss.

¹⁶ Tomás Salvador Vives Antón, “El principio de culpabilidad”, en José Luis Díez Ripollés (coord.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 231 y 232. Igualmente, Jesús González Amuchastegui, *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 99, 107, 113 y ss.: “la noción misma de derechos humanos supone un rechazo frontal de las consecuencias normativas de las teorías deterministas”. Liborio L. Hierro, “Libertad y responsabilidad penal”, *op. cit.*, pp. 561, 569 y ss.; Santiago Mir Puig, “Límites del normativismo en Derecho penal”, en *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milán, 2006, pp. 463, 467 y ss.; Carlos S. Niño, *Ética y derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 91, 269, 285, 279 y ss. Wolfgang Prinz opina: “Demokratien sind [...] auf die Idee des autonomen Individuums und des freien Willens angewiesen”, en Wolfgang Prinz, “Willensfreiheit als soziale Institution”, *op. cit.*, pp. 51-61. Por lo demás, en relación con las diferentes categorías de la teoría jurídica del delito, Thomas Hillenkamp, “Das limbische System: Der Täter hinter dem Täter?”, en Thomas Hillenkamp (ed.), *Neue Hirnforschung—Neues Strafrecht?*, *op. cit.*, p. 96.

¹⁷ En este sentido, Günther Jakobs afirma: “el que no tiene que resolver el problema de la teodicea, no necesita para la imputación negativa el libre albedrío, sino sólo la igualdad del autor con los otros, determinada según los parámetros” al uso; Günther Jakobs, “Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica”, trad. de Bernardo Feijóo Sánchez, en Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez (ed.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Thomson/Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2008, p. 201. También L. Hierro Liborio, “Libertad y responsabilidad penal”, *op. cit.*, p. 568: “el libre albedrío actúa [...] no como un dato empírico que el juez debiera comprobar, sino como un presupuesto valorativo general del sistema que convierte a la reacción penal en un reproche con contenido moral”.

¹⁸ Al respecto, ampliamente Asier Urruela Mora, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, *op. cit.*, pp. 23 y ss.

En este marco, interesa primeramente señalar los márgenes que ofrece este concepto para articular un discurso coherente con una comprensión del principio de dignidad como la antes apuntada. Si se trata de juzgar “a las personas de acuerdo con sus acciones voluntarias y no según otras propiedades o circunstancias que escapan a su control”, un primer criterio para ello pudiera ser, por ejemplo, establecer si esa concreta persona en el momento de la acción “hubiera podido construir una voluntad conforme a la norma”.¹⁹ De esta forma, mediante el establecimiento de la posibilidad de obrar de otro modo (*Andershandelnkönnen*) se determina la existencia de alternativas y con ello, también, de márgenes de voluntariedad en su actuación; y ello en particular, frente a otras concepciones como las que atienden a razones de prevención. Luego, cabe advertir aquí, a favor de este primer modelo, razones significativas relativas al citado principio de dignidad. En un segundo momento, cabe apuntar igualmente razones jurídico-formales, dada la acentuada preocupación de este autor por la coherencia interna de su pensamiento —por la idea de sistema— enlazando también la culpabilidad con el concepto de acción,

dado que la voluntad es lo que hubiera permitido al autor orientar su conducta conforme a la norma, la voluntad constituye el objeto primario del reproche de culpabilidad y sólo a través de ella, también la totalidad de la

acción [...] Por ello, con igual razón, pueden calificarse tanto la voluntad de la acción [*Handlungswille*] como la acción en su integridad como “culpables”²⁰

Si bien se advierten igualmente algunas carencias. En este otro sentido, cabe apuntar a su vez razones problemáticas, esto es, un modelo que atiende únicamente a la concurrencia de márgenes de actuación alternativa se presta quizás, de forma principal, para la solución de casos fáciles —concurrencia o ausencia de márgenes de actuación alternativa, pero no para los difíciles que empujan, entre otros aspectos, a considerar ulteriores factores en el juicio de culpabilidad,²¹ así como a valorar, como relevantes o irrelevantes, los márgenes de actuación alternativa, por lo general, concurrentes.²² Desde esta otra perspectiva, cabe señalar también las denominadas causas de inculpabilidad,²³ cuya solución empuja a atender a una serie de factores normativos ajenos, por tanto, a los márgenes de actuación del sujeto: “el mal que amenaza no ha de haber sido provocado responsablemente por la persona que actúa para evitarlo”²⁴, “el mal que amanece sea un peligro para sus propios bienes jurídicos o para los de una persona con la que existe una especial vinculación afectiva”²⁵ o la asunción “libre y voluntariamente [...] [de] una función de protección de bienes jurídicos respecto a determinados peligros”²⁶ por poner tres ejemplos en relación con la eximente de miedo insuperable.²⁷

¹⁹ Hans Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, op. cit., p. 141.

²⁰ *Ibid.*, p. 139. En relación con las estructuras lógico-objetivas, véase José Cerezo Mir, “La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica”, en José Cerezo Mir, *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 39, 49 y 55.

²¹ Así, en relación con la denominada “zona oscura o de incerteza de la imputabilidad”, véase Asier Urruela Mora, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, op. cit., pp. 142 y ss. Con carácter general, véase también Santiago Mir Puig, *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 539, marg. 41.

²² Cfr. Asier Urruela Mora, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, op. cit., pp. 218, 234, 246, 252, 282, 303, 323 y ss.

²³ Hans Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, op. cit., p. 178: “Mit der Bejahung sowohl der Zurechnungsfähigkeit wie auch der Möglichkeit der Unrechtskenntnis ist die Schuld, das ‘Dafür-Können’ des Täters für seine tatbestandsmäßig-rechtswidrige Handlung, sachlich begründet. Dennoch bedeutet das nicht, daß damit die Rechtsordnung den Schuld-Vorwurf wirklich erheben müßte. Sie kann vielmehr Gründe haben, auf den Schuld-Vorwurf gegen den Täter zu verzichten, ihm seine Schuld nachzusehen und ihn insoweit zu ‘entschuldigen’ und von Strafe freizustellen. In Betracht kommen außergewöhnliche Motivationslagen, in denen die Möglichkeit normgemäßer Motivation stark beeinträchtigt und somit auch die Schuld, das Dafür-Können, vermindert ist”; si bien apunta en la p. 179: “daß die sog. ‘Unzumutbarkeit rechtmäßigen Verhaltens’ in diesen außergewöhnlichen Motivationslagen kein Schuldausschließungsgrund wie die Zurechnungsunfähigkeit oder der unvermeidbare Verbotsirrtum, sondern nur ein faktischer Entschuldigungsgrund in dem Sinne ist, daß die Rechtsordnung trotz bestehender Schuld vom Schuldvorwurf absieht und dem Täter Nachsicht gewährt”.

²⁴ Daniel Varona Gómez, *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, Comares, Granada, 2000, pp. 214 y ss.

²⁵ *Ibid.*, p. 231. En la doctrina alemana, en relación con el estado de necesidad exculpante, véase Frank Zieschang, § 35, en Thomas Ronnau et al., *Strafgesetzbuch-Leipziger Kommentar StGB*, 12^a ed., Walter de Gruyter, Berlín, 2006, margs. 30 y ss.

²⁶ Daniel Varona Gómez, op. cit., p. 253.

²⁷ Con carácter general, véase Mariano Melendo Pardos, *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad*, Comares, Granada, 2002, p. 610.

B. La culpabilidad en el pensamiento de Claus Roxin

En este último sentido, el modelo que esbozara Roxin a comienzo de los años setenta puede entenderse como una superación del anterior. En concreto, apunta este autor:

la categoría delictiva que tradicionalmente denominamos *culpabilidad* tiene en realidad mucho menos que ver con la averiguación del poder actuar de un modo distinto, algo empíricamente difícil de constatar, que con el problema normativo de si y hasta qué punto en los casos de circunstancias personales irregulares o condicionadas por la situación conviene una sanción penal a una conducta que, en principio, está amenazada con una pena. Para responder a esta cuestión deben incluirse en el trabajo dogmático tanto la función limitadora de la pena que representa el principio de la culpabilidad como las consideraciones de prevención general y especial. El que una persona perteneciente a una determinada profesión destinada a prevenir el peligro (por ejemplo, un policía o un bombero) no pueda disculparse, invocando una situación de necesidad, más fácilmente que otra, se debe a la protección de bienes jurídicos, es decir, a un interés de la comunidad que exige aquí una sanción; mientras que puede permanecer impune el que actúa en una situación parecida, pero sin tener un deber social específico, porque no necesita la resocialización y, dado lo excepcional de la situación, no puede dar un mal ejemplo.²⁸

Esta otra comprensión del tercer peldaño de la teoría jurídica del delito le lleva a dotarlo de una doble estructura, la culpabilidad en sentido estricto —frente al concepto más amplio de responsabilidad (*Verantwortlichkeit*), que comprende a aquélla— así como, en un momento posterior, las necesidades de prevención. Según este modelo, el autor actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídico-penal,

aun cuando en la concreta situación en la que se halle resulta accesible a la función de motivación (*Appellwirkung*) de la norma y disponga de una suficiente capacidad de autocontrol (*Selbststeuerung*), de forma que le sea posible psíquicamente una alternativa de conducta conforme a Derecho.²⁹ Si bien, por lo general, la realización de injusto culpable determinará ya la concurrencia de necesidad preventiva de pena, no siendo precisa una ulterior justificación al respecto; lo cierto es que, en determinados supuestos, esta necesidad puede faltar, excluyendo de esa forma la responsabilidad del sujeto.³⁰ Ahora bien, la pena presupone siempre culpabilidad, de modo que ninguna magnitud de “necesidad preventiva de pena puede justificar una sanción penal, que sea contraria al principio de culpabilidad”³¹.

La preocupación de Roxin por el principio de culpabilidad, así como la conformación que ofrece de esta categoría —la culpabilidad— en el marco de la responsabilidad permite, igualmente, significativos márgenes de satisfacción del principio de dignidad, esto es, “tratar a las personas de acuerdo con sus acciones voluntarias”.³² En este sentido, la atención por la función de motivación de la norma o la capacidad de autocontrol del sujeto merecen una valoración positiva desde la citada perspectiva de enjuiciamiento: tanto los márgenes de motivación como la capacidad de autocontrol permiten atender, en definitiva, a los márgenes de voluntariedad en el actuar del sujeto. En un segundo plano, la explícita asunción por parte de este autor de costes sistemáticos —“¿para qué sirve la solución de un problema jurídico que, a pesar de su hermosa claridad y uniformidad, es desde el punto de vista político-crímen erróneo?”—³³ no oscurece sus esfuerzos por ordenar los diversos contenidos, en particular las citadas razones de política

²⁸ Roxin señala que esta categoría “viene acuñada desde el punto de vista político criminal por la teoría de los fines de la pena”, Claus Roxin, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1972, pp. 40-67. Críticamente, a su vez, Francisco Muñoz Conde, “Introducción” a *Política criminal*, op. cit., ibid., p. 12. Claus Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtsystem*, 2^a ed., Walter de Gruyter, Berlin-Nueva York, 1973, pp. 15 y ss.

²⁹ Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4^a ed., C.H. Beck, Múnich, 2006, I, § 19 A, marg. 3; § 20 A, margs. 1 y ss.

³⁰ *Ibid.*, I, § 19 A, margs. 3 y ss., 6.

³¹ *Ibid.*, I, § 19 A, marg. 7. En nuestra doctrina, Mir Puig insiste en que “la función de prevención (que en sí misma exige eficacia empírica en la evitación de daños reales) ha de estar limitada por los principios que garantizan el respeto que hoy consideramos debido al individuo en atención a su dignidad psico-física”. Santiago Mir Puig, “Límites del normativismo en Derecho penal”, op. cit., pp. 473 y 474. Günther Jakobs critica “Der Zweck, der in die Schuld eingeht, kann durch Schuld nicht limitiert werden, und die Schuld, in die der Zweck eingegangen ist, begründet Strafe”. Günther Jakobs, *Schuld und Prävention*, JCB Mohr, Tübinga, 1976, pp. 5 y 32.

³² Por lo demás, sobre la evolución del pensamiento de este autor, véase María Martín Lorenzo, *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 97 y ss.

³³ Claus Roxin, *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, op. cit., p. 19.

criminal.³⁴ En sede de culpabilidad, ello se concreta en un notable enriquecimiento del discurso mediante la explícita introducción de razones de prevención: “un efecto de prevención especial en personas, a las que no se les puede reprochar su conducta, es innecesario o, como sucede con los enfermos mentales, no se puede alcanzar por medio de la pena”³⁵ o, en relación con el desistimiento, “una prevención general es superflua y también es improcedente el fin cautelar o educativo de la pena”.³⁶

Asimismo, su mayor componente normativo y la doble estructura que dota al tercer peldaño de la teoría jurídica del delito facilita una mejor comprensión de la problemática propia de esta categoría, más allá de los casos fáciles de inimputabilidad. Por poner otro ejemplo:

en las situaciones coactivas, configuradas por la ley como causas de extinción de la culpabilidad [...], no falta en absoluto la posibilidad de actuar de una manera distinta... [es] la irrepeticción irregular de tales situaciones [la] que hace innecesarios los efectos de prevención general y especial porque la —mínima— culpabilidad no puede justificar como tal una pena estatal. De hecho sería quizás más exacto hablar de responsabilidad en lugar de culpabilidad, pues la culpabilidad es sólo uno de los factores que deciden sobre la responsabilidad jurídico-penal. Precisamente, el hecho de que para las profesiones peligrosas [...], rijan otros criterios de exculpación, demuestra que en el caso de un mismo grado de culpabilidad son los puntos de vista preventivos los que pueden decidir sobre la necesidad de una sanción.³⁷

Sin embargo, en este desarrollo reside también la principal debilidad de su modelo: en el excesivo componente intuitivo que se advierte en relación con las razones de prevención. Así, cuando este autor sostiene que “un efecto de prevención especial

en personas, a las que no se le puede reprochar su conducta, es innecesario o, como sucede con los enfermos mentales, no se puede alcanzar por medio de la pena”.³⁸ Se trata de eso, de una aserción carente de base empírica. Lo mismo cabe afirmar del discurso que desarrolla en su explicación del desistimiento:

lo decisivo es más bien que el desistimiento se presente como irracional según el criterio del operar delictivo y que con ello aparezca desde el punto de vista legislativo como retorno a la legalidad. Si éste es el caso [...], debe afirmarse siempre la voluntariedad. Pues lo que el autor mismo ha reparado antes de que se produzca el resultado, *no es necesario retribuirselo*. Una prevención general es superflua y también es improcedente el fin cautelar o educativo de la pena.³⁹

Estas últimas aserciones se agotan en eso, en medidas convicciones del propio autor. Ahora bien, las cuestiones relativas a la necesidad de retribución, el carácter superfluo de la prevención general o la procedencia o improcedencia del fin cautelar o educativo de la pena siguen estando abiertas.⁴⁰ Pues, más allá de su mera opinión intuitiva, Roxin no ofrece razones al respecto.⁴¹

Estos riesgos y carencias del discurso preventivo se aprecian particularmente en la argumentación de nuestra jurisprudencia, donde se apuran los márgenes de culpabilidad sobre razones empíricamente muy endebles o, simplemente, carentes de cualquier base al respecto.⁴² Sin embargo, se pretende justificar así efectivos costes iusfundamentales. En este sentido, resulta ilustrativa la denominada ley epistémica de la ponderación: “cuanto mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la inter-

³⁴ *Ibid.*, pássim.

³⁵ *Ibid.*, p. 68; Claus Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, op. cit., pp. 33 y ss.

³⁶ Claus Roxin, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, op. cit., p. 72.

³⁷ *Ibid.*, p. 68.

³⁸ *Idem*.

³⁹ *Ibid.*, p. 72.

⁴⁰ Críticamente, Martín Lorenzo opina que “ese carácter maleable del principio preventivo y su vaguedad ponen en tela de juicio su idoneidad” explica, algo más adelante, que mediante el mismo “sólo se ofrecen fórmulas vacías, donde falta el principio normativo exculpante”, María Martín Lorenzo *La excusación penal*, op. cit., pp. 107-109.

⁴¹ No obstante, tratando de limitar su alcance, Claus Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, op. cit., p. 48: “Die Aufgabe des Interpreten geht nur dahin, bei der konkretisierenden Anwendung der Gesetzesnormen und bei der behutsamen Fortentwicklung der Schuld dogmatik in den vom geschriebenen Recht offengelassenen Räumen [...] die gesetzgeberischen Strafzweckabwägungen zur Richtschnur der Rechtsfindung zu machen”.

⁴² Paradigmática STS 778/2004 de 17 de junio; en particular, cfr. fundamento de derecho segundo.

vención”.⁴³ También los márgenes de racionalidad posibles al discurso preventivo general: “operar con ‘experiencia’ y *common sense* en el vacío de la ignorancia empírica”.⁴⁴ Con ello, no se sugiere aquí renunciar sin más a este tipo de argumentos, sino su racionalización, lo cual pasa por tomar en consideración —entre otros aspectos— el citado déficit a la hora de establecer el peso de este tipo de razones en el discurso científico y jurisprudencial. Pero sobre estas y otras cuestiones ya me he pronunciado en otro lugar.⁴⁵

C. Culpabilidad como prevención

Unos años después de la presentación del modelo anterior, Jakobs reformula la culpabilidad en los siguientes términos:

la determinación de la culpabilidad en la aplicación del Derecho penal vigente consiste en la justificación de la necesidad de castigar en una determinada medida, para confirmar la vigencia del Ordenamiento frente al ciudadano fiel al mismo; la culpabilidad se fundamenta mediante la prevención general... y se mide según la misma.⁴⁶

De esta forma, sobre una concepción de la prevención general positiva, mantiene que “sólo el fin da contenido al concepto de culpabilidad”,⁴⁷ entendiendo por fin la “prevención general en el sentido de garantía de aquellas expectativas, cuyo aseguramiento [*Enttäschungsfestigkeit*] precisa el Ordenamiento para su preservación”.⁴⁸ Sin embargo, este autor no obvia el proceso de motivación en el actor, si bien relativiza su importancia en el marco de la prevención general positiva: “sólo cuando concurre otra posibilidad de procesar el conflicto cabe discutir la exculpación”.⁴⁹ Luego, por poner un ejemplo, en los casos de anomalía o alteración psíquica no se trata, ciertamente, de medir, sino de valorar, y cabe su consideración como causa de exclusión de la culpabilidad “cuando existe la posibilidad de otro modo de procesamiento del conflicto”.⁵⁰ De este modo, no se prescinde de otros posibles contenidos como aquí, en particular, el principio de dignidad, sino que se relativiza la significación de los mismos en el marco de esa comprensión de la prevención general.⁵¹

⁴³ Robert Alexy, “La fórmula del peso”, trad. de Carlos Bernal Pulido, en Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 370; Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, 2^a ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 552 y ss. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, igualmente ilustrativa BVerfGE 17/34, p. 314: “Je mehr dabei der gesetzliche Eingriff elementare Äußerungsformen der menschlichen Handlungsfreiheit berührt, um so sorgfältiger müssen die zu seiner Rechtfertigung vorgebrachten Gründe gegen den grundsätzlichen Freiheitsanspruch des Bürgers abgewogen werden. Das bedeutet vor allem, daß die Mittel des Eingriffs zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels geeignet sein müssen und den Einzelnen nicht übermäßig belasten dürfen”.

⁴⁴ Michael Bock, “Prävention und Empirie—Über das Verhältnis von Strafzwecken und Erfahrungswissen”, *JuS*, 1994/2, p. 99: “für die Generalprävention aber bleibt gar nichts anderes übrig, als im Vakuum des ‘empirischen’ Nichtwissens mit ‘Erfahrung’ und ‘common sense’ zu operieren”. En el mismo sentido Hirsch, Hans-Joachim: “Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht”, cit. n. 15, p. 758: “Die Begründung der Strafe mit Präventionsgesichtspunkten ist alles andere als freier von theoretischen und empirischen Problemen als diejenige durch Schuld. Die durch die Strafe tatsächlich erreichbare Präventionswirkung ist schwer vorhersehbar und meßbar. Daher wäre die strafrechtliche Prüfung mit erheblichen Unwägbarkeiten belastet und eine nachvollziehbare Strafzumessung fast unmöglich”; con ulteriores referencias en n. 60; más recientemente, Hirsch, Hans-Joachim, “Über Irrungen und Wirrungen in der gegenwärtigen Schuldlehre”, en Festschrift für Harro Otto, *Carl Heymann*, Colonia, 2007, pp. 322 y ss. En nuestra doctrina, Martín Lorenzo señala que este discurso “remite a una cuestión empírica psico-sociológica que no sólo no está lo suficientemente investigada, sino respecto a la cual se duda incluso de la posibilidad de hacerlo”, María Martín Lorenzo, *La exculpación penal*, op. cit., pp. 106-108.

⁴⁵ Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, op. cit., pp. 175 y ss.

⁴⁶ Günther Jakobs, *Schuld und Prävention*, op. cit., pp. 8 y 13. Véase también id., “La culpabilidad de los foráneos”, trad. de Jorge Fernando Perdomo Torres, en Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez (eds.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, op. cit., pp. 116 y ss.

⁴⁷ Günther Jakobs, *Schuld und Prävention*, op. cit., p. 14.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 24.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 25; en particular, ilustrativo pp. 15 y ss.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 17: “Bei den nach § 20 StGB, also wegen ‘biologischer’ Defekte Unfähigen handelt es sich um Personen, bei denen mit dem Fehlen der Zurechnung als schuldhaft zugleich deutlich gemacht wird, daß sie als vollwertiger Partner des sozialen Bereichs, den das Recht regelt, nicht in Frage kommen. Sie sind nicht das, was man im rechtmäßigen wie rechtswidrigen Verhalten selbst ist, sondern Störfaktoren, wie Naturkatastrophen Störfaktoren sein können. Sofern die Störung nicht im Bereich des eher Lästigen und darum entscheidungsirrelevant bleibt, [...] schützt man sich durch Umgestaltung der Lage vor weiterer Enttäuschung: Man heilt oder verwahrt oder [...] man begnügt sich mit der Erklärung durch Krankheit, d. h. der Umdefinition des Verbrechens in natürliches Unglück, also in den Bereich, in dem Enttäuschung normativer Erwartung nicht möglich ist”; expresamente, también en p. 21: “entschuldigt wird nur, solange die Ordnung das verträgt”.

⁵¹ Expresamente, *ibid.*, p. 20: “die Fähigkeit ist kein feststellbarer Zustand, sondern eine Zuschreibung, die erfolgt, weil ein Konflikt verarbeitet werden muß und anders als durch Zurückführung auf eine Person nicht verarbeitet werden kann”; asimismo, véase p. 31.

En este sentido, la crítica a este modelo no puede señalar tanto la inobservancia del principio de dignidad en la imputación de culpabilidad como la relativización del mismo.⁵² No se señalan máximos en los posibles costes para el citado principio, simplemente se asumen los mismos en tanto que sean precisos, y ello en función de un valor tan difuso como las necesidades comunicativas del ordenamiento jurídico.⁵³ Frente a este modelo cabe oponer, primeramente, que la función que asigna al principio de dignidad no se corresponde con el valor de este principio en nuestro marco jurídico.⁵⁴ Igualmente, cabe objetar, en el fondo, una excesiva simplificación en la descripción del perenne conflicto entre libertad y seguridad: no se trata únicamente de las necesidades comunicativas del ordenamiento jurídico o de “la confianza en la vigencia de la norma”⁵⁵. Sobre ello resulta ilustrativo el reciente discurso público relativo a la necesidad de reforma de la LO 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, y en particular las resistencias del Ministerio de Justicia a ulteriores endurecimientos, frente a lo reclamado por determinados colectivos.⁵⁶ Se trata también de que hay buenas razones para asumir tales costes preventivos, y que a veces, en cierta medida, se asumen.

En un segundo momento, cabe objetar a Jakobs igualmente la debilidad del principio explicativo adoptado, “la estabilización de la confianza en el Ordenamiento afectado mediante la conducta delicativa”⁵⁷. En este sentido, apuntábamos más arriba los limitados márgenes de racionalidad que permite el discurso de prevención general: “operar con ‘experiencia’ y *common sense* en el vacío de la ignorancia empírica”⁵⁸. Estas carencias se acentúan en relación con la prevención general positiva, orientada a un inaccesible plano comunicativo: aquí la base empírica se agota en la mera intuición subjetiva del hablante, y ello cuando no se cae en la mera elucubración, ¿“confianza en la vigencia de la norma”? Este déficit argumentativo puede aceptarse en un determinado tipo de discurso científico,⁵⁹ pero debiera resultar inasumible en un discurso orientado a su aplicación, pues se trata ya de justificar efectivos costes iusfundamentales.⁶⁰

Una opinión distinta merece el desplazamiento del principio de culpabilidad y con ello, en particular, los modelos que atienden a los márgenes de actuación alternativa por razones de prevención. Así, por ejemplo, según estos otros modelos, en los supuestos de anomalía o alteración psíquica ya no se trata de si el

⁵² *Ibid.*, p. 24: “Die Stabilisierung ist auf Bereiche beschränkt, in denen die Herbeiführung von Enttäuschungen mit gutem Willen vermeidbar ist, und muß darauf beschränkt sein, weil sie nicht mehr toleriert wird, wenn sie selbst die Gutwilligen überfordert. Dies ist der Grund für die Zurückführung der Zurechnung auf reale oder konstruierte Motivationsvorgänge”. Últimamente Günther Jakobs, “La culpabilidad de los foráneos”, *op. cit.*, pp. 120 y ss., apuntando igualmente, en p. 141: “el concepto funcional de culpabilidad no destruye los conceptos de culpabilidad corrientes, sino que menciona solamente lo que los ‘mantiene’, precisamente las necesidades del ordenamiento jurídico concreto”; *id.*, “Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica”, *op. cit.*, p. 198.

⁵³ Expresamente Günther Jakobs, *Schuld und Prävention*, *op. cit.*, p. 33: “Es geht nicht um das, was der Delinquent nach allgemeiner Meinung ‘verdient’ hat, sondern um das zur Erhaltung des Vertrauens Notwendige”. De forma crítica al respecto Martín Lorenzo opina que “señalando la vaguedad del concepto no falsable empíricamente de la necesidad de confirmación de la norma”, María Martín Lorenzo, *La exculpación penal*, *op. cit.*, pp. 127, 343 y ss.

⁵⁴ Asimismo, ilustrativa BVerfGE 27/1, p. 6: “In der Wertordnung des Grundgesetzes ist die Menschenwürde der oberste Wert”; en relación con nuestro marco jurídico, Ignacio Gutiérrez Gutiérrez señala en *Dignidad de la persona y derechos fundamentales* su deficitario reconocimiento en nuestro texto constitucional. Sin embargo, Günther Jakobs apunta: “una verdadera solución sólo puede aportar un punto de vista intermedio que supere el abstracto: la estructura de la sociedad en su configuración real concreta, que recoja en el Derecho el bienestar”; Günther Jakobs, “La culpabilidad de los foráneos”, *op. cit.*, p. 118. Por lo demás, sobre el significado del principio de dignidad en la conformación de la ética pública política, véase Gregorio Pece-Barba Martínez, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, pp. 13, 21, 67 y ss. Con carácter general, también Carlos María Romeo Casabona, “Diversidad cultural y pluralismo en la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos”, en María Casado (coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos UNESCO*, Civitas/Thomson/Reuters, Madrid, 2009, p. 345.

⁵⁵ Günther Jakobs, *Schuld und Prävention*, *op. cit.*, p. 33.

⁵⁶ Cfr. <http://www.telecinco.es/informativos/sociedad/noticia/100006716/Se+reabre+el+debate+sobre+la+eficacia+de+la+Ley+del+Menor>.

⁵⁷ Günther Jakobs, *Schuld und Prävention*, *op. cit.*, p. 31.

⁵⁸ Michael Bock, “Prävention und Empirie—Über das Verhältnis von Strafzwecken und Erfahrungswissen”, *op. cit.*, p. 99.

⁵⁹ E incluso político-criminal; al respecto, cfr. Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro, “Öffentliche Meinung und Strafrecht”, *ZIS*, 2008/4, pp. 195 y ss.

⁶⁰ Véase STS 2147/2002 de 5 marzo, fundamento jurídico decimoprimer, aludiendo, entre otros aspectos, a “que el suceso produjo alarma social”. Más recientemente, también, STS 626/2005 de 13 mayo, fundamento jurídico octavo, arguyendo “la indudable alarma social que crearon” los hechos. Por lo demás, igualmente véase Anne van Aaken, “Rational Choice”, en *Rechtswissenschaft. Zum Stellenwert der ökonomischen Theorien im Recht*, Nomos, Baden-Baden, 2003, pp. 54 y 55.

sujeto pudo —o no, en una situación concreta— obrar conforme a Derecho o, por concretar algo más el ejemplo, si concurren “los presupuestos existenciales de la reprochabilidad” señalados anteriormente por Welzel.⁶¹ El objeto de este otro discurso se desplaza de los concretos márgenes de actuación alternativa, a supuestas necesidades de prevención. Así, por ejemplo, arguye Gimbernat Ordeig que, en los casos de la eximente primera,

la pena [...] no tiene sentido ni desde un punto de vista de prevención especial ni desde el de prevención general. Por la escasa o nula “motivabilidad” del “inimputable”, la pena no supone para él, *ex ante*, un factor inhibidor serio; y, *ex post*, una vez ya cometido el delito, el método más adecuado para su readaptación social es, no el de la pena, sino el del tratamiento médico. Por otra parte, y desde el punto de vista de la prevención general, la impunidad del loco en nada refleja la eficacia inhibidora de la pena frente a los “imputables”; éstos no se identifican con aquél, se saben distintos y saben también, por consiguiente, que a ellos sí que les van a castigar si hacen lo mismo que el enajenado delincuente.⁶²

Frente a los modelos anteriores (en particular II, A y B), la reducción de la culpabilidad a consideracio-

nes preventivas merece una valoración negativa desde una concepción del principio de dignidad como la aquí apuntada. Pues ya no se trata de juzgar “a las personas de acuerdo con sus acciones voluntarias”, estableciendo los posibles márgenes de decisión en su comportamiento, sino, precisamente, todo lo contrario: de acuerdo con “otras [...] circunstancias que escapan a su control”.⁶³ En concreto, las citadas razones de prevención general y especial. En cuanto al contenido especulativo de este tipo de consideraciones, cabe subrayar lo manifestado sobre ello. Así, entiende Gimbernat Ordeig, que “desde el punto de vista de la prevención general, la impunidad del loco en nada refleja la eficacia inhibidora de la pena frente a los ‘imputables’, ‘que éstos no se identifican con aquél, se saben distintos’, y puede tener razón este autor, pero puede también no tenerla, dada la endeblez de la base empírica de esta forma de argumentos,⁶⁴ de hecho, en sentido contrario, piénsese, por ejemplo, en las reacciones en relación con la criminalidad de los menores o frente a los supuestos de psicopatías. En cualquier caso, si se trata de justificar la imposición a un sujeto de una pena de 10, 15 o 20 años de privación de libertad serían deseables razones más firmes al respecto.⁶⁵

En sentido contrario, cabría apuntar a su vez los esfuerzos que hace este autor por racionalizar —en

⁶¹ Hans Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, *op. cit.*, p. 141.

⁶² Enrique Gimbernat Ordeig, “El sistema del Derecho penal en la actualidad”, *Estudios de Derecho Penal*, 3^a ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 176-179. Por lo demás, fundamental Enrique Gimbernat Ordeig, “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?”, *op. cit.*, pp. 148-157: “proceder con una pena frente a los enfermos mentales o a los menores es intolerable y abusivo porque es también innecesario”. En el mismo sentido, Antonio Cuerda Riezu, *El legislador y el Derecho penal (una orientación a los orígenes)*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, pp. 68 y ss.; Diego-Manuel Luzón Peña, “Prevención general y psicoanálisis”, en Santiago Mir Puig (ed.), *Derecho penal y Ciencias sociales*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1982, pp. 145 y ss., apuntando la potencialidad garantista de este discurso. Críticamente, con razón, señala Francisco Muñoz Conde que “die Frage der Verantwortlichkeit des geistig Kranken nur mit präventiven Argumenten nicht beantwortbar: dabei spielen psychologische und psychiatrische Einsichten eine Rolle, die kriminalpolitische Entscheidung erst bedingen”. Francisco Muñoz Conde, “Über den materiell en Schuldbegehriff”, *op. cit.*, p. 70. También José Cerezo Mir, “Der materielle Schuldbegehriff”, *ZStW* 108, 1996, pp. 10 y ss.; José Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal español, Parte General*, III, *op. cit.*, pp. 57 y ss.; Liborio L. Hierro, “Libertad y responsabilidad penal”, *op. cit.*, pp. 566 y ss. En la doctrina alemana, sobre razones de legitimidad, Günter Stratenthaler, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, trad. de Enrique Bacigalupo, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1980, pp. 119 y ss.

⁶³ Manuel Atienza, *Tras la justicia*, *op. cit.*, pp. 234 y ss.

⁶⁴ Al respecto, con detalle, Michael Bock, “Prävention und Empirie—Über das Verhältnis von Strafzwecken und Erfahrungswissen”, *op. cit.*, pp. 93 y ss. En relación con el concepto de culpabilidad, Hans-Joachim Hirsch, “Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht”, *op. cit.*, p. 758: “Die Begründung der Strafe mit Präventionsgesichtspunkten ist alles andere als freier von theoretischen und empirischen Problemen als diejenige durch Schuld. Die durch die Strafe tatsächlich erreichbare Präventionswirkung ist schwer vorhersehbar und meßbar. Daher wäre die strafrechtliche Prüfung mit erheblichen Unwägbarkeiten belastet und eine nachvollziehbare Strafzumessung fast unmöglich”. Hans-Joachim Hirsch, “Über Irrungen und Wirrungen in der gegenwärtigen Schuldlehre”, *op. cit.*, pp. 322 y ss. En nuestra doctrina, Lucía Martínez Garay opina que: “resulta imposible establecer cuándo una pena en concreto es necesaria para que los demás ciudadanos tomen la prohibición penal en serio, o para que el propio autor escarmiente o se enmiede, y lo mismo cabe decir respecto del establecimiento de un *quantum* de la medida de la pena en función de lo necesario para la prevención, sea ésta de la clase que sea”. Lucía Martínez Garay, *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 20.

⁶⁵ Por lo demás, sobre el peso abstracto, margen de satisfacción y base empírica de las razones preventivas, véase Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, *op. cit.*, pp. 182 y ss.

el sentido de sistematizar— los contenidos propios de esta categoría —la culpabilidad; en particular, en relación con los contenidos relativos a la categoría de la antijuridicidad, en función de los márgenes de actuación— que entiende accesibles al legislador en los correspondientes marcos problemáticos.⁶⁶ Se trata, por tanto, una vez más, de razones jurídico-formales relativas a la coherencia interna del concreto planteamiento dogmático.

III. Evaluación de los modelos expuestos: recapitulación

Según se ha avanzado hasta ahora, los diferentes modelos dogmáticos —propuestos para la explicación de la categoría de la culpabilidad— son susceptibles de evaluación conforme a diversos criterios. En el marco de la presente investigación, tal evaluación se ha abordado fundamentalmente desde una concreta comprensión material —particularmente accesible— del principio de dignidad: “tratar a las personas de acuerdo con sus acciones voluntarias y no según otras propiedades o circunstancias que escapan a su control”.⁶⁷ Conforme a este parámetro de enjuiciamiento, modelos como los ofrecidos por Welzel o Roxin merecen una valoración positiva, en tanto que atienden a los posibles márgenes de voluntariedad en el establecimiento de la culpabilidad del sujeto. Frente a ello, el modelo esbozado por autores como Gimbernat Ordeig merece una valoración negativa, en tanto que sugiere desplazar este tipo de referencias —po-

der obrar de otro modo, capacidad de autocontrol del actor y, en definitiva, los posibles márgenes de voluntariedad en la conducta— atendiendo en su lugar a “circunstancias que escapan” al control del sujeto de imputación. En concreto, a las posibles necesidades de prevención general o especial. En un segundo momento, la importancia de las ideas preventivas en la explicación de esta categoría nos ha llevado a una sucinta evaluación de las mismas, subrayando su excesivo componente intuitivo; en particular, en contraposición con los efectivos costes iusfundamentales que, por lo general, en un discurso de aplicación del Derecho se trata de justificar.⁶⁸ Y ello puede expresarse en otros términos.

Si se entiende que tanto la comprensión de Welzel como la de Roxin permiten cuando menos una satisfacción media del citado principio, y se parte, siguiendo a Alexy, de una escala triádica como la de “leve”, “medio” y “grave” a la que aparejamos la serie numérica “1”, “2” y “3”,⁶⁹ ello permitiría ya, esbozar un primer cuadro.⁷⁰

	Modelo II, A (Welzel)	Modelo II, B (Roxin)
Principio de dignidad:	2.0	2.0

Frente a ello, el modelo de Gimbernat Ordeig, en tanto que renuncia a posibles márgenes de voluntariedad y se centra en las señaladas necesidades de prevención, no sumaría réditos por la satisfacción del

⁶⁶ Cf: Enrique Gimbernat Ordeig, *Introducción a la parte general del Derecho Penal español*, Sección de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1979, pp. 61-63; Enrique Gimbernat Ordeig, “El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad”, en *Estudios de Derecho Penal*, 3^a ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 224 y ss., sugiriendo, en concreto, ubicar en la culpabilidad lo que el legislador quiere y no puede combatir, mientras que en la antijuridicidad lo que puede y no quiere inhibir mediante pena. También véase Enrique Gimbernat Ordeig, “Rechtfertigung und Entschuldigung bei. Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision) im spanischen Strafrecht”, en Albin Eser y Walter Perron (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung III*, Friburgo de Brisgovia, 1991, pp. 74 y ss.

⁶⁷ Manuel Atienza, *Tras la justicia*, op. cit., pp. 234 y 235.

⁶⁸ Con detalle, véase Fernando Sánchez Lázaro, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, op. cit., pp. 182 y ss.

⁶⁹ Robert Alexy, “La fórmula del peso”, op. cit., p. 357; véase “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, trad. de Carlos Bernal Pulido, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2002/66, p. 33.

⁷⁰ Luego, en principio, cabe asumir “daß es in juristischen Diskursen immer möglich sein kann, mehrere relativ richtige Antworten auf eine praktische Frage zu geben. Wenn es immer möglich ist, daß mehrere relativ richtige Antworten auf eine praktische juristische Frage gegeben werden können, ist es unmöglich, auf eine praktische juristische Frage eine einzige richtige Antwort zu geben. Diese Unmöglichkeit ergibt sich zwingend aus den nicht-idealen Natur tatsächlicher Diskurse, die es nur erlaubt, relative Richtigkeiten zu erkennen”. Carsten Bäcker, “Die diskurstheoretische Notwendigkeit der Flexibilität im Recht”, ARSP (103), 2005, pp. 96 y ss., 109. Si bien la relatividad con la corrección no excluye la ponderación y evaluación dentro de lo discursivamente posible. En este último sentido, Anne van Aaken, “Rational Choice”, en *Rechtswissenschaft*, op. cit., p. 150: “juristische Entscheidungen [sind] nicht vollständig determiniert [...] und daher [entstehen] Wertungsspielräume bei der Rechtsanwendung [...], die durch eine Folgenorientierung ausgefüllt werden können”. En un sentido distinto, Ulfrid Neumann, “Theorie der juristischen Argumentation”, en Kaufmann/Hassemer/Neumann, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 7^a ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2004, p. 342: “Aus der internen Perspektive des Richters kann es nur eine richtige Entscheidung geben”.

citado principio; luego, 0 o ausencia de puntuación, satisfacción.

En un segundo momento, cabría añadir los diversos márgenes jurídico-formales consecuencia de la preocupación mostrada por ambos autores por el elemento sistemático. Luego, si se conviene en otorgar al primer modelo, cuando menos, un grado de satisfacción media (2,0) y en relación con éste —tratándose por tanto de una evaluación relativa, esto es, en relación con el modelo anterior— un grado de satisfacción leve al modelo II, B, reflejándose así la explícita asunción de costes sistemáticos en el planteamiento de Roxin: “¿para qué sirve la solución de un problema jurídico que, a pesar de su hermosa claridad y uniformidad, es desde el punto de vista político-criminal erróneo?”; resulta un cuadro aproximado al siguiente:

	Modelo II, A (Welzel)	Modelo II, B (Roxin)
Principio de dignidad:	2.0	2.0
Coherencia sistemática:	2.0	1.0

En este último sentido, si se estima asimismo que en términos sistemáticos el modelo esbozado por Gimbernat Ordeig merece igualmente una valoración leve, su incorporación al cuadro —como modelo II, C— se concretaría en los términos siguientes:

	Modelo II, A	Modelo II, B	Modelo II, C
Principio de dignidad:	2.0	2.0	
Coherencia sistemática:	2.0	1.0	1.0

Y la prevalencia de las primeras razones —relativas al principio de dignidad— frente a las segundas —razones jurídico-formales, en concreto, razones sistemáticas—⁷¹ pudiera expresarse mediante la introducción de multiplicadores, por desarrollar algo más el ejemplo:

	Modelo II, A	Modelo II, B	Modelo II, C
Principio de dignidad:	(3·)	2.0	2.0
Coherencia sistemática:	(1·)	2.0	1.0

En un siguiente momento, cabría añadir a su vez la valoración de las necesidades preventivas.⁷² Sin embargo, la diversa naturaleza de este tipo de razones exigiría un mayor grado de desarrollo al respecto. Pues se alude, por ejemplo, a que “la impunidad del loco en nada refleja la eficacia inhibidora de la pena frente a los ‘imputables’; éstos no se identifican con aquél, se saben distintos y saben también, por consiguiente, que a ellos sí que les van a castigar si hacen lo mismo que el enajenado delincuente”. Más allá del déficit relativo a su base empírica, estas referencias genéricas a la idea de prevención no permiten asignar un peso abstracto a las mismas ni establecer los posibles márgenes de satisfacción; con otras palabras: ¿prevenir qué?, y sólo entonces, cabe proceder a ponderaciones: ¿en qué medida? En la STS 983/2009 de 21 de septiembre, antes citada, se trata de una tentativa de homicidio; luego, de riesgos que afectan al bien jurídico vida. Mientras que en la STS 778/2004 de 17 de junio se trata de riesgos que afectan al bien jurídico salud pública,⁷³ por poner otro ejemplo. De este modo, las primeras razones pesarían más que las segundas, dada la preeminencia del correspondiente bien al que refieren la idea de prevención —vida, en relación con el bien jurídico salud pública—⁷⁴ Y sobre ello, ya es, en mayor medida, posible establecer los correspondientes márgenes de satisfacción.

Se trata de que esta forma de argumentos, argumentos preventivos, muestra un acentuado carácter referencial, esto es, a un concreto bien o interés en relación con el cual cobra sentido y peso, como argumento, un principio vacuo como el de prevención. Estamos, por ello, ante argumentos que, frente a lo que suele ser usual,⁷⁵ se tornan evaluables en relación con el caso concreto o, cuando menos, con mayores márgenes de concreción. Una vez que se aprecian

⁷¹ Sobre todo, véase Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, op. cit., pp. 175 y ss.

⁷² Si bien, se trata obviamente de una ilustración metafórica del discurso subyacente. En este sentido, Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 540: “en la argumentación jurídica, sólo por analogía puede trabajarse con cocientes”.

⁷³ Cf.: fundamento jurídico segundo.

⁷⁴ Sobre todo ello, con mayor detalle, Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, op. cit., pp. 175 y ss.

⁷⁵ Cf.: Robert Alexy, “La fórmula del peso”, op. cit., p. 358: “el peso abstracto de un principio Pi es el peso que se le asigna a Pi en relación con otros principios, independientemente de las circunstancias de cualquier caso concreto”.

estos, entonces procede, además, diferenciar el peso abstracto del principio de dignidad y las razones sistemáticas del peso correspondiente a los argumentos relativos a estos otros principios —lo cual puede reflejarse metafóricamente, a su vez, mediante la introducción de multiplicadores: (2·), (1.5·) o (1.25·), por poner tres ejemplos— y sobre los réditos de uno y otro establecer los márgenes de eficiencia de los distintos constructos.⁷⁶ En cualquier caso, con carácter general, el desplazamiento de criterios que permiten una concreción directa en márgenes de satisfacción del principio de dignidad por modelos referentes a principios carentes —como los de prevención— de peso abstracto —luego, dependientes de las circunstancias del caso concreto—⁷⁷ y con un excesivo déficit empírico parece difícilmente justificable en estos términos —de eficiencia—.⁷⁸

Frente a los modelos anteriores, el desarrollo de Günther Jakobs se mantiene en un abstracto nivel descriptivo, esto es, no pretende desarrollar una concreta comprensión de la culpabilidad sino bosquejar las ideas que, a su juicio, subyacen a éstas; si bien cuando describe, fundamenta; pues, insisto, señala las razones que, a su juicio, subyacen a esa categoría dogmática. En cuanto al concreto cuadro que esboza, la idoneidad de sus razones así como su excesiva simplificación, podemos aquí remitirnos a lo manifestado con anterioridad.

⁷⁶ Por lo demás, es posible aquí remitirnos a otro lugar, Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, *op. cit.*, pp. 175 y ss.

⁷⁷ Cfr. Robert Alexy, “La fórmula del peso”, *op. cit.*, p. 358.

