

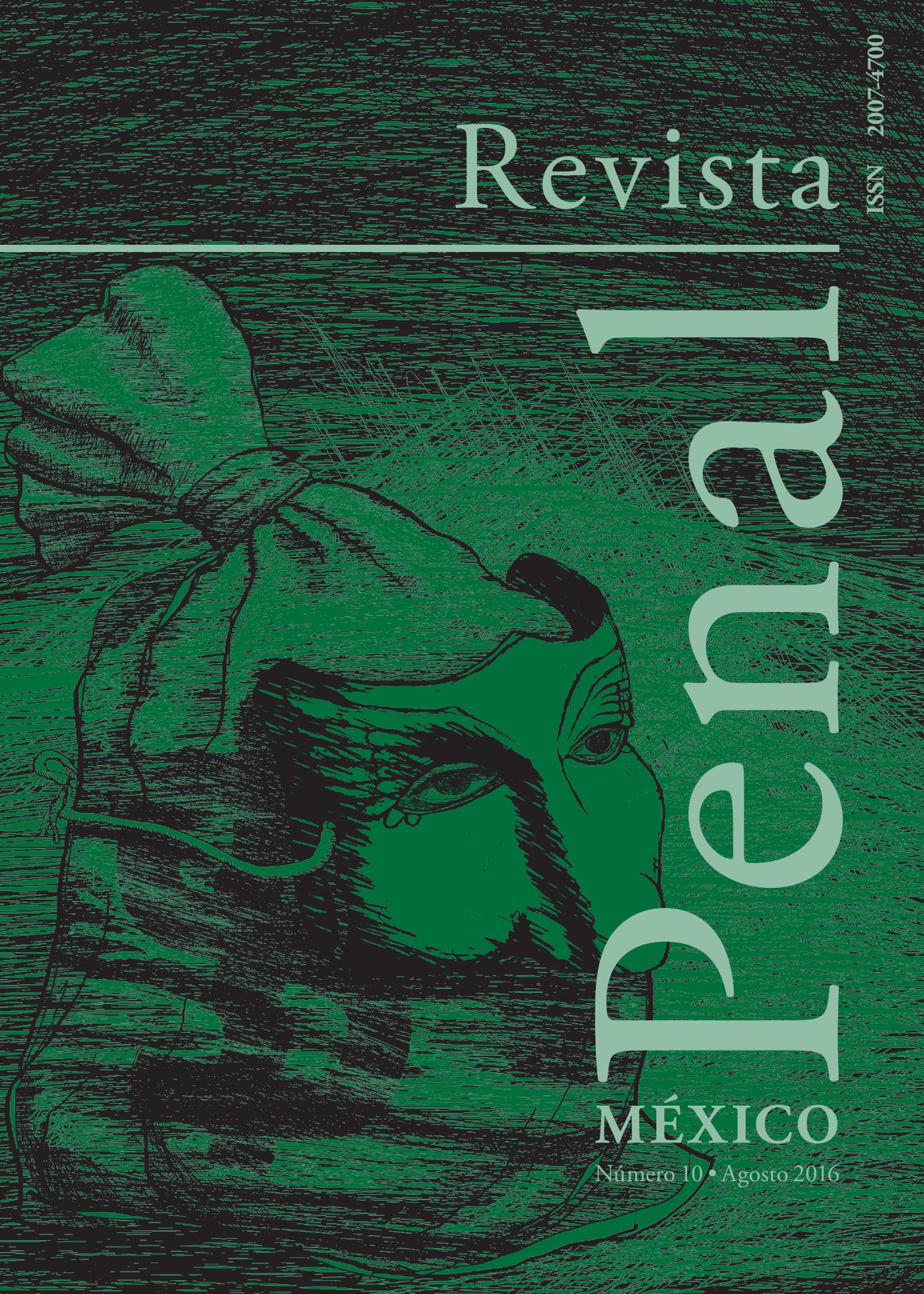
Revista

ISSN 2007-4700

Perla

MÉXICO

Número 10 • Agosto 2016





Revista

Penal

MÉXICO

Número 10 •
marzo-agosto de 2016
México
ISSN 2007 4700



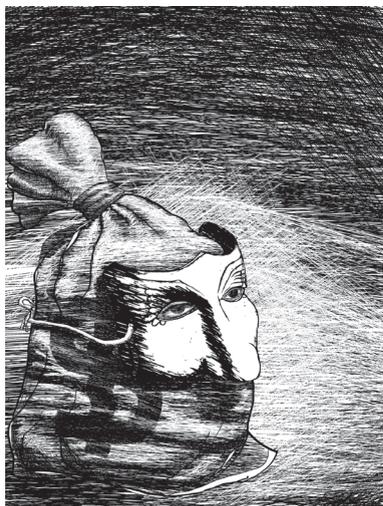
Cátedra de Derechos Humanos
Manuel de Lardizábal



Universidad
de Huelva



INACIPE



Victor Garrido.
Actuar por otro
19 x 27 cms

Revista indizada en la base de datos de CLASE y directorio Latindex, clase.unam.mx y www.latindex.org



REVISTA PENAL MÉXICO, año 5, núm. 10, es una publicación semestral editada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe) a través de la Dirección de Publicaciones, Magisterio Nacional núm. 113, Col. Tlalpan, Del. Tlalpan, C.P. 14000, Ciudad de México, 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 Rafael Estrada Michel. Reserva de Derechos al Título Exclusivo núm. 04-2012-042012493900-102; ISSN: 2007-4700. Certificado de Licitud de Título y Contenido: 15411. Impreso y encuadernado por Lito Roda S.A. de C.V., Escondida 2, Col. Volcanes, Del. Tlalpan, C.P. 14640, Ciudad de México. El tiraje consta de 800 ejemplares más sobrantes para reposición.

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 de Ciencias Penales.

Revista

Penal MÉXICO

DIRECTORIO DEL INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES

ARELY GÓMEZ GONZÁLEZ
*Procuradora General de la República
y Presidenta de la H. Junta de Gobierno del Inacipe*

SALVADOR SANDOVAL SILVA
*Subprocurador Jurídico y de Asuntos Internacionales de la PGR
y Secretario Técnico de la H. Junta de Gobierno del Inacipe*

RAFAEL ESTRADA MICHEL
*Director General
del Instituto Nacional de Ciencias Penales*

ELISA SPECKMAN GUERRA
Secretaria General Académica

JORGE MARTÍNEZ IGLESIAS
Secretario General de Extensión

ALFONSO JESÚS MOSTALAC CECILIA
Director de Publicaciones

Número 10 •
marzo-agosto de 2016
México
ISSN 2007 4700

DIRECTORIO DE LA REVISTA PENAL MÉXICO

CODIRECTORES

JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ
Universidad de Huelva

RAFAEL ESTRADA MICHEL
Director General del Inacipe

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

ARELY GÓMEZ GONZÁLEZ
Procuraduría General de la República

IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE
Universidad de Salamanca

DAVID CIENFUEGOS SALGADO
*Secretaría General de Gobierno
del Estado de Guerrero*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ
Suprema Corte de Justicia de la Nación

LUIS DE LA BARREDA SOLÓRZANO
Programa Universitario de Derechos Humanos de la UNAM

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*

SERGIO 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

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
Universidad Pablo de Olavide

MIGUEL ONTIVEROS ALONSO
Academia Mexicana de Ciencias Penales

LUIS RAÚL GONZÁLEZ PÉREZ
Comisión Nacional de los Derechos Humanos

CLAUS ROXIN
Universidad de Múnich

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

MANUEL VIDAURRI ARÉCHIGA
Universidad La Salle Bajío

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
Centro para el Desarrollo de la Justicia Internacional, A.C.

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

MIGUEL BUSTOS RUBIO
Universidad de Salamanca

VICTOR MANUEL MACIAS CARO
Universidad de Huelva y Pablo de Olavide

DOCTRINA

| | |
|--|-----|
| Miguel Bustos Rubio y Pilar Gómez Pavón <i>La protección penal de la Seguridad Social en España: el bien jurídico protegido</i> | 9 |
| Juan Carlos Ferré Olivé <i>El actuar por otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco del Derecho penal tributario y de la Seguridad Social</i> | 25 |
| Ignacio Flores Prada <i>Aspectos fundamentales de la reforma procesal penal española de 2015</i> | 53 |
| María Concepción Gorjón Barranco <i>Feminismo, seguridad y política criminal de género</i> | 67 |
| Ana Lucía Heredia Muñoz y Gerson W. Camarena Aliaga <i>Insolvencias punibles: estudios sobre el tratamiento del alzamiento de bienes en el Derecho penal español</i> | 83 |
| Jean Pierre Matus Acuña <i>Origen, consolidación y vigencia de la Nueva Dogmática Chilena (ca. 1955-1970)</i> | 105 |
| Alejandro Ochoa Figueroa <i>Medioambiente como bien jurídico</i> | 151 |
| Francisco Javier Paíno Rodríguez <i>El acoso sexual en el Código Penal español tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo</i> | 165 |
| Javier Sánchez Bernal <i>Efectos globales de la corrupción: un obstáculo para el desarrollo</i> | 181 |
| Jorge Arturo Ulloa Cordero y María José Araya Álvarez <i>Análisis crítico del tipo penal de tortura mexicano desde la óptica del Derecho Internacional. Algunas puntualizaciones para contribuir al debate de la nueva Iniciativa Legislativa</i> | 203 |
| Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas <i>La Ley General de acceso de las Mujeres a una Vida libre de Violencia y la prohibición de la mediación penal en casos de violencia de género en México</i> | 227 |
| Thomas Vormbaum <i>El Derecho penal nacionalsocialista</i> | 239 |

La protección penal de la Seguridad Social en España: el bien jurídico protegido*

Miguel Bustos Rubio
Pilar Gómez Pavón

Universidad de Salamanca
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: *El presente trabajo aborda una parte de aquello que se ha venido a denominar “Derecho penal de la Seguridad Social”, el cual es el estudio del interés jurídico protegido por estos delitos. En España, la institución de la Seguridad Social ha ido cobrando, con el tiempo, destacada importancia, por lo que también la respuesta penal debe ser objeto de examen crítico. Como parte de un estudio más completo, en estas páginas se ofrece una concepción propia sobre el objeto de protección en estos delitos, actualizada a la luz de la reforma operada por la LO 7/2012 en el Código Penal español, y a la luz del texto constitucional.*

PALABRAS CLAVE: *Defraudación, Seguridad Social, bien jurídico, fraude de prestaciones.*

ABSTRACT: *This paper deals with a part of what has been denominated as "Criminal Law of Social Security", which is the study of the legal interest protected by these crimes. In Spain, the Social Security Institution has been gaining, with time, outstanding relevance, so the penal response must be object of critical examination as well. As part of a more complete study, in this pages it is offered an own conception of the object of protection in these crimes, updated in the light of the reform operated by the LO 7/2012 in the Spanish Penal Code and the constitutional text.*

KEY WORDS: *Fraud, security Social, well legal, fraud of benefits.*

SUMARIO: *I. A modo de introducción; II. Evolución legislativa de los delitos contra la Seguridad Social en España; III. El bien jurídico protegido en los delitos contra la Seguridad Social. Análisis desde la reforma operada por la LO 7/2012; IV. La importancia del art. 41 de la Constitución Española en la determinación del bien jurídico. Protección dinámica de la Seguridad Social.*

* Este trabajo ha sido previamente publicado en España, en el libro homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto (vid. Maqueda Abreu, M^aL., Martín Lorenzo, M., y Ventura Püschel, A. (coords.), *Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, UCM, Madrid, 2016).

I. A modo de introducción

Con razón señalaba Emilio Octavio de Toledo y Ubieto que las tipicidades agrupadas en el Título XIV del Código Penal son “conductas contrarias a la ordenación pública de la economía (u ‘orden económico’, ‘orden económico en sentido estricto’ o ‘intervención del Estado en la economía a través de la Hacienda Pública y la Seguridad Social’)”.¹ Ello explica el abrumador interés del Poder Legislativo por este conjunto de delitos, íntimamente conectados a la economía estatal e incluso, diríamos, imbricados a la mejor o peor salud del propio Estado y de sus instituciones.

En lo que sigue, como una parte de un estudio más completo,² vamos a analizar el bien jurídico protegido en los artículos 307 y 307 ter del Código Penal español, determinación precisa para poder afirmar que nos encontramos ante tipos de delitos que protegen la intervención del Estado en la economía, frente a los ataques que se entiendan más graves. Exposición que comienza con una breve referencia a los antecedentes legislativos, desde la primera inclusión de estos delitos en el Código Penal español. La evolución de estos tipos penales es significativa en relación con el bien jurídico protegido, ya que aunque la ubicación en un determinado Título o capítulo del texto penal no es el criterio determinante para el establecimiento del interés objeto de tutela, en este caso no puede dejarse de tomar en consideración que tras una inicial tipificación como un delito contra los derechos de los trabajadores, actualmente se incluye al lado de aquellos que atacan contra la Hacienda Pública, lo que no puede dejar de suponer un cambio en el objeto de protección.

II. Evolución legislativa de los delitos contra la Seguridad Social en España

En los últimos años estamos asistiendo a una creciente preocupación por determinadas conductas atentatorias contra el sistema de Seguridad Social en nuestro país. Tradicionalmente, quizá por el mayor interés que suscitó el estudio del delito de fraude contra la Hacienda Pública y análogos, las conductas de fraude contra la Seguridad Social han recibido una menor atención por parte de la doctrina científica que, en numerosas ocasiones, se ha contentado con trasladar al tipo penal del art. 307 CP³ diferentes consideraciones y opiniones vertidas al albur del delito fiscal, limitándose sencillamente a realizar algunas matizaciones. No obstante, sea a causa de determinados estudios ulteriores que han puesto de manifiesto las particularidades de esta modalidad de fraude, sea por el creciente interés político criminal o recaudatorio del Estado —por otra parte no ocultado, tal y como se desprende de los Preámbulos legales—⁴ en la lucha contra este tipo de defraudaciones que ponen en peligro el sistema de Seguridad Social en una etapa de crisis económica como la que ahora sufrimos, lo cierto es que en la actualidad estamos asistiendo a un renovado interés por el estudio de aquellos tipos penales, sean tradicionales o novedosos, que de una forma u otra atacan contra la institución de la Seguridad Social.

El delito de defraudación a la Seguridad Social es relativamente nuevo en la legislación penal española. Se introduce por Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio,⁵ que lo recoge en su artículo 349 bis de forma idéntica al delito fiscal (como ya señalamos, tipo penal de mayor tradición).⁶ La inclusión de estos delitos

¹ De Toledo y Ubieto, O.E., “Los objetos de protección en los delitos contra las Haciendas Públicas”, en Octavio de Toledo y Ubieto, E. (dir. y coord.), *Delitos e infracciones contra la Hacienda Pública*, Valencia, 2009, pp. 63 y 64.

² *Id.* ampliamente: Gómez Pavón, P., Armendáriz León, C., Pedreira González, F.M., y Bustos Rubio M., *Delitos de defraudación a la Seguridad Social y delitos contra los derechos de los trabajadores*, Bosch, Barcelona, 2015.

³ “El que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de cincuenta mil euros, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía salvo que hubiere regularizado su situación ante la Seguridad Social en los términos del apartado 3 del presente artículo [...]”.

⁴ Según el Preámbulo de la última ley modificadora de estos delitos, la LO 7/2012, de 27 de diciembre, la reforma de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social tiene por misión “la mejora de la eficacia de los instrumentos de control de los ingresos y del gasto público, que se revela como un elemento imprescindible del conjunto de medidas adoptadas con motivo de la crisis económica, especialmente severa en el ámbito europeo, y más en concreto en el caso español, así como con la necesidad de acompañar las mismas de las reformas necesarias en los sectores o actividades económicas afectadas; actividades económicas en las que, por otro lado, existe una mayor percepción del fraude y que son precisamente donde deben adoptarse las reformas penales concretas”.

⁵ BOE, núm. 155, de 30 de junio de 1995.

⁶ Artículo 349 bis del Código Penal de 1973: “1. Las penas señaladas en el número 1 del artículo 349 de este código serán aplicables

en el Código Penal fue acompañada de una profunda reforma de todos aquellos tipos penales atentatorios contra la Hacienda Pública. De este modo, se configuró un nuevo Título en el Libro II del texto penal bajo el epígrafe “Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social”. Ello implicó, en primer lugar, una separación de estos ilícitos de los delitos contra los derechos de los trabajadores —lo que, como ya adelantamos, no resulta baladí en la interpretación de estos tipos y, muy particularmente, en la determinación del interés jurídico protegido— y, en segundo lugar, una escisión de los denominados delitos patrimoniales. De su inicial ámbito de aplicación se excluyeron los fraudes en las prestaciones por desempleo y otras, lo que fue considerado por algún autor como un acierto, puesto que los supuestos más graves de este tipo de fraudes podrían incluirse en los tradicionales delitos de estafa y falsedad.⁷ Esta situación ha sido modificada por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, con la introducción de un nuevo tipo penal que criminaliza, en el mismo Título, las conductas de fraude en el sistema de prestaciones de la Seguridad Social: el art. 307 ter; cambio legislativo que tiene relevancia con el objeto de estas líneas y sobre el que volveremos más adelante.

El Código Penal que se aprueba por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, incluye tanto los

delitos contra la Hacienda Pública como contra la Seguridad Social prácticamente sin modificaciones, excepto las obligadas para adecuar la pena al nuevo sistema. Al mismo criterio obedece la supresión de la exigencia de la necesidad de dolo, ya que tras la aprobación de este texto penal la incriminación de las modalidades imprudentes, a tenor del artículo 12, deja de serlo con carácter general para ser posible solo en los casos expresamente previstos en el texto. El resto de las modificaciones son simplemente de estilo.⁸

Con posterioridad, la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003 acercó todavía más este delito al contenido en el artículo 305 CP, igualando las cuantías mínimas (120 000 euros) y suprimiendo la expresión “para eludir” por el gerundio del verbo “eludiendo”, tal como se empleaba ya en el delito de defraudación a la Hacienda Pública. Por su parte, la reforma que tuvo lugar en el año 2004 introdujo un cambio relevante en el artículo 307 CP, suprimiéndose la referencia al ánimo de defraudar en el comportamiento del autor.⁹

Las ulteriores reformas han mantenido el tipo sin modificaciones hasta el último y reciente cambio operado por Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, que ha supuesto un cambio importante de política legislativa en el delito objeto de estudio. Prueba del interés del legislador en configurar un

al que, por acción u omisión dolosa, defraudare a la Seguridad Social para eludir el pago de las cuotas de éstas y conceptos de recaudación conjunta, obtener indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutar de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida y con ánimo fraudulento, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones indebidas exceda de 15 000 000 de pesetas. Las penas señaladas en el artículo anterior se aplicarán en su grado máximo cuando la defraudación se cometiere concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

a) La utilización de persona o personas interpuestas de manera que quede oculta la identidad del verdadero obligado frente a la Seguridad Social. b) La especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado o a la existencia de una estructura organizada que afecte o pueda afectar a una pluralidad de obligados frente a la Seguridad Social. 2. A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior se estará a lo defraudado en cada liquidación, devolución o deducción, refiriéndose al año natural el importe de lo defraudado cuando aquellas correspondan a un periodo inferior a doce meses. 3. Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación ante la Seguridad Social, en relación con las deudas a que se refiere el apartado 1 de este artículo, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones inspectoras dirigidas a la determinación de dichas deudas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Público o el Letrado de la Seguridad Social interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida. La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación con la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación.”

⁷ Chazarra Quinto, A., *Delitos contra la Seguridad Social*, Valencia, 2002, p. 139.

⁸ No vamos a extendernos ahora en el tratamiento que con anterioridad a la Ley Orgánica 6/1995 se daba a estos supuestos, bien como delito de estafa, bien de apropiación indebida en relación con la cuota obrera, ni tampoco a la discusión generada en su momento al albur de dicha cuestión, ya que no es el momento y lugar y sobre todo excedería de los límites fijados para este trabajo. Sobre ello y el tratamiento en los diferentes Anteproyectos y Proyectos de Código Penal, vid. ampliamente Chazarra Quinto, *op. cit.*, pp. 88 y ss.

⁹ Artículo 307 del Código Penal en vigor hasta el 30 de septiembre de 2004: “1. El que por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social para eludir el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obtener indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutar de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida y con ánimo fraudulento, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones indebidas excede de quince millones de pesetas será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía [...]”. Realmente la exigencia en el texto legal de ese especial ánimo de defraudar no añadía nada a la descripción típica, más cuando el artículo 12 del Código Penal modifica el sistema de la incriminación imprudente.

La protección penal de la Seguridad Social en España: el bien jurídico protegido

nuevo Derecho penal fiscal y contra la Seguridad Social es el hecho de que, anunciándose próximamente una reforma del Código Penal de mayor calado, se adelante la relativa a estos delitos mediante una Ley autónoma. Tras esta última reforma se mantiene la regulación conjunta en el Título XIV del Libro II del Código Penal de estos tipos delictivos, bajo la denominación “De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social”, en los artículos 305 a 310 bis; los primeros dedicados al denominado *fraude fiscal* y a partir del artículo 307 a los delitos contra la Seguridad Social. El artículo 310 recoge el delito contable, de omisión de la obligación de llevar contabilidad mercantil, mientras que el 310 bis establece la responsabilidad penal de personas jurídicas para todos los delitos del Título.¹⁰

Ya dentro de los delitos contra la Seguridad Social, además de la modificación común con el delito fiscal en relación con la regularización, que ya ha provocado importantes pronunciamientos en la doctrina penal—sobre todo a la luz de una pretendida nueva naturaleza jurídica que convertiría esta institución en una causa de atipicidad, opinión que nosotros rechazamos expresamente dados los problemas que en orden a la consumación y el cómputo de la prescripción ocasionaria—¹¹ se producen otras reformas, como la modificación de la cuantía de la defraudación en el artículo 307, que se rebaja a los 50 000 euros, así como el crite-

rio para su cómputo. En el mismo artículo se introduce un nuevo inciso para aclarar que “la mera presentación de los documentos de cotización no excluye la defraudación si ésta queda acreditada por otros hechos”,¹² disposición legal que raya en el absurdo, por innecesario, si se tiene en cuenta que aun prescindiendo de esta “interpretación auténtica” del legislador ya con la presentación de documentos que presentasen una cotización falseada, manipulada o alterada, era posible afirmar la defraudación (pues ésta no consiste en “dejar de pagar” sino más bien en “ocultar” la información a la Seguridad Social).

Pero los cambios van más allá en este artículo 307. Se incluye un cuarto apartado para regular expresamente la falta de efecto paralizador o suspensivo del procedimiento penal sobre el administrativo ya iniciado para el cobro de la deuda; se integra en la responsabilidad civil derivada de este delito la deuda que la Administración no haya podido liquidar y hacer efectiva por prescripción (número 6 del precepto), y se establece una atenuante cuando la regularización no es posible por no cumplirse con las condiciones establecidas en este mismo precepto, pero se hace frente a la deuda en un determinado periodo o se observa una actuación “colaboradora” con la justicia una vez iniciado el procedimiento. Se modifican también parcialmente los subtipos agravados, ahora recogidos en un nuevo artículo 307 bis; en concreto,

¹⁰ “Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrán las siguientes penas: a) Multa del tanto al doble de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años. b) Multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años. c) Multa de seis meses a un año, en los supuestos recogidos en el artículo 310. Además de las señaladas, se impondrá a la persona jurídica responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un periodo de tres a seis años. Podrá imponerse la prohibición para contratar con las Administraciones Públicas. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b), c), d), e) y g) del apartado 7 del artículo 33.”

¹¹ No podemos ocuparnos en este momento y con la innegable profundidad que este tema reclama de la naturaleza jurídica de la institución de la regularización tras la reforma de 2012. Ampliamente sobre la incidencia de esta reforma en la naturaleza jurídica de la regularización, vid. Serrano González de Murillo, J.L., y Merino Jara, I., “Pasado, presente y futuro de las regularizaciones tributarias en Derecho penal”, *Diario La Ley*, 2013, pp. 1 y ss.; Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Regularización fiscal y responsabilidad penal. La propuesta de modificación del delito fiscal”, *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 12, 2012, pp. 222-223; Bacigalupo, E., “La reforma del delito fiscal por la LO 7/2007 (1)”, *Diario La Ley*, 2013, pp. 5 y ss.; Aparicio Díaz, L., “La nueva reforma del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social”, *Diario La Ley*, 2012, pp. 16 y ss.; Vidales Rodríguez, C., “Derecho penal del amigo (reflexiones críticas acerca de la reciente modificación de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social)”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 32, septiembre-diciembre de 2013, pp. 274 y ss.; Paredes Rodríguez, J.M., “La reforma del delito contra la Seguridad Social operada por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. VI, núm. 4, julio de 2013, pp. 151 y ss.; Suárez Robledano, J.M., “Transparencia en materia penal: comentario a la reciente reforma del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social”, *Revista Española de Control Externo*, núm. 42, vol. XIV, septiembre de 2012, pp. 177 y ss.; y Rillo Peralta, E., “La nueva redacción del delito contra la Seguridad Social (I)”, *Revista Técnico Laboral*, vol. 34, núm. 135, 2013, pp. 48 y ss.

¹² Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2012, de modificación del Código Penal.

se introduce uno nuevo para supuestos especialmente graves por la cuantía de la defraudación que coincide con la fijada anteriormente para establecer la diferencia con la infracción administrativa (120 000 euros).

Particularmente importante resulta la introducción de un nuevo artículo 307 ter en el que se tipifica la obtención indebida, para sí o para otro, de prestaciones del sistema de Seguridad Social, o su prolongación, así como facilitárselo a otro mediante el error provocado por simulación o tergiversación de hechos, ocultación consciente de los que tenía el deber de informar, siempre que con ello se cause un perjuicio a la Administración Pública. Este nuevo delito, el fraude en las prestaciones de la Seguridad Social, no sólo implica la tipificación autónoma de una serie de hechos que tradicionalmente venían siendo sancionados como estafa (o, en algunos casos, como fraude de subvenciones), sino que, como de inmediateo comprobaremos, supone un verdadero cambio de paradigma en la concepción del Derecho penal de la Seguridad Social y, más en concreto, afecta a la consideración del objeto de protección de este conjunto de delitos.

Puede llamar la atención el hecho de que a pesar de tanta reforma en estos delitos el legislador haya optado por no separar la regulación de los ilícitos de fraude contra la Hacienda Pública de los defraudatorios contra la Seguridad Social, que al día de hoy mantienen su regulación conjunta. Sin embargo, esta opción nos parece correcta tanto por lo que significa en relación con el bien jurídico protegido como por su inclusión en el denominado Derecho penal socioeconómico en sentido estricto. Con independencia de analizar posteriormente el objeto de protección penal en los delitos contra la Seguridad Social, entendemos que su colocación junto al delito de defraudación a la Hacienda Pública lo aleja del ámbito de los delitos contra los derechos de los trabajadores, que de esta forma no podrán ser considerados sujetos pasivos de estos delitos, ya que no son los titulares del bien jurídico protegido, ni tampoco perjudicados por el tipo

penal, al menos de forma directa.¹³ Y por otra parte, su colocación al lado de esos otros delitos de defraudación a la Hacienda Pública permite afirmar que nos encontramos ante un genuino delito socioeconómico, y dentro de ellos a uno perteneciente al denominado Derecho penal económico en sentido estricto, es decir, a aquél sector del ordenamiento jurídico que se ocupa de la intervención del Estado en la economía.¹⁴ Lo que de otra parte —pensamos— fundamenta directamente la inclusión en el Código Penal de estos delitos: la incriminación lo es en cuanto lo defraudado suponga, de una u otra forma, la lesión o puesta en peligro del cumplimiento de las funciones asignadas al Estado en este orden.¹⁵ Y ello no puede pasar desapercibido a la hora de establecer cuál es el interés jurídico tutelado en estos delitos.

Esta breve exposición no es más que una sintetizada exégesis de la evolución de estos delitos, desde una inicial tipificación cercana a los derechos de los trabajadores, hasta la actual regulación que coloca al fraude contra la Seguridad Social al lado de los delitos contra la Hacienda Pública. Evolución que ha avanzado, por tanto, hacia una mayor autonomía en el sistema de protección penal de la Seguridad Social y que, como vamos a ver, resulta fundamental para poder establecer el interés tutelado en estos tipos penales.

III. El bien jurídico protegido en los delitos contra la Seguridad Social. Análisis desde la reforma operada por la LO 7/2012

No vamos a entrar ahora en la discusión en torno a la función del bien jurídico como objeto de protección de la norma, en cuanto no es objeto de este trabajo. De lo que se trata es de establecer cuál es el interés jurídico tutelado en los delitos de fraude contra el sistema de la Seguridad Social, a causa del cumplimiento de las funciones que dentro de la teoría jurídica del delito se vienen asignando a esta institución. La concreción de un concreto bien jurídico sirve, en primer

¹³ Cuestión diferente es el impacto que estos delitos pudieran llegar a tener en el sistema de previsión social.

¹⁴ La distinción entre un concepto de Derecho penal económico en sentido estricto y otro en sentido amplio es de sobra conocida, por lo que no vamos a detenernos en su explicación. Baste decir que la primera de las acepciones se refiere a aquellos delitos que atentan contra la intervención del Estado en la economía, y la segunda abarca todo el proceso de producción hasta la puesta en el mercado del bien a disposición del usuario o consumidor. Sobre ello vid., por todos, Bajo Fernández, M., y Bacigalupo Saggese, S., *Derecho penal económico*, 2ª ed., Madrid, pp. 12 y ss.

¹⁵ La falta de cumplimiento de esas funciones, por un medio u otro, deslegitimaría el empleo del Derecho en este ámbito; el recorte de prestaciones sociales debería llevar aparejado el de las cotizaciones, salvo en momentos coyunturales.

La protección penal de la Seguridad Social en España: el bien jurídico protegido

lugar, para establecer la legitimación del empleo del Derecho penal en su protección, pero también cumple, en segundo término, con una función limitadora e interpretativa del tipo de que se trate. Y en ese solo sentido nos vamos a referir al bien jurídico protegido en este tipo de delitos.¹⁶

Por la doctrina se han formulado distintas tesis en torno al interés protegido, tanto en este delito como en el de fraude a la Hacienda Pública. La tesis inicial consideraba que eran delitos meramente formales, sin objeto jurídico de protección.¹⁷ Esta postura ha sido hoy superada,¹⁸ pues resulta inasumible en un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro, en el que el Derecho penal se sustenta en un *principio de ofensividad* o de *exclusiva protección de bienes jurídicos*, que preconiza el dogma *nullum crimen sine iniuria*, es decir, que todo delito comporta por necesidad una ofensa o lesión a un bien jurídico determinado. Otras tesis señalaban la fe pública como interés jurídicamente protegido en estos tipos penales, basado en la infracción de un deber de lealtad del funcionario con la Hacienda Pública y por extensión con la Seguridad Social, lo que supondría convertirlo en un delito de mera actividad, donde la cuantía de la defraudación actuaría como condición objetiva de punibilidad. Postura que dentro de la doctrina española se vio favorecida en su momento por la ubicación del

delito fiscal entre los de falsedades, aun cuando no fue mantenida de forma mayoritaria.¹⁹

Tampoco ha tenido una aceptación mayoritaria la tesis que considera que el delito de defraudación a la Seguridad Social, al igual que el delito fiscal, atenta contra el deber de lealtad del ciudadano para con el Estado en estas materias, tesis que convertiría al delito en uno de infracción de deber.²⁰ Sin embargo, hay que señalar que importantes sectores de la doctrina sí aproximan estos delitos a los de infracción de un deber. Así, por ejemplo, Bacigalupo, en referencia al delito fiscal, ha considerado que el interés protegido es “la pretensión del Estado de contar con una colaboración leal de los ciudadanos en la determinación de los hechos imponibles”.²¹ Más actualmente, analizando la modificación del delito fiscal tras la reforma operada por la LO 7/2012, el mismo autor señala que “la norma que está detrás del art. 305 CP dice: ‘debes cumplir con tus obligaciones fiscales’”.²² En semejante sentido se pronunció RODRÍGUEZ MOURULLO, quien, también en referencia al delito fiscal, entiende que “la creación de un delito obedece en ocasiones precisamente a la pérdida de vigencia o relajación de un valor moral [...] El Derecho penal cumple no sólo una función puramente conservadora de los valores actuales, sino también una función activa tendente a suscitar la vigencia de otros”.²³ Esta opinión ha sido

¹⁶ Se ha discutido por la doctrina si todos los bienes objeto de protección penal deben estar recogidos en la Constitución o si es posible otorgar esta protección a otros distintos. Entendemos que cuando se dice que todos están recogidos en el texto constitucional no significa que lo sea de forma expresa, sino que tienen que derivar y posibilitar los principios consagrados en su artículo 1. Pero esto no significa que todo bien jurídico que derive de ellos deba ser objeto de protección penal. En este sentido, Carbonell Mateu, J.-C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª ed., Valencia, 1999, p. 217. Vid. también Álvarez García, F.J., “Bien jurídico y Constitución”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 43, 1991, pp. 5 y ss., para quien la protección penal de intereses situados fuera de la Constitución sería contrario a ella.

¹⁷ Ver la exposición realizada por Cerezo Mir, J., *Derecho penal. Parte general, vol. I*, Introducción, Madrid, 1996, pp. 43 y ss., sobre las teorías de Goldschmidt de las que parten las tesis que niegan la existencia de bien jurídico en este delito. Cfr. también la exposición de Ferré Olivé, J.C., *El delito contable*, Barcelona, 1988, p. 42.

¹⁸ Vid. por todos, Chazarra Quinto, *op. cit.*, pp. 162-163.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ Así, por ejemplo, Gimbernat Ordeig, E., *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1999, pp. 307 y ss. Inicialmente por algunos autores como Quintano Ripollés, A., *Tratado de Derecho penal*, t. III, 2ª ed., Madrid, 1978, se mantuvo que el delito fiscal era una modalidad de desobediencia, en la que la ilicitud consistiría en la rebeldía al requerimiento y no en la falta de declaración o pago.

²¹ Bacigalupo, E., “El delito fiscal en España”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 56, 1979, pp. 79 y ss. Más actualmente, sin embargo, puede leerse a este autor: “la hacienda pública es el patrimonio del Estado y [...] sustancialmente el delito fiscal, por lo tanto, es un delito contra el patrimonio del Estado” (vid. Bacigalupo, E., *Sobre el concurso de delito fiscal y blanqueo de dinero*, Navarra, 2012, p. 32).

²² Bacigalupo, E., “La reforma del delito fiscal por la LO 7/2007 (1)”, *Diario La Ley*, año XXXIV, semanal 37, 13 a 19 de mayo, 2013, p. 6. El texto de este artículo se corresponde con la conferencia ofrecida por el autor en el acto de clausura del Máster de Derecho Penal Económico de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, de fecha 6 de marzo de 2013.

²³ Rodríguez Mourullo, G., *Presente y futuro del delito fiscal*, Madrid, 1974, p. 33.



mantenida también por otros autores²⁴ y puede vislumbrarse en alguna resolución jurisprudencial.²⁵

Si bien es cierto que el Derecho fiscal o recaudatorio puede imponer ciertos deberes de colaboración a los ciudadanos, dicho deber no puede influir en la determinación del interés jurídico protegido por el Derecho penal, ni tampoco puede eliminar la necesidad de indagar en el verdadero objeto jurídico de protección como propugna una visión *jakobsiana* de los delitos de infracción de deber.²⁶ Para Ferré Olivé, “este género de planteamientos, que colocan la esencia del injusto en la lealtad o deslealtad, persiguen lograr una determinada actitud interna frente al Estado, y lo que en realidad termina siendo castigado con una pena es esa actitud desleal. El profundizar la idea del deber de lealtad como objeto jurídico del delito produce un acercamiento a las ideas nacional-socialistas de la escuela de *Kiel*, y un abandono del Derecho penal del acto, indispensable en un Estado social y democrático de Derecho”.²⁷ Sea como sea, aun afirmando que el delito de fraude contra la Seguridad Social se construya con base en una infracción de deberes, ello no implica, sin más, que el contenido de injusto se agote, ya en aquella infracción del deber, siendo imprescindible aún constatar la afección a un determinado bien o interés digno de protección jurídico penal, sólo así, pensamos, se salvaguarda el principio de lesividad.²⁸

En este momento las posturas mantenidas en torno al bien jurídico protegido en el delito objeto de estudio se pueden agrupar en dos: la que se suele denominar postura *patrimonialista*, y la llamada postura *funcionalista*. Para la primera la característica común sería considerar el patrimonio de la Seguridad Social como interés jurídico protegido, en tanto que para la segunda dicho interés se identificaría con la función recaudatoria de la Seguridad Social, que habría que proteger.²⁹ Tesis que, sin embargo, se han formulado con anterioridad a la última reforma del Código Penal en esta materia, y que por tanto no han incluido como objeto material del delito las prestaciones de la Seguridad Social (nuevo art. 307 ter), extremo que consideramos importante en la determinación del interés jurídico protegido.

Las denominadas tesis *patrimonialistas* señalan como bien jurídico protegido el patrimonio de la Seguridad Social,³⁰ incluyéndose por exigencia legal los conceptos de recaudación conjunta, que si bien en sentido estricto no pueden ser considerados patrimonio de la Seguridad Social, si formarían parte del objeto material del delito, y se refieren a las cuotas por desempleo, aportaciones al Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, lo que lleva a considerar que también este patrimonio sería parte del objeto jurídico de protección.³¹

²⁴ Como ejemplo, puede citarse a Cardona Torres, quien en la actualidad es de la opinión de que el bien jurídico tutelado por este tipo penal “es el cumplimiento de los deberes de solidaridad de todos para con los servicios que el Estado ofrece a la sociedad mediante la asignación de los recursos públicos”; vid. Cardona Torres, J., *Derecho penal parte especial*, Barcelona, 2010, p. 342. Por su parte, Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P., “El elemento ‘fraude’ en los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social”, en Silva Sánchez, J.M. (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Madrid, 2003, p. 110, ha mantenido que “el tipo de defraudación a la Seguridad Social gira en torno a un deber de colaborar elevado a la categoría de cuasi institucional, cuya infracción constituye la razón de la prohibición”.

²⁵ Así, v. gr., la STS 31/2012, de 19 de enero, Sala 2ª, FD. 2º (Tol 2436612), que se expresó en los términos siguientes: “la ocultación del hecho imponible o la minoración falsaria [...] constituye una conducta defraudatoria en tanto en cuanto implica una infracción del deber mediante una actuación de ocultación de la realidad en que el deber se basa o se origina”. En idéntico sentido: STS 801/2008, de 26 de noviembre, Sala 2ª, FD 4º (Tol 1413517); y STS 1244/2003, de 3 de octubre, Sala 2ª, FD 4º (Tol 316511). Por su parte también la STAP de Alicante, de 2 de octubre de 2006 (Tol 1803492), en su FD 1º indica que “este tipo de delitos consisten en la infracción de un deber impuesto por las normas tributarias”.

²⁶ Desde la concepción de Jakobs el fundamento de la imputación jurídico-penal en los delitos de infracción de deber radica en la infracción misma de un determinado deber extrapenal (deber que nace de una concreta “relación institucional” que excede del mero defecto en la “propia organización”), y no en la lesión de un bien jurídico. Vid. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, 2002, p. 39.

²⁷ Ferré Olivé, *op. cit.*, pp. 43 y 44. Como ha señalado este autor en otra de sus investigaciones, no puede acogerse un pretendido deber de lealtad en este tipo de delitos, pues la lealtad no supone un concepto jurídico, sino ético: “la lealtad tributaria es un concepto ético-político, incapaz de ser útil para limitar el poder punitivo del Estado” (vid. Ferré Olivé, J.C., “El bien jurídico protegido en los delitos tributarios”, *Revista Penal*, núm. 33, 2014, p. 93, nota al pie núm. 9).

²⁸ Ferré Olivé, *El bien jurídico protegido en los delitos tributarios*, *op. cit.*, p. 98.

²⁹ Vid. Brandáriz García, J.A., *El delito de defraudación a la Seguridad Social*, Valencia, 2000, pp. 347 y ss.

³⁰ La defienden, entre otros, Martínez Buján Pérez, C., *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, Madrid, 1995, p. 83; éste mismo, *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*, 4ª ed., Valencia, 2013, p. 716; Boiz Reig, J., y Mira Benavent, J., *Los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Valencia, 2000, p. 30; Brandáriz García, *op. cit.*, pp. 347-376; Álvarez

La protección penal de la Seguridad Social en España: el bien jurídico protegido

Algunos de los autores que defienden la concepción del patrimonio como bien jurídico tutelado acuden a la LO 6/1995, de 29 de junio, para fundamentar su opinión.³² En concreto, se apoyan en el texto de la Exposición de Motivos cuando expone que: “la elusión en el pago de las cuotas de la Seguridad Social, dentro de los delitos económicos, constituye un *específico delito contra el patrimonio* de la misma”,³³ postura semejante a la mantenida por la STS de 18 de noviembre de 1997, que en su Fundamento de Derecho Primero consideró que la protección del patrimonio de la Seguridad Social, con objeto de posibilitar el cumplimiento de las funciones institucionales de ésta, “se desprende de la propia Exposición de Motivos de la LO 6/1.995”.³⁴

Estos autores consideran que el comportamiento individual de un sujeto defraudador no es susceptible de lesionar la pretendida “función recaudatoria” de la Administración, pues no daña ni pone en peligro la función de las cotizaciones en el sistema de Seguridad Social, haciéndose necesaria en todo caso una repetición *ad infinitum* de dichos comportamientos para poder lesionar de forma efectiva el correcto y normal funcionamiento del sistema recaudatorio de la Seguridad Social.³⁵

Para la concepción patrimonialista, entender la función recaudatoria como objeto de protección en el delito de defraudación a la Seguridad Social conlleva convertir a este delito en un simple instrumento al servicio de fines meramente administrativos. En este sentido, de señalarse como bien jurídico a la función recaudatoria, entendida ésta como el ejercicio admi-

nistrativo dirigido a la realización de créditos o derechos que son parte del patrimonio de la Seguridad Social, se cuestionaría la legitimidad misma del delito, pues tal función no podría ser objeto de tutela penal. En opinión de estos autores, concebir la actividad recaudatoria de la Administración como un bien jurídico protegido supone asumir el carácter instrumental del tipo penal al servicio de fines ajenos, lo que culminaría finalmente en la imposibilidad de apreciar en la pretendida actividad recaudatoria “las notas exigibles para poder hablar, a la luz del carácter fragmentario del Derecho penal, de un bien digno de ser salvaguardado por medio de normas penales”; de otro modo, el delito se convertiría en un “mero apéndice instrumental de una actividad administrativa, usado a conveniencia por un organismo de acuerdo con las cotidianas necesidades de su función gestora”.³⁶ Pensamos, sin embargo, que este sector confunde los términos de la determinación del bien jurídico en este delito: desde una visión funcionalista no se trata de proteger la *recaudación* de la Seguridad Social, como si el Código Penal tratase de suplir la función que le corresponde a la Tesorería, sino de proteger el *correcto funcionamiento de esa actividad recaudatoria* frente a ataques fraudulentos graves.

Este sector de la doctrina considera que nos encontramos ante un delito de resultado, que exige por ello comprobar la efectiva lesión al patrimonio de la Seguridad Social. Según esta línea de pensamiento, si se hubiera querido configurar este delito como atentatorio de la “función recaudatoria” la redacción del tipo no debería exigir la causación de un perjuicio pa-

Moreno, A., “Los delitos contra la Seguridad Social”, *Revista Tribuna Social*, núm. 67, 1996, p. 38; Morales Prats, F., “De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social”, en Quintero Olivares, G. (dir.), y Morales Prats, F. (coord.), *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 9ª ed., Navarra, 2011, p. 1100; Chazarra Quinto, *op. cit.*, pp. 178 y ss.; Muñoz Cuesta, J., “La reforma del delito fiscal operada por la LO 7/2012, de 27 de diciembre”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2013, en: <http://aranzadi.aranzadidigital.es>; Piqué Vidal, J., “Delitos contra la Seguridad Social”, en Aragonés Beltrán, E. (coord.), Abril Abadín, F., Aragonés Beltrán, E., Bañeres Santos, F., et al., *Nueva regulación del delito fiscal y contra la Seguridad Social (Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio)*, Barcelona, 1995, pp. 112 y 113; Escobar Jiménez, R., “El delito de defraudación a la Seguridad Social (art. 307 del Código Penal)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 281, 1997, p. 1; Requejo Conde, C., “Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”, en Polaino Navarrete, M. (dir.), en VV.AA., *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, vol. II, Madrid, 2011, pp. 215 y ss.; y Reyes Olea, M.C., “Consideraciones en torno al nuevo delito contra la Seguridad Social”, *Diario La Ley*, núm. 4086, 1996, p. 1313.

³¹ Vid. Martínez Lucas, J.A., *El delito de defraudación a la Seguridad Social. Régimen legal, criterios jurisprudenciales*, Valencia, 2002, p. 44.

³² Bajo Fernández, y Bacigalupo Saggese, *op. cit.*, p. 342.

³³ Exposición de Motivos LO 6/1995, de 29 de junio, por la que se modifican determinados preceptos del Código Penal relativos a los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social; *BOE* núm. 155, de 30 de junio de 1995.

³⁴ STS de 18 de noviembre de 1997, Sala 2ª, FD 1º (Iustel, §215749).

³⁵ Martínez Buján Pérez, *op. cit.*, p. 82; Martínez Lucas, *op. cit.*, p. 50; Chazarra Quinto, *op. cit.*, p. 178; y Brandáriz García, *op. cit.*, p. 358.