⁷⁸ Hablamos, por tanto, de un concepto normativo de eficiencia que atiende a la significación para el Derecho de los concretos costes y márgenes de rendimiento; al respecto Anne van Aaken, “Rational Choice”, en *Rechtswissenschaft*, *op. cit.*, pp. 19, 70, 181, 266, 296, 325, 337 y 338; con mayor detalle, Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, *op. cit.*, pp. 175 y ss. En relación con los denominados “argumentos consecuencialistas”, véase Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon, Oxford University Press, 1994, p. 115: “consequentialist argument is indeed concerned to establish that a preferred ruling is the best all things considered; but that conclusion as to the ‘best’ is not determined by reference to a single scale of evaluation (e.g. the pleasure-pain scale as in the hedonistic utilitarianism of a Bentham); it is a final judgment passed in summation of the cumulating or competing results of evaluation by reference to a number of criteria of value”.

⁷⁹ Sobre el principio de igualdad, por ejemplo, véase Santiago Mir Puig, “Límites del normativismo en Derecho penal”, *op. cit.*, pp. 484 y 485; y *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, pp. 541 y ss., marg. 47 y ss.

⁸⁰ Empujándonos a ponderar con el principio de dignidad; en este sentido, cfr. Manuel Atienza, “Sobre el concepto de dignidad humana”, *op. cit.*, pp. 14 y 23. En relación con la doctrina del Tribunal Constitucional, asimismo véase Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 116 y 117.

⁸¹ José Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, III, *op. cit.*, pp. 16 y ss., con ulteriores referencias.

⁸² En particular *BVerfGE*, de 26 febrero de 2008 (Akt.Z: 2 BvR 392/07): “Der Grundsatz ‘keine Strafe ohne Schuld’ hat Verfassungsrang; er findet seine Grundlage im Gebot der Achtung der Menschenwürde sowie in Art. 2 Abs. 1 GG und im Rechtsstaatsprinzip (vgl. *BVerfGE* 9, 167 <169>; 86, 288 <313>; 95, 96 <140>). Aus diesem Grundsatz folgt für die Strafgerichte das Gebot schuldangemessener Strafens im Einzelfall. Danach muss Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Maß der Schuld des Täters stehen”. Asimismo, STC 181/2004 de 2 de noviembre, fundamento jurídico decimotercero. En nuestra doctrina, cfr. Santiago Mir Puig, *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 124, marg. 66. Con carácter general, por ejemplo, Jesús González Amuchastegui, *Autonomía, dignidad y ciudadanía*, *op. cit.*, pp. 442 y ss.

⁸³ Véase Manuel Atienza, “Sobre el concepto de dignidad humana”, *op. cit.*, pp. 17 y 18.

⁸⁴ En este sentido, Günter Stratenwerth, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, *op. cit.*, pp. 119 y ss.

IV. Epílogo: sobre el principio de culpabilidad, las medidas de seguridad y otros criterios de evaluación

La evaluación esbozada se asienta, principalmente, en una determinada comprensión del principio de dignidad. Si bien cabe pensar en otros parámetros de enjuiciamiento diversos de los aquí adoptados como, por ejemplo, el principio de proporcionalidad, de forma que se atendiese a la idoneidad del concreto modelo para comprender la culpabilidad como magnitud graduable, o la idoneidad problemática del mismo.⁷⁹ Desde esta otra perspectiva, quizás, modelos que permiten ciertos márgenes de rendimiento en relación con el principio de dignidad, pudieran mostrarse deficientes —así, en relación con la idoneidad problemática, por ejemplo cfr. II, A—.⁸⁰ En cualquier caso, la formulación al uso del principio de culpabilidad, “no hay pena sin culpabilidad, y [...] la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad”⁸¹ que se engarza, a su vez, con el principio de dignidad,⁸² no se muestra particularmente idónea a estos efectos de evaluación. Se trata de que esta fórmula, aun cuando permite cierta adaptación del imperativo categórico kantiano,⁸³ en tanto que condiciona la pena a la culpabilidad del sujeto y su medida a la medida de ésta, prescribiendo con ello la instrumentación del mismo —en particular, en nuestra disciplina— por razones de prevención,⁸⁴ no

ofrece ulteriores aproximaciones al citado concepto —de culpabilidad,⁸⁵ ¿no hay pena sin culpabilidad?; mostrándose por ello, en exceso formal para permitir una evaluación de los diversos modelos.

Finalmente, la vinculación de las medidas de seguridad en nuestro marco jurídico, con las causas de inimputabilidad en los artículos 101 y siguientes del Código, se presta igualmente a una explicación desde estos presupuestos. En tanto que la culpabilidad se sustenta, en último término, en la apreciación de márgenes de libertad en la determinación de la voluntad —“tratar a las personas de acuerdo con sus acciones voluntarias”⁸⁶ y las causas de inimputabilidad presuponen, inversamente, la ausencia o más bien

la irrelevancia de los márgenes concurrentes a efectos de reproche. Las medidas de seguridad engarzan aquí en tanto que presuponen el señalado déficit —de libertad en la determinación de la voluntad— en el ciudadano⁸⁷ y se legitiman en tanto que restituyen la misma.⁸⁸ Tales presupuestos se abren también a los recientes esfuerzos tendentes a legitimar el reproche, igualmente, mediante la legitimidad de la norma,⁸⁹ en tanto que enlazan con la idea de autonomía que subyace al citado principio.⁹⁰ Se advierten, por tanto, ulteriores razones de coherencia, sistemática, luego, jurídico-formales; aunque no sólo.

Pero sobre éstas y otras cuestiones, se deberá tratar en otro lugar.

⁸⁵ A lo que quizá no sea ajena su formulación en buena medida negativa: “no hay pena sin culpabilidad”; en este sentido, Melendo Pardos señala que este principio “no dice nada [...], sobre qué conductas son reprochables y por qué”. Mariano Melendo Pardos, *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad*, *op. cit.*, pp. 612 y 613. En esta línea, Francisco Muñoz Conde, “Über den materiellen Schuld begriff”, *op. cit.*, p. 70. También Ignacio Gutiérrez Gutiérrez señala la resistencia, en la doctrina del Tribunal Constitucional, “a concretarlo mediante referencias específicas a la dignidad de la persona”, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 23, 140 y ss.

⁸⁶ Últimamente, Thomas Hillenkamp, “Das limbische System: Der Täter hinter dem Täter?”, *op. cit.*, p. 105: “Nur wenn diese Entscheidungsfreiheit existiert, hat es Sinn, einen Schuldvorwurf zu erheben”. En la doctrina italiana, véase Roberto Bartoli, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, G. Ciappichelli, Turín, 2005, pp. 25, 71 y 125.

⁸⁷ En esta línea, Hans Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, *op. cit.*, p. 245.

⁸⁸ Así ya, en relación con la ponderación de consecuencias jurídicas, Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, *op. cit.*, pp. 220 y 221.

⁸⁹ Klaus Günther, *Schuld und kommunikative Freiheit*, Vittorio Klostermann, Francfort del Meno, 2004, p. 253: “Sowohl die legitime Geltung von Normen als auch die Pflicht zur Befolgung dieser Normen werden davon abhängig gemacht, daß die Person sich kritisch gegenüber (eigenen und fremden) Äußerungen und Handlungen verhalten kann... Die Legitimität der Rechtsnormen hängt von rechtsförmig institutionalisierten Verfahren ab, in denen Staatsbürger kritisch zu Normvorschlägen Stellung nehmen können”; tratándose de la culpabilidad, p. 258, “um das Selbstverständnis der Staatsbürger als freie und gleiche Rechtspersonen”. También Günther Jakobs, “La culpabilidad de los foráneos”, *op. cit.*, p. 126, planteándolo primeramente, con razón, como problema de legitimidad de la norma. En la doctrina italiana véase Roberto Bartoli, *Colpevolezza*, *op. cit.*, pp. 25 y 26. Anteriormente, Carlos S. Niño, *Ética y derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 388 y ss.; entre nosotros Francisco Muñoz Conde, “Über den materiellen Schuld begriff”, *op. cit.*, pp. 75 y ss. Más recientemente María Martín Lorenzo señala: “la noción central de la culpabilidad penal en el sistema jurídico propio de un Estado democrático reside en el concepto de persona deliberativa”, *La excusación penal*, *op. cit.*, p. 319. En relación con la culpabilidad empresarial, Carlos Gómez-Jara Díez sostiene la imputación personal a estos entes sobre el hecho “de que las corporaciones participan en el proceso de formación de normas sociales y jurídicas, de que participan en la producción común de sentido”, *La culpabilidad penal en la empresa*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, p. 295. Con amplias referencias de la doctrina iuspublicista alemana, véase Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 45, 56 y ss. Con carácter general, Jesús González Amuchastegui, *Autonomía, dignidad y ciudadanía*, *op. cit.*, pp. 445 y ss.

⁹⁰ En este sentido, véase Gregorio Pecces-Barba Martínez, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, pp. 68 y 69.

Doctrina



Colaboración de la Iglesia católica en la represión penal de la masonería y el comunismo durante el franquismo

Guillermo Portilla Contreras

Universidad de Jaén, España

Revista Penal México, núm. 3, enero-junio de 2012

RESUMEN: Durante el régimen franquista los masones fueron víctimas de la represión, se convirtieron en los principales enemigos de la República. La Iglesia católica colaboró, de modo muy cercano, con el Estado, en la persecución y delación de los masones.

PALABRAS CLAVE: masonería, franquismo, Iglesia católica, represión penal.

ABSTRACT: During Francoism in Spain, Masons were victims of repression, they turned into the main enemies of the Republic. The Catholic Church was a very close collaborator of the State in both hunting and denouncing Masons.

KEY WORDS: freemasonry, Francoism, catholic church, criminal repression.

Tal como advirtiera Luis Jiménez de Asúa, uno de los factores que contribuyeron decisivamente a la crisis de la Segunda República fue el problema religioso, más concretamente, la férrea oposición de la Iglesia católica al régimen republicano por su condición secularizada y, sobre todo, porque recortó de forma significativa casi todas sus prerrogativas.¹ Por eso puede comprenderse que la obstinación permanente

del Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo (TERMC) por desenmascarar el odio masónico a la Iglesia católica obedeciera, sin duda, a la firme tendencia de la mayoría de las logias a censurar los privilegios eclesiásticos y asumir la defensa de una sociedad laica. No hay que olvidar que el proceso de simbiosis entre franquismo e Iglesia católica fue absoluto,² ésta legitimó el golpe

¹ Cfr. H. Raguer, *La pólvora y el incienso. La Iglesia y la guerra civil española (1936-1939)*, Península, Barcelona, 2001, p. 39, que cita la obra de L. Jiménez de Asúa, *La constitución de la democracia española y el problema regional*, 1946, pp. 57-67. Asimismo, según este autor, la Iglesia se entregó en cuerpo y alma a los sublevados y la mayoría del episcopado y de las derechas católicas tuvieron una gran responsabilidad en la crispación creciente que desembocaría en el conflicto bélico. Cfr. *op. cit.*, p. 84.

² La colaboración entre la Iglesia y el régimen franquista es un dato objetivo corroborado por un amplio sector doctrinal. En esta dirección, véase J.A. Martín Pallín, "La ley que rompió el silencio", en J.A. Martín Pallín/R. Escudero Alday, *Derecho y memoria histórica*, Trotta, Madrid, 2008, pp. 30 y 34; J. Rodrigo, *Hasta la raíz. Violencia durante la guerra civil y la dictadura franquista*, Alianza, Madrid, 2008, p. 93. Como expone I.C. Ibán, "el recurso al catolicismo como elemento constitutivo de las bases ideológicas del franquismo no era sólo un reclamo para determinados grupos políticos, lo era también, y es más importante, para amplios sectores de la población de un país que a la sazón era abrumadoramente católico". Cfr. "Estado-Iglesia en España (1936-1953)", en *Franquismus und Salazarismus: Legitimation durch Diktatur?*, Vittorio Klostermann, Francfort, 2008, pp. 159 y 160.

militar³ y la dictadura consagró todos sus poderes y dispensas.⁴ Baste recordar la Pastoral de Pla y Deniel en la que, sin lugar a dudas, se justificaba la intervención militar:

La bendición de Pío XI nos dio ya la seguridad suficiente, que como obispo necesitábamos, para publicar unas semanas más tarde, en 30 de septiembre, nuestra Carta Pastoral Las dos Ciudades, defendiendo la tesis de que no se trataba de la guerra de España, de una mera guerra civil, sino de una verdadera Cruzada por la religión, por la patria y por la civilización cristiana.⁵

De idéntico tenor, una carta colectiva del obispado español, publicada tras un año de iniciado el conflicto, en julio de 1937, admitía que, “siendo la guerra uno de los azotes más tremendos de la humanidad, es a veces el remedio heroico, único, para centrar las cosas en el quicio de la justicia y volverlas al reinado de la paz”.⁶

Como contraprestación por su apoyo, la Iglesia obtuvo, entre otras, diversas concesiones de la Junta de Defensa. Se confirmó la confesionalización del Estado español, se otorgaron honores militares al Señor y a su Iglesia, e igualmente honor máximo al Santísimo Sacramento; los cardenales se equipararon a los generales en jefe, los arzobispos a los generales de división y los obispos a los generales de brigada.⁷ En la enseñan-

³ En opinión de J. Casanova, la mayoría del clero no sólo silenció esa ola de terror contra los “rojos”, sino que aprobó e incluso colaboró “en cuerpo y alma” en la represión. Intelectuales católicos, sacerdotes y religiosos, jesuitas y dominicos en especial, forjaron una férrea mentalidad católica frente al laicismo [...]. Cfr. *La Iglesia de Franco*, Temas de Hoy, Madrid, 2001, p. 14.

⁴ J. Casanova, en un trabajo excelente sin concesión alguna a los colaboracionistas con la estructura militar, ha resumido algunas de las prebendas con las que fue premiada la Iglesia católica por su constante apoyo a la dictadura. La Iglesia “recuperó todos sus privilegios institucionales, algunos de golpe, otros de forma gradual. El 9 de noviembre de 1939 se restableció la financiación estatal del culto y del clero, abolida por la República. El 10 de marzo de 1941, el Estado se comprometió mediante decreto a la reconstrucción de las iglesias parroquiales. A la espera de un nuevo Concordato, hubo acuerdos entre el régimen de Franco y el Vaticano, en 1941, 1946 y 1950, sobre la designación de obispos, los nombramientos eclesiásticos y el mantenimiento de los seminarios y las universidades dependientes de la Iglesia. Por fin, en agosto de 1953, catorce años después del fin oficial de la guerra, un nuevo concordato entre el Estado español y la Santa Sede reafirmaba la confesionalidad del Estado, proclamaba formalmente la unidad católica y reconocía a Franco el derecho de presentación de obispos”. Cfr. *La Iglesia de Franco*, op. cit., p. 236.

⁵ “El triunfo de la ciudad de Dios y la Resurrección de España”, en BOE de Salamanca, 1939, pp. 182 y 183.

⁶ Cfr. H. Raguer, *La pólvora y el incienso*, op. cit., p. 161. Relata Ramón Serrano Súñer que Pío XII recibió a 3 000 soldados españoles vencedores del comunismo en la Sala de la Bendición del Vaticano. Allí les comentó que “España sin hogares cristianos y sin templos coronados por la Cruz de Jesucristo no sería España”, concluyendo: “Habéis sabido sacrificáros hasta el heroísmo en defensa de los derechos inalienables de Dios y de la religión”. Cfr. *Entre Hendaya y Gibraltar* (Noticia y reflexión, frente a una leyenda, sobre nuestra política de dos guerras), Ediciones y Publicaciones Españolas, Madrid, 1947, p. 118.

⁷ Cfr. H. Raguer, op. cit., p. 93. Cfr. Orden de 12 de noviembre de 1937, Aranzadi, RCL, 1937, núm. 1136.

⁸ H. Raguer, op. cit., p. 89. Cfr. Orden de 4 de septiembre de 1936, Aranzadi, RCL, 1936, núm. 1768.

⁹ Cfr. J. Casanova, op. cit., p. 248.

¹⁰ *Ibidem*, p. 236.

¹¹ Cfr. I.C. Ibán, “Estado-Iglesia en España...”, op. cit., p. 162.

¹² Mediante el Decreto de 4 de agosto de 1931, Victoria Kent derogó el cuerpo de capellanes de prisiones, que fue restituido por la Orden de 5 de octubre de 1938. Cfr. A. Cenarro, “La institucionalización del universo penitenciario franquista”, en Carme Molinero, Margarita Sala y Jaume Sobrequés (eds.), *Una inmensa prisión. Los campos de concentración y las prisiones durante la guerra civil y el franquismo*, Crítica, Barcelona, 2003, p. 142 (Contrastes).

¹³ J. Rodrigo, *Hasta la raíz. Violencia durante la guerra civil y la dictadura franquista*, op. cit., p. 144.

za, “se ordenó revisar los textos para que nada hubiera en ellos contrario al dogma o a la moral cristianas, y de paso, una disposición transitoria imponía “la precisa separación de sexos”.⁸ Una prueba más de la contribución de la Iglesia a la represión es la intervención activa en materia de Responsabilidades Políticas que le proporcionaba la LRP, convirtiéndola, “por medio de los párrocos, en una agencia de investigación parapolicial [...] acerca de los antecedentes políticos y sociales (del presunto responsable), anteriores y posteriores al dieciocho de julio de mil novecientos treinta y seis”.⁹ En suma, “Eso sí que era hegemonía católica, monopolio religioso, dictadura de militares y clérigos para imponer la unidad de la fe y la nación”.¹⁰

La Iglesia católica se introdujo en los órganos del Estado, intervenía en el organismo de censura cinematográfica, en el Consejo Nacional de Educación y en los Consejos de Distrito Universitarios.¹¹ También se contaba con un representante de la jerarquía eclesiástica en las Comisiones Depuradoras de las Bibliotecas Universitarias y el Cuerpo de capellanes de prisiones.¹² Precisamente en torno a la participación de sacerdotes en la prisión, el Ministerio de Justicia creó el sistema de Redención de penas por el trabajo (inspirado en el proyecto del jesuita Pérez del Pulgar), el 7 de octubre de 1938, un modelo que permitía el uso de la mano de obra de los presos.¹³ Posteriormente, la

Orden Ministerial de 14 de diciembre de 1942 (BOE de 22 de diciembre de 1942) instituyó, en virtud del art. 2 b), el Patronato Central de “Nuestra Señora de la Merced” para la redención de penas por el trabajo, presidido por el director de prisiones e integrado, entre otros, por la Delegada Nacional de la sección femenina de la FET y de las JONS, un Auditor General del Ejército, otro de la Armada y otro del Aire, el Provincial de los Padres Mercedarios, un religioso o sacerdote jefe de los servicios religiosos de la dirección general nombrado a propuesta del Cardenal Primado, etc.¹⁴ De ese modo, la habitual técnica de destrucción del “enemigo” cedió paso al criterio de “utilidad social”, un cambio de táctica que, lejos de tener su origen en una finalidad rehabilitadora y humanitaria —se vendió como una prueba de la magnanimidad del “Generalísimo”—, fue la excusa perfecta para la explotación de la mano de obra barata del preso republicano.

Curiosamente, sólo podían “disfrutar” del derecho al trabajo los reclusos condenados por delitos no comunes (políticos) entre el 18 de julio de 1936 y el 1º de abril de 1939, excluyéndose expresamente a los presos sancionados por el TERMC (arts. 8 y 24 de la Orden Ministerial de 14 de diciembre de 1942). En cambio, sí se aplicaba a los presos castigados por delito de comunismo que habían sido objeto de condena por la jurisdicción militar. Las entidades que empleaban a esos reclusos-trabajadores abonaban al Patronato el salario íntegro correspondiente a un trabajador libre, pero el Patronato fijaba un salario mínimo. De hecho, llegó a alquilar presos a empresas privadas que pagaban el salario medio del que el Estado se llevaba

el 76%. Si quien contrataba era el Estado (colonias penitenciarias, embalses, saltos de electricidad, pantanos, obras hidráulicas, etc.), provincias, municipios o talleres penitenciarios, el recluso sólo tenía derecho a percibir la parte correspondiente a su alimentación (art. 9 de la Orden).

Del mismo modo, los postulados que guiaron las leyes penales de esa época, que giraban en torno a los *crimina maiestatis*, no fueron otros que los principios del Movimiento Nacional Patria, Dios y Justicia. Con esas consignas, el Código penal se arrojó la protección de la vertiente más reaccionaria de la Iglesia católica, el nacional-catolicismo, la religión católica, apostólica y romana en su acepción medieval de fe, obediencia e inquisición. Al tratarse de uno de los pilares y de los apoyos ideológicos del “Nuevo Estado”, los delitos contra la Iglesia católica fueron interpretados siempre como ataques contra la forma de Estado. Por esa razón, la influencia decisiva del nacional-catolicismo en la legislación penal franquista no sólo se tradujo en la hiperdefensa de los valores, instituciones o representaciones de la ideología católica, sino que también inspiró la protección penal de una determinada moral sexual y la tradicional discriminación de la mujer y de la homosexualidad.¹⁵

Como era de esperar, también el TERMC ofreció su manto protector a la Iglesia católica; de hecho, se convirtió en su brazo ejecutor, y, al tiempo, la Iglesia colaboró directamente con el TERMC al que instrumentalizó en defensa de las virtudes católicas y la dictadura militar, hasta el punto de producirse, como se ha destacado en apartados anteriores, un efecto de asimilación entre política y religión.¹⁶

¹⁴ Por otro lado, una de las principales funciones del Patronato residía en la labor evangelizadora o apologética que fomentaba la propaganda y asistencia religiosa de los reclusos, ayudando y favoreciendo así a los capellanes. Al respecto, cfr. A. Cenarro, “La institucionalización del universo penitenciario franquista”, *op. cit.*, pp. 135-138. Existieron, además, delegaciones locales del Patronato que, entre sus miembros, contaban con el cura párroco del pueblo o sacerdote. El Patronato tenía, entre otras misiones, la de recibir y otorgar las peticiones de toda clase de presos aptos para trabajar por cuenta del Estado, diputaciones, ayuntamientos o empresas particulares.

¹⁵ En una futura publicación tengo la intención de exponer el mecanismo de represión franquista de los estados de peligrosidad con especial referencia a la homosexualidad y, concretamente, la situación vivida en la colonia agrícola de Tefia en Fuerteventura, un centro de internamiento para homosexuales que ha sido brillantemente denunciado en el libro *Viaje al centro de la infamia*, de M.A. Sosa Machín. El autor relata en forma novelada la situación vivida por los homosexuales recluidos en aquel campo de concentración y destaca que “El rumor, la sospecha, el qué dirán, el menoscabo y el atropello eran el fundamento de la mayoría de los informes. Ayuntamientos, Policía Nacional, Guardia Civil, médicos forenses, fiscales, jueces [...] algunos familiares y vecinos, participaron de un enfermo delirio cuyo fin último era anular la existencia de aquellos individuos”. Cfr. *Viaje al centro de la infamia*, Anroart, Las Palmas de Gran Canaria, 2006, p. 164.

¹⁶ Esta asimilación se pone especialmente de relieve en la sentencia de 15 de marzo de 1943 (Sumario 1016/4082) contra Arsenio de Mesa García. El imputado, director de la prisión de Tarrasa, fue expulsado del cuerpo de prisiones por su condición de masón, por haber pisoteado la bandera española al proclamarse la Segunda República en 1931 y por haber cambiado su apellido español de Mesa por Taula, su equivalente en lengua catalana. Sin embargo, pese a unos antecedentes tan negativos y su “mala conducta política”, el Tribunal —compuesto por Saliquet Zumeta, González Oliveros, Ulibarri, De Borbón y De la Torre— solicitó la conmutación de la pena debido a la defensa de los valores católicos: se interpretó como servicios prestados al Movimiento Nacional permitir el rezo del rosario y la celebración de la Santa Misa en prisión.

Una muestra más de la implicación de la Iglesia en la represión penal del TERMC y en la permanente delación de masones, comunistas y republicanos en general es la Carta firmada por el Obispo de Barcelona, Miguel de los Santos, el 10 de noviembre de 1941, dirigida al titular del Juzgado Especial núm. 1, en la que confiesa la posesión por parte de la Iglesia de un archivo sobre masones:¹⁷

Ilustrísimo Señor: En contestación a su muy atenta comunicación, de fecha 4 del actual, que es la primera que sobre el asunto de que se trata ha llegado a mis manos, tengo el honor de comunicar a V.S. que he llamado y preguntado sobre los extremos de la misma al Rdo. Sr. Dr. D. Juan Tusquets, Presbítero, el cual me ha manifestado lo siguiente: Que no posee, en la actualidad, ninguna ficha masónica, ni de D. Alfonso Fischer Weyer ni de otra persona alguna. Antes del Glorioso Movimiento Nacional, utilizaba el Dr. Tusquets un fichero que llevaba su compañero el Rdo. Sr. D. Joaquín Guiu, también presbítero, pero los rojos asesinaron a éste y destruyeron el fichero. Durante la guerra de liberación, el Dr. Tusquets cuidó, bajo las órdenes del Comandante Palau, de la sección masónica del S.I.P.M., situada en la Presidencia; pero el fichero íntegro de la mencionada sección fue entregado por el Comandante dicho, de orden superior, al Excmo. Sr. D. MARCELINO DE ULIBARRI, Delegado de S. E. el Generalísimo para asuntos Especiales. Dada la cantidad de fichas que en ambos ficheros había, le es imposible al Dr. Tusquets recordar si Don Alfonso Fischer, que le es desconocido, figuraba o no en los mismos.

El posicionamiento de la Iglesia católica a favor de los golpistas y su ingerencia en una gran parte de los procesos contra masones puede comprobarse en multitud de sentencias. He destacado diversas pruebas documentales que muestran sobradamente la continua intervención de la Iglesia en la labor investigadora del TERMC.

¹⁷ Carta que se recoge en el expediente de Alfonso Fischer Weyer, España, Ministerio de Cultura, Centro Documental de la Memoria Histórica, Sumario 71/220. Sentencia de 12 de enero de 1942.

¹⁸ Sumario 282/12. Se le condenó a la pena de 12 años y un día de reclusión menor por delito de masonería, habiendo observado “mala conducta política”. En el Informe de la Dirección General de Seguridad del Estado (DGSE) de 23 de marzo de 1942, contenido en su expediente, se señala que “pertenció a la Logia ‘PATRIA GRANDE’ de Málaga con el grado 1º de aprendiz, causando baja en la Secta por plancha de quite [...] en el año 1935. Políticamente pertenecía a Unión Republicana, actuando activamente con anterioridad al Glorioso Movimiento Nacional. Fue Concejal en el año 1934 y posteriormente Alcalde de Málaga, candidato para Diputado a Cortes y Director General de Agricultura, nombrado por el Frente Popular. Al iniciarse el Glorioso Movimiento Nacional se puso incondicionalmente a disposición de las Autoridades rojas con cuya política se encontraba identificado por sus ideas izquierdistas. Huyó de Málaga antes de su liberación y se cree se encuentra en Tánger”. En el expediente consta la Declaración del procesado de 4 de mayo de 1942, en la que delata a tres masones, y unas alegaciones al pliego de cargos de 5 de mayo del mismo año.

¹⁹ Otras declaraciones favorables, una de ellas de la Jefatura Local de Falange, aparecen recogidas en acta notarial el 28 de abril de 1942. Cfr. España, Ministerio de Cultura, Centro Documental de la Memoria Histórica. TERMC, Exp. 1530.

En el expediente de Narciso Pérez Texeira, sentencia de 5 de junio de 1942,¹⁸ se contiene el Informe del Vicariato Apostólico de Marruecos que certifica, el 28 de abril de 1942, lo siguiente:

[...] es persona de orden y de sanas ideas, constándonos que desde los primeros momentos que vino a Tánger ha observado una conducta intachable, tanto en el orden religioso, como en el social y político, poniéndose al lado de las Autoridades Nacionales en Tánger, a favor del Glorioso Movimiento Nacional, y sosteniendo las mejores relaciones de respeto, afecto y amistad con este Vicariato, con el que ha estado en continuo contacto, mereciéndonos, por su irreprochable y sincera conducta, el mejor concepto, y haciéndose acreedor a Nuestra amistad y afecto [...]. Damos, asimismo, testimonio de que consta en este Vicariato, en forma fehaciente, haber hecho oportunamente la abjuración de la Masonería, mediante la declaración-retractación masónica, a la que siguió la absolución, después de hacer constar que sólo perteneció a la secta por espacio de un año [...].

Asimismo, la Secretaría del Vicariato Apostólico de Marruecos refrenda que, el 27 de mayo de 1940,

ha comparecido NARCISO PÉREZ TEXEIRA para hacer la declaración-retractación establecida por el Derecho Canónico para los que dan su nombre a Sectas condenadas por la Iglesia, declaración-retractación que, bajo juramento, ha hecho en forma de Derecho, siendo, en su consecuencia, absuelto de la Censura eclesiástica incurrida, según la fórmula del Ritual.¹⁹

Por otro lado, en el expediente de Joaquín Pérez Madrigal, ya señalado en este trabajo, junto a otros valiosos documentos, se acompañan varias cartas en las que se le felicita por la publicación de su libro *Augurios, estallido y episodios de la guerra civil*. Una de ellas es la del Secretario de Franco, otra, la de Serrano Súñer, y en otras son representantes de la Iglesia

los que le manifiestan su total apoyo. Pues bien, una de esas cartas, con fecha de 12 de marzo de 1937, la firma Andrés Fernández, sacerdote de la Pontifical Biblical Institute Jerusalén, en la que, tras felicitarlo por su libro, le solicita que escriba sobre las madres generosas, falangistas, de “Renovación española”. La otra procede del Convento de San Jacinto, Padres Dominicos de Sevilla, de 14 de junio de 1937, en la que se alude a la canalla marxista, las iglesias profanadas, libros quemados, religiosos fusilados, etc.²⁰ Más adelante, con motivo del procesamiento de Pérez Madrigal, José Balza González, coadjunto de Nuestra Señora de las Angustias y Asesor Religioso del Frente de Juventudes del Distrito del Hospital, elabora un informe, el 18 de septiembre de 1941, en el que valora las virtudes del imputado y reconoce que, “independiente de toda relación formal, acudió a mí como sacerdote para reconciliarse privadamente con nuestra Santa Madre la Iglesia por su pasados contactos con la masonería [...].” Asimismo, en el Informe del Colegio Nuestra Sra. de las Maravillas se comunica que, tras colocar a su hijo Juanito, emocionado, asistió a la comunión de su hijo. Además, el informe de la Secretaría-Cancillería del Obispado de Madrid-Alcalá certificó la abjuración de sus errores el 19 de septiembre de 1941.²¹

Sirven de claros referentes los escritos que se adjuntan en el expediente de Fernando Pastor López, de 10 de julio de 1941,²² sobre todo la carta firmada por Segundo Martínez Ojeda, Reverendo Adjunto de la Iglesia Parroquial de San Fernando, en la Provincia de Cádiz, el 23 de octubre de 1941, en la que certifica

no saber nada en contra de la moralidad y religiosidad de costumbres de Fernando Pastor López, desde su ac-

tuación verificada en el año mil novecientos treinta y seis hasta el día de la fecha, procurando cumplir con los preceptos de la Santa Iglesia Católica personal y familiarmente y mereciendo por su conducta el aprecio y distinción de sus Jefes.²³

Igualmente, en el Sumario 181/42, correspondiente a la sentencia de 3 de junio de 1942 contra Juan Sánchez González, hay una carta de Camilo García Valenzuela, cura encargado de la Parroquia de la Inmaculada Concepción de la Línea, en la que se certifica que

el feligrés de la misma, Sánchez González, efectuó su reconciliación con la Santa Iglesia al comienzo del Glorioso Movimiento Nacional, desde cuya fecha cumple satisfactoriamente sus deberes religiosos frecuentando los santos sacramentos como miembro activo que es de la Adoración Nocturna, Apostolado de la Oración y Cofradía del Santo Entierro, Cofradía en cuya organización tuvo parte muy activa. Y para que conste y surta sus efectos donde le convenga, expido el presente en la Línea de la Concepción a 14 de febrero de 1942.

Aunque menos detallado, en la misma línea se manifiesta el informe emitido el 14 de octubre de 1941 por el Reverendo padre Vicente Martínez, Superior de Residencia de la Venerable Orden Tercera de San Francisco de Santa Cruz de Tenerife, sobre la moralidad religiosa de Antonio Carballo Fernández (Sumario 45/92). En él se afirma que “es persona de intachable conducta pública y privada, de ideas cristianas, cumpliendo puntualmente, lo mismo que su familia, sus deberes religiosos [...].”²⁴ Por último, cabe mencionar el Expediente de José Luis Asián Peña, que contiene tres informes (favorables) de representantes de la Iglesia. En primer lugar, con fecha de 24 de octubre

²⁰ Cfr. España. Ministerio de Cultura. Centro Documental de la Memoria Histórica. TERMC. Exp. 249, pp. 58 y 59.

²¹ Cfr. España. Ministerio de Cultura. Centro Documental de la Memoria Histórica. TERMC. Exp. 249.

²² Sobre sus datos personales, existe una ficha del Servicio Nacional de Seguridad que dice ser “Afiliado a Izquierda y Acción Republicana de cuyo comité fue contador. Lector contumaz de prensa izquierdista y propagandista de sus ideas. Firmante del manifiesto de los elementos de izquierdas en agosto de 1932, como protesta por la sublevación militar. De mala conducta, estuvo procesado por falsificación de documentos y cumpliendo condena por este hecho. Enemigo del Movimiento Nacional, elude, siempre que puede, saludar a la bandera Nacional y prestar acatamiento a las órdenes superiores [...].” A esto se adjunta un pliego de descargas de septiembre de 1941 y la solicitud de absolución al Consejo de Ministros de 27 de octubre de 1941.

²³ También consta un escrito de la Parroquia Vaticana de San Francisco, con un membrete en la parte superior derecha que reproduce la frase: ¡ARRIBA ESPAÑA! El autor del documento es Recaredo García Sabater, cura párroco, y la fecha, el 23 de octubre de 1941. Ahí se avala el modelo de abjuración presentada por el procesado en el Archivo de la Parroquia. Véanse sendos documentos. España. Ministerio de Cultura. Centro Documental de la Memoria Histórica. TERMC. Exp. 158, pp. 40 y 41.

²⁴ Asimismo, consta en el expediente la partida de su matrimonio, de 11 de junio de 1941, y otro documento de 21 de octubre de 1941 formulado por Felipe Augusto Rivera Romero, licenciado en Sagrada Teología, cura párroco de Santa Lucía en la Coruña, que se manifiesta en los mismos términos. Se puede ver esta documentación en España. Ministerio de Cultura. Centro Documental de la Memoria Histórica. TERMC. Exp. 92, pp. 29, 30 y 40.

de 1942, consta la valoración que le merece al Presbítero de la Archidiócesis de Burgos, Auxiliar Numerario del Instituto, Militante de la FET y de las JONS, quien

siempre se manifestó acendrado españolista y ferviente partidario de orden, rectitud y justicia social, sin que yo notara jamás en él nada que desdijera de nuestros sólidos principios: muy al contrario; que a pesar de haber atravesado tiempo en que la irreligiosidad se hallaba a la orden del día, mi compañero y amigo, siempre y ostensiblemente, se mantuvo profundo creyente, positivo cristiano y ardiente defensor del sacerdote, como lo pude comprobar en todas nuestras excursiones a través de los descreídos pueblos de Cataluña hostiles a la sotana.

A su vez, el Informe del Catedrático de Moral, del Seminario de Barcelona y Director Espiritual del Instituto Jaime Balmes, expone, con fecha de 14 de noviembre de 1942,

Que muchos años antes de 1936, conocía a D. José Luis Asián Peña, habiendo observado siempre en él la más sólida religiosidad, nunca desmentida, ni aun en aquellos tiempos en que se hacía alarde de anticlericalismo, y jamás encubierta, como lo probaban su máximo respeto por nuestra santa Religión, el fiel cumplimiento de sus prácticas y su manifiesta deferencia para con sus Ministros.

Y, finalmente, Jaime Carreta, Doctor en Sagrada Teología, Licenciado en Derecho Canónico, Capellán del Albergue de San Antonio, Profesor adjunto de Religión, señala sobre el inculpado, en un Informe de 26 de noviembre de 1942, que

me manifestó su deseo de abjurar de la masonería, en la que había ingresado con cierta inconciencia, [...] me presté a agenciarle el asunto de su retractación oficial y pública, indicándole, que no corriendo prisa alguna, po-

día aplazar dicha ceremonia hasta pasado el agobio que sobre él pesaba a causa de los exámenes [...].²⁵

En resumen, una lectura detallada de las sentencias del TERMC entre 1941 y 1958 confirma que la Iglesia colaboró estrechamente con él, preparaba informes sobre las cualidades morales de los procesados, comunicaba al Tribunal si el sujeto había abjurado de sus errores o no, si se caracterizaba por una buena conducta pública o privada, etc. Eso sí, el informe era demoledor, por lo negativo, cuando afectaba a masones fieles a la República y protector cuando el masón era de derechas.²⁶

Ya desde las primeras sentencias dictadas en 1941, el Tribunal quiso demostrar que la “principal finalidad de la masonería es la destrucción de la Iglesia Católica”, de tal manera que se consideraba inherente a ella su odio implacable a la Iglesia de Cristo: se sostiene que “la masonería es la ‘Sinagoga del diablo’, como decía Pío IX, y esta admirable definición, después de medio siglo no se ha sabido superar”.²⁷

El caso de Santiago Mestre Arús, que fue expulsado de la logia al participar en una procesión del Corpus en Barcelona, se ha convertido en claro exponente utilizado por la Fiscalía del Tribunal para corroborar esa animadversión contra la Iglesia católica.²⁸ En un tono quejumbroso, se explica que la asistencia de mestre a tal acto obedeció al cumplimiento de una promesa, al creer que la intervención divina sanó a su hija de seis años de una meningitis;²⁹ por ello, en el mismo instante en que el procesado presentó en el juicio los documentos originales de su expulsión y los motivos que la causaron, la Fiscalía solicitó inmediatamente la suspensión del juicio. Con esa misma finalidad de probar que “la Masonería transige con todo y admite en su seno a todo el mundo, siempre que no se trate de personas ‘FERVIENTE Y PROFUNDAMENTE’ católicas”, la Memoria-Informe de la Fiscalía núm. 2,

²⁵ Se pueden ver los informes en España, Ministerio de Cultura, Centro Documental de la Memoria Histórica. TERMC. Exp. 4289, pp. 19, 21 y 22.

²⁶ En la propuesta de condena del franquismo aprobada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 18 de marzo de 2006, en el punto 77 se denuncia que la Iglesia católica estuvo estrechamente vinculada al régimen, que participó en la persecución de los vencidos y que los sacerdotes delataron a los parroquianos republicanos ante los Tribunales de Estado.

²⁷ Memoria-Informe de la Fiscalía núm. 2, de 31 de diciembre de 1941. Se afirma que “la masonería no es sino la superexaltación del hombre frente a Dios, como la santidad no es más que el desprecio de sí mismo por amor de Dios, por eso los masones fomentan la vanidad, el exhibicionismo, la oratoria hueca, la lisonja, la adulación, [...] la masonería pretende crear una fuerza enorme y secreta que acabe con la ‘infame’, como ellos llaman a nuestra SANTA IGLESIA CATÓLICA. Ésta es su verdadera finalidad y por esto ha sido condenada por los últimos doce Pontífices, desde Clemente doce hasta nuestros días”.

²⁸ Con esa pretensión se hace constar en la Memoria-Informe de la Fiscalía núm. 2, de 31 de diciembre de 1941.

²⁹ Memoria-Informe de la Fiscalía núm. 2, *op. cit.*

de 31 de diciembre de 1941, cita el Sumario 1.240 de 1942 seguido contra Cándido Dencás Pignollers. En él obra un documento auténtico de la Cámara de Maestros de la Logia Humanitat de Barcelona, en el que se comunica a la Logia Minerva, el 19 de junio de 1936, lo siguiente: “EN CUANTO AL PROFANO CÁNDIDO DENCÁS SU CONTACTO CONTINUO Y ESTRECHO CON LOS FRAILES DE POMPEYA Y DE MONSERRAT LE HACEN INCOMPATIBLE CON NUESTROS PRINCIPIOS”. Este texto reforzó la negativa concepción del Tribunal sobre la masonería:

a Cándido Dencás no se le admite como masón por ser amigo de los frailes. Esto es, que se admite y se eleva a grados superiores a Francisco Ferrer Guardia, condenado como criminal a muerte cuando dicha pena se imponía con poca frecuencia, se admite a los mayores asesinos, a los mayores estafadores, a los más depravados invertidos, pero al amigo de los frailes se le rechaza. ¿No está perfectamente clara la aversión a la Iglesia de Cristo?³⁰

Igualmente, la Secretaría General del Tribunal, en la Memoria de 1942, vuelve a acentuar la pugna entre masonería y el “hecho religioso”, sin duda, la auténtica pesadilla del Tribunal.³¹

En verdad, el enfrentamiento entre la Iglesia y la masonería viene de antiguo, ya en el siglo XVIII la Iglesia la condenaba. Tanto Clemente XII, en 1738, como Benedicto XIV, en 1751, penaron las prácticas masónicas bajo el pretexto del secreto al que se sometían los masones bajo juramento, por ser una sociedad secreta y, por tanto, ilícita. En realidad, esas razones encubrían la verdadera preocupación de la Iglesia, lo que explicaba su actitud frente a la masonería: por un lado, la amenaza que representaba para ella una

organización que admitía la libertad religiosa,³² y, por otro, la defensa de la “Seguridad del Estado” frente a las asociaciones ilícitas. Posteriormente, tanto Pío IX como León XIII tuvieron a la masonería en su punto de mira.³³ La Encíclica *Quanta cura* de 1864 dedicó un apartado a la condena de las sociedades clandestinas, en la que estaba latente la censura al Gobierno italiano que las utilizó en su lucha contra el Estado Pontificio.³⁴ Si a esto le unimos que, ya entrado el siglo XX, la masonería siguiera defendiendo la libertad religiosa y rechazando enérgicamente los haberes del clero y todos los privilegios de la Iglesia católica, se puede comprender que se convirtiera, en efecto, en uno de los principales enemigos del Estado nacional-católico.

La tensión entre masonería e Iglesia fue resuelta con la excomunión del masón y la persecución penal a través de jueces seleccionados entre lo “mejor” del nacional-catolicismo, que, falseando la verdad, cuestionaron también la libertad de cultos que defendía la masonería. En ese sentido, el Tribunal nunca llegó a reconocer que la masonería admitía toda clase de religiones, incluso la católica, sino que, por el contrario, llegó a la conclusión de que esa pretendida libertad religiosa “más parece incitación al sacrilegio que descendencia o amplitud de miras”³⁵ Se alega, como ya se ha señalado, que la logia primero advierte, y posteriormente expulsa a todo aquél que lleva a efecto un acto público de culto: “matrimonio canónico solemne, primera comunión de los hijos o un enterramiento con clero parroquial”. Y de igual manera, sin ninguna clase de pruebas, se atribuye a las logias los incendios de los templos y conventos que, según se afirma, aquéllas conocían de antemano.³⁶

De hecho, como también se ha expuesto, sólo se consiguieron algunas evidencias del carácter laico de

³⁰ Cfr. Memoria-Informe de la Fiscalía núm. 2, de 31 de diciembre de 1942.

³¹ En la Memoria de la Secretaría General del Tribunal de 1942 se denuncia la falsedad en la que incurrián los masones al encubrir su odio a la Iglesia. Se relata cómo “son casi de rigor las presentaciones de certificaciones de bautismo, recordatorios de primeras comuniones, adhesión a cofradías y obras piadosas. Por el contrario, se ocultan cuidadosamente hechos de índole contraria, cual son los matrimonios masónicos y los, llamémoslos así, bautismos masónicos, no muy frecuentes, menos que los anteriores, pero de realidad indudable, según palmarias pruebas documentales y alguna fotografía nupcial bajo el signo de la espada y el triángulo, en ceremonia tan pomposa y afectada como las demás ritualidades de la ‘augusta orden’”.

³² Cfr. J.A. Ferrer Benimeli, *La masonería española*, Istmo, Madrid, 1996, pp. 52 y 53.

³³ En la Encíclica *Humanum genus* fluye el odio a la masonería. Cfr. J.A. Ferrer Benimeli, *Masonería española contemporánea: desde 1868 hasta nuestros días*, vol. 2, Siglo XXI, Madrid, 1987, pp. 37-41.

³⁴ Cfr. J.A. Ferrer Benimeli, *Masonería española contemporánea, op. cit.*, pp. 37-41.

³⁵ Informe de los juzgados números 1 y 2. Memoria de 1942.

³⁶ Se cita el caso de Cádiz y, más concretamente, el de La Línea, ciudad en la que se conocía previamente “la lista de las personas que habían de sufrir atropellos” y la persecución callejera de religiosos y otras personas tachadas de religiosidad. Cfr. Informe de los juzgados números 1 y 2. Memoria de 1942.

un sector masónico contrario a determinados privilegios eclesiásticos. A este respecto, el Tribunal valoró como pruebas las directrices suministradas por las Logias de Huelva a los Concejales del Ayuntamiento de esa ciudad, miembros de la organización, que pretendían imponer un tributo al toque de campanas y a los enterramientos religiosos; o la propuesta de un médico, miembro de una Logia de Madrid, de sustituir a las religiosas por enfermeras en el Hospital; o influir en las Logias para la defensa de una legislación educativa laica.³⁷

En definitiva, no cabe ninguna duda de la veracidad del enfrentamiento entre masonería e Iglesia católica. En ese sentido, el Boletín Oficial de la Gran Logia española publicó, en 1931, un artículo titulado “El debate constitucional”, en el que se defendía que “el Estado no puede tener religión [...]. Hay que nacionalizar los bienes de las Órdenes religiosas. Por ahora, nada de Concordatos [...]. Exigid la escuela única, laica, obligatoria, gratuita”.³⁸ Aunque se trata de un documento extremadamente radical que no fue compartido en su totalidad por el resto de logias,³⁹ por la Logia de Barcelona, Manuel Ruiz Zorrilla envió un escrito a las Cortes Constituyentes, el 30 de septiembre de 1931, en el que se propone, entre otras medidas, la separación de la Iglesia y el Estado, la denuncia del Concordato establecido por la Santa Sede, la terminación de relaciones diplomáticas con ciudad del Vaticano, la declaración de libertad religiosa absoluta. De otra parte, se sugería declarar nulas todas las cesiones de bienes que, por cualquier título lucrativo, favorezcan a personas o entidades religiosas, sin perjuicio de los legítimos herederos, pudiéndose ejercer acción popular para las oportunas denuncias; la incapacitación legal de los sacerdotes, sin distinción de cultos, para la enseñanza pública y privada en todos sus grados, así como para desempeñar cargos públicos; la sustitución del cura por el maestro en la Armada, el Ejército y la Aviación nacional; la nacionalización de los bienes de las comunidades religiosas, tanto del país como extranjeras; la supresión en el presupuesto de todas las partidas consignadas

hasta ahora a favor del culto y clero; la incautación de bienes existentes en poder de la Iglesia, dedicándose a la beneficencia, trasladándolos a la administración del Estado, la región o el municipio, según proceda; la prohibición absoluta de salida del país de dádivas con destino al llamado “Dinero de San Pedro”, el que se recauda para la Santa Cruzada [...]; el inventario de bienes poseídos por el clero secular, que seguirá usufructuándose mientras los conserven en buen uso, los sigan dedicando al objeto a que están consagrados y no sea conveniente disponer de ellos por utilidad pública y se satisfagan las contribuciones y repartos que correspondan; exigir a los sacerdotes la indumentaria corriente de los ciudadanos, consintiéndose el empleo del traje talar y ornamental únicamente en el interior del templo; secularización de los cementerios; matrimonio civil; divorcio con indemnización que percibirá el cónyuge inocente del culpable, y facultad para ambos de contraer nuevo matrimonio; investigación rigurosa de la paternidad, siendo declarados legítimos todos los nacidos, sin distinción.

En esa misma línea anticlerical, la Gran Logia Regional Unida del Nordeste de España remitió al Gran Consejo Federal Simbólico de Madrid, el acuerdo de 25 de enero de 1932, en el que se felicitaba al gobierno “por haber promulgado el decreto de disolución de la Compañía de Jesús, invitándole a seguir por este camino de liberación de la conciencia nacional [...] y para solidificar el régimen de libertad adquirido”.⁴⁰

Tras un año desde el inicio de la actividad del TERMC, se siguió criticando ferozmente a la masonería por su perfil anticatólico. Por el especial interés que tiene para el conocimiento del fanatismo nacional-catolicista de la mayoría de los juristas que intervinieron en el procedimiento del Tribunal y el desprecio que sentían por todo lo masónico, voy a reproducir literalmente algunas partes de la Memoria de la Fiscalía núm. 2, de 31 de diciembre de 1942, que realiza unos comentarios que no tienen desperdicio al hilo de algunos textos masónicos. Sobre todo, reprocha a los masones, lo que parece “monstruoso”, que propugnen “el Bien por el Bien mismo”.

³⁷ Informe de los juzgados números 1 y 2. Memoria de 1942. Según el informe, la inmensa mayoría de los masones pertenecían a partidos anticlericales, con una fría indiferencia religiosa, pero también se subraya que una parte de ellos simultaneaba la asistencia a la Logia y a la Iglesia, al menos para actos solemnes de familia, y algunos interpretaron la excomunión como uno de tantos trámites simbólicos en la medida en que no impediría sus actos de culto. Cfr. Informe de los juzgados números 1 y 2. Memoria de 1942.

³⁸ Cfr. J. Ferrer Benimeli, *Masonería española contemporánea*, op. cit., pp. 82 y 83.

³⁹ *Ibidem*, pp. 85 y 86.

⁴⁰ Archivo de Servicios Documentales de Salamanca, Sección masonería, Legajo 96 A, Exp. 1-22691.

Aparte de ciertas declaraciones sensacionales de algún masón ante el Tribunal, de que luego hablaré, la lectura de copiosa literatura masónica y antimasónica a que me he dedicado en el año 1942 demuestra claramente cuál es la principal finalidad de la secta. En la Declaración de principios del Gran Oriente Español publicada en Madrid en el año 1893, que sólo tiene cuatro páginas, se establecen las bases fundamentales sobre qué es la masonería, mejor dicho, ninguna fuente mejor para saber qué es lo que los propios masones quisieron hacer creer que es la masonería. Empieza diciendo que la francmasonería no es una religión positiva, ni una escuela filosófica ni un partido político. Hasta aquí no hace más que decir lo que no es la masonería, no lo que es, que es lo que interesa, lo que se dice siempre en las bases o Constituciones de cualquier sociedad. Ya que en esto se vislumbra el espíritu masónico, de “no ir por derecho”; se abstiene de “definir”. Sigue diciendo la Declaración de principios: “Rechaza todo exclusivismo (mentira! El único exclusivismo que rechaza es el Catolicismo, que excluye, naturalmente, todo lo que es opuesto a él), y sus doctrinas y sus principios son universales, puesto que en lo fundamental conviene con los dogmas, principios y doctrinas de todas las religiones, de todas las escuelas, de todos los partidos”. Este segundo párrafo de la Declaración de principios basta para comprender la falacia en que descansa toda la organización masónica. Se dice que la “doctrina masónica” conviene con todos los dogmas de todas las religiones. Pero, ¿cabe concebir que haya ninguna doctrina que coincida con todas las religiones? ¿Es que acaso las religiones coinciden con él? ¿Cómo puede haber una religión que abarque a todas? Nadie que medite seriamente unos momentos sobre el párrafo segundo trascrito puede de buena fe creer en la masonería. La Religión Católica, la más extendida en el mundo, y la ÚNICA VERDADERA, no sólo “no conviene” sino que no se parece nada a ninguna otra religión positiva. Y esto lo saben perfectamente los masones que redactaron el párrafo anterior. De suerte que si la masonería “CONVIENE” con las demás religiones, DISIENTE fundamentalmente de la nuestra, que disiente en absoluto de todas las demás. Lo que sucede es que, como las demás, efectivamente, se parecen entre sí (al menos en que son falsas), la masonería no tiene inconveniente en ajustarse a todas las demás, pero, ¿a la verdadera? ¡De ninguna manera! ¿Cómo se va a parecer la verdad a la mentira? Dice, unas líneas más abajo, que

Nada importa a la masonería lo que los profanos llaman ‘otra vida’, refiriéndose al alma. Él ofrece recompensas, y amenaña con penas de ultratumba. Quien sólo cumple sus deberes por temor al castigo o por aspiración al premio, no puede ser francmason. Basta y sobra la razón humana para dominar los apetitos y pasiones que la materia viva engendra, para apreciar el bien y el mal, para distinguir la verdad del error.

Este párrafo trascrito es bien elocuente: ¿Cómo no va a condonar la Iglesia a la masonería después de este párrafo? Dice que no les importa a los masones LA OTRA VIDA; pero, ¿es que hay algo más importante que la otra vida? Dice que quien haga el bien o evite el mal por miedo a las penas de ultratumba... no puede ser masón. En esto se ve claramente el espíritu hipócrita, farisaico y embustero de la masonería. Presumen de buenos, y de buenos en tal alto grado que quieren hacernos creer que no practican el bien por miedo al infierno ni por la esperanza del cielo, sino por el BIEN MISMO; para ellos, el que sea bueno para no condonarse eternamente o para gozar eternamente de la gloria, no es bueno de veras, no puede ser masón. Efectivamente, es más santo el que lo es por amor puro de Dios que el que lo es por el temor del infierno; pero lleno está el Martirologio de santos que empezaron siéndolo por miedo al infierno. Si los masones propugnaran el Amor puro de Dios (constricción perfecta) con preferencia al TEMOR del infierno, nada tendríamos que objetar; pero lo que propugnan es el BIEN POR EL BIEN MISMO, esto es, EL BIEN SIN DIOS, y esto es lo monstruoso, lo infame, y sobre todo lo embustero. El bien sin Dios es totalmente imposible y los que propugnan el bien sin Dios vienen a propugnar implícitamente el ODIO A DIOS. “Basta y sobra la razón humana”, siguen diciendo los hipócritas; esto es, deifican, endiosan la razón por encima de la fe, por encima de la Revelación, por encima de todo. Pero, ¿es que la razón humana por sí sola sirve para algo?, ¿es que la razón humana, sin el auxilio de la fe, puede explicar algo? Ya saben ellos que no; que sin Dios no se explica nada, y que con Dios se explica todo. Y ya saben también que todas estas “filosofías” de su Declaración de Principios son valor convencido, que nadie cree en ello, que en el fondo no hay más que odio, pero, maestros en el arte de la mentira, quieren presentarnos el mal como bien, de acuerdo con su contextura fundamentalmente hipócrita.

Doctrina



Los delitos en banda en el Derecho penal alemán*

• • •

Angélica Romero Sánchez

Facultad de Derecho de la Universidad Libre,
Bogotá, Colombia

Revista Penal México, núm. 3, enero-junio de 2012

RESUMEN: La figura jurídica de la banda es una herramienta de tradición en el Derecho penal sustantivo alemán, que hoy se constituye, entre otros, como uno de los principales instrumentos en la lucha contra la delincuencia organizada.^a Por el contrario, en Colombia, el término banda apenas empieza a surgir como concepto penal, como consecuencia de los esfuerzos emprendidos por el Gobierno Nacional contra la delincuencia organizada, más exactamente, contra lo que ha denominado Bandas Criminales Emergentes.^b Es así como el Proyecto de Ley No. 164 de 5 de octubre de 2010,^c presentado por el Gobierno Nacional colombiano, propone la creación del tipo penal de pertenencia a banda armada. Un análisis comparado de estas dos figuras, esto es, de una de tradición en el Derecho penal alemán, y de otra, que apenas se empieza a formar en el Derecho penal colombiano, mostrará no sólo que se trata de herramientas distintas, sino también que la primera carece de congruencia en su fundamentación, y la segunda resulta redundante en el Código Penal colombiano.

PALABRAS CLAVE: banda, Derecho penal sustantivo alemán, criminalidad organizada.

* Una mirada orientadora, a propósito del proyecto de ley en Colombia que propone la creación de un tipo penal de “Pertenencia a Banda armada” como instrumento eficaz para el control de la criminalidad organizada. Este artículo fue terminado el 14 de marzo de 2011. El 22 de marzo de 2011 la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, teniendo en cuenta el concepto emitido por la Fiscalía General de la Nación y la solicitud del Viceministro de Justicia, decidió eliminar del Proyecto de Ley 164 de 2010 el artículo que proponía la creación del tipo penal de *Pertenencia a Grupos de Delincuencia Organizada*, coincidiendo con algunas de las conclusiones a las que se llegó en el presente aporte.

^a Al lado de la banda se encuentran las figuras de la asociación criminal (*kriminelle Vereinigung*) (§ 129 del StGB) y de la profesionalidad (*Gewerbsmäßigkeit*) (§§ 146, Abs. 2, 152, Abs. 3, 152b, Abs. 2, 180a, Abs. 2, 181a, Abs. 2, 184b, Abs. 3, 232, Abs. 3, 236, Abs. 3, 243, Abs. 1 No. 3, 260, Abs. 1, 261, Abs. 1, Satz 3, Abs. 4, 263, Abs. 3 No. 1, 267, Abs. 3 No. 1, 275, Abs. 2, 276, Abs. 2, 282, Abs. 1, 284, Abs. 3 No. 1, 300, Abs. No. 2, 303b, Abs. 4 No. 2 y 335, Abs. 2 No. 3 del StGB).

^b A partir del año 2006, aproximadamente, y luego del proceso de negociación y entrega de grupos paramilitares y de autodefensas, resurgen en las zonas antiguamente dominadas por éstos “nuevos” grupos criminales, que el Gobierno colombiano denomina “Bandas Criminales Emergentes”. De aquí en adelante el término “banda” empieza a ser utilizado con vehemencia en Colombia, orientándose ahora los esfuerzos del Estado por su erradicación.

^c Gaceta del Congreso, núm. 737, de 5 de octubre de 2010.

ABSTRACT: The figure of the band appears, in the German substantive law tradition as a main instrument in the effort to control the phenomenon of organized criminality. In Colombia, on the contrary, the concept of band doesn't have such an importance and has just begun to gain a space in the criminal law lexicon as a result of the governments initiative to face this same phenomenon, represented in the form of the so called Emergent Criminal Bands. Considering this intention, the Law initiative number 164 of 2010, presented by the Colombian government, aims to create an independent criminal offence to punish the participation in an armed Band. A comparative analysis of both figures, one located in the German tradition and the other one appearing as a new concept in the Colombian criminal law, will show that we are in front of two different figures with particular problems: the German conception suffers of a lack of congruence in its principles and the Colombian idea is redundant in terms of the Criminal code of this country.

KEY WORDS: band, German substantive law, organized criminality.

SUMARIO: A. Los delitos en banda en el Derecho penal alemán. B. El delito de banda en el Derecho penal colombiano. C. La banda en el Derecho penal alemán y en el Derecho penal colombiano. Comparación de las figuras. D. Análisis de la propuesta legislativa y su relación con el Art. 340 del CP colombiano. E. Conclusión final. Bibliografía.

A. Los delitos en banda en el Derecho penal alemán

La figura jurídica de la banda posee una larga tradición en el Derecho penal alemán. A continuación se describirá el desarrollo de ésta, a partir del Derecho romano y hasta el Derecho penal actual de la República Federal de Alemania.

1. El Derecho romano tardío y el Derecho alemán antiguo

a. El Derecho romano tardío

En el Derecho romano, la participación de varias personas en el mismo delito podía tener lugar de diversas maneras, ya fuera como coparticipación, instigación o bien como ayuda anterior o posterior al delito.¹

A quienes concurrieran con igual grado de coparticipación en el delito se les llamaba *socii*, como en

el Derecho patrimonial; ello, en oposición al jefe, quien solía ser designado como *princeps sceleris* o *princeps delicti*. Por otra parte, aquel consabidor del delito, pero con poca intervención en éste, era denominado *conscius*; al instigador se le llamaba *auctor*, entendiéndose por instigación no cualquier simple recomendación para cometer un delito, sino que era necesario tener una intervención y una influencia decisivas en la resolución de otra u otras personas. Finalmente, a quien proporcionaba una ayuda, ya fuera anterior o posterior al delito, se le denominaba *mister*.²

Estas denominaciones para las diferentes formas de cooperación en el delito carecían no sólo de definición precisa, sino también de una aplicación en el ámbito jurídico, y eran empleadas generalmente en el lenguaje común.³

En cuanto a la sanción por estas formas de coparticipación, debe decirse que en ese entonces coautores y partícipes se hacían merecedores a la misma pena

¹ Véase Mommsen, Theodor, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1899, p. 98.

² *Ibid.*, pp. 98 y 99. Véase también Scherer, Martin, *Die Formen der Verbrechensbegehung bei den Rotten- und Bandendelikten im Verhältnis zu den Formen der Verbrechensbegehung des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs*, Johannes-Gutenberg-Universität Mainz, 1966, p. 9. Tsai, Tun-Ming, *Die Bande als Verbrechensform im deutschen, chinesischen und japanischen Strafrecht*, Friburgo, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, 1964, p. 35.

³ Mommsen, *op. cit.*, pp. 98 y 99.

del autor, pues no había diferencia cualitativa ni cuantitativa en este aspecto.⁴

Tratándose de tipos penales que castigaran el actuar en grupo, encontramos en el Derecho romano los hechos de los *latrones*, esto es, de las tropas armadas de bandidos, y los hechos de los *grassatores*, esto es, de los ladrones de las carreteras que trabajaban mancomunadamente.⁵ Es de resaltar que tales comportamientos eran considerados de elevada gravedad, teniendo en cuenta la pena establecida para ellos, la pena de muerte.⁶

En el Derecho romano, la simple asociación con el fin de cometer delitos no era sancionada con pena alguna.

b. El Derecho alemán antiguo

En el Derecho germano aparece por primera vez el vocablo banda como agravante punitiva para la denominada “Comitiva” (*Gefolgschaft*), término utilizado para designar la unión de varias personas entre sí para la comisión de un delito, en el cual a su vez todas participaban de alguna forma. La banda, como subespecie de la comitiva, designaba, igualmente, la comisión conjunta de un hecho por varias personas, previamente acordadas, pero, a diferencia de la comitiva, armadas. De todos modos, tanto para una como para la otra se requería la participación de los asociados en el lugar y al momento de los hechos.⁷

Como tipo penal especial ha de mencionarse la existencia del delito de invasión (*Heimsuche*), el cual, si bien no utilizaba directamente el término *banda*, sí comprendía la comisión del hecho por varias personas. En algunas legislaciones se exigía un número mínimo de participantes. Así, el Derecho longobardo requería un mínimo de cinco socios, mientras que el danés exigía seis.⁸

La *Constitutio Criminalis Carolina*⁹ (CCC), por su parte, no hizo referencia alguna a comportamientos en banda. Sin embargo, es imprescindible hacer referencia a la tipificación en este ordenamiento y, por primera vez, del delito de complot para homicidio (*Mordkomplott*). De acuerdo con el Art. 148 de la CCC era indistinto en qué medida el participante en el acuerdo interviniere en el homicidio, ya que también se castigaba a aquel que condujera a la víctima al lugar de los hechos y ahí se comportara en forma pasiva. Apoyados en el Art. 148 de la CCC, los juristas de la época, haciendo abstracción del homicidio y a partir de la formación de un concepto general de complot, crearon una forma de culpa solidaria y con ello el fundamento para una responsabilidad solidaria.¹⁰

2. El Derecho penal prusiano

a. El Código Territorial General Prusiano de 1794 (ALR)

En los estados prusianos tuvieron validez tanto el Código Territorial General Prusiano de 1794 (*Allgemeines Landrecht*) (ALR, por sus siglas en alemán) como también fuentes del Derecho locales. El ALR regía sólo de manera subsidiaria, cuando las legislaciones locales no contaran con su propia regulación.¹¹

1) Características de la banda

Si bien el ALR no consagró definición alguna del término banda, los párrafos 1208 a 1217 de dicha codificación se agruparon bajo el título “Hurto y Robo en Banda” (3er. capítulo, apartado 14).

A diferencia del concepto de banda del Derecho antiguo alemán, que se refería a la comisión conjunta tanto en el lugar como al momento del hecho, el

⁴ *Ibid.*, p. 100.

⁵ Cfr. Tsai, *op. cit.*, p. 36.

⁶ Cfr. Köstlin, Christian Reinhold, *System des deutschen Strafrechts. Abhandlungen aus dem Strafrechte*, Tübinga, H. Lauppschen Buchhandlung, 1855, p. 395.

⁷ Cfr. Wilda, Wilhelm Eduard, *Das Strafrecht der Germanen*, Halle, Schwetschke, 1842, pp. 612 y ss.

⁸ His, Rudolf, *Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Karolina*, Múnich-Berlín, Oldenbourg, 1928, p. 178.

⁹ La *Constitutio Criminalis Carolina* data del año 1532 y es considerada el primer cuerpo normativo del Derecho penal alemán.

¹⁰ Cfr. Kosmalla, Michael, *Die Bandenmäßigkeit im Strafrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2005, p. 34. Veáse también Wehrstedt, Friedrich-Wilhelm, *Das Komplott in der strafrechtlichen Entwicklung seit der Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. (Carolina) von 1532*, Georg-August Universität Göttingen, 1933, pp. 4 y ss.

¹¹ Cfr. Jescheck, Hans-Heinrich/ Weigend, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5^a ed. revisada, Berlín, Duncker & Humblot, 1996, p. 95.

ALR, en el caso de que “varios hubieran acordado entre sí la ejecución de un hurto”, remitía a través del § 1208 a una disposición general del complot: el § 73 del ALR. Este párrafo comprendía el complot como forma general de participación: “Cuando varias personas se hayan unido para la comisión conjunta de un delito, cada uno de ellos debe responder por el comportamiento comúnmente acordado, incluso cuando sólo se haya tratado de una ayuda (al delito)”. Según la literatura de la época,¹² a cada complotante debía imputársele no sólo el resultado total de la conducta, sino que, además, la pena debía ser agravada de conformidad con el § 66 del ALR, de acuerdo con el cual la comisión de un delito por parte de varias personas unidas entre sí debía ser castigada de manera más rigurosa que aquellas conductas cometidas por una sola persona.

El § 1209 del ALR, por su parte, castigaba la unión de varias personas cuando dicha unión se constituía para cometer el delito de hurto como profesión. La pena establecida para el cabecilla de la agrupación era de 10 años a cadena perpetua, mientras que para el simple miembro de la agrupación la pena iba de seis a 10 años. Vale la pena resaltar dos puntos: primero, la asunción en ese tiempo de una estructura corporativa, con división de trabajo, profesional y comercial para la comisión de un delito, característica que encuentra correspondencia con el concepto actual de “criminalidad organizada” utilizado en Alemania;¹³ y segundo, el establecimiento de una pena diferenciada para cabecillas y demás miembros, lo cual reflejaba el concepto que el legislador se representaba de una organización jerárquica y estructurada.¹⁴

En particular, llega a ser clara la diferencia entre el hurto en banda del § 1209 y el complot para hurto del § 1208, la cual radicó en el elemento de la *profesionalidad*

(*Gewerbsmäßigkeit*). Los miembros de la banda ejercen el delito como profesión; están en unión continua para la transgresión de la ley penal. Por el contrario, en el complot, la finalidad de la asociación es la comisión de un solo delito que es determinado por un solo impulso físico temporal.¹⁵

2) Cualidad de la banda

Político-criminalmente, frente a la cualidad de la banda, ya en aquel tiempo se atendía a dos elementos que, como se mencionó antes, hoy encuentran correspondencia con la comprensión actual del término “criminalidad organizada” utilizado en Alemania. En primer lugar, como se desprende del mismo texto del § 1209 del ALR, se trataba de una organización corporativa y jerárquicamente estructurada, cuya comisión de delitos se realizaba como negocio o como profesión y con división de trabajo. En segundo lugar, con esta regulación del hurto en banda del § 1209 del ALR se retomó el aspecto de la “seguridad pública”. Ello llega a ser claro en la siguiente discusión de la época:

[...] a pesar de nuestras instituciones de policía, aparecen nuevamente las bandas; así, el juez debería preguntarse para fundamentar la imposición de una pena en contra de una de éstas, no si dos o tres personas son suficientes para conformar una banda, o si sus miembros se pusieron de acuerdo para robar en un tiempo determinado o indeterminado, o si realmente ejercerían el hurto como un trabajo manual perfecto. El juez sólo debe preguntarse si, realmente procedente de una sociedad civil, puede existir una asociación de ladrones, que a partir de robos en masa, de manera inusual, ponen en peligro la seguridad pública”.¹⁶

Tal como Kinzig lo anota, “realmente moderna se presenta en esta cita la relación entre la capacidad del

¹² Cfr. Wehrstedt, *op. cit.*, p. 11.

¹³ De conformidad con las Directrices para el trabajo conjunto de la Fiscalía y la Policía en la persecución de la Criminalidad Organizada de octubre de 1990, se entiende como tal la comisión planificada de delitos, impulsada por la búsqueda de ganancias o poder. Tales delitos, individualmente o en su conjunto, adquieren relevancia notable cuando más de dos personas actúan con un propósito común, por un tiempo prolongado e indeterminado y con división de trabajo, mediante el uso de estructuras profesionales o similares a una empresa, empleando la violencia u otro medio idóneo de intimidación, o ejerciendo influencia sobre la política, los medios de comunicación, la administración pública, la justicia o la economía. Este concepto, aclara la misma directriz, no abarca delitos de Terrorismo. Cfr. Meyer-Goßner, Lutz/ Cieroniak, Jürgen, *Strafprozessordnung. Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen*, Múnich, C.H. Beck, 2010, apéndice 12, anexo E.

¹⁴ Kinzig, Jörg, *Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004, p. 173.

¹⁵ Cfr. Decisión de la Cámara Criminal del Juzgado Superior de Apelaciones de Cassel, en “Hessen-Kassel/Ober-Appellationsgericht”, *Bemerkenswerthe Entscheidungen des Criminal-Senates des Ober-Appellations-Gerichtes zu Cassel*, vol. 4, Cassel, 1849, p. 222.

¹⁶ Temme, Jodocus Donatus Hubertus, *Die Lehre von strafbaren Betrügen und Diebstahl nach preussischem Rechte*, Nachdruck der Ausgabe von 1840 und 1841, Goldbach, Keip, 1997, p. 386.

grupo (banda) y su aptitud para poner en peligro la seguridad pública".¹⁷

También, político-criminalmente, a partir del siglo XIX la banda es caracterizada como un cuerpo especial dentro del cuerpo general del Estado, que aspira a ser un organismo perfecto dentro del mismo Estado.¹⁸

b. El Código Penal prusiano (PrStGB) y los códigos penales de otros estados alemanes

1) Los códigos penales de otros estados alemanes

En correspondencia con la regulación de los §§ 1208 y 73 del ALR, Feuerbach desarrolla un concepto de banda, extrayéndolo de la teoría del complot. Según él, el complot es la unión de varias personas para la comisión conjunta de un determinado delito, cuya subespecie la constituye la banda. Y anota: "El complot se denomina banda cuando tiene como finalidad la comisión, por separado, de varios y aún indeterminados delitos de una o varias clases".¹⁹ La *profesionalidad*, así como también la idea de una organización jerárquica, tal como la que motivaba la banda del ALR, no tuvo participación alguna en el concepto de banda desarrollado por Feuerbach.

Esta teoría fue acogida en los códigos penales de diferentes estados alemanes. Contrariamente al ALR, el Código Penal de Baviera (BayStGB) de 1813, cuyo borrador fue elaborado por Feuerbach, estableció en forma independiente las figuras de la banda y el complot, ambas como formas de participación. Como lo hizo en su tratado, también en el borrador del BayStGB, Feuerbach clasificó la banda, como una subespecie del complot. Así, de acuerdo con el Art. 50, inc. 1 del BayStGB, "cuando dos o más personas acuerden entre ellas y en interés común, la comisión de un delito y para aquella comisión conjunta se obliguen mediante un acuerdo de ayuda mutua, se entende-

rá tal por un complot". Por otra parte, la banda era entendida como aquellos complots "destinados a la comisión de varios e independientes y aun indeterminados delitos de una determinada clase o género" (Art. 54 del BayStGB). Además de esta regulación en la parte general, en la parte especial del BayStGB (§§ 221 y 237) se estableció una pena más grave para la unión de varias personas que tuvieran como finalidad la comisión de los delitos de hurto o robo. Regulaciones similares a la del Código Penal de Baviera se introdujeron también en el Código Penal de Hannover de 1840,²⁰ así como también en el Código Penal de Hessen de 1841.²¹

Otros códigos penales siguieron la regulación de la banda y el complot como formas de participación de la parte general, renunciando a regulaciones específicas y cualificadas en la parte especial de sus códigos. Así lo hizo, a manera de ejemplo, el Código Penal de los Estados de Oldenburgo de 1814.²² Por el contrario, el Código Penal del Gran Ducado de Baden de 1845, en la parte especial limitó el concepto de banda a los delitos contra el patrimonio.²³ La banda fue entendida entonces como la unión de por lo menos tres personas para la comisión de varios, independientes y aún indeterminados delitos de robo, hurto o estafa. Sin embargo, es de aclarar que ambos códigos penales establecieron el complot como figura de imputación en la parte general, entendido como "el acuerdo de varios para la comisión conjunta de un delito determinado".²⁴

Por el contrario, en la parte general del Código Penal de Württemberg, de 1839 (WürttStGB), no se incluyó regla alguna sobre la banda. Solamente, en la parte especial, bajo el título de "Alteraciones a la paz. Asociación de malhechores en Banda", se estableció la figura de la banda como delito, "cuando por lo menos tres personas se hubiesen unido para la comisión de varios, independientes y aún indeterminados delitos" (Art. 185 del WürttStGB). Igualmente, en el

¹⁷ Cfr. Kinzig, *op. cit.*, p. 173.

¹⁸ Véase Berner, Albert Friedrich, *Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa*, Berlin, Heymann, 1847, p. 490.

¹⁹ Feuerbach, Anselm Ritter von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, Heyer, 1840, p. 82.

²⁰ El § 57 estableció el complot, el § 63 la banda y los §§ 294 y 330 consagraron normas especiales para el hurto en banda y el hurto armado en banda.

²¹ El § 74 estableció el complot, el § 81 la banda y los §§ 434, 395 núms. 4, 364 y 9 consagraron normas especiales que castigaban delitos cometidos en banda.

²² Así los §§ 76-78.

²³ Así el § 482.

²⁴ Así, el § 72 del StGB für die Oldenburgischen Lande und § 125 StGB für das Großherzogthum Baden.

Art. 78 del WürttStGB se estableció una regla sobre el complot, la cual coincidía básicamente con la definición de Feuerbach y que fuera utilizada tradicionalmente por el legislador de los estados alemanes.

2) El Código Penal prusiano (*PrStGB*)

Al inicio del proceso legislativo que terminó con la expedición del Código Penal prusiano (*Preußisches Strafgesetzbuch*) (*PrStGB*, por sus siglas en alemán), se tuvo la intención, siguiendo el modelo del Código Penal de Baviera, de establecer en la parte general del nuevo Código las figuras de complot y banda, dejando en la parte especial una agravación punitiva para los casos en que el hurto se cometiera en banda.²⁵ Sin embargo, luego de muchas controversias, no se siguió ese modelo. Tanto la banda como el complot fueron retirados de la parte general del Código y sólo se establecieron para determinados tipos penales.²⁶

El trasfondo de esta discusión acerca del complot y la banda fue el siguiente:

En la banda, con posterioridad al acuerdo general de la misma, todos o varios de sus miembros conciernen en un complot la comisión de un delito concreto. Por ello, la punibilidad del miembro de la banda participante en dicho complot debía ser considerada según las reglas del mismo complot. La discusión se centró, en aquel entonces, en determinar si el hecho también podía ser imputado a los miembros de la banda que no habían participado en el complot. Al respecto, fueron dos las corrientes enfrentadas: una, que dando aplicación al § 73 del ALR se inclinaba por la imputación del hecho, incluso sobre aquellos miembros de la banda no participantes en el complot (teoría extensiva del complot).²⁷ Y la otra, la predominante, la cual se inclinaba por la punibilidad sólo de aquellos miembros de la banda que, para la comisión de la conducta,

²⁵ Véase Goltdammer, Theodor (ed.), *Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preußischen Staaten*, Francfort del Meno, Keip, 1851, Theil 1, pp. 282 y ss.; Theil 2, pp. 486 y ss.

²⁶ Así, el art. 73 del PrStGB estableció el “acuerdo para alta traición”; el Art. 218, No. 8, del PrStGB, el “hurto en banda”, y el Art. 232, No. 2 del PrStGB, el “robo en banda”.

²⁷ Véase atrás acápite I. B. 1. a).

²⁸ Así, Berner, *op. cit.*, p. 499; Goltdammer, *op. cit.*, Theil 2, pp. 39 y ss., 487. Véase también Hälschner, Hugo, *Das Preußische Strafrecht. Teil 2, Band 1 Allgemeiner Teil*, Bonn, Marcus, 1858, pp. 428 y ss., 486 y ss. Schütze, Theodor Reinhold, *Die notwendige Teilnahme am Verbrechen*, Leipzig, Gebhardt, 1869, p. 241.

²⁹ Véase Goltdammer, *op. cit.*, Theil 2, pp. 291 y 292. El complot no lo tuvo en cuenta el legislador, ya que lo relacionaba más con el carácter de una tentativa. Según las argumentaciones de entonces, el acuerdo o conspiración (*Verabredung*) era un delito independiente y, como tal, debía ser acogido en la parte especial del código y no bajo el capítulo de las formas de participación, tal como lo hacía el Art. 265 del Código Penal francés de 1810 con la *Association de malfaiteurs*. Así, el legislador se decidió por la punición del acuerdo (*Abrede*) sólo en los casos de alta traición (§ 63 del PrStGB); Cfr. Goltdammer, *op. cit.*, Theil 1, pp. 291, 295 y ss.

³⁰ Cfr. Goltdammer, *op. cit.*, Theil 2, p. 487.

hubiesen estado presentes en el lugar de los hechos y al tiempo de éstos (teoría restrictiva del complot).²⁸

En el transcurso de los debates legislativos para el PrStGB, igualmente se discutió la posibilidad de restringir las formas de imputación de la parte general a las figuras de autoría (denominada en aquel tiempo *Urheberschaft*, hoy *Täterschaft*), investigación o *Anstiftung* y coautoría o *Beihilfe* (Art. 34 del PrStGB). De esta manera, se eliminaban la banda y el complot como formas de imputación de la parte general, tal como lo venía haciendo el BayStGB.²⁹ Al final, se acogió tal propuesta. Así, se estableció que sólo el hurto y el robo en banda serían merecedores de una agravación punitiva. Entonces, el *acuerdo* para la banda pierde su significado como figura de imputación, debiendo ahora fundamentar, para el hurto y el robo, sólo una circunstancia de agravación punitiva.

Así, los §§ 218, No. 8, y 232, No. 2, del PrStGB establecieron la pena de prisión de hasta 10 años para el hurto y de 10 a 20 años para el robo, “cuando para el hurto (o robo), dos o más personas intervengan como autor o partícipe, los cuales se han unido para la comisión continua de [los delitos de] robo o hurto”.

La introducción de la condición de intervención de dos o más personas tiene su origen en el pronunciamiento innecesario que hiciera el legislador a la controversia inicialmente planteada: ¿a quiénes, de los miembros de la banda, imputar el hecho? Con la introducción de esta condición, el legislador dio respuesta al interrogante y sólo aquellos miembros de la banda presentes en la ejecución del hecho podrían ser castigados con la pena establecida para el hurto o robo grave en banda.³⁰

El error del legislador alemán de aquel entonces fue haberse ocupado de esta controversia, dando respuesta a una pregunta sobre imputación, a pesar de

que él mismo había renunciado a la banda como figura de imputación, dejándola como simple circunstancia específica de agravación punitiva para determinados delitos. En todo caso, debería haber quedado claro que, como ni el complot ni la banda habían sido regulados como formas de imputación en la parte general, por sí sola la pertenencia a la banda no podría fundamentar la imputación del hecho a otro miembro de la misma.³¹

Se deduce entonces de la historia de la formación de la norma que el peligro elevado del hecho, como peligrosidad de la acción, derivado de la presencia de los miembros de la banda en el lugar de los hechos, no fue la que condujo a la introducción de la exigencia de la intervención (*Mitwirkung*) de dos o más personas en el delito, sino que, por el contrario, esta exigencia de intervención conjunta (*Mitwirkungserfordernis*) tuvo su fundamento en la respuesta a una pregunta sobre imputación. De igual manera, se demuestra además que, originariamente, el delito en banda se basa en la idea de un complot de varios miembros de la misma que, sin embargo, el legislador no asumió abiertamente. Más bien, el legislador renunció a la prueba que demostraría que los miembros de la banda se hubiesen puesto de acuerdo, probablemente porque era presumible que cada colaboración de miembros de la banda motivaba un acuerdo como tal.³² El legislador estableció así una pena elevada sólo para aquellos casos en los cuales se originara del acuerdo de la banda, la comisión de un hurto por varios de sus miembros; el acuerdo de la banda por sí solo era, por lo tanto, exento de pena.³³

3. El Derecho penal del Imperio alemán

a. El Derecho penal hasta 1933

La fórmula del § 218, inc. 1, No. 8, del PrStGB fue acogida prácticamente sin variación fundamental alguna en los §§ 243, No. 6, y 250, No. 2, del Código Penal del Imperio (*Reichsstrafgesetzbuch*) (RStGB, por sus siglas en alemán), tanto para el hurto como para el robo en banda. El nuevo precepto estableció

la agravación punitiva “cuando para el hurto intervengan varios, quienes se han unido para la comisión continua de delitos de hurto o robo”. La eliminación de las expresiones “dos o más personas”, así como también de las calificaciones de “autor o partícipe” que usaba el PrStGB no constituyeron, en realidad, cambio significativo alguno.

1) La banda como cuasifigura de imputación

Luego de esta modificación casi insignificante del texto legal del hurto y del robo en banda del RStGB, el Tribunal Supremo Imperial (*Reichsgericht*) elaboró una nueva interpretación del objetivo político-criminal del concepto de banda, en consideración a dos peligros fundamentales: 1) el peligro permanente de comisión de otros hechos por los miembros de la banda, y 2) la alta peligrosidad del hecho, derivada de la participación de varios miembros de la banda en el delito contra el patrimonio económico.³⁴

Estableció además el Tribunal Supremo Imperial que para el caso del hurto y robo en banda también podrían ser coautores aquellos que antes o en el momento de la comisión del hecho reforzaren la decisión del coautor de cometer el delito. Trasfondo de esta concepción jurisprudencial era la teoría subjetiva del hecho. Así, conductas preparatorias que se llevaran a cabo con la intención de producir el hecho como propio podían entenderse en el sentido de la intervención (*Mitwirkung*) de que trataba el § 243, No. 6, del RStGB. Luego entonces, para la realización del tipo penal de hurto en banda bastaba que varios de sus miembros estuvieran presentes y de alguna forma coactivos, con lo cual, prescindiendo de la concurrencia personal, toda participación, incluso una intelectual, era suficiente también para imputar el hecho.³⁵ Ello fue posible porque el Tribunal Supremo Imperial consideró que “la punibilidad elevada del hurto en banda, se fundamenta particularmente en el peligro elevado, por medio del cual es amenazado el patrimonio, de que varias personas se unan para la comisión continua de hurtos o robos, en la mayoría de los casos con división de trabajo y bajo coparticipación conjunta,

³¹ Véase Altenhain, Karsten, “Die Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds”, en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 2001, p. 118.

³² *Ibid.*

³³ Cf. Hälschner, *op. cit.*, pp. 486 y ss. Véase también *ibid.*, *Das Gemeine deutsche Strafrecht*, Bonn, Marcus, 1881, p. 557.

³⁴ RGSt 6, pp. 644, 646 y ss.

³⁵ *Idem.*

haciendo uso, cada vez, de la oportunidad repetida y escogida para robar".³⁶

En resumen, es posible afirmar que el Tribunal Supremo Imperial alemán, con su interpretación contraria a la intención del legislador de establecer el hurto en banda solamente como tipo penal cualificado, ahora también empleaba la banda como cuasiforma de imputación. La pertenencia a la banda y la intervención (*Mitwirkung*) acarrearon no sólo una pena elevada, sino que también permitieron imputar el hurto a los intervenientes (*Mitwirkende*) sin recurrir a las reglas generales de autoría y participación.

2) Abandono de la banda como cuasiforma de imputación

En 1932, el Tribunal Supremo Imperial desistió de su interpretación extensiva del requisito de intervención como cuasifigura de imputación.³⁷ Con el argumento de que el ordenamiento jurídico debería estar basado en "un concepto unitario de la comisión en banda", el alto tribunal decidió remitir a su jurisprudencia sobre el contrabando en banda del § 146 de la Ley de Aduana de la Federación Alemana del Norte (*Vereinzollgesetz*) (VZG, por sus siglas en alemán).³⁸

El § 146 de la VZG establecía el punible de *Contrabando o Defraudación Aduanera Agravado*. El inciso 1º disponía que cuando tres o más personas se hubiesen unido para la ejecución conjunta de un contrabando o defraudación aduanera, la pena se agravaría para el jefe de tres a seis meses, y para los demás participantes de uno a tres meses de cárcel. El inciso 2º establecía que para los casos en que tres o más personas coincidieran en la ejecución de la conducta, se infería que éstos se habrían unido o asociado para la comisión conjunta del hecho, siempre y cuando no pudiesen probar lo contrario, o de las circunstancias se desprendiera que su coincidencia en el lugar hubiera sido casual. Finalmente, el inciso 3º señalaba que cuando el hecho se repitiera después de sentencia condenatoria en firme, o se hubiese constituido una asociación o unión permanente para la comisión de

tales delitos, la pena se agravaría para el jefe de uno a dos años y para los demás participantes de seis meses a un año de privación de la libertad.

El Tribunal llegó a la conclusión de que la historia de la formación de las disposiciones sobre la comisión en banda, así como también la jurisprudencia respecto al § 146 de la VZG, mostraban que, al igual que la expresión "ejecución conjunta" utilizada en el § 146, inc. 1 de la VZG, también era esencial el término "intervención de varios" utilizada por el hurto agravado del § 243, No. 6, del RStGB, frente al nuevo y amplio concepto jurisprudencial de "coautoría", que en este sentido era más estrecho que una "concomitancia" (*Zusammenwirken*) de cualesquiera de varios miembros de la banda al momento y en el lugar de la comisión de cada uno de los hurtos; sin embargo, una coparticipación intelectual o corporal en cada hurto, separada del lugar y el momento de la actividad de los demás socios o camaradas, no cabía dentro del concepto de "ejecución conjunta" ni de "intervención de varios", en el sentido de la norma.³⁹

Este punto de vista fue justificado político-crímicamente bajo el argumento del peligro elevado, derivado de la coparticipación de varias personas en el lugar y al momento de los hechos. Para fundamentar tal postura, el Tribunal Supremo Imperial remitía al principio a la "especial peligrosidad del hecho —en particular, para el funcionario de aduanas— derivada de la comisión conjunta",⁴⁰ presente en la figura del complot para contrabando del inciso 1 del § 146 de la VZG. El peligro yacente en la unión continua, firme y voluntaria correspondiente al § 146, inc. 3 de la VZG (contrabando en banda), constituía para el Tribunal sólo otra circunstancia de agravación punitiva.⁴¹ Como lo demuestra el inciso 2 del § 146 de la VZG, la aceptación de un peligro adicional no podía apoyarse en la coparticipación al momento y en el lugar de los hechos o en la superioridad numérica de los contrabandistas. Para ello se necesitaba de un convenio para el hecho concreto. Este convenio era el acuerdo del complot del inciso 1 del § 146 de la VZG y no el acuerdo de la banda del inciso 3, pues para el contrabando en banda la pena se agravaba una vez más.⁴²

³⁶ *Idem*.

³⁷ RGSt 66, pp. 236 y 241.

³⁸ El § 146 de la VZG fue introducido en tal ley en el año de 1869. Véase *Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes*, vol. 1869, núm. 30, 317.

³⁹ RGSt 66, pp. 236 y 241.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ RGSt 66, pp. 236, 241 y ss.

⁴² Cfr. Altenhain, *op. cit.*, p. 123.

Cuando esta teoría fue trasladada al hurto en banda, el Tribunal Supremo Imperial señaló:

De acuerdo con el § 243, No. 6, del RStGB, la agravante está ligada desde el principio al requisito de que, para el hurto, los intervenientes se han unido para la comisión continua de hurtos o robos. Aquí se pone de relieve la peligrosidad yacente en la unión voluntaria y permanente de varias personas, y por ello es que en parte de la literatura se concluye que ésta constituye la única razón para el agravante, y que la coparticipación de varias personas al momento y en el lugar de los hechos no desempeña ningún papel.⁴³

A pesar de que este recurso del Tribunal Imperial a su interpretación del contrabando en banda muestra que la aceptación de un elevado peligro del hecho se apoyaba en la unión o asociación de varias personas para la comisión continua de hurtos o robos, es decir, en el peligro de la permanencia, el Alto Tribunal no pudo negar que “también en el hurto, naturalmente en menor medida, como en el contrabando y en el fraude aduanero, se podía apreciar un estado de peligro elevado en la coparticipación de varias personas en el lugar y en el momento del hecho”.⁴⁴

El recurso del Tribunal Superior Imperial a su interpretación del contrabando en banda muestra entonces que la asunción de una elevada peligrosidad del hecho no se apoyaba en la interacción de varias personas en el lugar y al momento del hecho, sino en la unión permanente de los coparticipantes para la comisión conjunta del hecho. Por lo tanto, una teoría que deduzca la elevada peligrosidad de la intervención conjunta de varios en el hecho resulta carente de justificación. Ésta contradice el querer del legislador del Código Penal Prusiano⁴⁵ y del Código Penal Imperial, el cual se basó en un préstamo equivocado del no más existente delito de complot.⁴⁶

b. El Derecho penal del nacionalsocialismo

En el año 1939, las formas de comisión en banda del contrabando y del fraude aduanero fueron incorporadas al § 401 de la Ley General Tributaria Imperial (*Reichsabgabenordnung*) (RAO, por sus siglas en alemán).⁴⁷ Esta disposición reguló en su inciso 2 el tipo penal denominado “Contrabando profesional, en banda y con violencia” (*gewerbsmäßiger, bandenmäßiger und gewaltsamer Schmuggel*), el cual se orientó a la versión del anterior § 146 de la VZG. Con la nueva norma, el legislador estableció un “tipo penal mezclado” que renunciaba al aligeramiento de la prueba que contenía el inciso 2 del § 146 de la VZG y que, más que referirse a la banda, se refirió a un complot. De este modo, para la “ejecución del complot en banda” no se necesitaba de una asociación de cierta duración. La actuación en el momento y en el lugar de los hechos de una pluralidad de contrabandistas asociados permanece entonces como criterio fundamentalizador de la peligrosidad de la banda.⁴⁸

Previamente había sido introducido en el Código Penal Imperial y a partir de la Primera Ley de Protección de la República de 1922 (*1. Republikschutzgesetz*) el delito de complot para homicidio.⁴⁹ El § 49b del RStGB castigaba la conspiración o acuerdo para homicidio (*Verabredung zum Mord*) y así permaneció durante el régimen sin sufrir cambios significativos. Esta norma existió hasta 1943, cuando fueron introducidos la *conspiración o acuerdo para la comisión de un delito* (§ 49a del RStGB), como también la *participación en una asociación* que tuviera como objeto la comisión de delitos contra la vida (§ 49b del RStGB).⁵⁰

La versión original del § 49a del RStGB de 1876 castigó conductas preparatorias como la incitación a la comisión de un delito, el ofrecimiento para ello, así como también la aceptación de tal incitación u ofrecimiento.⁵¹ En la época del nacionalsocialismo, esta

⁴³ RGSt 66, pp. 236 y 242.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ Véase atrás acápite I. B. 2. b).