³⁶ Brandáriz García, *op. cit.*, p. 357.

trimonial (en la actualidad 50 000 euros).³⁷ La cuantía recogida por el delito tendría, por tanto, la naturaleza jurídica de elemento del tipo, siendo ésta el resultado típico de la defraudación³⁸ (así lo entendió también, por ejemplo y entre otras,³⁹ la STS de 11 de julio de 2000, en su Fundamento de Derecho 2º, considerando atípica una defraudación a la Seguridad Social “al no alcanzar su importe la cifra [...] que hoy exige como elemento del tipo el artículo 307 del Código Penal”).⁴⁰ Para estos autores el establecimiento del sistema de cuantías, tanto en estos delitos como en los que atentan contra las haciendas públicas, supone que los hechos son más graves estando unida la cantidad defraudada con la propia defraudación, configurándose aquélla, por tanto, como un elemento del tipo. El entendimiento de la cuantía como elemento típico de la defraudación, a modo de resultado del delito, permite a estos autores mantener la posibilidad de apreciar la tentativa en este tipo penal. En cualquier caso, como ya dijimos en líneas anteriores, las tesis patrimonialistas expuestas se formulan con anterioridad a la nueva regulación dada por la LO 7/2012.

Por otro lado, las teorías funcionalistas entienden que el objeto de protección en el delito de fraude contra la Seguridad Social es su función recaudatoria.⁴¹ Según este sector, con la defraudación se vendría a lesionar el sistema recaudatorio de la Seguridad Social, pues con su perpetración se priva a la Tesorería General de la Seguridad Social de una parte de sus recursos y se quiebra su equilibrio presupuestario.⁴² En palabras de De Vicente Martínez, “se trata de proteger penalmente a la Seguridad Social en un sentido dinámico, como proceso de recaudación de ingresos y realización del gasto, dado que la función principal que realiza la Seguridad Social se basa en la adquisición de recursos y su aplicación o gastos de los mismos para la realización de los cometidos económicos que le competen”.⁴³ Evidentemente, no parece discutible que la protección del proceso de recaudación de recursos constituya un elemento funcionalmente vinculado con la garantía de las prestaciones públicas,⁴⁴ a las que el Estado, por otra parte, está obligado en virtud de mandato constitucional (art. 41 CE).⁴⁵

³⁷ *Idem*, p. 363.

³⁸ *Vid.* Valle Muñiz, J.M., “La criminalización del fraude a la Seguridad Social”, en VV.AA., *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código Penal*, Madrid, 1996, pp. 197 y ss.; y Boix Reig, J., “Aspectos de la nueva regulación del delito fiscal”, en VV.AA., *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código Penal*, Madrid, 1996, pp. 274 y 275.

³⁹ V. gr., STS 643/2005, de 19 de mayo, Sala 2ª (Tol 758473); STS 13/2006, de 20 de enero, Sala 2ª (Tol 815705); y STAP de Valladolid 204/2010, de 30 de junio (Tol 1904282), entre otras.

⁴⁰ *Vid.* STS 11 de julio de 2000, Sala 2ª (Iustel, §222989). También en este sentido la STS 1353/1997, de 24 de noviembre (Westlaw Aranzadi, RJ 1997/8353), subrayó en su Fundamento de Derecho 2º que “la Sala Plena de este Tribunal en su reunión de 17 de noviembre de 1997 acordó estimar que las defraudaciones a la Seguridad Social inferiores a la suma de quince millones de pesetas carecían de tipicidad y se habían trocado en meros ilícitos administrativos”.

⁴¹ Entre otros, defendiendo esta interpretación: Gómez Pavón, P., “La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social”, en Álvarez García, F.J., Cobos Gómez de Linares, M.A., Gómez Pavón, P., *et. al.* (coords.), *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia, 2013, p. 571; De Vicente Martínez, R., *Los delitos contra la Seguridad Social en el Código Penal de la democracia*, Madrid, 1996, pp. 31 y ss., y 55-57; de ella misma, *Delitos contra la Seguridad Social*, Barcelona, 1991, pp. 99-102; de ella también, “Derecho penal de la Seguridad Social”, *Revista de Derecho Social*, núm. 3, 1998, p. 103; de ella misma, “Descriminalización por interpretación: un paso hacia atrás en la protección penal del patrimonio del trabajador y de la Seguridad Social (Algunas notas a la Sentencia de la AP Sevilla de 13 de septiembre de 1996)”, *La Ley*, núm. 4315, 1997, p. 1914; de la misma autora, “Protección penal del trabajo y de la Seguridad Social”, en Arroyo Zapatero, L., Tiedemann, K. (eds.), VV.AA., *Estudios de Derecho penal económico*, Cuenca, 1994, p. 103; de ella misma, “Defraudación a la Seguridad Social”, en Boix Reig, J. (dir.), Lloria García, P. (coord.), *Diccionario de Derecho penal económico*, Madrid, 2008, p. 307; de ella misma, “I reati contro la previdenza sociale nel progetto di legge organica del 1994: alcune considerazioni”, *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, año 1995-4, pp. 1140 y 1151; Pérez Manzano, M., y Mercader Uguina, J.R., “El delito de defraudación a la Seguridad Social”, en Cobo del Rosal, M. (dir.), Bajo Fernández, M. (coord.), *Comentarios a la legislación penal*, t. XVIII, Madrid, 1997, pp. 180 y ss.; Madrid Yagüe, P., “La problemática en torno al delito contra la Seguridad Social y la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 91, septiembre-octubre de 1998, pp. 750 y 751; Moreno Márquez, A.M., “Delitos contra la Seguridad Social: el artículo 307 del nuevo Código Penal”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 37, año 1995, pp. 40 y 41; Baylos Garu, A., y Terradillos Basoco, J.R., *Derecho penal del trabajo*, 2ª ed., Madrid, 1997, pp. 172 y 173; Muñoz Conde, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 19ª ed., Valencia, 2013, pp. 981 y 982; y Valle Muñiz, J.M., “La criminalización del fraude a la Seguridad Social. Estudio de las conductas punibles previstas en el art. 307 del nuevo Código Penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVIII, Fascículo III, septiembre-diciembre de 1995, pp. 712-722.

⁴² De Vicente Martínez, *Los delitos contra la Seguridad Social en el Código Penal...*, *cit.*, p. 57.

⁴³ *Idem*, p. 32.

⁴⁴ Pérez Manzano y Mercader Uguina, *op. cit.*, p. 180.

⁴⁵ Reza el art. 41 CE: “los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice

La protección penal de la Seguridad Social en España: el bien jurídico protegido

El recurso a la Exposición de Motivos de la LO 6/1995 no parece determinante para inclinar la balanza a favor de las tesis patrimonialistas, pues en este texto también puede leerse lo siguiente:

la elusión en el pago de las cuotas de la Seguridad Social, dentro de los delitos económicos, constituye un específico delito contra el patrimonio de la misma caracterizado, frente a otras modalidades de actuación contra este patrimonio, porque *tutela de manera singular la función recaudatoria de la Tesorería General de la Seguridad Social* cuando se la deja en situación de desconocimiento de la existencia de los hechos que fundamentan el nacimiento y la cuantía de la deuda para con la Seguridad Social, bien sea de la totalidad de la misma —elusión total— o bien de parte de ella determinándola voluntariamente en cuantía inferior a la debida —elusión parcial—, de haberse aplicado correctamente, en uno y otro caso, las normas reguladoras de la cotización a la Seguridad Social.⁴⁶

Para las tesis funcionalistas la defraudación, en cualquiera de sus modalidades, no ocasiona un mero daño económico o de contenido patrimonial, sino que alcanza a las funciones propias que debe desarrollar la Seguridad Social. Mediante el delito de defraudación a la Seguridad Social se lesionan un conjunto de valores configuradores de la política social.⁴⁷ El hecho de que con la realización del tipo penal se impida a la Administración llevar a cabo correctamente su función recaudatoria vendría a repercutir en el cumplimiento de los fines propios de ésta, lo que motivaría la protección de aquellos más allá del patrimonio de la Seguridad Social.⁴⁸

Según esta línea doctrinal, el tipo del art. 307 CP podría ser calificado como delito de peligro toda vez que no se exigiría perjuicio patrimonial concreto.

En este sentido Pérez Manzano y Mercader Uguina han considerado que nos encontramos ante un delito de peligro abstracto puesto que el incumplimiento de los deberes de cotización por parte del empresario no puede constituir una lesión efectiva al sistema de Seguridad Social, sino que sólo la posibilidad de repetición de dichas conductas (repetición *ad infinitum*) ocasionaría un peligro concreto en aras a causar un daño efectivo al sistema.⁴⁹ Próximo a esta línea argumental, aunque empleando una distinta denominación, Rodríguez López, considera que el delito de fraude contra la Seguridad Social pertenece a la moderna categoría de *delitos acumulativos (Kumulationsdelikte)*. Entiende este autor que con el delito del art. 307.1 CP “se trata de prevenir la imitación masiva de comportamientos individualmente insignificantes desde el punto de vista funcional [...]; la conducta, valorada en su individualidad, aisladamente, no es lesiva desde un punto de vista de *lesividad concreta*; la razón de su incriminación es la evitación del ‘efecto acumulativo’, esto es, el verdadero riesgo de lesión del bien jurídico deriva de la posible acumulación y globalización de los daños individuales”.⁵⁰

Sea como fuere, no nos parece convincente la crítica de aquellos sectores patrimonialistas que niegan a la función recaudatoria la condición de bien jurídico protegido, con el argumento de que el tipo penal del art. 307.1 CP pivota sobre la causación de un perjuicio patrimonial: los 50 000 euros. Y ello porque consideramos que se parte de una concepción equivocada acerca de la naturaleza jurídica de la cuantía: la misma no constituye un elemento del tipo, identificado como resultado patrimonial típico, sino una condición objetiva de punibilidad que tiene como función principal delimitar estos hechos con aquellos que sólo pueden dar lugar a un ilícito administrativo.⁵¹ La exigencia de que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las

la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”.

⁴⁶ Exposición de Motivos LO 6/1995, de 29 de junio, por la que se modifican determinados preceptos del Código Penal relativos a los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social; *BOE* núm. 155, de 30 de junio de 1995. Cursivas de los autores.

⁴⁷ De Vicente Martínez, *Delitos contra la Seguridad Social*, cit., p. 101; Valle Muñoz, *op. cit.*, p. 715; y Pérez Manzano y Mercader Uguina, *op. cit.*, p. 180.

⁴⁸ Moreno Márquez, *op. cit.*, p. 41.

⁴⁹ Pérez Manzano y Mercader Uguina, *op. cit.*, p. 181. Este posicionamiento es coherente con la concepción que después mantienen los citados autores, considerando que la cuantía que se exige en el tipo (50 000 €) tiene la naturaleza jurídica de condición objetiva de punibilidad. En este sentido puede leerse que “si hemos definido el bien jurídico como la función de recaudación de la Seguridad Social y hemos precisado que lo más importante no es el aspecto patrimonial del mismo, el perjuicio económico no es el resultado material del delito”, por lo que a su juicio “la interpretación correcta es considerar que la cuantía es una condición objetiva de punibilidad” (pp. 208 y 209).

⁵⁰ Rodríguez López, *Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Barcelona, 2008, p. 16.

⁵¹ En este sentido, y entre otros, v. gr., Ferré Olivé, *El delito contable*, cit., p. 227; Pérez Manzano y Mercader Uguina, *op. cit.*, pp. 208 y



devoluciones o deducciones indebidas sea superior a 50 000 euros no constituye un resultado típico ni, consecuentemente, convierte por ello al delito en uno de resultado, sino que, como ya hemos dicho, es una condición objetiva de punibilidad.

La propia literalidad del precepto actual avala nuestra posición: al contrario de lo que ocurría en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, en que se sancionaba penalmente a quien “*defraudare a la Seguridad Social eludiendo el pago [...] en cuantía igual o superior a [...]*”, la actual regulación sanciona a quien “*defrauda eludiendo el pago de las cuotas [...] siempre que la cuantía exceda [...]*”. La expresión propuesta en el Anteproyecto de Código de 1983 no parecía abrigar dudas sobre la naturaleza de la cuantía: se pretendía configurar a la misma como resultado típico. Sin embargo, el texto finalmente aprobado se decidió por la actual fórmula “siempre que la cuantía exceda”, condicionando así la *punibilidad* del hecho (que no la tipicidad) a que la cuantía defraudada sea superior a 50 000 euros. Como bien expresan Pérez Manzano y Mercader Uguina, “la producción de una determinada cantidad de perjuicio económico está desconectada objetiva y subjetivamente con la defraudación, pues basta objetivamente con engañar, y subjetivamente con que el engaño se realice con la finalidad genérica de eludir el pago de cuotas [...] Es esta desconexión objetiva y subjetiva de la cuantía con el engaño lo que la convierte en condición objetiva de punibilidad”.⁵² Compartiendo esta opinión García Pérez entiende que “las cuantías no afectan a lo injusto culpable. Su función sería reservar la intervención penal no para supuestos de contenido de injusto elevado, sino para los casos en los que las medidas de otro sector del ordenamiento resulten ineficaces con independencia de si el contenido de injusto es elevado o no” [...] “con la referencia a una cuantía en las diversas figuras no se pretende identificar los ataques especialmente inten-

tos a la Hacienda Pública y la Seguridad Social sino los casos en los que, pese a la gravedad de los comportamientos, no resulta necesario acudir al Derecho penal por disponer el Derecho tributario y de la Seguridad Social de medidas eficaces para combatirlos”.⁵³

Desde la perspectiva de lo injusto el desvalor de un fraude por valor de 49 999 euros o por valor de 50 001 euros es idéntico, por lo que el límite cuantitativo no puede formar parte del tipo de injusto, constituyendo el mismo una mera barrera político-criminal.⁵⁴

Tras la reforma operada por Ley Orgánica 7/2012 la tesis que mantiene la naturaleza de condición objetiva de punibilidad de la cuantía del artículo 307 CP se ha reforzado. El párrafo primero de este precepto ha modificado la cuantía fijándola en 50 000 euros, frente a los anteriores 120 000 euros, y también ha cambiado la forma de computar esta cifra, que ahora será durante cuatro años naturales. Si se considerase que es un elemento del tipo deberíamos concluir que se han variado los criterios sobre valoración de gravedad, y que ahora se entiende que por encima de esa cifra el hecho ya es lo suficientemente grave como para constituir delito, y no sanción administrativa.

Es más, en el apartado IV del Preámbulo de la citada Ley dice expresamente: “en cuanto a los delitos contra la Seguridad Social, se reforma el artículo 307 del Código Penal a los efectos de reducir a cincuenta mil euros la cuantía que establece el tipo delictivo como condición objetiva de punibilidad. La fijación del límite debe hacerse conforme a criterios económicos, políticos y sociales”. No es desde luego el mejor de los criterios acudir al Preámbulo de una Ley (menos, incluso, al de esta Ley concreta) para establecer la naturaleza dogmática de una determinada institución o precepto. Por ello, el que en la norma se diga expresamente que se trata de una condición objetiva de punibilidad no debería ser un argumento determinante para mantener esta tesis. No obstante, pensamos que sí tiene mayor importan-

ss.: Choclán Montalvo, J.A., *La aplicación práctica del delito fiscal: cuestiones y soluciones*, Barcelona, 2011, pp. 213 y ss.; Lozano Ortiz, J.C., “Aspectos penales de la lucha contra el fraude a la Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 104, 2013, p. 89; Vivancos Martín, C., “Las últimas reformas contra el fraude en el ámbito laboral y de Seguridad Social”, *Diario La Ley*, núm. 8068, 2013; en línea: <http://diariolaley.laley.es>; Beltrán Girón, F., “El proyecto de ley de reforma del art. 305 del Código Penal: principales novedades”, *Carta Tributaria*, núm. 19-20, noviembre de 2012, p. 15; y Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, 19ª ed., cit., p. 983.

⁵² Pérez Manzano y Mercader Uguina, *op. cit.*, pp. 209 y 210.

⁵³ García Pérez, O., *La punibilidad en el Derecho penal*, Pamplona, 1997, p. 276.

⁵⁴ Berdugo Gómez de la Torre, I., Arroyo Zapatero, L., García Rivas, N., Ferré Olivé, J.C., y Serrano Pie de Casas, J.R., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Barcelona, 1999, p. 270. También considerando la naturaleza de la cuantía en este delito como condición objetiva de punibilidad: STS 545/2003, de 15 de abril, Sala 2ª, FD. 4º (Tol 276364); y STAP de Huelva 184/2013, de 27 de junio (Tol 3943226).

La protección penal de la Seguridad Social en España: el bien jurídico protegido

cia el resto de la argumentación: la reforma de 2012 no obedece a criterios de mayor o menor gravedad, sino a supuestas o reales necesidades sociales, así como a la facilitación de la regularización; en el fondo, pues, a razones económicas y políticas, y no de mayor o menor gravedad.⁵⁵ Razonamiento que —debemos pensar— responde a una realidad como es la ausencia de regularizaciones en la vía administrativa, lo que obliga a rebajar la cuantía de la infracción penal para conseguir esa finalidad, y que pone en cuestión lo afirmado por los autores que defienden su naturaleza de elemento típico.

Lo que parece innegable es que la cuestión sobre la naturaleza jurídica de la cuantía está imbricada directamente con la posición que se adopte respecto del bien jurídico protegido por el delito. Consideramos que *defraudar*, como verbo rector del tipo, no se identifica con la idea de “dejar de pagar” sino con “ocultar” la información a la TGSS, esto es: no declarar, o declarar de forma falseada o incompleta. Es en este momento cuando se atenta contra la función recaudatoria, sin que sea necesario perjuicio patrimonial alguno, pues es entonces cuando se dificulta el proceso de recaudación.⁵⁶ No parece acertado, según lo acabado de exponer, identificar el bien jurídico protegido con el patrimonio de la Seguridad Social.

Con objeto de conocer cuál es el auténtico objeto jurídico de protección —no sólo en el tradicional delito de fraude contra la Seguridad Social (art. 307 CP) sino en todos los tipos penales que de una u otra forma conciernen a la protección de la Seguridad Social (esto es, también el nuevo art. 307 ter CP)— no puede desconocerse una concreta peculiaridad. Nos estamos refiriendo al hecho de que en el delito de defraudación a la Seguridad Social del art. 307 CP el patrimonio no se protege en su conjunto y por completo.⁵⁷ El delito viene referido tan sólo a la vertiente de ingresos, las cotizaciones, quedando extramuros de este tipo penal la vertiente del gasto. De este modo, muchas conductas lesivas para el *patrimonio* quedarían fuera

del ámbito típico del art. 307 CP, aun pudiendo incorporarse en otros preceptos penales o administrativos, reduciéndose la protección del precepto tan sólo a la vertiente de ingresos.⁵⁸ Esta situación cuando menos pone en tela de juicio la postura patrimonialista explicada.

Con razón apuntaba Muñoz Conde que ante esta situación legal quedaba fuera de protección —al menos en el art. 307 CP— la función de gasto, cuando precisamente, a juicio del citado autor, estas defraudaciones son las más frecuentes en la práctica. Esta situación conducía a que los ataques contra esta función de gasto, o bien se recondujesen a otros tipos penales, o bien fuesen impunes, lo que a juicio del autor producía una situación de “perplejidad”.⁵⁹

Tras la reforma operada por LO 7/2012, de 27 de diciembre, pensamos que queda reforzada la postura funcionalista que considera que el bien jurídico tutelado en el fraude contra la Seguridad Social es la función de la recaudación de esta institución. Como decimos, en el tipo penal del art. 307 CP no encuentra sanción la vertiente del gasto por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social, sino sólo la del ingreso: lo que se sanciona es no declarar o declarar falsamente una serie de datos de los que la Seguridad Social se nutre para cumplir con su tarea prestacional o asistencial en virtud del mandato constitucional del art. 41 CE. La mayor prueba de que en este precepto no se tutela el patrimonio de la Seguridad Social, ha sido la inclusión del nuevo delito de fraude en las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, art. 307 ter CP, que sanciona —ahora sí— a “quien obtenga, para sí o para otro, el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, la prolongación indebida del mismo, o facilite a otros su obtención, por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos, o la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar, causando con ello un perjuicio a la Administración Pública”.

⁵⁵ Al menos debemos mantener la vigencia de la finalidad de la función recaudatoria de la Seguridad Social para cumplir finalidades propias de la función del Estado establecidas en la Constitución, y desde esta óptica la razón es política.

⁵⁶ Gómez Pavón, *op. cit.*, pp. 571 y 572; Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, 18ª ed., *cit.*, p. 1073; Silva Sánchez, J.M., “Allende las fronteras de la ‘defraudación’ típica. A propósito de la Seguridad Social como víctima”, en Álvarez García, F.J., Cobos Gómez de Linares, M. A., Gómez Pavón, P., *et al.* (coords.), *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia, 2013, pp. 955-957; y Choelán Montalvo, *La aplicación práctica del delito fiscal...*, *cit.*, pp. 88 y ss., y p. 357.

⁵⁷ Gómez Pavón, *op. cit.*, p. 570.

⁵⁸ Valle Muñoz, *op. cit.*, pp. 718 y 719.

⁵⁹ Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte especial*, 18ª ed., p. 1072.



El Informe al Anteproyecto de Ley del Consejo General del Poder Judicial, de 28 de junio de 2012, entendió que el interés jurídicamente protegido en este nuevo delito era la indemnidad de las prestaciones del sistema de Seguridad Social. Así considerado es cierto, como apunta De Vicente Martínez,⁶⁰ que el Código Penal opta por proteger a la Seguridad Social en un sentido dinámico: como proceso de recaudación de ingresos y de realización de gastos, toda vez que su función primordial consiste en la recaudación y aplicación de gastos para realizar los cometidos que le competen, en virtud de lo dispuesto en el art. 41 CE. Este precepto constitucional constituye una garantía propia de un Estado social-prestacional como lo es España, que impone a los poderes públicos la obligación de instaurar y proteger ciertos servicios que se consideran imprescindibles para el bienestar social. En efecto, como han reconocido algunos autores, a pesar de que esta disposición se ubique entre los principios rectores de la política social y económica nada impide contemplarlo como un auténtico Derecho ciudadano.⁶¹ La institución de la Seguridad Social es una parte del Estado que sirve al objetivo de cumplir ciertas funciones sociales asignadas al mismo. Resulta lógico, por tanto, que se quiera proteger penalmente este proceso dinámico de recaudación de ingresos y de realización de gastos por parte de la Seguridad Social.

No obstante lo anterior, el legislador ha ido más allá y ha optado por configurar esta nueva modalidad de fraude como un auténtico delito patrimonial que por criterios de especialidad desplaza la aplicación de otros tipos penales, como la estafa, que pudieran resultar aplicables con anterioridad a la reforma de 2012. No en vano el tipo penal exige constatar un resultado típico, el “perjuicio a la Administración Pública”, fruto del desvalor de resultado que para el

patrimonio de la Seguridad Social suponen estas conductas. Este delito pone el acento, pues, en la idea de obtener un beneficio patrimonial al que no se tiene derecho, mediante el engaño a la Administración.⁶² De ahí que el disfrute, la obtención o, en su caso, la prolongación de la prestación haya de ser *indebida*, lo que constituye un elemento normativo del tipo que debe valorarse a la luz de la legislación sectorial de la Seguridad Social: será prestación indebida aquella a la que el sujeto no tenga derecho en virtud de lo dispuesto en la Ley General de Seguridad Social y en sus reglamentos de desarrollo.

Como ha entendido Suárez Robledano, “el posible quebranto del patrimonio de la Seguridad Social se penaliza mediante la introducción de un tipo específico que viene a castigar las defraudaciones en prestaciones del sistema de la Seguridad Social por medio de un tratamiento penal diferenciado de la obtención fraudulenta de ayudas y de subvenciones”.⁶³ Antes de la existencia de este nuevo art. 307 ter, por tanto, no podía afirmarse que el patrimonio de la Seguridad Social encontrase protección específica o autónoma en el seno del Código Penal,⁶⁴ pues, como venimos apuntando, el art. 307 sólo se encargaba de tutelar la vertiente del ingreso, pero no del gasto.

En cualquier caso no se puede desconocer que dicho patrimonio se encuentra preordenado a la consecución de unos determinados objetivos, dirigidos en el caso de la Seguridad Social a cumplir con la función prestacional o asistencial encomendada constitucionalmente. En este sentido puede afirmarse que la actividad prestacional de la Seguridad Social se encuentra supeditada a alcanzar el objetivo de lograr y mantener un régimen público de Seguridad Social en el marco constitucional anteriormente apuntado.⁶⁵

Antes de la reforma operada por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, no existía en nuestro Código Penal

⁶⁰ De Vicente Martínez, R., “El nuevo delito de defraudación en las prestaciones del sistema de Seguridad Social en la reforma del Código Penal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 853, 2012, p. 6.

⁶¹ Fernández Orrico, F.J., “La Seguridad Social en el XXV aniversario de la Constitución”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 49, 2004, p. 128.

⁶² Vid. Bustos Rubio, M., “La tipificación del fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social: el nuevo artículo 307 ter del Código Penal”, *Revista Penal*, núm. 35, 2015, pp. 24 y ss.

⁶³ Suárez Robledano, J.M., “Transparencia en materia penal: comentario a la reciente reforma del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social”, *Revista Española de Control Externo*, núm. 42, vol. XIV, septiembre de 2012, p. 191.

⁶⁴ Al margen, claro está, de la existencia de determinados tipos penales que pudieran cubrir esta “laguna”, como, por ejemplo, el delito de estafa o el fraude de subvenciones si se superaba la cuantía de los 120 000 euros.

⁶⁵ Bustos Rubio, *La tipificación del fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social...*, cit., pp. 30 y 31.

La protección penal de la Seguridad Social en España: el bien jurídico protegido

un precepto específico que diese cobertura a la Seguridad Social en materia de prestaciones sociales o asistenciales. Sólo se daba protección a la vertiente del ingreso (mediante el delito de defraudación a la Seguridad Social, del art. 307 CP), pero no del gasto realizado por la propia Tesorería General de la Seguridad Social, en materia asistencial. Como ha explicado Muñoz Conde,

originariamente en los delitos contra la Seguridad Social se protegía sólo la función recaudatoria de la Tesorería de la Seguridad Social, quedando, en principio, fuera de su ámbito la protección de la función del gasto, que puede ser, por ejemplo, lesionada a través de la obtención indebida de prestaciones de desempleo. Para evitar esta laguna de punibilidad la reforma de 2012 tipifica expresamente estos hechos en el art. 307 ter. De ahí que ahora haya que distinguir en estos delitos los tipos que afectan a la recaudación (arts. 307 y 307 bis) de los que afectan al gasto (art. 307 ter).⁶⁶

El art. 307 ter es fruto de un interés del legislador por dotar de mayor autonomía a ciertas modalidades delictivas que con anterioridad se reconducían a otros tipos penales como solución práctica ante la falta de regulación expresa, sobre todo en lo correspondiente a una prestación determinada: la relativa al desempleo. Este interés legislativo es claro si acudimos también al preámbulo de la ley 7/2012, en que puede leerse lo siguiente:

debido al antiguo concepto de subvención y a determinadas interpretaciones jurisprudenciales, se ha llegado a considerar como subvención a la prestación y al subsidio de desempleo. Con ello, se ha entendido que en estos casos sólo existía defraudación cuando la cuantía superaba la cifra de ciento veinte mil euros, quedando despenalizados los demás casos. Por ello, se reforma el artículo 308 del Código Penal para mantener dentro de la regulación del fraude de subvenciones únicamente las ayudas y subvenciones de las Administraciones Públicas

cuando la cuantía supere la cifra de ciento veinte mil euros. Cuando se trate de prestaciones del sistema de la Seguridad Social, los comportamientos defraudatorios se tipifican en un nuevo precepto, el artículo 307 ter, que los castiga con una penalidad ajustada a la gravedad del hecho: prisión de seis meses a tres años en los supuestos ordinarios; multa del tanto al séxtuplo en los casos que no revistan especial gravedad; y prisión de dos a seis años y multa del tanto al séxtuplo en los supuestos agravados [...] Esta solución permite dar un mejor tratamiento penal a las conductas fraudulentas contra la Seguridad Social, y evita el riesgo de impunidad de aquellos fraudes graves que hasta ahora no superaban el límite cuantitativo establecido.

La práctica jurisprudencial también caminaba en la línea descrita en el Preámbulo de la Ley. Así por ejemplo, la STAP de Cádiz 219/2011, de 8 de julio (“Operación Karlos”),⁶⁷ entendió que las conductas consistentes en recibir indebidamente prestaciones de la Seguridad Social quedaban enmarcadas en el delito de estafa dando lugar en ciertas ocasiones a un delito de falsedad documental. También se consideraba que las conductas ahora tipificadas en el art. 307 ter constituían un fraude de subvenciones si la cuantía superaba los 120 000 euros exigidos por este tipo penal. Esta última solución, que pasaba por subsumir los hechos ahora descritos en el 307 ter CP en el delito de fraude de subvenciones del art. 308 CP,⁶⁸ fue la posición asumida por la jurisprudencia, recogida además en un Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2002, en el que se decidió que la percepción de prestaciones indebidas *por desempleo* constituía una conducta penalmente típica del art. 308 CP.⁶⁹

Antes de la inclusión del nuevo art. 307 ter en el cuerpo del Código Penal, la obtención de prestaciones indebidas por debajo del anterior montante de 120 000 euros resultaba sancionable en vía administrativa, según lo dispuesto por la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS RDL 5/2000). El

⁶⁶ Muñoz Conde, F., *Derecho penal. Parte especial*, 19ª ed., *op. cit.*, p. 981.

⁶⁷ STAP de Cádiz 219/2011, de 8 de julio (Westlaw Aranzadi 2012/1002).

⁶⁸ Señala el tipo básico en el art. 308.1 CP lo siguiente: “*el que obtenga subvenciones o ayudas de las Administraciones Públicas en una cantidad o por un valor superior a ciento veinte mil euros falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de su importe salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 5 de este artículo*”.

⁶⁹ Vid. ampliamente Bustos Rubio M., “Luces y sombras del nuevo delito de fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social (art. 307 ter del Código Penal). Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 184/2013, de 8 de marzo”, *Revista de*



art. 26.1 LISOS tipifica como infracción *muy grave* “actuar fraudulentamente con el fin de obtener prestaciones indebidas o superiores a las que correspondan, o prolongar indebidamente su disfrute mediante la aportación de datos o documentos falsos; la simulación de la relación laboral; y la omisión de declaraciones legalmente obligatorias u otros incumplimientos que puedan ocasionar percepciones fraudulentas”.

La pretensión del legislador al incorporar el nuevo 307 ter al cuerpo del Código Penal es evitar la impunidad de este tipo de comportamientos, más aun teniendo en cuenta que la modalidad del art. 308 CP sólo daba lugar a sanción penal en el caso de que el fraude superase los 120 000 euros.⁷⁰ Así lo entendió también el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de Ley, de 28 de junio de 2012. Y si el legislador ha tenido que dar el paso tipificando esta modalidad de fraude que, ahora sí, puede entenderse que tutela de forma efectiva el patrimonio de la Seguridad Social (vertiente del gasto), es porque dicha protección no resultaba efectiva con la existencia de otros tipos penales, como el de fraude contra la Seguridad Social del art. 307 CP del que, en consecuencia, puede afirmarse que resulta protector de la función recaudatoria de la Seguridad Social, mas no del patrimonio.

En el marco del art. 307 CP no es posible proclamar el conjunto del patrimonio de la Seguridad Social como bien jurídico protegido. No puede obviarse que lo que el delito de defraudación tutela es, en concreto, la vertiente de ingresos del Estado por medio de la TGSS. La vertiente del gasto es completamente extraña a este delito. El actual art. 307 CP protege tan sólo la vertiente de ingresos de la que se nutre la Seguridad Social para cumplir con su función en el Estado social, tipificando como delito todas aquellas conductas que entorpecen la actividad recaudatoria del Estado. Por su parte, es el art. 307 ter CP el que, como delito autónomo y diferenciado del de defraudación, tutela una concreta parte de la vertiente del gasto, tipificando determinadas conductas que conllevan un ataque a la indemnidad de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social, configurándose este tipo penal como

un delito *patrimonial*. El hecho de que el art. 307 CP sólo proteja la vertiente de ingresos es una razón sustancial por tener en cuenta para afirmar que este delito no protege el patrimonio de la Seguridad Social sino, de modo más concreto y directo, la función de la recaudación de ingresos.

Si con anterioridad a la Ley 7/2012 se afirmaba por un importante sector de la doctrina que el patrimonio de la Seguridad Social no podía ser el bien jurídico protegido, ya que sólo encontraba protección la vertiente del ingreso, que en la actualidad en determinadas circunstancias constituyan delito algunos ataques a la del gasto no cambia sino que más bien reafirma lo ya dicho, pues ahora sí se ha venido a dar cobertura a al menos una parcela del patrimonio de la Seguridad Social en virtud del nuevo art. 307 ter, parcela que no puede ser objeto jurídico de protección en el fraude tipificado en el art. 307 CP.

IV. La importancia del art. 41 de la Constitución Española en la determinación del bien jurídico. Protección dinámica de la Seguridad Social

El delito de defraudación a la Seguridad Social del art. 307 CP debe interpretarse a la luz del art. 41 CE, que contempla como principio rector de la política socioeconómica lo siguiente: “los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”. Este precepto constitucional es una forma de garantía propia de un Estado social-prestacional como lo es España, que impone a los poderes públicos la obligación de instaurar y proteger ciertos servicios que se consideran imprescindibles para el bienestar social. La institución de la Seguridad Social es una parte del Estado que sirve al objetivo de cumplir ciertas funciones sociales asignadas al mismo.⁷¹

Protegiéndose el correcto funcionamiento de la *función recaudatoria* se logra ese *mantenimiento* del régimen público de Seguridad Social que encomien-

Trabajo y Seguridad Social, núm. 380, 2014, pp. 879 y ss.

⁷⁰ Martínez Buján Pérez, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., Valencia, 2013, p. 735.

⁷¹ Mercader Uguina, J.R., en Casas Baamonde, M.E., Rodríguez-Piñero, y Bravo-Ferrer, M., *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, Madrid, 2008, p. 1044.

La protección penal de la Seguridad Social en España: el bien jurídico protegido

da el art. 41 CE. Sólo de este modo la TGSS puede acceder en condiciones normales a la recaudación, instrumento necesario para, después, cumplir con el mandato social constitucionalmente previsto. El art. 307 CP no es sino una forma más (una forma *penal*) de cumplir con esta previsión. El delito de defraudación no puede desconectarse del mandato constitucional previsto en el art. 41 CE, ni de la concepción de nuestro modelo de Estado como social: el patrimonio de la Seguridad Social no está dotado de un valor autónomo o independiente, desvinculado de determinadas finalidades. Al contrario, dicho patrimonio está pre-ordenado a la consecución de unos determinados objetivos dirigidos en el caso de la Seguridad Social a cumplir con la función prestacional o asistencial de ésta. Resulta lógico, pues, que lo que se ponga en primer plano de protección penal no sea dicho patrimonio, sino directamente la función de la recaudación (en este tipo penal), su correcto funcionamiento, como necesaria para cumplir después el mandato social ordenado por la Constitución.

El quebranto del patrimonio de la Seguridad Social se penaliza ahora mediante la introducción del nuevo art. 307 ter CP, que viene a castigar las defraudaciones en prestaciones del sistema de la Seguridad

Social. Antes de la existencia de este nuevo tipo penal no podía afirmarse que el patrimonio de la Seguridad Social encontrase protección específica o autónoma en el seno del Código Penal, tutelando éste tan sólo la vertiente del ingreso en el art. 307 CP. De todas formas, que el art. 307 ter CP tenga como objeto jurídico de protección el patrimonio de la Seguridad Social no implica desconocer que dicho patrimonio se encuentra pre-ordenado a la consecución de unos determinados objetivos; en concreto, y de nuevo en virtud del art. 41 CE, al cumplimiento de la función prestacional encomendada constitucionalmente. Como apuntamos, la actividad prestacional de la Seguridad Social se encuentra supeditada a alcanzar el objetivo de lograr y mantener un régimen público de Seguridad Social en el marco constitucional apuntado.

Se trata, en definitiva, de proteger penalmente a la Seguridad Social en un sentido dinámico: por un lado, como proceso de recaudación de ingresos (art. 307 CP), y por otro, como proceso de realización del gasto (art. 307 ter CP), puesto que la función principal de la Seguridad Social se basa en la adquisición de recursos y su aplicación de los mismos para la realización de los cometidos económicos que le competen en virtud del ya aducido mandato constitucional.⁷²

⁷² En estos términos: De Vicente Martínez, *Los delitos contra la Seguridad Social en el Código Penal... cit.*, p. 32. También el Tribunal Supremo ha incidido en este aspecto en algunas de sus resoluciones: “la defraudación incide negativamente sobre el gasto público, lesionando gravemente el Estado social y los intereses generales, constituyendo además una conducta antisocial que, por razones de política criminal, sólo merece una pena cuando la cantidad defraudada supera las barreras señaladas por el legislador”; cfr.: STS de 27 de octubre de 2009, Sala 2ª, FD. 4º (Iustel, §297219); y STS de 11 de diciembre de 2002, Sala 2ª, FD. 1º (Tol 240844).



El actuar por otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco del Derecho penal tributario y de la Seguridad Social



Juan Carlos Ferré Olivé

Universidad de Huelva

RESUMEN: Este artículo analiza las peculiaridades que presenta la aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito del Derecho penal tributario, sobre la base de las reformas operadas entre 2010 y 2015 en la legislación española. Se estudia detenidamente el modelo implementado para responsabilizar a las personas jurídicas y el debate abierto sobre la ubicación sistemática del defecto de organización, como elemento del tipo o como elemento de la culpabilidad.

PALABRAS CLAVE: Actuar por otro, responsabilidad penal de las personas jurídicas, delito fiscal, delito contra la Seguridad Social, compliance programs.

ABSTRACT: This article analyzes the peculiarities that presents the application of criminal liability of legal persons in the field of tax criminal law, on the basis of the reforms that operated between 2010 and 2015 in Spanish law. The implemented model is carefully studied in order to make legal persons responsible and the open debate on the systematic location of the defect of organization, as an element of the type or as an element of guilt.

KEY WORDS: Act by another, responsibility criminal of the people legal, crime tax, crime against the Security Social, compliance programs.

SUMARIO: 1. Aproximación. 2. La responsabilidad penal del representante (actuar por otro). 3. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. 4. Bibliografía.

1. Aproximación

Dos instituciones alcanzan especial relevancia para el Derecho penal económico y de la empresa: el actuar por otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se trata de mecanismos de imputación penal que si bien en algunos casos pueden ser de aplicación a personas físicas (actuar por otro) poseen un espacio de mayor trascendencia práctica que se centra en la actuación de los administradores de hecho y de Derecho en el ámbito de las personas jurídicas. Se trata de dos respuestas jurídicas perfectamente compatibles entre sí, pues, aunque en ocasiones están relacionadas, en realidad responden a situaciones diversas y autónomas: la determinación del destinatario de la norma penal en delitos especiales y la consecuente imposición de penas a las personas físicas que intervienen en su nombre (actuar por otro) y la consideración de los entes jurídicos como auténticos sujetos llamados a cumplir la ley penal y la aplicación, en su caso, de sanciones penales directas (responsabilidad penal de las personas jurídicas).¹

Adviértase que estas figuras no se aplican necesariamente a los mismos delitos, pues el actuar por otro se impone a cualquier delito que requiera “condiciones, cualidades o relaciones” para poder ser sujeto activo (art. 31 CP), mientras que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se aplica al catálogo cerrado de “supuestos previstos en este Código” (art. 31 bis CP). Sin embargo, están presentes en la mayor parte de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social.

La aparición de la persona jurídica en el ámbito penal se ha extendido en los últimos años fuera del espacio propio del mundo anglosajón, donde ya gozaba de una larga tradición, abarcando ahora prácticamente la totalidad de Europa y del resto del mundo. Los motivos de este cambio pueden encontrarse en la globalización y la unificación internacional de normas jurídicas que han pasado de regular aspectos puntuales de la economía a definir los requisitos específicos

en materia penal en ámbitos muy concretos: blanqueo de dinero, corrupción, fraude fiscal, etcétera. Esta situación lleva a replantear los instrumentos tradicionales de la teoría del delito, advirtiendo que los nuevos espacios punibles no son comparables a los ya existentes, pues estos delitos se cometen por lo común en el marco de un grupo organizado de personas, donde actúa directamente un sujeto que en ocasiones no ha tomado *per se* la decisión delictiva, sino que obedece a criterios que ha adoptado un complejo entramado que crea la propia organización, y en los que la conducta típica aparece fraccionada entre varias personas, llegándose a lo que se conoce como una auténtica y no deseable *irresponsabilidad organizada*.² De allí la necesidad de consagrar responsabilidades penales para las personas jurídicas.

En España, la reciente Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado “sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por ley orgánica 1/2015” ha marcado las líneas de la acusación penal en esta materia, con especial incidencia en relación con el *compliance*, generando múltiples opiniones que inciden en la responsabilidad penal de las personas jurídicas en general, y lógicamente poseen gran trascendencia en el ámbito penal tributario. Estas directrices han avivado el debate académico con enormes consecuencias prácticas, ya que las empresas se plantean seriamente cuáles deben ser sus líneas de *actuación diligente* para prevenir e impedir la comisión de delitos por los que puedan ser directamente responsabilizadas. Y generan incógnitas de gran magnitud, como determinar a quién le incumbe la carga de la prueba en materia del *compliance*. Profundizando el debate, la Sentencia del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero, ha entrado de lleno en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sentando importantes bases jurisprudenciales que deberían contribuir a clarificar esta materia, lo que en realidad no ha acontecido hasta el momento.

¹ Cfr. Gil Nobajas, M.S., “El actuar en lugar de otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas: significado previo y posterior a la reforma del Código Penal”, *Revista Penal* 31, 2013, pp. 107 y ss. La caracterización de la persona jurídica como destinataria directa de la norma es mucho más sencilla si se asume una teoría de las normas basada en expectativas normativas que pueden ser defraudadas no sólo por personas físicas sino también por organizaciones.

² Cfr. Silva Sánchez, J.M., “Fundamentos del Derecho penal de la empresa”, Madrid, 2013, pp. 7 y 249.



2. La responsabilidad penal del representante (actuar por otro)

2.1. Figura ligada al Derecho penal tributario

Ha sido históricamente objeto de debate el deslinde de responsabilidades penales cuando el obligado tributario (persona física o jurídica) no gestiona directamente sus impuestos, sino que lo hace un representante no cualificado, es decir, un sujeto sobre quien no pesan directamente los concretos deberes tributarios materiales y formales, que siguen recayendo en el representado. Desde la aparición del delito de defraudación tributaria en plena transición democrática y a través de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal de 1977 se estableció una primitiva fórmula de actuar en nombre de una persona jurídica, figura específicamente creada para el delito fiscal (art. 319.3 CP). Sin embargo, dicha fórmula, la más general introducida en 1983 (art. 15 bis CP —ya aplicable a todos los delitos especiales—), y la que sustenta el Código Penal actual (art. 31 CP), no resuelven con claridad suficiente algunas situaciones polémicas como la aparición de testaferros empresariales que pueden conducir a la impunidad de todos los intervinientes por tratarse de delitos especiales propios.

Los representantes de personas físicas (p. ej., de un menor o discapacitado) y en el caso de las empresas sus administradores de hecho o de Derecho pueden responder como autores de un delito de defraudación tributaria con base en la fórmula del actuar por otro (art. 31 CP), que precisamente se ha establecido para sancionar a aquel que actúa en nombre de otro sin estar cualificado, tratándose de delitos especiales. Justamente, los delitos especiales se construyen por el legislador sobre la base de identificar sujetos que se encuentran en mejor disposición para afectar al bien jurídico, como funcionarios públicos, autoridades judiciales, obligados tributarios, etc. Este direccionamiento genera en ocasiones lagunas de punibilidad no deseadas, que requieren una fórmula de cierre como la aquí analizada para evitar la impunidad de quienes realizan personalmente las conductas descritas en el tipo penal correspondiente sin ser —a primera vista— los destinatarios directos de la norma.

En este supuesto, las cualidades requeridas —por ejemplo, que pese sobre el sujeto un deber de naturaleza tributaria o previsional— no concurren en el representante, sino en el representado.

Dice el artículo 31 CP: “El que actúe como administrador de hecho o de Derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”.

Este precepto permite extender la responsabilidad penal a sujetos no cualificados que obran en nombre de otro, disociando los elementos objetivos del tipo entre el representado cualificado y su representante, que se convierte en el auténtico destinatario de la norma y consecuentemente en sujeto activo del delito.³ En estos supuestos, el representante asume también una particular posición de garante respecto del bien jurídico. En cualquier caso, dicho representante debe realizar efectivamente la conducta descrita en el tipo penal, sus componentes objetivos y subjetivos, sin que pueda considerarse un resurgimiento de la responsabilidad objetiva.⁴

Ha dicho el Tribunal Constitucional, en STC 253/1993, de 20 de julio (TOL82.274) en relación con la actuación en nombre de otro que:

Su incorporación al Código Penal, en efecto, no vino en modo alguno a introducir una regla de responsabilidad objetiva que hubiera de actuar indiscriminada y automáticamente, siempre que, probada la existencia de una conducta delictiva cometida al amparo de una persona jurídica, no resulte posible averiguar quiénes, de entre sus miembros, han sido los auténticos responsables de la misma, pues ello sería contrario al derecho a la presunción de inocencia y al propio tenor del precepto. Lo que el mismo persigue, por el contrario, es obviar la impunidad en que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de una persona jurídica por miembros de la misma perfectamente individualizables, cuando, por tratarse de un delito especial propio, es decir, de un delito cuya autoría exige necesariamente la

³ Cfr. Gil Nobajas, M.S., “El actuar en lugar de otro”, *op. cit.*, p. 102.

⁴ Cfr. Berdugo Gómez de la Torre, I., y Ferré Olivé, J.C., *Todo sobre el fraude tributario*, Barcelona, 1994, pp. 21 y ss. Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 4ª ed., Valencia, 2014, p. 550.