⁴⁶ En este sentido, igualmente, los resultados de Altenhain, *op. cit.*, pp. 124 y ss.

⁴⁷ Ley de Modificación del Código Tributario de 4 de julio de 1939. (*RGBI*. I, p. 1181.)

⁴⁸ BGHSt 3, pp. 40 y 45.

⁴⁹ *RGBI*. I, p. 585. Sobre el desarrollo legislativo desde el primer estatuto de emergencia para la protección de la República en Alemania, véase Felske, Karsten, pp. 138 y ss.

⁵⁰ Ordenanza de Unificación del Derecho Penal (*Strafrechtsangleichungsverordnung*) de 29 de mayo de 1943 (*RGBI*. I, 339).

⁵¹ El RStGB, en su versión original de 1871, no contenía disposición alguna que castigara conductas preparatorias. A partir de una modificación de 26 de febrero de 1876 (*RGBI*. I, 25) se incorporó al RStGB la versión original del actual § 30 del StGB, en ese entonces como § 49a del RStGB. El antecedente de este párrafo, conocido también como el “Parágrafo de la Duquesa (*Duchesne-Paragraph*)”,

norma fue ampliada agregando la “conspiración”, la cual era entendida como “el acuerdo de dos o más personas, esto es, el establecimiento (*Herbeiführing*) de una voluntad general, de un convenio, para cometer una conducta determinada con el fin de obtener un resultado común y querido”.⁵² Este precepto, basado en la teoría del complot de Feuerbach,⁵³ constituye el fundamento del actual § 30, inc. 2, del StGB, el cual establece como conducta preparatoria el “Acuerdo para el delito” (*Verbrechensabrede*).

4. El Derecho penal de la República Federal

Hasta el año 1969 los delitos en banda permanecen intactos en el Derecho penal de la República Federal y no se introducen en el ordenamiento jurídico nuevos preceptos que castiguen la comisión en banda.

a. Legislación

1) Primera Ley de Reforma del Derecho penal de 1969 (1.StRG)

En el procedimiento legislativo para la expedición de la Primera Ley de Reforma del Derecho Penal (*Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts*) (1.StRG) de 1969⁵⁴ se discutió la propuesta según la cual el hurto en banda podría cometerlo un solo miembro de la agrupación. En contra de esta tesis, los miembros de la Gran Comisión

de Derecho Penal (*Große Strafrechtskommission*)⁵⁵ sostuvieron que “la peligrosidad de la banda yacía en la presencia conjunta de varios”. “Cuando solamente uno aparece, se echa de menos este momento especial de peligrosidad.”⁵⁶ Por esta razón, se mantuvo en el tipo penal la exigencia de intervención de otro miembro de la banda, existente desde el PrStGB.⁵⁷ De esta manera, la Gran Comisión de Derecho Penal⁵⁸ asumió la opinión, en ese entonces predominante, respecto al § 243, No. 6, del RStGB,⁵⁹ que no correspondía con los pensamientos originales del legislador del PrStGB y del RStGB.

Al final del proceso legislativo, el § 243, inc. 1, No. 6, del RStGB fue reemplazado prácticamente sin alteración fundamental alguna por el § 244, No. 3, del StGB.⁶⁰ La única novedad fue la introducción de la palabra “banda”, la cual tampoco condujo a cambio significante en la interpretación de la norma. Lo mismo sucedió con el § 250, inc. 1, No. 4, del StGB, el cual introdujo también la palabra “banda” en la Ley Introductoria al Derecho Penal de 1974 (*Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch*).⁶¹

En principio, el Tribunal Supremo Federal no se vio obligado a apartarse de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Imperial según la cual la razón para la agravación de la pena estaba en el estímulo para la continuación del propósito delictivo en razón de la asociación permanente, dejando en un segundo plano la peligrosidad de la acción (*Aktionsgefahr*), es decir, la peligrosidad especial de la comisión conjunta del delito en el momento y en el lugar de los hechos.⁶²

lo constituye el ofrecimiento que hiciera la duquesa de Bélgica al arzobispo de París y al superior provincial de los jesuitas en Bélgica para asesinar a Bismarck por un pago de 60 000 francos. El gobierno imperial exigió de los belgas una modificación de su Código Penal para en el futuro hacer posible la penalización de tales ofrecimientos. El Legislativo belga cumplió con ello con la expedición de la Ley de 8 de julio de 1875, mediante la cual penalizó, entre otras formas, el acuerdo o conspiración para delinquir. Poco tiempo después se dio cabida a la correspondiente disposición en el Código Penal alemán. Cfr. MK-Joecks, § 30, Rdn. 5.

⁵² LK-Nagler, § 49a, 349.

⁵³ Cfr. arriba acápite I. B. 2. a).

⁵⁴ *Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts* de 25 de junio de 1969 (BGBI. I, 645).

⁵⁵ El principal movimiento de reforma al Código Penal Imperial de 1871 en la época de la República Federal se empieza a dar entre los años 1954 y 1959. Es así como en el año 1954 el Ministro de Justicia alemán convoca una comisión para crear un nuevo Código Penal. A ésta se le denominó la Gran Comisión de Derecho Penal (*Große Strafrechtskommission*), compuesta por 24 miembros, entre profesores, jueces y diputados del Bundestag. Esta comisión trabajó entre los años 1954 y 1959, y tras realizar diversos estudios dogmáticos y de Derecho comparado presentó un proyecto de Código Penal, denominado *Proyecto 1962*. Cfr. Jescheck, *op. cit.*, p. 102.

⁵⁶ Cfr. Actas de las sesiones de la Gran Comisión de Derecho Penal, en *Grosse Strafrechtskommission, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, vol. 6, Besonderer Teil, Bonn, 1958, p. 35.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 306.

⁵⁸ Exposición de motivos, proyecto de 1960, BT-Drs. 3/2150, 374; Exposición de motivos, proyecto de 1962, BT-Drs. 4/650, 407.

⁵⁹ Véase arriba acápite I. B. 2. b).

⁶⁰ El texto del § 244, inc. 1, No. 3, del StGB quedó redactado entonces de la siguiente forma: “Será castigado con pena de prisión de seis meses a diez años, quien [...] 3. Como miembro de una banda, la cual se ha unido para la comisión permanente de los delitos de hurto o robo, con intervención de otro miembro de la banda”.

⁶¹ BGBI. I, 469.

⁶² BGHSt 8, 205, 208 y ss.

2) Ley de Tráfico de Estupefacientes de 1972 (BtMG)

Un paso sustancial para el desarrollo del concepto de banda lo constituye la introducción de los delitos de tráfico de estupefacientes cometidos en banda, por medio del § 11, inc. 4, frase 3, No. 4, en versión de la anterior de Ley de Tráfico de Sustancias Estupefacientes, hoy establecidos en el § 30, inc. 1, No. 1, de la actual Ley de Tráfico de Sustancias Estupefacientes (BtMG).⁶³ Dicho precepto prevé una agravación punitiva para diferentes tipos penales relacionados con el tráfico de estupefacientes cuando el infractor actúe como miembro de una banda, a la cual se hubiesen asociado varias personas para la comisión continua de tales delitos. A diferencia de los clásicos preceptos en banda, éste no establece en su texto el requisito de intervención de varios miembros de la banda en el hecho concreto.⁶⁴

Con la renuncia a esta característica de la “intervención de varios” para la configuración de los tipos penales agravados por la comisión en banda en los delitos de drogas, no se remitió más como fundamento político-crílminal de la agravación punitiva a la peligrosidad especial de la “acción” (*Aktionsgefahr*), sino que se atendió únicamente al estímulo (*Anreiz*) para la continuación (*Fortsetzung*), en razón de la asociación permanente.⁶⁵

Por el contrario, se mantuvo la discrepancia ya existente desde el siglo XIX respecto al hurto en banda, entre la idea original de una estructura jerárquica y corporativa de la agrupación y el actual concepto de banda. Así, de acuerdo con la Ley de Tráfico de Estupefacientes, para la configuración de una banda basta que dos personas se hayan unido para la comi-

sión de una serie de infracciones penales de la misma clase.⁶⁶

3) Ley contra la Criminalidad Organizada de 1992 (OrgKG) y otras leyes

A lo largo de los años noventa, al lado de los clásicos delitos en banda, se introdujeron más de 24 nuevas disposiciones que consagran la comisión en banda, ya fuera como agravante o como tipo penal especial. Llama la atención no sólo el incremento de tipos penales cualificados por la comisión en banda y, con ello, la extensión de los delitos principales, sino más bien que para la configuración de esta agravación punitiva no se recurrió más al requisito de “intervención de varios miembros de la banda en el delito concreto”, sino que, por el contrario, se siguió el modelo introducido por la Ley de Tráfico de Sustancias Estupefacientes.⁶⁷

Un significado especial tiene la promulgación de la Ley de Lucha contra el Tráfico de Estupefacientes y otras Manifestaciones de Criminalidad Organizada de 15 de julio de 1992 (*Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität*) (OrgKG, por sus siglas en alemán).⁶⁸ Por medio de ella se introdujeron en la legislación penal el hurto grave en banda (§ 244a del StGB), la receptación en banda (§ 260 del StGB), el lavado de dinero en banda (§ 261, inc. 4, del StGB), los juegos de azar ilegales cometidos en banda (§ 284, inc. 3, del StGB), así como también el tráfico de drogas agravado cometido en banda (§ 30a del BtMG).

Estas agravantes punitivas para la comisión en banda fueron justificadas a partir de la necesidad

⁶³ *Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln* de 10 de enero de 1972 (BGBI. I, 681).

⁶⁴ Por el contrario, en la introducción del delito de contrabando en banda en el § 373 del Código Tributario (AO) de 1976, el legislador mantuvo el requisito de intervención de otro miembro de la banda. (Cfr. BGBI. I, 613.) Sin embargo, posteriormente, a partir de la Ley de Nueva Reestructuración de Vigilancia de Telecomunicaciones y otras Medidas de Investigación Secretas, e Incorporación de la Directiva de la Unión Europea 2006/24/EG de 21 de diciembre de 2001, se eliminó el requisito de intervención del otro miembro de la banda. (Cfr. BGBI. I, 3198.)

⁶⁵ BGHSt 23, pp. 239 y 240; cfr. Körner, BtMG, 1985, § 30, Rdn. 4-8.

⁶⁶ BGH GA 1974, p. 308.

⁶⁷ La excepción a este desarrollo son las infracciones a las reglas de la Ley de Control de Armas de Guerra (*Kriegswaffenkontrollgesetz*) (§§ 19, 20a, 22a de la KrWaffKontrG) y de la Ley de Comercio Exterior (*Außenwirtschaftsgesetz*) (§ 34, Abs. 6, No. 2, de la AWG), las cuales corresponden con la clásica regulación del hurto y robo en Banda; cfr., respectivamente, las Leyes para Mejoramiento de la Vigilancia de Transacciones de Comercio Exterior y de Prohibición de Armas Atómicas, Biológicas y Químicas de 5 de noviembre de 1990 (*Gesetz zur Verbesserung der Überwachung des Außenwirtschaftsverkehrs und zum Verbot von Atomwaffen, biologischen und chemischen Waffen*) (BGBI. I, 2428) y la Ley para la Modificación de la Ley de Comercio Exterior, del Código Penal y otras leyes, de 28 de febrero de 1992 (*Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze*) (BGBI. I, 372).

⁶⁸ BGBI. I, 1302.

de luchar contra la criminalidad organizada. Desde entonces, se identifica el actuar en banda como una forma de manifestación de la criminalidad organizada.⁶⁹ Al igual que sucedió con el delito de “Conformación de Asociación Criminal” (*Bildung krimineller Vereinigung*), § 129 del StGB,⁷⁰ los delitos cometidos en banda empezaron a ser incorporados en los catálogos de medidas especiales de investigación.⁷¹ Con ello se les asignó también a los delitos cometidos en banda una función procesal.

A la expedición de la OrgKG siguieron leyes como la de Lucha contra el Delito (*VerBekG*) de 1994,⁷² la Ley para la Lucha contra la Corrupción (*KorruptionsbG*) de 1997,⁷³ la Sexta Ley para la Reforma del Derecho Penal de 1998⁷⁴ y la Ley de Lucha contra la Evasión Fiscal de 2001,⁷⁵ entre otras, que introdujeron para varios delitos el agravante de comisión en banda o que simplemente crearon delitos especiales de comisión en banda. La mayoría de exposiciones de motivos de estas leyes hicieron referencia a la banda como forma de manifestación de la criminalidad organizada.⁷⁶

b. El nuevo concepto de banda

Esta estrategia del legislador, de querer controlar la criminalidad organizada por medio de una multiplicidad de nuevos delitos en banda, entre otros mecanis-

mos, no pudo dejar de tener efectos en la interpretación del concepto de banda.

1) Interés superior y voluntad sólida de la banda

Así, a partir de este momento, la jurisprudencia exige para la configuración del delito de hurto en banda una actuación convenida por parte de varias personas, bajo un interés superior de la banda y bajo una voluntad sólida de la misma.⁷⁷

El nuevo requisito, igualmente debía darse para aquellos clásicos delitos en banda, que establecían como presupuesto en el texto de la ley la intervención de otro miembro de la banda en el delito.⁷⁸ La Sala 3^a de lo Penal del Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*) (BGH, por sus siglas en alemán), en un procedimiento de consulta (*Anfrageverfahren*)⁷⁹ se pronunció a favor de este nuevo requisito. Según ésta, en el futuro también podría ser condenado como autor de un hurto en banda aquel que si bien no participó de manera directa en el lugar de los hechos, sí intervino de otro modo y en forma significativa, siempre y cuando el hurto hubiera sido cometido al menos por otros dos miembros de la banda que hubiesen actuado en el lugar y al momento de los hechos.⁸⁰ La intención de la Sala con esta tesis era abarcar al “jefe o líder de la banda” ausente del lugar de los hechos,

⁶⁹ BT-Drs. 12/989, 21, 24.

⁷⁰ § 129 del StGB. Conformación de Asociación Criminal.

(1) Quien funde una asociación criminal, cuyos objetivos o actividad estén dirigidos a la comisión de comportamientos delictivos, o quien participe como miembro en una de éstas, la apoye o favorezca, o haga propaganda de ella para ganar miembros o personas que la apoyen, será castigado con pena de prisión de hasta cinco años o con pena de multa.

(2) El inciso primero no es aplicable:

1. cuando la asociación sea un partido político que el Tribunal Constitucional no haya declarado inconstitucional,
2. cuando la comisión de comportamientos delictivos constituya un objetivo o actividad de significado secundario,

3. cuando los objetivos o la actividad de la asociación se refieran a comportamientos delictivos de los establecidos en los §§ 84 a 87 del Código Penal.

(3) La tentativa de fundar una asociación de las señaladas en el inciso 1 es punible.

(4) Si el autor pertenece a los cabecillas o a los hombres de atrás o existe un caso especialmente grave, la pena será de seis meses a cinco años de prisión; cuando el objetivo o la actividad de la asociación criminal esté dirigida a la comisión de los delitos señalados en el § 100c, inc. 2, No. 1, letras a), c), d), e) y g), con excepción de los delitos de los párrafos 239a y 239b, letras h) a m), Nos. 2 a 5 y 7 del Código de Procedimiento Penal, la pena será de seis meses a diez años.

⁷¹ Así, cuando se trata de una investigación penal por cualquiera de los delitos agravados por la comisión en banda establecidos en el Código Penal, es posible activar medidas de investigación especiales y excepcionales, que se reservan para determinado tipo de criminalidad, la mayoría de las veces de criminalidad organizada, y que están vetados para la investigación de lo que podríamos llamar “criminalidad común”.

⁷² *Verbrechensbekämpfungsgesetz*, de 28 de octubre de 1994 (BGBI. I, 3186).

⁷³ *Gesetz zur Bekämpfung der Korruption*, de 13 de agosto de 1997 (BGBI. I, 2038).

⁷⁴ *Sechstes Gesetz zur Reform des Strafrechts*, de 26 de enero de 1998 (BGBI. I, 164).

⁷⁵ *Steuerverkürzungsbekämpfungsgesetz*, de 19 de diciembre de 2001 (BGBI. I, 3922).

⁷⁶ La excepción la constituyó la Ley de Lucha contra la Corrupción (*KorruptionsbG*), cuya exposición de motivos no hizo referencia directa a la lucha contra la criminalidad organizada.

⁷⁷ BGH, *StV*, 2000, p. 669.

⁷⁸ Cfr. arriba acápite I. C. 1.

⁷⁹ Véase § 132, inc. 3, de la Ley Orgánica del Poder Judicial (*Gerichtsverfassungsgesetz*).

⁸⁰ BHG, *StV*, 2000, p. 675.

pero que atrás de bastidores dirige y maneja a su antojo los hilos del delito.⁸¹

Para justificar esta nueva expansión del requisito de intervención, se adujo que con ella “se tendría en cuenta de manera adecuada la especial peligrosidad del acuerdo para delinquir (*Verbrechensverabredung*) (BGHSt 8, 205, 209) y con ello el motor de criminalidad, esto es, la condición de miembro de la banda”⁸². La Sala 1^a de lo Penal se adhirió a esta interpretación, argumentando que por este medio sería posible cobijar bajo la figura de la banda el papel decisivo del jefe de la misma en la comisión del delito, adecuándose, además, a los métodos modernos de comisión de delictiva, donde a manera de ejemplo, para robar, podían ser utilizados, entre otros, vehículos o teléfonos móviles, o ambas cosas, que permitían otro tipo de intervención, más allá del lugar y del momento de los hechos.⁸³ Las Salas 2^a y 5^a de lo Penal, igualmente se mostraron conformes con la nueva propuesta jurídica.⁸⁴

La Sala 4^a de lo Penal también aprobó dicha interpretación, proponiendo además otro cambio necesario en la jurisprudencia. Para ésta, la participación de un solo miembro de la banda en el lugar de los hechos debería ser suficiente para la configuración del agravante, siempre y cuando la banda estuviera compuesta por un mínimo de tres personas. Para respaldar su propuesta, sostuvo que

la razón fundamental para justificar la peligrosidad especial de asociaciones dedicadas a la comisión continua de delitos y, por ende, justificar la aplicación de una pena más elevada, estaba en el vínculo estrecho que los miembros de la banda contraían para el futuro y el estímulo permanente que se forma para su continuación. Este vínculo recíproco no existe en un grupo de dos; [...] La evolución de un compañerismo criminal que representa, como motor criminal, la peligrosidad especial del

autor, y con ello justifica la correspondiente agravación punitiva, no es por ello posible en una relación de dos, sino como mínimo en una relación de tres personas.⁸⁵

Posteriormente, la Sala 4^a de lo Penal, en aproximación al concepto de “asociación criminal” (*Kriminelle Vereinigung*) del § 129 del StGB,⁸⁶ señaló que una banda de ladrones era el prototipo de una asociación criminal con una mínima organización.⁸⁷ Por ello, los criterios que la Sala 3^a de lo Penal había establecido para la asociación criminal respecto al número mínimo de miembros para su configuración debían, consecuentemente, regir de igual manera para la banda.⁸⁸

Esta interpretación de la Sala 4^a de lo Penal encontró en la jurisprudencia de las otras salas tanto aceptación como rechazo. Así, la Sala 5^a de lo Penal siguió en dos decisiones la interpretación de la Sala 4^a,⁸⁹ mientras que la Sala 1^a se pronunció a favor de mantener la ya bien establecida y tradicional jurisprudencia, según la cual la unión de dos personas era suficiente para la configuración de una banda.⁹⁰ La Sala 1^a de lo Penal fundamentó su posición en el sentido literal (*Wortsinn*) del término banda, en una delimitación de ésta con el término “asociación criminal” y, sobre todo, en los materiales para proyectos de ley, los cuales demostraban que el legislador, en las modificaciones de los últimos años, se había basado en una jurisprudencia sólida del concepto de banda.⁹¹

Posteriormente, varias Salas del Tribunal Supremo confirmaron la punibilidad de la banda constituida al menos por dos personas, acompañada de una voluntad estable y sólida de la agrupación, a la cual el autor se sometía bajo un interés superior de la misma banda. Al mismo tiempo, fueron establecidos algunos indicadores del comportamiento en banda que coincidían, en última instancia, con los elementos del concepto de banda del Código Territorial General Prusia-

⁸¹ *Ibid.*, p. 676.

⁸² *Ibid.*, p. 677.

⁸³ BHG, *StV*, 2000, p. 315.

⁸⁴ BGHSt 46, pp. 127 y 128.

⁸⁵ BGH, *StV*, 2000, pp. 317 y 318.

⁸⁶ Para el texto del § 129 del StGB, véase arriba nota a pie de página 73. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal Alemán (*Bundesgerichtshof*), se entiende por asociación criminal, en el sentido del § 129 del StGB, la unión libre, voluntaria, organizada y por un cierto tiempo, de por lo menos tres personas, que por subordinación de su voluntad individual a la voluntad del grupo persiguen fines comunes, relacionándose en tal forma que entre ellos se sienten como un grupo unitario. Cfr. BGHSt 28, 147.

⁸⁷ *Idem*.

⁸⁸ BGH, *StV*, 2000, pp. 317 y 318.

⁸⁹ *Idem*.

⁹⁰ *Idem*.

⁹¹ BGH, *StV*, 2000, pp. 670 y 671.

no de 1794 (ALR): 1) una administración de tareas comerciales, 2) contabilidad detallada y común, 3) división de trabajo y gestión paritaria de adquisiciones, actividades de negocios y cobro de deudas, 4) control y protección recíprocos, 5) existencia de una caja común o participación en las ganancias logradas comúnmente, así como también de las pérdidas.⁹²

2) Unión de por lo menos tres personas

En 2001 la Gran Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Federal unificó finalmente la jurisprudencia al respecto. Ahora, el concepto de banda respondería a “la unión de por lo menos tres personas, con la voluntad de cometer por un cierto tiempo, varios y aún no determinados delitos, de manera independiente y por separado”. Una voluntad sólida de la banda o una actuación bajo el interés superior de la misma no fueron más presupuestos para su configuración.⁹³

La razón de este cambio está en las crecientes objeciones surgidas después de la promulgación de la Ley contra la Criminalidad Organizada (OrgKG). El reparo fundamental que se hacía al anterior concepto de banda radicaba, por un lado, en que para la formación de la voluntad como proceso dinámico de grupo primero, se requería un grupo significativo de personas y, por lo tanto, la peligrosidad de una banda solamente se daba en algo más que dos miembros.⁹⁴ Por otro lado, se criticaba que la exigencia de una voluntad sólida de la banda acercaba a esta última en dirección al delito de organización de “Asociación Criminal”, § 129 del StGB, a pesar de que la comisión en banda no se entendía como delito de organización.⁹⁵

De esta manera, el nuevo concepto de banda de por lo menos tres personas permite a la jurisprudencia desprenderse de su punto de vista tradicional, en cuanto al presupuesto de intervención de varias personas, y abandonar la estrecha conexión con la comisión directa del hecho, propuesta por la misma jurisprudencia en años anteriores. Hoy en día, la peligrosidad especial de los delitos en banda, y con ello

la razón para un merecimiento de pena más elevado, radica, por una parte, en la peligrosidad abstracta del acuerdo general y previamente establecido para delinquir por un cierto tiempo; y, por otra, en la concreta peligrosidad de la comisión en banda, para el bien jurídico protegido. Así, la peligrosidad de la acción (*Aktionsgefahr*) tan sólo tiene un significado secundario en el hurto o robo en banda.⁹⁶

En este orden, para la jurisprudencia alemana actual la banda se diferencia de la coautoría⁹⁷ por el elemento de la unión permanente de varias personas para la comisión conjunta de delitos en el futuro; y difiere de la asociación criminal en que los delitos en banda no requieren ni una estructura organizativa ni una voluntad colectiva y vinculante de sus miembros.⁹⁸

5. Conclusión

Teniendo en cuenta el desarrollo de la definición del término banda en el Derecho penal alemán, es posible sostener que si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal ha perseguido durante mucho tiempo establecer una clara delimitación y separación del concepto de “banda” frente al concepto de “asociación criminal”, el actual concepto de “banda” resulta incongruente.

Ello, porque si la especial peligrosidad del comportamiento en banda, y, con ello, la razón para un merecimiento de pena más elevado, radica en la peligrosidad abstracta del “acuerdo de la banda” (*Bandenabrede*), no queda claro por qué entonces los delitos en banda sólo son castigados hasta la comisión del delito del cual se deriva la agravante punitiva. Lo mismo se puede afirmar respecto de la posición de quienes ubican la peligrosidad de la banda en la permanencia del grupo, pues de ser así entonces sería punible la sola asociación con el objetivo de cometer delitos a futuro y por un cierto tiempo, y no sería necesario esperar hasta la ejecución de un delito determinado.

Además, si la especial peligrosidad del comportamiento en banda, y con ello la razón para un merecimiento de pena más elevado, radicara en el “acuer-

⁹² BHG, *NSIZ*, 2001, p. 32.

⁹³ BHGSt 46, p. 321.

⁹⁴ *Idem*.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 327. Véase concepto jurisprudencial de la Asociación Criminal en nota a pie de página 89, el cual a su vez remite, para el texto del § 129 del StGB, a la nota 73.

⁹⁶ BGH, *NJW*, 2001, p. 2266; JuS 2001, p. 925.

⁹⁷ De acuerdo con el § 25, inc. 2 del StGB, cuando varias personas realizan en común un hecho punible, todos son castigados como coautores. Para un concepto y una delimitación del término en el Derecho penal alemán, véase en Jescheck, *op. cit.*, pp. 673 y ss.

⁹⁸ BHGSt 46, pp. 321, 329 y ss.

do de la banda”, tampoco se justificaría su castigo hasta cuando se cometiera el delito principal o del cual se derivara la agravante, cuando éste, es decir, el “acuerdo de la banda”, no sufriera cambio alguno o permaneciera intacto con la ejecución del delito.

Por otra parte, si la especial peligrosidad del comportamiento en banda, y con ello la razón para un merecimiento de pena más elevado, radicara en el “acuerdo de la banda” para la comisión permanente de delitos, los únicos elementos que lo diferenciarían del “acuerdo” del § 30, Abs. 2, del StGB serían la indeterminación de los delitos acordados, el número mínimo de personas requeridas para llevar a cabo el acuerdo y la necesaria ejecución del delito para la punición de la banda. En este sentido, no existe entre ambas figuras diferencia sustancial, más allá de la clásica distinción que realizó Feuerbach en el pasado cuando identificó a la banda como una subespecie del complot.⁹⁹

Y finalmente, siguiendo la argumentación de la jurisprudencia alemana, tampoco es posible hacer radicar la peligrosidad del comportamiento en banda, y con ello la razón para un merecimiento de pena más elevado, en la peligrosidad de la acción ante la intervención de varios miembros de la banda en el lugar y el momento de los hechos, pues se trata de un presupuesto al que el legislador ha renunciado para la mayoría de delitos en banda.

Así las cosas, no sólo es posible afirmar que el actual concepto de banda en el Derecho penal alemán se basa en la antigua teoría de Feuerbach del complot y la banda como figuras de imputación, sino que

también el mismo resulta incongruente y carente de fundamento razonable alguno.

B. El delito de banda en el Derecho penal colombiano

En Colombia, la legislación penal no cuenta ni ha contado en su historia con un tipo penal o con agravante punitivo que encuentre correspondencia con la figura actual de la banda del derecho penal alemán.

Es a partir del año 2006, aproximadamente, o en todo caso después del proceso de desmovilización de autodefensas y paramilitares, que Estado y medios de comunicación empiezan a utilizar los términos “Banda”, “Bandas Criminales” o “Bacrim” ante el resurgimiento y reclutamiento de la criminalidad y la violencia, sobre todo en las regiones antes controladas por grupos paramilitares.¹⁰⁰

Así, el Estado colombiano cree necesaria la creación de un nuevo tipo penal, que castigue la sola pertenencia a la banda, con el fin de enfrentar este “nuevo” fenómeno de la “criminalidad organizada”.

1. Seguimiento del proyecto de ley

a. El Proyecto original

El Proyecto de Ley 164 de 2010,¹⁰¹ radicado por el Gobierno Nacional el 5 de octubre de 2010, propuso, entre otros instrumentos, la creación del delito de pertenencia a banda armada.¹⁰²

⁹⁹ El acuerdo o convenio del § 30, Abs. 2, del StGB y el acuerdo de la banda resultan ser los mismos, pues para el acuerdo de la banda no se han planteado hasta hoy exigencias más elevadas frente al acuerdo del § 30, Abs. 2, del StGB. Lo único que cambia finalmente es el objeto del acuerdo. Unos acuerdan realizar un determinado delito; otros, los miembros de la banda, acuerdan realizar delitos de determinado tipo en el tiempo.

¹⁰⁰ Véase Arias, Gerson Iván, “El vuelo de las águilas negras”, *Revista Semana*, lunes 23 de junio de 2008, Bogotá, Colombia, <http://www.verdadabierta.com/conflicto-hoy/50-rearmados/170-el-vuelo-de-las-aguilas-negras->. Véase también Agencia de Prensa IPC-CCEU, “Exclusivo: Éste es el nuevo mapa del paramilitarismo en la Costa Caribe”, *Revista Semana*, lunes 20 de noviembre de 2006, Bogotá, Colombia, <http://www.semana.com/noticias-on-line/exclusivo-este-nuevo-mapa-del-paramilitarismo-costa-caribe/98400.aspx>; Madrid-Cárdenas Marlon, “Un conflicto que muta”, *Revista Semana*, sábado 26 de diciembre de 2006, Bogotá, Colombia, <http://www.semana.com/noticias-opinion-on-line/conflicto-muta/100224.aspx>; “Los nuevos parás: ¿son nuevos?, ¿son parás?”, *Revista Semana*, martes 13 de febrero de 2007, Bogotá, Colombia, <http://www.semana.com/noticias-on-line/nuevos-paras-nuevos-paras/100994.aspx>.

¹⁰¹ *Gaceta del Congreso*, núm. 737, de 5 de octubre de 2010.

¹⁰² La propuesta legislativa utiliza indistintamente los términos “banda armada” —el cual emplea en la Exposición de Motivos—, “organizaciones criminales” y “grupos de delincuencia organizada” en el cuerpo de la ley. A continuación se transcribe el texto propuesto: “Artículo 19. *Conformación y colaboración con organizaciones criminales*. La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 341A, el cual quedará así: Artículo 341A. *Pertenencia a grupos de delincuencia organizada*. El que pertenezca, conforme, integre, fomente, dirija, encabece, contrate o haga parte de un grupo de delincuencia organizada, será penado por ese solo hecho, con prisión de nueve (9) a quince (15) años, independientemente de la configuración de otras conductas punibles.

Parágrafo. Para efectos de la presente norma se entiende por grupos de delincuencia organizada un grupo armado organizado al margen de la ley de conformidad con la ley 418 de 1997, las bandas y redes criminales de conformidad con el decreto 2374 de 2010, o el que lo reemplace o modifique, o un grupo de personas que mediante la utilización de armas de fuego de defensa personal, armas de fuego, municiones o explosivos de uso privativo de la Fuerza Pública cometan los delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializados establecidos en el artículo 35 de la Ley 906 de 2004, así como los delitos señalados en los artículos 244 y 376 de la Ley 599 de 2000”.

La norma, utilizando una variedad de verbos rectores que se concretan en participar, en cualquier forma, de un grupo delincuencial, establece una pena privativa de la libertad elevada para sus infractores.

En un párrafo aparte, el artículo pretende aclarar lo que debe entenderse por “grupos de delincuencia organizada”. Así, refiere la norma, dichos colectivos comprenden agrupaciones armadas al margen de la ley,¹⁰³ bandas criminales¹⁰⁴ y grupos que utilicen armas de fuego para la comisión de delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializados, entre otros.¹⁰⁵

La exposición de motivos que respalda esta propuesta legislativa deja en claro desde un principio que uno de los objetivos principales de la reforma es la lucha contra la criminalidad organizada, razón por la cual dirige sus esfuerzos a la prevención y al enfrentamiento del fenómeno. Refiriéndose específicamente al delito de pertenencia a banda, organización o grupo criminal, igualmente utiliza este argumento, resaltando el surgimiento, en los últimos tiempos, de nuevas organizaciones de este tipo.

Llama la atención la referencia que se hace en este punto a la legislación de países como Alemania, la cual, refiere, toma como ejemplo “para la elaboración de este delito”¹⁰⁶

b. Primer Debate en el Senado

En la Ponencia para Primer Debate, la propuesta referida al delito de *Pertenencia a grupos de delincuencia organizada* no mereció crítica fundamental alguna respecto a su viabilidad constitucional, política criminal y

coherencia jurídica, puntos examinados por la respectiva Comisión.¹⁰⁷ Por el contrario, su viabilidad constitucional fue respaldada con el argumento de cumplimiento de los fines del Estado, como aquel de “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”. En este punto, el legislador reitera que el nuevo tipo penal sigue la tendencia de países como Alemania, citando para ello el § 129 del StGB.¹⁰⁸

En el acápite de política criminal, la Comisión no hizo referencia específica alguna a la creación del tipo penal propuesto, limitándose a mencionar la decisión del Consejo Superior de Política Criminal de Colombia de “adoptar las medidas necesarias para reducir la impunidad”¹⁰⁹

Al final de este proceso de primer debate, el legislador se limitó a adicionar un verbo rector más a la conducta: “colaborar”, unificando además la expresión “grupos de delincuencia organizada” para todo el Proyecto.¹¹⁰

c. Segundo Debate en el Senado

En cuanto al Segundo Debate en el Senado de la República, el texto del tipo penal propuesto —*Pertenencia a Grupos de Delincuencia Organizada*— es modificado y posteriormente aprobado en plenaria.¹¹¹ Este nuevo texto elimina la multiplicidad de verbos rectores, reduciéndolos a “pertener”, “colaborar” y “hacer parte”. Asimismo, utilizando una mejor redacción, modifica la aclaración de lo que debe entenderse por “grupo de delincuencia organizada”, reduciéndolo al

¹⁰³ Expresión que en Colombia se utiliza con clara referencia a las guerrillas o grupos insurgentes.

¹⁰⁴ La norma hace referencia a las “bandas y redes criminales” de que trata el “Decreto 2374 de 2010, por el cual se crea la Comisión Interinstitucional contra las Bandas y Redes Criminales y se dictan otras disposiciones”, el cual, a su vez, en sus considerandos menciona como tales: (1) Los Rastrojos, (2) Los Paisas, (3) Los Urabéños, (4) Ejército Revolucionario Popular Antiterrorista Colombiano (ERPAC), (5) Renacer, (6) Los Machos, entre otras. El mismo Decreto 2374 caracteriza estos grupos como “organizaciones de carácter multidelictivo, independientes unas de otras, carentes de cualquier tipo de ideología” que se despliegan “hacia zonas donde convergen las fases de la cadena del narcotráfico” y que llegan a “consolidar (incluso) alianzas con grupos terroristas (FARC y ELN) y con organizaciones delincuenciales”.

¹⁰⁵ Entre otros, delitos de genocidio, homicidio agravado, lesiones personales agravadas, secuestro extorsivo, desaparición forzada, apoderamiento de medios de transporte colectivo, tortura, desplazamiento forzado, constreñimiento ilegal agravado, constreñimiento para delinquir agravado, hurto de hidrocarburos o sus derivados, extorsión, lavado de activos, testaferrato, enriquecimiento ilícito de particulares, concierto para delinquir agravado, terrorismo, instigación para delinquir con fines terroristas, fabricación, tráfico y porte de armas de uso privativo de las fuerzas armadas, tráfico de estupefacientes y tráfico de personas. Cfr. Art. 35 de la Ley 906 de 2004.

¹⁰⁶ Véase *Gaceta del Congreso*, núm. 737, de 5 de octubre de 2010, p. 15.

¹⁰⁷ Véase *Gaceta del Congreso*, núm. 850, de 2 de noviembre de 2010, numerales 3.2.2, 4.1 y 6.

¹⁰⁸ Si bien la referencia que se hace en este punto es respecto al § 129 del StGB, por error la Comisión que estudia el Proyecto transcribe no el § 129 del StGB sino el § 129a del StGB. La diferencia entre uno y otro precepto radica en que mientras el primero penaliza la Conformación de Asociaciones Criminales, el segundo penaliza la Conformación de Asociaciones Terroristas. Cfr. *ibid.*, numeral 3.2.2, nota 1.

¹⁰⁹ *Ibid.*, numeral 4.3.

¹¹⁰ *Ibid.*, Pliego de Modificaciones propuesto para Segundo Debate al Proyecto de Ley Número 164 de 2010. Senado, Art. 19.

¹¹¹ El texto modificado reza así: “Artículo 341A. *Pertenencia a grupos de delincuencia organizada*. El que pertenezca, colabore o haga parte de un grupo de delincuencia organizada será penado por ese solo hecho, con prisión de trece (13) a veintidós (22) años, independientemente de la configuración de otras conductas punibles.

grupo de personas que mediante la utilización de armas de fuego cometan determinados delitos. Además, la nueva propuesta aumenta drásticamente la pena privativa de la libertad inicialmente formulada, cambiándola a un mínimo de 13 años y un máximo de 22. Igualmente, utilizando un criterio legislativo, añade un nuevo inciso que agrava la pena para cabecillas o dirigentes de la agrupación.

A la fecha de elaboración de dicho aporte, este es el estado del proyecto de ley: falta aún su aprobación en la otra cámara del Congreso de la República, además de la posterior sanción presidencial.

2. Análisis de la propuesta

Teniendo en cuenta el estado actual de la propuesta legislativa, se hace el siguiente análisis del tipo penal de “Pertenencia a grupos de delincuencia organizada”.

De conformidad con el texto del proyecto, la conducta delictiva a sancionar consistiría en formar parte de un grupo delincuencial dedicado a la comisión de los tipos penales a que hace referencia el proyecto; ello, independientemente de los delitos que el grupo o banda pueda cometer.

Lo anterior implica, en primera medida, la existencia de un grupo, el cual se crea y organiza a partir del acuerdo de voluntades para llevar a cabo el fin común. Por ello, no debe olvidarse que, finalmente, lo que el legislador pretende castigar es el simple acuerdo de varios para delinquir de manera indeterminada en el tiempo, sin importar, ni mucho menos exigir, que el grupo ya hubiese cometido o no delito alguno. La simple asociación se penaliza, por constituir un peligro para la comunidad.

Si bien el proyecto de ley, al describir lo que debe entenderse por “grupo de delincuencia organizada”, no hace referencia a elementos más precisos, ha de entenderse que se trata no sólo de una unión de voluntades permanente en el tiempo, sino también de una estructura por lo menos mínimamente organizada. Ello, en primer lugar, por cuanto es de la esencia de todo grupo o asociación criminal la existencia de un

proyecto criminal en común, así sea rústico, para la comisión de delitos. Y en segundo lugar, por cuanto para el cumplimiento de ese proyecto criminal común y objetivo de la agrupación debe existir una mínima organización, así sea rudimentaria.

Una característica especial y esencial del tipo penal la constituye el que la agrupación a que se refiere el delito debe cumplir su objetivo mediante la utilización de armas de fuego de defensa personal o armas de fuego, municiones o explosivos de uso privativo de la fuerza pública, o de ambas.

Este requisito específico del tipo nos trae a la memoria el tipo penal de concierto para delinquir establecido en el Art. 186, inc. 2, del Código Penal de 1980 o Decreto 100 de 1980. Recuérdese cómo en aquel entonces se agravaba la pena del concierto cuando el grupo criminal actuaba con armas.¹¹²

Por su parte, el inciso segundo de la norma propuesta consagra una circunstancia específica de agravación para los cabecillas o jefes del grupo, es decir, para aquellos que dirigen la organización y, por qué no, dan las órdenes de ejecución.

Es de resaltar la extensión que hace el tipo penal al castigar no sólo a los miembros del grupo, sino también a quienes, sin ser miembros del mismo, “colaboren” con éste. De esta manera, se extiende la punición para todo aquel que contribuya, preste ayuda o auxilie de cualquier modo al grupo criminal.

Recuérdese, en todo caso, que el tipo penal no requiere la efectiva ejecución del plan criminal de la banda. El solo acuerdo para ello ya es punible.

C. La banda en el Derecho penal alemán y en el Derecho penal colombiano.

Comparación de las figuras

Teniendo en cuenta el relato hecho hasta aquí y que ha dejado en claro el concepto de banda en el Derecho penal alemán y el delito de Pertenencia a Banda o Grupo de Delincuencia Organizada en Colombia, podemos señalar algunas diferencias y similitudes de las dos figuras.

Las penas privativas de la libertad previstas en el presente artículo se aumentarán de una tercera parte a la mitad para quien encabece o dirija el grupo de delincuencia organizada.

Parágrafo. Para efectos de la presente norma se entiende por grupos de delincuencia organizada un grupo de personas que mediante la utilización de armas de fuego de defensa personal, armas de fuego, municiones o explosivos de uso privativo de la fuerza pública cometan los delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializados establecidos en el artículo 35 de la Ley 906 de 2004, así como los delitos señalados en los artículos 244 y 376 de la Ley 599 de 2000". Cfr. *Gaceta del Congreso*, núm. 117, de 25 de noviembre de 2010.

¹¹² Cfr. Arenas, Antonio Vicente, *Comentarios al nuevo Código Penal*, tomo II, vol. I, Bogotá, Temis, 1981, p. 184.

La primera y fundamental consiste en que en el Código Penal alemán la “banda” actualmente funciona como circunstancia específica de agravación punitiva para determinados delitos y no como tipo penal independiente, tal como se está proponiendo en Colombia.

Lo anterior implica que, de conformidad con el Código Penal alemán, la agravante específica de comisión en banda solamente es aplicable cuando se comete el delito del cual se deriva la agravación punitiva. A manera de ejemplo, el hurto agravado por comisión en banda (§ 244, Abs. 1, No. 2, del StGB) es sancionado sólo cuando el hurto se ha perpetrado, independientemente de si éste se consuma o queda en fase de tentativa. La sola existencia de la banda o el mero acuerdo de la banda para dedicarse a infringir la ley penal no constituye delito por sí mismo en la legislación penal alemana.

Ahora bien, al margen de que a partir de qué figura se castigue la banda, ya sea como agravante punitiva o como delito independiente, si nos detenemos exclusivamente en la definición de los dos conceptos tendríamos las siguientes diferencias y similitudes entre el concepto de “banda” alemán y el concepto de “grupo de delincuencia organizada” utilizado por la ley colombiana: 1) En ambos casos se trata de la unión permanente de varias personas que tienen como objetivo común cometer delitos aún indeterminados. 2) En ambos conceptos, la peligrosidad de la agrupación radica en el acuerdo de varias personas para infringir en el tiempo la ley penal. 3) Una diferencia se encontraría en el elemento *organización*, el cual no se requiere para la banda del Derecho penal alemán, pero sí, estimo, debe considerarse para el caso de los “grupos de delincuencia organizada” en Colombia. 4) Otra diferencia radicaría en la utilización de armas, que se constituye como elemento especial y esencial para los grupos de delincuencia organizada en Colombia, y que no aparece en el concepto de banda del Derecho penal alemán. Finalmente, 5) Podría hablarse del número mínimo de miembros, para la banda del Derecho penal alemán —que es de tres—, pero para el Grupo de delincuencia organizada en Colombia no se ha hecho referencia expresa, por lo que le corresponderá a la jurisprudencia, de ser sancionado como ley el proyecto, establecer tal criterio.

De esta manera, queda claro que ambas figuras son disímiles no sólo por la función que cumplen dentro del sistema jurídico-penal de cada país, pues una actúa como circunstancia específica de agravación punitiva, y la otra como tipo penal autónomo, sino también por sus características, que si bien coinciden en algunos elementos, difieren en otros.

Teniendo en cuenta lo anterior, surge el interrogante respecto a qué figura se refiere entonces el Proyecto de Ley 164 de 2010 cuando en su Exposición de Motivos y en la Ponencia para Primer Debate se señala que para la elaboración de la propuesta legislativa aquí estudiada “se tomó en cuenta la legislación que para el efecto existe en Alemania” y se “siguió la tendencia internacional especialmente de países [...] como Alemania”, y, evidentemente, como ha quedado aquí a la vista, no estamos ante los delitos en banda del Derecho penal alemán.¹¹³

En efecto, la figura a la que se refiere la Exposición de Motivos y la ponencia para primer debate es aquella establecida en el § 129 del StGB, denominada Conformación de Asociación Criminal (*Bildung krimineller Vereinigung*), la cual, como se anotó en precedencia, castiga a quien funde una asociación criminal cuyos objetivos o actividades estén dirigidos a la comisión de delitos, así como también a quien participe como miembro de tal asociación, la apoye o favorezca, o haga propaganda de ella para ganar miembros o personas que la apoyen.¹¹⁴ Dicha conducta es consagrada de manera agravada en el § 129a del StGB, cuando los delitos que constituyen el fin de la asociación se refieren a determinados tipos penales expresamente señalados allí, como terrorismo, homicidio, genocidio, delitos de lesa humanidad, delitos contra la libertad personal, entre otros.

Lo que la propuesta legislativa no tuvo en cuenta es que el delito de Conformación de Asociación Criminal del Código Penal alemán tiene su equivalente en el Derecho penal colombiano, más exactamente en el delito establecido en el artículo 340 del Código Penal denominado *concierto para delinquir*.¹¹⁵ Incluso esta figura utilizada en el Derecho penal colombiano para la punición de grupos o asociaciones dedicadas a cometer delitos es, como se verá más adelante, mucho más amplia y flexible que el concepto de asocia-

¹¹³ Cfr. *Gaceta del Congreso*, núm. 737, de 5 de octubre de 2010, p. 15, y núm. 850, de 2 de noviembre de 2010, 3.2.2. Nota 1.

¹¹⁴ Véanse notas a pie de página 73 y 89.

¹¹⁵ Cfr. Romero Sánchez, Angélica, *Aproximaciones a la problemática de la criminalidad organizada y el delito de asociación ilícita*, Bogotá, Nueva Jurídica, 2006, pp. 271, 272, 280 y 293.

ción criminal utilizado por el Derecho penal alemán, el cual ha llevado a la casi inaplicabilidad del delito como consecuencia de los requisitos establecidos por la jurisprudencia para su configuración,¹¹⁶ por lo que en la práctica judicial resulta muy difícil demostrar la “voluntad de grupo”, lo que la mayoría de las veces impide la imputación de este tipo penal.¹¹⁷

D. Análisis de la propuesta legislativa y su relación con el Art. 340 del CP colombiano

Es claro que la intención del gobierno colombiano con el tipo penal propuesto, más allá de su objetivo general de lucha contra la criminalidad organizada, es, desde un punto de vista más concreto, lograr la penalización de la sola conducta de pertenencia a un grupo criminal, tal como lo señala el *nomen-iuris* dado al tipo penal: “pertenencia a grupos de delincuencia organizada”, e incluso extenderla más allá, a todo aquel que colabore con la organización.

La primera y principal duda que surge al respecto consiste en determinar si el hoy vigente artículo 340 del Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000), denominado “concierto para delinquir”, y existente desde el Código Penal de 1837 con el *nomen iuris* “cuadrilla de malhechores”, no sirve para los mismos fines propuestos y queridos por el Gobierno Nacional. ¿Acaso no toda “banda” o “grupo de delincuencia organizada” implica un “concierto para delinquir”? ¿Qué tiene el “grupo de delincuencia organizada” que no tenga el “concierto para delinquir”?

1. El delito de “concierto para delinquir” en el Derecho penal colombiano

En efecto, el Art. 340 del CP colombiano amenaza con pena de prisión el que varias personas se “concieren” o se pongan de acuerdo con el fin de cometer delitos. El inciso segundo de la norma contiene un agravante

punitivo para los casos en que el concierto sea para cometer determinados delitos que la norma ahí mismo relaciona.¹¹⁸ Asimismo, el inciso tercero establece una pena más elevada no sólo para directores y cabecillas del grupo, sino también para todo aquel que organice, fomente, promueva o financie el concierto criminal.

Este tipo penal de concierto para delinquir posee una larga tradición en la legislación penal colombiana; se encuentran rastros de él desde el Código Penal de 1837 o Código Penal de la Nueva Granada, con la denominada “cuadrilla de malhechores”, la cual castigaba a toda asociación de cuatro o más personas que tuviese como objetivo cometer, juntas o separadamente y de común acuerdo, algún delito o delitos contra las personas o contra las propiedades, fueran públicas o privadas.¹¹⁹

De igual manera, el Art. 248 del Código Penal de 1890 mantuvo esta figura,¹²⁰ la cual permaneció hasta el Código Penal de 1936, cuando se sustituyó el *nomen iuris* por “asociación para delinquir”, que castigó la **asociación o banda** (negrilla fuera de texto) de tres o más personas, organizada, que tuviera como propósito permanente la comisión de delitos, y la pena se agravaba para jefes o directores de la misma.¹²¹

Igualmente, el Código Penal de 1980, reemplazando nuevamente el *nomen iuris* de la “asociación para delinquir”, consagró el “concierto para delinquir”, que penalizó, al igual que la legislación hoy vigente, la concertación de varias personas para cometer delitos. En aquellos días se estableció como agravante punitivo, en el inciso segundo del Art. 186 del CP, el actuar en despoblado o con armas; y en el inciso tercero se agravaban las penas no sólo para cabecillas o dirigentes de la organización, sino también para quienes “promovieran” el concierto.¹²²

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana, refiriéndose al delito de “concierto para delinquir” del Art. 340 del CP, lo define estableciendo que el mismo “[...] presupone una organización,

¹¹⁶ Véase concepto de Asociación Criminal desarrollado por la jurisprudencia alemana en nota a pie de página 89.

¹¹⁷ Cfr. Sieber Ulrich/Bögel Marion, *Logistik der organisierten Kriminalität. Wirtschaftswissenschaftlicher Forschungsansatz und Pilotstudie zur internationalen Kfz-Verschiebung, zur Ausbeutung von Prostitution, zum Menschenhandel und zum illegalen Glücksspiel*, Wiesbaden, Dunker & Humblot, 1993, p. 358.

¹¹⁸ Así, genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o financiamiento del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas.

¹¹⁹ Véase Art. 277 del CP de 1837, en *Codificación Penal*, tomo VI, Bogotá, Imprenta Nacional, 1925, p. 468.

¹²⁰ Véase Art. 248 del CP de 1890, en Imprenta Nacional, Código Penal de la República de Colombia, Bogotá, Imprenta Nacional, 1906, p. 47.

¹²¹ Véase Art. 208 del CP de 1936, en Ortega Torres, Jorge, *Código Penal y Código de Procedimiento Penal anotados*, 7^a ed., Bogotá, Temis, 1953, p. 179.

¹²² Véase Art. 186 del CP de 1980, en Peláez Vargas, Gustavo et al., *Código Penal*, tomo I, Medellín, Editora Jurídica de Colombia, 1993.

así sea rudimentaria, conformada por un grupo de personas que previamente se han puesto de acuerdo, o han convenido llevar a cabo un número plural de delitos y de este modo lesionar o poner en peligro indistintamente bienes jurídicos bajo circunstancias no necesariamente singularizables [...].¹²³ Ha aclarado igualmente la jurisprudencia que “el simple hecho de concertarse, pactar, acordar o convenir la comisión de delitos indeterminados es ya punible”, pues, añade la corporación, invocando el querer del legislador, esa asociación, “por sí mism(a) atenta contra la seguridad pública y por ello extendió la protección penal hacia esa actividad, sin que sea necesario exigir un resultado específico para pregonar el desvalor en tal conducta”.¹²⁴ “El concierto para delinquir está descrito como una fórmula que anticipa la barrera de protección de los bienes jurídicos al sancionar el acuerdo de voluntades, sea para cometer delitos, cualesquiera que ellos sean, o para cometer otras conductas delictivas [...].”¹²⁵

La Corte Constitucional colombiana, con ocasión de un pronunciamiento acerca de la constitucionalidad del Art. 44 de la Ley 30 de 1986 o Estatuto Nacional de Estupefacientes,¹²⁶ que consagraba de manera específica el delito de concierto para delinquir respecto de las conductas penales establecidas en tal Estatuto, refiriéndose a la figura del “concierto para delinquir” lo definió como

la celebración, por parte de dos o más personas de un convenio, de un pacto, cuya finalidad trasciende el mero acuerdo para la comisión de un determinado delito, se trata de la organización de dichas personas en una *societas sceleris*, con el objeto de asumir con proyección hacia el futuro la actividad delictiva como su negocio, como su empresa, la cual, valga aclararlo, dado su objeto ilícito se aparta de los postulados del artículo 333 de la Carta Política que la reivindica y protege; lo anterior significa que no existe acuerdo previo entre sus miembros sobre los delitos específicos que cometerán, como tampoco sobre el momento, el lugar o las personas o bienes que se afectarán, si sobre lo que será su actividad principal: delinquir. Es decir,

que la organización delictiva se establece con ánimo de permanencia, que el pacto o acuerdo que celebran sus integrantes es para desarrollar actividades contrarias a la ley, previa distribución entre sus miembros de acciones y responsabilidades que se complementan para alcanzar un fin. Este tipo de organizaciones al margen y contra la sociedad, cuyo objeto específico es transgredir el ordenamiento jurídico, obviamente constituyen un peligro para la tranquilidad colectiva y atentan contra la seguridad pública, que son precisamente los bienes jurídicos que se pretende proteger con su represión y castigo.¹²⁷

Siguiendo tal postura, la misma Corte resaltó como elementos del delito: 1) la existencia de una organización que con carácter permanente tenga como objetivo lesionar intereses o bienes jurídicos indeterminados; 2) que los miembros de dicha organización lo sean en virtud de un acuerdo de voluntades que los une para alcanzar dicho objetivo, y 3) que la expectativa de la realización de las actividades que se proponen sus miembros ponga en peligro o altere la seguridad pública.¹²⁸

2. Convergencias y divergencias entre los delitos de “pertenencia a grupos de delincuencia organizada” y “concierto para delinquir”

Dejando en claro los elementos requeridos para la configuración del tipo penal del Art. 340 del CP, regresamos entonces a la pregunta planteada unas páginas atrás: ¿acaso no toda “banda” o “grupo de delincuencia organizada” implica un “concierto para delinquir”? ¿Qué tiene el “grupo de delincuencia organizada” que no tenga el “concierto para delinquir”? Veamos entonces algunas convergencias y divergencias:

Respecto al grupo criminal requerido:

- Ambas figuras, esto es, tanto el “grupo de delincuencia organizada” como la asociación del “concierto para delinquir” se refieren a un grupo de personas, mínimamente organizadas, que han acordado o tienen como objetivo dedicarse a la infracción de normas penales.

¹²³ CSJ Sentencia 2^a Instancia, Rad. 17089 de 23 de septiembre de 2003. Recogida también en CSJ Sent. Única Instancia, Rad. 26450, 8 de noviembre de 2007.

¹²⁴ *Idem*.

¹²⁵ CSJ Sentencia única instancia, de 21 de febrero de 2011, Rad. 27918.

¹²⁶ *Diario Oficial*, núm. 37.335, de 5 de febrero de 1986.

¹²⁷ CC Sentencia C-241/97.

¹²⁸ *Idem*.

- Igualmente, dado su objetivo, ambas requieren el acuerdo voluntario de los miembros de la agrupación criminal para unirse en tal forma, con la finalidad criminal ya citada.
- También, ambas figuras requieren un mínimo de organización, propio para el cumplimiento de sus fines.

Respecto al objetivo seguido por el grupo:

- Se podría decir que mientras el grupo del concurso para delinquir puede tener como fin la comisión de cualquier conducta tipificada como delito, el grupo de delincuencia organizada debe tener como finalidad la comisión, no de cualquier conducta criminal, sino la de determinados tipos penales, específicamente referidos en la norma, esto es, aquellos de competencia de los jueces penales del circuito especializados, aunados a los delitos de extorsión y tráfico de estupefacientes.
- Esta diferencia se reduce considerablemente, y en algunos casos llega a la identidad de objetivo, cuando se tiene en cuenta la modalidad agravada del concurso para delinquir establecida en el inciso segundo del Art. 340 del CP, la cual constituye en su totalidad delitos de conocimiento de los jueces penales del circuito especializados, esto es, aquellos cuya comisión, entre otros, puede ser objetivo del “grupo de delincuencia organizada”.
- Este objetivo, prácticamente conjunto para ambas figuras, se ve diferenciado única y exclusivamente en que, para el delito de “pertenencia a grupos de delincuencia organizada”, éste debe pretenderse utilizando armas de fuego de las características referidas en el párrafo del Art. 314a propuesto a través del Art. 22 del Proyecto de Ley 164 de 2010. La figura, entonces, encontraría equivalencia con el antiguo Art. 186, inc. 2º, del Código Penal de 1980.

Respecto a los sujetos activos de los dos tipos penales en correspondencia con sus verbos rectores:

- Ambas modalidades, esto es, tanto el “concurso para delinquir” como la “pertenencia a grupos de

delincuencia organizada” castigan a los miembros de la asociación criminal. Recuérdese que para el concurso para delinquir es suficiente el simple hecho de concertarse, pactar, acordar o convenir la comisión de delitos aún indeterminados.¹²⁹

- Igualmente, para el tipo penal propuesto por el Proyecto de Ley 164 de 2010, el formar parte del grupo o pertenecer al mismo es ya punible.
- También, los dos tipos penales extienden la punibilidad más allá de los miembros pertenecientes al grupo, sea cual fuere su rango, también a quienes, para el caso de los “grupos de delincuencia organizada”, “colaboren”, o, para el caso del concurso para delinquir, a quienes “organicen, fomenten, promuevan o financien” el grupo. Y se pregunta, ¿acaso organizar, fomentar, promover y financiar no son al fin y al cabo formas de colaboración?

E. Conclusión final

No obstante la naturaleza paradigmática que pueda tener el Derecho penal alemán en los procesos de reforma legislativa de varios países en el mundo, como Colombia, es claro que los delitos en banda del Derecho penal alemán, en cuanto a su actual concepción y fundamentación, no constituyen un modelo a seguir.

El Proyecto de Ley en Colombia, que propone la creación del tipo penal de *pertenencia a grupos de delincuencia organizada*, con el fin de luchar contra la delincuencia organizada, más exactamente, contra lo que hoy en Colombia se denomina “Bandas Criminales Emergentes”, no toma como modelo los delitos en banda del Código Penal alemán, a pesar de las afirmaciones contrarias que se hacen en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 164 de 2010.

El tipo penal propuesto en el proyecto de ley colombiano, denominado *Pertenencia a grupos de delincuencia organizada*, antes que encontrar correspondencia con los delitos en banda del Derecho penal alemán podría converger en algunos de sus elementos y en mayor medida con el tipo penal de Asociación Criminal del § 129 del StGB.¹³⁰

¹²⁹ Véase arriba acápite IV, 1.

¹³⁰ Estudios sobre el § 129 del StGB o delito de Asociación Criminal, consúltense Romero Sánchez, Angélica, “Die Definition der kriminellen Vereinigung in deutschen Strafrecht (§ 129 StGB) —Eine historische Analyse—”, inédito. Felske, *op. cit.* Langer-Stein, Rose, *Legitimation und Interpretation der strafrechtlichen Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen*, Múnich, Florentz, 1987. Fürst, Martin, *Grundlagen und Grenzen der §§ 129, 129a StGB*, Francfort del Meno, Lang, 1989. Grässle-Münscher, Josef, *Kriminelle Vereinigung. Von den Burschenschaften bis zur RAF*, Hamburgo, Europäische Verlagsanstalt, 1991.

Sin embargo, este último ya posee de tiempo atrás su semejante en el Derecho penal colombiano. Se trata del ya tradicional tipo penal denominado actualmente *concierto para delinquir*, presente incluso desde el Código Penal de la Gran Colombia de 1837, llamado en aquel entonces *cuadrilla de malhechores*, reemplazado en el Código Penal de 1936 por la *asociación para delinquir* y que a partir del Código de 1980 se denomina *concierto para delinquir*.

El tipo penal de *pertenencia a grupos de delincuencia organizada*, finalmente, resulta ser un *concierto para delinquir* del Art. 340 del CP colombiano, pero agravado no sólo por los delitos que deben ser objetivo del grupo, sino también porque éstos deben ser cometidos utilizando armas de fuego.

Si el gobierno colombiano lo que quiere, mediante su propuesta legislativa, es castigar la sola pertenencia al grupo criminal, tal como lo ha dejado en claro no sólo en la motivación del proyecto, sino también en diversas intervenciones del presidente de la República,¹³¹ no tuvo en cuenta que ello ya era posible por medio del clásico delito de “concierto para delinquir” del Art. 340 del CP, que de igual manera agrava la pena cuando el concierto es para la comisión de determinados delitos (inc. 2). Luego entonces, la introducción de un nuevo tipo penal en el Código resulta innecesaria.

Obsérvese que, incluso tratándose de la extensión que del tipo penal hace el Art. 340, inc. 3, del CP a quienes, sin ser miembros del grupo criminal, organicen, fomenten, promuevan o financien la organización, puede encontrar coincidencia con el término “colaborar” que utiliza el tipo penal propuesto por el proyecto de ley.

Por otra parte, bien puede prescindirse del elemento referido a la utilización de armas de fuego requerido para la configuración de lo que debe entenderse por un “grupo de delincuencia organizada”, pues tal circunstancia puede reprocharse por medio del “concurso de delitos”, como se ha venido utilizando tradicionalmente por la administración de justicia; o simplemente, adicionando un inciso al Art. 340 del CP, en el que se agrave la pena cuando el grupo uti-

lize armas, tal como lo hacía el inciso segundo del Art. 186 del Código Penal de 1980.

Una alternativa sería la modificación del Art. 340 del CP, adecuándolo en su redacción al discurso actual del gobierno colombiano de lucha contra lo que ha denominado bandas criminales. Así, un *nomen iuris* apropiado sería incluso aquel utilizado por el Código Penal de 1936 (Art. 208), “asociación para delinquir”, o bien, esta vez sí, siguiendo el modelo alemán de “Conformación de Asociación Criminal”. Por medio de este tipo penal se continuaría castigando a todo aquel que forme parte o pertenezca a una asociación o banda, cuya actividad esté dirigida a la comisión de delitos. Aparte, la pena se agravaría para sus cabecillas o líderes, así como también cuando la asociación fuese para cometer determinados delitos graves. Igualmente, siguiendo la tendencia internacional,¹³² mediante otros verbos rectores, sería posible castigar a aquellos que, sin ser miembros de la agrupación, colaboren con ésta, la promuevan o la financien.

Con lo anterior se evitaría la existencia de dos tipos penales semejantes que, en vez de facilitar el trabajo de la administración de justicia, ocasionarían confusión en la aplicación de los mismos.

Téngase en cuenta, en todo caso, la coherencia que, frente al caso alemán, mantiene el actual Derecho penal colombiano para la represión de delitos cometidos por grupos de delincuencia organizada. Así, el solo acto de concertarse, pactar, acordar o convenir la comisión de delitos indeterminados es ya punible a través del delito de concierto para delinquir del Art. 340 del CP, sin que sea necesario exigir un resultado específico, es decir, la comisión de cualquiera de los delitos pactados por el grupo criminal. Ahora, en caso de cometerse cualquiera de los delitos fin de la agrupación, la práctica judicial, así como también la jurisprudencia, aplica el concurso real de delitos; esto es, se imputaría tanto el delito de concierto para delinquir como el delito cometido por el grupo criminal (llámese hurto, tráfico de estupefacientes, etc.), recogiéndose de esta manera el reproche por ambas conductas, sin necesidad de acudir a

¹³¹ Cfr. Palomino, Sally, “Tenemos un reto mayúsculo, la lucha contra las Bacrim”, entrevista con el ministro de Defensa Rodrigo Rivera, *Revista Semana*, Bogotá, viernes 14 de enero de 2011, <http://www.semana.com/noticias-nacion/tenemos-reto-mayuscupo-lucha-contra-bacrim-rodrigo-rivera/150129.aspx>.

¹³² A manera de ejemplo, en Alemania el § 129 del StGB castiga además a fundadores y a quienes la apoyen o hagan propaganda de la asociación criminal. Los Arts. 416 y 417 del Código Penal italiano sancionan a quienes promuevan, constituyan, organicen o dirijan la asociación.

debatir una tercera posibilidad, más allá de la configuración de circunstancias específicas o generales de mayor punibilidad, por la intervención de varias personas en la comisión del delito.

Por último, lo que pretende este aporte es proponer que, previamente a la creación de un nuevo tipo penal, se evalúen las consideraciones aquí expuestas y se opte por una mejor solución, que cumpla con el objetivo de utilizar el Derecho penal como herramienta contra la delincuencia organizada, respetando en todo caso las garantías fundamentales predicables de todo Estado Social de Derecho.

Bibliografía

- Altenhain, Karsten, “Die Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds”, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 2001, pp. 112-145.
- Arenas, Antonio Vicente, *Comentarios al nuevo Código Penal*, tomo II, vol. I, Bogotá, Temis, 1981.
- Berner, Albert Friedrich, *Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa*, Berlin, Heymann, 1847.
- Felske, Karsten, *Kriminelle und terroristische Vereinigungen §§ 129, 129a StGB. Reformdiskussion und Gesetzgebung seit dem 19. Jahrhundert*, Baden-Baden, Nomos, 2002.
- Feuerbach, Anselm Ritter von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, Heyer, 1840.
- Fürst, Martin, *Grundlagen und Grenzen der §§ 129, 129a StGB. Zu Umfang und Notwendigkeit der Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes bei Bekämpfung krimineller und terroristischer Vereinigungen*, Francfort del Meno, Peter Lang, 1989.
- Goltdammer, Theodor (ed.), *Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preußischen Staaten. Theil 1 und Theil 2*, Francfort del Meno, Keip, 1851.
- Grässle-Münscher, Josef, *Der Tatbestand der kriminellen Vereinigung (§ 129 StGB) aus historischer und systematischer Sicht*, Múnich, 1982.
- , *Kriminelle Vereinigung. Von den Burschenschaften bis zur RAF*, Hamburgo, Europäische Verlagsanstalt, 1991.
- Grosse Strafrechtskommission, *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, 6, Band, Besonderer Teil, 59 bis, 66 Sitzung, Bonn, 1958.
- Hälschner, Hugo, *Das Preußische Strafrecht. Teil 2, Band I Allgemeiner Teil*, Bonn, Marcus, 1858.
- , *Das Gemeine deutsche Strafrecht*, Bonn, Marcus, 1881.
- Hessen-Kassel/Ober-Appellationsgericht, *Bemerkenswerthe Entscheidungen des Criminal-Senates des Ober-Appellations-Gerichtes zu Cassel*, Vierter Band, Cassel, 1849.
- His, Rudolf, *Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Karolina*, Múnich-Berlín, Oldenbourg, 1928.
- Imprenta Nacional, *Código Penal de la República de Colombia, Ley 19 de 1890*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1906.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5^a ed. revisada, Berlín, Duncker & Humblot, 1996.
- Joecks, Wolfgang, “§ 30”, en Joecks Wolfgang/Miebach Klaus (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band ½ §§ 1-51 StGB*, Múnich, Beck, 2003. (Citado en MK-Joecks.)
- Kinsig, Jörg, *Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität*, Berlín, Duncker & Humblot, 2004.
- Körner, Harald Hans (ed.), *Betäubungsmittelgesetz. Arzneimittelgesetz*, 6^a ed., Múnich, Beck, 2007.
- Kosmalla, Michael, *Die Bandenmäßigkeit im Strafrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2005.
- Köstlin, Christian Reinhold, *System des deutschen Strafrechts. Abhandlungen aus dem Strafrechte*, Tubinga, Verlag der H. Lauppschen Buchandlung, 1855.
- Langer-Stein, Rose, *Legitimation und Interpretation der strafrechtlichen Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen (§§ 129, 129 a StGB)*, Múnich, Florentz, 1987.
- Meyer-Goßner, Lutz/Cierniak, Jürgen, *Strafprozeßordnung. Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen*, Múnich, C.H. Beck, 2010.
- Mommsen, Theodor, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1899.
- Nagler, Johannes, “§ 49a”, en Ebermayer, Ludwig/Lobem, Adolf/Rosenberg, Werner (eds.), *Rechtsstrafgesetzbuch Leipziger Kommentar. Fünfter Band*, §§ 125-137, 6^a ed., Berlín, De Gruyter, 1944 (citado en LK-Nagler).
- Ortega Torres, Jorge, *Código Penal y Código de Procedimiento Penal Anotados*, 7^a ed., Bogotá, Temis, 1953.

Peláez Vargas, Gustavo/Escobar López, Édgar/Aguilar Pardo, José (*et al.*) (colab.), *Código Penal*, 3^a ed., Medellín, Editora Jurídica de Colombia, 1993.

Romero Sánchez, Angélica, *Aproximación a la problemática de la delincuencia organizada y el delito de asociación ilícita*, Bogotá, Nueva Jurídica, 2006.

—, “Die Definition der kriminellen Vereinigung in deutschen Strafrecht”, trabajo inédito.

Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado, *Codificación Nacional de todas las leyes de Colombia desde el año 1821, hecha conforme a la ley 13 de 1912*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1925.

Scherer, Martin, *Die Formen der Verbrechensbegehung bei den Rotten- und Bandendelikten im Verhältnis zu den Formen der Verbrechensbegehung des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs* (Dissertation), Maguncia, Johannes-Gutenberg-Universität Mainz, 1966.

Schütze, Theodor Reinhold, *Die notwendige Teilnahme am Verbrechen*, Leipzig, Gebhardt, 1869.

Sieber, Ulrich/Bögel, Marion, *Logistik der organisierten Kriminalität. Wirtschaftswissenschaftlicher*

Forschungsansatz und Pilotstudie zur internationalen Kfz-Verschiebung, zur Ausbeutung von Prostitution, zum Menschenhandel und zum illegalen Glücksspiel, Wiesbaden, Dunker & Humblot, 1993.

Temme, Jodocus Donatus Hubertus, *Die Lehre vom strafbaren Betrugs und Diebstahl nach preussischem Rechte*, Nachdruck der Ausgabe von 1840 und 1841, Goldbach, Keip, 1997.

Tsai, Tun-Ming, *Die Bande als Verbrechensform im deutschen, chinesischen und japanischen Strafrecht* (Dissertation), Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, 1964.

Wehrstedt, Friedrich-Wilhelm, *Das Komplott in der strafrechtlichen Entwicklung seit der Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. (Carolina) von 1532* (Dissertation), Georg-August Universität Göttingen, 1933.

Werner (ed.), *Reichsstrafgesetzbuch Leipziger Kommentar Fünfter Band §§ 125-137*, 6^a ed., Berlin, De Gruyter, 1944. (Zitiert: LK-Nagler.)

Wilda, Wilhelm Eduard, *Das Strafrecht der Germanen*, Halle, Schwetschke, 1842.

ABREVIATURAS

Abs.	Absatz (Inciso)
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten (Código Territorial General Prusiano)
AO	Abgabenordnung (Ley General Tributaria)
Art.	Artículo
BayStGB	Bayerisches Strafgesetzbuch (Código Penal de Baviera)
BGBl.	Bundesgesetzblatt (Boletín Oficial del Estado)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal)
BGHSt	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Compilación de jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal, en materia penal)
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache (Boletín Oficial del Bundestag)
BtMG	Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln (Ley de tráfico de estupefacientes)
CC	Corte Constitucional
CCC	Constitutio Criminalis Carolina
CP	Código Penal
CSJ	Corte Suprema de Justicia
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
JuS	Juristische Schulung (revista)
KorruptionsbG	Gesetz zur Bekämpfung der Korruption (Ley de lucha contra la corrupción)

LK	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (Código Penal alemán comentado)
MK	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (Código Penal comentado de Múnich)
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i> (revista)
NStZ	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht</i> (revista)
OrgKG	Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (Ley de lucha contra la criminalidad organizada)
PrStGB	Preußisches Strafgesetzbuch (Código Penal Prusiano)
RAO	Reichsabgabenordnung (Ley Imperial General Tributaria)
Rdn.	Randnummer (número al margen)
RGBl	<i>Reichsgesetzblatt</i> (Boletín Oficial del Imperio)
RGSt	Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts (Jurisprudencia del Tribunal Supremo Imperial)
RGSt	Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Strafsachen (Compilación de jurisprudencia del Tribunal Supremo Imperial, en materia penal)
RStGB	Reichstrafgesetzbuch (Código Penal Imperial)
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal)
StRG	Gesetz zur Reform des Strafrechts (Ley de Reforma del Derecho Penal)
StV	<i>Strafverteidiger</i> (revista)
V.a.	Versión anterior
V.n.	Versión nueva
VZG	Vereinszollgesetz (Ley de Aduana de la Federación Alemana del Norte)
WürttStGB	Strafgesetzbuch für Württemberg (Código Penal de Württemberg)
ZStW	<i>Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft</i> (revista)

Doctrina



La verdad en las declaraciones sobre pasadas condenas, ¿histórica o normativa?*

Jesús-María Silva Sánchez

Universidad Pompeu Fabra, España

Revista Penal México, núm. 3, enero-junio de 2012

RESUMEN: En el Derecho comparado es usual que el acceso a algunas profesiones, la obtención de determinados beneficios o la participación en determinadas licitaciones dependa de la declaración jurada del solicitante de no haber sido condenado ni hallarse procesado por delito. El particular tiene derecho a no declarar sobre tales condenas “históricas” como condenas “normativas”, pues los antecedentes cancelados (cuando los hay) no pertenecen al mundo del Derecho (verdad normativa) sino a la esfera íntima de la persona (verdad histórica). De esto se desprenden varias consecuencias jurídicas que abordan las diferentes legislaciones europeas.

PALABRAS CLAVE: Verdad histórica o factual, verdad jurídico-normativa, rehabilitación, cancelación de antecedentes penales, remisión de la pena, principio de reserva (non disclosure), discriminación vulneratoria, derecho a la intimidad, restablecimiento del sujeto en la plenitud de derechos ciudadanos, deber de reserva (duty to non disclosure), derecho de rectificación.

ABSTRACT: In comparative criminal law access to some professional activities, benefits and participation in some public biddings usually depend upon the sworn declaration of the applicant that he has never been prosecuted for a crime. The individual has the right to not declare on such “historical” sentences as “normative” verdicts, because cancelled records (when there are any) do not belong to the world of criminal law (normative truth) but to the private sphere of the individual (historical truth). Several legal consequences result from this situation and are dealt with by European laws.

KEY WORDS: historical or factual truth, normative legal truth, rehabilitation, cancellation of criminal records, remission of penalty, non disclosure principle, damaging discrimination, right to privacy, restoration of the individual's full civic rights, duty to non disclosure, right of amendment.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El significado jurídico de la cancelación de antecedentes penales en España y en el Derecho comparado. 2.1. Introducción. 2.2. La doctrina de los Tribunales españoles. 2.3. Los Derechos europeos. 2.4. La postura del Reino de España en sus relaciones internacionales. 2.5. Conclusión.

* Publicado en AA.VV., *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

1. Introducción

1. En el Derecho comparado no es infrecuente que el acceso a determinadas profesiones (*e.g.*, la abogacía), la obtención de determinados beneficios o la participación en determinadas licitaciones (así, en la contratación pública) se haga depender de la emisión por el solicitante de un documento contenido una declaración jurada de no haber sido condenado ni hallarse procesado por delito. Por otro lado, en el Derecho penal español vigente, el art. 436 LECrim señala que “el testigo manifestará primeramente su nombre, apellidos paterno y materno, edad, estado y profesión, si conoce o no al procesado y a las demás partes, y si tiene con ellos parentesco, amistad o relaciones de cualquier clase, *si ha estado procesado y la pena que se le impuso [...]”*.¹ Una declaración que obviamente se incorporará, mediante la transcripción o grabación de la declaración, al expediente judicial correspondiente.²

2. No siempre queda claro cuál habrá de ser la consecuencia de una falsedad en la referida declaración. Sí parece que ésta consistirá, en todo caso, en la exclusión de la posibilidad de acceso al beneficio pretendido (licitación, profesión, etc.). Pero, además, cabe plantear incluso la posibilidad de la comisión de un delito de falsedad. Así podría suceder, por ejemplo, en el art. 210, I, del Código penal chileno,³ en el art. 411 del Código penal peruano;⁴ y, en general, en todos aquellos países en los que las falsedades ideológicas (faltar a la verdad en la narración de los hechos) no hayan sido despenalizadas o lo hayan sido sólo parcialmente.⁵ En realidad, y a propósito del caso del testigo, podría plantearse incluso la imputación de un delito de falso testimonio.⁶

¹ Cursiva añadida.

² Sobre el juramento o promesa del testigo, cfr. art. 433, II, LECrim.

³ “El que, ante la autoridad o sus agentes perjurare o diere falso testimonio en materia que no sea contenciosa, sufrirá las penas de prisión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.”

⁴ “El que, en un procedimiento administrativo, hace una falsa declaración en relación a hechos o circunstancias que le corresponde probar violando la presunción de veracidad establecida por ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.”

⁵ Dejando subsistente, por ejemplo, la punibilidad de la falsedad ideológica cometida por particular y que se incorpore a un documento oficial.

⁶ En cuanto a la declaración del testigo, debe indicarse que en España existe discusión sobre si las “generales de la Ley” son preguntas cuya respuesta puede integrar la declaración del testigo a los efectos del delito de falso testimonio. Mientras que algunos autores (Córdoba, Magaldi) lo han rechazado, a mi entender debe prevalecer la tesis (Bernal) de que sí se integran en la declaración a tal efecto, pues contribuyen a la formación de la convicción judicial acerca de la credibilidad que se vaya a atribuir al testigo. Sin embargo, no puede ignorarse que las preguntas generales de la ley tienen una naturaleza radicalmente distinta de la que tienen las demás preguntas a que puede ser sometido un testigo. En efecto, en las demás preguntas, el testigo declara sobre aquello que ha percibido por los sentidos; en las generales de la ley no se trata de una percepción sensorial, sino de un juicio de valoración, en ocasiones nada sencillo, que admite matices y que desde luego no siempre puede simplificarse en términos de verdad o falsedad.

3. El objeto de estas páginas no es, sin embargo, el problema de las consecuencias jurídicas que cabe derivar de las falsedades ideológicas incluso en sistemas como el español, en el que éstas se hallan básicamente despenalizadas. Más bien, se trata de efectuar alguna precisión a propósito de la realidad —la “verdad”— con la que ha de confrontarse la declaración efectuada por el sujeto para que esta última pueda ser legítimamente calificada de falsa. En particular, interesa aquí dicha referencia en relación con la manifestación de “no haber sido condenado o procesado”.

4. La pregunta es si alguien puede manifestar verazmente que no ha sido condenado, siendo así que una mirada meramente histórica al pasado conduciría a la conclusión de que efectivamente hubo un proceso en el que fue condenado. Pues bien, el punto de partida ha de ser que la manifestación realizada no tiene una naturaleza meramente histórica, sino precisamente normativa (“no haber sido condenado”). Sólo así puede resolverse la paradoja que se refleja al inicio de este apartado. Desde tal perspectiva, no hay falsedad cuando un sujeto declara no haber sido condenado si, pese a que efectivamente fue condenado (verdad histórica o fáctica), el ordenamiento jurídico le confiere el derecho a manifestar que no fue condenado (verdad jurídico-normativa). En lo que sigue, se desarrollará sucintamente la idea expuesta.

2. El significado jurídico de la cancelación de antecedentes penales en España y en el Derecho comparado

2.1. Introducción

1. Para poder responder adecuadamente a la cuestión planteada es fundamental la constatación de si la con-

dena, tras producirse efectivamente y ser inscrita en el Registro Central de Penados y Rebeldes, fue más adelante cancelada. Esto es, si se dictó un acto administrativo en cuya virtud se privó a los antecedentes inscritos de su incidencia efectiva. La consecuencia de este acto se conocía tradicionalmente como “rehabilitación”,⁷ expresión que, sin embargo, en el Derecho vigente ha sido prácticamente sustituida por la, mera mente descriptiva, de “cancelación de antecedentes penales” (arts. 136 y 137 CP). Para valorar de modo concreto el alcance de esta figura, es preciso partir de los efectos reales de los antecedentes penales sobre la vida de un sujeto que hubiera sido en su día condenado penalmente. Al respecto, es cierto que el art. 73 de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria, establece que

1. El condenado que haya cumplido su pena y el que de algún otro modo haya extinguido su responsabilidad penal deben ser plenamente reintegrados en el ejercicio de sus derechos como ciudadanos.
2. Los antecedentes no podrán ser en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica.

2. A pesar de tal declaración, la realidad es que la mención de los antecedentes del sujeto en el Registro Central de Penados no sólo produce efectos jurídico-penales (sobre la prisión preventiva, sobre la no suspensión ni sustitución de penas privativas de libertad, sobre la individualización judicial de la pena del reincidente, etc.).⁸ Además, despliega claros efectos de disminución del *status* jurídico de ciudadanía del afectado, impidiéndole el acceso a funciones, prestaciones y otros concursos públicos, la obtención de autorizaciones y, de hecho, el ejercicio de múltiples profesiones.⁹ Pues bien, con la cancelación de los antecedentes penales debe extinguirse hasta el último de los efectos discriminatorios que tiene la condena sobre el sujeto afectado por ella. Esto hace que sus consecuencias sean determinantes: devolver al que fue penado la plenitud de su *status* de ciudadanía y, con ello, la capacidad ilimitada de acceso a cuales-

quieras profesiones, funciones públicas, procedimientos de contratación, autorizaciones, etcétera.¹⁰

3. Precisamente porque ésta es la única forma de garantizar la eficacia real de esa plenitud —y no reducirla a un mero postulado teórico— resulta plausible la conclusión de que en el Derecho español vi gente los antecedentes penales, una vez cancelados, pertenecen a la esfera de la privacidad del sujeto. En esa medida, debe afirmarse que ni otros particulares ni ninguna Administración pública tienen derecho a conocer los antecedentes penales de una persona condenada, una vez que se ha llevado a cabo, de oficio o a instancia de parte, el procedimiento de cancelación. Esto es lo que explica la prohibición de emitir certificados de notas canceladas que recae sobre el Registro Central de Penados y Rebeldes.

4. Un examen de la normativa vigente en España, tanto antes como después de 1995, confirma la afirmación sentada en el párrafo anterior. En primer lugar, y a propósito de los antecedentes penales todavía vigentes, el art. 118 CP 1973 señalaba que:

Las inscripciones de antecedentes penales en el Registro Central de Penados y Rebeldes no serán públicas. Durante su vigencia sólo se emitirán certificados con las limitaciones y garantías previstas en sus normas específicas y en los casos establecidos por la Ley.

Si con respecto a los antecedentes en vigor el criterio era uno de publicidad restringida, en lo que hace a los cancelados la regla pasaba a ser su carácter generalmente reservado, su consideración como pertenecientes al ámbito de privacidad del sujeto.

5. Es verdad que esta regla tenía y tiene una excepción: la accesibilidad de los antecedentes cancelados a las peticiones de Jueces y Tribunales, que establece el Real Decreto 2012/1983, de 28 de julio, sobre Cancelación de Antecedentes Penales. En efecto, dicho Real Decreto, en su artículo 6, dispone que “El Registro Central de Penados y Rebeldes no podrá certificar de las notas canceladas, excepto cuando lo soliciten los Jueces y Tribunales, haciéndose constar expresamente”.

⁷ Cfr. Camargo Hernández, *La rehabilitación*, Barcelona 1960, p. 22. Su primera manifestación fue la *restitutio in integrum* del Derecho romano. Véase en Garraud, *Traité du Droit pénal français*, II, 3^a ed., Recueil Sirey, París, 1914, nº marg. 771 y ss.

⁸ Mapelli Caffarena, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4^a ed., Arazandi, Madrid, 2005, p. 394.

⁹ Cfr., por ejemplo, Landrove Díaz, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 6^a ed., Tecnos, Madrid, 2005, pp. 146 y 147.

¹⁰ Cfr., para el Derecho italiano, Mantovani, *Diritto penale. Parte Generale*, 4^a ed., Cedam, Padua, 2001, pp. 872 y ss.; Marinucci / Dolcini, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, Giuffrè, Milán, 2004, pp. 446 y ss. Para el Derecho francés, Pradel, *Droit pénal général*, 12^a ed., Cujas, París, 1999, pp. 726 y 727.

mente su cancelación”.¹¹ Sin embargo, incluso tal excepción había sido y sigue siendo objeto de críticas por parte de la doctrina mayoritaria.¹² Según ésta, se trata de una disposición inconstitucional, por vulnerar, al menos, los artículos 14, 25.1 y 25.2 de la Constitución Española, relativos a la igualdad entre todos los ciudadanos, al principio de legalidad —en su dimensión de legalidad de las penas y de proporcionalidad— y a la orientación resocializadora de la ejecución de las penas. En efecto, mediante dicha disposición se generaba el riesgo de que los antecedentes, aun cancelados, tuvieran algún efecto discriminatorio en el ámbito judicial, contraviniéndose la finalidad explícita de su cancelación y de la consiguiente rehabilitación.

6. De todos modos, debe indicarse que para los supuestos en que la condena había sido suspendida condicionalmente e inscrita en la Sección Especial del Registro, el art. 85.2¹³ del Código penal de 1995 era mucho más categórico:

Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber delinquido el sujeto, y cumplidas, en su caso, las reglas de conducta fijadas por el Juez o Tribunal, éste acordará la remisión de la pena, ordenando la cancelación de la inscripción hecha en la Sección especial del Registro Central de Penados y Rebeldes. Este antecedente penal no se tendrá en cuenta a ningún efecto.

7. En suma: Con respecto a los antecedentes penales cancelados, el Derecho español parte del criterio de que deben someterse a un principio de reserva (*non disclosure*), de modo que no cabe informar sobre ellos. Existe una excepción —criticada por la doctrina— relativa a los casos en que los Jueces o Tribunales los reclaman. De todos modos, por lo que hace a los antecedentes cancelados derivados de una condena sometida a suspensión condicional la regla se mantiene: “[...] no se tendrán en cuenta a ningún efecto”. Todo ello, como se verá, despliega efectos claros sobre la consideración de si existe o no un deber de declarar del particular sobre sus antecedentes cancelados como “condenas”, que constituya el sinsíntagma de un supuesto derecho a conocer de las Administraciones públicas. La respuesta ha de ser negativa.

El particular tiene derecho a no declarar sobre tales condenas “históricas” como condenas “normativas”. De modo que la afirmación de “no haber sido condenado” sería falsa en términos históricos, pero cierta en términos jurídico-normativos.

2.2. La doctrina de los Tribunales españoles

1. La jurisprudencia de los Tribunales españoles aco-ge con claridad el punto de vista que se ha expuesto. Así, a propósito del caso de una solicitud de licencia de armas, que había sido denegada por la Adminis-tración competente, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 9 de junio 1988, ponente De Oro-Pulido y López-Armas, indicaba de forma diáfana el efecto que la cancela-ción de antecedentes penales ha de tener frente a las Administraciones públicas:

[...] la carencia de nota de antecedentes penales en el Registro Central de Penados y Rebeldes, aunque sea como efecto de la oportuna cancelación de la causa que se le siguió y de la condena que se le impuso, debe operar con plenitud de efectos si no se quiere dar al traste con la propia razón de ser de la cancelación [...]

Y ello porque

la condena por un hecho delictivo cometido hace aproxi-madamente diez años no puede ser en todo caso causa determinante de tal denegación, si consta claramente que con su conducta posterior se ha rehabilitado ante la sociedad y la Ley, lo que se acredita por la cancela-ción de antecedentes penales así como por los informes obrantes en las actuaciones, por lo que, al no existir razón válida que justifique la privación a un ciudadano de un derecho que le asiste para practicar el deporte de la caza, debe desestimarse el recurso interpuesto por la Administración.

2. Por su parte, la Sentencia de la misma Sala, de fecha 16 de marzo de 1999, ponente Xiol Ríos, insis-tía en que los antecedentes cancelados, “por razones de seguridad jurídica, no pueden ser tenidos en cuen-ta”. Concretamente:

¹¹ Indicación ésta que se contenía también en el inciso último del párrafo penúltimo del art. 118, 3º CP 1973.

¹² Cfr. Grossó Galván, “Los antecedentes delictivos”, *Documentación Jurídica*, 37/40, vol. 1, enero-diciembre de 1983, pp. 267 y ss., 306 y 307; Baeza Avallone, “La rehabilitación”, en Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, tomo V, *La reforma del Código Penal de 1983*, vol. I, Edersa, Madrid, 1985, pp. 565 y ss., 595; Mapelli Caffarena, *Las consecuencias jurídicas...*, op. cit., p. 394.

¹³ Este apartado ha sido también derogado por la Ley Orgánica 15/2003.

[...] es doctrina reiterada de esta Sala que la cancelación de los antecedentes penales impide que las conductas que determinaron los mismos puedan ser tenidas en cuenta para denegar los permisos administrativos o licencias necesarias para el ejercicio de actividades que requieran que el solicitante cumpla el requisito de buena conducta [...]

Más aún:

[...] no puede ser limitado a un ciudadano español o residente legalmente en España, el ejercicio de los derechos reconocidos en las leyes por unos antecedentes penales cancelados y que por tanto no existen en el mundo jurídico, dado que la cancelación implica su eliminación a todos los efectos.

La propia Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha reiterado esta idea en su sentencia de 12 de noviembre de 2002, ponente González Navarro.