El actuar por otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas

presencia de ciertas características, éstas únicamente concurrirían en la persona jurídica y no en sus miembros integrantes.

Aunque, como vemos en la actualidad, la figura del actuar por otro se aplica a la representación legal o voluntaria de personas físicas y jurídicas, su espacio de mayor impacto se encuentra en la actuación del representante de personas jurídicas en delitos económicos, fundamentalmente los administradores de hecho y de Derecho. El *administrador de derecho* debe desempeñar sus tareas conforme a las disposiciones legales que regulan ese tipo de administración. Por lo tanto, cuando accede formalmente a sus responsabilidades —con el nombramiento— puede considerarse que se le ha trasladado el deber específico. A partir de ese instante se convierte en destinatario directo de la norma penal: sobre él pesan los deberes tributarios y la prohibición de crear o incrementar el riesgo hacia el bien jurídico Hacienda Pública o Seguridad Social.

Existen supuestos complejos, que han despertado el interés de doctrina y jurisprudencia. El más llamativo es el caso del administrador de Derecho que ejerce su papel actuando como mero *testaferro*, cuando el dominio de la situación social lo mantienen otro u otros. Estos supuestos suelen llegar a los Tribunales cuando existe confusión entre el patrimonio de un individuo y el de una sociedad instrumental, creada como pantalla para eludir responsabilidades, en este caso tributarias. Pueden darse dos situaciones, descritas por la doctrina:⁵

- El administrador de Derecho, *testaferro* o no, actúa con conocimiento y conciencia de la situación. En este caso será autor directo del hecho, y el resto de intervinientes (incluyendo en su caso al administrador de hecho) serán sólo partícipes.
- El administrador de Derecho actúa con desconocimiento de la situación, en una situación de error.

Al no existir el delito de defraudación tributaria imprudente, su error vencible o invencible le llevará en cualquier caso a la impunidad: art. 14 CP. Y en virtud del principio de accesoriedad de la participación, todos los intervinientes quedarán impunes. Para supuestos como éste, y procurando evitar la impunidad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha recurrido reiteradamente a la teoría *iusprivatista* del “levantamiento del velo” u otros planteamientos que pueden ser considerados como la aplicación de analogía *contra reo*.⁶ Para resolver este problema la doctrina apunta la posibilidad de admitir la coexistencia de un administrador de Derecho (*testaferro*) que no respondería penamente por su situación de error, y un administrador de hecho, el administrador fáctico con dominio social encuadrable en los términos del art. 31 CP.⁷

La figura del *administrador de hecho* genera problemas interpretativos, pues se basa en una situación fáctica, y afecta a aquel que ejerce materialmente el dominio social: se trata de una actuación sin vínculo representativo. Sin embargo, esta hipótesis se considera excepcional y no generalizable, pues cabe fundamentar el traslado de los deberes en muy pocas hipótesis, mucho más en una materia tan profusamente regulada por la ley como es la de la responsabilidad en el ámbito tributario y de la Seguridad Social. La doctrina señala a los administradores con nombramiento defectuoso y al que actúa ante la inexistencia de un administrador de Derecho y con consentimiento de los socios.⁸ También debería considerarse a aquel que actúa con dominio social prevaleándose del error de un *testaferro* (autoría mediata).

También se convierten en sujetos penalmente responsables aquellos que voluntariamente asumen tareas de representación de un deudor tributario persona física, y los representantes legalmente obligados de personas incapaces desde el punto de vista tributario.

⁵ Cfr. García Cervero, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona, 1999, pp. 199 y ss.

⁶ Sobre esta problemática, *vid.* Silva Sánchez, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Barcelona, 2005, pp. 22 y ss. Cfr. también Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico. Parte General*, *op. cit.*, pp. 547 y ss. El mismo, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Valencia, 2015, p. 645.

⁷ Cfr. Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico. Parte Especial*, *op. cit.*, p. 646. Este autor sostiene otra solución, la de castigar al *extraneus* como partícipe de la conducta del *testaferro*, basándose en el criterio de la accesoriedad mínima objetiva. Sin embargo, como no sustentamos este criterio de accesoriedad mínima en la participación sino el de *accesoriedad limitada* (el más extendido en la doctrina actual) la solución debe ser distinta. Al no existir un hecho principal típico cometido por el propio *testaferro* que permita sancionar al administrador de hecho como partícipe, éste tampoco podría ser declarado penalmente responsable.

⁸ Cfr. Silva Sánchez, J., *El nuevo escenario...*, *op. cit.*, p. 67; Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal económico. Parte General*, *op. cit.*, p. 560.

2.2. ¿“Levantamiento del velo” de la persona jurídica?

La figura del “levantamiento del velo” resuelve problemas probatorios en ámbitos civiles y mercantiles. La limitación de responsabilidad sobre la que se estructuran los entes societarios puede conducir a abusos y fraudes, aprovechando la separación de patrimonios que se materializa. El mal uso de la fachada societaria habilita al juzgador a descorrer el velo e imputar toda la responsabilidad patrimonial a quien haya burlado la ley. Esta teoría fue trasladada al Derecho penal por el Tribunal Supremo, fundamentalmente ante situaciones que se presentaban antes de la regulación del actuar por otro que estableció el Código Penal en 1995.

Concretamente se trataba de la utilización de sociedades de distinto tipo para dar cobertura tributaria a un fraude fiscal. Con ayuda de estas personas jurídicas se ocultaban los tributos, haciendo ilusoria su percepción por parte de la Administración. Podían ser entes jurídicos con actividad real, aunque instrumentalizados para el fraude (sociedades aparentes), o empresas inexistentes (sociedades ficticias) que también perseguían un fin fraudulento.

La doctrina del levantamiento del velo considera que en algunos de estos casos no existe separación de patrimonios, por lo que las ventajas obtenidas por la utilización de esta fórmula hacen recaer las responsabilidades penales directamente en la persona física que ha orquestado la trama. Es decir, se afirma la existencia de un patrimonio único y no dual, ya que existe un abuso de la personalidad jurídica para ocultar ante Hacienda la condición de deudor tributario. Tratándose de un delito especial propio y no siendo la persona física el obligado tributario, puede entenderse que esta solución hace recaer la responsabilidad penal en un *extraneus* y por lo tanto puede llegar a ser cuestionada desde la perspectiva del principio de legalidad penal.⁹

Dice la Sentencia del Tribunal Supremo 20-5-96 (TOL 73463) FJ 7:

La impugnación de la “teoría del levantamiento del velo”, por otra parte, no puede ser compartida por la Sala. En efecto, esta teoría no establece nada respecto de la prueba; su función es la de establecer qué hechos son relevantes para comprobar la tipicidad y en este sentido viene a sostener que las formas del derecho de sociedades, de las que se valga el autor, no son decisivas y que la significación típica de las acciones individuales no puede ser neutralizada por ellas. Por lo tanto, no estamos en presencia de un juicio de valor que reemplace la prueba de los hechos, como sostiene la Defensa, sino de un criterio de verificación de la tipicidad. Por tales razones el “levantamiento del velo” no roza siquiera el problema de la presunción de inocencia, en contra de lo postulado por la Defensa.

En la actualidad se ha generalizando el empleo de esta doctrina del levantamiento del velo para facilitar la persecución penal de las llamadas *sociedades de pantalla*, es decir, las que carecen de actividad, organización e infraestructuras. Esta solución es defendida por parte de la doctrina, por la Fiscalía General del Estado y por el Tribunal Supremo.¹⁰ Estas sociedades de pantalla encuentran su definición en el propio Código, pues se trata de una persona jurídica que “se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal” (art. 66 bis 2ª b CP).

La incorporación de la figura del “administrador de hecho” de una persona jurídica en el art. 31 CP (actuar por otro), esto es, de un sujeto que ejerce fácticamente el dominio social, añade otra opción interpretativa a la tesis del levantamiento del velo con mayores garantías, al menos cuando se trata de delitos especiales. Como subraya Silva Sánchez, quien

⁹ Cfr. Silva Sánchez, J., *El nuevo escenario...*, op. cit., p. 27.

¹⁰ Defiende esta tesis jurisprudencial en la doctrina Bacigalupo Saggese, S., “El modelo de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en AA.VV., *Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Navarra, 2013*, p. 76; vid. al respecto Silva Sánchez, *El nuevo escenario...*, op. cit., pp. 22 y ss. Cfr. también Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico. Parte General*, op. cit., pp. 548 y ss. y p. 645. En la misma dirección la Fiscalía General del Estado considera que no es siquiera necesario imputar a la persona jurídica cuando se esté ante sociedades de pantalla o de fachada, que se utilizan como herramienta del delito o para dificultar la investigación. En este caso, tras el “levantamiento del velo” las actuaciones se dirigen directamente contra la persona física. Cfr. Fiscalía General del Estado, Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la LO 5/2010. En cuanto al TS, véase la STS 154/2016.

El actuar por otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas

se aprovecha ilícitamente de una forma societaria y el administrador de hecho son figuras que desde una perspectiva fáctica están vinculadas, aunque el administrador de hecho abarcará muchos más supuestos que los contemplados por la doctrina del levantamiento del velo.¹¹ Debo reiterar, sin embargo, que la figura del administrador de hecho no tiene gran repercusión práctica en una materia tan profusamente regulada por la ley como es la de los delitos tributarios y previsionales.

3. La responsabilidad penal de las personas jurídicas

3.1. Presupuestos

El art. 310 bis CP establece sanciones penales para las personas jurídicas que cometan delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, en consonancia con los arts. 31 bis y siguientes del CP. Es bastante frecuente que la defraudación tributaria, el delito contable, el fraude de subvenciones o el fraude a la Seguridad Social se concreten en el marco de una persona jurídica. Ante estas situaciones, y tratándose generalmente de delitos especiales propios, la persona jurídica es la única que puede ser autora del delito. Sin embargo, y justamente por tratarse de delitos especiales, la responsabilidad penal debe quedar suficientemente acreditada en otra persona (física o eventualmente jurídica) que haya actuado en nombre de la persona jurídica con base en el art. 31 CP, bajo la figura del administrador de hecho o de Derecho. La posible sanción penal aplicable al que interviene en nombre de otro no colma las necesidades preventivas de pena.

Así lo ha entendido nuestro legislador a partir de la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, y su modificación por la LO 1/2015, normas que regulan en nuestro Derecho la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Podemos considerar en gran medida superado el debate referido a la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas, porque es una realidad legal evidente.¹² Corresponde, eso sí, delimitar el ámbito de aplicación y las peculiaridades que presenta este tipo de responsabilidad, que se estructura en torno a políticas de buen gobierno corporativo y a la autorregulación.¹³ Por otra parte, debemos destacar que el Derecho penal aplicable a las personas jurídicas se desarrolla sobre bases distintas a las del Derecho penal dedicado a las personas físicas y por lo tanto no rigen de la misma forma los principios y requisitos que se establecen por el Derecho penal tradicional,¹⁴ aunque esto no supone que las garantías constitucionales en materia penal y procesal resulten desatendidas.

La nueva regulación permite la sanción penal para la persona jurídica y para la persona que ha actuado en su nombre. La responsabilidad penal de la persona jurídica exige que el delito haya sido cometido en nombre o por cuenta de la misma. En consecuencia, tratándose de delitos especiales se requiere coordinar este precepto con el art. 31 CP del actuar por otro, que permitirá la sanción individual del representante a la vez que habilita la sanción penal de la persona jurídica. Sin embargo, no cabe la hipótesis inversa de sancionar a la persona jurídica como autora directa del delito y al representante que actúa en su nombre como mero cooperador necesario, ya que existe una responsabilidad concurrente a título de autoría.¹⁵

¹¹ Cfr. Silva Sánchez, J., *El nuevo escenario...*, op. cit., p. 27.

¹² No podemos negar, sin embargo, la presencia aislada de voces críticas pero al mismo tiempo solventes y razonadas. Es el caso de González Rus, autor que considera que “ninguna de las razones que se esgrimieron para considerar imprescindible el reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas justificaba verdaderamente tal medida”. Considera incierta la imposición “por Europa”, dudas que también se aprecian por parte de la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2016, que no encuentra tratados ni normas internacionales que obliguen a España a incorporar este tipo de responsabilidad, considerando que siguen abiertas otras opciones, como sanciones administrativas, medidas de seguridad u otras alternativas a la penal (p. 2). En definitiva, González Rus no ve la necesidad política criminal de esta solución en “La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AA.VV., *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica* (Palma Herrera, dir.), Madrid, 2014, p. 40. En la misma línea se manifiesta Palma Herrera, J.M., “El papel de los Compliance en un modelo vicarial de responsabilidad penal de la persona jurídica”, en AA.VV., *Procedimientos operativos estandarizados...*, op. cit., pp. 157 y ss.

¹³ Cfr. Feijoo Sánchez, B.J., “La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal”, en Bajo Fernández, M., et al., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2012, p. 52.

¹⁴ Cfr. Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho penal. Parte General*, 9ª ed., Valencia, 2015, p. 681.

¹⁵ Cfr. Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico. Parte General*, op. cit., p. 547. Cfr. también Gil Nobajas, M.S., *El actuar en lugar de otro...*, op. cit., p. 109.



Para estructurar este tipo de responsabilidad penal se exige como requisitos que *un miembro, representante o persona autorizada* dentro de la empresa haya cometido un *hecho delictivo*, dentro del *marco propio de las actividades empresariales* y buscando *beneficios o ventajas para la entidad*.¹⁶ Es fundamental que se trate de una persona jurídica y no de otras entidades sin personalidad jurídica, cuya responsabilidad se regula en el contexto de las *consecuencias accesorias* del art. 129 CP.

La responsabilidad penal va dirigida a las personas jurídicas de Derecho privado (civiles y mercantiles) excluyéndose al Estado y otras personas jurídicas de Derecho público,¹⁷ salvo las sociedades mercantiles públicas que actúan en el ámbito económico. La doctrina había criticado la impunidad penal de estas sociedades, consagrada por la LO 5/2010.¹⁸ Es evidente que estas entidades pueden cometer delitos propios del Derecho penal tributario. Con la regulación renovada que impone la LO 1/2015 estas entidades pueden ser condenadas penalmente, aunque con base en un catálogo limitado de penas: multa e intervención judicial, salvo que se aprecie judicialmente que se han creado *con el propósito* de eludir responsabilidades penales, en cuyo caso serán de aplicación todas las sanciones penales previstas en el apartado 7 del art. 33 CP.

Es importante reiterar que las personas jurídicas gozan de los mismos derechos y garantías procesales reconocidos por el Ordenamiento para las personas físicas, conforme lo ha establecido la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016, de 29-2-2016:

De manera que derechos y garantías constitucionales a los que se refieren los motivos examinados en el presente Recurso, como la tutela judicial efectiva, la presun-

ción de inocencia, al Juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etcétera, sin perjuicio de su concreta titularidad y de la desestimación de tales alegaciones en el caso presente, ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones en lo que a ella respecta.

3.2. Los modelos de imputación

Para aclarar el modelo de imputación que rige en nuestro Derecho, es necesario advertir que cada Código consagra la responsabilidad penal de la persona jurídica mediante una estructura propia y original. Existen dos grandes modelos teóricos básicos en el plano internacional: el sistema de responsabilidad vicarial y el sistema directo de culpabilidad de la empresa, aunque pueden darse entre ellos muchas combinaciones y matices. En todo caso, es fundamentalmente el tema más polémico y de mayor importancia para quienes desde una perspectiva más clásica del Derecho penal cuestionan la adaptación de la responsabilidad de las personas jurídicas a la órbita estrictamente punitiva.¹⁹

a) Modelo de *responsabilidad vicarial* o de responsabilidad *objetiva* de la empresa (responsabilidad por atribución).²⁰ Posee un gran paralelismo con las responsabilidades civiles, y es el sistema vigente en distintos países como Reino Unido o Francia (*vicarious liability*). Una vez que se comprueba que en una sociedad o persona jurídica se ha cometido un delito, siempre que lo materialice un miembro de la empresa actuando dentro del marco propio de las actividades empresariales y buscando beneficios o ventajas para

¹⁶ El que actúa debe hacerlo dentro del *marco propio de actividades* de la empresa. Excluye todo hecho delictivo en el que esté implicado un directivo o trabajador a título particular. Debe haber un hecho de conexión, una relación entre el ilícito cometido por el individuo y las actividades propias de la entidad. Analizaremos a continuación algunos elementos esenciales en la responsabilidad penal de las personas jurídicas a partir de la reforma operada por la LO 1/2015, en la medida que puedan tener relevancia para el Derecho penal tributario. Se tratarán sólo secundariamente las importantísimas cuestiones procesales, para las que remito a Del Moral García, A., “Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AA.VV., *Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2013, pp. 229 y ss.¹⁷ La exclusión de responsabilidad penal también alcanza a las fundaciones públicas, estatales y autonómicas porque su actividad está limitada a las funciones propias de las entidades públicas que las crean, siendo particulares formas de gestión de los intereses generales. Así lo sostiene con acierto la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado.

¹⁸ Cfr. Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico. Parte General*, op. cit., p. 596.

¹⁹ Sobre esta problemática muy ampliamente Nieto Martín, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008, *passim*. Sobre los modelos tradicionales, cfr. Pérez Machío, A.I., “Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas”, en AA.VV., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2013, pp. 21 y ss.

²⁰ Cfr. el punto de vista de Palma Herrera, J.M., *El papel de los compliance...*, op. cit., pp. 185 y ss.

El actuar por otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas

la entidad, parte de la responsabilidad será *transferida* a la empresa, de tal forma que se sancionará tanto al individuo que ha realizado el hecho como a la propia persona jurídica. Existe plena dependencia del hecho cometido por la persona física. En consecuencia:

- El autor material e individual debe responder penalmente con los criterios objetivos y subjetivos de imputación tradicionales. Es fundamental destacar que si no se constata la responsabilidad individual, *incluida su declaración de culpabilidad*, no puede haber responsabilidad penal de la persona jurídica.

- La persona jurídica responde penalmente sobre la base de una responsabilidad *objetiva*, es decir, no se exige ningún grado de “culpabilidad de la empresa”. Las consecuencias de la conducta del individuo se imputan a la empresa, sin que sea admisible la prueba que aporte la entidad, de haber desarrollado convenientemente los controles empresariales internos para evitar el delito. Este mecanismo de trasladar a la empresa una responsabilidad penal de manera objetiva ha sido cuestionado, aduciéndose una violación al principio de culpabilidad. La persona jurídica terminaría respondiendo por un hecho ajeno y no por el hecho propio. La tesis contraria, que no ve inconvenientes en mantener este tipo de responsabilidad, considera que las bases de la culpabilidad de la persona jurídica *son distintas* a las de las personas físicas y que, por lo tanto, no resulta afectado el mencionado principio por la transferencia de culpabilidad, siempre que se respete el derecho de defensa.

b) Modelo directo de *culpabilidad de la empresa* o de autorresponsabilidad. Son los planteamientos más modernos, que no estructuran la responsabilidad trasladando la culpabilidad individual de la persona física que ha actuado hacia el ente jurídico, sino que se fundamentan sobre la base de una culpabilidad propia. Desde esta perspectiva destaca la teoría de Klaus Tiedemann, quien basa la culpabilidad en un *defecto de organización* (*Organisationsverschulden*) de la persona jurídica, en el sentido de una responsabilidad social.²¹ Se caracteriza por atenuar o eximir de respon-

sabilidad penal a la empresa si corrige esos defectos de organización, que se dará cuando adopta programas de organización y gestión (*compliance programs*) que eviten la comisión de delitos en el futuro.

c) No es fácil definir el modelo actualmente vigente en el Derecho penal español. En este contexto, ¿cuál es el sistema de responsabilidad que impone el Código Penal en los arts. 31 bis y siguientes? Esta cuestión viene siendo objeto de un amplio debate doctrinal desde la incorporación de este tipo de responsabilidades penales para personas jurídicas por la LO 5/2010, de 22 de junio.²² Así, un importante sector doctrinal ha venido viendo en esta regulación un modelo de responsabilidad vicarial con base en la idea de transferencia de responsabilidad y por lo tanto de responsabilidad objetiva de la empresa.²³ En esa línea, en la reciente Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado se insiste en considerar que estamos ante “un mecanismo normativo de atribución de la responsabilidad por transferencia de tipo vicarial”.

Sin embargo, los cambios efectuados en la regulación del Código Penal por la LO 1/2015 van dirigidos a excluir la caracterización de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como manifestación del modelo vicarial (así se manifiesta expresamente en la Exposición de Motivos de la mencionada Ley Orgánica) y por lo tanto procuran consagrar un modelo de autorresponsabilidad de la persona jurídica.

Podemos afirmar que no estamos ante un modelo puro, ya que la nueva regulación contiene elementos de ambos sistemas. Esta solución guarda coherencia con la pluralidad de modelos que existen en el plano internacional, donde se presentan distintas soluciones para la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La originalidad del sistema español está dando pie a grandes debates doctrinales y jurisprudenciales, que intentan perfilar las características de este nuevo mecanismo de imputación penal. En todo caso, y como punto de partida, nos sumamos al sector que defiende el desarrollo de una teoría del delito peculiar y paralela a la que existe para las personas físicas, de

²¹ Cfr. Tiedemann, K., “Die Bebüßung von Unternehmen nach dem 2 Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”, *NJW* 41, 1988, pp. 1169 y ss. Sobre la caracterización que hace Tiedemann de la responsabilidad de la empresa, cfr. *Lecciones de Derecho penal económico*, Barcelona, 1993, pp. 232 y ss.

²² Sobre este debate, cfr. Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico. Parte General*, op. cit., pp. 557 y ss.

²³ Cfr. González Cussac, J.L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: art. 31 bis, ter, quáter y quinquies”, en AA.VV., *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015* (González Cussac, dir.), Valencia, 2015, quien sigue considerando que la regulación actual consagra un modelo vicarial, p. 162. Cfr. también Palma Herrera, J.M., *El papel de los compliance...*, op. cit., pp. 158 y ss.



aplicación exclusiva a las personas jurídicas (teoría específica de imputación jurídico-penal de las personas jurídicas).²⁴ Y es tarea de todos contribuir a su construcción.

Considero que el modelo consagrado es de naturaleza mixta, porque no logra apartarse del todo del modelo vicarial, fundamentalmente cuando se trata de delitos cometidos por representantes legales y administradores en los que sigue vivo el criterio de la *atribución* a partir de un *hecho de conexión*, que será el supuesto más frecuente en Derecho penal tributario.²⁵ Sin embargo, no puede hablarse de responsabilidad objetiva de la empresa, ya que en nuestro Derecho es inadmisibles la responsabilidad penal por un hecho ajeno. Así, la base de la responsabilidad debe también buscarse en el defecto de organización. En otros términos, debe distinguirse el presupuesto de la responsabilidad (un delito cometido por representantes legales y administradores, unido por vínculos de conexión) del fundamento de la responsabilidad, en el que prevalecen los elementos que permiten basar la responsabilidad penal en la culpabilidad de la empresa, es decir, en un modelo de autorresponsabilidad.²⁶

Pero también puede afirmarse que esta fundamentación no afecta únicamente a la culpabilidad sino a toda la infracción penal. Siguiendo a De la Cuesta, considero que el defecto de organización se convierte en un elemento clave del injusto de la persona jurídica, junto al incremento de riesgo, que permiten la exclusión de resultados imprevisibles o inevitables.²⁷

Es incluso afirmar, como defiende Silva Sánchez, que “el *compliance program* conforma un marco de riesgo permitido para la persona jurídica”.²⁸

Debemos destacar la doctrina que sobre estas cuestiones ha defendido el sector mayoritario del Tribunal Supremo en la mencionada Sentencia 154/2016, que construye la responsabilidad penal de las personas jurídicas sobre dos ejes: la previa comprobación de la comisión de un delito por parte de una persona física en el contexto trazado por la ley, y en las medidas de control que prevengan e intenten evitar la comisión de delitos por los integrantes de la organización. El fallo del Pleno del Tribunal entiende que el modelo de organización empresarial requerido no supone una mera cuestión de culpabilidad, sino que integra el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Dice la Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016:

Así, la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal [...], ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados

²⁴ Esta teoría propugna que la responsabilidad penal de la persona jurídica se base en su propio injusto y su propia culpabilidad. Cfr. Feijoo Sánchez, B., “Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español”, en Bajo Fernández, M., *et al.*, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2012, p. 71. También Gómez-Jara Díez, C., quien destaca la necesidad de establecer equivalentes funcionales entre la teoría del delito de las personas físicas y la de las personas jurídicas. Cfr. “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Bajo Fernández, M., *et al.*, *Tratado de responsabilidad penal...*, *op. cit.*, pp. 119 y ss. Sin embargo, y fundamentalmente de cara al injusto, aún la legislación penal española no permite justificar penalmente este punto de vista.

²⁵ Bajo Fernández rechaza el criterio de la atribución, considerando que las personas jurídicas realizan de manera efectiva hechos típicos, que le son propios. Considera este autor que se requiere de la persona jurídica “la prueba de haber cometido un hecho injusto propio, lesivo de bienes jurídicos, objetiva y subjetivamente imputable y una culpabilidad propia”. Cfr. “Vigencia de la RPPJ en el derecho sancionador español”, en Bajo Fernández, M., *et al.*, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2012, pp. 21, 32 y ss. En la misma línea Gómez-Jara Díez, C., *Fundamentos de la responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 109 y ss.

²⁶ Cfr. De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, *RPM* 5, 2014, p. 21.

²⁷ Cfr. De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 16. La interpretación del art. 31 bis CP sigue siendo muy polémica, porque un sector doctrinal y la propia Fiscalía General del Estado siguen viendo un sistema exclusivamente vicarial. La Fiscalía fundamenta esta posición en que el art. 31 bis CP “no dice que las personas jurídicas *cometan* el delito. Lo que establece el precepto, antes y después de la reforma de 2015, es que las personas jurídicas «serán penalmente responsables de los delitos cometidos» por personas físicas”. En definitiva, defienden que la persona jurídica “propia mente no comete el delito sino que deviene penalmente responsable por los delitos cometidos por otros”. Éste y otros argumentos puramente formales no tienen en cuenta suficientemente que el legislador ha estructurado la culpabilidad de la empresa en un defecto de organización y en la exigencia del debido control que puede dar lugar, a partir de la reforma operada por la LO 1/2015, incluso a la exoneración total de responsabilidad penal de la persona jurídica. Y que afirmar la responsabilidad penal por un hecho ajeno contradice, ni más ni menos, los principios constitucionales.

²⁸ Cfr. Silva Sánchez, J.M., *Fundamentos del Derecho penal de la empresa...*, *op. cit.*, p. 287.

El actuar por otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas

jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica. Y ello más allá de la eventual existencia de modelos de organización y gestión que, cumpliendo las exigencias concretamente enumeradas en el actual art. 31, bis 2 y 5, podrían dar lugar, en efecto, a la concurrencia de la eximente en ese precepto expresamente prevista, de naturaleza discutible en cuanto relacionada con la exclusión de la culpabilidad, lo que parece incorrecto, con la concurrencia de una causa de justificación o, más bien, con el tipo objetivo, lo que sería quizá lo más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física [...] a nuestro juicio la presencia de adecuados mecanismo de control, lo que supone es la inexistencia misma de la infracción.

Sin embargo, no podemos desconocer que el tema no es para nada pacífico, porque el voto particular de un numeroso grupo de Magistrados de la Sala —que quedaron en minoría por el estrechísimo margen de siete votos contra ocho— plantearon el punto de vista opuesto afirmando que no estamos ante un elemento del tipo. Este importantísimo debate sólo acaba de comenzar.

Dice el voto particular de la Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016:

Sin abundar ahora en planteamientos doctrinales, y desde una perspectiva exclusivamente jurisdiccional, no cuestionamos que el fundamento último de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentre en la ausencia de medidas eficaces de prevención y control de su funcionamiento interno, como el fundamento último de la sanción penal del homicidio se encuentra en el respeto a la vida. Pero no compartimos que esta ausencia se pueda calificar, en la específica regulación vigente, como “el núcleo de la tipicidad” o como un elemento autónomo del tipo objetivo definido en el art 31 bis 1º CP 2015, según se considera en la sentencia mayoritaria

al analizar la naturaleza de la eximente prevenida en el párrafo segundo del citado precepto.

Desde el punto de vista de la fundamentación de la intervención penal, considero que el defecto de organización de la persona jurídica incide claramente en el tipo penal (por medio de la teoría del riesgo) y en la culpabilidad, vertebrando así esta nueva forma de responsabilidad penal.

3.3. Los criterios de imputación del hecho delictivo a la persona jurídica

Debe constatarse un hecho delictivo cometido por un *miembro, representante o persona autorizada* dentro de la empresa, esto es, por una persona física que ostenta determinados cargos o funciones. Sobre estos sujetos pesa un auténtico *deber de garante*, que implica un considerable número de obligaciones para prevenir riesgos, que tienden en definitiva a evitar la comisión de hechos delictivos, ya que su conducta no debe afectar internamente a la propia empresa ni externamente a los intereses de terceros (personas físicas, jurídicas, el propio Estado, etcétera).

Se establecen dos criterios de imputación de hechos cometidos por personas físicas a la persona jurídica, diferenciando si han actuado directamente un representante legal, administrador, cargos y mandos intermedios (letra A) o subordinados (letra B).

A. Representantes legales, administradores, cargos y mandos intermedios

Para hablar de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito penal tributario debe haberse cometido un hecho típico *doloso*²⁹ “por sus representantes legales o por aquellos que, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica y ostentan facultades de organización y control dentro de la misma” (art. 31 bis 1.a CP). Esta descripción comprende a los representantes legales y a los administradores de hecho y de Derecho, aunque los importantes debates doctrina-

²⁹ En pura teoría, podría admitirse la responsabilidad penal de las personas jurídicas por actuación culposa directa de los administradores. Sin embargo, los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social no contemplan en el Código Penal responsabilidades culposas y, por lo tanto, es un debate ajeno a esta investigación, aunque puede resultar de gran interés en otros espacios delictivos, como los delitos de blanqueo de dinero y financiación del terrorismo en los que caben responsabilidades a título de culpa.



les acerca de la caracterización de los administradores de hecho ha obligado a incorporar esta nueva fórmula más amplia y no menos alejada de la imprecisión y del debate.³⁰

En primer término se hace mención a los representantes legales, incorporados expresamente con la LO 1/2015, concepto que comprende a los administradores de sociedades de capital y a los que asumen voluntariamente esa representación con base en poderes otorgados cumpliendo los requisitos legales. En segundo término el Código hace referencia a aquellos que “actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica y ostentan facultades de organización y control dentro de la misma”. Dentro de esta categoría se encuentran sin duda los administradores de Derecho, sujetos nombrados a tal efecto cumpliendo los requisitos legales.³¹ Y también los administradores de hecho, es decir, a quienes fácticamente ejercen funciones directivas dentro de la empresa, que tiene capacidad para tomar decisiones en la gestión de la sociedad sin estar sujetos a la aprobación de otras instancias superiores dentro de la empresa. Pero la LO 1/2015 ha ampliado el número de sujetos a quienes ostentan facultades de organización y control. En principio quedan incluidos todos los miembros de la empresa que posean dichas facultades, lo que extiende considerablemente el número de sujetos comprendidos, alcanzando incluso al *compliance officer*.³² Quedan comprendidos, en síntesis, los representantes legales, los administradores de hecho y de Derecho y todos los que ostentan facultades de organización y control dentro de la persona jurídica, sin que se haya exigido algo básico para responsabilizar penalmente a estos sujetos: que posean poder de mando o capacidad de

dirigir la empresa.³³ Esta definición puede llevar a una ampliación exagerada de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

La representación legal y la administración de Derecho conforman las hipótesis más frecuentes, casi exclusivas, en materia de Derecho penal tributario. Salvo puntuales excepciones (v.gr. obtención fraudulenta o disfrute indebido de subvenciones del art. 308 CP, o fraude de prestaciones de la Seguridad Social del art. 307 ter CP, que son considerados delitos comunes por buena parte de la doctrina),³⁴ esta materia se ha construido sobre la base de delitos especiales propios *de naturaleza mixta* (o delitos especiales propios de infracción de deber con elementos de dominio) y por lo tanto sólo podrá ser autor la persona cualificada, aquella sobre la que pesa el deber tributario.³⁵ En estos casos el deber pesa directamente sobre la persona jurídica, e indirectamente, pero con relevancia penal, sobre aquellos que actúan en su nombre (art. 31 CP). En consecuencia, las actuaciones de subordinados no cualificados —*extraneus*, que no actúan como representantes legales o administradores de derecho— (hipótesis del art. 31 bis 1.b CP) quedarán fuera de la responsabilidad penal de las personas físicas y jurídicas.³⁶

En síntesis, la imputación se basará en hechos cometidos por aquellos que dirigen la persona jurídica, que poseen facultades de organización y control. Normalmente se tratará de personas físicas, pero nada obsta que las tareas de administración de una persona jurídica estén a cargo de otra persona jurídica administradora, con representación legal. En ese caso el hecho se realizará por la persona física que obre en nombre de la persona jurídica administradora y, por lo tanto, pueda existir doble responsabilidad penal: por una parte responde la persona física que actúa en

³⁰ Pues no resulta comprensible, como apunta González Cussac, que si el concepto de administrador de hecho resulta conflictivo se haya ensayado una nueva fórmula en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas y dicho concepto se siga manteniendo sin modificaciones en un buen número de artículos del propio Código Penal. Cfr. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas...*, op. cit., pp. 164 y ss.

³¹ Debemos tener en cuenta que la administración de Derecho la pueden llevar a cabo personas jurídicas. Sin embargo, dicha persona jurídica debe actuar por medio de personas físicas que podrán ser penalmente responsabilizadas, en su caso, mediante la fórmula del actuar por otro (art. 31 CP).

³² Como incluso pone de manifiesto la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, p. 16.

³³ Cfr. ampliamente González Cussac, J.L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas...*, op. cit., pp. 166 y ss.

³⁴ La naturaleza común o especial de muchas de estas figuras es objeto de vivos debates doctrinales. Sobre el fraude de subvenciones puede verse Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal económico. Parte Especial*, op. cit., pp. 722 y 745. Sobre el fraude de prestaciones a la Seguridad Social, cfr. Bustos Rubio, M. “El delito de fraude en las prestaciones del sistema de la Seguridad Social”, en AA.VV., *Delitos de defraudación a la Seguridad Social y delitos contra los derechos de los trabajadores*, Madrid, 2015, pp. 171 y ss.

³⁵ Cfr. Silva Sánchez, J.M., *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, op. cit., p. 40.

³⁶ Cfr. Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico. Parte General*, op. cit., p. 593.

El actuar por otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas

nombre de la persona jurídica administradora (actuar en lugar de otro: art. 31 CP). Por otra parte responde el deudor tributario, la persona jurídica administrada.³⁷ Pero no deberíamos dejar de plantear la posibilidad de apreciar un supuesto de coautoría entre la persona jurídica administradora y la administrada, lo que nos llevaría a una triple responsabilidad penal si sumamos la que corresponde a la persona física que actúa.

A. Sujetos sometidos a la autoridad de representantes legales o administradores

Se trata de la actuación dolosa de los subordinados, originada en el fracaso del *deber de vigilancia y control* que debía ejercitarse sobre ellos, provocado por la negligencia de los representantes legales o administradores. En este segundo supuesto puede apreciarse responsabilidad de la persona jurídica porque las personas mencionadas en el art. 31 bis, 1.a, CP no han cumplido con sus deberes de supervisión, vigilancia y control de los sometidos a su autoridad, que son los que efectivamente han realizado el hecho. En definitiva, quedan comprendidos “quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar el hecho por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretar circunstancias del caso” (art. 31 bis, 1.b, CP).

El *deber de vigilancia y control* no supone un concepto unívoco para todo el sistema penal, sino que su contenido debe perfilarse conforme al área de actividad concreta en la que se desarrolla cada delito o grupo de delitos. No son iguales los deberes que pesan sobre una empresa grande o pequeña, ni son iguales los que surgen cuando las actividades empresariales ponen en peligro el medio ambiente o se puede lesionar la Hacienda Pública o la Seguridad Social. En esta línea de pensamiento, Feijoo Sánchez recuerda las diferencias que se advierten cuando existe una re-

gulación extrapenal que establece deberes específicos de prevención, como ocurre en el delito de blanqueo de capitales (referentes regulatorios extrapenales).³⁸

Estos supuestos podrán darse excepcionalmente en Derecho penal tributario, concretamente cuando se trata de delitos comunes como puede ser alguna modalidad de fraude de subvenciones o de prestaciones de la Seguridad Social cometidos en el seno de la persona jurídica por los subordinados sobre quienes no se ha ejercido el debido control, lo que exige del superior una serie de controles y deberes (p. ejemplo, control del comportamiento del subordinado, su selección, etc.). En caso de que la elección recaiga en sujetos idóneos para realizar las tareas correspondientes prevalecerá el principio de confianza. Si tal idoneidad no es plena, cobra mayor significación el deber de vigilancia.³⁹

El precepto establece como pauta valorativa que el subordinado debe haber podido realizar el hecho por haberse *incumplido gravemente* los deberes de supervisión, vigilancia y control, lo que supone una conducta negligente por parte del supervisor, y la constatación de que decaerá la responsabilidad penal de la persona jurídica si se comprueba en el superior el cumplimiento de los deberes que le incumben. Al requerirse *gravedad* quedan fuera del ámbito penal los incumplimientos leves que podrán ser sancionados —en su caso— en sede administrativa.

En cuanto a las personas subordinadas, considero que es imprescindible un nexo laboral, contractual o mercantil para poder considerar a un sujeto como “sometido a la autoridad” del representante legal o administrador de una persona jurídica, aunque existen partidarios de considerar suficiente que quien actúe se encuentre dentro del “perímetro del dominio social”.⁴⁰

3.4. Vínculos de conexión

El sujeto en cuestión debe obrar en nombre o por cuenta de la empresa, no a título propio (art. 31 bis

³⁷ Cfr. De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 19; Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico. Parte General*, *op. cit.*, p. 590; Bacigalupo Saggese, S., *El modelo de imputación...*, *op. cit.*, p. 83.

³⁸ Cfr. Feijoo Sánchez, B., *Presupuestos para la conducta típica...*, *op. cit.*, p. 105.

³⁹ Cfr. Silva Sánchez, J.M., *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, *op. cit.*, pp. 163 y ss. y 258.

⁴⁰ Así, considera innecesario este tipo de nexo laboral, contractual o mercantil. Palma Herrera, J.M., *El papel de los compliance...*, *op. cit.*, p. 202. La Fiscalía General del Estado también sigue ese criterio, afirmando sin mayor justificación que “no es necesario que se establezca una vinculación formal con la empresa a través de un contrato laboral o mercantil, quedando incluidos autónomos o trabajadores subcontratados, siempre que se hallen integrados en el perímetro de su dominio social”. Cfr. Circular 1/2016, pp. 24 y ss.



CP). Este requisito implica que el que actúa debe hacerlo dentro del *marco propio de actividades sociales* de la empresa. Excluye todo hecho delictivo en el que esté implicado un directivo o trabajador a título particular. Debe haber un vínculo de conexión, una relación entre el ilícito cometido por el miembro o representante y las actividades propias de la entidad. Los también conocidos como “hechos de conexión” se basan en las dos modalidades consagradas en el art. 31 bis 1 CP. Así, teniendo además en cuenta que en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social no existen modalidades culposas, puede darse:

- Conexión por hechos dolosos cometidos por representantes legales o administradores, obrando en nombre o por cuenta de la persona jurídica (art. 31 bis 1.a CP). Se trata de actuaciones que se desarrollan en el marco propio de la actividad empresarial, por los órganos de administración o representación. Será el supuesto más frecuente, ya que los principales delitos que integran el Derecho penal tributario (defraudación tributaria, defraudación a la Seguridad Social) son delitos especiales, y tratándose de personas jurídicas se debe recurrir a la fórmula del actuar por otro (art. 31 CP). Así, la autoría quedará limitada a los representantes legales y administradores, y no a los sujetos con un papel subordinado dentro de la propia empresa.

- Conexión por incumplimiento *grave* de los deberes de supervisión, vigilancia y control, en hechos dolosos cometidos por subordinados (art. 31 bis 1.b CP). Se trata de un especial supuesto de comisión por omisión imprudente del superior respecto de un hecho doloso del subordinado.⁴¹ La doctrina destaca la necesaria gravedad de este incumplimiento de los deberes de control.⁴² No existe para la persona jurídica una responsabilidad penal automática por los hechos cometidos por los subordinados. Por otra parte, no se requiere inmediatez en el grado de subordinación, ya que puede ser un sujeto ubicado en cualquier rango

jerárquico inferior, siempre que se compruebe el grave incumplimiento de los deberes que recaen en el superior.⁴³ Como hemos dicho, éste es un supuesto excepcional en el ámbito penal tributario.

La existencia de estos vínculos de conexión es fundamental para afirmar una responsabilidad penal de la persona jurídica alejada de la idea de responsabilidad objetiva. Pues si, como establece la regulación legal, no se requiere en todo caso la responsabilidad penal de la persona física, al menos debe existir un nexo real con un delito cometido por una persona física para que la imputación de responsabilidades no caiga en el vacío y se convierta en pura arbitrariedad. En otras palabras, no se puede prescindir por completo del “factor humano”.⁴⁴

3.5. Comisión de un delito

Debe haberse cometido un delito (art. 31 ter 1 CP), en nuestro caso doloso y encuadrable en el marco del Derecho penal tributario (arts. 305 a 310 CP). Quien cometa el delito debe ser persona que “ostenta los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior”. En ningún caso será el obligado tributario directo —la persona jurídica— sino su representante, porque tratándose de delitos especiales deberá recurrirse a la fórmula del actuar por otro prevista en el art. 31 CP.

Al hablarse de delito, se hace referencia a un injusto penal, es decir, a una acción típica y antijurídica —que puede ser o no culpable— cometida en su nombre o por su cuenta por una persona comprendida en los términos expuestos en el art. 31 bis CP.⁴⁵ Dicho delito debe quedar acreditado en el juicio correspondiente, por medio de las vías probatorias oportunas.

Considero que en caso de que exista una *causa de justificación* invocable por aquel que actúa en nombre de la persona jurídica (art. 31 CP) tampoco habrá responsabilidad penal para la persona jurídica. En este supuesto, aquel que actúa no realiza un compor-

⁴¹ Cfr. Feijoo Sánchez, B., “Presupuestos para la conducta típica de la persona jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1”, en Bajo Fernández, M., et al., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2012, p. 92. Cfr. también Silva Sánchez, J.M., *Fundamentos del Derecho penal de la empresa...*, op. cit., p. 258.

⁴² Cfr. González Cussac, J.L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas...*, op. cit., pp. 177 y ss.

⁴³ Cfr. Silva Sánchez, J.M., *Fundamentos del Derecho penal de la empresa...*, op. cit., p. 259.

⁴⁴ Cfr. Feijoo Sánchez, B., *Las características básicas...*, op. cit., p. 86.

⁴⁵ Cfr. De la Mata Barranco, N., y Hernández, L., “Los problemas de congruencia en la concreción y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas”, en AA.VV., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2013, p. 237. Cfr. Feijoo Sánchez, B., *Las características básicas...*, op. cit., p. 87.

El actuar por otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas

tamiento penalmente relevante, por lo que se rompe el nexo o conexión.⁴⁶ El art. 31 ter 1 CP exige claramente “que se constate la comisión de un delito”, lo que apunta a una responsabilidad asentada en el principio de accesoriedad limitada (es decir, un hecho típico y antijurídico). Distinta es la situación si se dan las circunstancias de falta de culpabilidad del que actúa en nombre de una persona jurídica, lo que resulta irrelevante porque la responsabilidad penal de la persona jurídica subsiste plenamente, basándose en el ya mencionado principio de accesoriedad limitada.

Cuestión distinta es comprobar los elementos del delito en los supuestos de ausencia de responsabilidad de la persona física previstos en la ley respecto de quienes cometen materialmente el delito (persona física no individualizada, persona contra la que no puede dirigirse el procedimiento, fallecimiento, sustracción a la acción de la justicia) aunque se mantiene la responsabilidad penal del ente jurídico. En algún caso será difícil o imposible constatar si se ha obrado con dolo, o si existen causas de justificación que hayan incidido en sus comportamientos. Deberá recurrirse en estos casos a criterios indiciarios.⁴⁷

3.6. Responsabilidad acumulativa y directa

La responsabilidad penal así construida es *acumulativa y directa*.⁴⁸ Responde penalmente quien actúa por la persona jurídica y la propia persona jurídica, pues las sanciones no se excluyen entre sí (cabén ambas simultáneamente) pero puede aplicarse una con independencia de la otra, por múltiples motivos (tanto para la persona física que actúa como para la persona jurídica).

- Puede existir responsabilidad penal de la persona física y no de la persona jurídica cuando, por ej., no puedan comprobarse los vínculos de conexión o inclusive, según los criterios trazados por la corriente mayoritaria de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, si la acusación no ha podido acreditar suficientemente el defecto de organización que ha llevado al delito.

- Puede existir responsabilidad penal de la persona jurídica y no de la persona física “cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella” (art. 31 ter 1 CP) o las personas “hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia” (art. 31 ter 2 CP).

En todo caso debe quedar claro que la culpabilidad de la persona física y la jurídica es independiente e intransmisible: nunca se responde penalmente por un hecho ajeno.⁴⁹ En cualquier caso, todos responden por el mismo delito (unidad del título de imputación).

3.7. Beneficio directo o indirecto

Tiene que perseguir *beneficios o ventajas* para la empresa. El Código Penal exige un “beneficio directo o indirecto” (art. 31 bis 1 CP). Si las ventajas del delito fueran exclusivamente para el directivo o trabajador que interviene, quedará excluida la responsabilidad de la sociedad.