2. En el periodo intermedio entre las sentencias del Tribunal Supremo que, a mero título de ejemplo, han sido citadas, la misma idea había pasado a integrar la doctrina sostenida por el Tribunal Constitucional, a propósito de casos —especialmente delicados— de acceso a la carrera judicial; en ellos, se subraya, “no han de perpetuarse en el tiempo los efectos de conductas pasadas que ya no existen para el mundo del Derecho”. A este respecto, la Sala Segunda del Alto Tribunal, en sus sentencias 174/1996, de 11 de noviembre, y 206/1996, de 16 de diciembre, ponente De Mendizábal Allende, resaltó, precisamente, que el establecimiento de una diversidad de tratamiento entre quienes no hubieran sido nunca condenados penalmente y quienes, habiéndolo sido, hubieran obtenido luego su rehabilitación, incurría en una discriminación vulneratoria de los arts. 14 y 23.2 de la Constitución. Ello —se insiste— chocaría además con el artículo 25 de la Constitución y, en esa medida, con el principio de legalidad y con la finalidad trascendente de reinserción social de las penas, pues no se puede “mantener socialmente estigmatizada a una persona que cumplió las consecuencias derivadas de su infracción penal”.

3. Sin embargo, probablemente es todavía más ilustrativo el contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional 144/1999, de 22 de julio, ponente De Mendizábal Allende. En ella se señala taxativamente que todas las anotaciones contenidas en el Registro Central de Penados y Rebeldes forman parte del ám-

bito específico de la intimidad personal, quedando sometidas a las garantías y los límites que establecen el art. 105 b) de la Constitución Española y el art. 2.3 c) de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, además de las normas contenidas en el Convenio Europeo para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal de 28 de enero de 1981, ratificado por España el 27 de enero de 1984. Esto significa, en primer lugar, que desde luego no cabe acceder a los datos del Registro salvo cuando así lo disponga una norma con rango de Ley. Pero, en segundo lugar, que, aunque así fuera, el acceso sólo estará justificado cuando responda a algunas de las finalidades a las que obedece la existencia del Registro. A este respecto, la ley autorizante del acceso debería establecer los límites, así como los términos en que esos límites pueden hacerse valer.

4. En lo que aquí interesa puede concluirse, pues, que los antecedentes penales cancelados pertenecen de modo intensamente cualificado al ámbito protegido por el derecho fundamental a la intimidad (art. 18 de la Constitución Española). Una pretensión ordenada a obligar a un ciudadano a que declare sobre sus antecedentes cancelados chocaría, pues, de modo frontal con las garantías constitucionales básicas.

2.3. Los Derechos europeos

1. Lo anterior configura un marco jurídico en el que, desde luego, cabe concluir que, una vez producida la cancelación de antecedentes el delito cometido y la condena impuesta no pueden utilizarse ni en contra ni en perjuicio del afectado. Pero también un marco jurídico en el que el condenado tiene derecho a negar su condena, así como el hecho que dio lugar a ella, frente a cualquiera, incluso en declaraciones juradas. Pues si los antecedentes cancelados no pertenecen al mundo del Derecho (verdad normativa), sino a la esfera íntima de la persona (verdad histórica), entonces el sujeto al que se refieren no puede ser preguntado jurídicamente por ellos. Y si es preguntado, puede negar su existencia. Carecería, en efecto, de sentido que el Registro Central de Penados no pudiera emitir certificados sobre tales antecedentes, que el Estado no informara sobre ellos en sus relaciones de cooperación internacional y que, en cambio, el ciudadano pudiera ser interrogado jurídicamente al respecto, debiendo contestar.

2. Este criterio guarda, por lo demás, exacto paralelismo con lo que se establece en otros ordenamientos jurídicos europeos, de forma absolutamente explícita.¹⁴ Y es que, en efecto, sólo así tiene lugar el *rétablissement dans le premier état*,¹⁵ el restablecimiento del sujeto en la plenitud de derechos ciudadanos, entre ellos el honor y la intimidad (art. 18 de la Constitución Española), que es precisamente lo que pretende la institución que comentamos.

3. En el caso alemán, la normativa aplicable al caso es la comprendida en la *Gesetz über das Zentralregister und das Erziehungsregister (BZRG)* de 18 de marzo de 1971. En su § 53, relativo al deber de declaración sobre condenas, se establece lo siguiente:

(1) El condenado puede declararse no condenado y no tiene que revelar el supuesto de hecho subyacente a la condena, siempre que ésta

1. no sea de las que deben consignarse en el certificado de buena conducta ni en un certificado de conducta conforme al § 32, apartados 3 y 4, o bien

2. haya de ser cancelada.

(2) En la medida en que órganos judiciales o autoridades administrativas tengan derecho a una información ilimitada, el condenado no puede esgrimir frente a ellos un derecho derivado del apartado (1) 1, siempre que se le den explicaciones al respecto.

4. Como puede observarse, tratándose de antecedentes cancelados rige de modo absoluto el derecho del sujeto en su día condenado a no declararse como tal y a no revelar tampoco el supuesto de hecho que en su día dio lugar a la condena. De ahí que el § 51 BZRG indique también que, una vez cancelados, los antecedentes penales no pueden ser opuestos al afectado en el tráfico jurídico, ni tampoco ser objeto de valoración alguna en su contra. Las únicas excepciones que existen con respecto a esto último tienen que ver exclusivamente con la Seguridad Interior del Estado (§ 52 BZRG).

5. Algo no muy distinto sucede en Italia y en Francia. En el primero de los países mencionados, y en virtud del Decreto de la Presidencia de la República núm. 313, de 14 de noviembre de 2002, se establecía el *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di anagra-*

fe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti. En éste se excluyen de cualquier género de certificación los datos relativos a los antecedentes penales cancelados, así como, en los casos en que tal cancelación no hubiera tenido todavía lugar, los relativos a condenas por hechos que la ley ha dejado de considerar delictivos (arts. 24 y 25). En cuanto al caso francés, en éste cabe hablar, asimismo, de efectos determinantes de la rehabilitación, tanto si ésta es legal (o de pleno derecho) como si es judicial (resultante de la estimación de la demanda del afectado). Tanto en una como en otra modalidad, el resultado es que la condena queda eliminada del Registro —el *casier judiciaire*— (arts. 769 y 769-2 del *Code de procédure pénale*). Pero, además, se prohíbe a cualquier persona que, con ocasión de sus funciones, pueda llegar a tener conocimiento del pasado penal del interesado, que proceda a recordar su existencia, en la forma que sea, o bien haga mención de ello en cualquier documento (art. 133-10 y ss. del *Code pénal*; arts. 782 y ss. del *Code de procédure pénale*).

6. Una regulación algo distinta se contiene sólo en el Derecho británico, contenido en la Rehabilitation of Offenders Act de 1974 (modificada en alguno de sus extremos por normas posteriores). Según ésta, salvo algunas especialmente graves, todas las condenas —una vez transcurrido el periodo de rehabilitación— pueden considerarse canceladas (*spent*) y ser ignoradas, aun cuando permanezcan físicamente en el Police National Computer. Ello implica, para la Administración pública, que la información relativa a ellas haya de considerarse confidencial, existiendo por tanto un deber de reserva (*duty to non disclosure*). En el caso del ciudadano afectado ello significa, como regla, que tiene derecho a no declarar sobre tales condenas canceladas (*a person does not have to disclose a spent conviction*). No obstante, este principio cuenta con un amplio número de excepciones que han propiciado que exista una fuerte crítica a la regulación británica de la institución de la rehabilitación. Así, con ocasión del acceso a determinadas profesiones, puede exigirse que se revelen incluso los antecedentes cancelados, aunque deba explicarse por qué, y, si no se hace, ello puede determinar la exclusión del solicitante del procedimiento correspondiente. La mayor parte de los ca-

¹⁴ Cfr., para el Derecho penal alemán, Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5^a ed., Dunker & Humblot, Berlín, 1996, § 87, IV, 2. Asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 27 de noviembre de 1973 (BverfGE 36, 174, 184 y ss.); Creifelds, "Straffilgung und Verwertungsverbot", en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1974, pp. 129 y ss.

¹⁵ Pradel, *Droit pénal comparé*, 2^a ed., Cujas, París, 2002, p. 737.

sos en que existe una expectativa de declaración sobre antecedentes cancelados tiene que ver con la seguridad pública o la de los ciudadanos. Pero debe significarse que ello tiene lugar también a propósito de la solicitud de licencias para determinadas actividades.

7. En cualquier caso, al dejar constancia de la regulación británica, que, en la práctica, supone la anulación de la relevancia de la cancelación de antecedentes en buen número de casos, procede subrayar su radical discrepancia con lo que se ha observado en los régimenes de tradición latina y germánica y su más que discutible compatibilidad con el marco legal europeo. A este respecto es importante dar cuenta de los resultados del documento sobre “listas negras”, elaborado por el grupo de trabajo creado en virtud del art. 29 de la Directiva 95/46/CE y que cumple las funciones de órgano consultivo independiente de la UE sobre protección de los datos y vida privada.¹⁶ En el aspecto que aquí nos interesa especialmente, el relativo a los registros relativos a infracciones criminales, el Documento (p. 7) señala que:

[...] especial atención debe prestarse al derecho de rectificación y cancelación de oficio o automática de los datos del afectado, transcurrido el tiempo legalmente establecido y arbitrando para ello los distintos mecanismos que lo posibiliten, faciliten y agilicen, ya que la permanencia de información referida a una persona en estos ficheros más allá de los períodos legalmente establecidos puede acarrearte consecuencias perjudiciales.

Ello es especialmente relevante en los casos de existencia de sentencias absueltas, prescripción de la responsabilidad o rehabilitación. La conservación de tales datos carecería de finalidad.

Por tanto, puede afirmarse que los Derechos europeos, con la excepción del británico, avalan las conclusiones alcanzadas hasta el momento.

2.4. La postura del Reino de España en sus relaciones internacionales

1. La posición desarrollada en los apartados anteriores, según la cual los antecedentes cancelados no pertenecen al mundo del Derecho (verdad normati-

va), sino a la intimidad del sujeto (verdad histórica o fáctica), no sólo se halla asentada en las leyes españolas, en la doctrina de los Tribunales españoles y, en general, en los Derechos europeos. Asimismo, puede afirmarse que constituye la posición oficial del Reino de España como Estado, en sus relaciones internacionales. A mero título de ejemplo, puede mencionarse el caso del Convenio de 12 de octubre de 1984 sobre Comunicación de Antecedentes Penales e Información sobre Condenas Judiciales por tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Dicho Convenio fue, ciertamente, ratificado por España mediante instrumento de 11 de abril de 1989. Sin embargo, dicha ratificación tuvo lugar con una reserva, a saber, que “España se reserva el derecho a no facilitar información en cuanto a antecedentes penales cancelados en el caso de ciudadanos españoles”.

2. Ello no constituye una excepción. Esta misma cláusula, referida de modo general a antecedentes cancelados por cualquier delito, figura, asimismo, como reserva al art. 22 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, de 20 de abril de 1959, ratificado por España en 1982. Todo lo cual resulta coherente con la idea de que los antecedentes cancelados han de carecer de significado jurídico alguno. Si carecen de significado jurídico, lo procedente es no suministrar siquiera información sobre ellos.

2.5. Conclusión

1. A partir de lo anterior, se advierte como razonable que la honorabilidad eventualmente necesaria para el acceso a determinadas profesiones, o bien para la intervención en licitaciones públicas, se estime suficientemente acreditada mediante la aportación de un certificado de antecedentes penales¹⁷ o documento equivalente, de contenido negativo. No debe ser necesaria ninguna manifestación adicional sobre hechos que, de mantener su relevancia, ya constarían en dicho certificado.¹⁸ Incluso la Ley española 68/1980, de 1º de diciembre, sobre expedición de certificaciones e informes de buena conducta ciudadana, señala, en su art. 1º, que éstos consistirán en la mera certificación de antecedentes penales, complementada con una

¹⁶ El documento fue dado a conocer en Bruselas el 3 de octubre de 2002 y puede hallarse en <http://europa.eu.int/comm/privacy>.

¹⁷ Cfr. Bueno Arús, “El Registro de Antecedentes Penales”, *Cuadernos de Derecho Judicial XV. La ejecución de la sentencia penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pp. 463 y ss., 506 y ss. Aun la exigencia de tal certificado se considera, por muchos autores, inconstitucional (p. 520).

¹⁸ Cfr., a título de ejemplo, el art. 7.1 del Real Decreto 438/1992, de 30 de abril, que desarrolla la Directiva del Consejo de las

declaración. La cuestión es cuál debe ser el contenido de dicha declaración. Pues bien, según el art. 2.1 de la referida Ley,

La declaración complementaria a que se refiere el artículo anterior expresará:

- a) Si se encuentra inculpado o procesado¹⁹
- b) [...]²⁰
- c) Si ha sido condenado en juicio de faltas
- d) Si en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de la declaración se le ha impuesto sanción gubernativa como consecuencia de expediente administrativo sancionador por hechos que guarden relación directa con el objeto del expediente en el que se exija la certificación o informe de conducta.

Esto es, ninguna declaración sobre aspectos que, de seguir siendo jurídicamente relevantes, se mencionarían en el certificado de antecedentes penales.

2. Por tanto, si un ciudadano fue en su día condenado, obtuvo luego la cancelación²¹ de los antecedentes penales derivados de tal condena y, más tarde, es preguntado sobre si ha sido condenado o procesado, tiene derecho a responder que no. Pues, aunque dicha manifestación sea falsa en términos de correspondencia con una realidad histórica, resulta veraz conforme a la realidad normativamente establecida. Dicha realidad, establecida por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia españolas, por la posición adoptada por España en sus relaciones internacionales y por el Derecho comparado europeo, excluye las condenas cuyos antecedentes fueron cancelados del mundo de las relaciones sociales así como del de las relaciones entre el ciudadano y la Administración pública. Por tanto, a la declaración, en tales casos, en el sentido de no haber sido condenado no puede asociarse ninguna consecuencia jurídica negativa.

Comunidades Europeas de 12 de enero de 1967, relativa a la realización de la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios para las actividades no asalariadas.

¹⁹ Obsérvese que ello se refiere a si el sujeto se encuentra en el momento concreto de la declaración en una de esas situaciones.

²⁰ Derogado por la disposición del art. 137 CP.

²¹ Todo ello vale *a fortiori* para aquellos casos en los que más bien debería afirmarse que nos hallamos ante una “eliminación” de los antecedentes penales. Esta figura es la que se produce, según indicaba ya la Real Orden de 5 de diciembre de 1892, organizadora del Registro central y nunca derogada, cuando la nota de antecedentes se refiera a “hechos que, por efecto de una revisión del Código penal o Leyes especiales, dejaren de constituir delito” (art. 10.3). Por lo demás, la misma idea aparecía reiterada en la Circular 3/ 1976, de 13 de agosto, de la Fiscalía del Tribunal Supremo, al indicar que, desaparecida la naturaleza delictiva del hecho, “deberán borrarse y quedar sin ningún efecto todas las menciones de la condena penal, igual que si ésta no hubiera llegado a dictarse”.

Doctrina



El Derecho Penal como estrategia de exclusión: La respuesta punitiva a la inmigración*

Juan M. Terradillos Basoco

Universidad de Cádiz, España

Revista Penal México, núm. 3, enero-junio de 2012

RESUMEN: Las políticas migratorias de la Unión Europea limitan cada vez más los intercambios extracommunitarios; sin embargo, la legislación de extranjería debería centrarse en incluir económica y socialmente a los trabajadores inmigrantes —irregulares o no—, y en brindarles instrumentos de autotutela que les garanticen una retribución conforme a la percibida por los españoles, de modo que no queden relegados a recursos informales, ni sean víctimas de la discriminación laboral o del tráfico de personas. Así, el entorno laboral no sería un espacio para vulnerar los derechos humanos, ni para favorecer la xenofobia. Por ello, las estrategias diseñadas por España en materia de inmigración irregular resultan una opción para indicar el rumbo de la política criminal por seguir en la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE: políticas migratorias de la UE, integración de derechos, trata de personas, derechos de los ciudadanos extranjeros, inmigración ilegal.

ABSTRACT: Migration policies in the European Union are increasingly limiting interchange between different communities. Nonetheless, legislation on immigration should focus on the economic and social integration of migrant workers—both illegal and legal—by providing them with mechanisms for self care that can grant them wages in accordance with the ones drawn by Spanish workers, so they don't have to depend on informal resources or become victims of labor discrimination or human trafficking. Thus, the labor field would not be a place for damaging Human Rights or foster xenophobia. Therefore, strategies designed by Spain on irregular migration are an option to lead the way for criminal policies in the European Union.

KEYWORDS: migratory policies in the European Union, integration of rights, human trafficking, foreign citizens rights, illegal immigration.

SUMARIO: 1. Introducción. 1.1. La Lex 2009. 1.1.1. Integración en derechos. 1.1.2. Estrategias premiales. 1.2. El Proyecto de Reforma del Código Penal, de 2009. 1.2.1. Obligaciones internacionales. 1.2.2. Experiencia aplicativa. 2. Trata de seres humanos y delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. 3. Expulsión de extranjeros. 3.1. Legislación de extranjería. 3.2. Código Penal. 3.2.1. Expulsión como sustitutivo de la pena privativa de libertad. 3.2.2. Expulsión como sustitutivo de la medida de seguridad. 4. Delincuencia de bagatela. 5. Delitos contra los derechos de los trabajadores inmigrantes. 5.1. Discriminación. 5.2. Favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores. 6. Epílogo. Bibliografía citada.

* Publicado en AA.VV., *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

ABREVIATURAS: ARCP 2008: Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal, de 2008. CE: Constitución Española. CGPJ: Consejo General del Poder Judicial. CP: Código Penal. EM: Exposición de Motivos. LEX 2000: Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. LEX 2009: Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. PRCP 2009: Proyecto de Reforma del Código Penal, *Boletín Oficial de las Cortes Generales de 27 de noviembre de 2009*. STS: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. TC: Tribunal Constitucional. TS: Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. UE: Unión Europea.

“Nunca perdió la ilusión por la empresa universitaria; negándose, en definitiva, a envejecer.” En estos términos se refería Gerardo Landrove a D. Luis Jiménez de Asúa, en tanto que “universitario”, en un viejo artículo —data de 1986— escrito en su homenaje.¹

En ese trabajo, Landrove hace suyos los principios a partir de los que Jiménez de Asúa formulará una serie de alegatos sumamente críticos con la universidad que le tocó vivir. Y, por compartir principios, comparte valoraciones, lo que le empuja a elaborar un doloroso catálogo de los déficits de la universidad de los ochenta, muy similares a los que habían sido objeto de crítica 40 años antes.

Leído en el momento de su publicación, el artículo de Landrove pudo parecer excesivamente crítico a quienes no repararan en que la gravedad de lo denunciado radicaba, entre otras cosas, en que advertencias similares habían venido cayendo en saco roto a lo largo de décadas.

Han pasado 25 años más. Y lo que entonces parecía a los menos versados jeremiada, es hoy obviedad. El retroceso sufrido por la universidad en los aspectos criticados se ha acelerado al ritmo vertiginoso que imponen y potencian las nuevas tecnologías y sus adoradores. Como si la maldición de Casandra acompañara a las voces discrepantes, el tiempo viene a confirmar los peores presagios; pero sólo cuando ya no cabe marcha atrás. Previamente, nadie les da crédito ni mueve un dedo para corregir el rumbo.

¹ G. Landrove Díaz, “Jiménez de Asúa, universitario”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1986, monográfico 11, pp. 423-440.

² Ver, p. ej., J.M. Terradillos Basoco, “Las políticas penales europeas de inmigración”, en L.R. Ruiz Rodríguez (ed.), *Respuestas internacionales a los retos de la seguridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 105-133.

³ Sobre las nuevas condiciones en que ha de ejercerse la presidencia española, véase C. González Enríquez y S. Sorroza Blanco, “¿Hacia una política europea de inmigración? Un desafío para la Presidencia Española”, www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido.

En un contexto tal, es más necesario homenajear a quienes, simplemente, nunca perdieron la ilusión por la “empresa universitaria”.

1. Introducción

La presidencia europea, que compete ejercer a España en el primer semestre del año 2010, supone para nuestro país un desafío no menor: liderar la implementación de la política europea de inmigraciones.

Ciertamente, la respuesta europea a las migraciones prevenientes del entorno extracomunitario ya existe y presenta, además, características definidas.² Pero el momento obliga a rediseñarla.³ En primer lugar, por la progresión cuantitativa del fenómeno: la Unión Europea (UE) ha acogido en los últimos 12 años cinco veces más inmigrantes que en las décadas de los cincuenta y sesenta, y hoy cuatro países de la UE —Alemania, el Reino Unido, Francia y España— están entre los diez primeros del mundo por el número de sus inmigrantes.

Es también relevante la evolución sufrida por el entorno económico: la actual crisis ha puesto fin a un modelo de crecimiento, lo que repercute directamente en los flujos migratorios.

Finalmente, se han producido mutaciones importantes en el marco normativo: hasta ahora la diversidad de intereses de cada uno de los Estados miembros ha dado lugar a una política migratoria europea de mínimos comunes, reflejada en el espacio Schengen,

construida sobre elementos de control de las fronteras exteriores, pero que no ha avanzado en sentido positivo; hoy, el desarrollo del Tratado de Lisboa ha de impulsar la superación de, al menos, las reticencias ancladas en concepciones soberanistas.⁴

En el ámbito interno, la presidencia española coincide con un proceso de reforma legal orientado a sentar, hay que suponer que a medio plazo,⁵ las bases de la política penal española frente a la inmigración no querida. Esta reforma se concreta en la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LEX 2009) y en el Proyecto de Reforma del Código Penal publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 27 de noviembre de 2009 (PRCP 2009). La entrada en vigor de la primera y el debate sobre el segundo coinciden con el semestre de presidencia española de la UE.

Dado que, en la materia, las opciones nacionales no pueden sino armonizarse con las europeas, las estrategias político-criminales hoy desplegadas en España no sólo constituyen un buen reflejo de las proyectadas por las instituciones europeas, también indican hacia dónde puede dirigirse la política criminal de la Unión en la materia. Ello permite vaticinar que el protagonismo atribuido en nuestro sistema a los medios de control de la inmigración irregular —ejemplificados en el sistema Frontex— va a seguir siendo la punta de lanza de la política que, para Europa, va a proponer la presidencia española.

1.1. La LEX 2009

La LEX 2009 contiene aspectos sancionatorios que se complementan con los preceptos penales y se integran, con ellos, en la política criminal de la inmigración.

Lo sancionatorio no es, en ella, secundario. En efecto, la LEX 2009 enuncia, entre sus objetivos, el de

aumentar la eficacia de la lucha contra la inmigración irregular, reforzando los medios e instrumentos de con-

trol y los sancionadores, especialmente por lo que se refiere a quienes faciliten el acceso o permanencia de la inmigración ilegal en España, agravando el régimen sancionador en este caso y reforzando los procedimientos de devolución de los extranjeros que han accedido ilegalmente a nuestro país.

Además de “reforzar la integración como uno de los ejes centrales de la política de inmigración que, teniendo en cuenta el acervo de la Unión Europea en materia de inmigración y protección internacional, apuesta por lograr un marco de convivencia de identidades y culturas” (Preámbulo, II, 3 y 4).

1.1.1. Integración en derechos

En una sociedad democrática, integración es, ante todo, integración en derechos. Pero, si la LEX 2000 consagraba el principio de igualdad de derechos entre españoles y extranjeros, la pronta reforma de su artículo 3 pasó a desarrollar el contenido del artículo 13 de la Constitución (CE) en los siguientes términos: “Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles”. De este modo, el principio de igualdad quedó reducido a mero criterio interpretativo.⁶

Con la misma orientación, los números 1 y 2 del artículo 11 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LEX 2000), reconocían al extranjero la libertad de sindicación y el derecho de huelga sólo cuando, respectivamente, obtuvieren autorización de estancia o residencia o cuando estuvieran autorizados a trabajar. Al negar estos derechos a los extranjeros irregulares, se estaba privando a los sujetos más débiles —que, de hecho, son trabajadores por cuenta ajena— de imprescindibles instrumentos de autotutela, y se garantizaba la discriminación material: en todos los sectores de la producción se constata que las retribuciones de los inmigrantes —irre-

⁴ Su artículo 79.1 dispone que la Unión “desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas”.

⁵ Aunque el propio Ministerio de Trabajo e Inmigración precisó que la LEX 2009 pretende regular los flujos migratorios de acuerdo con las exigencias de la situación de crisis económica, lo que lleva a temer que, de nuevo, en ausencia de una auténtica política migratoria de largo alcance, se haya optado por una solución “parche”; véase *Razón y Fe*, “Editorial”, mayo-junio, 2009, p. 323.

⁶ J.M. Terradillos Basoco, “Inmigración, ‘mafias’ y sistema penal. La estructura y la pátina”, en L.R Ruiz Rodríguez (coord.), *Sistema penal y exclusión de extranjeros*, Bomarzo, Madrid, 2006, pp. 54 y 55.

gulares o no— son inferiores a las percibidas por los trabajadores comunitarios.⁷

En esta cuestión, la LEX 2009 enmienda la plana a su antecesora, al dar “nueva regulación a los derechos de reunión, y manifestación, asociación, sindicación y huelga, que podrán ejercerse de acuerdo con la Constitución Española” (Preámbulo VII).

Reconforta saber que los inmigrantes podrán ejercer sus derechos de acuerdo con la Constitución. Pero reconfontan menos otros dos datos.

El primero es que la nueva regulación no responde a la iniciativa de mayorías parlamentarias sino a lo impuesto por dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional (TC), las 236/07 y 259/07, que, al resolver sendos recursos de amparo, hubieron de declarar lo obvio: que los derechos fundamentales se reconocen a los extranjeros en igualdad de condiciones que a los españoles, por tratarse de derechos inherentes a toda persona, con independencia de cuál fuese su situación administrativa.⁸

El reconocimiento de estos derechos, a remolque de instancias extraparlamentarias, viene, además, acompañado de una cicatera advertencia: el Preámbulo de la LEX 2009 recuerda que “ningún derecho es absoluto, lo que significa que el Estado mantiene toda la capacidad para imponer límites a la permanencia de los extranjeros cuando ésta no se sustenta en una residencia legal”.

En el caso de los “extranjeros residentes en España” se admite que “podrán ser titulares del derecho de sufragio, en las elecciones municipales, en los términos establecidos en la Constitución, en los tratados internacionales, en su caso, y en la Ley” (art. 6.1). La nueva redacción amplía el ámbito posible del derecho, ámbito definido por la LEX 2000, en términos más restrictivos, ya que se vinculaba al principio de reciprocidad.

No se avanza, pues, demasiado en el reconocimiento de derechos políticos al extranjero, es decir, en el reconocimiento de derechos a intervenir y decidir sobre los criterios de gestión de la vida pública, derechos que no se agotan en el permiso para votar y

que son *conditio sine qua non* de un proceso de integración real y estable.⁹

1.1.2. Estrategias premiales

La LEX 2009 ha optado, decididamente, por reforzar, mediante estrategias premiales, la lucha contra la trata de seres humanos, especialmente si es protagonizada por redes organizadas.

A tal efecto modifica el vigente artículo 59 —colaboración contra redes organizadas— e introduce un nuevo artículo, el 59 bis: víctimas de la trata de seres humanos.

El artículo 59.1 dispone que

El extranjero que se encuentre irregularmente en España y sea víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, explotación laboral o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad, podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado si denuncia a los autores o cooperadores de dicho tráfico, o coopera y colabora con las autoridades competentes, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores.

Por su parte, el nuevo artículo 59 bis impone a las autoridades competentes la adopción de medidas necesarias para la identificación de las víctimas de trata de personas, de acuerdo con el artículo 10 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 16 de mayo de 2005. Una vez producida esa identificación,

Los órganos administrativos competentes para la instrucción del expediente sancionador [...] informarán a la persona interesada sobre las previsiones del presente artículo y elevarán a la autoridad competente para su resolución la oportuna propuesta sobre la concesión de un periodo de restablecimiento y reflexión... Dicho periodo de restablecimiento y reflexión tendrá una duración de, al menos, treinta días, y deberá ser suficiente para que la

⁷ K. Calavita, “Un ‘ejército de reserva de delincuentes’: la criminalización y el castigo económico de los inmigrantes en España”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2004, p. 5, <http://www.criminologia.net/revista>.

⁸ Hay que recordar que la STC 115/1987 también hubo de declarar que la LO 7/1985 vulneraba la CE al no respetar el contenido los derechos, constitucionalmente reconocidos a todos, de asociación o manifestación; véase L. Díaz Bueso, “Veinte años de normativa sobre extranjería en España: ¿hacia una política de integración”, en J. de Lucas y L. Díaz Bueso, *La integración de los inmigrantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 47 y 48.

⁹ J. de Lucas, “La integración de los inmigrantes: la integración política, condición del modelo de integración”, en J. de Lucas y L. Díaz Bueso, *op. cit.*, p. 38.

víctima pueda decidir si desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal. Durante este periodo, se le autorizará la estancia temporal y se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se le hubiera incoado o, en su caso, la ejecución de la expulsión o devolución eventualmente acordadas. Asimismo, durante el citado periodo las Administraciones competentes velarán por la subsistencia y, de resultar necesario, la seguridad y protección de la persona interesada (art. 59 bis 2).

Transcurrido ese periodo,

La autoridad competente podrá declarar a la víctima exenta de responsabilidad administrativa y podrá facilitarle, a su elección, el retorno asistido a su país de procedencia o la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales cuando lo considere necesario a causa de su cooperación para los fines de investigación o de las acciones penales, o en atención a su situación personal, y facilidades para su integración social, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley. Asimismo, en tanto se resuelva el procedimiento de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, se le podrá facilitar una autorización provisional de residencia y trabajo en los términos que se determinen reglamentariamente (art. 59 bis 4).

Tanto el artículo 59 como el 59 bis prevén, *in fine*, el desarrollo reglamentario de las condiciones de colaboración de las organizaciones no gubernamentales que, sin ánimo de lucro, tengan por objeto la protección o reinserción social de las víctimas de los correspondientes delitos.

En la misma línea protectora, el nuevo artículo 31 bis garantiza a las mujeres extranjeras, víctimas de violencia de género, “cualquiera que sea su situación administrativa”, los derechos reconocidos en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. En su virtud, el expediente administrativo sancionador abierto contra las que se encuentren en situación irregular será suspendido hasta tanto recaiga resolución del procedimiento penal por el delito del que son víctimas. La sentencia condenatoria determina la concesión a la extranjera solicitante de residencia temporal y de

trabajo. En caso de no quedar probada la “situación” de violencia, proseguirá el expediente.¹⁰

1.2. El Proyecto de Reforma del Código Penal, de 2009

El PRCP 2009 representa, en materia de inmigración, la última fase de un largo proceso que se inició, en 1995, con diversos preceptos —artículos 313.1 y 314, 22, etc.— a los que la LEX 2000 añadió el artículo 318 bis. La LO 13/2007, de 19 de noviembre, de persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, incluyó estos delitos entre los que atribuyen la jurisdicción a los tribunales españoles, en aplicación del principio de justicia universal.

El PRCP 2009, apelando a las mismas razones que la LEX 2009, diseña una reforma que, con alcance general y como proclama su Exposición de Motivos (EM),

se sitúa en la confluencia de varias coordenadas que explican tanto su relativa extensión como la variedad de cuestiones que en ella se abordan. Por un lado, España tiene contraídas obligaciones internacionales, y más específicamente en el ámbito de la armonización jurídica europea, que exigen adaptaciones —a veces de considerable calado— de nuestras normas penales. Por otro, la experiencia aplicativa del Código y, en algunos casos, de las propias modificaciones que se han ido introduciendo en su texto, ha ido poniendo en evidencia algunas carencias o desviaciones que es preciso tratar de corregir.

1.2.1. Obligaciones internacionales

Las obligaciones internacionales, y más específicamente en el ámbito de la armonización jurídica europea, han sido observadas siempre por el legislador español en clave punitivista. De este modo, si ya el complejo conglomerado normativo en el que se manifiesta la política criminal de la UE en materia de migraciones había venido siendo, ante todo, *sectorial, preventivo y represivo*,¹¹ hasta el punto de desembocar en un restrictivo blindaje frente a los flujos

¹⁰ M. Acale Sánchez, “Mujeres inmigrantes víctimas de violencia de género en España”, en L.R. Ruiz Rodríguez (coord.), *Sistema penal y exclusión de extranjeros*, Bomarzo, Madrid, 2006, p. 144.

¹¹ A. del Valle Gálvez, “El frágil estatuto internacional y europeo del inmigrante irregular”, en A. del Valle Gálvez y M.A. Acosta Sánchez, *Inmigración irregular y Derecho*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2005, p. 143.

extracomunitarios,¹² el modelo español, concretado tanto en el PRCP 2009 como en la LEX 2009, no sólo no supera este lastre, sino que lo acentúa más allá, incluso, de lo exigido por Europa, en el marco de una política errática de cambios vertiginosos, pero de constante orientación hacia la tolerancia cero.¹³

Es decir, lo contrario a lo exigido por el principio de intervención necesaria y sus corolarios inmediatos: principios de *ultima ratio* y lesividad. El respeto a estos principios, en efecto, hubiera llevado a un sistema penal de mínimos que opone al expansionismo, una intervención fragmentaria; al punitivismo, una intervención necesaria; al despliegue simbólico, prevención; a la “huida al Derecho penal”, políticas sociales de amplio espectro. En definitiva, Derecho penal democrático.¹⁴

1.2.2. Experiencia aplicativa

En un contexto de Derecho penal democrático, cada propuesta criminalizadora debería cargar con la obligación de probar su necesidad e idoneidad. Obligación que quizás quedaba incumplida en el Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, hecho público por el Ministerio de Justicia el 14 de noviembre de 2008 (ARCP 2008), cuya Parte Especial, de orientación exclusivamente punitivista, incorporaba nuevos tipos, ampliaba el alcance de otros ya existentes, creaba nuevas penas e incrementaba las anteriores. Sin más motivo, en algunos casos, que, tal como confesaba su EM, la trascendencia mediática de ciertos hechos a los que se pretendía responder con una estrategia político-criminal de parches fragmentarios y coyunturales.

El PRCP 2009 no es mucho más explícito al analizar las “carencias o desviaciones” que la experiencia aplicativa ha puesto en evidencia. Sin duda, entre las decisiones correctoras se encuentra la minoración de las penas previstas para una manifestación paradigmática de delincuencia de bagatela, el denominado “top manta”. O la flexibilidad que se introduce en la aplicación de la expulsión de extranjeros, alternativa

imprescindible al esclerotizado y cuestionable sistema impuesto por las reformas penales de 2003.

Pero, sin duda, a tenor de los materiales parlamentarios, ayunos como es tradicional de aportaciones criminológicas, no ha sido la “experiencia aplicativa” la que ha aconsejado dejar intocados los artículos 108 y 314, derogar el 313.1 o mantener las penas del 318 bis.

2. Trata de seres humanos y delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros

El CP vigente es buen ejemplo de la confusión entre trata de personas y tráfico ilegal de inmigrantes¹⁵ y de connivencia con la tentación punitivista a la hora de afrontar ambos fenómenos.

Así, tras la reforma introducida por la LO 11/2003 —que pretende responder a los requerimientos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, llevada a cabo en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, así como de las Decisiones Marco 2002/629 y 2002/946—, el artículo 318 bis 1 CP castiga al que “directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España”.

La EM de la LO 11/2003 explicita los principios a que responde la reforma: como objetivo prioritario se asume “la lucha contra la trata de seres humanos y lucha contra la inmigración clandestina”; y, como método, se opta por “un importante aumento de la penalidad al respecto”.

Con ese punto de partida, el grueso de los argumentos sobre los que se pretendía asentar el nuevo rumbo político-criminal se centraba en la relevancia de las organizaciones criminales que, en cuanto propulsores básicos de los fenómenos migratorios, organizarían el cruce ilegal de fronteras obteniendo con ello suculentos beneficios. No se reparaba, pues, en el dato, no prescindible, de que los flujos migratorios tienen raíces estructurales que, por encima de la périfida condición de los comerciantes de personas, determinan su existencia y evolución.

¹² M.J. Guardiola Lago, *El tráfico de personas en el Derecho penal español*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, p. 419.

¹³ Tal como denunciara la sentencia de la Sala 2^a del Tribunal Supremo (TS) de 8 de julio de 2004.

¹⁴ J.M. Terradillos Basoco, “Reflexiones y propuestas sobre inmigración”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 2010 (1), p. 6, www.indret.com.

¹⁵ J.R. Serrano Piedecasas, “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en AA.VV., *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (Adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 388.

Basta una evidencia para desmontar los alegatos desconocedores de la raíz estructural de los actuales movimientos migratorios: la renta per cápita es, en España, trece veces mayor que la marroquí —mientras que, en la otra gran frontera, la relación entre las rentas respectivas de Estados Unidos y México es de cinco a uno—. Otros factores incrementan la diferencia entre países de emigración y países de acogida: seguridad, baja criminalidad, servicios públicos eficaces y accesibles, etcétera.¹⁶

Por otra parte, una migración que responde, fundamentalmente a factores económicos, cambia cuando éstos evolucionan. El Informe sobre Desarrollo Humano 2009, presentado en octubre por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo constata el parón de la emigración, legal e ilegal, hacia los países desarrollados, como consecuencia de la crisis económica.¹⁷

En el caso español, la población inmigrante ha sufrido un duro ajuste durante el primer año y medio de crisis económica: “su tasa de paro se elevó desde 17% que se registraba en 2008 hasta 29% en el tercer trimestre de 2009”.¹⁸ Y en el plano de las cifras absolutas, según la Encuesta de Población Activa publicada el 30 de septiembre de 2009, el número de inmigrantes alcanzaba los 5 342 800, 17 000 menos que al 30 de junio. También el total de población activa disminuyó, respecto al 30 de junio, en 51 800 trabajadores (1.84%). Se ha roto, por primera vez en 17 años, la tendencia ascendente de la inmigración.

Sin duda, el hecho de que la inmigración irregular haya sido en 2009 la más baja de los tres últimos años¹⁹ puede estar relacionado con el incremento de la eficacia policial,²⁰ pero no es menos cierto que la

combinación de factores de expulsión y atracción —principalmente la brecha salarial y demográfica que separa los ámbitos de origen de los de acogida— constituye un factor de movilidad frente al que nada pueden las solas medidas de control, incluidas las más extremas.²¹

Pretender afrontar fenómenos que hunden sus raíces en razones económicas, persiguiendo a “las mafias” del tráfico de personas es reducir a muy poco las políticas migratorias.²² Se diría que el modelo español pone sus ojos sólo en el “efecto llamada”, desconociendo el “efecto huida”, identificado con la pobreza.²³ Y desconociendo igualmente que las “mafias de la explotación”, las interiores, rentabilizan los beneficios que produce el trabajo sucio de las “mafias del tráfico”, las exteriores; hasta el punto de que se ha podido establecer una relación directa entre el volumen de inmigración que recibe un país y la magnitud de su economía informal. Lo que, dicho de otro modo, viene a significar que “los empresarios dispuestos a contratar inmigrantes ‘sin papeles’ son uno de los principales factores de atracción de la inmigración irregular”.²⁴

El CP vigente equipara al tráfico ilegal la inmigración clandestina, y, sin embargo, define la conducta delictiva en referencia a la entrada o permanencia irregular y no al abuso y explotación que protagoniza el traficante.²⁵ Así, incurre en la aparente contradicción de criminalizar el favorecimiento de la inmigración en términos que nada tienen que ver con la tutela de bienes jurídicos —en este caso, los derechos de los ciudadanos extranjeros— sino como instrumento de refuerzo del control de flujos que caracteriza a toda

¹⁶ C. González Enríquez y S. Sorroza Blanco, “Hacia una política europea de inmigración? Un desafío para la Presidencia Española”, *op. cit.*

¹⁷ *El País*, 6 de octubre de 2009.

¹⁸ R. Mahía y R. del Arce, “Impacto de la crisis laboral sobre la población inmigrante”, www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari21-2010.

¹⁹ *El País*, 17 de enero de 2010.

²⁰ El Fondo para la gestión y control de fronteras exteriores de la UE cuenta, para el periodo 2007-2013, con 1 820 millones de euros; cfr. C. González Enríquez y S. Sorroza Blanco, “Hacia una política europea de inmigración? Un desafío para la Presidencia Española”, *op. cit.*

²¹ G. Fanjul, “Migraciones internacionales: las consecuencias de gobernar el siglo XXI con políticas del XIX”, www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari56-2010.

²² M. Martínez Escamilla, “¿Puede utilizarse el Derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular? Un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP en clave de legitimidad”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2008 (10-06), p. 5, <http://criminet.ugr.es/reccpc>.

²³ R. Sáez Valcárcel, “Inmigración clandestina, ‘mafias’ y luchas contra los pobres. Un tipo penal indecente”, *Jueces para la democracia*, 2005 (54), p. 19.

²⁴ C. González Enríquez y S. Sorroza Blanco, “Hacia una política europea de inmigración? Un desafío para la Presidencia Española”, *op. cit.*

²⁵ M. Cancio Meliá y M. Maraver Gómez, “El Derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal”, en S. Bacigalupo y M. Cancio Meliá (coords.), *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005, p. 381.

la política europea y española en la materia.²⁶ Con lo que la contradicción es sólo aparente: “resulta armónica si se toma como punto de referencia no los objetivos invocados por el legislador y los agentes políticos que conforman las mayorías de éste, sino la agenda real oculta bajo aquellas declaraciones expresas”²⁷

La equiparación tráfico de personas-favorecimiento de la inmigración ilegal desconoce, sin embargo, matices diferenciales presentes en las citadas Decisiones Marco. Y la pena del tipo básico: prisión de cuatro a ocho años, traduce una opción penalizadora que va más allá de lo que las mismas exigían y que incurre en notoria desproporción.²⁸

El PRCP 2009 advierte, si no en lo relativo a las penas, sí en la delimitación conceptual de los supuestos fácticos, la inadecuación del texto legal vigente:

El tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades criminológicas resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos (EM).

En consecuencia, propone la creación de un nuevo Título, el VII bis, “De la trata de seres humanos”, con un artículo 177 bis, en el que “prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren”, con independencia de su condición de extranjeros o no. Simultáneamente, la lucha contra la inmigración clandestina —que sin ambages se identifica en la EM con “la defensa de los intereses del Estado a controlar los flujos migratorios” y no como medio de tutela de los derechos de los ciudadanos extranjeros—²⁹ obliga a una reestructuración del artículo 318 bis. Que ya, confesadamente, no se orientará a la tutela de bienes jurídicos sino que constituirá un

ejemplo de sub-utilización del Derecho penal como mero refuerzo de políticas públicas en materia migratoria, como instrumento para garantizar la gobernabilidad.³⁰

El PRCP 2009 añade, pues, un artículo 177 bis, que reza:

1. Será castigado con la pena de 5 a 8 años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, ya en territorio español ya desde, en tránsito o con destino a España, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, traficare con personas, mediante su captación, transporte, traslado, acogida, recepción o alojamiento con cualquiera de las finalidades siguientes: a) Imponer trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre. b) La explotación sexual, incluida la pornografía. c) Extraer sus órganos corporales.

El nuevo texto se corresponde con el del ARCP 2008, con alguna modificación significativa, inducida por el preceptivo *Informe* emitido a propósito de éste por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ).³¹ Así, si en 2008 la conducta nuclear consistía en captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o alojar a la víctima, en el 2009 el tipo consiste en traficar con personas “mediante su captación, transporte, etcétera”. El cambio es importante, ya que captar, transportar, acoger o recibir son conductas que sólo alcanzarán relevancia típica como modalidades del tráfico de personas. El concepto de tráfico, equivalente al de trata extraído de las convenciones internacionales, acota, pues, el ámbito de lo punible con una exactitud imposible en el ARCP 2008, cuya vaga fórmula presentaba perfiles de contradicción con el principio de legalidad.

En cuanto al tipo subjetivo, el ARCP 2008, se conformaba, en el apartado a), con la finalidad de

²⁶ M. Martínez Escamilla, *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP*, Atelier, Barcelona, 2007, pp. 122 y 123.

²⁷ M. Cancio Meliá y M. Maraver Gómez, “El Derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal”, *op. cit.*, p. 346.

²⁸ A.I. Pérez Cepeda, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Comares, Granada, 2004, p. 224.

²⁹ J.C. Hortal Ibarra, “A vueltas sobre el bien jurídico-penal protegido en los mal llamados delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en V. Gómez Martín (coord.), *Política criminal y reforma penal*, Edisofer-B de F, Madrid, 2007, pp. 501 y 502.

³⁰ Ma. L. Maqueda Abreu, “A propósito de la trata y de las razones que llevan a confundir a l@s inmigrantes con esclav@s”, en J.C. Carbonell Mateu, J.L. González Chusca y E. Orts Berenguer (dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1251.

³¹ CGPJ, Consejo General del Poder Judicial, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal*, de 2008.

explotación de los trabajos o servicios de la víctima, enumerando, *ad exemplum*, modalidades concretas de explotación: “incluidos el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre”; lo que permitía estimar típicas otras posibles formas de explotación no descritas expresamente. La fórmula de 2009 es, de nuevo, más taxativa: los trabajos o servicios forzados, la esclavitud, las prácticas similares a la esclavitud o la servidumbre cierran el catálogo de conductas típicas. No son algunas de las finalidades en que se puede concretar la de explotación, sino las únicas finalidades subsumibles en el artículo.

Los apartados 4, 5 y 6 dan cabida a una serie de cláusulas agravatorias que, en general, determinan marcos penales más amplios que los previstos en el ARCP 2008. Respecto a éste, el CGPJ en su citado Informe había llamado la atención sobre la “elevada penalidad prevista en los subtipos agravados, la Decisión Marco [2002/946] opta por una pena máxima no inferior a ocho años, mientras que el Anteproyecto opta por situar el límite mínimo de la pena de prisión correspondiente a los tipos agravados en ocho años”. La oportunidad de estas observaciones críticas es más evidente frente al punitivismo del PRCP 2009, más acerbo que el de su antecedente.³²

Por otra parte, se castigan expresamente la provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito (art. 177 bis 8), y se ordena la punición conjunta (en concurso infraccional) de los demás delitos “efectivamente cometidos” (art. 177 bis 9). Igualmente, de acuerdo con una de las opciones político-criminales más importantes del PRCP 2009, se prevé la imposición a las personas jurídicas responsables de penas de clausura de locales y establecimientos y de multa, además del comiso de bienes, productos y beneficios, directos o indirectos, del delito (art. 177 bis 7). Y el apartado 10 impone la reincidencia internacional.

3. Expulsión de extranjeros

3.1. Legislación de extranjería

Ya desde la LO 7/1985, la expulsión ha sido la respuesta más constante del ordenamiento español frente a la inmigración irregular.³³

Ello, a pesar de las negativas consecuencias, bien conocidas por otra parte, de la omnipresente amenaza de expulsión:³⁴ marginalización e indefensión del inmigrante irregular, condenado a la economía sumergida o a la pequeña delincuencia.³⁵ Con inevitables correlarios: proliferación de comportamientos xenófobos y racistas; dificultades de acceso a la Administración y a la Justicia, así como a la vivienda, a la escuela o a la sanidad; potenciación de situaciones de explotación sexual y de explotación laboral, con el consiguiente incremento de la siniestralidad,³⁶ etcétera.

La LEX 2009 sigue, en lo esencial, la misma tendencia de preferencia por la expulsión. Así, su artículo 57 refuerza —en detrimento de la multa— la política de expulsión, configurada como sanción para conductas graves y muy graves, “en atención al principio de proporcionalidad y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción”. Asimismo —y en este punto no se han introducido modificaciones sobre el texto anterior—,

constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados (art. 57.2).

El mismo artículo 57, en su apartado 7º, impone al juez la obligación de autorizar la expulsión “salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación” del extranjero “procesado o imputado —que no condenado— en un

³² J.M. Terradillos Basoco, “Reflexiones y propuestas sobre inmigración”, *op. cit.*, p. 19.

³³ L. Díaz Bueso, “Veinte años de normativa sobre extranjería en España: ¿hacia una política de integración”, *op. cit.*, p. 47.

³⁴ Véase J.M. Terradillos Basoco, “Introducción al estudio de la incidencia de las variables género, inmigración y edad en las cifras sobre siniestralidad laboral”, en J.M. Terradillos Basoco (dir.), *La siniestralidad laboral. Incidencia de las variables “género”, “inmigración” y “edad”*, Bomarzo, Albacete, 2009, pp. 13 y 14.

³⁵ J.G. Fernández Teruelo, “La criminalidad de los migrantes. Aproximación criminológica y conciencia social frente al fenómeno”, *Revista Galega de Seguridade Pública* (ed. castellana), 2006 (8), p. 151.

³⁶ J.A. Martín Segura, *Inmigración en España. ¿Factor de desarrollo o fuente de delincuencia? Un análisis económico*, Ediciones GPS, Madrid, 2008, pp. 110-115.

procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza”.

Se trata de preceptos difícilmente compatibles con lo exigido por el principio *non bis in idem*, con la presunción de inocencia y con el derecho al debido proceso, que colocan a la LEX 2009 en un vidrioso terreno limítrofe con la inconstitucionalidad, en el que introduce más elementos de duda la denominada “directiva de retorno”. Ésta —Directiva 2008/115/CEE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal— permite prolongar hasta seis meses el internamiento cautelar mientras se tramita el procedimiento de expulsión del extranjero, lo que es aprovechado por la LEX 2009 para ampliar, en su artículo 62.2, el anterior plazo máximo de internamiento, que pasa de 40 a 60 días.

Se consagra así, en los límites del artículo 17 CE, una privación de libertad que no nace del delito, sino de la tardanza de la Administración en la tramitación del expediente de expulsión. Sin que resulte clara la utilidad de incrementar la duración del internamiento: ni va a solventar los profundos déficits que en materia de garantías aquejaban a la situación anterior,³⁷ ni va a aumentar las cotas de eficacia. La considerable distancia que separa la cifra de órdenes de expulsión dictadas y la de las efectivamente ejecutadas pone de relieve no sólo las limitaciones de la Administración,³⁸ sino también la preocupante sospecha de que la puesta en libertad del extranjero, al que no se le revoca la orden de expulsión pero al que tampoco se integra, pueda, objetivamente, potenciar los circuitos de explotación laboral o sexual o económica.³⁹

³⁷ J.L. de la Cuesta Arzamendi, “Extranjería y privación de libertad”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. extraordinario, 2006, p. 49.

³⁸ F. Cuenca Moreno, “Materialización: expulsión, devolución y retorno”, www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL61.

³⁹ J.M. Terradillos Basoco, “Centros de internamiento de extranjeros”, en M.I. Ramos Quintana (dir.), *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 879.

⁴⁰ “[...] salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.”

⁴¹ J.M. Terradillos Basoco, “Extranjería, inmigración y sistema penal”, en M.J. Rodríguez Mesa y L.R. Ruiz Rodríguez (coords.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 62.

⁴² PRCP 2009, art. 89.1: “1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas en la sentencia o en auto motivado posterior, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del penado, por su expulsión del territorio nacional. La expulsión será preferente salvo que el Juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España”.

3.2. Código Penal

La EM del PRCP 2009 viene a ratificar el núcleo de la política que, en esta materia, había diseñado la LO 11/2003, y se decanta por otorgar un desmedido protagonismo a la expulsión como sustitutivo de la pena privativa de libertad y de las medidas de seguridad (artículos 89 y 108).

3.2.1. Expulsión como sustitutivo de la pena privativa de libertad

Frente a la vigente situación, en la que la expulsión del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena privativa de libertad inferior a seis años es imperativa⁴⁰ para el juez —con evidente detrimento del principio de jurisdiccionalidad—,⁴¹ el PRCP 2009 acepta la posibilidad de que sean los tribunales los que puedan decidir la oportunidad de acordarla. La expulsión es, así, en el artículo 89.1.1,⁴² aunque preferente, potestativa, ya que, como ha puesto reiteradamente de relieve el propio TS, así lo impone la necesidad de aunar objetivos preventivos y disuasorios (EM).

Por su parte, el párrafo segundo del mismo artículo 89.1 CP ordena hoy, como regla general, acordar en sentencia la expulsión del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que accediera al tercer grado penitenciario o una vez estén cumplidas las tres cuartas partes de la condena.

No es necesario recurrir a mayores argumentos para entender que se trata de un precepto inconciliable con el principio de igualdad —en la medida en que establece una disciplina diferenciada en razón de criterios ajenos a los que inspiran la naturaleza, requisitos y efectos de la libertad condicional—, escasa-

mente respetuoso con los requerimientos del *non bis in idem* —por cuanto sigue imponiendo sanciones allí donde ya se ha cumplido la condena en los términos legalmente exigidos para recuperar la libertad—⁴³ e incompatible con los objetivos reinsertadores, ya que se niega la posibilidad de acceder a la libertad condicional a quienes acreditan contar con el requisito básico para concederla, esto es, en los términos del art. 90.1.c) CP, a quienes cuentan “con un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria”. El PRCP 2009, en la redacción que propone para el artículo 89.5, prevé que

Los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado, podrán acordar en sentencia o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena.

Así pues, se supera el anterior mecanismo y la expulsión se hace potestativa; pero la modificación tiene un alcance mayor y no siempre efectos restrictivos, ya que abre la posibilidad de que la expulsión sustituya a cualquier pena privativa de libertad —es decir, prisión, localización permanente y responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, *ex art. 35*— siempre que estuviera cumplida en sus tres cuartas partes.⁴⁴

También quedan en entredicho los principios de individualización judicial y de proporcionalidad⁴⁵ cuando el vigente artículo 89.2 fija la duración de la medida de expulsión en 10 años, sin posibilidad de graduación. El PRCP 2009, que prevé una duración de entre cinco y 10 años, se muestra más respetuoso con dichos principios.

En cambio, el PRCP 2009 reproduce el contenido del vigente artículo 89.1, párrafo cuarto, al determinar que la expulsión comporta “el archivo de cualquier

procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España” (art. 89.3). De este modo, la expulsión jurisdiccionalmente acordada, y basada en hechos anteriores (el delito), predetermina la decisión administrativa sobre una solicitud de permiso de residencia o trabajo que puede estar fundamentada en datos posteriores al delito. La orden de expulsión despliega, así, una eficacia *ultra vires* carente de justificación.⁴⁶

Cuando, al acordarse la expulsión, el extranjero no estuviese privado de libertad, el juez podrá acordar, a tenor del artículo 89.6 PRCP 2009, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, “en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa”. Se desconocen así las diferencias que separan a la expulsión gubernativa de la judicial, de ordinario acordada tras una sucesión de plazos y trámites que permiten recabar cuanta información sea necesaria para la ejecución de la expulsión, sin pasar por el trámite de internamiento, previsto como excepción para otras situaciones.

El quebrantamiento de la medida de expulsión supone (art. 89.3 CP) devolución por parte de la autoridad gubernativa, “empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad”. La flagrante violación del *non bis in idem* en que incurre esa regla de cómputo no es salvada por el PRCP 2009, que la reproduce.

3.2.2. Expulsión como sustitutivo de la medida de seguridad

El vigente artículo 108 CP permite la expulsión del extranjero no residente legalmente en España en sustitución de las medidas de seguridad que le sean aplicables. Y el PRCP 2009 deja intocado el precepto.

Por tanto, sigue vigente la crítica doctrinal —unánime— que veía en el precepto una inexplicable suplantación de los fines propios de la medida de seguridad por los exclusivamente inocuidadores de la expulsión;⁴⁷ un flagrante desconocimiento del fundamento

⁴³ J.M. Terradillos Basoco, “Inmigración, ‘mafias’ y sistema penal. La estructura y la pátina”, *op. cit.*, p. 56.

⁴⁴ J.M. Terradillos Basoco, “Reflexiones y propuestas sobre inmigración”, *op. cit.*, p. 9.

⁴⁵ Así lo puso de relieve la STS de 8 de julio de 2004, que J.M. Sánchez Tomás (“Garantismo e insumisión judicial en la expulsión penal de extranjeros”, en VV.AA., *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo II, Edisofer, Madrid, 2008, p. 1559) califica como ejemplo de “insumisión judicial”.

⁴⁶ J.M. Terradillos Basoco, “Reflexiones y propuestas sobre inmigración”, *op. cit.*, p. 10.

⁴⁷ J. Muñoz Lorente, “La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del CP tras su reforma por la Ley Orgánica 11/2003”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2004 (núm. extraordinario 2), pp. 413 y 414.

de las medidas, que no se vinculan al delito sino al delincuente, y de su naturaleza, incompatible con la predeterminación cronológica fija; una genuina manifestación de insolidaridad internacional en la lucha contra el crimen; una grave conculcación del principio de culpabilidad⁴⁸ así como del de jurisdiccionalidad —dado su automaticismo— o del *non bis in idem*, en caso de quebrantamiento, etcétera.

Se trata, en resumen, de críticas que hacen inexplicable que el artículo 108 quede al margen de la reforma proyectada. Sin embargo, pocos argumentos, como no sea el descuido, pueden avalar esta decisión. La medida de seguridad de expulsión ya está prevista, desde la LO 15/2003, de 25 de noviembre, en el artículo 96, y dado que nunca es obligatorio para el juez imponer una medida privativa de libertad, siempre podrá optar por la expulsión, ya en el momento de la sentencia, ya en fase de revisión de la medida impuesta. Las reglas generales aplicables a las medidas hacen innecesaria la previsión expresa del vigente artículo 108, que debería ser derogado.

4. Delincuencia de bagatela

Las malhadadas reformas penales de 2003, con el discutible objetivo de combatir con penas carcelarias la delincuencia de bagatela, rebajaron a tres meses el límite mínimo de la pena de prisión, que el CP de 1995 había fijado en seis. Simultáneamente, en adopción de propuestas de la “criminología de la intolerancia”,⁴⁹ sin antecedentes en nuestro Derecho, se elevó la reiteración de faltas de lesiones (art. 147.1), hurto (art. 234) y robo o hurto de vehículo de motor (art. 244) a la categoría de delito.

No se trata de alternativas político-criminales dirigidas en exclusiva a la inmigración. Pero resulta obvio que la pequeña delincuencia va indisolublemente unida a la marginación, y, en nuestras sociedades, el inmigrante, sobre todo el inmigrante ilegal, encarna el paradigma de la marginalidad.⁵⁰

⁴⁸ M.J. Rodríguez Mesa., “La expulsión del extranjero en el ordenamiento jurídico español. Una valoración crítica”, en M.J. Rodríguez Mesa y L. R. Ruiz Rodríguez (coords.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pp. 285 y 286.

⁴⁹ Véase al respecto, J. Young, *La sociedad “excluyente”. Exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía*, Marcial Pons, Barcelona, 2003, p. 121.

⁵⁰ J.M. Terradillos Basoco, “Extranjería, inmigración y sistema penal”, *op. cit.*, p. 64.

⁵¹ M.T. Castiñeira Palou y R. Robles Planas, “¿Cómo absolver a los ‘top manta’? (Panorama jurisprudencial)”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 2007 (2), www.indret.com/pdf/422.pdf.

⁵² En total, 120 a comienzos del año 2010.

⁵³ M. Martínez Escamilla, “Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 2009 (3), p. 15, www.indret.com.

El PRCP 2009 mantiene la misma línea político-criminal en términos generales, pero la corrige excepcional y muy matizadamente en el caso de una genuina modalidad de delincuencia menor relacionada con la inmigración irregular: el fenómeno conocido como “top manta”.

En su EM constata el Proyecto que las penas que el Derecho vigente asigna a la venta a pequeña escala de copias piratas de ciertos artículos de uso común quiebran la necesaria proporcionalidad entre la gravedad de la sanción (carcelaria) y la de unas conductas de escasa lesividad que apenas llegan a asegurar la subsistencia de sujetos menesterosos que más que delincuentes resultan ser víctimas de organizaciones criminales que, de hecho, quedan al amparo de la justicia penal.

Esa desproporción ha movido a los tribunales a la búsqueda de distintas vías para rehuir o minimizar la aplicación de los artículos 234 y 244 CP,⁵¹ lo que no evita, sin embargo, el ingreso, cada vez más frecuente, de “manteros” en prisión.⁵²

La eficacia de la política de represión de “manteros” cara a la protección de la propiedad industrial o intelectual parece más que dudosa. Con lo que queda una vez más en evidencia que la política criminal de extranjería cumple su cometido esencial de definir los niveles de inclusión/exclusión social y económica.⁵³ Con el pretexto, en este caso, de tutela de intereses económicos que, en realidad, no se defienden.

El PRCP 2009 permite al juez optar, en lugar de las actuales penas de prisión de seis meses a dos años y multa, por la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 60 días, “en los casos de distribución al por menor [...] atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido por éste”.

No obstante, y tal como ha puesto de relieve el Grupo Inmigración y Sistema Penal (GISP), el PRCP 2009 sigue incurriendo en contradicción con los principios de subsidiariedad, lesividad e intervención mínima. La minoración de la pena no puede, en efecto,

estimarse respuesta satisfactoria, ya que la condena penal tiene como consecuencia, por regla general, la expulsión del extranjero a tenor de lo dispuesto en el artículo 57.7 LEX 2009. Por otra parte, no se elude el recurso a la privación de libertad, en la medida en que el impago de la multa, que será frecuente en estos casos de imposición a sujetos indigentes, determina la posibilidad de exigencia de responsabilidad personal subsidiaria en los términos del artículo 53 CP.⁵⁴

5. Delitos contra los derechos de los trabajadores inmigrantes

5.1. Discriminación

La protección penal de los derechos de los inmigrantes ha de ser, ante todo, protección frente a la discriminación y, especialmente, frente a la discriminación laboral, dado que la incorporación al trabajo asalaria do es el objetivo prioritario de las migraciones.

El CP vigente afronta la tutela de la igualdad en términos generales (artículos 22.4º, 510 y ss., 607), pero también asume la protección específica de la igualdad en el ámbito laboral, por medio de un artículo, el 314, que se inserta en el Título XV — “Delitos contra los derechos de los trabajadores”— y que castiga con prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses a quienes

produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la Ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado.

Con la perspectiva que dan 15 años de vigencia del CP de 1995, puede afirmarse, sin embargo, que el artículo 314 apenas ha traspasado el ámbito de lo simbólico. A su más que parca utilización ha colaborado su estructura compleja y la liviandad de sus penas. Aunque es posible que los tribunales penales reproduzcan la subvaloración social del concepto “igualdad”, lo que explicaría la inhibición judicial no sólo a la hora de recurrir al artículo 314, sino también a la de aplicar el resto de preceptos que castigan conductas discriminatorias.⁵⁵

El artículo 314 supone un nítido ejemplo de recurso al Derecho penal simbólico, entendiendo por tal el recurso a fórmulas legales que, bajo apariencia de encarar penalmente un problema, por su redacción, son, de hecho, inaplicables. De ahí que, en buena medida, se trate de un precepto que, a efectos prácticos, haya quedado inédito,⁵⁶ a pesar de que la realidad muestra no sólo una clamorosa presencia de supuestos de discriminación laboral sino también la impotencia para atajarlos de los medios prepenales.

Las razones de esa inhibición de los tribunales pueden ser muchas, pero no cabe duda de que en el propio texto del artículo 314 se puede encontrar la raíz de sus limitaciones. Su compleja estructura dificulta su aplicación⁵⁷ y la parquedad de las penas entra en colisión con la relevancia del principio constitucional de igualdad: no cabe mayor minusvaloración del derecho a la igualdad que castigar con una multa ataques al mismo que, por exigencias del tipo, han de ser graves, contumaces y no compensados económicamente.

5.2. Favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores

Una vez extraídas del artículo 318 bis las conductas de trata de personas,⁵⁸ el PRCP 2009 pretende que el contenido de éste quede limitado exclusivamente a la protección de los derechos de los ciudadanos extranjeros.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ C. Rodríguez Yagüe, “La no discriminación como límite al derecho de admisión. La negativa de acceso a lugares abiertos al público”, *Revista Penal*, 2010 (25), p. 118.

⁵⁶ J.M. Terradillos Basoco, “El Derecho Penal del Trabajo: ¿Una opción pertinente?”, *Derecho Laboral*, Fundación de Cultura Universitaria de Montevideo, 2006 (223), pp. 513 y 514. R. de Vicente Martínez (*Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 431) afirma que “el artículo 314 no está siendo aplicado por los Tribunales penales, aun cuando sí existen diversas resoluciones en el ámbito social”.

⁵⁷ J.A. Lascuráin Sánchez, “Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2004 (LVII), p. 25.

⁵⁸ Véase *supra*, 2. TRATA DE SERES HUMANOS Y DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS.

Y, por presuntas razones de coherencia, el Proyecto deroga el artículo 313.1, en el entendimiento de que los bienes jurídicos que éste tutela hoy ya quedan garantizados por el 318 bis. Lo que no es cierto.

En principio porque el artículo 318 bis se sigue aplicando a supuestos bagatulares de ayuda al inmigrante irregular⁵⁹ que poca o ninguna relación tienen con los derechos de los trabajadores. Al desconocer el valor de éstos cuando sus titulares sean extranjeros irregulares, el PRCP 2009 incurre en la grave incoherencia de mantener un título, el XV, dedicado a la protección penal de los derechos de los trabajadores y olvidar que esos derechos quedan afectados ya en el momento en que, con violación de la normativa laboral y migratoria, se introduce mano de obra en la UE de manera clandestina.

Resulta, además, difícilmente justificable la inhibición penal en el ámbito específico de las inmigraciones ilegales no constitutivas de trata de personas, ámbito que, tanto en lo cualitativo como en lo cuantitativo, reviste una especial relevancia. En el plano cuantitativo, no se puede ignorar que el grueso de los denominados delitos contra derechos de los ciudadanos extranjeros tiene como víctimas a quienes emigran impulsados por razones económicas en busca de un trabajo. Desde una perspectiva cualitativa, resulta obvio que el tráfico de mano de obra lesioná o pone en peligro bienes jurídicos que van más allá de los contemplados por el artículo 318 bis; bienes jurídicos vinculados al mundo del trabajo.

El vacío generado con la derogación del vigente artículo 313.1 hubiera podido ser colmado incorporando una agravación en el 318 bis.⁶², para los casos en que quedasen negativamente afectados, además de los bienes jurídicos generales que éste tutela, los derechos de los trabajadores inmigrantes que hoy protege aquél.

6. Epílogo

El modelo diseñado por la LEX 2000 continúa anclado en el “mito del retorno”, en cuya virtud el extranjero no necesita —y, por tanto, no espera— la plenitud

de derechos, porque su sino es el regreso a sus orígenes, no el acceder a la ciudadanía. Y el ordenamiento jurídico se encargará de diseñar para él distintos derechos y distintas garantías de los derechos.⁶⁰

De este modo, la legislación de extranjería, más que en controlar el número de inmigrantes que se pueden admitir en una coyuntura concreta, se centra en “definir los niveles de inclusión/exclusión social y económica”. Este proceso de selección tiene como efecto la marginación de los inmigrantes denominados “irregulares”, que quedan relegados a la economía sumergida, suministrando un contingente numerosísimo de mano de obra carente de posibilidades de autotutela frente a sus no menos “irregulares” empleadores.⁶¹

Todo ello es perfectamente coherente con la consideración de la inmigración como actividad orientada a la producción y del inmigrante como instrumental mano de obra. Semejante visión merece la crítica de ser considerada estrecha, injusta y peligrosa:

Estrecha, porque olvida otras dimensiones reales e importantes: sociales, culturales, familiares, relaciones, cívico-participativas, humanitarias..., antropológicas, en definitiva. Injusta, porque hace recaer sobre los inmigrantes la responsabilidad de la crisis, olvidando su ingente papel en la década de mayor crecimiento económico de toda la historia española. Peligrosa, porque dificulta la verdadera cohesión social y porque prepara el ambiente para la xenofobia y el uso populista de los conflictos sociales.⁶²

El PRCP 2009, por su parte, cierra el círculo: reitera la obsesión por la seguridad y aborda la inmigración como elemento de equilibrio del mercado, en el que no tiene cabida sino el “buen y verdadero inmigrante”, es decir, el *Gastarbeiter*, admitido si y sólo si es funcional a ese mercado.⁶³ En otro caso, la inmigración se concibe “como una amenaza, como una —por definición indeseada— invasión”.⁶⁴

Una vez que esa sesgada valoración va calando en la opinión pública, los partidos políticos compiten por liderar estrategias de dureza, temerosos de que cualquier medida de apertura será castigada por los votantes. Con el resultado de que dos terceras partes de las

⁵⁹ M. Martínez Escamilla, “Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?”, *op. cit.*, p. 9.

⁶⁰ J. de Lucas, “La integración de los inmigrantes: la integración política, condición del modelo de integración”, *op. cit.*, p. 20.

⁶¹ K. Calavita, “Un ‘ejército de reserva de delincuentes’: la criminalización y el castigo económico de los inmigrantes en España”, *op. cit.*, p. 2.

⁶² Razón y Fe, “Editorial”, *op. cit.*, p. 323.

⁶³ J. de Lucas, “La integración de los inmigrantes: la integración política, condición del modelo de integración”, *op. cit.*, pp. 25 y 26.

⁶⁴ M. Martínez Escamilla, “Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?”, *op. cit.*, p. 5.

modificaciones legislativas producidas, desde 1990, en los países de la UE en materia de migraciones, están encaminadas a endurecer las políticas migratorias.⁶⁵

Bibliografía citada

- Acale Sánchez, M., “Mujeres inmigrantes víctimas de violencia de género en España”, en L.R. Ruiz Rodríguez (coord.), *Sistema penal y exclusión de extranjeros*, Bomarzo, Madrid, 2006, pp. 127-157.
- Calavita, K., “Un ‘ejército de reserva de delincuentes’: la criminalización y el castigo económico de los inmigrantes en España”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2004, pp. 1-15, <http://www.criminologia.net/revista>.
- Cancio Meliá, M., y M. Maraver Gómez, “El Derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal”, en S. Bacigalupo y M. Cancio Meliá (coords.), *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005, pp. 343-415.
- Castiñeira Palou, M.T., y R. Robles Planas, “¿Cómo absolver a los ‘top manta’? (Panorama jurisprudencial)”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 2007 (2), www.indret.com/pdf/422.pdf.
- CGPJ, Consejo General del Poder Judicial, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal*, de 2008.
- Cuenca Moreno, F., “Materialización: expulsión, devolución y retorno”, www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL61.
- De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Extranjería y privación de libertad”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. extraordinario, 2006, pp. 39-57.
- De Lucas, J., “La integración de los inmigrantes: la integración política, condición del modelo de integración”, en J. de Lucas y L. Díaz Bueso, *La integración de los inmigrantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 11-43.
- De Vicente Martínez, R., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- Del Valle Gálvez, A., “El frágil estatuto internacional y europeo del inmigrante irregular”, en A. del Valle Gálvez y M.A. Acosta Sánchez, *Immigración irregular y Derecho*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2005, pp. 137-150.
- Díaz Bueso, L., “Veinte años de normativa sobre extranjería en España: ¿hacia una política de integración”, en J. de Lucas y L. Díaz Bueso, *La integración de los inmigrantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 45-61.
- Fanjul, G., “Migraciones internacionales: las consecuencias de gobernar el siglo XXI con políticas del XIX”, www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari56-2010.
- Fernández Teruelo, J.G., “La criminalidad de los inmigrantes. Aproximación criminológica y conciencia social frente al fenómeno”, *Revista Galega de Seguridade Pública* (ed. castellana), 2006 (8), pp. 145-186.
- GEPC, Grupo de Estudios de Política Criminal, *Comunicado sobre la política criminal europea en materia de inmigración*, www.gwpc.es.
- GISP, Grupo Inmigración y Sistema Penal, www.inmigrapenal.com.
- González Enríquez, C., y S. Sorroza Blanco, “¿Hacia una política europea de inmigración? Un desafío para la Presidencia Española”, www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido.
- Guardiola Lago, M.J., *El tráfico de personas en el Derecho penal español*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.
- Hortal Ibarra, J.C., “A vueltas sobre el bien jurídico penal protegido en los mal llamados delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en V. Gómez Martín (coord.), *Política criminal y reforma penal*, Edisofer-B de F, Madrid, 2007, pp. 463-504.
- Landrove Díaz, G., “Jiménez de Asúa, universitario”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1986, monográfico 11, pp. 423-440.
- Lascuraín Sánchez, J.A., “Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2004 (LVII),
- Mahía, R., y R. del Arce, “Impacto de la crisis laboral sobre la población inmigrante”, www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari21-2010.
- Maqueda Abreu, M.L., “A propósito de la trata y de las razones que llevan a confundir a l@s inmi-

⁶⁵ G. Fanjul, “Migraciones internacionales: las consecuencias de gobernar el siglo XXI con políticas del XIX”, *op. cit.*

- grantes con esclav@s”, en J.C. Carbonell Mateu, J.L. González Cussac y E. Orts Berenguer (dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1245-1260.
- Martín Segura, J.A., *Inmigración en España. ¿Factor de desarrollo o fuente de delincuencia? Un análisis económico*, Ediciones GPS, Madrid, 2008.
- Martínez Escamilla, M., “¿Puede utilizarse el Derecho Penal en la lucha contra la inmigración irregular? Un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP en clave de legitimidad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2008 (10-06), pp. 1-20, <http://criminet.ugr.es/recpc>.
- , “Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?”, *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, 2009 (3), pp. 4-45, www.indret.com.
- , *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP*, Atelier, Barcelona, 2007.
- Muñoz Lorente, J., “La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del CP tras su reforma por la Ley Orgánica 11/2003”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2004 (número extraordinario 2), pp. 401-482.
- Pérez Cepeda, A.I., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Comares, Granada, 2004.
- Razón y Fe, “Editorial”, 2009, mayo-junio, pp. 323-328.
- Rodríguez Mesa, M.J., “La expulsión del extranjero en el ordenamiento jurídico español. Una valoración crítica”, en M.J. Rodríguez Mesa y L.R. Ruiz Rodríguez (coords.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 255-288.
- Rodríguez Yagüe, C., “La no discriminación como límite al derecho de admisión. La negativa de acceso a lugares abiertos al público”, *Revista Penal*, 2010 (25), pp. 117-135.
- Sáez Valcárcel, R., “Inmigración clandestina, “mafias” y luchas contra los pobres. Un tipo penal in-
- decente”, *Jueces para la democracia*, 2005 (54), pp. 12-19.
- Sánchez Tomás, J.M., “Garantismo e insumisión judicial en la expulsión penal de extranjeros”, en VV. AA., *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 1559-1578.
- Serrano Piedecasas, J.R., “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en AA.VV., *El extranjero en el Derecho penal español sustitutivo y procesal (Adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 359-398.
- Terradillos Basoco, J.M., “Centros de internamiento de extranjeros”, en Ramos Quintana, M.I. (dir.), *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 877-882.
- , “El Derecho Penal del Trabajo: ¿Una opción pertinente?”, *Derecho Laboral*, Fundación de Cultura Universitaria de Montevideo, 2006 (223), pp. 513 y 514.
- , “Extranjería, inmigración y sistema penal”, en M.J. Rodríguez Mesa y L.R. Ruiz Rodríguez (coords.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 39-68.
- , “Inmigración, ‘mafias’ y sistema penal. La estructura y la pátina”, en L.R Ruiz Rodríguez (coord.), *Sistema penal y exclusión de extranjeros*, Bomarzo, Madrid, 2006, pp. 43-66.
- , “Introducción al estudio de la incidencia de las variables género, inmigración y edad en las cifras sobre siniestralidad laboral”, en J.M. Terradillos Basoco (dir.), *La siniestralidad laboral. Incidencia de las variables “género”, “inmigración” y “edad”*, Bomarzo, Albacete, 2009, pp. 9-18.
- , “Las políticas penales europeas de inmigración”, en L.R. Ruiz Rodríguez (ed.), *Respuestas internacionales a los retos de la seguridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 105-133.
- , “Reflexiones y propuestas sobre inmigración”, *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, 2010 (1) pp. 2-25, www.indret.com.
- Young, J., *La sociedad “excluyente”. Exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía*, Marcial Pons, Barcelona, 2003.

Bibliografía



Notas bibliográficas

• • •

Francisco Muñoz Conde

Revista Penal México, núm. 3, enero-junio de 2012

1. Paul H. Robinson, *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, traducción e introducción de Manuel Cancio e Iñigo Ortiz de Urbina, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2012, 286 pp.

Tanto si entendemos la Justicia distributiva en el sentido clásico del *sum cuique tribuere* (“dar a cada uno lo suyo”) como si lo entendemos en un sentido más revolucionario con la frase de Carlos Marx, “De cada uno según sus posibilidades, a cada uno según sus necesidades”, no cabe duda de que el Derecho vigente en cualquier parte del mundo, y especialmente el Derecho penal, difícilmente responde a ese patrón ideal que precisamente por serlo suele estar bastante alejado de la realidad. El mito de que el Derecho penal protege por igual los intereses de todos los miembros de la sociedad, y sanciona por igual a todos los que cometan un delito, hace tiempo que ha sido desenmascarado por una Criminología crítica que —con datos irrefutables basados en la realidad de cualquier país— ha demostrado el carácter clasista del Derecho penal tanto en los intereses que protege como en la forma en que persigue y sanciona los delitos y a sus autores.

Una vez constatada esta realidad, sobre todo en el ámbito más abstracto e igualitario de la creación de las leyes penales, tampoco puede sorprender que los criterios utilizados en la distribución de la responsabilidad penal y de la pena en el caso concreto de la determinación judicial de la pena reflejen esas mismas desigualdades, y que, por eso mismo, sean sentidos como arbitrarios e injustos por gran parte de la población, que a veces ve con asombro, cuando no con indignación, que lo que teóricamente está castigado en las leyes penales con penas severas apenas es ob-

jeto de una sanción penal, y que lo que está castigado por esas mismas leyes con sanciones menos graves es objeto de severos castigos, sobre todo cuando los delitos son cometidos por delincuentes marginales procedentes de los estratos económicos más débiles de la sociedad.

Entre uno y otro extremo hay naturalmente también casos, muy pocos, en los que el sentimiento de justicia popular y las decisiones judiciales coinciden, y esto le da al Derecho penal una credibilidad que no le dan las normas legales, ni las decisiones judiciales por sí solas.

Éste es el punto de partida del autor de esta obra, el profesor norteamericano Paul H. Robinson, quien desde el primer momento se plantea en los capítulos I y II por qué los criterios existentes detrás de lo que él llama “principios distributivos de la responsabilidad penal y de la pena”: disuasión general y especial, rehabilitación, incapacitación de los peligrosos, merecimiento deontológico y merecimiento empírico, son por sí solos insuficientes para garantizar una distribución justa y equitativa, e incluso, las más de las veces entran en conflicto entre sí provocando la disfuncionalidad de todo el sistema penal, sobre todo cuando se trata de su aplicación en el caso concreto.

Analizando luego cada uno de los criterios antes señalados por separado, Robinson ve el punto débil de la disuasión en que ni desde el punto de vista normativo ni desde el psicológico se verifica empíricamente que la punición de una conducta disuada efectivamente al potencial delincuente, ya que éste se mueve por criterios de racionalidad distintos a los de los patrones legales, que la mayoría de las veces no conoce o le importan un bledo. Ciertamente, dice Robinson (capítulo III), ese efecto disuasorio puede

mejorarse haciendo que, por diversas vías, las reglas legales sean mejor conocidas por la población en general, que el castigo sea más previsible y se aplique sin dilaciones, y que la pena más que “ejemplar” sea “real”; es decir, que corresponda en su efectiva duración a la que impuso el Juez en la sentencia (*truth in sentencing*). Sin embargo, Robinson insiste en el capítulo IV en las dificultades que tiene la disuasión para asegurar una correcta distribución de la responsabilidad penal, cuando, llevada sólo por el pretendido efecto que puede tener en la población, ignora otros criterios de distribución igualmente importantes: el merecimiento de la pena y la rehabilitación del delincuente.

Pero también se muestra crítico con el criterio de la rehabilitación (capítulo V). Sin cuestionar que muchos de los programas de rehabilitación implantados en las prisiones norteamericanas puedan tener éxito, sobre todo en relación con los delincuentes drogadictos o con los autores de delitos sexuales, la reducción de la tasa de reincidencia sigue siendo escasa, por debajo del 15%, y, en todo caso, es un criterio que difícilmente puede tenerse en cuenta en el momento de la determinación judicial de la pena, siendo más un problema a resolver en el ámbito penitenciario, en el que, aplicado con criterios desvinculados del caso que motivó la condena, podría llevar a resultados intolerables, como la rápida liberación del delincuente que no necesite rehabilitación por estar ya plenamente rehabilitado y haber cometido el delito en una situación conflictiva irrepetible; o el internamiento perpetuo del que no es susceptible de rehabilitación.

Este último grupo lleva al profesor Robinson a ocuparse en el capítulo VI de la incapacitación de las personas peligrosas. Éste es, en mi opinión, el capítulo más discutible de este libro. En él, Robinson sigue la línea, ya marcada hace más de un siglo por Von Liszt, de que la incapacitación (“inocuización” la llamaba Von Liszt), incluso a perpetuidad, del delincuente peligroso es a veces la única vía para cumplir el objetivo de una defensa social frente al peligro que representan el reincidente, el psicópata sexual con tendencia a cometer delitos violentos, etc., con pronóstico fundado de su peligrosidad futura. Pero aquí advierte Robinson que, en realidad, no se trata de una verdadera sanción penal, sino de otro tipo de sanción que no debe ser confundida con la penal propiamente dicha. Desde luego, tiene razón Robinson cuando

advierte que introducir, más o menos encubiertamente, en la determinación de la pena criterios basados en la peligrosidad criminal del sujeto, desfigura el verdadero sentido de la sanción penal y la confunde con otro tipo de medidas. Éste sería, por ejemplo, el caso cuando se tiene en cuenta la reincidencia como circunstancia agravante de la pena, o de leyes como la californiana “three strikes and you are out”, que posibilita la aplicación de penas de prisión perpetua a delincuentes que apenas han cometido más de tres delitos de hurto o estafa (como sucedió efectivamente en el que se conoció como caso *Rummel*). Robinson no menciona expresamente el sistema de las medidas de seguridad, pero en el fondo viene a proponerlo cuando admite que en lugar de la pena, o incluso después del cumplimiento de ésta, se pueda imponer un internamiento preventivo, como en el Derecho alemán el “internamiento en custodia de seguridad”. Robinson es consciente de que ello puede llevar a abusos por parte del Estado, al modo del Archipiélago Gulag, pero, en su opinión, éste es un riesgo que es preferible correr, antes que asumir que el criterio de la peligrosidad se tenga en cuenta ocultamente como un criterio de distribución. Es evidente que no le falta razón a Robinson en su crítica a la incapacitación como criterio de distribución de la responsabilidad penal y de la pena, pero se echa de menos que no tenga mayor consideración de las consecuencias terribles que puedan producirse cuando se aplica disfrazada de otro tipo de instituciones, como lo que él llama “internamiento preventivo”, no sólo por la debilidad, que él mismo reconoce, de los pronósticos de peligrosidad que manejan los expertos (incluso, cita que gracias a un autor se ha llegado a proponer como criterio, entre otros, para dictaminar la peligrosidad de un violador, el tamaño del pene), sino porque la historia reciente de los países más poderosos, y aparentemente más civiliados, ha demostrado que se puede emplear como forma de exclusión, o incluso eliminación, de grupos enteros de población, bien por razones étnicas, ideológicas, racistas, o de cualquier otro tipo; recuérdese el Holocausto de los judíos en la Alemania hitleriana y la situación de los presos afganos en la base norteamericana de Guantánamo. Es claro, y en eso tiene razón Robinson, que el criterio de la peligrosidad y la finalidad de la incapacitación (*incapacitation*, término que tanto en inglés como en español tiene connotaciones negativas) de los delincuentes peligrosos no debe mezclarse con los criterios de reprochabilidad

(Robinson no emplea su equivalente en nuestra terminología de culpabilidad) y merecimiento de pena, pero esto no debe llevar, a mi juicio, a un sistema de internamiento preventivo ilimitado o desconectado de las garantías constitucionales, sobre todo de la idea de proporcionalidad respecto a la gravedad del delito cometido y de los que pueda esperarse que cometa en el futuro, de la revisión periódica de la peligrosidad del sujeto, del control judicial del internamiento, etc.; ni a lo que se ha llamado un “fraude de etiquetas”, en el que la imposición del internamiento preventivo, teóricamente destinado sólo a prevenir la peligrosidad del sujeto, pueda ser de hecho mucho más lesivo y limitador de los derechos fundamentales del condenado que si se le hubiera impuesto una pena. Creo que una mayor profundización en el estudio del sistema de las medidas de seguridad vigente en algunos países europeos (como el sistema vicarial, o la limitación de la duración de la medida de internamiento al máximo de duración de la pena), y una más tajante separación entre la peligrosidad predelictual y la posdelictual podría dar mayor fundamento científico a la crítica que hace Robinson en este capítulo del sistema de incapacitación del delincuente peligroso vigente en los Estados Unidos de América.

Después de la crítica realizada a los criterios de distribución anteriormente expuestos, parece claro que Robinson se incline por un criterio de merecimiento que, en la terminología clásica, no es otro que el de la retribución con base en la gravedad del delito y la reprochabilidad (culpabilidad) del delincuente. A la vista de ello, más de uno pensará que para este camino no hacían falta estas alforjas, ya que el criterio del merecimiento, retribución, pena justa, o como quiera llamarle, es el que siempre ha estado, con más o menos variantes y a pesar de las críticas que ha sufrido, en la base de la teoría clásica del Derecho penal. Pero la aportación de Robinson en esta materia es sin duda la más sugerente y renovadora de su obra, sometiendo a profunda revisión y reflexión las distintas versiones del concepto de merecimiento, y las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas. Así, por ejemplo, distingue en el capítulo VII tres concepciones de merecimiento que tienen un distinto significado; un merecimiento vindicativo, cuya máxima expresión sería la Ley del Talión, en el que sólo la gravedad del delito determina la gravedad de la pena (“ojo por ojo, diente por diente”); otro deontológico, en el que la gravedad de la pena se gradúa en función

de la culpabilidad del autor explicada en términos filosófico-morales; y un merecimiento empírico en el que la gravedad de la pena se determina con base en las “intuiciones” de justicia vigentes en la población. En este capítulo expone las ventajas e inconvenientes de cada una de estas concepciones del merecimiento. Sin duda, el criterio del merecimiento vindicativo, que es el que tiene en cuenta el daño causado a la víctima por el delito, goza de gran predicamento en las actuales tendencias victimológicas y en gran parte de la opinión pública cuando se trata de delitos especialmente odiosos que despiertan la indignación popular (terrorismo, asesinatos en serie, depredación sexual); pero su principal defecto está, además de apoyarse en un factor puramente emocional y, por tanto, irracional, en que no tiene en cuenta otros factores relevantes, ni siquiera el hecho de que el daño puede ser reparado igualmente por otros sistemas de compensación no necesariamente punitivos. En general, contra el criterio del merecimiento, y no sólo contra el vindicativo, se levantan objeciones, como que puede ser duro o estar basado en la ira y el odio, que da preferencia a la pena de prisión (e incluso la de muerte en los casos más graves), su propia vaguedad que da lugar a un profundo desacuerdo entre los diversos autores que lo proponen, que no evita delitos, que es inmoral y, en definitiva, que es difícil de implementar. Robinson analiza todas estas objeciones, que obviamente afectan más a unos criterios de merecimiento que a otros, para inclinarse finalmente por un merecimiento que él llama “empírico” y que constituye la principal base de su concepción, a cuya exposición dedica el capítulo VIII. Desde luego, un sistema de justicia penal que coincida con el sentimiento (“intuiciones”, las llama Robinson) de justicia vigente en la población refuerza la confianza de los ciudadanos en el Derecho. Por lo que respecta al Derecho penal, si la condena penal tiene un poder de estigmatización que haga sentir la diferencia entre los que cumplen las normas y los que no lo hacen, esto representa un motivo adicional de control; en cambio, si esa condena no se basa en las intuiciones de justicia vigentes en la población el sistema penal se erosiona, pierde credibilidad y confianza. Robinson cita en este sentido frecuentemente la famosa “Ley seca” vigente en los Estados Unidos en los años veinte del pasado siglo como un ejemplo de ese divorcio entre el Derecho penal y las intuiciones de justicia de la población. Pero también los casos de impunidad de los poderosos en los escándalos

financieros pueden ser un ejemplo de esa pérdida de reputación del Derecho penal. Entre la “sobrecriminalización” y la “impunidad” hay espacios en los que la coincidencia entre el Derecho penal y la intuición popular puede ser mayor o menor. En todo caso, advierte Robinson del peligro de las patrullas vecinales que se toman la justicia por su propia mano o intentan imponerla *manu militari* en las zonas o barrios periféricos de las ciudades, cuando no llega a los mismos la protección que debe brindar la policía; y también destaca el poder de configuración que tienen las normas sociales sobre el papel persuasivo del Derecho, y el poder que a su vez tiene el Derecho en la configuración de la conciencia social.

Todas estas consideraciones son, a mi juicio, válidas, pero merecen una reflexión y un análisis crítico desde otros puntos de vista. Para los traductores de esta obra, Manuel Cancio e Iñigo Ortiz de Urbina, en su excelente introducción a la misma, la tesis de Robinson viene a coincidir, en el fondo, con la teoría, que en Alemania y también en algún sector de la doctrina española está bastante extendida, de la “prevención general positiva”, sobre todo en la versión que le da el penalista alemán G. Jakobs. Independientemente de reconocer algunas coincidencias, la diferencia fundamental entre ambas es, sin embargo, a mi juicio, que mientras la de Robinson es “democrática” en el sentido de que parte de las intuiciones de justicia de la población, la de Jakobs y en general la de los autores que defienden la tesis de la prevención general positiva es “autoritaria” en el sentido de que se le atribuye a la pena un papel de reforzamiento de la confianza de los ciudadanos en la vigencia del Derecho, pero no se basa en ella ni tiene por qué coincidir con ella. Ni qué decir de los términos “democrático” y “autoritario”, que deben ser entendidos aquí en una acepción puramente descriptiva, sin incluir en los mismos ningún juicio de valor. (Lo advierto para evitar malos entendidos y juicios malintencionados de que estoy calificando a Robinson como “demócrata” y a los otros como “autoritarios”).