En la regulación anterior se hablaba de actuaciones en “provecho” de la empresa, concepto que fue cuestionado por su falta de claridad, ya que se desconocía si el provecho debía ser necesariamente económico o de cualquier naturaleza, o si se incluía el provecho indirecto o competitivo, incluso la reducción de costes.⁵⁰ La nueva redacción comprende beneficios de cualquier tipo, no necesariamente económicos, ya que pueden ser meramente estratégicos o competitivos.⁵¹ Sin embargo, en el ámbito penal tributario prevalecen los beneficios obtenidos en sus aspectos puramente económicos: una ganancia patrimonial o el simple ahorro de las cantidades adeudadas a la Hacienda Pública.

3.8. La problemática de la culpabilidad de la persona jurídica

Es un requisito esencial para la imposición de una pena la constatación de la culpabilidad. El principio

⁴⁶ Cfr. Feijoo Sánchez, B., *Las características básicas...*, *op. cit.*, p. 88.

⁴⁷ Cfr. De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 24.

⁴⁸ Cfr. Silva Sánchez, J.M., *Fundamentos de Derecho penal de empresa...*, *op. cit.*, p. 262.

⁴⁹ Cfr. Feijoo Sánchez, B., *Las características básicas...*, *op. cit.*, p. 66.

⁵⁰ Cfr. De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 20.

⁵¹ Como destaca González Cussac, esta nueva redacción permite ajustar el ámbito de aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a los requerimientos europeos. Cfr. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas...*, *op. cit.*, p. 179.

de culpabilidad genera importantes debates doctrinales en la medida en que muchos penalistas no aprecian capacidad de culpabilidad en la persona jurídica a la que se sanciona penalmente. Esto es así porque construyen la culpabilidad desde un punto de vista antropocéntrico, basándola en la existencia de alternativas de acción para el sujeto, cuando en realidad es un problema que afecta a la sociedad y a la vigencia de la norma.⁵²

La persona jurídica responde penalmente por una culpabilidad basada en un defecto de organización, según ha defendido acertadamente Tiedemann.⁵³ Y exime su responsabilidad si entre otros requisitos cumple modelos de organización y gestión (art. 31 bis 5 CP). Las tendencias más modernas exigen que la persona jurídica haya desarrollado en su organización interna mecanismos para la prevención de hechos delictivos, por medio de programas de cumplimiento. De todo esto resulta una reducción de los riesgos que genera la actividad empresarial para los diferentes bienes jurídicos y, por lo tanto, son tenidos particularmente en cuenta a la hora de eximir la pena o atenuarla.

Puede constatarse el criterio de la culpabilidad de empresa, en primer lugar, porque la persona jurídica responde con total independencia de la culpabilidad de la persona física. Así, dispone el art. 31 ter CP:

La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella”.

Por su parte, dice el artículo 31 ter 2 CP:

La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la ac-

ción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente.

Al afirmar que existe culpabilidad de la empresa se está diciendo también que la demostración de la existencia previa de mecanismos de organización y control (*compliance programs*), en los términos trazados por el art. 31 bis 2 CP, lleva a la exoneración por *ausencia de culpabilidad*. La culpabilidad de la empresa se construye como una categoría dogmática nueva, que se inserta en el marco de una teoría del delito específica para las personas jurídicas y que por lo tanto no depende de la caracterización de la culpabilidad propia de las personas físicas. Por este motivo sorprenden los pretendidos razonamientos dogmáticos que emplea la Fiscalía General del Estado por medio de la Circular 1/2016, texto que intenta con poco éxito aportar claridad en estas materias. Así, el texto en cuestión considera que al cumplirse los presupuestos legales de los *compliance programs* subsiste la culpabilidad, pero operan *excusas absolutorias* como causas de *exclusión personal* de la punibilidad, y no como supuestos de suspensión de la punibilidad (¿?), lo que ha sido claramente cuestionado por el Tribunal Supremo en la ya mencionada Sentencia 154/2016.

El debate y posicionamiento de la Fiscalía General del Estado están directamente relacionados con *la prueba de la culpabilidad* de la persona jurídica. Al respecto se han ido decantando dos posiciones distintas: por una parte la propia Fiscalía y el sector minoritario del Tribunal Supremo, por la otra la mayoría de los magistrados del Alto Tribunal.

- La primera de estas tesis se basa en una inversión de la carga de la prueba que recae en la necesidad de demostración de no culpabilidad por parte de la persona jurídica acusada. En otros términos, se adopta una posición dogmática afirmando que existe un sistema vicarial para considerar suficiente la prueba de la actuación del directivo de la empresa (letra a) o el incumplimiento del deber de control hacia los subordinados (letra b) sin que se deba probar por parte de la acusación la existencia de programas de organización, gestión y control (*compliance*) ni su eficacia para prevenir delitos, tareas que quedan ex-

⁵² Cfr. Bajo Fernández, M., *Vigencia de la RPPJ...*, op. cit., p. 29.

⁵³ Cfr. Tiedemann, K., “Die Bebüssung von Unternehmen nach dem 2 Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”, *NJW* 41, 1988, pp. 1169 y ss.

El actuar por otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas

clusivamente a cargo de la persona jurídica acusada que intenta invocar las eximentes.⁵⁴ De esta forma se aplicarían a las personas jurídicas los principios generales aplicables a las personas físicas, es decir, que quien alega una eximente debe aportar la prueba de la presencia de sus elementos integradores.

Dice el voto particular de la Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016:

Constituye una regla general probatoria, consolidada en nuestra doctrina jurisprudencial, que las circunstancias eximentes, y concretamente aquellas que excluyen la culpabilidad, han de estar tan acreditadas como el hecho delictivo. En cuanto pretensiones obstativas de la responsabilidad, y una vez acreditada la concurrencia de los elementos integradores del tipo delictivo objeto de acusación, corresponde a quien las alega aportar una base racional suficiente para su apreciación, y en el caso de que no se constate su concurrencia, la consecuencia no es la exención de responsabilidad penal sino la plena asunción de la misma (STS 1068/2012, de 13 de noviembre, entre otras muchas). Sin perjuicio de todas las matizaciones que puedan hacerse a esta doctrina general, y que estimamos que no corresponde ahora desarrollar, consideramos que no procede constituir a las personas jurídicas en un modelo privilegiado de excepción en materia probatoria, imponiendo a la acusación la acreditación de hechos negativos (la ausencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito), sino que corresponde a la persona jurídica alegar su concurrencia, y aportar una base racional para que pueda ser constatada la disposición de estos instrumentos. Y, en todo caso, sobre la base de lo alegado y aportado por la empresa, deberá practicarse la prueba necesaria para constatar la concurrencia, o no, de los elementos integradores de las circunstancias de exención de responsabilidad prevenidas en los párrafos segundo o cuarto del art 31 bis, en el bien entendido de que si no se acredita la existencia de estos sistemas de control la consecuencia será la subsistencia de la responsabilidad penal.

• La segunda opción interpretativa se encuentra avalada, por el contrario, por el sector mayoritario que ha integrado el pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la STS 154/2016, que considera que la persona jurídica en ningún caso está obligada

a acreditar la existencia de un modelo de prevención adecuado para no ser considerada culpable.

Dice la Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016:

Y si bien es cierto que, en la práctica, será la propia persona jurídica la que apoye su defensa en la acreditación de la real existencia de modelos de prevención adecuados, reveladores de la referida “cultura de cumplimiento” que la norma penal persigue, lo que no puede sostenerse es que esa actuación pese, como obligación ineludible, sobre la sometida al procedimiento penal, ya que ello equivaldría a que, en el caso de la persona jurídica, no rijan los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el de la exclusión de una responsabilidad objetiva o automática o el de la no responsabilidad por el hecho ajeno, que pondrían en claro peligro planteamientos propios de una hetero responsabilidad o responsabilidad por transferencia de tipo vicarial, a los que expresamente se refiere el mismo Legislador, en el Preámbulo de la Ley 1/2015 para rechazarlos, fijando como uno de los principales objetivos de la reforma la aclaración de este extremo. Lo que no concebiríamos en modo alguno si de la responsabilidad de la persona física estuviéramos hablando, es decir, el hecho de que estuviera obligada a acreditar la inexistencia de los elementos de los que se deriva su responsabilidad, la ausencia del exigible deber de cuidado en el caso de las conductas imprudentes, por ejemplo, no puede lógicamente predicarse de la responsabilidad de la persona jurídica, una vez que nuestro Legislador ha optado por atribuir a ésta una responsabilidad de tal carácter.

En esta última línea se manifiesta la aún más reciente Sentencia del Tribunal Supremo 221/2016, de 16 de marzo.

Dice la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo en su FJ 5 que:

La imposición de penas a las personas jurídicas [...] exige del fiscal, como representante del *ius puniendi* del Estado, el mismo esfuerzo probatorio que le es requerido para justificar la procedencia de cualquier otra pena cuando ésta tenga como destinataria a una persona física. El proceso penal es incompatible con una doble vía probatoria, aquella por la que discurre la prueba

⁵⁴ Cfr. Fiscalía General del Estado, Circular 1/2016, *op. cit.*, p. 56.

de la acción de la persona física y aquella otra por la que transita la declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica [...] En definitiva, en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión. Sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios probatorios que estime oportunos —pericial, documental, testifical— para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad.

Esta discusión que sólo ha comenzado se enmarca en el complejo camino de construir una nueva dogmática para la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En todo caso considero que la solución dependerá de manera directa de optar por considerar el defecto de organización como elemento del tipo —que señala el marco del riesgo permitido— y por lo tanto dicho defecto debería ser probado por la acusación, o bien considerando un elemento que sólo afecta a la culpabilidad y por lo tanto la carga de la prueba recaerá sobre quien lo alegue en su defensa.

3.9. Eximentes de responsabilidad

El legislador ha contemplado eximentes de responsabilidad penal para las personas jurídicas, que se fundamentan en la ausencia de culpabilidad. Por lo tanto, el desorden empresarial o defecto de organización se convierte en el fundamento de la culpabilidad previéndose un régimen diferenciado si se trata de actuaciones en las que han intervenido directamente los responsables de la empresa en los términos del art. 31 bis a.1 CP (representantes legales, administradores, cargos y mandos intermedios) o los subordinados conforme a lo dispuesto por el art. 31 bis a.2 CP.

A. Requisitos cuando han intervenido directamente representantes legales, administradores, cargos y mandos intermedios.

Se trata de los delitos cometidos por “representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica y ostentan facultades de organización y control de la misma” (art. 31 bis 1, letra a, CP).

A.1. Empresas de mediana y grandes dimensiones

Como ya hemos afirmado, si el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas reside en el desorden empresarial y la falta de debido control, la demostración de la existencia previa de mecanismos de organización y gestión que tiendan a prevenir delitos conducirá a la ausencia de culpabilidad y por lo tanto a la exoneración de la pena (art. 31 bis 2 CP) estableciéndose una serie de condiciones para alcanzar dicho resultado exonerante de responsabilidad.

A.1.1. Modelos de organización y gestión (*compliance programs*)

El primer requisito legalmente establecido para empresas de medianas y grandes dimensiones es la comprobación de que “el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”. Los modelos de organización y gestión son protocolos de autorregulación de las empresas que procuran una mejor gestión empresarial. Se trata de un mecanismo que debe permitir reconocer con seriedad y eficacia el compromiso de la empresa en contra del delito.⁵⁵ El objetivo de estos programas es, como afirma Bajo Fernández, la creación de una *cultura empresarial de fidelidad al Derecho*,⁵⁶ dejando al mismo tiempo indicios claros a los miembros y trabajadores de la persona jurídica para que conozcan cuáles son los comportamientos correctos en su ámbito empresarial de actuación.⁵⁷

⁵⁵ Cfr. De la Mata, N., *La actuación conforme a protocolos...*, op. cit., p. 251.

⁵⁶ Cfr. Bajo Fernández, M., *Vigencia de la RPPJ...*, op. cit., p. 40. En el mismo sentido Gómez-Jara Diez, *La atenuación de la responsabilidad...*, op. cit., p. 205.

⁵⁷ Cfr. Feijoo Sánchez, B., *Presupuestos para la conducta...*, op. cit., p. 106.

El actuar por otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Estos programas, dirigidos a definir el comportamiento de la empresa ante posibles riesgos de comisión de un delito contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, no sólo deben estructurarse sobre el papel, sino que se exige que se hayan “ejecutado con eficacia”, lo que debe ser demostrado en el momento procesal oportuno. En consecuencia, se debe comprobar que las medidas desarrolladas son idóneas para prevenir delitos contra la Hacienda Pública en el seno de la empresa, o que son aptas para reducir de forma significativa las afecciones a los bienes jurídicos tutelados por el Derecho penal tributario. Como ha señalado González Cussac, este segundo criterio es bastante ambiguo y complejo, pues obliga al juzgador a realizar un incierto cálculo de probabilidades sin que se aprecie en realidad un método de verificación seguro y constatable.⁵⁸ En definitiva, son programas que tienden al cumplimiento de la legalidad y si se aprecia una clara disposición de la persona jurídica en consonancia con el marco normativo regulador de la Hacienda Pública y la Seguridad Social, podrá verificarse la primera de las condiciones establecidas.

Son programas que deben desarrollarse por escrito, identificando y gestionando las actividades de riesgo que puedan desarrollarse en la empresa conforme a su tipo de actividad. En este sentido considero que el riesgo de afectar a la Hacienda Pública por medio de infracciones materiales y formales se encuentra implícito en todo tipo de actividad empresarial. También debe identificarse con claridad el órgano encargado de su cumplimiento (*compliance officer*).

Evidentemente, si se llega a la comisión de un delito el *compliance program* no ha funcionado plenamente en el caso concreto. Sin embargo, la exención de responsabilidad penal no exige un resultado que no se ha dado en la realidad, sino una valoración seria del programa, su idoneidad para *prevenir* delitos o para *reducir de forma significativa el riesgo* de su comisión.

A.1.2. Órganos de supervisión y control

Como segundo requisito debe comprobarse que “la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento

del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica”. Esta temática se relaciona muy directamente con las más recientes innovaciones en Derecho penal económico, constatables sin duda en el delito de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo pero seguramente trasladables a los intereses más próximos como es la Hacienda Pública, en las que las iniciativas europeas asumidas por los Estados construyen nuevas formas de responsabilidad penal, en el marco más genérico del control de riesgos. Así, se generan nuevos deberes hacia sujetos especialmente obligados (del mundo financiero, notarial, ejercicio de la abogacía, etc.) sobre quienes pesan funciones que en otras épocas eran de pura competencia policial. En este contexto, con gran influencia del Derecho de origen anglosajón, aparecen nuevas figuras como los delatores (*whistleblower*) o *gatekeepers*, ya generalizados internacionalmente en todo el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.⁵⁹

El oficial de cumplimiento no es más que un *órgano* de la persona jurídica, normalmente unipersonal (*Chief Compliance officer* o *CCO*) que tiene como tarea vigilar el cumplimiento normativo con carácter general y la observancia del programa en particular, previniendo el delito con la mayor independencia posible. Estas tareas también pueden ser encomendadas a un órgano colectivo (departamento de *compliance* o incluso el propio consejo de administración) o a un servicio externo a la propia empresa. A su cargo se encuentra generar cursos de formación, controlar los comportamientos irregulares, gestionar canales de denuncia interna que protejan al denunciante (*whistleblowing*), etcétera.⁶⁰

Se establecen nuevos marcos de responsabilidad, por medio de sistemas de supervisión y control. Los *gatekeepers* son sujetos a quienes se implica en la tutela de bienes jurídicos mediante la imposición de una serie de deberes, fundamentalmente de abstención: deben denegar su cooperación con el autor del hecho

⁵⁸ Cfr. González Cussac, J.L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas...*, op. cit., pp. 184 y s.

⁵⁹ Cfr. Silva Sánchez, J.M., “Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales”, en Souto, Miguel Abel, y Sánchez Stewart Nielson (coords.), *IIº Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia 2011, pp. 131 y ss.

⁶⁰ Cfr. De la Mata, N., “La actuación conforme a protocolos de prevención de delitos como causa de exención de responsabilidad penal”, en AA.VV., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2013, pp. 257 y ss.

delictivo. Pero todas estas cuestiones generan un sinnúmero de dudas. Así, ¿pueden cumplir esas tareas los propios abogados de la empresa?⁶¹

Aún se trata de una temática que produce enormes incógnitas y seguirá dando lugar a debates importantes. Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad de un conflicto de intereses entre la persona jurídica y sus representantes, si estos últimos intentan derivar sus responsabilidades penales al ente jurídico. ¿Quién defenderá los intereses de la persona jurídica? Podría pensarse en el propio oficial de cumplimiento o incluso que el tribunal designe un *defensor judicial* de la persona jurídica (idea manejada en la STS 154/2016), soluciones que aún requieren mayor apoyo legal y reflexiones dogmáticas y jurisprudenciales.

A.1.3. Elusión fraudulenta del modelo establecido

Para cumplir la siguiente condición debe constatarse que “los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención”.

La persona física que actúa debe haber eludido fraudulentamente los programas establecidos, que como hemos visto deben ser adecuados y eficaces para prevenir delitos tributarios y contra la Seguridad Social.

A.1.4. Diligencia debida

Debe comprobarse que “no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2^a”. Esto significa que la inoperatividad o incompetencia del *compliance officer* excluirá la posibilidad de apreciar la eximente.

A.1.5. Acreditación parcial

Se dispone por último que: “En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena”. Se trataría, entonces, de una eximente incompleta aplicable a la persona jurídica.

A.2. Empresas de pequeñas dimensiones

El art. 31 bis 3 CP define a las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, que son “aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada”. Para estas empresas se prevé que “las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2^a del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración”. La solución debe considerarse correcta, porque las empresas pequeñas no pueden realmente asumir los costes de mecanismos de control y supervisión antes mencionados, que están pensados para empresas de medianas y grandes dimensiones, o podrían hacerlo pero con gran dificultad.⁶²

A. Requisitos cuando han intervenido dolosamente sujetos subordinados

Se trata de quienes, “estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar el hecho por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretar circunstancias del caso” (art. 31 bis 1, letra b, CP). En este supuesto, “la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión” (art. 31 bis 4 CP).

Se trata de un mecanismo distinto, con menos requisitos para la exoneración de responsabilidad. Se exige esencialmente que el modelo resulte adecuado para prevenir determinados delitos que en materia penal tributaria se encuentran limitados a unos pocos delitos comunes como el fraude de subvenciones o fraude a las prestaciones de la Seguridad Social.

A. Requisitos legales

Para que los programas cumplan su función preventiva con seriedad y eficacia el Código Penal requiere en el art. 31 bis 5 que se definan las actividades

⁶¹ Cfr. Silva Sánchez, J., *Fundamentos...*, op. cit., p. 35.

⁶² Cfr. González Cussac, J.L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas...*, op. cit., p. 189.

El actuar por otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas

riesgosas que desarrolla la empresa y que pueden ser lesivas para bienes jurídicos (núm. 1), los protocolos que exterioricen la *organización* y la forma de tomar decisiones en la empresa, lo que implica un código de conducta o *compliance program* (núm. 2), la gestión de los recursos financieros necesarios para la prevención (núm. 3) y un mecanismo interno de sanciones disciplinarias en caso de incumplimiento (núm. 5). Todo el mecanismo establecido se somete a verificaciones y controles internos (núms. 4 y 6). Cumplidos todos estos requisitos se afirmará la idoneidad del modelo preventivo adoptado, lo que no supone una valoración acerca de su efectiva implementación y aplicación, tarea que corresponde en exclusiva a los jueces.⁶³

Los medios para prevenir delitos no se circunscriben a potenciar la vigilancia y el control, sino que incorporan un amplio espectro de actividades de información y formación del personal. Como afirma Silva Sánchez, el *compliance* tiene objetivos más ambiciosos que impedir delitos, pues procura evitar otros ilícitos no penales e incluso perseguir finalidades ético-sociales en el propio ámbito empresarial.⁶⁴

A.1. Actividades riesgosas

Los programas de cumplimiento “Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos”. Evidentemente estamos considerando los riesgos de fraude a la Hacienda Pública y la Seguridad Social, lo que supone advertir indicadores de riesgo, procesos de contabilización de ingresos y gastos, supervisión, formación y orientación de los responsables y sus equipos, etcétera.

A.2. Protocolos o procedimientos

En segundo lugar, estos programas “Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos”. Se deben especificar con claridad la composición y proceso de nombramiento de los órganos de administración de la empresa.

A.3. Recursos financieros

En tercer lugar, los programas “Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos”. La dotación económica conforme a las dimensiones de la empresa y a sus actividades concretas debe ser suficiente para prevenir delitos. Debe abarcar, por ejemplo, programas formativos permanentes para el personal, estrategias en los diferentes sectores de riesgo, etcétera.

A.4. Informar al órgano de supervisión

En cuarto lugar, los programas “Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención”. Se requiere una comunicación fluida con la Administración, que incluye las vías para denunciar los delitos que pudieran haberse cometido. Tras la denuncia de los hechos, puede solicitarse la exención de pena demostrando así la buena fe de la empresa.

A.5. Régimen disciplinario

En quinto término, los programas “Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo”. Para poder hacer efectivo el modelo, deben establecerse unas pautas de conducta que deben cumplir todos los trabajadores de la empresa, acompañado por un régimen sancionatorio en caso de incumplimiento.

A.6. Verificación

Como último requisito, los programas “Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios”. Se trata de crear procedimientos que permitan la revisión permanente del modelo,

⁶³ *Idem*, p. 196.

⁶⁴ Cfr. *Fundamentos del Derecho penal de la empresa...*, op. cit., p. 193.

sus aciertos y fallos, en unos plazos que deben ponerse de manifiesto de manera expresa.

3.10. Circunstancias atenuantes

En la regulación actualmente vigente podemos destacar la existencia de seis circunstancias atenuantes, únicas y tasadas en la regulación prevista por el Derecho positivo. Por una parte, las previstas en el art. 31 bis 2 y 4 CP, que funcionan como una especie de *eximientes incompletas* en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.⁶⁵ El párrafo segundo del art. 31 bis 2 CP establece que “En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena”. Se trata de delitos cometidos por representantes legales y administradores, cuando no se dan todas las circunstancias exigidas para exonerar de responsabilidad. Si se tratara de delitos cometidos por subordinados, a raíz de la falta de diligencia de sus superiores, sería de similar aplicación el art. 31 bis 4 en cuanto dispone que: “En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo”. Debo destacar que todas estas condiciones deben darse para la atenuación de la pena antes o durante la comisión del hecho delictivo.

En segundo término encontramos que el art. 31 quáter CP incrementa las circunstancias ya mencionadas. Se ha establecido así un *numerus clausus* de atenuantes (“Sólo...”), lo que zanja cualquier teoría que defienda la aplicación a estos supuestos de las circunstancias atenuantes genéricas del art. 21 CP, incluso atenuantes analógicas.⁶⁶ Estas circunstancias atenuantes hacen referencia a comportamientos post-delictivos, ya que deben ser actividades realizadas *con posterioridad* a la comisión del delito, por lo que se fundamentan en la idea de reparación y arrepentimiento activo, persiguiendo por lo tanto finalidades

político-criminales.⁶⁷ Por otra parte, sólo son invocables si las actuaciones anteriormente mencionadas han sido realizadas por los *representantes legales*, lo que ha sido criticado por la doctrina, que no comprende esta limitación a la hora de acreditar elementos favorables para la propia persona jurídica.⁶⁸

Regula la letra a) del art. 31 quáter CP la atenuante de *confesión*: “Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades”. Se premia, así, el favorecimiento de la investigación. La confesión debe practicarla la persona jurídica por medio de sus representantes, y no las personas físicas a título individual, cuyos intereses pueden estar en colisión.⁶⁹ Para determinar si existe conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial contra la persona jurídica habrá que comprobar si ha sido notificado el representante legal de la empresa. Por otra parte, la confesión será válida a estos efectos cuando se realice ante los jueces o autoridades administrativas,⁷⁰ en nuestro caso los inspectores de las agencias tributarias estatal, autonómica, foral o local que corresponda, o de la Seguridad Social siempre que se reconozca *un delito* contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social.

La letra b) del art. 31 quáter CP consagra la atenuante de *colaboración* con las autoridades: “Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos”. Se valorará la colaboración de la persona jurídica con las autoridades encargadas de la investigación, siempre que se aporten pruebas *nuevas y decisivas*. La doctrina señala que esta atenuante puede ser muy problemática, en la medida en que beneficia a la persona jurídica por la aportación de pruebas, pero no exige que dichas pruebas sean auto-incriminatorias, sino que pueden afectar a terceros, fundamentalmente a perso-

⁶⁵ Cfr. Morillas Fernández, D.L., “El sistema de atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AA.VV., *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica* (Palma Herrera, dir.), Madrid, 2014, p. 97.

⁶⁶ Cfr. Gómez-Jara Díez, C., “La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Bajo Fernández, M., *et al.*, *Tratado de responsabilidad penal...*, *op. cit.*, pp. 182 y ss. Este autor destaca ampliamente el funcionamiento del comité de gestión de crisis antes y después de la detección del hecho delictivo en el seno de la persona jurídica.

⁶⁷ Cfr. Gómez-Jara Díez, C., “La atenuación de la responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 184.

⁶⁸ Cfr. De la Mata Barranco, N., y Hernández, L., *Los problemas de congruencia...*, *op. cit.*, p. 238.

⁶⁹ Cfr. Morillas Fernández, D.L., *El sistema de atenuación...*, *op. cit.*, p. 99.

⁷⁰ Cfr. Gómez-Jara Díez, C., “La atenuación de la responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 193.

El actuar por otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas

nas físicas.⁷¹ Por otra parte, y como otro componente negativo, se apunta doctrinalmente que nada obsta para que la fiscalía, una vez conocida la información aportada por la misma persona jurídica indagada, la utilice como base del material probatorio en el mismo proceso seguido contra la persona jurídica.⁷²

La letra c) del mencionado artículo se ocupa de la atenuante de *reparación*: “Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito”.

Por último, la letra d) del art. 31 quáter CP se refiere a adoptar *medidas eficaces* para prevenir y descubrir delitos: “Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”. Se trata de establecer protocolos de prevención de delitos (*compliance programs*) tras la consumación de los hechos. Estos protocolos pueden servir como base para eximir de responsabilidad penal si están operativos antes de la comisión del delito (art. 31 bis 2 CP). Una vez consumada la infracción penal sólo pueden ser valorados como atenuantes. En síntesis, si algo ha fallado en la organización empresarial, se otorga un plazo antes del comienzo del juicio oral para establecer unos protocolos que reorganicen la actividad, evitando la comisión futura de nuevos delitos, sirviendo, en ese caso, como atenuante de la pena a imponer.

3.11. Las penas para las personas jurídicas

El sistema penológico para personas jurídicas estructurado en los arts. 33.7 y 66 bis CP es aplicable en materia penal tributaria en virtud de lo dispuesto en el art. 310 bis CP, que consigna dos penas principales preceptivas (multa e inhabilitaciones específicas) y una serie de penas potestativas, cuya imposición queda a criterio de los Tribunales de justicia.

A. Pena principal preceptiva: multa por cuotas o proporcional:

La sanción prevista como principal, que el Tribunal debe imponer en todo caso, es la pena de multa. Se

prevén distintas cuantías de multa en el art. 310 bis CP, según la entidad de la pena de prisión amenazada para la persona física o el delito cometido:

- Del tanto al doble de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, si el delito cometido por la persona física tiene una pena de prisión de más de dos años.
- Del doble al cuádruple de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.
- De seis meses a un año, en los supuestos recogidos en el artículo 310.

Es la pena principal que se prevé de forma preceptiva para una persona jurídica por la comisión del delito. No presenta problemas la determinación de la multa tratándose de multa proporcional (supuestos a y b). En cuanto al delito contable tributario, para este supuesto se prevé el sistema de días-multa, que tratándose de personas jurídicas tendrá una cuantía diaria mínima de 30 euros y máxima de 5 000 euros (art. 50.4 CP).

En relación con la multa, dispone el art. 31 ter 1 CP respecto de las personas físicas y jurídicas que: “Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos”.

Esta disposición ha sido analizada críticamente por la doctrina, pues no se comprende el sentido de exigir al Juez o Tribunal una “modulación” de cuantías de las multas, y no hacerlo con el resto de las penas aplicables. Aparentemente se persigue limitar una pena que puede llegar a ser desproporcionada, por lo que la “modulación” deberá entenderse como “moderación” o disminución que evite el *bis in idem* entre las penas de multa, lo que sería exclusivamente de aplicación cuando se trate de una identidad de patrimonio entre ambos sujetos condenados.⁷³

El Código Penal establece en su art. 53.5 la posibilidad de fraccionar el pago de la multa durante un periodo de hasta cinco años si su cuantía pone en peli-

⁷¹ Cfr. Gómez-Jara Díez, C., *op. cit.*, p. 197.

⁷² *Ibidem*, p. 204.

⁷³ Cfr. Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico. Parte General, op. cit.*, p. 594. *Vid.* también Galán Muñoz, A., “La responsa-

gro la supervivencia de la persona jurídica, el mantenimiento de puestos de trabajo o lo aconseje el interés general. El mismo precepto establece que en caso de impago procederá la intervención de la persona jurídica, lo que doctrinalmente no se considera una pena sino una medida de aseguramiento del pago.⁷⁴

A. Penas preceptivas: inhabilitaciones específicas

Establece el apartado 7, letra f), del art. 33 CP como pena genéricamente aplicable a personas jurídicas la “inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales por un plazo que no podrá exceder de quince años”. Este supuesto se concreta en el art. 310 bis de la siguiente forma: “Además de las señaladas, se impondrá a la persona jurídica responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios fiscales o de la Seguridad Social durante un periodo de tres a seis años”.

A. Pena potestativa: prohibición de contratación

Dispone el art. 310 bis CP, en consonancia con el art. 33.7 letra f) CP, una inhabilitación específica, que en este caso es potestativa: “Podrá imponerse la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas”.

A. Pena potestativa: disolución

Dispone el art. 33.7, letra b), CP que “la disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita”. Es una pena muy grave, incluso más que la multa, puesto que supone finalizar las actividades de forma definitiva. Se decide su aplicación facultativa, dando opción al Tribunal de valorar su conveniencia, pues la disolución puede perjudicar seriamente los intereses de trabajadores y acreedores de la empresa. Esta pena fue analizada por la STS 154/2016 ya que se

trataba de una empresa que daba empleo a más de cien trabajadores y cuya disolución generaba graves consecuencias económicas y sociales.

Dice la Sentencia del Tribunal Supremo 154/2015 que:

De lo que cabe concluir que el hecho de que la estructura y cometido lícito de la persona jurídica fueren utilizados por la persona física integrante de la misma para cometer la infracción de la que es autora no significa obligadamente, así como tampoco la carencia absoluta de medidas de prevención del delito, que la misma deba de disolverse en los términos del art. 33.7 b) CP, sino que se requerirá, cuando menos, motivar adecuadamente el criterio de ponderación entre la relevancia diferente de su actividad legal y el delito cometido en su seno, en busca de una respuesta proporcionada tanto a la gravedad de su actuar culpable como a los intereses de terceros afectados y ajenos a cualquier clase de responsabilidad.

A. Pena potestativa: suspensión de actividades

Es otra pena potestativa para personas jurídicas prevista en el art. 33.7 letra c) CP la “suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años”. Se trata de un cese temporal, aunque sus consecuencias prácticas pueden ser tan graves como las de la pena de disolución.

A. Pena potestativa: clausura de locales

Es otra pena potestativa para personas jurídicas prevista en el art. 33.7 letra d) CP la “clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años”.

A. Pena potestativa: prohibición de realizar actividades sociales

Otra pena potestativa para personas jurídicas prevista en el art. 33.7, letra e), CP es la “Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta

bilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hétéro y la autorresponsabilidad”, *RGDP* 2011; Feijoo Sánchez, B., “Las consecuencias jurídicas del delito”, en Bajo Fernández, M., et al., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2012, p. 242.

⁷⁴ Cfr. Feijoo Sánchez, B., *Las consecuencias jurídicas...*, op. cit., p. 243.

El actuar por otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas

prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años”.

A. Pena potestativa: intervención judicial

La última pena potestativa para personas jurídicas prevista en el art. 33.7 CP (letra g) es la “intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años”. Añade este precepto que

la intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La intervención judicial es una sanción que ha sido siempre vista con buenos ojos por la doctrina, fundamentalmente porque al mantener la continuidad de la empresa evita que la sanción recaiga también sobre los trabajadores e incluso sobre los accionistas, circunscribiéndose esencialmente en los gestores y directivos.⁷⁵

3.12. Las consecuencias accesorias

El art. 129 CP regula una serie de sanciones de naturaleza híbrida, a medio camino entre lo administrativo

y lo penal aplicables a empresas o entes sin personalidad jurídica (por ej., herencias yacentes, grupos de sociedades, comunidad de propietarios, etc.), que se imponen en el proceso penal y con finalidades preventivas.⁷⁶ Su aplicación es *potestativa* para el Tribunal y debe ser *motivada*. En todo caso, tras la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas prevista a partir de 2010 y ampliamente desarrollada a partir de la LO 1/2015, estas consecuencias accesorias van perdiendo todo su sentido y creemos que serán de aplicación mínima o nula, como lo han sido entre los años 1995 y 2015.⁷⁷

Según el propio precepto, se aplica a entes no encuadrables dentro del concepto de persona jurídica a los que se puede responsabilizar penalmente por la vía del art. 31 bis CP, por lo que se trata de un mecanismo de segundo orden. Los delitos tributarios deben haberse cometido por un autor determinado “en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas” sin personalidad jurídica.

Sin embargo, puede ocurrir que el ente sin personalidad jurídica pertenezca a una persona jurídica (por ejemplo, una Unión Temporal de Empresas [UTE], que carece de personalidad jurídica distinta de sus miembros, pues es una colaboración temporal entre personas jurídicas con un objetivo empresarial común). En este supuesto las consecuencias accesorias recaerán en definitiva en una persona jurídica y son compatibles con las sanciones penales aplicables a la propia persona jurídica, ya que son “consecuencias accesorias a la pena que corresponde al autor del delito” (art. 129.1 CP).

Entran en la categoría aquí analizada los sujetos tributariamente obligados, sin personalidad jurídica, a los que se refiere el art. 35.4 LGT, que establece: “Tendrán la consideración de obligados tributarios, en las leyes en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan

⁷⁵ Cfr. Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico. Parte General, op. cit.*, pp. 575 y ss.

⁷⁶ Estas consecuencias accesorias han recibido unánimes críticas por parte de la doctrina, por ser técnicamente muy defectuosas e incluso por su carácter sumamente atrasado. Cfr. al respecto, De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, *Revista Penal México*, núm. 5, 2013, pp. 11 y ss.

⁷⁷ Cfr. Feijoo Sánchez, B., “El art. 129 como complemento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Bajo Fernández, M., et al., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2012, pp. 266 y 272. Considera que este artículo debería haber sido suprimido González Tapia, M.I., “Las consecuencias accesorias del art. 129: La nueva responsabilidad penal de los entes sin personalidad jurídica”, en AA.VV., *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica* (Palma Herrera, dir.), Madrid, 2014, p. 66.



una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición”. Son entes sin personalidad jurídica habilitados para realizar actividades económicas y con reconocimiento tributario. Destaca la doctrina la necesidad de la existencia de una *unidad económica o patrimonio separado* en la aplicación general del art. 129 CP.⁷⁸

A diferencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que exige la constatación de un hecho de conexión antijurídico pero no necesariamente culpable (art. 31 ter CP), cuando se trata de estas consecuencias accesorias se aprecia una diferencia importante. En este caso se requiere que el autor (persona física) que interviene en el marco de una empresa o entidad no encuadrable en el art. 31 bis CP haya realizado una acción típica, antijurídica y *culpable* —en nuestro caso de Derecho penal tributario—, aplicándose el criterio de la *accesoriedad máxima*. Ello es así porque estas consecuencias son “accesorias a la pena que corresponda al autor del delito”,⁷⁹ lo que impide, por ejemplo, su imposición en un proceso independiente si la persona física ha fallecido.⁸⁰

Estas consecuencias accesorias pueden aplicarse en el marco del Derecho penal tributario, en la medida que su aplicación es posible “cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas”, lo que justamente habilita el art. 310 bis CP.

Las sanciones aplicables son en esencia las mismas que se pueden imponer a una persona jurídica, aunque no tienen la naturaleza de penas sino de “consecuencias accesorias”. Como elemento diferenciador debemos destacar que no es posible la imposición de multas, y como carecen de personalidad jurídica, en vez de la disolución el Tribunal puede ordenar “la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita”. Entre el catálogo de consecuencias accesorias posibles, el Tribunal puede imponer varias conjuntamente.

El espacio de aplicación es más amplio que el sistema de responsabilidad establecido a partir del artículo 31 bis y siguientes CP. Allí se exige que el delito haya sido cometido “en nombre o por cuenta “de las perso-

nas jurídicas” y “en su beneficio directo o indirecto”. En relación con las consecuencias del art. 129 CP los delitos deben haberse cometido “en el seno, con la colaboración, a través o por medio” de los mencionados entes, lo que supone una descripción más extendida que abarca muchos más supuestos, ya que no se exigen beneficios directos o indirectos.

3.13. Medidas cautelares contra personas jurídicas y entes sin personalidad jurídica

Dispone el art. 33.7, último párrafo, CP en materia de responsabilidad de personas jurídicas que: “La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa”. En sentido similar, para los entes a los que pueden aplicarse las consecuencias accesorias previstas en el art. 129 CP se establece, en el núm. 3 de dicho artículo, que “La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez instructor, como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el art. 33.7”.

4. Bibliografía

- Bacigalupo Saggese, S., “El modelo de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AA.VV., *Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2013.
- Bajo Fernández, M., “Vigencia de la RPPJ en el derecho sancionador español”, en Bajo Fernández, M., et al., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2012.
- Berdugo Gómez de la Torre, I., y Ferré Olivé, J.C., *Todo sobre el fraude tributario*, Barcelona, 1994.
- Bustos Rubio, M., “El delito de fraude en las prestaciones del sistema de la Seguridad Social”, en AA.VV., *Delitos de defraudación a la Seguridad*

⁷⁸ Así, González Tapia, M.I., *Las consecuencias accesorias del art. 129...*, op. cit., p. 57.

⁷⁹ Cfr. De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Responsabilidad penal...”, op. cit, p. 29; Bacigalupo Saggese, S., El modelo de imputación..., op. cit., p. 82.

⁸⁰ Cfr. Feijoo Sánchez, B., *El art. 129 como complemento...*, op. cit., p. 272.

El actuar por otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas

- Social y delitos contra los derechos de los trabajadores*, Madrid, 2015.
- De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, *Revista Penal México*, núm. 5, 2014.
- De la Mata Barranco, N., “La actuación conforme a protocolos de prevención de delitos como causa de exención de responsabilidad penal”, en AA.VV., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2013.
- _____, y Hernández, L., “Los problemas de congruencia en la concreción y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas”, en AA.VV., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2013.
- Del Moral García, A., “Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AA.VV., *Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2013.
- Feijoo Sánchez, B.J., “La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal”, en Bajo Fernández, M., et al., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2012.
- _____, “Las consecuencias jurídicas del delito”, en Bajo Fernández, M., et al., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2012.
- _____, “El art. 129 como complemento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Bajo Fernández, M., et al., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2012.
- Fiscalía General del Estado, Circular 1/2011, “relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por LO 5/2010”.
- _____, Circular 1/2016 “sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por ley orgánica 1/2015”.
- Galán Muñoz, A., “La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero y la autorresponsabilidad”, *RGDP*, 2011.
- Gil Nobajas, M.S., “El actuar en lugar de otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas: significado previo y posterior a la reforma del Código Penal”, *Revista Penal* 31, 2013.
- García Cavero, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona, 1999.
- Gómez-Jara Díez, C., “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Bajo Fernández, M., et al., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2012.
- Gómez Rivero, M.C, Martínez González, M.I., y Núñez Castaño, E., *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Madrid, 2015.
- González Cussac, J.L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 bis, ter, quáter y quinquies”, en AA.VV., *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015* (González Cussac, dir.), Valencia, 2015.
- González Rus, J.J., “La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AA.VV., *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica* (Palma Herrera, dir.), Madrid, 2014.
- González Tapia, M.I., “Las consecuencias accesorias del art. 129: La nueva responsabilidad penal de los entes sin personalidad jurídica”, en AA.VV., *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica* (Palma Herrera, dir.), Madrid, 2014.
- Gracia Martín, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal* (I y II), Zaragoza, 1985.
- Luzón Peña, D.M., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Valencia, 2016.
- Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 4ª ed., Valencia, 2014.
- _____, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Valencia, 2015.
- Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte General*, 1ª reimpr. de la 10ª ed., Barcelona, 2016.
- Morillas Fernández, D.L., “El sistema de atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AA.VV., *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica* (Palma Herrera, dir.), Madrid, 2014.
- Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho penal. Parte General*, 9ª ed., Valencia, 2015.
- Muñoz Conde, F., *Derecho penal. Parte Especial*, 20ª ed., Valencia, 2015.
- Nieto Martín, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008.
- Orts Berenguer, E., y González Cussac, J.L., *Compendio de Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., Valencia, 2015.

- Palma Herrera, J.M., “El papel de los *compliance* en un modelo vicarial de responsabilidad penal de la persona jurídica”, en AA.VV., *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica* (Palma Herrera, dir.), Madrid, 2014.
- Pérez Machío, A.I., “Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas”, en AA.VV., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2013.
- Silva Sánchez, J.M., *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Barcelona, 2005.
- _____, “Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales”, en Souto, Miguel Abel, y Sánchez Stewart, Nielson (coords.), *IIº Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia, 2011.
- _____, *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, Madrid, 2013.
- Tiedemann, K., “Die Bebüssung von Unternehmen nach dem 2 Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”, *NJW* 41, 1988.
- _____, *Lecciones de Derecho penal económico*, Barcelona, 1993.



Aspectos fundamentales de la reforma procesal penal española de 2015



Ignacio Flores Prada

Universidad Pablo de Olavide, Sevilla

RESUMEN: *En diciembre de 2014, el Ministerio de Justicia español abandonó la idea de aprobar un nuevo código de proceso penal, anunciando en su lugar un conjunto de reformas parciales y urgentes con la finalidad de trasponer al ordenamiento español la reciente normativa comunitaria sobre justicia penal, mejorar la eficacia procesal y reforzar las garantías del sistema español de proceso penal. La reforma procesal penal española de 2015 está integrada por cinco leyes que, de modo directo e indirecto, han modificado aspectos sustanciales de la vieja Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. La finalidad del presente trabajo es mostrar, de forma sintética y esquemática, los contenidos más relevantes de la referida reforma, subrayando aquellos aspectos que puedan resultar particularmente novedosos o controvertidos.*

PALABRAS CLAVE: *Conexión y acumulación procesal, decomiso de bienes, derecho de defensa, intervención de comunicaciones, investigación electrónica, proceso penal, reforma procesal, registros electrónicos, víctimas.*

ABSTRACT: *In December 2014, the Minister of Justice dismissed the idea of adopting a new Code of Criminal Procedure, announcing in its place, and by 2015, a series of urgent and partial reforms to address the adaptation to european community law, to improve efficiency procedural, and to strengthen the guarantees of the spanish model of criminal justice. Product of this decision, five laws in 2015 have been approved that directly and indirectly, have modified some substantial aspects of the old Criminal Procedure Act of 1882. The purpose of this work is to underline, in summary and schematic form, the most relevant content of these reforms, emphasizing those that can reveal as particularly new or controversial.*

KEY WORDS: *Confiscation of property, Connection criminal proceeding, Criminal justice reform, Criminal procedure, Electronic research, Interception of communications, Police report, Right of defense, Victims.*

SUMARIO: *1. Introducción. 2. Protección de víctimas y fortalecimiento del derecho de defensa. 3. La generalización del acceso al recurso de apelación. 4. La regulación de la investigación tecnológica. 5. Reformas para mejorar la simplificación y eficacia de la justicia penal. 6. El nuevo procedimiento para la ejecución de las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*

1. Introducción

La aprobación de la Constitución española de 1978 impuso, como se sabe, un moderno modelo de proceso penal, inspirado en los principales textos internacionales de derechos fundamentales acordados en la segunda mitad del siglo XX —Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y Convenio de Roma—. El choque entre este modelo implícito de procesal penal y el modelo legal explícito contenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Lecrim) de 1882 exigía una reforma global del proceso penal que sustituyera el viejo modelo acusatorio mixto por un nuevo modelo de justicia penal basado en el modelo acusatorio contradictorio o adversarial.¹

Por el momento, el legislador español no ha querido, no ha sabido o no ha podido encontrar la oportunidad de afrontar el cambio de modelo de proceso penal. En su lugar, los distintos gobiernos de la democracia han ido introduciendo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal sucesivas modificaciones parciales, casi siempre urgentes y carentes de un modelo común o esquema de referencia. En consecuencia, el vigente sistema español de justicia penal se parece a un edificio de fachada decimonónica y de interiores variados, en los que se suceden y se mezclan los estilos desde el viejo acusatorio formal o mixto (procedimientos especiales y en parte el procedimiento ordinario por delito, todos ellos basados en la figura del juez de instrucción) hasta el moderno proceso acusatorio con investigación dirigida por el fiscal (procedimiento de responsabilidad penal de los menores).²

En tiempos relativamente recientes, dos propuestas invitaron al optimismo. En primer lugar, el anteproyecto de nuevo código de proceso penal aprobado por el gobierno socialista en julio de 2011 fue la primera iniciativa de reforma completa de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. Se trataba de un texto completo, articulado, muy cuidado en la técnica legislativa y que recogía con cierto grado de consenso las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el nuevo modelo constitucional de proceso penal.

Quedó en anteproyecto tras la convocatoria anticipada de elecciones en noviembre de 2011.

El anteproyecto de 2013, segunda de las iniciativas de reforma global y fruto de una comisión designada por el ministro de Justicia Gallardón —gobierno del partido popular—, había despertado razonables expectativas de éxito. Por una parte, se trataba de un texto que coincidía en lo sustancial con el anteproyecto de 2011, elaborado por el gobierno socialista, lo que evidenciaba un consenso de partida en el futuro modelo de proceso penal de corte acusatorio entre los dos grandes partidos políticos españoles. Por otra parte, la mayoría absoluta del Partido Popular en el Congreso de los Diputados, obtenida tras las elecciones de 2011, permitía salvar con pocas dificultades los obstáculos del anteproyecto en su tramitación parlamentaria. Sin embargo, la sustitución del ministro Gallardón por Catalá en la cartera de justicia, en septiembre de 2013, junto con las dificultades políticas generadas por la situación de crisis económica en España, precipitaron una solución menos radical y menos comprometida para la reforma procesal penal: afrontar las reformas imprescindibles y posponer el debate sobre un nuevo código de justicia penal.

“No es el momento de abordar la aprobación de un nuevo código de proceso penal, que implicaría una modificación radical del modelo vigente y que precisaría por ello un amplio consenso. Sin embargo, hay aspectos concretos de nuestro sistema de justicia penal que exigen reformas que no admiten dilación.” Con estas palabras justificaba el Ministerio de Justicia en diciembre de 2014 la decisión de aparcar el anteproyecto de CPP elaborado por el propio Ministerio en 2013, anunciando en su lugar y para 2015 un conjunto de reformas urgentes y parciales destinadas a afrontar modificaciones de adaptación comunitaria, de mejora de la eficacia y de fortalecimiento de las garantías procesales en el modelo español de justicia penal.

Producto de tal decisión han sido cinco leyes aprobadas en 2015 que, de manera directa e indirecta, han modificado aspectos sustanciales del proceso penal español. Entre estas leyes no existe un hilo conduc-

¹ Vid. Vives, “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, *Jornadas sobre la Justicia Penal en España*, publicadas en *Poder Judicial*, núm. especial II, p. 94.

² Vid. Moreno Catena, “La justicia penal y su reforma”, *Justicia*, núm. 88. También Gimeno, “La reforma del proceso penal en el actual sistema democrático español”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3, 1992. Sobre la evolución y el proceso de reformas operado sobre la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, vid. *Estudio introductorio al anteproyecto de código procesal penal de 2011*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2011; vid. Moreno Catena, “Prólogo”, *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Tecnos, Madrid, 2015.

tor común, más allá de su contribución, en aspectos puntuales, que lleve a modernizar los procedimientos, fortalecer las garantías, trasponer la normativa comunitaria y dotar de eficacia a la justicia penal española.³ El propósito de este trabajo es señalar, de manera sintética y esquemática, los contenidos más relevantes de estas reformas, subrayando los que puedan resultar especialmente novedosos o controvertidos.

2. Protección de víctimas y fortalecimiento de derecho de defensa

2.1. La regulación del Estatuto de la Víctima

Uno de los fines del moderno proceso penal acusatorio es la adecuada y eficaz protección y reparación de las víctimas del delito, probablemente las grandes olvidadas en la construcción de las garantías de la justicia penal durante la segunda mitad del siglo pasado.⁴

Desde la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 1882, el proceso penal español mostró una pronta preocupación por las víctimas, permitiéndoles constituirse en parte acusadora al ejercer la acción penal (acusación particular) en cualquier procedimiento, y disponiendo la posibilidad de solicitar en el mismo proceso penal la responsabilidad civil que se hubiera derivado de la comisión del delito. Más recientemente, la Ley 25/1995, de atención a las víctimas de delitos violentos, inició una etapa de protección normativa específica a las víctimas⁵ que, por el momento, culmina con la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del Delito.^{6,7}

Tal y como señala el legislador en la exposición de motivos que precede a la Ley 4/2015, el propósito excede de una mera trasposición de la normativa comunitaria, habiéndose recogido en el texto de la Ley de 2015 un catálogo de derechos e instrumentos (procesales y extraprocerales) de protección y reparación integral y más amplio que el esquema de mínimos comunitarios previsto en la Directiva 2012/29/UE.

Entre las principales novedades del Estatuto de la Víctima cabe señalar la regulación de un conjunto de derechos extraprocerales,⁸ centrados fundamentalmente en la atención preferente y acogida inicial por las autoridades policiales y judiciales; en el derecho a la información sucesiva y actualizada sobre el curso del procedimiento y sobre los medios de apoyo disponibles para las víctimas del delito (protección, información, traducción e interpretación, indemnizaciones, justicia gratuita y asistencia a víctimas especialmente vulnerables).

Entre los derechos propiamente procesales de las víctimas deben señalarse: el ejercicio autónomo de la acción penal y su extensión a familiares en caso de muerte o desaparición y a asociaciones de víctimas, la información procesal actualizada, la impugnación de determinadas resoluciones aunque no haya sido parte, la satisfacción de costas procesales con preferencia, la devolución preferente de efectos de su propiedad o el acceso a la justicia restaurativa.

En segundo término, y como medidas específicas de protección de víctimas frente a amenazas, agresiones o segunda victimización, se prevén: el uso de espacios separados y protegidos en los edificios judi-

³ Por orden cronológico, las leyes que conforman la “pequeña reforma procesal penal española de 2015” son: Ley Orgánica 4/2015, de 15 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015); Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, de reconocimiento del Derecho de Interpretación, Traducción e Información en los Procesos Penales (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015), Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015); Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de Fortalecimiento de las Garantías Procesales y Regulación de Medidas de Investigación Tecnológica (BOE núm. 239, de 6 de octubre de 2015); y Ley 41/2015, de 5 de octubre, para la Agilización de la Justicia Penal y el Fortalecimiento de las Garantías Procesales (BOE núm. 239, de 6 de octubre de 2015). Los textos completos de las leyes citadas pueden consultarse en la página web del *Boletín Oficial del Estado* de España: www.boe.es.

⁴ Vid. Moreno Catena, *Derecho procesal penal* (con Cortés), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 40 y 41.

⁵ Junto a la Ley 35/1995 hay que anotar como normas de protección y atención específica a las víctimas la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas de Terrorismo.

⁶ Ley que traspone al ordenamiento interno la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

⁷ Como antecedentes de esta nueva ley hay que señalar la Recomendación n. R (85) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la posición de la Víctima en el Derecho y en el Proceso Penal; la Decisión Marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001 relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal, sustituida por la vigente Directiva 2012/29/UE, del Parlamento y del Consejo, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

⁸ Vid. Montero, *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal* (con Gómez Colomer, Barona, Esparza y Exteberria), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 84.

Aspectos fundamentales de la reforma procesal penal española de 2015

ciales, la declaración inmediata de la víctima tras la denuncia, la reducción al mínimo de las declaraciones y reconocimientos posteriores, la celebración de juicios a puerta cerrada y la restricción de la difusión de imágenes, la reproducción en juicio de la prueba anticipada en la que haya intervenido la víctima, y la lectura en juicio de declaraciones sumariales de menores e incapaces.

2.2. El fortalecimiento del derecho de defensa y de la asistencia de abogado

A través de la Ley Orgánica 5/2015 se han introducido diversas modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para transponer al ordenamiento español las Directivas 2010/64/UE, relativas al derecho a la interpretación y traducción en los procesos penales, y 2012/13/UE, relativa al derecho a la información en los procesos penales. Las reformas en materia de derecho de defensa y de la asistencia de abogado se han ampliado con la posterior Ley Orgánica 13/2015, de fortalecimiento de las garantías procesales.⁹

De entre todas las reformas aprobadas como consecuencia de la trasposición de las citadas directivas, destacan por su importancia las relativas al derecho a la información del investigado como parte integrante fundamental del derecho de defensa.¹⁰ Antes de la reforma, la Ley de Enjuiciamiento Criminal sólo disponía que la aparición de indicios de criminalidad contra una persona debía ser puesta inmediatamente en su conocimiento por parte del órgano que dirigiera la investigación (policía, fiscal o juez de instrucción), otorgándole la condición de investigado e informán-

dole de los derechos a participar en el procedimiento como parte pasiva. La aprobación de la LO 5/2015 amplía los deberes de información, de modo que la comunicación de la imputación debe ser completa —hechos imputados en detalle y con lenguaje comprensible, y cambios que surjan en la imputación [art. 118.1 a) Lecrim]—, pudiendo el imputado acceder al contenido de las actuaciones antes de prestar declaración [art. 118.1 b) Lecrim].¹¹ Los derechos a la información del imputado quedan únicamente suspendidos en los casos en los que se acuerde judicialmente el secreto de la investigación con base en alguno de los dos motivos regulados en el art. 302 Lecrim: *a)* evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad de otra persona; *b)* prevenir riesgos graves para el éxito de la investigación. Aun estando declarada secreta la investigación, el abogado del investigado siempre tendrá acceso al contenido de las actuaciones que resulten esenciales para poder recurrir la adopción de medidas cautelares de privación de libertad del investigado (art. 505 Lecrim).

Las reformas introducidas con la LO 5/2015 y la LO 13/2015 también amplían considerablemente el derecho de defensa del investigado detenido (art. 520 Lecrim).¹² En este sentido se dispone que la comunicación sobre los motivos de la detención y sobre los derechos del detenido se hará por escrito, usando un lenguaje comprensible, y de forma inmediata.¹³ Se informará además al detenido del tiempo máximo legal de duración de la detención, así como del procedimiento de *habeas corpus* previsto para poder impugnarla.¹⁴ A estos efectos, se permite al abogado del detenido el acceso a los elementos de

⁹ Vid. Armenta Deu, *Lecciones de Derecho procesal penal*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 109 y 110.

¹⁰ Completan las reformas dirigidas a fortalecer el derecho a la información y defensa del sujeto pasivo las que afectan a los derechos a la traducción e interpretación de documentos y actuaciones procesales, previstas en la LO 5/2015. En este sentido, cabe señalar que el derecho del investigado o acusado a ser asistido por un intérprete se aplica a todas las actuaciones procesales en las que pueda o tenga que intervenir el sujeto pasivo, incluyendo vistas, práctica de diligencias e interrogatorios tanto en la instrucción judicial como en las investigaciones preliminares que desarrollen la policía judicial y el Ministerio Fiscal. Este derecho se extiende a las comunicaciones con su abogado, y a la traducción de los documentos esenciales del procedimiento (documentos de incoación del procedimiento y de fijación de la imputación, de privación de libertad, de acusación y de decisión judicial en sentencia); vid. arts. 123 a 127 Lecrim.

¹¹ Vid. Barona, *Derecho jurisdiccional...*, op. cit., pp. 279-281.

¹² La reforma del estatus del investigado detenido es consecuencia de dos leyes diferentes: la primera, ya citada, LO 4/2015, y una segunda, la LO 13/2015, de fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Esta última es la que ha introducido las novedades de mayor calado en el reconocimiento del derecho de defensa del investigado detenido.

¹³ Tal y como se señala en la exposición de motivos que precede a la LO 5/2015, resultaba necesario completar el catálogo de derechos del investigado detenido para adaptarlo a los postulados de la normativa europea, haciendo mención expresa, entre otros, de los derechos de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad, y al derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, así como a la información del plazo máximo legal de duración de la detención hasta la puesta a disposición de la autoridad judicial y del procedimiento por medio del cual puede el investigado detenido impugnar la legalidad de su detención.

¹⁴ Previsto en la Ley Orgánica 6/1984, de 8 de mayo, reguladora del proceso de *habeas corpus*.

las actuaciones que sean esenciales para impugnar la detención.

A fin de evitar los perjuicios ocasionados a los detenidos como consecuencia de la difusión de imágenes de su detención, el legislador encomienda a los encargados de la detención que extremen el cuidado de los derechos al honor e intimidad de los detenidos, con respeto en todo caso al derecho a la información.¹⁵ Se permite al detenido comunicarse telefónicamente con un tercero de su elección, garantizándose además la confidencialidad de las comunicaciones entre el detenido y su abogado. Por último, la reforma de 2015 autoriza —eliminando la prohibición precedente— la entrevista reservada entre el abogado y el investigado antes de su declaración policial, contemplándose la posibilidad de que esta entrevista se celebre telefónicamente o por videoconferencia en casos de lejanía geográfica del abogado de libre designación.¹⁶

Los derechos del detenido, singularmente los referidos a la comunicación y a la designación y asistencia de abogado, quedan limitados en los supuestos de detención incomunicada, previstos en el art. 527 Lecrim —también reformado por la LO 13/2015—. ¹⁷ El juez de instrucción podrá acordar la incomunicación cuando concurra necesidad urgente de evitar riesgos graves para la vida o integridad física de las personas, o cuando sea necesaria para evitar comprometer gravemente el proceso penal. En tales supuestos, el detenido podrá ser privado de su derecho a designar libremente abogado, a comunicarse con terceras personas, a entrevistarse reservadamente con su abogado, o a la facultad —tanto para él como para su

abogado— de acceder a las actuaciones de la investigación. La incomunicación durará el mínimo tiempo imprescindible, sin que pueda superar el plazo de cinco días.¹⁸

3. La generalización del acceso al recurso de apelación

Hasta 2015, en el modelo español de proceso penal, las sentencias dictadas en primera instancia por los Juzgados de lo Penal en procedimientos por delitos menos graves¹⁹ podían ser apeladas ante la Audiencia Provincial (tribunal colegiado), en tanto que las dictadas en primera instancia por delitos graves y muy graves por la Audiencia Provincial sólo eran susceptibles de recurso de casación (recurso extraordinario, con limitación de motivos y con prohibición de abordar una nueva valoración de la prueba) ante el Tribunal Supremo. Este sistema, paradójico y contradictorio con lo dispuesto en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,²⁰ ha sido modificado por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, generalizando la doble instancia en toda clase de procesos.²¹

La citada Ley 41/2015 no sólo ha generalizado la doble instancia, sino que ha reformado también el ámbito de la apelación limitando, en segunda instancia, las posibilidades de una revisión de la valoración de la prueba en perjuicio del acusado. La decisión del legislador tiene su fundamento en la sentencia del Tribunal Constitucional español 167/2002, de 18 de septiembre, en la que se señalaba que una nueva valoración de la prueba por el tribunal *a quem* sin intermediación que

¹⁵ Vid. Barona, *Derecho jurisdiccional III...*, *op. cit.*, p. 279.

¹⁶ Sobre la trascendencia de esta modificación, *vid.* Moreno Catena, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, p. 315.

¹⁷ Vid. Armenta Deu, *Lecciones de Derecho...*, *op. cit.*, p. 219.

¹⁸ Salvo en procedimientos seguidos por delitos de terrorismo o por criminalidad organizada, en cuyo caso el plazo máximo de incomunicación será de cinco días prorrogables por otros cinco (art. 509.2).

¹⁹ Delitos con penas privativas de libertad de hasta cinco años, o de distinta naturaleza hasta diez.

²⁰ El Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas ha emitido diversos dictámenes en los que señala que el sistema de recursos contra sentencias dictadas en procesos por delitos graves en España (delitos con penas superiores a cinco años de privación de libertad, cuyo conocimiento correspondía hasta 2015 a las Audiencias Provinciales en primera y única instancia) contradice lo previsto en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En este sentido, el dictamen del citado Comité, de 20 de julio de 2000 (CCPR/ c/69/d/701/1996, caso Cesáreo Gómez Vázquez), señala que “la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación citada en el punto 3.2, limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto”. *Vid.*, en el mismo sentido, Dictamen del Comité de 30 de julio de 2003, comunicación CCPR/c/78/d/986/2001, caso de Joseph Semey. *Vid.* Moreno Catena, “El recurso de apelación y la doble instancia penal”, *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm 4, 2008.

²¹ Cortés, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, p. 581.

Aspectos fundamentales de la reforma procesal penal española de 2015

supusiera agravar la situación procesal del recurrente resultaba contraria al derecho fundamental al proceso justo.²²

Consecuentemente, y de conformidad con el nuevo art. 792.2.I Lecrim, la sentencia de segunda instancia no podrá condenar al acusado absuelto en primera instancia, ni agravar la condena impuesta en primera instancia. Si el tribunal *a quem* entiende que la prueba ha sido valorada erróneamente y procede la condena del absuelto o la agravación de la sentencia del condenado, devolverá las actuaciones al tribunal *a quo* para que dicte una nueva sentencia.

4. La regulación de la investigación tecnológica

Antes de 2015, la Lecrim no regulaba ninguna de las modernas medidas de investigación tecnológica en el ámbito de la comunicación, la información y la imagen. Tan sólo contenía una mínima normativa sobre la intervención de comunicaciones telefónicas (art. 579 Lecrim), cuya insuficiencia ha valido a España significativas advertencias del Tribunal Constitucional²³ y varias sentencias de condena del TEDH por violación del art. 8 del CEDH.²⁴

En este ámbito, las reformas introducidas por la Ley Orgánica 13/2015 pueden considerarse imprescindibles, razonablemente correctas desde el punto de vista de la técnica legislativa y equilibradas en términos de garantías y eficacia. Sintéticamente podemos decir que la nueva regulación de la investigación tecnológica en España en el ámbito de la información, las comunicaciones y la imagen, se centra en tres grandes grupos de medidas de investigación: *a)* la intervención de comunicaciones telefónicas y electrónicas; *b)* el registro de dispositivos y el control remoto de equipos y terminales informáticos y *c)* el control de movimientos y la grabación de imágenes.

Como medidas de investigación limitativas de derechos fundamentales, estas diligencias quedan sometidas a determinados presupuestos comunes, que podemos concretar en los siguientes:²⁵

- Sometimiento de la medida a los principios de especialidad, necesidad, idoneidad, excepcionalidad y proporcionalidad.

- Sólo pueden ser acordadas, como regla general, por la autoridad judicial, mediante auto motivado, y a petición de la policía judicial o del Ministerio Fiscal. Una vez acordadas, se sustanciarán en pieza separada y secreta.

- El auto judicial debe establecer el alcance y contenido de la medida, el modo de ejecutarla, la unidad policial que la llevará a cabo, el plazo por el que se acuerda y la necesidad del control judicial periódico de su ejecución.

4.1. Intervención de comunicaciones

La Ley Orgánica 13/2015 establece un régimen común para la intervención de las comunicaciones por medio de canal codificado, sean telefónicas, informáticas o electrónicas. Para todas ellas rige la limitación de proporcionalidad del art. 579.1 Lecrim, conforme al cual solamente podrá acordarse la intervención de comunicaciones para delitos dolosos con pena de prisión no inferior a tres años, o para delitos de terrorismo, o cometidos por una organización criminal (art. 588 ter a Lecrim).

También el principio de proporcionalidad impone la posibilidad de distintos grados de intervención de la comunicación (art. 588 ter b Lecrim), que puede suponer la observación y grabación de la comunicación —incluyendo una o varias terminales, titularidad del investigado, de la víctima o de terceras personas—, la obtención de determinados datos de tráfico (art. 588 ter j Lecrim), la localización geográfica de las comunicaciones, la identificación del titular de líneas telefónicas —fijas o móviles— (art. 588 ter l Lecrim) o la obtención e identificación de direcciones IP (art. 588 ter k Lecrim).

El auto judicial deberá especificar el tipo de intervención que se acuerda, los sujetos afectados, las líneas que serán intervenidas, el motivo y la finali-

²² Exteberría, *Derecho jurisdiccional III...*, op. cit., pp. 467 y 468.

²³ *Idem*.

²⁴ Sentencia del TEDH de 30 de julio de 1998 (*Valenzuela Contreras vs. España*), y Sentencia del TEDH, de 18 de febrero de 2003 (*Prado Bugallo vs. España*).

²⁵ Sobre los presupuestos comunes a las llamadas medidas de investigación tecnológica, vid. Armenta, *Derecho procesal...*, op. cit., pp. 183 y ss.

dad de la diligencia, la unidad policial que la llevará a cabo, el plazo —tres meses prorrogables hasta 18— y el régimen de control judicial periódico de la medida.

Una vez practicada la intervención, se entregarán a las partes las copias con el contenido de las grabaciones, excepto en aquellas partes que afecten a la intimidad y no guarden relación con el objeto de la investigación. A la vista de las copias de las grabaciones y de lo que se ha incorporado a las actuaciones, las partes podrán solicitar que se añadan pasajes de las grabaciones que han sido excluidos de las transcripciones judiciales (art. 588 ter i Lecrim).

Junto a la intervención de comunicaciones telefónicas y telemáticas, la reforma de 2015 ha regulado, por primera vez en España, la intervención de comunicaciones orales directas. El art. 588 quáter a Lecrim permite la grabación de imágenes del investigado y de las comunicaciones orales directas que mantenga tanto en espacios públicos como cerrados (incluido su propio domicilio y el de terceros).

La grabación de imágenes y de comunicaciones orales directas habrá de ser autorizada por el juez de instrucción mediante auto motivado, únicamente si se trata de investigaciones sobre delitos dolosos castigados con penas superiores a los tres años de privación de libertad o delitos cometidos por un grupo u organización criminal o por delitos de terrorismo (art. 588 quáter b Lecrim).

La autorización judicial señalará los encuentros del investigado que van a ser sometidos a vigilancia y los lugares en los que estos se producirán, incluyendo el auto una autorización especial si la intervención de imágenes y comunicaciones tendrá lugar en el interior de un domicilio.

4.2. Registro de dispositivos y acceso remoto a equipos y terminales informáticos

En la actualidad, la información digital se encuentra almacenada, fundamentalmente, en dispositivos extraíbles, soportes de grabación, terminales de comunicaciones, ordenadores personales y sistemas informáticos. La reforma introducida por la Ley Orgánica 13/2015 ha previsto dos modos de acceso a la información digitalizada en el curso de una investi-

gación penal: *a)* mediante la aprehensión física del soporte y *b)* mediante el acceso remoto a ordenadores, terminales y sistemas informáticos conectados a Internet.²⁶

La aprehensión física del dispositivo de almacenamiento y el acceso a la información digitalizada que contiene necesita autorización judicial expresa. La autorización judicial indicará el alcance y objetivo del registro, la posibilidad de realizar copias y la obligación de garantizar la integridad de los datos a fin de hacer posible un ulterior análisis pericial (art. 588 sexies a Lecrim). Si el registro físico se realiza sobre terminales, ordenadores personales o sistemas de información, y se sospecha que existen datos relevantes para la investigación contenidos en otros dispositivos conectados con el ordenador, terminal o sistema intervenido, puede autorizarlo anticipadamente la orden judicial de registro u ordenarlo la policía por razones de urgencia, dando cuenta al juez en el plazo máximo de 24 horas, tiempo en el cual deberá confirmar o revocar la extensión del registro (art. 588 sexies c Lecrim).

Una segunda modalidad de acceso a la información digitalizada consiste en el control remoto de terminales, ordenadores y sistemas informáticos conectados a Internet, mediante la instalación oculta de *software* espías con autorización judicial (arts. 588 septies a, b y c Lecrim). Estos *software* permiten la monitorización a distancia del equipo informático, o la remisión completa o periódica de información a una terminal predeterminada. Esta modalidad afecta de forma grave y directa a la intimidad, por lo que, además de la autorización judicial motivada, exige la ponderación especial de los principios de necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad. Sólo podrá acordarse cuando se investiguen delitos de terrorismo cometidos por organizaciones criminales, cometidos contra menores o incapaces, contra la Constitución o relativos a la defensa nacional, o cometidos por medio de sistemas informáticos. La autorización judicial deberá indicar los dispositivos que habrán de ser intervenidos, la unidad policial responsable, el contenido de interés que debe ser aprehendido, el *software* utilizado y las medidas que habrán de ser adoptadas para preservar la integridad de los datos. A la hora de aplicar la medida se establece el deber de cola-

²⁶ Ambas medidas se completan con la posible adopción de una orden policial de conservación de datos, que se dirigirá a la persona responsable de los dispositivos de información, a fin de que conserve y proteja los datos en tanto se obtiene la orden judicial. Esta orden de protección de datos puede extenderse por un periodo de 90 días, prorrogable por igual periodo una sola vez.

Aspectos fundamentales de la reforma procesal penal española de 2015

boración y reserva de los responsables y prestadores de servicios, así como de los terceros que conozcan las claves de acceso al sistema. La medida tendrá una duración inicial máxima de un mes, con posibilidad de acordar un plazo de prórroga que no podrá superar los tres meses (art. 588 septies c Lecrim).

4.3. Control de los movimientos del investigado

La Ley Orgánica 13/2015 completa el uso de instrumentos de investigación tecnológica con la regulación de dos nuevas medidas de control sobre el investigado, que permiten: *a)* la grabación de imágenes (art. 588 quinques a y b Lecrim) y *b)* la colocación de dispositivos de seguimiento y localización personal (art. 588 quinques b Lecrim). La grabación de imágenes del investigado podrá realizarla la policía judicial siempre que se trate de imágenes obtenidas en lugares públicos y se justifique la necesidad de la medida a efectos de identificación, localización de efectos del delito u obtención de información sobre los hechos objeto de investigación.

La utilización de dispositivos de seguimiento y localización supone, o bien el aprovechamiento de la información de localización que suministran los dispositivos móviles del sujeto, o bien la colocación de dispositivos específicos en objetos o vehículos del sujeto que suministren información continuada sobre sus movimientos. Esta medida exige autorización judicial,²⁷ que deberá especificar, además del contenido general exigible a toda resolución sobre medidas de investigación restrictivas de derechos fundamentales, el medio o dispositivo utilizado y el plazo por el que se acuerda la medida.²⁸

5. Reformas para mejorar la simplificación y eficacia del proceso penal

5.1. El establecimiento de plazos máximos para la instrucción

En su redacción originaria (art. 324), la Lecrim fijó en un mes el plazo ordinario de duración de la investigación judicial. La mínima falta de adecuación de este plazo a la realidad de las cosas venía produciendo como efecto práctico una “instrucción sin plazos”, que con frecuencia incurría en la vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, previsto en el art. 24 de la Constitución.

Una de las novedades importantes introducida por la Ley 41/2015 ha sido, precisamente, el establecimiento de plazos máximos para la instrucción, con el propósito de buscar un equilibrio adecuado entre la complejidad de la investigación criminal —diversa según los casos— y el derecho a un proceso resuelto en un tiempo razonable.

El nuevo régimen de duración de la instrucción judicial está regulado en art. 324 Lecrim. El modelo distingue entre instrucciones ordinarias, para las que se fija un plazo de seis meses,²⁹ e instrucciones complejas, para las que se prevé un plazo inicial de 18 meses, prorrogable por otro periodo de igual duración. Concluidos los plazos máximos previstos para ambos tipos de instrucción, es posible fijar un nuevo plazo adicional, ya improrrogable, cuya duración no se especifica (art. 324.4 Lecrim).

La instrucción puede ser declarada compleja en dos supuestos. En primer lugar —cláusula abierta— cuando, por circunstancias sobrevenidas, la investigación no pudiera completarse en el plazo estipulado (seis meses). En segundo lugar, cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en una lista cerrada, entendiéndose que la investigación resulta compleja cuando: 1) recaiga sobre grupos u organizaciones criminales; 2) tenga por objeto numerosos hechos punibles; 3) involucre a gran cantidad de investigados o víctimas; 4) exija la realización de pericias o de colaboraciones recabadas por el órgano judicial que impliquen el examen de abundante documentación o complicados análisis; 5) implique la realización de actuaciones en el extranjero; 6) precise la revisión

²⁷ Cuando concurren razones de urgencia, la policía judicial podrá colocar el dispositivo de seguimiento o localización, dando cuenta al juez en el plazo máximo de 24 horas a fin de que confirme o revoque la actuación policial. En este último caso, la información obtenida por la policía carecerá de efectos en el proceso (art. 588 quinques b 4 Lecrim).

²⁸ De conformidad con lo previsto en el art. 588 quinques c Lecrim, el plazo inicial máximo será de tres meses, susceptible de prórroga hasta un máximo de 18 meses.

²⁹ En opinión de los profesionales de la justicia penal, se trata de un plazo de difícil o imposible cumplimiento en la mayoría de los procesos penales. Si consideramos que un exhorto tarda como media seis meses, o una pericial simple referida al estado de funcionamiento de un arma dos años, se comprenderá que sólo los procedimientos incoados por delitos flagrantes, con el imputado detenido y de instrucción sencilla, podrán cumplir con el plazo ordinario previsto en la Ley.

de la gestión de personas jurídico-privadas o públicas; 7) se trate de un delito de terrorismo.

La instrucción será declarada compleja por el juez, mediante auto motivado, previa petición del fiscal y con audiencia de las partes.³⁰ El plazo inicial de duración para las instrucciones complejas es de 18 meses, siendo posible acordar judicialmente una sola prórroga por igual plazo —o menor si procede—, a instancias del fiscal y con audiencia de las partes. No obstante, y como adelantamos, el legislador ha previsto una prórroga adicional excepcional tanto para las investigaciones ordinarias como para las complejas prorrogadas. Cuando concurren *razones que lo justifiquen*, el juez de instrucción, a instancia del fiscal o de alguna de las partes personadas,³¹ podrá fijar un nuevo plazo máximo para la finalización de la instrucción cuya duración máxima no se especifica en la ley.³²

Una vez que concluyan los plazos máximos previstos para la instrucción —ya sean ordinarios, prorrogados o excepcionales— el juez de instrucción deberá acordar la conclusión de la fase de instrucción y la apertura de la fase intermedia, sin que puedan practicarse nuevas diligencias de investigación.³³ La mera conclusión de los plazos máximos no implica, por tanto, el archivo de las actuaciones, sino la conclusión de la actividad investigadora, de modo que las partes únicamente contarán para solicitar el archivo o la apertura de juicio con las diligencias que hubieran podido practicarse durante la fase de instrucción.³⁴

5.2. La retención policial de los atestados sin autor conocido

De acuerdo con el modelo tradicional de investigación preliminar en España, cuando la policía judicial tenía noticia de un hecho delictivo y aún no había intervenido el juez de instrucción o el Ministerio Fiscal, debía practicar las primeras diligencias encaminadas a la averiguación de los hechos y a la identificación de los presuntos responsables, redactando el correspondiente expediente con el reflejo de sus actuaciones y remitiéndolo a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal (arts. 282 y 284 Lecrim). La competencia para archivar el procedimiento únicamente correspondía, tras el examen del atestado y la práctica de las diligencias oportunas, al fiscal —en el marco de la investigación preliminar de los arts. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y 773.2 Lecrim— o al juez de instrucción.

La Ley 41/2015 ha introducido en el referido esquema de la investigación preliminar de la policía una reforma, según la cual, cuando no exista autor conocido, la policía judicial no remitirá el atestado al fiscal ni al juez de instrucción salvo que: *a)* se trate de delitos muy graves; *b)* la investigación policial posterior ofrezca algún resultado relativo a la identificación del presunto responsable; *c)* el atestado sea reclamado por el fiscal o por el juez de instrucción.³⁵

La retención policial de atestados ha sido justificada por el legislador como una medida encaminada a

³⁰ La Fiscalía General del Estado (Circular 5/2015) entiende que el juez de instrucción, de oficio, puede acordar la complejidad de la instrucción sin previa petición del fiscal. Es una interpretación lógica, pero que no está expresamente prevista en el art. 324.

³¹ No resulta fácil comprender por qué, para interesar la primera prórroga, sólo está legitimado el fiscal, mientras que la prórroga excepcional puede ser solicitada por todas las partes personadas.

³² La dificultad de cumplimiento efectivo del plazo ordinario, la cláusula abierta que permite la prórroga de las investigaciones declaradas complejas, y este último plazo excepcional sin sujeción a máximo difuminan en la práctica la existencia de límites temporales efectivos en la instrucción penal.

³³ Sí podrán pedirse diligencias complementarias de investigación en la fase intermedia cuando el juez hubiera acordado la conclusión de la instrucción antes de la conclusión de los plazos máximos, o cuando se hubiera interesado la adopción del plazo excepcional previsto en el art. 324.4 Lecrim. Junto a ello, se dispone que la conclusión del plazo impide la solicitud de nuevas diligencias, pero no la práctica de aquellas acordadas antes de la conclusión del plazo (art. 324.7 Lecrim).

³⁴ En relación con las diligencias de investigación solicitadas y practicadas indebidamente fuera de plazo, la Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2015 señala que “no deben asimilarse en su tratamiento a la prueba ilícita, en tanto no han sido obtenidas violentando derechos y libertades fundamentales (*vid.* SSTS núm. 53/2011, de 10 de febrero y 999/2004, de 19 de septiembre). Por consiguiente, tales diligencias mantendrán su valor como instrumento de investigación y fuente de otras pruebas de ellas derivadas”. Se trata de una interpretación coherente con nuestro modelo de nulidades procesales, aunque criticable *de lege ferenda* al equiparar la eficacia de las diligencias correctas y de las practicadas con vulneración de la legalidad.

³⁵ En el anteproyecto no figuraba ninguna excepción a la falta de remisión de atestados en casos de autor desconocido. Tras el informe del Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto de ley, el gobierno introdujo las excepciones señaladas, que garantizan el control judicial y fiscal, al menos en los casos de delitos más graves. La recomendación figura en el citado informe, p. 59: www.poderjudicial.es.

Aspectos fundamentales de la reforma procesal penal española de 2015

la optimización de recursos y a la descongestión del trabajo de jueces y fiscales,³⁶ quienes rutinariamente solían abrir procedimiento por los atestados, sin autor conocido, recibidos de la policía, para archivarlos provisionalmente a continuación.³⁷ Sin embargo, parece haberse pasado por alto que la actividad de investigación criminal comporta un alto grado de discrecionalidad —prioridades por delitos o zonas, asignación de recursos, criterios selectivos en la actuación—, y que dejando en manos de la policía —sólo de la policía— esta definición de prioridades, el filtro sobre la investigación —generando archivos implícitos y pre- visibles prescripciones— recaerá en primer y principal término en un cuerpo funcional que carece de las garantías reconocidas a los fiscales y jueces, señaladamente a estos últimos que son los responsables de la investigación en el modelo español de justicia penal.

Sin necesidad de remitir el atestado —ni provocar consiguientemente la incoación de procedimiento—, quizá hubiera resultado más adecuado, para efectos de un control efectivo, imponer a la policía la obligación de remitir diariamente comunicación al juez de instrucción de guardia y al fiscal de los atestados incoados sin identificación de autor, señalando el delito, el denunciante y las circunstancias básicas de *notitia criminis*. Esta comunicación permitiría al fiscal y al juez supervisar la actuación policial y reclamar aquellos atestados cuya retención por la policía deba considerarse improcedente.³⁸

5.3. La modificación de las reglas de acumulación procesal

Hasta la reforma de 2015, el proceso penal español propiciaba un amplio margen judicial para la acumulación de los procesos penales. Junto a la conexión por simultaneidad espacio-temporal, a la conexión por acuerdo, y a la conexión medial y de encubrimiento, el legislador previó como cláusula de cierre una conexión discrecional cuyo único límite era la analogía o relación entre sí de los delitos imputados a una misma persona y aún no sometidos a juicio (art. 17 Lecrim, derogado).

La proliferación en los últimos años de los macroprocesos, surgidos en la persecución y castigo de la criminalidad organizada y, sobre todo, de la corrupción política, aconsejaba imponer límites razonables a la acumulación procesal, que hasta el momento había evidenciado enormes dificultades para un enjuiciamiento eficaz, con protección de garantías y en tiempo razonable.

En este aspecto, la reforma de 2015 apuesta por restringir los supuestos de posible acumulación, reforzando la regla general de que cada delito sea objeto de un proceso distinto. Como se señala en la exposición de motivos que precede a la Ley 41/2015, la reforma de las reglas de conexidad supone una racionalización de los criterios de conformación del objeto del proceso, con el fin de que tengan el contenido más adecuado para su rápida y eficaz sustanciación. Con ello se pretende evitar el automatismo en la acumulación de causas y la elefantiasis procesal que se pone de manifiesto en los denominados macroprocesos. Para alcanzar esta finalidad se establecen, en primer lugar, reglas de conexidad más precisas —simultaneidad, acuerdo, conexión medial y de favorecimiento de impunidad, favorecimiento real, personal y de blanqueo de capitales y conexidad por daños recíprocos—. En segundo lugar, y esto es lo más importante, se establece que la conexidad no implica *per se* el enjuiciamiento acumulado; este sólo se dará cuando la investigación y la prueba de los hechos lo aconseje y el enjuiciamiento conjunto no implique excesiva complejidad o dilación para el proceso. La acumulación se convierte, pues, en la excepción, siendo acordada bajo criterio discrecional del juez de instrucción y sobre la base de supuestos significativamente ambiguos.

5.4. La creación del procedimiento autónomo de recuperación de activos procedentes del delito y la regulación de la intervención procesal de terceros afectados por el decomiso

Con base en la STEDH 696/2005 (*Dassa Foundation vs. Liechtenstein*) y en la Directiva 2014/42/UE,

³⁶ Vid. Moreno Catena, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, p. 49.

³⁷ El índice de sobreesimios en España está en torno al 65%, en cifras similares a la media europea.

³⁸ La retención de atestados sin autor conocido por la policía judicial encuentra contrapeso en la posibilidad de control judicial o fiscal sobre la decisión policial —ya sea de archivo del atestado o de retención del mismo—. De conformidad con lo previsto en el art. 6 de la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del Delito, la policía judicial debe informar expresamente al denunciante sobre la retención policial del atestado en caso de falta de identificación del autor en el plazo de 72 horas, así como de la facultad que tiene de reiterar su denuncia ante la fiscalía o la autoridad judicial.

la Ley 41/2015 ha completado los instrumentos procesales penales españoles para la persecución de los bienes y efectos del delito con un nuevo procedimiento especial, denominado procedimiento de decomiso autónomo (arts. 803 ter e/803 ter u Lecrim).³⁹ Se trata de un procedimiento de naturaleza civil,⁴⁰ cuyo objetivo es recuperar los bienes, efectos o ganancias productos del delito cuando el fiscal haya reservado la determinación de los bienes a decomisar para este procedimiento especial, o cuando no resulta posible proceder penalmente contra el autor por haber fallecido, por padecer enfermedad que impida su enjuiciamiento, por estar en rebeldía, por estar exento de responsabilidad penal o por haberse extinguido dicha responsabilidad (art. 803 ter e 2 Lecrim).⁴¹

La legitimación activa corresponde únicamente al Ministerio Fiscal, que dirigirá la demanda contra quienes ostenten alguna relación jurídica con los bienes objeto de procedimiento (acusado, acusado rebelde, incapaz, y terceros afectados) (art. 803 ter Lecrim).⁴² A diferencia de lo previsto en el proceso civil ordinario, la falta de contestación a la demanda en el procedimiento de decomiso autónomo se interpreta como allanamiento del demandado (art. 803 ter m Lecrim).⁴³

El procedimiento seguirá los trámites del juicio verbal civil, basado en un esquema simplificado y contradictorio en el que, tras la demanda y la contestación, son convocadas las partes a una vista para la práctica de la prueba y la evacuación de conclusiones, tras la cual se dictará sentencia.

En cuanto a los efectos de la sentencia, debe tenerse en cuenta que produce plenos efectos de cosa juzgada sobre cualquier proceso civil posterior que se entable sobre relaciones jurídicas con los bienes decomisados. Cuando la sentencia recaída en el proceso autónomo de decomiso se dicta estando el proceso penal suspendido, la sentencia penal posterior condiciona la de decomiso, quedando ésta sin efecto si no se acredita en el proceso penal la comisión del hecho delictivo.

De conformidad con lo previsto en el art. 803 ter q Lecrim, en el curso del procedimiento autónomo de decomiso el fiscal podrá practicar las diligencias de investigación que resulten necesarias para localizar los bienes o derechos titularidad del demandado.⁴⁴

Debe señalarse además que la cosa juzgada de la sentencia en el procedimiento autónomo de decomiso se contrae a los bienes contra los que se dirija el procedimiento, siendo posible la incoación de un proceso posterior contra la misma persona cuando se conozcan nuevos bienes susceptibles de decomiso no incluidos en el proceso anterior (art. 803 ter u Lecrim).

Junto a la creación del procedimiento autónomo descrito, la Ley 41/2015 ha regulado de modo específico el régimen procesal de la intervención de terceros afectados por el decomiso cautelar. En este sentido, el art. 803 ter a Lecrim prevé la posible personación (de oficio o a instancia del interesado) de aquellas personas que puedan verse afectadas por el decomiso (propietarios o titulares de derechos sobre el bien), siempre que conste en las actuaciones: a) que

³⁹ Como señala sintéticamente la exposición de motivos que precede a la Ley 41/2015, “Se regula así un proceso de decomiso autónomo que permita la privación de la titularidad de los bienes procedentes del delito pese a que el autor no pueda ser juzgado”.

⁴⁰ Vid. Cortés, *Derecho procesal...*, op. cit., p. 566. Aun siendo de naturaleza civil, el tribunal competente es penal: ya sea el que dictó la sentencia pendiente de concretar los bienes decomisados en ejecución; el competente para dictar sentencia en el proceso penal que hubiera quedado suspendido, o el tribunal penal competente para decidir en el proceso penal que no pudo iniciarse contra el presunto responsable por haber fallecido, por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse extinguido la responsabilidad penal (vid. Barona, *Derecho jurisdiccional III...*, op. cit., p. 586).

⁴¹ En Derecho español, el decomiso venía siendo configurado como una pena accesoria (durante el procedimiento como una medida cautelar) destinada a desposeer al culpable de los bienes y ganancias obtenidas con el delito tras una sentencia de condena. La sentencia citada y, más recientemente, la Directiva 2014/42/UE entienden admisible el decomiso sin condena penal al calificarlo como una restitución derivada de un “enriquecimiento injusto” más próximo al ilícito civil; vid. Armenta Deu, *Lecciones de Derecho...*, op. cit., p. 403.

⁴² Tal y como señala Armenta Deu, *Lecciones de Derecho...*, op. cit., p. 404, el decomiso podrá extenderse a bienes de terceros en dos supuestos: a) cuando se trate de efectos y ganancias del delito adquiridos con conocimiento de su procedencia ilícita o con ignorancia inexcusable de la misma; b) cuando el tercero hubiera adquirido los bienes con conocimiento de dificultar así su decomiso o cuando hubiera tenido motivos para sospecharlo.

⁴³ Vid. Cortés, *Derecho procesal...*, op. cit., 567.

⁴⁴ Podrá hacerlo por sí mismo, mediante la Oficina de Recuperación de Activos o por medio de los funcionarios de Policía Judicial. Conviene aclarar que lo que se regula en el art. 803 ter q Lecrim es la investigación del fiscal, en trámite de ejecución, para “localizar” los bienes decomisables señalados en la sentencia (vid. Barona, *Derecho jurisdiccional III...*, op. cit., p. 588). No obstante, las mismas facultades tiene el fiscal para incoar una investigación preliminar a fin de decidir sobre la solicitud de incoación del procedimiento autónomo de decomiso, o para investigar en el curso del procedimiento la existencia de otros bienes susceptibles de decomiso autónomo, pudiendo interesar en su caso la ampliación de la demanda.

Aspectos fundamentales de la reforma procesal penal española de 2015

el bien pertenece a un tercero distinto del investigado y *b*) que existen terceros titulares de derechos sobre el bien cuyo decomiso se solicita, que podrían verse afectados por el mismo.

La participación en el proceso penal de los terceros afectados por el decomiso tendrá lugar desde que se admitiere su personación (actuando siempre por medio de abogado) y se limitará a los aspectos de las actuaciones vinculados con los bienes decomisados. El tercero afectado por el decomiso será citado a juicio, pudiendo proponer en el mismo las pruebas que considere oportunas para la defensa de su posición procesal. En el juicio oral es preceptiva la presencia del letrado del tercero afectado, siendo potestativa la comparecencia del interesado. El tercero afectado por el decomiso podrá interponer contra la sentencia los recursos previstos en la ley, aunque habrá de limitar sus pretensiones a los pronunciamientos que afecten a los derechos cuestionados sobre los bienes decomisados, sin que en ningún caso puedan extenderse a las cuestiones relacionadas con la responsabilidad penal del encausado (art. 803 ter c Lecrim).

5.5. La creación del procedimiento por decreto

Entre las medidas de agilización del proceso penal español introducidas por la Ley 41/2015 figura en lugar destacado la creación del nuevo procedimiento por decreto previsto en los arts. 803 bis a y 803 bis j Lecrim. El procedimiento por decreto tiene como objetivo la aceptación por el encausado de una propuesta de pena formulada por el fiscal, que supone la evitación del juicio y la imposición por el juez de una pena reducida que no implica la privación de libertad. Se configura como un procedimiento especial, de naturaleza monitoria,⁴⁵ previsto para delitos menos graves no susceptibles de enjuiciamiento inmediato.