En todo caso, creo que estos planteamientos, tanto el de Robinson como el de los partidarios de la prevención general positiva, pueden ser criticables en la medida en que no tienen en cuenta que muchas veces la concepción de justicia que tiene la población no sólo no es la misma que se deduce de las normas jurídicas, o de su aplicación, sino que además en muchos temas centrales para el Derecho pe-

nal (recuérdese sólo la polémica en Estados Unidos sobre la pena de muerte, o entre nosotros, en España, sobre la prisión perpetua, o en general sobre la punición del aborto, la legalización de las drogas, el uso de la energía nuclear, o el empleo de las células madres, etc.) existen divisiones y serias discrepancias en amplios sectores de la sociedad de muchos países. ¿A qué “intuiciones de justicia” se refiere Robinson y a qué “confianza de los ciudadanos en la vigencia del Derecho” se refieren los partidarios de la prevención general positiva? ¿A las que se predicen desde las distintas religiones? ¿A las más laicas de los partidos políticos? ¿De derechas, de izquierda, revolucionarios o verdes? ¿A las de las clases económicamente más poderosas? ¿A las de los desempleados, de los indignados, de los inmigrantes ilegales, *homeless*, etc.? ¿A la versión que de las mismas den los medios de comunicación afines o controlados por las respectivas fuerzas hegemónicas políticas, religiosas o económicas? ¿Se refiere sólo a las existentes en un país determinado, por ejemplo, en EUA o en Alemania, o también a las de otros países de diverso y distinto nivel cultural, social o económico?

Ciertamente el mérito de esta obra radica sobre todo en que Robinson se esfuerza en fundamentar su teoría con datos empíricos que la avalan, y así, por ejemplo, señala, citando varios experimentos realizados en distintos sectores de la población estadounidense, que la credibilidad moral del Derecho penal en la población no depende de una mayor dureza en su sistema punitivo, ni de sus potenciales efectos disuasorios o incapacitadores, sino de que se aplique a casos verdaderamente graves que en realidad merecen una sanción penal. De ello deduce, por ejemplo, que se debe evitar desgastar el poder del Derecho penal criminalizando conductas que pueden ser adecuadamente sancionadas por el Derecho civil o administrativo, ya que, en su opinión, una sobrecriminalización conduce a la “generalización del desacato” y actitudes de rebeldía social frente al mismo (pp. 211-223).

No estoy muy seguro de que ello sea así en todos los casos, ni siquiera en la sociedad norteamericana, que como demuestra el éxito electoral que han tenido en los últimos años las políticas de “tolerancia cero” llevadas a cabo en muchos de sus estados, es bastante proclive a un incremento del rigor punitivo no sólo frente a los delitos graves, sino también frente a los

no menos graves; pero, desde luego, me parece, en todo caso, un buen sistema para comprobar la eficacia del sistema penal y darle credibilidad a sus decisiones en su conjunto, consiste en conocer el eco que tienen, acogida o rechazo, en las intuiciones de justicia de la población, siempre, claro está, que éstas se puedan llegar a conocer con una adecuada metodología empírico-social, basada en encuestas, debates en los medios de comunicación, en el seno de los partidos políticos y de las instituciones más representativas de la opinión pública, etcétera.

Ello plantea otro problema con el que se enfrenta Robinson y que es fundamental para su teoría: ¿cómo se determinan las percepciones de la comunidad sobre el merecimiento? Como ya hemos señalado, Robinson, apoyándose en estudios empíricos realizados sobre la materia, considera que no es cierto que el endurecimiento del Derecho penal y su expansión coincidan con las intuiciones de justicia de la población, o con las ideas de disuasión o incapacitación. En todo caso, lo que finalmente viene a proponer es que tanto en la elaboración de las leyes penales como en los criterios de determinación de la pena en el caso individual, se tengan en cuenta los principios de la comunidad, lo que bien mirado no sólo es una buena propuesta, sino una propuesta coherente, siempre que se tengan en cuenta, a mi juicio (y me imagino que también al de Robinson, aunque no lo afirme expresamente), los principios morales y jurídicos (deontológicos, en la terminología que emplea Robinson) no sólo reconocidos por los filósofos y teóricos moralistas, sino también recogidos en las Declaraciones de los derechos humanos en los ámbitos nacional e internacional.

La concepción de Robinson puede ser asumible, siempre que se sea consciente también de los peligros que encierra el merecimiento empírico cuando las llamadas “intuiciones de justicia” se confunden con lo que los nazis llamaban “sano sentimiento del pueblo”, que provocaron en la Alemania de los años treinta las más grandes aberraciones jurídicas, como las Leyes de Núremberg y los campos de exterminio; o, con menor intensidad dramática, con un “populismo punitivo” demagógico como el que, sin ir más lejos, ha inspirado las últimas reformas del Código penal español (2003 y 2010) y que parece van a inspirar también las de 2012; unas reformas que, invocando precisamente lo que los partidos políticos mayorita-

rios (PP y PSOE o PSOE y PP, tanto monta) consideran la opinión más extendida en la sociedad española, se han movido en la línea de las dos políticas penales más reaccionarias preconizadas en los últimos años, tanto desde la Criminología como desde la dogmática del Derecho penal, la tolerancia cero y el Derecho penal del enemigo.

En una sociedad en la que convergen distintos sistemas de valores e intereses contrapuestos como es, por definición, toda sociedad pluralista (e incluso, si me apuran, multicultural), es difícil basar el Derecho penal en lo que Robinson llama merecimiento empírico, cuando precisamente lo que la verificación empírica demuestra es que, al menos en relación con ciertos temas, las “intuiciones de justicia” entre los distintos sectores de la población son completamente divergentes (un buen ejemplo de estas discrepancias en la sociedad norteamericana se puede ver en temas generales como la punibilidad del aborto o la abolición de la pena de muerte, pero también en casos concretos como el de Rodney King, O.J. Simpson y tantos otros magníficamente analizados por George P. Fletcher en sus libros *En defensa propia* o *Las víctimas ante el Jurado*). De lo que se trata, en mi opinión, es de saber cuál es el modelo de sociedad que tenemos y luego constatar hasta qué punto el Derecho penal que tenemos está de acuerdo con ese modelo. En este amplio espacio que hay entre uno y otro ámbito es donde hay que buscar la convergencia entre los distintos criterios de distribución de la responsabilidad penal y de la pena y del merecimiento. Es evidente que la legitimación del Derecho penal no proviene del Derecho penal en sí mismo, sino del modelo social al que sirve. Como he indicado en otro lugar (véase, por ejemplo, Francisco Muñoz Conde, *Derecho penal y control social*, Jerez, 1985, reimpresión en Bogotá, 2000; o la exposición resumida en Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte General*, 8^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 62-65), la función motivadora del Derecho penal sólo puede comprenderse situando el sistema de distribución de la responsabilidad penal y de la pena en un contexto más amplio de control social, es decir, de disciplinamiento del comportamiento humano en sociedad. Dentro del control social, el sistema penal ocupa un lugar secundario, puramente confirmador y asegurador de otras instancias más sutiles y eficaces. El sistema penal no crea nuevos valores, ni constituye un sistema

autónomo de control del comportamiento humano. Es inimaginable un Derecho penal desconectado de las demás instancias de control social, como también lo es un sistema de control social que no fuera asegurado, en última instancia, por las normas del Derecho penal. El merecimiento empírico que propone Robinson es pues, a mi juicio, una buena hipótesis de trabajo para comprobar hasta qué punto el sistema de distribución de la responsabilidad penal y de la pena coincide con las intuiciones de justicia existentes en la población, pero siempre que se tenga en cuenta que estas intuiciones de justicia dependen de muchas variables que van desde la edad, el nivel socio-cultural, social y económico de las personas, el tipo de delito de que se trate, hasta los niveles de eficacia policial, las posibilidades de ser o no ser descubierto, etc., que, por tanto, no son fácilmente identificables ni asumibles como intuiciones generales o mayoritarias.

Nada de esto disminuye, por supuesto, lo más mínimo la validez de la propuesta de Robinson, quien es consciente de las limitaciones que tiene el “merecimiento empírico”, por lo que finalmente, tras un capítulo IX dedicado a la justicia restaurativa, del que aquí por razones de espacio ya no podemos ocuparnos, y otro (el X) dedicado a exponer los puntos fuertes y los débiles de los distintos principios, pasa a completar su propuesta con lo que él llama “principios alternativos híbridos” (capítulo XI), proponiendo para terminar (capítulo XII) una teoría práctica de la Justicia: un principio distributivo híbrido centrado en el merecimiento empírico. Naturalmente, Robinson es consciente no sólo de las limitaciones de su propuesta, sino también de las desviaciones que la misma puede tener en un mundo complejo en el que más que la justicia se persigan con el Derecho penal otros intereses, de ahí que termine su excelente y sugerente monografía reconociendo en el último apartado (Los límites del principio distributivo del Derecho penal), en la última página (286), que “instituciones no gubernamentales, como Iglesias, grupos sociales, la familia, en sentido amplio, y los movimientos de reforma social tengan un potencial equivalente e incluso superior a la hora de controlar el delito que cualquier cosa que el gobierno pueda hacer. El punto decisivo estriba en que sería un error apoyarse en los principios para la distribución de responsabilidad penal y pena como único medio por el cual puede controlarse el delito”. Con lo que no se puede por menos que estar de acuerdo.

2. Katrin Stoll, *Die Herstellung der Wahrheit. Strafverfahren gegen ehemalige Angehörige der Sicherheitspolizei für den Bezirk Bialystok* (La producción de la verdad. Proceso penal contra antiguos miembros de la Policía de Seguridad del Distrito Bialystok), Berlín, Walter de Gruyter, 2012, 712 pp.

La recuperación de la memoria histórica, sobre todo la de los hechos que en forma de asesinatos, crímenes de guerra, contra la humanidad, genocidio, etc., occasionaron tanto daño a millones de seres humanos y sobre los que luego, por diversas razones, se corrió un tupido velo de encubrimiento e impunidad, se ha convertido últimamente, y no sólo en Alemania, en una tarea que ocupa a historiadores y juristas; los unos buscando restablecer la verdad histórica; los otros intentado evitar que queden impunes los responsables que todavía viven o, al menos mediante diversos procedimientos, que las víctimas o sus herederos reciban una compensación económica y moral por el daño sufrido. Ninguna de las dos tareas es fácil; por un lado, porque el tiempo que todo lo borra no sólo ha hecho desaparecer físicamente a las víctimas, sino también a los autores y muchas de las pruebas de los hechos que cometieron; y, por otro, porque aunque parezca mentira, todavía hay quienes están empeñados en que no se llegue a saber la verdad o, por lo menos, en que no se levante el manto de silencio e impunidad que durante décadas los ha cubierto, bien por un sentimiento de vergüenza respecto a lo que hicieron sus antecesores, bien porque temen que la verdad desfigure la versión de la historia que oficialmente han venido contando, o incluso porque creen de buena fe que sacar a relucir hechos que sucedieron hace ya mucho tiempo supone reabrir viejas heridas que, en su opinión, ya deberían estar cerradas y que nada se gana con volver a abrirlas.

Argumentos de esta índole, a favor y en contra de esta recuperación de la memoria histórica, se suscitan cada vez que surge algún dato que pone de relieve algo que no se conocía, o que se conocía mal porque se había ocultado, o se había dado una versión del mismo completamente distinta de lo que realmente ocurrió. Cualquiera que sea la opinión que se pueda tener sobre la no prescripción de estos delitos, declarada en los textos que regulan el actual Derecho penal internacional, y sobre la aplicación retroactiva de esa no prescripción de los delitos cometidos antes de la

entrada en vigor de la misma, está claro que la Historia, y sobre todo la Historia del Derecho contemporáneo, tiene un amplio campo de investigación que, si bien no puede evitar la impunidad jurídica de los hechos que descubra, sí puede sacarlos a la luz, dejándolos expuestos, con toda contundencia, a la vista de todo el que quiera conocerlos y sacar de ellos sus propias conclusiones.

En esta tarea se destaca sobre todo la ingente tarea que está llevando a cabo el profesor Thomas Vormbaum desde el Institut Juristische Zeitgeschichte de la FernUniversität de Hagen, en la República Federal de Alemania, no sólo con sus propias investigaciones y las llevadas a cabo por sus discípulos, sino también como director de las dos revistas más importantes en la materia: *Jahrbuch y Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, y de diversas secciones, antes en Berliner Wissenschafts-Verlag, ahora en Walter de Gruyter, en las que se vienen publicando en los últimos años magníficos trabajos de investigación sobre la materia. Uno de ellos es este de Katrin Stoll que comentaré a continuación.

Esta extensa y documentada monografía que constituyó la tesis doctoral de su autora tiene como base el proceso penal que se llevó a cabo entre 1967 y 1969 en la ciudad alemana de Bielefeld contra algunos miembros de la policía nazi de seguridad del Distrito polaco de Bialystok acusados de haber ordenado y dirigido la deportación en 1943 de más de 100 000 judíos que vivían en aquella zona a los campos de exterminio de Auschwitz y Treblinka, donde fueron asesinados. Además, algunos de ellos fueron también acusados de haber cometido hechos individuales de homicidios, robos, detenciones ilegales, etc., tales como el fusilamiento de cien hombres, mujeres y niños judíos en un acto de represalia porque el día antes un padre de familia, para evitar que se llevaran a su mujer, vertió ácido sobre la cara de uno de los soldados que fueron a detenerla, y de otros muchos que ofrecieron resistencia individual o colectiva en el levantamiento que hubo en el gueto de Bialystok en el verano de 1943, se ocultaron o intentaron huir. El proceso terminó tras más de dos años de complicadas sesiones y búsqueda de material probatorio con la aplicación de penas relativamente leves, entre cinco y nueve años de prisión, a algunos de los principales responsables de la deportación, que fueron considerados cómplices, siguiendo la teoría subjetiva de la participación entonces todavía dominante en la juris-

prudencia alemana, y dejando sin condenar a los responsables por falta de pruebas, o porque se consideró como meros homicidios y no asesinatos; se les aplicó la prescripción, lo que se llamaban “excesos” individuales cometidos antes de la deportación, como los homicidios y otros abusos, malos tratos, etc., cometidos contra la población judía.

Naturalmente, ya de entrada Katrin Stoll se plantea cómo era posible que hechos tan graves como los aquí relatados tuvieran una condena tan leve, y que a los responsables de los mismos se les considerara como simples cómplices, o que incluso quedaran impunes. Stoll expone los argumentos en que se apoyaba esta construcción jurisprudencial en las páginas 105 a 125. Pero antes, en una introducción verdaderamente ejemplar, excelente resumen de los temas que luego va a tratar ampliamente a lo largo de su monografía, relata con toda minuciosidad no sólo los datos principales de aquel proceso, sino también las dificultades que había entonces para poder enjuiciarlos correctamente en la República Federal de Alemania, donde se había extendido, y no sólo en amplios sectores de la población, sino también en las instituciones judiciales, la idea de que era mejor no remover el pasado (un pasado de sólo 20 años), una cierta simpatía con los acusados (algunos de ellos integrados perfectamente en la nueva República, ocupando incluso cargos importantes en la administración, en la economía y en la política de la República Federal de Alemania), o incluso la negación de que tales hechos hubieran ocurrido realmente, dando lugar a la denominada “mentira de Auschwitz”, que luego se tipificó como delito. Obviamente, hubo también excepciones como la ejemplar actitud del fiscal general del estado de Hessen, Fritz Bauer, que inició y llevó a cabo, hasta sus últimas consecuencias, un proceso contra los principales responsables de Auschwitz; o la de los esposos Just-Dahlman, que denunciaron la tesis jurisprudencial que consideraba como mera complicidad la participación no sólo en los actos de deportación, transporte y custodia en los campos de concentración de millones de personas, sino, incluso, en los asesinatos, alegando que no actuaban con la voluntad de los autores, sino con la de meros cómplices, siguiendo las órdenes de sus superiores, con lo que en el fondo se venía a decir que eran meros instrumentos secundarios de las acciones mandadas por los verdaderos autores, Hitler y sus secuaces, que oportunamente ya habían desaparecido o fallecido. Ciertamente, para entonces (1962) Roxin

había desarrollado su tesis de la autoría mediata sirviéndose de un aparato de poder, que incluía en el ámbito de la autoría no sólo a los principales responsables de la cúspide del aparato de poder nacionalsocialista, sino también a los cargos intermedios (Eichmann entre ellos) y naturalmente también a los autores directos de los asesinatos; pero, como es sabido, esa teoría no tuvo la menor repercusión en la jurisprudencia alemana sino hasta muchos años después, en 1992, cuando el Bundesgerichtshof la aplicó por primera vez para condenar a la cúpula del aparato de poder de la antigua República Democrática Alemana por los homicidios cometidos por los guardias fronterizos en el muro de Berlín contra los que intentaban pasarse a la República Federal de Alemania. Katrin Stoll, además de mencionar detalladamente todos los obstáculos y dificultades que había entonces para llevar a cabo un proceso como el de Bielefeld, en la introducción hace una exposición verdaderamente exhaustiva y ejemplar de la historiografía existente en Alemania, y fuera de Alemania, sobre aquella época, y de las fuentes y el material, documental y fonográfico utilizados en su investigación.

En el capítulo II se ocupa de las distintas actitudes que se manifestaron en la persecución de los crímenes de los nazis tras la Segunda Guerra Mundial, desde los que, como Hannah Arendt y otros, consideraban que crímenes tan monstruosos y masivos se sustraían al enjuiciamiento jurídico, o la actitud de los jueces alemanes, que con todas las excepciones, cuando tuvieron competencia para enjuiciarlos consideraron, por lo menos al principio, que con las normas vigentes en Alemania en el momento en que se cometieron los hechos no era posible enjuiciarlos, o ya habían prescrito, y que en todo caso mostraron escasa voluntad en perseguirlos; pasando por los juicios llevados a cabo en las zonas ocupadas por las potencias aliadas vencedoras, o los Juicios de Núremberg, que se fueron poco a poco debilitando hasta desaparecer por completo.

En el capítulo III se ocupa de los problemas de carácter jurídico material y procesal que se presentaron a la hora de enjuiciar en la República Federal Alemania los crímenes de los nazis, como, por ejemplo, el argumento de que no era posible considerar como delito lo que conforme al Derecho vigente en el momento en que se cometieron los hechos eran perfectamente legales e incluso de obligado cumplimiento. Aquí, Stoll se ocupa de la discusión de los años sesenta en Alemania, sobre si las órdenes que daba Hitler eran de obligado cumplimiento, y de la aplicación retroactiva

de los nuevos plazos de prescripción o no prescripción de los delitos cometidos en la época nacionalsocialista. También, en este capítulo se ocupa del tema, antes mencionado, de por qué se consideraba por la jurisprudencia de aquella época a quienes habían colaborado directamente en la ejecución de miles de personas como meros cómplices y no como verdaderos autores; y de si era correcto llamar como testigos a los que realmente habían sido autores de los hechos que se estaban enjuiciando.

Tras estas cuestiones generales que igualmente surgieron en otros muchos juicios contra los nazis, Katrin Stoll se ocupa a partir del capítulo IV del objeto principal de su tesis: el proceso de Bielefeld. En el capítulo IV analiza la situación política y administrativa del Distrito de Bialystok durante la época de ocupación por las tropas soviéticas, como posteriormente por las alemanas. Como todas aquellas zonas ubicadas en los límites entre Polonia, Lituania y Bielorrusia, el Distrito de Bialystok tenía una población mayoritariamente polaca, en la que se incrustaban otras minorías que se habían ido ubicando allí, como judíos, ucranios o rusos blancos, en difícil y a veces conflictiva convivencia, que dio lugar a diversos pogromos contra la población judía, que, como en otros países bálticos, fueron tolerados, cuando no fomentados por las tropas de ocupación alemana, sin tener que intervenir directamente en ellos. No obstante, la presencia de las tropas alemanas ha dado lugar a que a veces se les hayan achacado algunos de estos pogromos a ellas y no a la población polaca que efectivamente los llevó a cabo. A este respecto, es muy ilustrativo el suceso conocido como la “masacre de Jedwadne”, pueblo cercano a Varsovia, donde el 10 de junio de 1941 fueron asesinados todos sus habitantes judíos, al menos unos 500 incluyendo mujeres y niños, encerrados en un granero al que prendieron fuego sus vecinos polacos; suceso que hasta el 2001 fue atribuido a las tropas alemanas. En el drama teatral *Our class*, de Tadeusz Slobodzianek, estrenado en Londres en 2009 con gran éxito, se representa muy bien este trágico suceso. También la sinagoga de Bialystok fue incendiada con centenares de judíos en su interior, pero en este caso directamente por las tropas alemanas. Los escritos que dirigía Heydrick a sus subordinados, que se reproducen en la tesis de Stoll (pp. 189 y 190 de su monografía), son muy ilustrativos de la actitud de los dirigentes nazis respecto a este tipo de sucesos. También el pe-

nalista alemán Reinhart Maurach relató en una intervención que tuvo en una mesa redonda en el Instituto de Historia contemporánea de Múnich en los años cincuenta, cómo personalmente presenció entre el 28 y 29 de junio de 1941 uno de estos pogromos en la capital lituana de Kaunas sin que el ejército alemán hiciera nada por impedirlo, al decir el coronel que mandaba las tropas que tenían órdenes de “permanecer neutrales en asuntos internos” (hecho mencionado en el libro de Helmut Krausnick, *Hitlers Einsatzgruppen. Die Truppen des Weltanschauungskrieges, 1938-1942*, 1981, p. 179, notas 310 y 313 del capítulo IV).

Durante la ocupación alemana de Bialystok se produjeron los hechos que dieron lugar al proceso que se llevó a cabo en Bielefeld, 25 años más tarde, y que constituye el objeto central de la tesis de Stoll. En el capítulo V cuenta Stoll los orígenes de este proceso. A partir del proceso que se llevó a cabo a finales de los años cincuenta en Ulm contra algunos de los responsables de los *Einsatzgruppen*, tropas de voluntarios alemanes dedicadas a la limpieza étnica en los países del Este europeo ocupados por los alemanes, se descubrieron graves delitos cometidos también por las tropas de ocupación y las SS en el Distrito de Bialystok, lo que dio lugar a que se abriera un proceso contra sus principales responsables, muchos de ellos perfectamente adaptados a la vida civil y desempeñando sin el menor problema profesiones liberales o cargos en la administración. Uno de ellos fue un tal Dr. Zimmerman y otros miembros de la policía de seguridad, contra los que se dirigió un primer proceso que terminó en sobreseimiento por muerte de algunos de los acusados o por falta de pruebas. Finalmente se llevó a cabo el proceso ante un Tribunal de Jurado en Bielefeld contra otros responsables de los sucesos de Bialystok, entre los que se encontraba como principal responsable Wilhelm Altenloh, doctor en Derecho por la Universidad de Erlangen a los 23 años y luego destacado dirigente de las SS. Después de la guerra trabajó, sin ocultar su identidad, como representante de una empresa familiar, y tras haber pasado apenas un mes en prisión preventiva en 1965 fue condenado finalmente a ocho años de prisión, que nunca cumplió por estimar el tribunal que se encontraba mal de salud y no había peligro de fuga, imponiéndole una fianza de 50 000 marcos que luego fue elevada por un Tribunal superior a 100 000, con privación de pasaporte y del permiso de conducir: Altenloh murió finalmente en 1985.

El resto del capítulo V de la monografía de Stoll se dedica a la exposición pormenorizada de los detalles de este proceso, de las dificultades probatorias documentales, las declaraciones de los acusados y de los testigos, los informes de los abogados y de la acusación, de la sentencia y de los fundamentos jurídicos de la misma, y de la sentencia del BGH ya en 1970 en el recurso que presentó Altenloh contra la sentencia de Bielefeld.

Es imposible dar en el corto espacio de esta recensión una detallada cuenta de los numerosos datos, documentos, transcripción de declaraciones completas (que se registraron en una cinta magnetofónica que Stoll pudo oír y transcribir directamente), informes de las partes, la sentencia, etc. La relación es exhaustiva y pormenorizada, pero al mismo tiempo apasionante porque consigue transmitir en todo su dramatismo lo que ocurrió en este proceso e indirectamente reproducir los hechos por los que eran juzgados los acusados. A pesar de las excuspciones que continuamente alegan en su defensa, del tipo “yo no estaba allí”, “no participé en tales acciones” o “lo hice en contra de mi voluntad, cumpliendo órdenes”, etc., en las actas del proceso y en la reproducción y comentarios que hace Stoll de las mismas se reflejan la crueldad, el sadismo, la brutalidad y la inhumanidad con la que destacados miembros del aparato de poder nacionalsocialista, y especialmente de la policía de seguridad y las SS, algunos de ellos cualificados profesionales, doctores en Derecho, etc., actuaron contra la población judía en los lugares del Este europeo ocupados y administrados por ellos durante la Segunda Guerra Mundial. Ante la magnitud del exterminio, sorprende mucho la benignidad de las penas aplicadas a los condenados y mucho más que éstos ni siquiera tuvieran que cumplirlas. Pero, por más que esto pueda parecer escandaloso, no se puede al menos reprochar al Tribunal de Bielefeld que no hubiera llevado a cabo, a pesar de las dificultades que tuvo para ello, una exhaustiva determinación de los hechos que quedaron claramente reflejados en las actas del proceso y en los hechos probados que establece la sentencia, que ha posibilitado luego que se haya podido realizar un trabajo de investigación excelente como el que ha llevado a cabo Katrin Stoll.

Pero la monografía de Stoll no se agota con esta exhaustiva exposición de lo que fue el Juicio de Bielefeld, sino que añade un capítulo VI, a mi juicio tan interesante o más que los anteriores, en el que hace

un análisis de este proceso desde el punto de vista lingüístico (Stoll maneja también las fuentes en lengua polaca), de semiótica jurídica, de las dificultades de comunicación entre los acusados y el tribunal, del comportamiento y de la forma de hablar de los acusados, de los testigos, de las víctimas, incluso de la interpretación de la realidad que hace el tribunal en su sentencia y del argumento empleado para fundamentar que los acusados actuaron cumpliendo órdenes y sin voluntad de realizar lo que realizaron. Especialmente impresionante es en este sentido la descripción que hace de cómo se determina en el juicio mediante los interrogatorios de los testigos y acusados el llamado “atentado del ácido”, en el que, como ya se dijo, un hombre judío arrojó ácido corrosivo a la cara de un oficial alemán cuando éste iba a detener a su esposa, lo que motivó que al día siguiente cien personas, hombres, mujeres y niños judíos, fueran fusiladas como represalia por las tropas alemanas (pp. 590-653).

No deja de ser sorprendente que ante la magnitud de los hechos que se estaban juzgando en aquel proceso la prensa alemana de aquella época apenas diera noticia y que la opinión pública pasara olímpicamente del mismo, igual que sucede todavía hoy cuando, ya no tanto en Alemania, sino en otros países en los que ocurrieron hechos similares, se pretende ignorar, cuando no hacer callar directamente a quienes con valor, paciencia y conciencia histórica pretenden sacar a la luz sucesos tan terribles como los que motivaron el Juicio de Bielefeld. Actualmente, las posibilidades de realizar una investigación de este tipo por la vía de un proceso penal son cada vez más lejanas e incluso, en lo que se refiere a hechos que ocurrieron hace ya más de 60 o 70, prácticamente imposibles, pero siempre quedará la investigación histórica, sobre todo cuando la misma alcanza las cotas de excelencia y exhaustividad que tiene esta impresionante monografía de Katrin Stoll, ante la que no cabe sino quitarse el sombrero como muestra de admiración, respeto y agradecimiento.

3. Moderne italienische Strafrechtsdenker (Modernos pensadores italianos del Derecho penal), Ettore Dezza, Sergio Seminara y Thomas Vormbaum (editores), Berlín-Heidelberg, Springer, 2012, 333 p.

La importancia de la ciencia penal italiana en la conformación del moderno Derecho penal desde los tiempos de la Ilustración hasta nuestros días es innega-

ble, y en ciertos momentos ha sido incluso pionera en muchas de las grandes teorizaciones del Derecho penal, cuyos cimientos sentó el ilustre Beccaria con su famoso opúsculo *De los delitos y las penas* que supuso una auténtica renovación del pensamiento penal frente al Derecho penal de las monarquías absolutas; por no hablar del otro gran pensador, Gaetano Filangieri, quien con su *Ciencia de la Legislación* ejerció una enorme influencia en la renovación de las leyes penales de su época y en años posteriores.

Y si del siglo XVIII pasamos al XIX, ahí aparecen ya desde sus inicios los nombres de Cremani, Romagnosi y Carmignani, hasta llegar a la monumental obra de Francesco Carrara, quien a mediados de este siglo compiló en su grandioso *Programa del Curso de Derecho criminal* (1860-1870) el saber jurídico penal de su época, tanto en la Parte General como en la Especial sobre la base de un entendimiento liberal y iusnaturalista que constituyó lo que luego se ha dado en llamar la escuela clásica del Derecho penal.

La irrupción del positivismo criminológico a partir de la fundamental obra del médico legista Cesare Lombroso, con su *L'uomo delinquente* y sus teorías sobre el “delincuente nato”, no anuló las aportaciones de la escuela clásica, pero sí desencadenó una fértil polémica sobre los temas centrales del Derecho penal: la responsabilidad individual y el sentido y fin de la pena, atemperada después por algunos de sus discípulos y seguidores, Emilio Ferri, Raffaele Garofalo y Eugenio Florian, ya a comienzos del siglo XX.

Aunque sólo fuera por esto, la ciencia penal italiana merece un lugar de honor en la moderna ciencia del Derecho penal. No es, por tanto, extraño que el gran historiador del Derecho penal contemporáneo y gran conocedor de la historia y la literatura italiana, Thomas Vormbaum, haya compilado y traducido al alemán, en unión de otros colegas italianos, Ettore Dezza y Sergio Seminara, una serie de textos de estos y otros autores italianos a los que ahora se hará referencia, añadiendo además unas breves biografías y referencias a sus obras más destacadas. Con ello se pone de relieve, también para el público alemán, la importancia que ha tenido, no sólo en la venerable época del Imperio romano y en la reelaboración del Derecho romano y común elaborado en la Edad Media por la Escuela de Bolonia, la ciencia jurídica italiana en la configuración del moderno Derecho penal europeo. Ciertamente que el esplendor de la ciencia jurídico-penal italiana decayó notablemente a partir

del siglo xx, en parte por los embates que sufrió por parte del positivismo criminológico, a cuyo principal impulsor, Cesare Lombroso, no se menciona por cierto en este libro (sin duda no era jurista, pero su repercusión en el mundo del Derecho penal fue innegable), y en parte también por su apego, como reacción frente al positivismo criminológico, a un método técnico jurídico que no alcanzó nunca los niveles de elaboración teórica de la dogmática jurídico-penal alemana de aquella época. A ello contribuyó también la connivencia o por lo menos acrítica actitud de algunos de sus principales representantes con el régimen político fascista de Mussolini, como fue el caso principalmente de Arturo Rocco, principal inspirador del Código penal italiano de 1930 (aún vigente, aunque con modificaciones), de Vincenzo Manzini, o de Giuseppe Maggiore, destacado penalista antisemita que defendió las leyes antihebreas del régimen mussoliniano, una de cuyas víctimas fue el profesor de la Universidad de Módena, Marcello Finzi, quien fue expulsado de dicha Universidad y luego encontró refugio en la de Córdoba (Argentina). De todos ellos y de algunos de sus textos se hace una breve recopilación en este libro.

En realidad, pocos fueron los penalistas italianos de esa época que no tuvieron relaciones con el régimen fascista, lo que demuestra, como ya se ha podido ver en recientes investigaciones, que este régimen, como tantos otros autoritarios, se pudo mantener, entre otras cosas, gracias a la legitimación teórica que le dieron afamados juristas y no pocos penalistas, quienes además le ofrecieron un arsenal teórico, mezcla de positivismo criminológico y de un tecnicismo jurídico formalista, para crear un Derecho penal antidemocrático y autoritario, e incluso en algún caso con tendencias racistas. De esto no se libraron otros penalistas italianos, igualmente tratados en este libro, como Filippo Grispigni, cuya polémica con Mezger en torno a la configuración del Derecho penal nacionalsocialista dio lugar a una curiosa y poco conocida monografía, en la que ambos autores polemizaron sobre cuál era el planteamiento teórico que mejor se adaptaba a la concepción nacionalsocialista del Derecho penal.

Más alejados de este régimen, o por lo menos de sus planteamientos más autoritarios, destacan tras la Segunda Guerra Mundial las obras de Giuseppe Bettoli, Francesco Antolisei, Pietro Nuvolone y Giacomo Delitala, quienes cada uno en su estilo renovaron el

pensamiento jurídico penal italiano en una línea más parecida (sobre todo en el caso de Bettoli) a la de la dogmática penal alemana, que aún perdura en muchos de sus actuales discípulos, muchos de los cuales se han formado directamente en Alemania.

Entre los penalistas posteriores a la Segunda Guerra Mundial destaca sobre todo Giuseppe Vasalli, fallecido en 2009, quien además de luchador antifascista fue luego un importante político, diputado, senador, ministro de Justicia y presidente del Tribunal Constitucional. Su obra sobre Gustav Radbruch y su fórmula para el enjuiciamiento de los delitos cometidos por el régimen nazi es fundamental en esta materia y ha merecido los honores de ser traducida al alemán por Thomas Vormbaum.

Una vez más hay que agradecer al profesor Vormbaum el esfuerzo realizado por dar a conocer al público alemán las personas y obras que más destacadamente han contribuido no sólo a la configuración del Derecho penal italiano, sino también europeo, y especialmente del español que durante muchos años no tuvo otro referente internacional —no sólo por la proximidad del idioma, sino también por ciertas afinidades ideológicas en la época de la dictadura franquista— que las construcciones teóricas realizadas por los penalistas italianos. Ojalá que pronto podamos ver también en alemán un libro similar a este que comento dedicado a los penalistas españoles y latinoamericanos más relevantes, con una selección de algunos de sus textos más representativos y una breve biografía de los mismos, como la que se hace en esta obra con los pensadores penalistas italianos.

4. *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, Thomas Vormbaum (editor), vol. 12, Berlín, De Gruyter, 2012; *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, Cuaderno 1, Berlín, De Gruyter, 2012.

Con la puntualidad acostumbrada han aparecido en el primer trimestre de 2012 los correspondientes números de estas dos revistas dedicadas a la Historia contemporánea del Derecho, el *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, de carácter anual, y su hermano menor el *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, de carácter cuatrimestral, ambas editadas por el catedrático de Derecho penal de la FernUniversität de Hagen, Thomas Vormbaum, y publicadas por la editorial De Gruyter, de Berlín. Igual que en los números anteriores, se sigue en la línea de exponer no sólo la historia

del Derecho, y especialmente del Derecho penal alemán, sino también la de otros países europeos, sobre todo Italia, durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX.

En este volumen del *Jahrbuch* se contiene una primera sección con artículos generales de Giovannangelo De Francesco sobre la codificación napolitana de 1808, de Elio Tavilla sobre el Código penal del Duca de Módena de 1849, de Hannes Ludyga sobre la intervención en la crisis con leyes de arrendamiento en la República de Weimar, y de Kurt Schilde sobre los delitos cometidos por los nazis en noviembre de 1938. La sección dedicada a la legislación penal alemana moderna contiene dos artículos, paradójicamente de dos autores italianos, del fallecido Mario A. Cattaneo sobre Feuerbach y el Código penal bávaro de 1813, y de Sergio Vinciguerra sobre el mismo Código bávaro. En la sección biográfica hay junto a dos artículos de dos profesores italianos, uno de Vanda Fiorillo sobre Wilhelm Rehberg, y otro de Francesco Palazzo sobre Giuliano Vasalli, otros de Elio Tavilla, Massimo Donnini y Francisco Muñoz Conde dedicados al penalista Marcello Finzi, expulsado de la Universidad de Módena en 1938 por aplicación de la legislación antihebreo, quien luego en el exilio fue profesor de la Universidad de Córdoba (Argentina). En la sección sobre política del Derecho y Justicia hay un artículo de Marcelo A. Sancinetti sobre el pensamiento de la Ilustración y el “principio de dañosidad”, y otro de Gerhard Deter sobre el proyecto de modificación de la Constitución alemana. La sección de Derecho en el Arte, Arte en el Derecho, tiene un artículo de Marta Muñoz-Aunión, “Inter arma, silent leges”, sobre la propaganda mediática alemana y la intervención nacionalsocialista dirigida por Goebbels en la Guerra Civil española; y otros de Klaus Lüderssen, Jochen Hörisch, Peter Kuon y Dieter Simon sobre la obra de Jonathan Littell, *Los bien intencionados*; Hörisch se ocupa también de la narración de Schlink, *El lector*; y Peter Kuon, además, de las obras de Hanna Arendt, *Eichmann en Jerusalén*, y de Albert Camus, *La caída*.

En el cuaderno del *Journal* se incluye un artículo de Nicolas Bertrand sobre la regulación del trabajo en los campos de concentración nazis, y el prólogo de los editores al libro Homenaje a Wolfgang Schild con motivo de su 65 aniversario. En el Forum hay una crónica del historiador americano de la Criminología alemana, Richard F. Wetzel, sobre el Congreso habido en Washington del 10 al 12 de marzo del 2011 con el tema

“Crimen y castigo en Europa entre 1870 y 1990”; y artículos de Christiane Prause sobre Derecho y juristas tras la literatura y el arte, de Jörg Arnold sobre Werner Holfort, abogado y político, y de Christoph Luther sobre nacionalsocialismo y derecho. En la sección de comentarios bibliográficos hay una docena de recensiones a libros sobre diversos temas relacionados con la historia jurídica contemporánea.

5. Wang, Shizhou, *Xiandai Xinfa Xue (Zonglun)*, (Un estudio introductorio al Derecho penal de nuestro tiempo), Pekín, Beijing University Press, 2011, 325 pp.

El presente libro, cuyo título puede ser traducido como “Estudio introductorio al Derecho penal moderno” o también como “Introducción al Derecho penal de hoy”, aunque en la contraportada se propone el mucho más genérico en inglés de: *Modern Criminal Law (General Part)*, es, más que un Manual en el estricto sentido de la palabra, un ensayo sobre distintas materias y cuestiones relacionadas con la Parte General del Derecho penal. Su autor, el profesor Shizhou (nombre propio) Wang (apellido), catedrático de Derecho penal en la Universidad de Pekín, pertenece a una generación de jóvenes penalistas chinos que empezó sus estudios recién terminada la Revolución Cultural en la Universidad de Pekín, continuándolos en la Berkley Law School en California, en la School of Economics de Londres y finalmente, como becario Humboldt, en el Instituto Max Planck de Derecho penal internacional y comparado de Friburgo de Brisgovia, en la época en que lo regía el profesor Jescheck, y en la Universidad de Augsburgo, bajo la dirección del profesor Joachim Herrman. Además de una copiosa e interesante obra publicada principalmente en China y en chino, el profesor Wang, que escribe y habla fluidamente alemán e inglés, ha traducido al chino el *Tratado de Claus Roxin*, los *Conceptos básicos de Derecho penal* de George Fletcher y el *Tratado de Derecho penal internacional* de Gerhard Werle. No es, por tanto, extraño que un grupo de penalistas que conocemos bien, al menos parte de su obra publicada en inglés, español o alemán, su obra y su ingente labor como traductor del alemán y el inglés al chino, lo propusiéramos para el Premio de Investigación de la fundación alemana Alexander von Humboldt, que se lo concedió a finales de 2009. Con tal motivo el profesor Wang pasó en 2010 un largo periodo en diversas

instituciones académicas y de investigación alemanas (Instituto Max Planck, Universidad Humboldt de Berlín) escribiendo durante ese tiempo este interesante ensayo, que ahora aparece en chino en la Beijing University Press, y que seguidamente se recensiona, aunque, por obvias limitaciones del que esto escribe en el conocimiento del idioma chino, esta recensión no puede ser más que una mera descripción de su contenido con algunos breves comentarios sobre el mismo. Ojalá el profesor Wang, igual que ha hecho con otras obras suyas, publique pronto al menos una versión inglesa que nos permita conocer con mayor profundidad esta interesante obra en la que se expone muy bien la problemática de la Parte General del Derecho penal chino en la actualidad.

En este libro el profesor Wang ofrece una exposición de la Parte General del Derecho penal vigente en China en estos momentos, conforme a los patrones sistemáticos más usuales en los países occidentales. Tras un prólogo en el que expone las metas (sus sueños, dice literalmente) que pretende con el libro, siguiendo el orden que se encuentra en cualquier manual de Parte General, comienza el capítulo 1 con una serie de consideraciones sobre el concepto, método y fuentes del Derecho penal. En el capítulo 2 se ocupa de la legitimidad de la pena, exponiendo las diversas teorías existentes sobre la misma: absolutas, relativas y de la unión, y de su repercusión en el Derecho penal chino. En el capítulo 3 trata del principio de legalidad y de sus consecuencias; prohibición de analogía, de derecho consuetudinario, de retroactividad y de leyes penales indeterminadas. En el capítulo 4 expone las distintas formas de interpretación y sus límites; y en el capítulo 5 los límites espaciales y temporales de vigencia de la ley penal y algunas inmunidades estatutarias.

Muy interesantes son los capítulos dedicados a la teoría del delito, al concepto de delito (capítulo 6) y a la evolución y el desarrollo de las diversas teorías del mismo (capítulo 7), en el que no faltan referencias a las teorías causal, final y funcional.

El capítulo 8 está dedicado al elemento objetivo del delito en sus diversos integrantes; acción, omisión, relación de causalidad e imputación objetiva; y el capítulo 9 al elemento subjetivo: dolo, imprudencia y error.

Siguiendo una sistemática usual en algunos manuales de Parte General, dedica el capítulo 11 al sujeto del delito y a las circunstancias eximentes de su res-

ponsabilidad personal: minoría de edad, enfermedad mental, intoxicación. También se ocupa aquí de la responsabilidad penal de los entes colectivos (*danwei*), incluyendo las personas jurídicas, algo que ya viene acogido en el Código penal chino desde hace tiempo.

En el capítulo 11 se exponen las categorías de la antijuricidad y la culpabilidad, desde el punto de vista de las causas de exclusión de las mismas, distinguiéndolas, siguiendo la sistemática elaborada por la dogmática penal alemana y parcialmente acogida en algunos autores anglosajones, entre causas de justificación (legítima defensa y estado de necesidad) y de exculpación.

El capítulo 12 trata de la tentativa, distinguiendo los actos preparatorios y los diversos grados de ejecución del delito, y el desistimiento voluntario de consumar el delito. Y el capítulo 13 de la complicidad, es decir, de las diversas formas de participación en la realización de un delito, analizando las diversas teorías objetiva subjetiva y del dominio del hecho.

Una parte importante del libro son los capítulos dedicados a la pena y a sus diversas clases, destacando en el capítulo 15 sobre todo la exposición de las penas privativas de libertad (incluyendo la prisión perpetua) y la de muerte. En relación con esta última se expone el debate que ya se ha desencadenado en China en torno a su abolición. Wang se muestra decididamente abolicionista, pero reconoce que en estos momentos la abolición depende de una serie de consideraciones políticas y de una realidad sociológica todavía bastante alejada de los patrones humanitarios que, al menos teóricamente, dominan la discusión doctrinal en los países occidentales (y no en todos; véase, por ejemplo, la situación del problema en los Estados Unidos Mexicanos). En todo caso, la reducción progresiva de los supuestos en los que todavía es aplicable permite abrigar alguna esperanza de que paulatinamente vaya desapareciendo (para más detalles sobre este problema en China pueden verse los artículos de Wang publicados en las Actas del Congreso que sobre la pena de muerte organizó el Instituto de Derecho penal europeo, dirigido por Luis Arroyo Zapatero, y el *Festschrift für Claus Roxin* en su 80 aniversario, tomo 2, 2011, pp. 1587 y ss.). También en este capítulo se ocupa Wang de otras penas (multa, inhabilitaciones, comiso) y del sistema de determinación de la pena, de las circunstancias agravantes y atenuantes, y especialmente del régimen agravatorio para los casos de reincidencia.

Los capítulos 16 y 17 se dedican respectivamente a las reglas del concurso y a las alternativas, sustitución y reducción de la pena privativa de libertad.

Con esta breve descripción del contenido de esta obra se puede ver hasta qué punto, salvando las dificultades lingüísticas, se puede conseguir hoy, al menos en el plano teórico, una exposición del Derecho penal, que aunque se base principalmente en los sistemas del Derecho penal del sistema del *Common Law* y del sistema continental europeo dominantes en el mundo occidental, puede tener también en cuenta las particularidades del Derecho penal nacional de cada país, y, por encima de los distintos regímenes políticos y circunstancias de cada país, posibilitar el enten-

dimiento entre los diversos cultivadores del Derecho penal en el ámbito mundial. Por lo que al autor de esta obra se refiere, sólo puedo decir que en mis frecuentes y prolongadas estancias en distintas universidades chinas, y especialmente en la más famosa y conocida de todas, la Universidad de Pekín, he contado siempre con la ayuda eficaz y el apoyo constante del profesor Shizhou Wang, en cuyos seminarios de doctorado en la misma Universidad he intervenido dictando conferencias y manteniendo discusiones abiertas con alumnos y colegas que, desde luego, no sólo han enriquecido mis conocimientos del Derecho penal chino, sino también de las peculiaridades de su idioma y de su cultura milenaria.

Revista Penal México, edición al cuidado
de la Dirección de Publicaciones del
Instituto Nacional de Ciencias Penales, se
terminó de imprimir y encuadrernar en
julio de 2012 en los talleres de Diseño
e Impresos Sandoval, S. A. de C. V.,
Salto del Agua 247, Col. Evolución,
Cd. Nezahualcóyotl; 57700, Edo. de Méx.
El tiraje consta de 1 000 ejemplares.

1. *Revista Penal México* publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las Ciencias Penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho Penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o, en su defecto, en formato *.txt) a la dirección: ferreolive@terra.es
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras claves en castellano y en inglés (entre dos y cinco palabras).
4. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.