La aplicación del procedimiento por decreto exige, en primer lugar, que se trate de delitos castigados

—en abstracto y como máximo— con pena de multa, de trabajos en beneficio de la comunidad, de prisión no superior a un año (que pueda ser suspendida), o de privación del permiso de conducción (art. 803 bis a 1º Lecrim). Deben darse, además, dos condiciones subjetivas: *a*) que el fiscal entienda que la pena máxima aplicable —en concreto— es multa, trabajos en beneficio de la comunidad, o privación del permiso de conducción; *b*) que no esté personada acusación particular o popular en la causa.⁴⁶

La presentación del decreto por el fiscal, que es plenamente discrecional, puede hacerse en cualquier momento de la fase de investigación, siendo requisito implícito que las actuaciones permitan sostener la calificación penal de los hechos y la participación indiciaria del investigado. El decreto del fiscal deberá incluir los siguientes extremos (art. 803 bis c Lecrim):

1. La identificación del encausado
2. La descripción del hecho punible
3. La indicación del delito cometido y mención sucinta de la prueba existente
4. Las razones por las que entiende que procede la sustitución de la pena de prisión (si el delito la llevara aparejada)
5. La pena pedida, reducida en un tercio respecto de la legalmente prevista
6. La exigencia de las responsabilidades civiles que procedan

El decreto redactado por el fiscal debe remitirse al juez de instrucción, quien procederá a su autorización si el procedimiento por decreto es procedente y si el decreto cumple con los contenidos previstos en el art. 803 bis c Lecrim. Si el decreto no resulta autorizado, el procedimiento continuará por los cauces ordinarios del procedimiento que corresponda. Si resulta autorizado, el juez de instrucción lo trasladará al investigado, citándole a una comparecencia en la

⁴⁵ El carácter monitorio de este procedimiento deriva de la búsqueda rápida de una sentencia de condena mediante una dialéctica de propuesta-aceptación entre acusador y acusado. Si el acusado no acepta la propuesta de la acusación, ésta no queda vinculada por la propuesta inicial en su escrito de acusación posterior. No obstante, y como señala Moreno Catena, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, p. 571, el margen de modificación del fiscal en el escrito de acusación es escaso, teniendo en cuenta que no puede alterar los hechos, ni la calificación, ni las fuentes de prueba tenidas en cuenta para la proposición de decreto. De ahí que la aceptación del decreto (y por ende, el éxito del procedimiento) dependa en lo fundamental de la existencia de una negociación previa entre el fiscal y el encausado, estimulada por la previsión de rebaja en un tercio de la pena, prevista como consecuencia directa de la aceptación del decreto del fiscal.

⁴⁶ La presencia en el proceso del acusador particular (representando a la víctima) o del acusador popular (representando a la sociedad en los delitos públicos), ralentizaría la tramitación y obstaculizaría el acuerdo con el encausado. *Vid.* Barona, *Derecho jurisdiccional...*, *op. cit.*, p. 608.



que habrá de manifestar si acepta o rechaza el decreto. En la citación, el juez informará al investigado de la finalidad de la comparecencia, del derecho que tiene de aceptar o rechazar el decreto, de los posibles efectos de la misma, y de la necesidad de que acuda asistido de abogado.

Si el investigado comparece sin abogado, el juez suspenderá la comparecencia y acordará nueva fecha para su celebración. Si el investigado no comparece, el decreto deviene ineficaz, prosiguiendo el procedimiento por los trámites ordinarios que procedan.

Si el investigado comparece con abogado, el juez de instrucción se asegurará de que ha comprendido el contenido y los posibles efectos de la aceptación o rechazo del decreto del fiscal. Una vez informado de la propuesta del fiscal, el investigado tiene dos posibilidades: aceptar o rechazar el decreto. Sólo se entenderá aceptado el decreto cuando la conformidad sea plena, completa y total. En cualquier otro caso —rechazo pleno o aceptación parcial— el decreto devendrá ineficaz y el procedimiento continuará por los trámites ordinarios que correspondan.

Si en la comparecencia el decreto resulta aceptado total e íntegramente por el investigado, procederá el juez de instrucción a convertir el decreto del fiscal en una resolución judicial firme, que será documentada en el plazo de tres días en la forma y con los efectos de una sentencia condenatoria. Contra esta sentencia no cabrá recurso alguno (art. 803 bis i Lecrim).

6. El nuevo procedimiento para la ejecución de las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El 4 de octubre de 1979, España ratificó el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Instrumento de

Ratificación publicado en el *BOE* de 10 de octubre de 1979). De conformidad con lo previsto en el art. 96.1 de la Constitución española, “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.⁴⁷

Desde el 10 de octubre de 1979, el Convenio Europeo de Derechos Humanos ha de considerarse Derecho aplicable en España, y sus disposiciones han de servir, además, para la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales (art. 10.2 Constitución Española).⁴⁸ Pese a ello, la aplicación plena en el Derecho interno español de las disposiciones del Convenio adolecía de una importante laguna, denunciada por la doctrina y por la jurisprudencia de manera sistemática: no existía un cauce legal para la ejecución en España de las sentencias declarativas de violación del Convenio dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Es cierto que el Convenio no impone el establecimiento de dicho cauce, señalando el art. 50 la vía indemnizatoria cuando el Estado responsable de la violación permita de manera imperfecta su reparación. Por su parte, el art. 46 del Convenio prevé un procedimiento confuso y poco eficaz para la ejecución por los Estados de las sentencias declarativas de violación, en el que se otorga un papel relevante al Comité de Ministros del Consejo de Europa en el control de la ejecución de las sentencias del Tribunal, cuya coactividad resulta meramente formal o nominal.⁴⁹

Por todo ello, y a la vista de la importancia que han adquirido en los últimos años tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la fuerza

⁴⁷ Disposición coincidente con lo previsto en el art. 1.6 del Código Civil español, conforme al cual las normas contenidas en los tratados internacionales ratificados por España serán Derecho interno aplicable desde su publicación íntegra en el *Boletín Oficial del Estado*.

⁴⁸ Según ha señalado el Tribunal Constitucional español (STC 303/1993, de 25 de octubre), la jurisprudencia del TEDH no sólo tiene el valor de criterio interpretativo del Derecho interno, sino que también resulta de aplicación inmediata en el ordenamiento español.

⁴⁹ Art. 46. Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias: “1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes. 2. La sentencia definitiva del Tribunal se transmitirá al Comité de Ministros, que velará por su ejecución. 3. Cuando el Comité de Ministros considere que la supervisión de la ejecución de una sentencia definitiva resulta obstaculizada por un problema de interpretación de dicha sentencia, podrá dirigirse al Tribunal con objeto de que éste se pronuncie sobre dicho problema de interpretación. La decisión de dirigirse al Tribunal se tomará por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité. 4. Si el Comité considera que una Alta Parte Contratante se niega a acatar una sentencia definitiva sobre un asunto en que es parte, podrá, tras notificarlo formalmente a esa Parte y por decisión adoptada por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité, plantear al Tribunal la cuestión de si esa Parte ha incumplido su obligación en virtud del párrafo 1.5. Si el Tribunal concluye que se ha producido una violación del párrafo 1, remitirá el asunto al Comité de Ministros para que examine las medidas que sea preciso adoptar. En caso de que el Tribunal concluya que no se ha producido violación alguna del párrafo 1, reenviará el asunto al Comité de Ministros, que pondrá fin a su examen del asunto”.

Aspectos fundamentales de la reforma procesal penal española de 2015

vinculante de su jurisprudencia, resultaba obligado establecer en el Derecho interno un cauce que permitiera la ejecución efectiva y coactiva de las declaraciones de violación en caso de incumplimiento voluntario por parte del Estado, dejando las reparaciones indemnizatorias como soluciones complementarias o sustitutorias para aquellos supuestos en los que no resultara posible la actuación sobre el acto constitutivo de violación ni la reposición íntegra de los derechos del sujeto que la padeció.

Hasta la reforma introducida en esta materia por la Ley 41/2015, nuestros tribunales habían venido señalando la necesidad de una solución normativa para esta laguna⁵⁰ apuntando, en ausencia de un cauce procedimental expreso, la conveniencia de reconducir las sentencias declarativas de violación del Convenio por actos imputables a los órganos judiciales españoles al motivo previsto para la revisión penal de sentencias firmes en el antiguo art. 954.4 Lecrim,⁵¹ y al correspondiente procedimiento establecido para este medio extraordinario de impugnación.⁵²

Ésta es la solución acogida por el legislador en la Ley 41/2015.⁵³ Como se señala en su exposición de motivos, “la necesidad de establecer en el orde-

namiento español un cauce legal de cumplimiento de las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hasta ahora sin otra cobertura que la interpretación jurisprudencial, impone la reforma de los motivos del recurso de revisión, en el marco de la mejora técnica de los diversos supuestos”.

Según lo previsto en el reformado art. 954.3 Lecrim, se podrá solicitar la revisión de una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución fue dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión. En este supuesto, la revisión sólo podrá ser solicitada por quien, estando legitimado para interponer este recurso, hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La solicitud deberá formularse en el plazo de un año desde que adquiera firmeza la sentencia del referido Tribunal.

⁵⁰ *Vid.*, entre otras, Sentencia del Tribunal Constitucional 245/1991.

⁵¹ La opción por reconducir al procedimiento de revisión el cauce de ejecución en España de las sentencias declarativas de violación dictadas por el TEDH es mayoritaria entre la doctrina española; *vid.*, en este sentido, Garberí, “La ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *La Ley*, núm. 8178, 25 de octubre de 2013. Nosotros, sin embargo, estamos más de acuerdo con la tesis sostenida por el Consejo de Estado en su informe sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento jurídico español (2008), según la cual, en lugar de la revisión, resultaría más adecuada la creación de un procedimiento autónomo atribuido al Tribunal Supremo con la finalidad de evaluar los efectos de la declaración de violación de la sentencia del TEDH, y el tratamiento que haya de darse al acto que ha producido la violación. Esta solución es preferible, según señala el Consejo de Estado, a la revisión, cuyo fundamento se encuentra en el conocimiento posterior a la resolución judicial firme de hechos injustos y no en la concurrencia de infracciones jurídicas, propias de la institución de la nulidad. En general, sobre la ejecución en España de las sentencias del TEDH, *vid.* Bujosa Vadell, *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Madrid, 1998; *vid.* también Izquierdo Sans, “El carácter no ejecutivo de las sentencias del tribunal europeo de derechos humanos”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 11, 1997.

⁵² *Vid.* Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2014. ÚNICO PUNTO: La viabilidad del Recurso de Revisión como vía procesal para dar cumplimiento a las resoluciones del TEDH en el que se haya declarado una vulneración de derechos fundamentales que afecten a la inocencia de la persona concernida. ACUERDO: En tanto no exista en el ordenamiento Jurídico una expresa previsión legal para la efectividad de las sentencias dictadas por el TEDH que aprecien la violación de un derecho fundamental del condenado por los Tribunales españoles, el recurso de revisión del art. 954 Lecrim cumple este cometido.

⁵³ *Vid.* Gómez Colomer, *Derecho jurisdiccional...*, *op. cit.*, pp. 515 y 516.



Feminismo, seguridad y política criminal de género



María Concepción Gorjón Barranco

Universidad de Salamanca

RESUMEN: *El Derecho penal como instrumento de control social ha sido tradicionalmente utilizado para regular los problemas sociales de mayor gravedad. En los últimos años, los medios de comunicación nos han informado sobre el problema de la violencia en la pareja, pasando de esta forma al debate público, siendo esta violencia objeto de una respuesta estatal. El feminismo se ha manifestado a favor y en contra de la utilización del Derecho penal en este ámbito, alumbrando una política criminal de género que ha desembocado en la creación de tipos género-específicos en el Código Penal.*

PALABRAS CLAVE: *Feminismo, violencia de género, Derecho penal, seguridad, política criminal.*

ABSTRACT: *Criminal law as instrument of social control has traditionally been used to regulate the social problems of utmost severity. In recent years, the media has been informing us about the problem of violence in couples, leading to public debate, while this violence being object of a State response. Feminism has been in favor and against the use of Criminal law in this field, lightning up a criminal policy that has resulted in the creation of gender-specific types in the Penal Code.*

KEY WORDS: *Feminism, gender violence, law criminal, security, political criminal.*

SUMARIO: *1. Introducción. 2. Miedo y mujer. 3. El movimiento feminista ante el Derecho penal. 4. Las políticas de seguridad. 5. Política criminal de género. Víctimas y agresores. 6. Los reflejos en la legislación penal; violencia doméstica y de género. 7. Notas finales. 8. Bibliografía.*

1. Introducción

En este trabajo se pondrá de manifiesto una de las cuestiones más rentables de los últimos años: el miedo en su versión subjetiva y el aprovechamiento por parte de las políticas criminales estatales; en concreto abordaremos su impacto en la “política criminal de género” fraguada en España a lo largo de los últimos años. También se hablará de la postura del feminismo ante el uso del Derecho penal para abordar el problema de la violencia de género, así como algunas de las consecuencias de estas políticas tanto en víctimas como en agresores.

Son muchos los miedos que las mujeres manifiestan en relación con el poder patriarcal, entre ellos han sido muy estudiados por el feminismo el miedo a la violación o al acoso laboral; pero nos centraremos en aquel que ha copado la atención del legislador penal español últimamente por ocurrir dentro de la esfera protectora del hogar: el miedo a los malos tratos dentro de la pareja.

Como en tantos otros ámbitos, han sido los medios de comunicación en sus páginas de sociedad los encargados de generar la alarma social y los que han avivado las voces que piden acabar con el miedo de las mujeres a denunciar los malos tratos, voces que al mismo tiempo han demandado una respuesta eficaz contra los abusos cometidos en este ámbito acudiendo al medio más represivo con el que cuenta un Estado, esto es, el Derecho penal. Sin embargo, la historia demuestra que el intento de solucionar los problemas sociales por medio del recurso al Derecho penal constituye un intento de búsqueda de soluciones rápidas que no suele alcanzar los resultados pretendidos. A lo largo de este trabajo comprobaremos cómo la política criminal enfocada al género y a la protección de las mujeres ha acabado por victimizarlas aún más; pondremos los casos de las “víctimas especialmente vulnerables” y de lo que ocurre en caso de quebrantar una orden de alejamiento.

2. Miedo y mujer

Partiendo de la estructura de la sociedad patriarcal, en la que el ámbito público fue diseñado para el hombre y el privado para la mujer, observamos cómo tanto el control social informal como el formal¹ han funcionado de distinta manera en hombres y en mujeres, siendo especialmente intensos en el caso de estas últimas. Por una parte el efecto del control social informal tradicionalmente ejercido por la familia, por el lenguaje, y en definitiva una cultura que premia la masculinidad; y por otra parte el control social formal emanado de las instituciones tanto del Derecho como de las instancias judiciales. Los dos medios de control han estado en poder de los hombres bajo el poder que otorga el patriarcado.

Las feministas han construido una crítica a ese sistema de control; en palabras de Smart, tres han sido las etapas en la crítica, en este caso al Derecho penal como control social formal; 1) el Derecho es sexista, 2) el Derecho es masculino y 3) el Derecho tiene género.² Así, Gil Ruiz habla de que las mujeres no sólo soportan la violencia propinada por el agresor sino además la violencia de Estado, de Derecho y de la ciencia jurídica.³ Sin embargo, en vez de asegurar el bienestar de las mujeres, las ansias de la población de vencer la inseguridad están haciendo retroceder hacia unas políticas de control que nos remiten a la teoría de la desviación que fue utilizada por los sociólogos⁴ y que está llevando a adoptar medidas (de control) estatales que poco o nada sirven para empoderar a las mujeres.

Dos son los enfoques desde los que abordar el miedo en la violencia doméstica y de género; desde la perspectiva de la víctima y desde la del agresor. Con carácter general, los estudios de género comenzaron desde la perspectiva de la víctima; sin embargo, lo que en principio pretendía otorgar protección para las víctimas de violencia en la pareja acabó por ir en contra de los intereses de las propias mujeres. Este aspec-

¹ Al respecto resulta muy interesante la obra de Larrauri, E. (comp.), “Control informal: las penas de las mujeres” y “Control formal:... el Derecho penal de las mujeres”, *Mujeres, Derecho penal y criminología*, Siglo XXI, Madrid, 1994, pp. 1 y 93.

² Smart, C., “La mujer del discurso jurídico”, en Larrauri, E. (comp.), *Mujeres, Derecho penal y criminología*, op. cit., pp. 170-178.

³ Gil Ruiz, J.M., *Los diferentes rostros de la violencia de género. Actualizado con la ley de igualdad (LO 3/2007, de 22 de marzo)*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 37.

⁴ Davis, N.J., y Faith, K., “Las mujeres y el Estado: modelos de control social en transformación”, en Larrauri, E. (comp.), *Mujeres, Derecho penal y criminología*, op. cit., pp. 111 y 112.

to precisamente es el que queremos poner de manifiesto en este trabajo; cómo las políticas de seguridad han acabado por mermar no sólo los derechos de los agresores sino también los de las propias víctimas.

Desde la perspectiva de la víctima distinguimos dos tipos de miedos. El primero de ellos proviene de la propia estructura patriarcal, del envoltorio cultural que encorsetó a las mujeres en un segundo plano social arrinconándolas en el espacio doméstico regido por el poder y el control masculino. El segundo de los miedos a los que se enfrentan las mujeres es el de reconocer públicamente la situación de violencia, la mujer por lo general tarda años en tomar la decisión de denunciar a su agresor.⁵ Miedo a que no le crean y a que, tras la denuncia, la violencia contra ella aumente, pues los datos demuestran que ésta incrementa cuando el hombre sabe que pesa una denuncia⁶ contra él. La etapa de separación es especialmente tensa, debido a que se recrudece la violencia.⁷

Desde la perspectiva del agresor a día de hoy, el miedo proviene sobre todo de la mujer independiente; el hombre teme perder el papel privilegiado que le ofreció la historia, es por ello que incrementa la violencia cuando conoce que la mujer interpuso denuncia contra él. En este sentido se están promoviendo políticas de seguridad a nivel estatal y delitos más parecidos al Derecho penal de autor, que no considera os hechos cometidos como el sujeto que los lleva a cabo.⁸ Digamos que aquella idea romántica de la que presumía el Código Civil francés y que ha perdurado hasta hace bien poco en nuestra legislación, en cuanto a que el hombre debe proteger a la mujer y la mujer a

cambio le debe fidelidad al marido, se ha roto. Si las mujeres son cada vez más independientes económicamente no necesitan esa protección del marido.

3. El movimiento feminista ante el Derecho penal

3.1. Orígenes

La ciudadanía, entendida como el pleno goce de derechos, estuvo históricamente reservada a los hombres libres y negada a las mujeres, a los inmigrantes y a los extranjeros.⁹ No es nuestra intención detenernos aquí en la evolución del pensamiento feminista, pues excedería los límites de este trabajo, pero no esté de más recordar cómo las mujeres no fueron siquiera incluidas en el Pacto Social con el que nació el Estado moderno constituido a finales del siglo XVIII; la Revolución francesa trajo consigo la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano del que las mujeres fueron excluidas. De ello da cuenta la vida de Olympe de Gouges, quien fue una figura revolucionaria muy importante en la consecución de la Declaración de los Derechos de las Mujeres, paralela a aquella Declaración que sólo tenía en cuenta a los hombres. Mientras tanto, en Inglaterra también iban fraguándose posturas feministas, destacando Mary Woolstonecraft con su obra *Reivindicaciones de los derechos de las mujeres* (1790), la cual fue muy estudiada por John Stuart Mill, diputado inglés caracterizado por ser el propulsor en el Parlamento del derecho al voto femenino desencadenante del movimiento de “las Suffragettes”.

⁵ Saavedra, A.M., y Carranco, R., “Una aproximación a los delitos en 2008. Violencia machista. Nueve mujeres muertas y una cifra que deja respirar”, *El País*, 19 de marzo de 2009, que recoge unas declaraciones del Ministro de Interior en las que afirma: “Cada vez denuncian más los vecinos de las víctimas, los familiares; están aflorando poco a poco este tipo de delitos al perderse el miedo”, señaló Rubalcaba (Ministro de Interior), que explicó que los delitos de este tipo pasaron de 60 000 en 2007 a 63 000 el año pasado”. De la misma manera nos sorprende otra noticia: Morán, C., “La violencia machista origina más de 400 denuncias al día. Los jueces piden que se comunique a la víctima si el agresor sale en libertad”, *El País*, 3 de enero de 2009, donde se afirma que “normalmente, el miedo o la inconsciencia de estar percibiendo malos tratos, no ayudan a denunciar e incluso en algunas ocasiones llevan a un arrepentimiento prematuro”.

⁶ *El País*, 25 de agosto de 2009. “Aumentan las víctimas de violencia machista que retiran la denuncia. El 44% de los casos en los que la acusación no sigue adelante es porque la mujer se arrepiente. El Ministerio Público y el Consejo General del Poder Judicial piden cambiar la ley para evitarlo.”

⁷ Según palabras del Delegado del Gobierno en la materia (de violencia de género), Miguel Lorente, cada vez más mujeres mueren a manos de sus exparejas y no de las actuales, por lo que el riesgo es más fuerte cuando hay una separación de por medio propiciada por la mujer. En el año 2008, el porcentaje de exparejas que acabaron con la vida de sus mujeres fue del 41%, y en el 2009 fue del 57.7%. Además, hasta el verano de 2009, “el 11.5% habría renunciado a la orden de protección mientras que a mediados del 2008 ninguna lo había hecho”.

⁸ Es una de las polémicas más fuertes de los delitos de las “agravantes específicas de género” que se introdujeron en la legislación española con ocasión de la LO 1/2004 de 28 de diciembre.

⁹ Para más información consultar De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Ciudadanía, sistema penal y mujer”, en García Valdés, C., Cuerda Riezu, A., Martínez Escamilla, M., Alcácer Guirao, R., y Valle Mariscal de Gante, M. (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 189 y 190.

Feminismo, seguridad y política criminal de género

Aquella primera remesa del movimiento feminista visibilizó un grupo oprimido por la sociedad patriarcal: las mujeres. Sin entrar en detalle de su ausencia en la vida pública hasta el siglo XX, sólo haremos mención de la aparición de la mujer-víctima gracias a la Criminología feminista, pues con ésta “se redescubre la violencia doméstica, el acoso sexual, y se presenta a la mujer como víctima de la opresión social”.¹⁰ Por otra parte, en los últimos años los colectivos de mujeres víctimas han favorecido el alumbramiento de una política de género, como veremos, que ha tenido por objeto principal la criminalización de los agresores focalizando la atención en una cascada de reformas penales.

3.2. *El feminismo oficial*

A grandes rasgos, Larrauri resume las estrategias feministas en: 1) eliminar la desigualdad y plasmar la diferencia, 2) proponer otro Derecho penal (feminista) y 3) buscar alternativas al derecho penal.¹¹ Es la segunda de estas etapas la que de manera general se ha instaurado en España en los últimos años, y responde a esas políticas de “tolerancia cero” ante el maltrato promulgadas desde Europa o la esfera internacional en general. El feminismo llamado “oficial” ha sido el encargado de llevar a cabo las últimas reformas en España sobre violencia doméstica y de género, cuyo mérito ha sido visibilizar la opresión y la discriminación que el sistema históricamente deparó a las mujeres, pero se ha caracterizado por su confianza en el poder del aparato punitivo para la resolución de este conflicto social que atañe a las mujeres, incurriendo, como comprobaremos más adelante, en una política bienintencionada pero que no ha surtido los efectos pretendidos.¹² Gimbernat critica a este feminismo en su papel de nuevo gestor de la moral colectiva, expre-

sando que siendo un movimiento tradicionalmente de izquierdas que se había centrado en destipificar conductas relacionadas con los derechos de las mujeres, como el aborto o el adulterio e incluso el divorcio, torna su quehacer a finales del siglo pasado apoyando la creación y castigo de nuevas conductas en el Código Penal.¹³ Se afirma que:

el movimiento feminista ha dado lugar a la mayor revolución del siglo XX, y a él le corresponde el mérito gigantesco de haber cambiado las condiciones de vida de las mujeres para conseguir, aunque todavía queda mucho por hacer, su equiparación social y profesional con los hombres. Pero ni siquiera esa aportación que ha abierto una nueva época de la Humanidad le legitima para entrar en el ámbito del Derecho penal como un elemento en una cacharrería.¹⁴

3.2.1. El bienestarismo autoritario

Es Díez Ripollés quien define al feminismo tradicional como “bienestarismo autoritario”, acusando a la Criminología feminista de orientar una política que “sin desconocer las causas profundas de determinados comportamientos delictivos, ha dado primacía a las intervenciones penales frente a otro tipo de intervenciones sociales y, en consecuencia, ha sido una de las principales impulsoras de lo que podríamos denominar el bienestarismo autoritario”.¹⁵ Ello, sin minusvalorar los aspectos positivos, pues “ha puesto acertadamente de manifiesto la necesidad de desmontar la sociedad patriarcal, la cual ha sido capaz de superar, apenas alterada, las profundas transformaciones sociales que han tenido lugar en el siglo XX y de mantener, consiguientemente, insostenibles desigualdades sociales entre los géneros”.¹⁶ Además ha provocado que se generalice la “imagen social de que

¹⁰ Torrente, D., *Desviación y delito*, Ciencias sociales, Alianza, Madrid, 2001, p. 68.

¹¹ Para más información, véase Larrauri, E., “Una crítica feminista al derecho penal”, en Larrauri, E., y Varona, D., *Violencia doméstica y legítima defensa*, EUB, Barcelona, 1995, pp. 165-171.

¹² De igual manera se han utilizado los medios de comunicación para propagar ideas, resaltamos los artículo en prensa: “Manifiesto”, en *El País*: “un feminismo que también existe”, de 18 de marzo de 2006, que va más allá de la crítica al castigo como fundamento de las reformas de género, y también pone en duda la razón última de este tipo de violencia que hunde sus raíces en el patriarcado. En el mismo sentido se manifiesta “Para el avance de las mujeres”, *El País*, 16 de abril de 2006 y, por otra parte, un punto contrario en “Por la autonomía de las mujeres”, *El País*, 16 de abril de 2006.

¹³ Gimbernat Ordeig, E., “Los nuevos gestores de la moral colectiva”, *El Mundo*, 10 de julio de 2004.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Díez Ripollés, J.L., *La política criminal en la encrucijada*, B de F, Buenos Aires, 2007, p. 99, expone acerca del bienestarismo autoritario sobre el que vuelve a pronunciarse más adelante describiendo más características, concretamente en la p. 112.

¹⁶ *Ibidem*.

la violencia es el vector explicativo de la desigualdad entre los géneros”.¹⁷ A su vez, esa creencia ha resuelto que los mecanismos penales han de ser los encargados de solucionar estos problemas, lo cual se traduce en dos consecuencias irremediables; a) en asegurar una punición de comportamientos patriarcales no necesariamente violentos, como es el caso de las amenazas en el marco de la violencia doméstica, y b) asegurar el castigo de los actos patriarcales confiando en los efectos simbólicos del Derecho penal para promover cambios sociales.¹⁸

3.3. El feminismo crítico

El pensamiento feminista es sobre todo un pensamiento crítico,¹⁹ y por ello “resulta contradictorio que se acuse al Derecho penal de ser un medio patriarcal y se recurra a él, con lo cual en vez de contribuir a extinguirlo se contribuye a engrandecerlo”,²⁰ por tanto, sin desestimar el poder de tal herramienta jurídica, sería más conveniente una apuesta por la creación de alternativas. La principal característica que diferencia al feminismo crítico es su poca credibilidad en el recurso indiscriminado al Derecho penal para la resolución de estas controversias; eso sí, en una sociedad en la que el Derecho penal está en claro auge y expansión, no vale justificar tal expansión para la protección de otros derechos y sin embargo no adaptarla a las necesidades de los derechos de las mujeres acusando de “nuevo punitivismo” al feminismo,²¹ “otra cuestión es si los instrumentos penales son los más idóneos para la protección de cualquier bien jurídico, de cualquier derecho”.²²

Osborne resalta las críticas de la teoría *queer* o el feminismo postmoderno, que surge en la década de

los noventa y pone de manifiesto que si no se puede basar toda la trama de discriminación tan sólo en el género y la importancia de esta doctrina es que tiende a las políticas de coalición entre las minorías a pesar de la raza o la pobreza, distinguiendo por tanto varias opresiones en las mujeres y no sólo la del género.²³ Es decir, que como en todos los ámbitos bajo tutela penal, también en este caso factores como la pobreza o la marginación influyen en la permanencia de estas situaciones violentas.

4. Las políticas de seguridad

Según Jakobs, al Estado le corresponde el restablecimiento del orden externo de la sociedad y, por consiguiente, garantizar la seguridad de todos los ciudadanos.²⁴ En la actual sociedad del riesgo podemos distinguir tres niveles de análisis;²⁵ el primero de ellos, referido a las nuevas tecnologías y el control de sus riesgos; en segundo lugar, se pone de manifiesto la dificultad de atribuir la responsabilidad de esos riesgos a personas individuales o colectivas y, lo que es más importante, en un tercer lugar observamos que “en la sociedad se ha difundido un exagerado sentimiento de inseguridad que no parece guardar exclusiva correspondencia con tales riesgos, sino que se ve potenciado por la intensa cobertura mediática de los sucesos peligrosos o lesivos”.²⁶ La inseguridad es tomada aquí desde la diferencia que hay entre la percepción de los ciudadanos a ser posibles víctimas de un delito, y las posibilidades reales de serlo.

Esta situación de partida (el miedo a ser víctima de un delito) ha justificado ante la opinión pública la instauración de unas políticas securitarias a nivel mundial que han tomado el miedo de referencia y

¹⁷ *Ibidem*, p. 100.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ Cobo, R., “El género en las ciencias sociales”, en Laurenzo, P., Maqueda, M.L., y Rubio, A., *Género, violencia y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 49.

²⁰ Larrauri, E., “Una crítica feminista al derecho penal...”, *op. cit.*, p. 172.

²¹ Bodelón, E., “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo”, en Laurenzo, P., Maqueda, M.L., y Rubio, A. (coords.), *Género, violencia y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 292.

²² *Idem*.

²³ Osborne, R., “Debates en torno al feminismo cultural”, en Amorós, C., y De Miguel, A. (eds.), *Teoría feminista. De la Ilustración a la globalización. Del feminismo liberal a la postmodernidad*, t. II, 2ª ed., Minerva Ediciones, Madrid, 2007, pp. 244-248.

²⁴ Peñaranda Ramos, E., Suárez González, C., y Cancio Meliá, M., *Un nuevo sistema de Derecho penal: Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999. Asimismo, Jakobs, G., *Estudios de Derecho penal*, trad. Peñaranda Ramos, E., Suárez González, C., y Cancio Meliá, M., Civitas, Madrid, 1997, pp. 25 y ss.

²⁵ Díez Ripollés, J.L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, enero de 2005, pp. 3 y 4.

²⁶ *Ibidem*, p. 4.

como pretexto y excusa para el control de los ciudadanos,²⁷ justificando de esta manera la reducción de los derechos fundamentales en aras de mantener el valor superior de la seguridad. Cuestión acrecentada sobremanera tras los ataques terroristas del 11-S. Así, Gil Ruiz llama la atención sobre el contenido de la seguridad pública en un contexto democrático, y nos recuerda que éste debe consistir “en la situación política y social en la que las personas tienen legal y efectivamente garantizado el goce pleno de sus derechos a defender y a ser protegidos en su vida, su libertad, su integridad y bienestar personal, su honor”.²⁸

Por eso mismo, con lo expuesto hasta ahora no queremos decir que el Estado no intervenga y proteja a sus ciudadanos, sino que es la extralimitación en sus funciones lo que nos preocupa porque acaba produciendo efectos contrarios a los pretendidos en el caso de la violencia de género. El marco de la seguridad ciudadana acaba por desbordarse, hasta el punto de que entran en el debate ámbitos que nada tienen que ver con el ámbito tecnológico, como es el caso de la violencia doméstica y de género,²⁹ en el que calan profundamente todos los paradigmas que justifiquen la falta de garantías en pro de una mayor “seguridad para las mujeres”.

Parte de la doctrina afirma que el colectivo feminista es uno de los agentes sociales que más se está beneficiando por el modelo securitario que a nivel de política criminal se está asentando en nuestro país.³⁰

4.1. Populismo punitivo y Derecho penal simbólico

El deseo de lucha contra el miedo a las agresiones domésticas ha llevado, en materia penal, a un debate

dogmático que en un Estado democrático debería estar superado; se trata de un debate sobre el Derecho penal de autor y el Derecho penal de víctimas. En los últimos años asistimos a una proliferación, sobre todo en el ámbito relativo a la protección de las mujeres, de medidas cautelares que, aunque se denominen así,

se dirigen a otros fines no cautelares, tales como la satisfacción de un sentimiento colectivo de indignación, venganza o inseguridad (medida de prevención general, en el sentido de pretender dar ejemplo para tranquilizar a la sociedad o amedrentar a los posibles delincuentes) o de prevención de posibles futuros delitos cometidos por el inculcado (prevención especial), o incluso medidas específicas destinadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida o a su familia (preventivas personales).³¹

El recurso abusivo al Derecho penal ha hecho que muchos autores no se refieran a la modernización o a la expansión del Derecho penal, sino que lo han calificado como “abuso del Derecho penal, banalización de la legalidad o populismo punitivo”.³² Sin embargo, esas políticas llevadas al ámbito de la mujer han tenido resultados, en muchos casos, de signo contrario al pretendido

Cuando hagamos mención al delito de quebrantamiento de condena comprobaremos uno de los claros ejemplos de “paternalismo punitivo”³³ de nuestro Derecho penal actual, que con el fin de proteger a las mujeres acaba por anular su capacidad de decisión con base en lo que el Estado cree que les conviene. Por eso mismo se puede afirmar que las mujeres han pasado del permiso paternal o marital a “necesitar”

²⁷ Foucault, M., *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, 16ª reimpr., Siglo XXI, Madrid, 2009, p. 188, donde afirma que “el funcionamiento jurídico-antropológico que se revela en toda la historia de la penalidad moderna no tiene su origen en la superposición a la justicia criminal de las ciencias humanas y en las exigencias propias de esta nueva racionalidad o del humanismo que llevaría consigo; tiene su punto de formación en la técnica disciplinaria que ha hecho jugar esos nuevos mecanismos de sanción normalizadora”.

²⁸ Gil Ruiz, J.M., *Los diferentes rostros de la violencia de género...*, op. cit., p. 26.

²⁹ Díez Ripollés, J.L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana:...” , op. cit., p. 9.

³⁰ Díez Ripollés, J.L., *La política criminal en la encrucijada...*, op. cit., p. 125.

³¹ Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J.L., Montón Redondo, A., y Barona Vilar, S., *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, 15ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 476.

³² González Cussac, J.L., “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad”, en Gómez Colomer, J.L. (coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Universitat Jaume I, Colección Estudios Jurídicos, núm., 13, 2007, p. 482.

³³ Así se afirma en Laurenzo Copello, P., “La violencia de género en el Derecho penal: Un ejemplo de paternalismo punitivo”, en Laurenzo, P., Maqueda, M.L., y Rubio, A. (coords.), *Género, violencia y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 335 y ss.



de la imposición de medidas estatales “de protección” aun en contra de su voluntad, es decir, a la necesidad de la “tutela estatal”.

Por otra parte, la eficacia de la función simbólica del Derecho penal consiste no tanto en alcanzar la seguridad real de los bienes jurídicos sino en lograr una respuesta simbólica a la demanda de pena y seguridad de la política.³⁴ La política se convierte en un espectáculo que no cambia tanto la realidad sino la imagen que los ciudadanos tienen de la realidad.³⁵ Un grupo de mujeres, que podríamos ubicar dentro del feminismo oficial, ha desconfiado del carácter instrumental del Derecho penal y ha dado prioridad a su poder simbólico, sin advertir que el recurso al Derecho penal simbólico es una vía de doble filo, pues tiene sus ventajas y también sus inconvenientes.³⁶ Larrauri se pregunta si es posible compaginar el intento de ser criminólogas críticas (o criminólogas abolicionistas) y ser al mismo tiempo feministas,³⁷ concluyendo que no resulta fácil compaginar las dos cosas. Así, Hassemer discute la idea de que si para revalorizar el rol de la mujer en el contexto de la violencia contra las mujeres se acuda a su endurecimiento penal,³⁸ pues “el Derecho penal en su forma jurídica liberal es escasamente apropiado para flanquear objetivos políticos, orientar ámbitos de problemas y prevenir situaciones de peligro”,³⁹ y añade que la ganancia preventiva del Derecho penal simbólico se produce respecto de la imagen del legislador o del “empresario moral”,⁴⁰ a lo que añadimos que, por ende, no respecto de las mujeres. Lorenzo también critica esta táctica que ha hecho uso tanto del populismo punitivo como de los efectos simbólicos, sobre todo para “acallar a un nu-

trido sector del feminismo “militante que desde hace tiempo ha sucumbido a la arrolladora fuerza del punitivismo vindicativo”,⁴¹ acudiendo de esa manera al endurecimiento penal como si fuera el instrumento mágico capaz de cambiar los patrones sociales de comportamiento.⁴²

5. Política criminal de género. Víctimas y agresores

De la tolerancia de la violencia en la pareja, considerada como un asunto privado se ha pasado en pocos años a la tolerancia cero. Esta nueva etapa comienza con la resolución del Parlamento europeo A4-0250/97 y una campaña europea sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres. El desembarco de las políticas de seguridad para neutralizar los riesgos intrínsecos a la sociedad postmoderna ha traído como consecuencia la búsqueda de enemigos públicos sobre los que cargar toda la artillería penal en aras de tranquilizar aún más a la opinión pública.

Por tanto, el miedo a “poder ser la siguiente víctima” ha llevado, en el ámbito de la violencia de género, a unas políticas que lejos de empoderar a las mujeres perpetúan su estatus de incapaces, e infantilizan de esta manera al género femenino. Además, emana de la literal interpretación de los delitos de género una “especial vulnerabilidad”⁴³ que caracteriza a las mujeres víctimas, fomentando de esta manera los atributos históricamente reservados a las mujeres, incapaces de regir su propia vida. Desde el punto de vista político y social, supone un flaco favor para el reconocimiento y capacidad de las mujeres, pues es

³⁴ Baratta, A., “Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica”, *Pena y Estado. Función Simbólica de la Pena*, núm. 1, Barcelona, septiembre-diciembre de 1991, p. 53.

³⁵ *Idem*.

³⁶ Larrauri, E., “Una crítica feminista al derecho penal...”, *op. cit.*, p. 173, donde reconoce que “el Derecho penal no protege a las mujeres, pero cuando menos sirve para manifestar la condena social a determinadas conductas y con ello conseguir un cambio de actitudes”, pero también matiza en la p. 174 que “la utilización simbólica del Derecho penal produce víctimas reales”.

³⁷ *Ibidem*, p. 174.

³⁸ Hassemer, W., “Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, *Pena y Estado. Función Simbólica de la Pena*, núm. 1, Barcelona, septiembre-diciembre de 1991, p. 26.

³⁹ *Ibidem*, p. 34.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 35.

⁴¹ Lorenzo Copello, P., “Violencia de género y Derecho penal de excepción; entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo”, *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la LO 1/2004*, Cuadernos de Derecho Judicial, IX, 2007; Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, p. 44.

⁴² *Idem*.

⁴³ En los tipos penales de violencia de género, es decir, en los arts. 153.1, 171.4 y 172.2 del CP español redactados conforme a la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género, se hace referencia a los menoscabos psíquicos o lesiones no definidas como delitos, las amenazas y coacciones leves a “quien sea o haya sido esposa, o mujer que está o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, pero también añade a las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor”.

una manera ni siquiera tácita, sino explícita, de afirmar y recalcar la diferencia entre sexos, el débil y el fuerte. La introducción en 2004 dentro de los sujetos pasivos de la violencia de género junto con la mujer-pareja, la cláusula relativa a “las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor” resultó una concesión política al hilo de las negociaciones para hacer posible la promulgación de la ley, para incluir a menores y a ancianos y no sólo a mujeres, y así camuflar de alguna manera la “discriminación positiva” que muchos acusan inmersa en estos delitos de las agravantes de género,⁴⁴ para que no se pueda reprochar a la ley que prevé delitos en los que siempre los hombres son los que pegan a las mujeres.

De la especial vulnerabilidad declarada, a que las mujeres vuelvan a necesitar un permiso paterno o marital para abrir una cuenta bancaria hay una delgada línea; imponer a las mujeres que se sometan a la tutela del Estado atendiendo las medidas que éste establece aun en contra de la voluntad de las propias víctimas se denomina paternalismo punitivo. El afán de victimizar, haciendo uso de la incapacidad e infanilidad de las mujeres, obedece al empeño de imponer a los jueces y tribunales el alejamiento del agresor en todo caso, pues, como resalta el Informe del Grupo de Expertos en violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial de 2006, la obligatoriedad impuesta al juzgador de tener que imponerla en todo caso impide ponderar las circunstancias concretas que habrían de tenerse en consideración.

Por el contrario, el miedo al agresor ha proyectado una imagen de los hombres como enemigos públicos, que merecen ser tratados como tales. El aspecto más relevante en 2004 fue la imposición de pena privativa

de libertad a conductas de meros menoscabos psíquicos, amenazas y coacciones leves. Además, para poder suspender o sustituir la ejecución de la condena, el reo obligatoriamente debería cumplir la prohibición de acudir a determinados lugares, la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares o personas que determine el juez o tribunal o de comunicarse con ellos, además de someterse a participar en programas formativos,⁴⁵ situación que originó en 2004 la creación de un régimen especial en el Código Penal español en la materia. De la Cuesta Arzamendi se pronunciaba sobre la LO 1/2004, más conocida como la Ley de violencia de género, inicialmente acogida de manera satisfactoria “interesándose en particular por las víctimas de la violencia de género, en general y a través de medidas específicas de protección y de seguridad”,⁴⁶ reconociendo el autor que las manifestaciones delictivas se abordan de manera meramente punitiva.⁴⁷

6. Los reflejos en la legislación penal; violencia doméstica y de género

6.1. La violencia doméstica

En España la sociedad despertó a la preocupación de los malos tratos domésticos en los años ochenta, y desde entonces los *mass media*, sobre todo, se han encargado de alentar tal preocupación a raíz de hacer públicos caso a caso las muertes de mujeres a manos de sus parejas.⁴⁸ La regulación que hiciera frente al problema de las mujeres comenzó en España algo desenfocado,⁴⁹ pues se confundió el ámbito doméstico con la mujer en sí misma. Es decir, “mientras

⁴⁴ Los delitos de las agravantes específicas de género, puestos de manifiesto en la nota al pie inmediatamente anterior consisten en castigar con pena de prisión algunas conductas cuando son exclusivamente hombres las que la llevan a cabo en contra de sus mujeres, pero al introducir a “las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor” abre más posibilidades respecto de los sujetos que dan y reciben los golpes, amenazas, etcétera.

⁴⁵ Las reglas para la suspensión y la sustitución de la ejecución de la pena privativa de libertad están regulados en los arts. 83, último párrafo, y 88.1, último párrafo, respectivamente.

⁴⁶ De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Ciudadanía, sistema penal y mujer...”, *op. cit.*, p. 206.

⁴⁷ *Idem.*

⁴⁸ Desde 1984, el Ministerio del Interior español publicó el número de denuncias de mujeres a sus maridos, pero con posterioridad han sido los medios de comunicación los encargados de llevar a cabo el proceso de concienciación del problema de la violencia de las mujeres. El punto álgido de la problemática llegó con el caso Ana Orantes en 1999, una mujer que denunció en la televisión el maltrato a que era sometida, desesperada ante la falta de protección que le brindaban los tribunales a los que había acudido y los que la obligaron a convivir. Desde entonces se ha producido un verdadero bombardeo mediático que ha contado caso a caso todos los malos tratos acontecidos.

⁴⁹ Laurenzo Copello, P., “La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005, p. 3, afirma que “un delito que se creó al calor de la creciente preocupación social por la proliferación de actos de violencia extrema contra las mujeres nació desde el principio claramente desenfocado, apuntando al contexto dentro del cual suele manifestarse este tipo de violencia antes que las auténticas causas que las generan”.

la protección jurídica de las víctimas de la violencia doméstica tiene su razón en la protección de la familia, el término violencia de género trata a la mujer como ciudadana, equiparada al ciudadano, y enfatiza el déficit democrático que supone que el Estado no garantice a las mujeres el pleno ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, libertad, igualdad, y seguridad”.⁵⁰

El poder de los medios de comunicación ha tenido un protagonismo importante en el cambio de actitud respecto de la violencia en la pareja. En España la violencia doméstica se fraguó en delito a partir de 1989, pero no fue hasta diez años después cuando la población comenzó a tomar conciencia a raíz del caso Ana Orantes en 1997; la opinión pública desató el interés en las políticas de Estado, lo que supuso un cambio de paradigma al configurarse no como un asunto privado sino público. De esta manera se producen dos reformas dos años más tarde, referidas a la violencia doméstica, de las que destacamos la LO 11/1999, que introduce la posibilidad, “a petición de la víctima”, de que los jueces, en el caso de las faltas de malos tratos puedan decretar medidas como el alejamiento del agresor. También es interesante destacar la LO 14/1999 de 9 de junio de modificación del CP de 1995 en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Lecrim que introduce la violencia psíquica como conducta delictiva de malos tratos.

De las reformas de 2003, destacamos la Orden de Protección, en la que el concepto clave en la toma de esta medida y que el juez tendrá que entrar a valorar es la del riesgo objetivo de esa mujer a ser maltratada.⁵¹ Por su parte la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social

de los extranjeros que, como vemos, introduce en su propio enunciado la seguridad ciudadana, haciendo de este asunto uno de los pertenecientes al núcleo duro de intervención. También la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica en Código Penal, que resulta importante en cuanto a las medidas accesorias de alejamiento e incomunicación del agresor con su víctima.⁵² De tal manera que Díez Ripollés apunta que tras las reformas que se llevaron a cabo en 2003 el bajo nivel de comisión que se había dado en los delitos contra las personas pero que, tras las reformas, “han originado un sustancial incremento de los delitos de malos tratos que han pasado a constituir casi el 70% de esos delitos contra las personas”.⁵³ Pero el mismo autor continúa argumentado que “ni siquiera la reciente persecución intensa de los delitos de malos tratos es capaz de alterar la escasa representación que los delitos contra las personas han acostumbrado a tener en la delincuencia española”.⁵⁴ Por tanto, ni siquiera el aumento de estos delitos justifica las políticas de seguridad ciudadana que se están viviendo en España con ocasión de la violencia doméstica y de género, pues el intento de atajar un comportamiento social por la vía punitiva individualiza sobre manera el problema, pues al entrar estos comportamientos en el corsé del Derecho penal, cuya vía es la responsabilidad objetiva, no se valoran debidamente las causas estructurales de la violencia.⁵⁵

6.2. La violencia de género

Ante todo, no estaría de más recordar el significado mismo de género y su utilización en las ciencias sociales. El género debe ser entendido como ese “conjunto de normas, costumbres y hábitos sociales que condi-

⁵⁰ Durán Ferrer, M., “Análisis jurídico-feminista de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *Artículo 14. Una Perspectiva de Género. Boletín de Información y Análisis Jurídico*, núm. 17, diciembre de 2004, p. 4.

⁵¹ Cobo Plana, J.A., “La prueba interdisciplinar en la violencia doméstica: un punto de vista médico-forense”, en Boldova Pasamar, M.A., y Rueda Martín, M.A. (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 360, en la que afirma que “el riesgo de nuevos actos violentos se sitúa como elemento susceptible de valoración especial y clave para tomar decisiones urgentes”.

⁵² Gutiérrez Romero, F.M., “Novedades introducidas por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XV, núm. 675, Aranzadi, 30 de junio de 2005, p. 3, donde resalta la mejora técnica del art. 57 respecto de las penas accesorias que pueden imponerse en caso de violencia doméstica, pues en caso de que haya pena de prisión estas penas accesorias “podrán cumplirse simultáneamente por el condenado con la pena de prisión e, incluso, concluida la pena, para evitar el acercamiento durante los permisos de salida u otros beneficios penitenciarios”.

⁵³ Díez Ripollés, J.L., *La política criminal en la encrucijada...*, op. cit., p. 12.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 26.

⁵⁵ Larrauri, E., *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta, Madrid, 2007, p. 75.

Feminismo, seguridad y política criminal de género

cionan el comportamiento dependiendo de que se trate de un hombre o una mujer”;⁵⁶ por lo tanto, implica una construcción cultural y no biológica. El género supone el aprendizaje mismo de la feminidad y de la masculinidad, la violencia de género se entiende entonces como todas aquellas agresiones producidas contra las mujeres por el simple hecho de ser mujeres, término por el que se decanta la IV Conferencia Mundial de Pekín de 1995.

En el año 2004 comenzó a tomarse en consideración (en España) la perspectiva de género en el ámbito legislativo, entendida como la “violencia 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”.⁵⁷ Con la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, según Laurenzo, “se pretende ampliar el cerco de seguridad de las víctimas de la violencia de género asegurando el alejamiento del agresor cualesquiera que sea la forma en que la violencia se hubiere manifestado”.⁵⁸ Es por ello que se toman como delitos o como faltas algunas conductas en función del sujeto que las lleve a cabo y en función de quien sea el sujeto pasivo (el que las reciba); a partir de ahora es constitutivo de delito que un hombre golpee o maltrate a su mujer o exmujer, o le amenace o le coaccione levemente, es decir, se castigan con pena de prisión. Mientras que si esas mismas conductas se llevan a cabo por una mujer hacia su pareja masculina se trataría de una falta penada con multa.

Esta diferencia punitiva se justifica con carácter general, por el mayor riesgo que estadísticamente reflejan las agresiones de los hombres a las mujeres dentro del ámbito doméstico, es por ello que la ley establece una presunción que no admite prueba en contrario, de que éstas siempre ocurren como conse-

cuencia de la manifestación de discriminación y de poder, sin tomar en consideración el caso concreto en el que puede resultar de una disputa doméstica sin mayores complicaciones, por lo que habría que ir caso por caso, que fuera el juez y no el legislador el que probase en el proceso la concurrencia o no de tal ánimo discriminatorio.

Por su parte, Gil Ruiz alega que “pronosticar si este reciente esfuerzo legislativo va a conseguir los objetivos de ‘seguridad’ buscados aun en torno a las relaciones de pareja es todavía demasiado aventurado”.⁵⁹

6.3. Problemas interpretativos y de aplicación

Aunque podríamos hacer un análisis de muchas cuestiones que quedan pendientes en el análisis de la violencia de género y su tratamiento en la política legislativa desatada en los últimos años, nos centraremos en dos aspectos que resultan claves en el manejo del empoderamiento de las mujeres.

6.3.1. El término “género” en una regulación “integral”

El concepto de género tiene su origen a mediados del siglo XX en psiquiatría, para interpretar los comportamientos de las personas que presentan estados intersexuales, pero que pocos años más tarde lo acapará el feminismo para colocarlo en un contexto político.⁶⁰ Como hemos visto, este término responde a toda una teoría que se dio a conocer a partir de los movimientos feministas de los años setenta en los Estados Unidos, cuando comenzó a utilizarse el término género:

como un modo de referirse a la organización social de las relaciones entre los sexos, como una categoría cultural. La teoría de género se da como un avance o evolución del feminismo y tiene por objeto subrayar la diferencia social que se hace con base en el sexo, su influencia en la determinación de los roles sociales o culturales y des-

⁵⁶ Marín de Espinosa Ceballos, E., *La violencia doméstica, análisis sociológico, dogmático y de Derecho comparado*, Comares, Granada, 2001, p. 54.

⁵⁷ Es la redacción que da el propio art. 1.1 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género, de 28 de diciembre de 2004.

⁵⁸ Laurenzo Copello, P., “Modificaciones del Derecho penal sustantivo derivadas de la Ley integral contra la violencia de género”, *La violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*, Cuadernos de Derecho Judicial, IV, Consejo General del Poder Judicial, 2006, p. 363.

⁵⁹ Gil Ruiz, J.M., *Los diferentes rostros de la violencia de género...*, op. cit., pp. 47 y 48.

⁶⁰ Para más información, Berrère, M.A., “Género, violencia y discriminación contra las mujeres”, en Laurenzo, P., Maqueda, M.L., y Rubio, A., *Género, violencia y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 36.

cubrir el significado que la sexualidad tiene en un orden social o en los cambios que se presenten en el mismo; es decir, se presenta como un movimiento macrocultural.⁶¹

En su acepción sociocultural, “género” lleva aparejada una serie de cuestiones que son justamente las que la ley intenta resaltar: diferencias y desigualdades reales en los ámbitos social, económico y laboral, donde se establecen relaciones de subordinación en vez de relaciones de igualdad. Como venimos argumentando, el término género se refiere a todo tipo de violencia ejercida en contra de la mujer por el mero hecho de ser mujer y no sólo en razón de su condición sexual, por lo que engloba todos los aspectos de su vida: laboral (acoso), social (agresiones sexuales) y familiar (violencia doméstica); y sin embargo en esta ley, cuya pretensión es la de una regulación integral como así lo indica su enunciado, el paquete de medidas que recoge simplemente abarca la violencia en contra de la mujer cuando ésta se comete en el ámbito familiar. Por tanto, que la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género sólo se refiere al ámbito doméstico es una cuestión criticable; así, Bodelón afirma que “se trata de un problema conceptual importante, ya que se están modificando lo que en España, y en otros muchos países, hemos estado reivindicando durante años: una intervención social y jurídica sobre el problema de la violencia de género que parta de la consideración de que estamos ante un problema complejo, con muchas manifestaciones y que no atañe solo a las mujeres en el ámbito de la familia, sino también en la violencia sexual, en las mutilaciones genitales, etcétera”.⁶² Añadimos igualmente la opinión que le merece a Maqueda Abreu, quien en principio tacha como razonables las críticas pero también encuentra argumentos

capaces de justificar esa decisión legislativa, “pues la pareja representa un ámbito de riesgo relevante..., espacio privilegiado para el desarrollo de los roles de género más ancestrales, esos que reservan a la mujer una posición de dependencia, vulnerabilidad y subordinación a la autoridad masculina”.⁶³

Por otra parte, la utilización del término integral no ayuda a resolver todos los cuestionamientos que se acaban de poner de manifiesto, sino que por el contrario lo empeoran, por ello estamos de acuerdo con González Cussac cuando afirma que esta ley no es una ley integral, sino que es una ley de medidas integrales, siendo que así no ocurre porque no contiene una ristra de soluciones a todos los ámbitos de violencia que pueden sufrir las mujeres, pues únicamente contiene agravaciones especiales en caso de violencia contra mujeres pareja, pero se olvida de las demás situaciones, ya sea de agresiones sexuales, en el aborto, en el homicidio, etcétera.⁶⁴

6.3.2. Delito de quebrantamiento de condena

Para hacer frente al miedo generado por los estudios que demuestran que la violencia masculina aumenta cuando el hombre se ve denunciado por su pareja, a partir de la reforma de 2004 se obliga a los jueces a imponer la pena de alejamiento en todos los casos.⁶⁵ Una medida bienintencionada, sin duda, pero que ha conllevado algunos problemas de aplicación con repercusiones de signo opuesto a la finalidad que se pretendía.

Con carácter general, a las mujeres se les impone el alejamiento forzoso y obligado del agresor una vez que se inicia un proceso penal, ya se haya iniciado a instancia de parte, de oficio o mediante denuncia de algún particular; en cualquiera de estos casos, una vez

⁶¹ Pérez Contreras, María de Monserrat, “La violencia contra la mujer, un acercamiento al problema”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XXX, núm. 103, enero-abril de 2002; en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3707/4551>

⁶² Bodelón, E., “La violencia contra las mujeres y el Derecho no-androcéntrico...”, *op. cit.*, p. 280.

⁶³ Maqueda Abreu, M.L., “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica a la Ley Integral”, *Revista Penal*, núm. 18, julio de 2006, pp. 177 y ss. En el mismo sentido se pronuncia la misma autora al reconocer que la restricción de género al ámbito de la pareja se debe a que “no es lo mismo violencia de género y violencia doméstica porque una apunta a la mujer y la otra a la familia como sujetos de referencia. Nada entorpece a esta afirmación en que deba reconocerse que el medio familiar es propicio al ejercicio de las relaciones de dominio propias de la violencia de género”. “La Violencia de Género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006, p. 4.

⁶⁴ González Cussac, J.L., “La intervención penal contra la violencia de género...”, *op. cit.*, p. 421.

⁶⁵ Según lo establecido en el art. 57.2 CP obliga en todo caso cuando se trata de estos delitos, no sólo de género, sino también con los relacionados con la violencia doméstica, a imponer la prohibición de aproximarse a la víctima prevista en el art. 48.2 CP.

Feminismo, seguridad y política criminal de género

iniciado el proceso, el juez o tribunal tiene la obligación de imponer el alejamiento, cuando la mayoría de las veces las mujeres no quieren separarse sino que su pareja desista en las agresiones. Una vez que pasa el episodio violento, las mujeres perdonan y reinician la convivencia, cuando en realidad existe una obligación de alejamiento, que por tanto es quebrantada. En virtud de esta obligación establecida por ley de aplicar en todo caso la medida de alejamiento, bien como medida cautelar, bien como pena, el art. 468 CP⁶⁶ recoge las consecuencias en caso de que se quebrante tal obligación interpuesta por el juez en sus dos modalidades, exigiendo la pena de prisión en cualquier caso. Asúa Batarrita es consciente de los problemas que el alejamiento configurado como “pena” plantea “por su rigidez para adaptarse a las peculiaridades de aquellas situaciones en que la pareja reanuda la convivencia, o cuando deja de ser necesario mantener una prohibición y la víctima o los familiares solicitan su flexibilización”.⁶⁷ Es el caso de la mujer que consiente y restablece la convivencia cuando todavía pesa una orden de alejamiento contra su pareja: ¿la mujer sería inductora al quebrantamiento? ¿Puede el consentimiento de la víctima determinar la atipicidad de la conducta? Resulta interesante consultar la STS de 26 de septiembre de 2005, F.J. núm. 5:

en cuanto la pena o medida de prohibición de aproximación está directamente enderezada a proteger a la víctima de la violencia que pudiera provenir de su anterior conviviente, la decisión de la mujer de recibirle y reanudar la vida con él, acredita de forma fehaciente la innecesariedad de protección, y por tanto supone de facto el decaimiento de la medida de forma definitiva, por lo que el plazo de duración de la medida fijado por la autoridad

judicial quedaría condicionado a la voluntad de aquella, sin perjuicio de que ante un nuevo episodio de ruptura violenta pueda solicitarse del Juzgado, si es preciso para la protección de su persona, otra resolución semejante.⁶⁸

Sin embargo en posteriores sentencias se ha llegado al reconocimiento de que admitir esta tesis es tanto como dejar en manos de víctimas y agresores la extinción de una medida estatal, más inadmisibles cuando se tratare de una pena y no de una medida cautelar, inclusive aunque se tratare de estas últimas.⁶⁹ Otras interpretaciones han calificado a la mujer incluso de partícipe⁷⁰ en el quebrantamiento.

En resumidas cuentas, habrá casos en los que se pueda iniciar el procedimiento sin que la víctima quiera denunciar los hechos, y una vez iniciado el procedimiento el juez por obligación deba imponer el alejamiento del agresor, y que la mujer que no quiere separarse del marido tenga la obligación legal de hacerlo, pues si se acerca a él o reinicia una convivencia tendría ella misma responsabilidad penal, una situación en nada favorecedora a la autonomía de las mujeres.

Y lo que es peor aún, la víctima es tildada de irracional porque pese a los golpes y los malos tratos reinicia una convivencia con su marido, tiñendo esta actitud de masoquismo, lo cual sigue perpetuándose en la de “víctima socialmente sospechosa. El maltratador se escuda tradicionalmente en la provocación como justificación de su conducta y esto es un estereotipo que ha perdurado en el inconsciente de la sociedad, y se valora a la mujer como cómplice consciente o inconsciente”.⁷¹ Es un claro ejemplo del etiquetamiento negativo al que están sometidas las mujeres víctimas de violencia de género y malos tratos en el espacio

⁶⁶ Art. 468 CP español: “1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos. 2. Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada”.

⁶⁷ Asúa Batarrita, A., “Los nuevos delitos de ‘violencia doméstica’ tras la Reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre”, *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Cuadernos Penales José María Lidón, núm. 1, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004, p. 207.

⁶⁸ STS núm. 1156/2005 de 26 de septiembre.

⁶⁹ Para más información sobre esta evolución en la doctrina del TS, consultar Lorenzo Copello, P., “La violencia de género en el Derecho penal: Un ejemplo de paternalismo punitivo...”, *op. cit.*, p. 342, en lo dispuesto en la nota al pie núm. 52.

⁷⁰ Montaner Fernández, R., “El quebrantamiento de las penas o medidas de protección a las víctimas de violencia doméstica. ¿Responsabilidad penal de la mujer que colabora o provoca el quebrantamiento?”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, octubre, 2007, pp. 13, 20 y 24.

⁷¹ Múgica San Emeterio, E., “El perfil psicológico de la víctima y el agresor”, en Boldova Pasamar, M.A., y Rueda Martín, M.A. (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 329.

doméstico, pues “el sistema penal etiqueta negativamente a las mujeres víctimas: impaciente con ellas, incapaz de entender sus reticencias, enojado porque se le perturba en su correcto funcionamiento, el sistema acaba produciendo unos discursos negativos acerca de las mujeres que acuden a él”,⁷² y “una de las consecuencias extremas de este etiquetamiento negativo es el castigo de la propia mujer que no acude a declarar o que vulnera una orden de protección”.⁷³

7. Notas finales

El continuo bombardeo mediático al que se somete a la opinión pública ha generado una conciencia de opresión y ha puesto de manifiesto la gravedad de unos hechos que en el siglo XXI no deberían existir, esto es, las agresiones que de manera sistemática han ejercido los hombres sobre las mujeres en el espacio doméstico. Pero además de estos aspectos positivos venidos de la visibilización de los malos tratos a mujeres, el maltrato se ha transformado en un miedo social. Ése es el inconveniente de la política criminal alumbrada a raíz de que tocan la luz pública todos estos hechos, el de confiar de manera casi única en el Derecho penal para la resolución de estos conflictos, de tal manera que el miedo a ser víctimas de un delito ha justificado unas políticas de control que han acabado por debilitar aún más la autonomía y capacidad de decisión de las mujeres. Por ende, como en tantos otros ámbitos sociales también “de moda” gracias a los medios de comunicación, el miedo al agresor ha desembocado en políticas de control social que han afectado sobremanera al ámbito de libertades de las mujeres. No han faltado las voces que acallen los miedos y que exijan la intervención del aparato punitivo para sofocar cualquier chispa que genere inseguridad; cuestión controvertida por su poca eficacia y su alto coste en garantías.

Antes del Derecho penal (que es la *ultima ratio*) deben probarse medidas de ámbitos menos drásticos, de esta manera valoramos positivamente la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, pues esta ley establece varias medidas en diferentes ámbitos, pero acudir de prime-

ras a la búsqueda de soluciones penales es una prohibida huida al Derecho penal y eso es lo que hay que tratar de evitar. Empoderar a las mujeres mediante la concesión y disfrute de derechos y su pleno ejercicio es la solución, y no abusar del populismo punitivo que únicamente genera efectos simbólicos que pierden de vista el carácter instrumental del Derecho penal. Como se desprende del título II de la propia ley, hay que hacer mayor hincapié en los derechos de las mujeres víctimas de la violencia de género; el derecho a la información, a la asistencia social integral y a la asistencia jurídica gratuita, a los derechos laborales y prestaciones de la seguridad social, a los derechos económicos, cuyo reconocimiento y ejercicio es la base sobre la que se debe construir el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y de miedos.

8. Bibliografía

- Asúa Batarrita, A., “Los nuevos delitos de ‘violencia doméstica’ tras la Reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre”, *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Cuadernos Penales José María Lidón, núm. 1, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004.
- Baratta, A., “Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica”, *Penal y Estado. Función Simbólica de la Pena*, núm. 1, Barcelona, septiembre-diciembre de 1991.
- Berré, M.A., “Género, violencia y discriminación contra las mujeres”, en Lorenzo, P., Maqueda, M.L., y Rubio, A., *Género, violencia y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- Bodelón, E., “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo”, en Lorenzo, P., Maqueda, M.L., y Rubio, A. (coords.), *Género, violencia y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- Cobo Plana, J.A., “La prueba interdisciplinar en la violencia doméstica: un punto de vista médico-forense”, en Boldova Pasamar, M.A., y Rueda Martín, M.A. (coords.), *La reforma penal en torno*

⁷² Larrauri, E., “Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia... y algunas respuestas del feminismo oficial”, en Lorenzo, P., Maqueda, M.L., y Rubio, A. (coords.), *Género, violencia y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 313.

⁷³ *Idem*, p. 314.

Feminismo, seguridad y política criminal de género

- a la violencia doméstica y de género, Atelier, Barcelona, 2006.
- Cobo, R., “El género en las ciencias sociales”, en Laurenzo, P., Maqueda, M.L., y Rubio, A., *Género, violencia y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Ciudadanía, sistema penal y mujer”, en García Valdés, C., Cuerda Riezu, A., Martínez Escamilla, M., Alcácer Guirao, R., y Valle Mariscal de Gante, M. (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, Edisofer, Madrid, 2008.
- Davis, N.J., y Faith, K., “Las mujeres y el Estado: modelos de control social en transformación”, en Larrauri, E. (comp.), *Mujeres, Derecho penal y criminología*, Siglo XXI, Madrid, 1994.
- Diez Ripollés, J.L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7 de enero de 2005.
- _____, *La política criminal en la encrucijada*, B de F, Buenos Aires, 2007.
- Durán Ferrer, M., “Análisis jurídico-feminista de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *Artículo 14. Una Perspectiva de Género. Boletín de Información y Análisis Jurídico*, núm. 17, diciembre de 2004.
- Foucault, M., *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, 16ª reimpr., Siglo XXI, Madrid, 2009.
- Gil Ruiz, J.M., *Los diferentes rostros de la violencia de género. Actualizado con la ley de igualdad (LO 3/2007, de 22 de marzo)*, Dykinson, Madrid, 2008.
- Gimbernat Ordeig, E., “Los nuevos gestores de la moral colectiva”, *El Mundo*, 10 de julio de 2004.
- González Cussac, J.L., “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad”, en Gómez Colomer, J.L. (coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género. La protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Colección Estudios Jurídicos, núm. 13, Universidad Jaume I, 2007.
- Gutiérrez Romero, F.M., “Novedades introducidas por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XV, núm. 675, Aranzadi, 30 de junio de 2005.
- Hassemer, W., “Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, *Pena y Estado. Función simbólica de la pena*, núm. 1, septiembre-diciembre, Barcelona, 1991.
- Jakobs, Günther, *Estudios de Derecho penal*, trad. Peñaranda, E., Suárez, C., y Cancio Meliá, M., Civitas, Madrid, 1997.
- Larrauri, E. (comp.), “Control informal: las penas de las mujeres...”, *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, Siglo XXI, Madrid, 1994.
- _____, “Control formal:... y el derecho penal de las mujeres”, *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, Siglo XXI, Madrid, 1994.
- _____, (comp.), “Una crítica feminista al Derecho penal”, en Larrauri, E., y Varona, D., *Violencia doméstica y legítima defensa*, EUB, Barcelona, 1995.
- _____, *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta, Madrid, 2007.
- _____, “Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia... y algunas respuestas del feminismo oficial”, en Laurenzo, P., Maqueda, M.L., y Rubio, A. (coords.), *Género, violencia y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- Laurenzo Copello, P., “La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005.
- _____, “Modificaciones del Derecho penal sustantivo derivadas de la Ley Integral contra la Violencia de Género”, *La violencia de género: Ley de Protección Integral implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*, Cuadernos de Derecho Judicial, IV, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.
- _____, “La violencia de género en el Derecho penal: Un ejemplo de paternalismo punitivo”, en Laurenzo, P., Maqueda, M.L., y Rubio, A. (coords.), *Género, violencia y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- _____, “Violencia de género y Derecho penal de excepción; entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo”, *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la LO 1/2004*, Cuadernos de Derecho Judicial, IX, 2007; Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.
- Martín de Espinosa Ceballos, E., *La violencia doméstica, análisis sociológico, dogmático y de Derecho comparado*, Comares, Granada, 2001.

- Maqueda Abreu, M.L., “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica a la Ley Integral”, *Revista Penal*, núm. 18, julio de 2006.
- _____, “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006.
- Montaner Fernández, R., “El quebrantamiento de las penas o medidas de protección a las víctimas de violencia doméstica. ¿Responsabilidad penal de la mujer que colabora o provoca el quebrantamiento?”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, octubre de 2007.
- Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J.L., Montón Redondo, A., y Barona Vilar, S., *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, 15ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- Múgica San Emeterio, E., “El perfil psicológico de la víctima y el agresor”, en Boldova Pasamar, M.A., y Rueda Martín, M.A. (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006.
- Osborne, R., “Debates en torno al feminismo cultural”, en Amorós, C., y De Miguel, A. (eds.), *Teoría feminista: De la Ilustración a la globalización. Del feminismo liberal a la postmodernidad*, t. II, 2ª ed., Minerva Ediciones, Madrid, 2007.
- Pérez Contreras, María de Monserrat, “La violencia contra la mujer, un acercamiento al problema”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XXX, núm. 103, enero-abril de 2002; en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3707/4551>
- Peñaranda Ramos, E., Suárez González, C., y Cancio Meliá, M., *Un nuevo sistema de Derecho penal: Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 1999.
- Smart, C., “La mujer del discurso jurídico”, en Larrauri, E. (comp.), *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, Siglo XXI, Madrid, 1994.
- Torrente, D., *Desviación y delito*, Ciencias Sociales, Alianza, Madrid, 2001.



Insolvencias punibles: estudios sobre el tratamiento del alzamiento de bienes en el Derecho penal español



Ana Lucía Heredia Muñoz
Gerson W. Camarena Aliaga

Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

RESUMEN: *El alzamiento de bienes es un delito que cuenta con una regulación de larga data en el ordenamiento jurídico español. Con la proscripción de la prisión por deudas y la existencia de mecanismos tales como los previstos por la acción paulina, se establece una línea muy fina que separa una situación de insolvencia y una insolvencia punible. Así pues, en este trabajo estudiaremos el tratamiento jurídico de las conductas de insolvencia, centrándonos en el “alzamiento de bienes”.*

PALABRAS CLAVE: *Insolvencias, insolvencias punibles, alzamiento de bienes, derecho de crédito y orden socioeconómico.*

ABSTRACT: *The concealment of assets is a crime that has a long tradition in the Spanish legal system regulation. With the proscription of the prison by debts and the existence of mechanisms such as the provided by the action Pauline, it sets a very fine line that separates a situation of insolvency and a punishable solvency. Thus, in this paper we will study the legal treatment of insolvency behaviour, focusing on the "concealment of assets".*

KEY WORDS: *Insolvency, insolvency punishable, hoist of property, right of credit and order socio-economic.*

SUMARIO: *1. Introducción; 2. La insolvencia; 3. Alzamiento de bienes; 4. Modificaciones introducidas por la LO 1/2015; 5. Conclusiones; 6. Bibliografía citada.*

1. Introducción

El tratamiento de la insolvencia ha variado según los cambios sociales, políticos y económicos que se han ido produciendo a lo largo del tiempo.¹ En el Derecho arcaico, el sólo incumplimiento de las obligaciones contraídas acarrea la imposición de sanciones de carácter penal que consistían en castigos corporales u otro tipo de sanciones que afectaban la dignidad del sujeto deudor.²

Una situación similar ocurría con el Derecho de las XII Tablas, donde mediante la *legis actio per manus iniectioem* se le permitió al acreedor insatisfecho, una vez transcurridos 30 días desde el incumplimiento del pago de la deuda, aprehender corporalmente al deudor. Esto era posible siempre que la acción fuera precedida por una sentencia emitida por el magistrado o cuando, ante éste, el deudor reconociera la existencia de la deuda y su impago.³

En la baja Edad Media, un cambio importante se produjo en el tratamiento jurídico de la insolvencia, sustituyéndose la sanción de carácter personal por la de tipo patrimonial. Así pues, este cambio supuso el inicio de una confrontación de ideas sobre la naturaleza de la sanción de la insolvencia.

En el año 1885, con la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se proclamó *formalmente* la supresión de la prisión por deudas.⁴

Actualmente, la labor jurídica de la doctrina y de nuestros legisladores se centra en justificar la intervención del Derecho penal en la regulación de la insolvencia, así como determinar de manera nítida sus límites frente al Derecho civil.

Siendo éstas las necesidades actuales que hay que satisfacer sobre el estudio de la insolvencia, nos dedicaremos en este trabajo a estudiar concretamente el delito tipificado en el art. 257º Código Penal español (CP): el alzamiento de bienes. Identificaremos cuál es el bien jurídico que se afecta, comprobaremos si es necesaria la intervención del *ius puniendi* y fija-

remos sus límites respecto al Derecho civil. Como es de común práctica, estudiaremos también los elementos del tipo de este delito. Y, por último, pronunciaremos algunos comentarios sobre su necesidad o no de regulación en el ámbito normativo peruano.

2. La insolvencia⁵

La palabra *insolvencia* posee distintos significados según el contexto. A efectos del desarrollo del este trabajo importa señalar su significado para los ámbitos mercantil y penal.

2.1. Definición mercantil de insolvencia

Antes de la entrada en vigencia de la actual Ley Concursal —Ley 22/2003—, la doctrina concebía la existencia de dos tipos de insolvencia: *a)* provisional o relativa, la cual se identifica con aquella situación en la que a pesar de que el activo es superior o igual al pasivo, por razones de liquidez, el pago de las deudas es inoperante de forma pasajera o transitoria; y *b)* definitiva o absoluta, la cual se identifica con aquella situación en la que existe un desequilibrio en el patrimonio del deudor, donde el activo es inferior al pasivo.⁶

Conforme a ello, se llegaba a entender que el estado de insolvencia podía deberse a la imposibilidad de realizar los bienes y derechos existentes al momento de la exigibilidad de la deuda (insolvencia provisional) o a una situación de insuficiencia de bienes (insolvencia definitiva).

Cabe precisar que, para la doctrina mercantilista, la insolvencia relativa o provisional no era propiamente un tipo de insolvencia, ya que, como explica Sánchez Calero, la insolvencia hace referencia a un estado de impotencia patrimonial permanente que mal puede vincularse con el término de provisional.⁷ Para este sector de la doctrina, no es correcto hacer referencia a la existencia de una insolvencia provisional sino más bien a una falta de liquidez.

¹ Souto García, E., *Los delitos de alzamiento de bienes en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 21.

² Lacruz Berdejo, J., *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. I, Dykinson, Madrid, 2003, p. 11.

³ García Garrido, M., *Derecho privado romano. Casos, acciones e instituciones*, Ediasa, Madrid, 2004, p. 149.

⁴ Souto, *op. cit.*, p. 24.

⁵ Si tomamos los antecedentes históricos, veremos que el Digesto Romano utiliza el verbo *solvere* para expresar el hecho de “quedar liberado” de una obligación, por lo que “insolvente” vendría a ser lo contrario a *solvens*, es decir, el que incumple o no puede cumplir una obligación. Cfr. Campomanes Camino, M., “La tutela judicial efectiva de los derechos de los acreedores común insolvencia”, *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 42, 2002. Disponible en: www.westlaw.es Fecha de consulta: 15 de abril de 2016.

⁶ Uría González, R., *Derecho mercantil*, 28ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 1017.

⁷ Sánchez Calero, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, vol. II, 25ª ed., McGraw-Hill, Madrid, 2003, p. 495.



Puesta ya en vigencia la Ley 22/2003, de 9 de julio de 2003, el legislador postula una definición de insolvencia en el art. 2.2º, considerándola como el estado patrimonial según el cual el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Acorde con esta disposición normativa, podríamos incluir aquí los conceptos de insolvencia relativa y definitiva.

Además, con esta ley, el legislador ofrece también una nueva clasificación de la insolvencia según el momento de producción de insolvencia. Así pues, la insolvencia puede ser actual e inminente. La actual es aquella que se produce en el momento en que la deuda se vuelve exigible, mientras que la inminente hace referencia a la previsión del deudor de no poder cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. A modo de ejemplo, en la compra a plazos de un coche nos encontraremos ante una situación de “insolvencia actual” cuando nuestro pasivo supere a nuestro activo en las fechas previstas de pago; mientras que estaremos ante uno de “insolvencia inminente” cuando, a pesar de haber pagado algunas de las cuotas, sea previsible que no cumpliremos con las siguientes debido a que nuestro pasivo superará nuestro activo para ese entonces.

2.2. Definición penal de insolvencia

La doctrina ha definido de diversas formas la “insolvencia”. Quienes siguen la definición clásica la consideran como el estado por el cual una persona no puede hacer frente a sus deudas regularmente.⁸

Para Bajo Fernández, la insolvencia es un estado de hecho y, por tanto, una realidad previa al Derecho desprovista de toda valoración jurídica.⁹ Se trata, pues, de una situación fáctica que hace referencia a un estado de desequilibrio patrimonial entre los valores realizables y las prestaciones exigibles, lo que conlleva

al acreedor a no encontrar medios para poder satisfacer su crédito en el patrimonio del deudor. Como es de observar, el citado autor identifica la insolvencia con lo que los mercantilistas denominan insolvencia definitiva y no con la insolvencia provisional.

Esta posición es también compartida por la doctrina mayoritaria en el ámbito penal. Es por ello que, como señalan Vives Antón y González Cussac, sólo la insolvencia definitiva es la que interesa al Derecho penal.¹⁰

La doctrina minoritaria clásica, por otro lado, considera que la insolvencia no solamente es la definitiva sino también la provisional, pues lo que verdaderamente interesa al Derecho penal es que el deudor no pueda hacer frente a sus obligaciones, sin importar si dicha imposibilidad se debe a la insuficiencia de activos (insolvencia definitiva) o a la falta de liquidez (insolvencia provisional). Una variante de esta posición, a la cual nos adherimos, sostiene que por regla general el Derecho penal sólo debe intervenir en los supuestos de insolvencia definitiva; sin embargo, y de forma excepcional, sancionaría la insolvencia provisional mediante el delito de alzamiento de bienes cuando el deudor provoque su falta de liquidez —como medio idóneo— para la obstaculización del procedimiento ejecutivo y, de ser el caso, también para los supuestos de concursos iniciados por una situación de insolvencia transitoria (art. 257.1.2º CP).¹¹

Por último, un aspecto importante que debemos destacar es que la insolvencia, para ser sancionada penalmente, debe reflejar un estado al cual el deudor ha llegado de manera intencional.¹² Tal como lo sostiene Gómez Pavón, lo sancionable es la situación de insolvencia lograda mediante el ocultamiento (alzamiento), provocación o la agravación de la insolvencia mediante la realización de conductas fraudulentas;¹³ ya que con ello se consigue la frustración de la ex-

⁸ Serrano Gómez, A., y Serrano Maíllo, A., “Receptación y blanqueo de capitales”, en Serrano Gómez, A., *et al.*, *Curso de Derecho penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 293. En igual sentido, véase Monge Fernández, A., “Insolvencias punibles”, en Polaino Navarrete, M. (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, t. II, Tecnos, Madrid, 2011, p. 114; Muñoz Conde, F., *Derecho penal. Parte Especial*, 18ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 466; entre otros.

⁹ Bajo Fernández, M., y Bacigalupo Saggese, S., *Derecho penal económico*, 2ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2010, p. 419.

¹⁰ Vives Antón, T., y González Cussac, J., *Los delitos de alzamiento de bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 14

¹¹ Souto, *op. cit.*, p. 165.

¹² En esta misma línea, véase Gómez Martín, F., *Ley concursal e insolvencias punibles*, Comares, Granada, 2004, p. 51.

¹³ Buruaga Puertas sostiene que el elemento definidor del fraude en las insolvencias se ve reflejado en el hecho de que el deudor quebranta la confianza y la buena fe que en su capacidad de pago tenían sus acreedores. Cfr. Buruaga Puertas, V., *La calificación de las insolvencias*, Atelier, Barcelona, 1999, p. 71.

pectativa generada en el acreedor —con base en la institución del crédito— de poder satisfacerse en el patrimonio del deudor.¹⁴

2.3. Tipos de insolvencia

Siguiendo la clasificación tradicional, consideraremos que la insolvencia podrá ser: real o aparente,¹⁵ y total o parcial.¹⁶

La insolvencia es real cuando los bienes existentes en el patrimonio del deudor no son suficientes para poder hacer frente a sus obligaciones o cuando el deudor no tiene la liquidez suficiente al momento en que le es exigible el pago de su deuda.¹⁷

Por otro lado, estaremos ante una insolvencia aparente cuando el deudor, pese a contar con el patrimonio suficiente, no puede afrontar sus deudas porque ha ocultado una parte o la totalidad de sus bienes.¹⁸ En este caso, la solvencia —por decirlo así— se oculta, de modo que no pueda emplearse para la satisfacción de los créditos.¹⁹

Además de estos dos tipos de insolvencia, la doctrina y jurisprudencia españolas han apuntado otro tipo de clasificación, indicando que la insolvencia puede ser también total o parcial. Es total cuando el deudor realiza actos de disposición o generadores de obligaciones que imposibilitan encontrar bien alguno en su patrimonio; mientras que es parcial cuando el deudor no ha podido desprenderse de todo su patrimonio, con lo cual todavía puede hacer frente al menos a una parte de la deuda contraída.

Finalmente, cabe destacar que el Derecho penal proscribía la prisión por deudas. Por tanto, quien incumplía sus obligaciones por error o de forma voluntaria, sin producir un desequilibrio entre los valores

realizables y las deudas exigibles, no incurría en una insolvencia punible.²⁰ Tampoco incurría en esta situación la persona que no dispone de liquidez suficiente para cumplir con el pago de las deudas, siempre que no haya realizado maniobras defraudatorias para llegar a dicho estado de insolvencia.²¹

3. Alzamiento de bienes

El art. 257.1.1 CP prevé el tipo base del delito de alzamiento de bienes —el cual figura desde el CP de 1848 como un tipo autónomo frente a las demás insolvencias y defraudaciones—,²² mientras que los arts. 257.1.2 y 257.2 CP disponen modalidades de este tipo penal.

Al respecto, el Tribunal Supremo, mediante la sentencia núm. 1101/2007, de 27 de diciembre de 2007, en su cuarto fundamento de derecho ha señalado que el **“alzamiento de bienes equivale a la sustracción u ocultación que el deudor hace de todo o parte de su activo de modo que el acreedor encuentre dificultades para hallar algún elemento patrimonial con el que poder cobrarse”**.

Lo expuesto por el Tribunal Supremo sintetiza de manera clara la esencia de este delito: incurrir en sanción penal quien, por medio de maniobras fraudulentas, se libera de sus bienes con el único objetivo de no satisfacer las obligaciones contraídas con su acreedor.

Por otro lado, este mismo Tribunal ha señalado cuáles son los elementos que deben concurrir para determinar que nos encontramos ante la comisión de este delito. Dichos elementos son los siguientes:²³

a) **La existencia de uno o más créditos contra el sujeto activo**, generalmente anteriores a su acción, reales y de ordinario vencidos, líquidos y exigibles,

¹⁴ Gómez Pavón, P., “Las insolvencias punibles en el Código Penal actual”, *Revista Cuadernos de Política Criminal*, núm. 64, 1998, p. 45.

¹⁵ Gómez Pavón, *op. cit.*, p. 43. Cabe precisar que basta con la creencia generalizada de que el deudor no puede responder con su patrimonio por el incumplimiento de sus obligaciones.

¹⁶ Para Bajo Fernández, la diferencia entre insolvencia parcial y total carece de sentido frente a las figuras delictivas que se tratan en las insolvencias punibles, ya que, en la medida en que el deudor no pueda satisfacer sus obligaciones, decimos que es insolvente, siendo que el hecho de que pueda saldar parte de ellas o ninguna resultaría indiferente, siendo en ambos casos insolvente. Cfr. Bajo Fernández, M., y Bacigalupo, S., *op. cit.*, p. 420.

¹⁷ Muñoz Conde, F., *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1999, p. 123.

¹⁸ Faraldo Cabana, P., “Los delitos de insolvencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo Derecho concursal y la reforma penal”, *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, núm. XXIV, 2004, p. 287.

¹⁹ Souto, *op. cit.*, p. 172.

²⁰ Gómez Pavón, *op. cit.*, p. 43.

²¹ Serrano Gómez, y Serrano Maíllo, *op. cit.*, p. 294.

²² Muñoz Conde, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 462.

²³ Véase la STS núm. 1101/2007, de fecha 27 de diciembre de 2007.

empleándose las expresiones adverbiales “generalmente” y “de ordinario” porque es frecuente que el defraudador, ante la inminencia de que su deuda se convierta en vencida y exigible, se anticipe con una operación que frustre las futuras y legítimas expectativas de su acreedor o acreedores mediante la adopción de medidas idóneas para burlar sus derechos.²⁴

b) **Un elemento dinámico**, que no queda circunscrito —como cabría deducir del *nomen* tradicional del delito— a la fuga o desaparición del deudor, sino que puede consistir en la ocultación o destrucción de su activo, en enajenaciones reales o ficticias, onerosas o gratuitas, pero en todo caso con desaparición del valor obtenido en su caso con la transmisión de los bienes, en liberalidades excesivas, en constitución simulada de gravámenes, en reconocimiento de créditos inexistentes y privilegiados y en otras muchas formas comisivas que el ingenio del deudor pueda inventar.

c) **Un elemento tendencial** que consiste en el ánimo de perjudicar a los acreedores mediante la elusión de la responsabilidad patrimonial universal establecida en los arts. 1111 y 1191 CC.²⁵

d) **Un resultado**, no de lesión sino de riesgo, pues es preciso que el deudor, como consecuencia de las maniobras descritas, se coloque en situación de insolvencia total o parcial o, lo que es igual, que experimente una sensible disminución, aunque sea ficticia, de su activo patrimonial, imposibilitando a los acreedores el cobro de sus créditos o dificultándolo en grado sumo.

3.1. Bien jurídico protegido

Respecto de la problemática que gira en torno al bien jurídico protegido podemos identificar tres líneas de opinión: quienes consideran que el alzamiento de bienes es un delito patrimonial; quienes entienden que nos encontramos frente a un delito de naturaleza socioeconómica²⁶ y, finalmente, quienes defienden una posición intermedia, entendiendo que este delito es de naturaleza mixta, ya que involucra tanto el patrimo-

nio como el orden socioeconómico. A continuación, desarrollaremos las posturas antes señaladas:

3.1.1. Posición patrimonialista

Para este sector de la doctrina el interés jurídico protegido en este tipo de delitos es el derecho de los acreedores a la satisfacción de los créditos contraídos mediante el patrimonio de su deudor.²⁷ Cabe señalar que, según esta posición, el patrimonio del acreedor se encuentra integrado por el derecho de crédito individual del acreedor a satisfacerse en el patrimonio del deudor cuando éste incumple sus obligaciones y por el derecho que tiene el acreedor al cumplimiento de la obligación, pero sólo el primero de los mencionados sería el bien jurídico protegido en el delito de alzamiento de bienes, ya que en este delito no se castiga el mero incumplimiento de las obligaciones, sino aquellas conductas fraudulentas por las que el deudor frustra el derecho que tienen los acreedores —a consecuencia de lo establecido en el artículo 1911 CC— de satisfacerse con el patrimonio del deudor.²⁸

Caballero Brun destaca que los defensores de esta postura consideran que este delito protege por la vía penal el dispositivo de garantías que el ordenamiento jurídico privado prevé para asegurar el intercambio de bienes y servicios entre particulares por medio de una estructura jurídica que es la relación jurídica obligacional.²⁹

Quintano Ripollés se muestra a favor de esta primera posición al señalar que las insolvencias pueden ser consideradas como infracciones sobre el propio patrimonio, pese a que el resultado lesivo se proyecte también, en último término, sobre intereses económicos extraños que, como es de prever, se encuentran en dimensiones de generalidad y mero riesgo; en todo caso, para el citado autor, el bien jurídico protegido es el derecho de crédito del acreedor o acreedores sobre el patrimonio del deudor, quien se encuentra afectado al cumplimiento de sus obligaciones en los términos que establece el art. 1911 CC.³⁰

²⁴ En la misma línea se pronuncia la STS de fecha 5 de julio de 2005.

²⁵ Véase también, la STS de fecha 18 de febrero de 2005.

²⁶ Gómez Pavón, *op. cit.*, p. 36.

²⁷ Suárez-Mira Rodríguez, C. (coord.), *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, t. II, 6ª ed., Thomson Reuters, Navarra, 2011, p. 279; Serrano, *op. cit.*, p. 293; Monge, *op. cit.*, p. 114.

²⁸ Bajo Fernández, M., y Bacigalupo, S., *op. cit.*, p. 423.

²⁹ Caballero Brun, F., *Insolvencias punibles*, Iustel, Madrid, 2008, p. 70.

³⁰ Quintano Ripollés, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, t. III, Edersa, Madrid, 1978, p. 199. En similar sentido, Muñoz

Por último, Gómez Benítez, quien también se adscribe a esta postura, sostiene que lo específicamente protegido por el Derecho penal es la posibilidad real de cobrar las obligaciones al momento del vencimiento. Tanto en el Derecho civil como en el penal se protege el derecho de crédito frente al incumplimiento de obligaciones de pago del deudor, sin embargo la intervención del *ius puniendi* sólo se legitimará cuando la imposibilidad del cobro de las obligaciones ha sido dolosamente causada y agravada por el deudor a fin de perjudicar a los acreedores.³¹

3.1.2. Posición metapatrimonialista

Este sector de la doctrina considera que el bien jurídico es de naturaleza supraindividual, entendiendo que lo inmediatamente protegido por este delito como bien jurídico está más allá del individuo y, en consecuencia, del patrimonio individual.

Según esta posición, lo que se afectaría es el ordenado ejercicio del comercio, resaltándose con ello la vinculación de las insolvencias punibles con los denominados delitos socioeconómicos.³² Inclusive, algunos autores señalan que no se puede sustentar que el bien jurídico es el derecho del acreedor, ya que sería paradójico que el Estado protegiese el derecho de aquel acreedor irresponsable que no tomó las medidas suficientes para tener por seguro la satisfacción de su crédito.

Sobre el tema, Queralt Jiménez sostiene que el bien jurídico protegido es la exigencia del sistema de crédito que se basa en la fluidez de las operaciones y en la confianza en el buen éxito de las mismas. Asimismo, agrega que la punición de estas conductas supone claramente la instrumentalización de los encargados frente al resto de miembros de la colectividad para demostrar la seriedad del sistema.³³

Gómez Pavón nos recuerda que para Bustos Ramírez el bien jurídico protegido es el sistema crediticio, ya que considera al crédito como pieza clave del sistema económico. Resalta que, para dicho autor, este sistema es especialmente predicable para todos los supuestos concursales, ya que si sólo afecta al patrimonio no tendría sentido su carácter universal, el cual únicamente sería explicable por la afección al funcionamiento del sistema. La configuración de la empresa, desarrollo y ampliación, sólo es posible a través del crédito, siendo que, con esta visión se justifica que los actos de disposición sobre el propio patrimonio, en principio, lícitos puedan adquirir relevancia penal cuando afectan a la institución del crédito.³⁴

3.1.3. Posición mixta

Quienes suscriben esta postura consideran que el alzamiento de bienes es un delito pluriofensivo, ya que se afecta a más de un bien jurídico protegido; en el caso concreto, el patrimonio y el orden socioeconómico.

Esta postura surge como una posición intermedia o mixta al considerar que el bien jurídico protegido sería tanto la satisfacción de los acreedores como la economía crediticia, posicionándose así en una zona intermedia entre los delitos patrimoniales y los socioeconómicos, según la cual tendría como finalidad asegurar la garantía de los acreedores (dimensión individual) y proteger el tráfico mercantil, y con ello el orden económico y social (dimensión social).³⁵ Dicho de otro modo, los autores que suscriben esta postura manifiestan que lo que se afecta mediante estas figuras delictivas son, en primer lugar, un bien jurídico patrimonial como es el derecho de crédito y, en segundo lugar, el orden económico.³⁶

Gómez Pavón señala al respecto que existe una relevancia socioeconómica de las insolvencias punibles,

Conde señala que el bien jurídico común a todas las insolvencias “[...] es el derecho de crédito del acreedor o acreedores, concretado en el derecho a la satisfacción que tienen sobre el patrimonio del deudor en el caso de que éste incumpla sus obligaciones, como contrapartida del deber que tiene el deudor de responder en caso de incumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes o futuros en base al art. 1911 CC”. Cfr. Muñoz Conde, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 458.

³¹ Gómez Benítez, J., *Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos*, Colex, Madrid, 2001, p. 224.

³² Gómez Pavón, *op. cit.*, p. 39.

³³ Queralt Jiménez, J., *Derecho penal español. Parte Especial*, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2010, p. 748.

³⁴ Gómez Pavón, *op. cit.*, p. 40.

³⁵ *Idem*.

³⁶ Bajo Fernández, M., y Bacigalupo, S., *op. cit.*, p. 415. Resulta pertinente resaltar, tal como lo hace Bajo Fernández, que los delitos de insolvencia son algunos de los más característicos de entre los delitos económicos, siendo que la importancia criminológica de ello estriba en la reacción en cadena, ya que se van transmitiendo de unos empresarios a otros las dificultades de pago y las crisis, los despidos masivos de trabajadores, el alza de interés en los institutos de crédito, etcétera.

tanto por los daños que materialmente puedan causar como por la incidencia en la confianza en la actividad empresarial³⁷ basada en la institución del crédito.³⁸

Por su parte, Luzón Cuesta, siguiendo a Conde-Pumpido, sostiene que se puede considerar que estos delitos atentan contra el sistema crediticio, por lo que el patrimonio del acreedor no será tutelado frente a las situaciones de insolvencia, sino sólo frente a determinados comportamientos causales de esa insolvencia, ya que ésta por sí sola no constituye delito alguno.³⁹

3.1.4. Toma de postura

En cuanto al bien jurídico protegido en el delito de alzamiento de bienes, nos decantamos por la postura intermedia, ya que si partimos de la premisa de que el derecho de crédito no es sólo un instrumento jurídico de la economía de mercado y de la libertad de la empresa, sino también condición *sine qua non* para el desarrollo de éstas, podemos sostener que con un solo acto lesivo no únicamente se puede afectar el derecho de crédito de un particular (bien jurídico individual) sino también el orden socioeconómico en su conjunto (bien jurídico colectivo).

Por ello, se requiere realizar una imprescindible concienciación general respecto del considerable daño económico a la sociedad en su conjunto —y no sólo al afectado— con la lesión de un derecho de crédito, pues dicha lesión puede acarrear consecuencias mayores como el desmantelamiento de empresas y la pérdida de puestos de trabajo.⁴⁰

3.2. Análisis del art. 257.1.1º CP

3.2.1. Presupuesto típico extrapenal

En el delito de alzamiento de bienes, la preexistencia de una relación jurídica obligatoria constituye un pre-

supuesto objetivo para su tipicidad,⁴¹ ya que sin este vínculo jurídico no podría hablarse de un derecho de crédito.⁴²

El término “obligación” puede ser definido como el vínculo jurídico que liga a dos o más personas, en virtud del cual una de ellas —el deudor— queda sujeta a realizar una prestación a favor de otra —el acreedor— para la satisfacción de un interés digno de protección. Al acreedor le asiste el denominado derecho de crédito, el cual le otorga el poder para exigir el cumplimiento de la obligación contraída.⁴³

El nacimiento de una obligación supone siempre para el acreedor el riesgo de que el deudor no cumpla con la prestación debida, esto es, un riesgo normal con el que el acreedor debe contar, aunque, como sabemos, éste puede forzar el cumplimiento de las obligaciones, en principio, mediante los mecanismos previstos en el CC.

Toda obligación debe de ser cumplida en su debido momento, por ejemplo, si nos encontramos ante una obligación pura, el cumplimiento de ésta será tan pronto como exista,⁴⁴ mientras que si nos encontramos frente a una obligación sometida a término o plazo, la exigibilidad de ésta será cuando se produzca su vencimiento.⁴⁵

En el caso de que la deuda se encuentre vencida y el deudor no hubiere cumplido con pagarla, el acreedor, valiéndose de lo establecido en el ámbito civil, podrá solicitar la ejecución forzosa, entre otras acciones. Debemos recordar que el mero incumplimiento de la obligación es impune, máxime si tenemos en cuenta que el ordenamiento jurídico español prohíbe la prisión por deudas.

El incumplimiento será penalmente relevante, siempre y cuando la conducta del deudor traspase los límites de la libertad contractual y de su poder de disposición sustrayéndose a las consecuencias de su incumplimiento, ocultando sus bienes y eludiendo así

³⁷ Sostiene Queralt Jiménez respecto del bien jurídico que: “No interesa aquí tanto el daño concreto que pueda infligirse a esa persona o personas concretas, como la quiebra de las relaciones económicas (y no sólo mercantiles, piénsese en los trabajadores afectados) que estos delitos suponen”. Cfr. Queralt, *op. cit.*, p. 747.

³⁸ Gómez Pavón, *op. cit.*, p. 41.

³⁹ Luzón Cuesta, J., *Compendio de Derecho penal. Parte Especial*, 18ª ed., Dykinson, Madrid, 2011, p. 177.

⁴⁰ Campomanes, *op. cit.*

⁴¹ Córdoba Roda, J., y García Arán, M. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. I, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 868.

⁴² El derecho de crédito puede ser definido como aquella situación de poder jurídico, económico y social que el ordenamiento concede a la persona del acreedor para la tutela y logro de su interés. Cfr. Díez-Picazo y Ponce de León, L., *Fundamentos del Derecho civil*, t. II, Civitas, Madrid, 1996, p. 102.

⁴³ Albaladejo García, M., *Derecho civil.*, t. II, Bosch, Barcelona, 2002, p. 15.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 136.

⁴⁵ Lacruz, *op. cit.*, p. 146.

su responsabilidad patrimonial, colocándonos en una situación donde las medidas previstas en el Derecho civil no bastan. El derecho de crédito, en su vertiente de derecho a la satisfacción, se ve de esta manera notablemente perjudicado y es entonces cuando hay que recurrir al Derecho penal, ya que éste protege al mencionado Derecho mediante la prohibición de los comportamientos dolosos del deudor que puedan lesionarlo.⁴⁶

El alzamiento de bienes descansa en la existencia de una relación jurídico-obligacional —una relación crediticia—⁴⁷ que debe ser previa a la comisión del delito.⁴⁸ No es necesario que la obligación esté vencida ni que sea líquida⁴⁹ ni tampoco exigible,⁵⁰ ya que si se tuviera que esperar a que la deuda fuera exigible, líquida y vencida —por haber llegado el momento de su cumplimiento— bastaría con que el deudor se alce con sus bienes en un momento, incluso, inmediatamente, anterior a dicho instante para que su conducta creadora de insolvencia no fuera típica, lo cual supondría el caos del sistema económico, pues la inseguridad del crédito sería abrumadora.⁵¹

La limitación temporal que ofrece la preexistencia de la obligación es un elemento que debemos tener siempre en cuenta, ya que, de lo contrario, si estuviésemos ante el supuesto de que el sujeto tuviese intención de defraudar una deuda futura —es decir, la deuda aún no adquirida— nos encontraríamos probablemente ante un delito de estafa.

La determinación de la existencia de este presupuesto lo hará el Tribunal de lo penal con total independencia, salvo en los casos en que ese presupuesto sea objeto de litigio ante otro tribunal (en sede no penal), ya que en dicho supuesto se debe de esperar a la resolución de éste, no para quedar vinculado a su

decisión, sino para tenerla en cuenta como un hecho más —véase STS de 4 de julio de 1980—.⁵²

Ahora bien, debe resaltarse que en la práctica el acreedor usualmente conocerá el fraude realizado por el deudor una vez que la deuda se encuentre vencida, ya que es en ese preciso momento en el que tendrá derecho a cobrar la deuda y no podrá hacerlo.⁵³ Sin embargo, como ya se ha señalado anteriormente, no es necesario que la obligación se encuentre vencida para que se pueda afirmar que nos encontramos ante un verdadero alzamiento de bienes, siendo sólo suficiente que la misma haya nacido.⁵⁴

En conclusión, el incumplimiento de las obligaciones por parte del deudor sin que haya una maniobra fraudulenta de por medio carece como tal de relevancia como bien jurídico protegido en los delitos de insolvencia, siendo que sólo en el supuesto de que ese incumplimiento obligacional estuviese acompañado o se tradujese en la frustración del interés del acreedor en satisfacer en el patrimonio del deudor —porque éste evade los bienes que conforme al art. 1911 CC están adscritos al cumplimiento de las obligaciones—, se justificaría la intervención del Derecho penal a través de los delitos de insolvencia, surgiendo el presupuesto objetivo de las llamadas insolvencias punibles,⁵⁵ y en particular del delito de alzamiento de bienes.

Lo antes mencionado es acorde con lo señalado por el Tribunal Supremo en la sentencia núm. 163/2006, de 10 de febrero de 2006, donde en el segundo fundamento de derecho señala que “Lo que el Código castiga no es el empobrecimiento del deudor, como modalidad de la proscrita ‘prisión por deudas’, sino la conducta dolosa de quien reduce u oculta su patrimonio para defraudar los derechos de sus acreedores que ven así frustradas las legítimas condiciones en que efectuaron la contratación”.

⁴⁶ Campomanes, *op. cit.*

⁴⁷ Ceres Montés resalta que no es preciso una previa declaración judicial civil de la existencia de la deuda, pudiendo decidir el juez penal sobre su existencia a los efectos de la represión. Cfr. Ceres Montés, J., “La insolvencia punible en el nuevo Código Penal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 287, 1997. Disponible en: www.westlaw.es Fecha de Consulta: 10 de mayo de 2016.

⁴⁸ En igual sentido, véase Gómez Pavón, *op. cit.*, p. 49.

⁴⁹ La deuda es líquida cuando su cuantía está fijada numéricamente o basta una simple operación aritmética para obtener su cuantía exacta. Cfr. Souto, *op. cit.*, p. 260.

⁵⁰ Siguiendo esa misma línea de razonamiento, véase Campomanes, *op. cit.*

⁵¹ Queralt, *op. cit.*, p. 751.

⁵² Muñoz Conde, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 463.

⁵³ Yzquierdo Tolsada, M., “La querrela por alzamiento de bienes, o la acción pauliana revestida de amenaza”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 57, enero-marzo de 2006, p. 279.

⁵⁴ Vives, T., González, J., *op. cit.*, p. 50.

⁵⁵ Muñoz Conde, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 461.

3.2.2. Sujetos

A. Sujeto activo

El alzamiento de bienes es un delito especial propio, ya que sólo puede ser sujeto activo aquella persona en la que concurra la condición de sujeto obligado al pago de una deuda,⁵⁶ es decir, el deudor, el cual debe de ser también propietario de los bienes alzados,⁵⁷ no existiendo distinción alguna entre comerciantes, particulares, personas físicas y jurídicas⁵⁸ —es de mencionarse que, a diferencia del Código anterior, no se hace distinción entre el sujeto activo comerciante y el no comerciante, a efectos de la penalidad—. ⁵⁹

Suárez González acota que no sólo puede ser considerado sujeto activo el directamente obligado al pago, sino también los obligados subsidiarios, como, por ejemplo, avalistas, fiadores y responsables civiles subsidiarios.⁶⁰ La obligación de estos últimos es subsidiaria y complementaria, de forma que sólo si el deudor principal no paga el tercero que se comprometió a suplirle tendrá que hacerse cargo de la deuda.⁶¹

En doctrina, se cuestiona si se puede hablar de insolvencia cuando existe un fiador solvente que responde de las deudas del alzado; la respuesta que se ha brindado en la doctrina y en la jurisprudencia es que, en la medida en que la fianza pueda considerarse como elemento económico en el patrimonio del alzado, no habrá insolvencia, y que tampoco la habrá aun en el caso de que el obligado principal, es decir, el deudor, haya ocultado sus bienes —o parte de ellos—, si es que el fiador tiene el patrimonio suficiente como para poder solventar las deudas.⁶²

Otro tema debatido referido al fiador se vincula al momento desde cuándo puede considerársele sujeto

activo del delito de alzamiento de bienes. La doctrina mayoritaria considera que, en virtud del art. 1830 CC, el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor, sin haberse realizado previamente la excusión de todos los bienes del deudor. Siendo ello así, el fiador sólo podrá ser sujeto activo cuando el comportamiento típico se lleve a cabo una vez verificada la excusión.⁶³

En cuanto a las personas jurídicas, el Tribunal Supremo señaló en la sentencia del 18 de junio de 1999 que es delito de alzamiento de bienes la dación en pago entre empresas de las que son administradores únicos los deudores con la finalidad de defraudar a los acreedores, ya que concurren los elementos configuradores del tipo delictivo debiendo consecuentemente condenarse a los administradores.⁶⁴ Similar situación se produce en la STS de 11 de noviembre de 2003 en la que se condena por un delito de alzamiento de bienes a los administradores de una sociedad unipersonal de distribución de libros que, cambiando de nombre, pretendió eludir sus obligaciones con sus acreedores.⁶⁵

B. Sujeto pasivo

En cuanto al sujeto pasivo, los que mantienen la postura de que el bien jurídico protegido es patrimonial llegan a la conclusión de que el sujeto pasivo es el acreedor titular del derecho de crédito, ya que el interés de este último es el que se estaría protegiendo desde la perspectiva penal por medio del delito de alzamiento de bienes.⁶⁶ Si bien, con ello no descartan la posibilidad de que la sociedad en general pudiera sufrir las consecuencias negativas de los ataques particulares que generalizan en el sistema jurídico que

⁵⁶ Souto, *op. cit.*, p. 289.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 465. Queralt Jiménez señala que el deudor no sólo se alza con los bienes sobre los que ejerce el derecho de propiedad, sino sobre cualquier otro que por cualquier título esté en su patrimonio. Cfr. Queralt, *op. cit.*, p. 751.

⁵⁸ Queralt, *op. cit.*, p. 749.

⁶¹ Luzón, *op. cit.*, p. 178.

⁶⁰ Suárez González, C., “Insolvencias punibles”, en Bajo Fernández, M. (dir.), *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, p. 521. En similar sentido, Ocaña Rodríguez, A., *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, 2ª ed., Colex, Madrid, 1997, p. 65.

⁶¹ Bustos Valdivia, C., Moreno Quesada, B., y Trujillo Calzado, M., *Derecho patrimonial civil*, Comares, Granada, 2006, p. 312.

⁶² Bajo Fernández, M., y Bacigalupo, S., *op. cit.*, p. 424. En igual sentido pueden verse las STS de 27 de abril de 2000, la del 30 de abril del 2003, entre otras.

⁶³ Caballero, *op. cit.*, p. 222.

⁶⁴ Moya Jiménez, A., *La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2010, p. 165.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 164.

⁶⁶ Souto, *op. cit.*, p. 214.

canaliza el intercambio de bienes y servicios, esta posición resuelve que, el mero hecho de que la sociedad sufra indirectamente dichas consecuencias no es motivo suficiente para considerarla como titular del bien jurídico protegido.⁶⁷

Por otro lado, los que mantienen la postura de que el bien jurídico protegido es de índole colectiva sostienen que el titular del bien jurídico protegido es únicamente la sociedad. Aun cuando no desconocen la afectación producida al acreedor con el alzamiento, consideran que no debe confundirse la situación del afectado con la de titular del bien jurídico.

Finalmente, quienes sostienen que el delito de alzamiento de bienes es uno pluriofensivo —posición a la cual nos adherimos—, señalan que el sujeto pasivo *directo* sería el acreedor o acreedores titulares del bien jurídico afectado por la acción del deudor,⁶⁸ mientras que el sujeto pasivo *indirecto* sería la comunidad económica, afianzándose de esta manera la postura de quienes identifican al delito de alzamiento de bienes como uno contra el sistema socioeconómico en su conjunto.⁶⁹

3.2.3. Objeto material

El objeto material del delito es aquel ente sobre el cual recaen en forma inmediata las acciones del agente cuando se comete un atentado contra el bien jurídico protegido.⁷⁰

En el caso del delito de alzamiento de bienes, el objeto material se encuentra constituido por la totalidad de los bienes patrimoniales del deudor,⁷¹ bienes sobre los cuales ejerce el derecho de propiedad o tiene en su patrimonio bajo cualquier otro título,⁷² salvo los inembargables⁷³ —ya que sobre ellos el acreedor

no puede hacer efectivo su crédito, frente a ellos son ineficaces los procedimientos ejecutivos y, por tanto, no son valores realizables—. ⁷⁴

Es de señalar que el uso del término “bienes” debe entenderse en sentido amplio, es decir, comprende tanto los bienes materiales como los inmateriales, los muebles e inmuebles y también los créditos, siempre que tengan la cualidad de ser embargables y puedan estar afectos al cumplimiento de las obligaciones que impone el art. 1911 CC.⁷⁵

Los bienes adquiridos con posterioridad a la fecha de asunción o vencimiento de la deuda forman parte del patrimonio del deudor, y en consecuencia quedan afectos a la garantía patrimonial.⁷⁶

También debe tenerse en cuenta que los bienes, para que puedan ser objeto material de este delito, deben tener la capacidad de ser valorados económicamente, es decir, deben ser susceptibles de ser incorporados al tráfico mercantil o económico y, consecuentemente, al patrimonio, de ahí que los bienes carentes de valor económico no resultan ser idóneos para dicho fin.⁷⁷ Se excluyen, por tanto, los derechos personalísimos, los derechos derivados de relaciones familiares, los derechos políticos o también aquellos derechos de crédito que tengan por objeto una prestación de hacer o no hacer dirigida a satisfacer una prestación estrictamente personal.⁷⁸

3.2.4. Conducta típica

La voz “alzarse” estuvo referida en un primer momento a la fuga del deudor, para luego vincularse con el ocultamiento físico de sus bienes.⁷⁹ Ahora bien, en el contexto jurídico-penal el contenido de “alzamiento” no es preciso: la doctrina no mantiene uniformi-

⁶⁷ Ruiz Marco, F., *La tutela penal del derecho de crédito*, Dilex, Madrid, 1995, p. 338.

⁶⁸ Muñoz Conde, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 465.

⁶⁹ Queralt, *op. cit.*, p. 750.

⁷⁰ Márquez Piñero, R., *El tipo penal. Algunas consideraciones en torno al mismo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1986, p. 349.

⁷¹ Muñoz Conde, F., *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1999, p. 130.

⁷² Respecto de este punto, algunos autores como Caballero Brun han estimado que habrían de excluirse del objeto material aquellos bienes respecto de los cuales el deudor sólo tienen la posesión o únicamente simples expectativas. Caballero, *op. cit.*, p. 225.

⁷³ Suárez-Mira, *op. cit.*, p. 281.

⁷⁴ Bajo, M., y Bacigalupo, S., *op. cit.*, p. 430.

⁷⁵ Así, Muñoz Conde, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 466 y 467; y Monge, *op. cit.*, p. 114.

⁷⁶ Souto, *op. cit.*, p. 270.

⁷⁷ Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 483 y 484.

⁷⁸ López Sánchez, J., *El embargo de la empresa*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 109.

⁷⁹ Muñoz Conde, *El delito...*, *op. cit.*, p. 115.

dad respecto de las conductas concretas que podrían integrar este concepto.⁸⁰

Por otro lado, es un término poco usado en el lenguaje común.⁸¹

Tradicionalmente, en la doctrina se viene identificando a la conducta de “alzarse” con el acto de ocultar, hacer desaparecer o transmitir a otros los bienes propios con la finalidad de no cumplir con las deudas que se tienen con terceros.⁸²

Suárez-Mira entiende que alzarse con los bienes equivale a colocarse dolosamente en una situación de insolvencia frente a los acreedores o agravar fraudulentamente la insolvencia sobrevenida de manera fortuita, mediante la ocultación física o jurídica de los bienes.⁸³ Queralt Jiménez, por su parte, enfatiza la vinculación del acto típico con el presupuesto extrapenal al sostener que “alzarse” significa sustraer todos o parte de los bienes al cumplimiento de las obligaciones contraídas, obligaciones que tienen que ser legítimas y reales creando una situación de insolvencia.⁸⁴

Con base en lo expuesto, podríamos sostener entonces que la acción típica consiste en hacer desaparecer u ocultar por cualquier procedimiento todos o parte de los bienes con el objeto de quedar en una posición de insolvencia total o parcial frente a los acreedores, de modo tal que estos no puedan ver satisfechos sus créditos.⁸⁵

Ahora bien, las formas por las cuales un sujeto puede alzarse comprenden una inagotable gama de conductas, tantas como pueden derivarse del ingenio y la amplia inventiva de los deudores; algunos ejemplos de estas formas podrían ser: la fuga con los bienes, la enajenación u ocultación fraudulenta, etcétera.⁸⁶

Al respecto, la jurisprudencia ha llegado a referirse a la existencia de “miles de formas comitivas imaginables” conducentes a una insolvencia que imposibilite al acreedor la satisfacción de su crédito. Algunas de

las formas más frecuentes de alzamiento se realizan por medio de la creación de hipotecas, traspasos, donaciones o enajenaciones ficticias que imposibilitan la realización del crédito, señalando además que cabe también la realización de operaciones no jurídicas, es decir, operaciones materiales, como la ocultación o la destrucción.⁸⁷

Para delimitar la extensión del término “alzarse”, Muñoz Conde indica que todas las formas posibles de alzamiento de bienes podrían ser típicamente reconducidas a dos grupos genéricos como son: la ocultación material o física de los bienes del deudor, y la ocultación de estos mediante medios jurídicos que tienen por finalidad aumentar el pasivo o disminuir el activo.⁸⁸

El Tribunal Supremo, mediante sentencia núm. 1101/2007, de fecha 27 de diciembre de 2007, en su cuarto fundamento de derecho señala lo siguiente:

Tal ocultación o sustracción, en la que caben modalidades muy diversas, puede hacerse de modo elemental apartando físicamente algún bien de forma que el acreedor ignore donde se encuentra, o de forma más sofisticada, a través de algún negocio jurídico por medio del cual se enajena alguna cosa en favor de otra persona, generalmente parientes o amigos, o se constituye un gravamen, o se sustrae algún elemento del activo patrimonial de modo que se impida o dificulte la posibilidad de realización ejecutiva, bien sea tal negocio real, porque efectivamente suponga una transmisión o gravamen verdaderos pero fraudulentos, como sucede en los casos tan frecuentes de donaciones de padres a hijos, bien se trate de un negocio ficticio que, precisamente por tratarse de una simulación, no disminuye en verdad el patrimonio del deudor, pero en la práctica impide la ejecución del crédito porque aparece un tercero como titular del dominio o de un derecho que obstaculiza la vía de apremio.

⁸⁰ En ese sentido véase la STS de fecha 24 de febrero de 2005.

⁸¹ Muñoz Conde señala que el sentido que generalmente se le daba a la expresión “se alce” significaba levantarse, elevarse, dirigirse contra alguien. Cfr. Muñoz Conde, *El delito...*, op. cit., p. 113.

⁸² Serrano, op. cit., p. 293.

⁸³ Suárez-Mira, op. cit., p. 279.

⁸⁴ Queralt, op. cit., p. 750. En similar sentido, Bajo Fernández entiende que alzarse consiste en realizar una sustracción de los propios bienes a la acción de los acreedores, de modo que se hacen ineficaces los medios de ejercitar su derecho a la satisfacción. Bajo Fernández, M., y Bacigalupo, S., op. cit., p. 425.

⁸⁵ Véase Serrano, op. cit., p. 294; Suárez-Mira, op. cit., p. 281.

⁸⁶ Cuesta Merino, J., “La instrucción en los delitos de insolvencia punible”, en Consejo General del Poder Judicial, *La instrucción en los delitos económicos y contra la Hacienda Pública*, núm. 64, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2005, p. 556.

⁸⁷ Bajo Fernández, M., y Bacigalupo, S., op. cit., p. 428.

⁸⁸ Muñoz Conde, *El delito...*, op. cit., p. 115.

Un aspecto relevante que debe tenerse en cuenta es que entre la conducta de “alzamiento” y la “insolvencia” debe de mediar una relación de causalidad; de tal forma que la insolvencia sea consecuencia de la ocultación o disposición fraudulenta de los propios bienes. En ese sentido, la insolvencia producto de un hecho fortuito —por ejemplo, en caso de que se quemen las mercancías— no podrá ser sancionada penalmente.⁸⁹ Cabe aclarar que la conducta típica recae sobre los bienes del deudor, nunca sobre bienes ajenos pertenecientes a un tercero.⁹⁰

Puede ocurrir que el deudor no tenga suficientes bienes para hacer efectivas todas sus deudas y decida cumplir con las obligaciones vencidas, pero sólo respecto de una parte de sus acreedores. En principio, la situación antes mencionada es penalmente irrelevante,⁹¹ ya que se trataría de un hecho atípico, puesto que el sujeto activo no se estaría quedando con los bienes ni tampoco habría producido o aumentado su insolvencia.⁹²

En ese sentido también se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la STS de 25 de abril de 2002 señalando que cuando el dinero o los bienes obtenidos a cambio del patrimonio que se enajena se destinan al pago de otras deudas que también gravaban el mismo patrimonio, no existe alzamiento de bienes, pues esta figura delictiva ampara globalmente al conjunto de los acreedores y no a unos con preferencia a otros. En esa línea de razonamiento, se ha sostenido también que no hay alzamiento de bienes, aunque no se respete el indicado orden de antigüedad, ya que esta figura no es una tipificación penal de la violación de normas relativas a la prelación de créditos; por tanto, no se tienen en cuenta las normas del Derecho privado, sino que se protege a todos los acreedores genéricamente considerados, por lo que se protege el crédito en su globalidad.⁹³

Por su parte, Bajo Fernández⁹⁴ sostiene que, aun existiendo el ánimo de perjudicar a los acreedores

con créditos vencidos, no sería punible la insolvencia derivada del pago a otros acreedores con créditos no vencidos, salvo que el deudor haya estado constreñido a satisfacer el crédito de los primeros, bien por una prelación de créditos legalmente establecida en un procedimiento o bien porque las deudas solventadas no eran exigibles en tiempo y forma. En el primer caso, sería sancionable porque el deudor tiene el deber de pagar conforme a un orden de prelación que no respeta, y en el segundo, porque solventa las deudas a las que aún no está obligado en perjuicio del resto de los acreedores, lo que implica un alto grado de intolerabilidad. En ese sentido, según la concepción del citado autor, si no mediara coerción alguna el deudor se encontraría libre de efectuar el pago en el orden que desee aun cuando lo haga con el ánimo de perjudicar a sus acreedores, ya que estaría obrando en ejercicio de su legítimo derecho.

Por tanto, el pago a un acreedor en posposición de otro no es una modalidad de alzamiento de bienes, pues no se puede considerar como un instrumento apto para provocar una insolvencia punible,⁹⁵ puesto que las obligaciones son preexistentes, no pudiendo entenderse que el desequilibrio patrimonial nace de la actuación del deudor que prioriza a unos acreedores frente a otros.

Respecto de la comisión del delito de alzamiento en su modalidad omisiva, la doctrina no ha llegado a un consenso. En cuanto a la omisión pura, un sector importante de la doctrina sostiene que el delito de alzamiento no se configura con un simple no hacer, ya que la pasividad del deudor no puede dar lugar a este delito. Así pues, el abandono del trabajo para no pagar la pensión compensatoria o el hecho de no recoger una cosecha que se pierde por esta causa no son conductas encuadrables en el tipo penal.⁹⁶

Para Gómez Pavón sólo será posible la comisión de este ilícito en su forma omisiva, siempre que exista un deber de impedir el resultado típico. Ello no sig-

⁸⁹ Bajo Fernández, M., y Bacigalupo, S., *op. cit.*, p. 429.

⁹⁰ Vives, T., y González, J., *op. cit.*, p. 51.

⁹¹ Souto, *op. cit.*, p. 234.

⁹² Martínez-Buján, *op. cit.*, p. 1291. En ese mismo sentido se ha pronunciado Serrano Maíllo, quien sostiene que “no habrá delito de alzamiento si el deudor paga a parte de los acreedores deudas existentes, hasta donde le lleguen sus bienes, aunque para más puridad podría exigirse respetar el orden de antigüedad, es decir, comenzando por la deuda que venció primero, salvo que haya créditos preferentes”. Cfr. Serrano, *op. cit.*, p. 295.

⁹³ Luzón, *op. cit.*, p. 179.

⁹⁴ Bajo Fernández, M., y Bacigalupo, S., *op. cit.*, p. 431.

⁹⁵ Quintero, *op. cit.*, p. 123.

⁹⁶ Souto, *op. cit.*, p. 276.

nifica que el sujeto activo ostente el deber general de no ser insolvente, sino más bien que existen supuestos especiales —tales como los del deudor comerciante o empresario— en los que, por el hecho de ostentar esa condición, tienen la obligación de reflejar con exactitud su estado patrimonial debido a la exigencia que se encuentra estipulada en el art. 33 del Código de Comercio. En ese sentido, podría considerarse como un hecho típico el incumplimiento de la exigencia antes mencionada, por ejemplo, el caso de la omisión de bienes en el balance, salvando, claro está, lo dispuesto en el art. 261 CP.⁹⁷

Queralt Jiménez analiza el caso particular de la renuncia a la herencia con el fin de no afrontar las deudas vencidas. El citado autor, partiendo de la premisa de que el patrimonio está integrado por bienes —tanto cosas como derechos de crédito realizables—, opina que no existe obstáculo alguno para considerar la posibilidad de que se produzca un alzamiento de bienes en el caso de que el sujeto deudor se niegue a aceptar una herencia o el pago de una deuda a favor de él.⁹⁸ Es del mismo parecer Quintero Olivares, para quien el hecho de renunciar a la herencia constituiría un ejercicio abusivo de Derecho, no pudiéndose justificar la conducta del deudor desde la perspectiva penal.⁹⁹

En contra de esta postura se pronuncia Bajo Fernández, quien sostiene que, según el art. 988 CC, la aceptación y rechazo de la herencia es un acto libre, por lo que, para dicho autor, la renuncia a la herencia no supone la comisión del delito de alzamiento de bienes.¹⁰⁰ Sin embargo, destaca el hecho de que los supuestos de comisión por omisión pueden ser abundantes, sobre todo cuando estos se refieren a la ocultación de bienes, ya que mediante esa conducta se dificulta el ejercicio del derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos, pudiendo entenderse esta situación como un alzamiento.¹⁰¹

Otro aspecto importante por desarrollar es si el alzamiento de bienes constituye un delito de lesión o uno de peligro. Quienes sostienen que se trata de un delito de lesión consideran que no basta con poner en peligro el derecho a la satisfacción del crédito del acreedor —algo que ocurre con el mero incumplimiento de la obligación— para la comisión del ilícito penal, sino que es necesario que el deudor se coloque en una situación de insolvencia impidiendo el cobro del crédito.¹⁰²

En cambio, para la doctrina mayoritaria el alzamiento de bienes es un delito de peligro —posición que compartimos—; siendo ello así, para la consumación del tipo penal no se requiere el perjuicio patrimonial del acreedor (derivado de la efectiva frustración del crédito), sino que basta la mera provocación de insolvencia por parte del deudor. Para este sector de la doctrina, la insolvencia es el resultado típico del delito que no se encuentra constituido propiamente por el perjuicio, sino por la frustración del derecho de los acreedores a satisfacerse en el patrimonio del deudor. En ese sentido, lo que se debe sancionar son los comportamientos fraudulentos o disvaliosos en cuanto suponen la creación de un riesgo (enajenaciones, etc.) para el interés protegido que se concreta en el resultado (falta de patrimonio suficiente).¹⁰³

En similares términos se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la sentencia núm. 1253/2002, de 5 de julio de 2002, según la cual el alzamiento de bienes es una infracción de mero riesgo, pues el perjuicio realmente ocasionado a los acreedores pertenece no a la fase de perfección del delito, sino a la de su agotamiento.

3.2.5. Tipo subjetivo

El alzamiento de bienes es un delito eminentemente doloso. Es necesario que el deudor sepa que el oculta-

⁹⁷ Gómez Pavón, *op. cit.*, p. 50. Magro Servet admite la posibilidad de que se permita ciertas hipótesis de comisión por omisión, como en el caso de que el deudor no impidiera que un bien patrimonial se deteriore, con ánimo de perjudicar al acreedor. Cfr. Magro Servet, V., “El delito de alzamiento de bienes. Análisis de los arts. 257 y 258 CP. Posición actual de la jurisprudencia”, en Consejo General del Poder Judicial, *Aspectos penales de la Nueva Ley Concursal*, núm. 54, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2004, p. 211. En similar sentido, Bajo Fernández señala que, en la ocultación de dinero, créditos, géneros u otra especie de bienes o derechos en el balance, conducta que en la medida en que dificulta el ejercicio del derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos, puede entenderse como alzamiento de bienes, habida cuenta del deber de llevar una correcta contabilidad mercantil. Cfr. Bajo Fernández, M., y Bacigalupo, S., *op. cit.*, p. 428.

⁹⁸ Queralt, *op. cit.*, p. 751.

⁹⁹ Quintero Olivares, G., *El delito de alzamiento de bienes*, Praxis, Barcelona, 1973, p. 104.

¹⁰⁰ Bajo Fernández, M., y Bacigalupo, S., *op. cit.*, p. 428.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 385.

¹⁰² *Ibidem*, p. 429.

¹⁰³ Gómez Pavón, *op. cit.*, pp. 48 y 49.

miento de los bienes constituye un medio idóneo para acarrear su insolvencia y que sea, además, consciente de la existencia de la obligación preexistente.¹⁰⁴

La doctrina discute la admisión del dolo eventual para la comisión del delito.¹⁰⁵ Para un sector doctrinario, es necesario que la conducta del autor se encuentre dirigida a frustrar el cumplimiento de la obligación, por lo que quedarían excluidos los supuestos de dolo eventual como las formas imprudentes.¹⁰⁶ En ese sentido, no bastaría que en un caso concreto el deudor realice negocios jurídicos “de riesgo” que puedan desembocar en su ruina y en perjuicio para sus acreedores, sino que sería necesario que las acciones efectuadas deban estar directamente dirigidas a frustrar el cobro de las deudas. El deudor debe querer, pues, perjudicar a sus acreedores, no bastando la mera probabilidad o posibilidad de perjuicio.¹⁰⁷

La posición antes mencionada se sostiene también en la idea de que para la comisión de este delito es necesaria la concurrencia de un elemento subjetivo adicional al dolo.¹⁰⁸

Para otro sector importante de la doctrina es viable la admisión del dolo eventual, ya que sostienen que quien asume la posibilidad de que sus actos de disposición representen un alzamiento se compromete con su acción. Se afirma bajo esta postura, que el autor asume las consecuencias lo que ha querido.¹⁰⁹

En cuanto a la interpretación de la finalidad “para perjudicar a sus acreedores”, la doctrina mayoritaria sostiene que no es necesario que se ocasione un perjuicio, ya que al tratarse de un delito de tendencia o de riesgo¹¹⁰ el deudor debe tener conciencia de que perjudica a sus acreedores al frustrar intencionalmente la satisfacción a que estos tienen derecho con actividades fraudulentas sobre su propio patrimonio. Así, la intención de perjudicar sería un elemento distinto del dolo, pero que junto con él (dolo) serviría para

fundamentar el elemento subjetivo del delito de alzamiento de bienes.¹¹¹

En esa misma línea, Queralt Jiménez considera que, además del dolo, existe un elemento subjetivo del injusto que se justifica en la frase “en perjuicio de sus acreedores”. A juicio del citado autor, sería, pues, necesario también para la configuración del tipo subjetivo la existencia del ánimo de perjudicar al acreedor.¹¹² *Contrario sensu*, sin la concurrencia de ese ánimo lesivo podríamos afirmar que no estaríamos ante un delito de alzamiento de bienes.

Para Muñoz Conde, el ánimo de perjudicar no puede formar parte del dolo, ya que él se encuentra relacionado con el perjuicio, por lo que dicho ánimo se trataría de una característica subjetiva del tipo distinta al dolo, y serviría para fundamentar el carácter de injusto de la acción.¹¹³

Una opinión distinta a la anterior es la sostenida por Gómez Pavón, para quien la expresión “en perjuicio” indicaría únicamente la necesidad de existencia de la deuda y la puesta en riesgo del cumplimiento del derecho de los acreedores por la acción fraudulenta del deudor para declararse insolvente. Agrega que aunque el propósito que guíe la acción típica sea el de perjudicar a los acreedores, no es determinante para la punición de estas conductas. Desde otra arista, sería difícilmente constatable la existencia o ausencia de dicho elemento, por lo que su exigencia lesionaría el principio de presunción de inocencia al considerar concurrente dicho ánimo cuando podría estar ausente.¹¹⁴

Caballero Brun,¹¹⁵ siguiendo esa misma línea de razonamiento, sostiene que el ánimo de perjudicar es parte integrante del dolo, ya que, de lo contrario éste se encontraría referido a una conducta que, sin el ánimo en cuestión, no se podría distinguir de otras penalmente irrelevantes.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 51.

¹⁰⁵ En opinión de Suárez González, en estas figuras delictivas pueden concurrir también el dolo eventual. Cfr. Suárez González, *op. cit.*, p. 520.

¹⁰⁶ Buompadre, J., *Insolvencia fraudulenta*, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 41.

¹⁰⁷ Muñoz Conde, *El delito...*, *op. cit.*, p. 146.

¹⁰⁸ Souto, *op. cit.*, p. 299.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 252.

¹¹⁰ Serrano, *op. cit.*, p. 294.

¹¹¹ En ese sentido, Muñoz Conde, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 467; Monge, *op. cit.*, p. 115, entre otros.

¹¹² Queralt, *op. cit.*, p. 753. En igual sentido, Monge, *op. cit.*, p. 116, y Magro, *op. cit.*, p. 209.

¹¹³ Muñoz Conde, *El delito...*, *op. cit.*, p. 138.

¹¹⁴ Gómez Pavón, *op. cit.*, p. 51.

¹¹⁵ Caballero, *op. cit.*, p. 251.

En la jurisprudencia podemos observar que el Tribunal Supremo se adhiere de cierta forma a esta última postura, ello lo podemos observar en la STS 925/2013 de 4 de diciembre de 2013, donde se sostiene que:

El dolo del delito de alzamiento no requiere una conformación especial, basta con conocer la existencia de las obligaciones para con los acreedores y la realización de actos dirigidos a perjudicar las legítimas expectativas de cobro de los acreedores. [...] El dolo se infiere a partir del conocimiento que el recurrente forzosamente hubo de tener de la lesividad de su conducta respecto al patrimonio del acreedor que vió efectivamente perjudicadas las legítimas expectativas de cobro.

Asimismo, en la STS 1540/2002 de 23 de septiembre de 2002, el Tribunal Supremo ha expresado en su cuarto fundamento de derecho que:

la constante doctrina de esta Sala, expuesta en la reciente sentencia 667/2002, de 15 de abril, en la que se dice que “a expresión en perjuicio de sus acreedores” que utilizaba el artículo 519 del Código Penal de 1973, y hoy reitera el artículo 257.1 del Código Penal de 1995, ha sido siempre interpretada por la doctrina de esta Sala, no como exigencia de un perjuicio real y efectivo en el titular del derecho de crédito, sino en el sentido de intención del deudor que pretende salvar algún bien o todo su patrimonio en su propio beneficio o en el de alguna otra persona allegada, obstaculizando así la vía de ejecución que podrían seguir sus acreedores. Este mismo precedente jurisprudencial precisa que como resultado de este delito no se exige una insolvencia real y efectiva, sino una verdadera ocultación o sustracción de bienes que sea un obstáculo para el éxito de la vía de apremio. Y por eso las sentencias de esta Sala, que hablan de la insolvencia como resultado del alzamiento de bienes, siempre añaden los adjetivos total o parcial, real o ficticia (sentencias de 28 de mayo de 1979, 29 de octubre de 1988 y otras muchas).

Finalmente, como se ha comentado anteriormente, el comportamiento imprudente del sujeto que puede llegar a arruinarse o perder parte de su fortuna hasta quedar insolvente —total o parcial— es impune penalmente. En cambio, si dolosamente dilapida su patrimonio para no hacer frente a sus deudas, sí sería culpable.¹¹⁶

3.2.6. *Iter criminis*

En cuanto al momento de la consumación del delito de alzamiento de bienes no existe una posición unánime en la doctrina.

Para la doctrina mayoritaria, el momento de la consumación se produce con la ocultación o desaparición fraudulenta de los bienes que deja al sujeto activo en una situación de insolvencia total o parcial;¹¹⁷ en otras palabras, el alzamiento de bienes se consuma en el momento en que se produce la situación de insolvencia —es decir, cuando se frustra el derecho de los acreedores—, estado de hecho que, como recordamos, no precisa de previa declaración judicial;¹¹⁸ todo ello, aun cuando el autor espera alcanzar un resultado final posterior y derivado del desbalance patrimonial provocado, esto es, el perjuicio del acreedor.¹¹⁹ Por tanto, en caso de que efectivamente se ocasionase un perjuicio al acreedor, éste se ubicaría en la fase de agotamiento del delito, con lo cual esta situación nada aportaría a la aplicación del tipo penal.¹²⁰

En cambio, para los suscriptores de la doctrina minoritaria, la causación del perjuicio determinaría la consumación del tipo penal y no la fase de agotamiento del delito.¹²¹

Sobre la admisión de la tentativa, las opiniones también se encuentran divididas. Quienes consideran que la consumación se da cuando se produce la insolvencia sostienen que las formas imperfectas del delito tienen cabida, al menos teóricamente.¹²² Por ejemplo, cuando el deudor realiza actos de ejecución encaminados a lograr su propia insolvencia con ánimo de perjudicar a sus acreedores, pero no completa todos

¹¹⁶ Serrano, *op. cit.*, p. 294.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ Gómez Pavón, *op. cit.*, p. 48; Bajo Fernández, M., y Bacigalupo, S., *op. cit.*, p. 431.

¹¹⁹ Souto, *op. cit.*, p. 311.

¹²⁰ Ocaña, *op. cit.*, p. 39.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² Vives, T., y González, J., *op. cit.*, p. 64.

Insolvencias punibles: estudios sobre el tratamiento del alzamiento de bienes en el Derecho penal español

los actos de ejecución, habría llevado a cabo una tentativa inacabada del delito; pero si lograrse completar el acto ejecutivo y no se produjera la insolvencia por causas ajenas a su voluntad, nos situaría en un supuesto de tentativa acabada.¹²³

En cambio, si se parte de la postura de la doctrina minoritaria, es decir, de que la consumación del delito se produce con el efectivo perjuicio al acreedor, se entendería que la tentativa sólo será posible antes del vencimiento de la deuda.¹²⁴

Otro tema importante de discusión gira en torno a si el delito de alzamiento de bienes es un delito de resultado o uno de mera actividad. Los que sostienen la primera postura —la doctrina minoritaria— señalan que el resultado ha de identificarse con la insolvencia,¹²⁵ ya que el delito no se consumaría sino hasta que se verificase el estado de desbalance económico imputable a los actos fraudulentos del deudor, esto sería lo que determinaría que el delito de alzamiento sea uno de resultado.

Para los partidarios de la doctrina dominante, el delito se consumaría con el mero acto de disposición sobre el patrimonio propio que coloque al deudor en una situación de no poder hacer frente a sus obligaciones;¹²⁶ es decir, para este sector de la doctrina lo verdaderamente relevante en el delito de alzamiento de bienes es la realización de la mera ocultación de los bienes, siendo el hecho que, si bien dicha acción debe provocar la insolvencia (total, parcial, real o aparente), esta consecuencia, es decir, el estado de insolvencia, no aportaría nada para advertir el delito ante el que nos encontramos, destacando asimismo que en el tipo penal no se exige la ejecución de ningún resultado.¹²⁷ Por esos fundamentos, consideran que nos encontramos ante un delito de mera actividad.

En similar sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la STS de 30 de abril de 2003 —la cual evoca uno de los fundamentos expuestos en la STS de 27 de abril de 2000—, donde se señala lo siguiente: “La expresión ‘en perjuicio de sus acreedores’ que

utiliza el mencionado art. 257.1.1 ha sido siempre interpretada por la doctrina de esta Sala, no como exigencia de un perjuicio real y efectivo en el titular del derecho de crédito, sino en el sentido del deudor que pretende salvar algún bien o todo su patrimonio en su propio beneficio o en el de alguna otra persona allegada, obstaculizando así la vía de ejecución que podrían seguir sus acreedores”.

3.2.7. Autoría y participación

Tal como se señaló líneas arriba, en el alzamiento de bienes, al ser un delito especial propio, sólo podrán ser autores o coautores del este delito aquellas personas que reúnan la condición de deudor, de modo que los demás intervinientes que no reúnan dicha calificación serán sancionados únicamente como partícipes.¹²⁸

Cabe acotar que pueden ser autores tanto la persona física como la persona jurídica, siempre y cuando estos tengan la calidad de deudores.

En cuanto a la participación, Queralt Jiménez sostiene que, debido a que el alzamiento consiste en la ocultación o distracción de bienes, será prácticamente imprescindible la participación de un tercero que responderá a título de cooperador necesario;¹²⁹ claro está, siempre que estos sujetos colaboradores actúen con dolo y conocimiento de que participan en una maniobra destinada a perjudicar a los acreedores, ya que en caso de no hacerlo de ese modo nos encontraríamos ante terceros de buena fe.¹³⁰

Un ejemplo claro de la intervención de un partícipe lo podemos observar cuando un tercero coopera con el deudor en el otorgamiento de un contrato simulado, o en la transmisión fraudulenta de bienes.¹³¹

3.2.8. Problemas concursales

Por lo general, la problemática concursal del delito de alzamiento de bienes abarca las relaciones con el delito

¹²³ Del Rosal Blasco, B., “Las insolvencias punibles a través del análisis del alzamiento de bienes”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVII, fascículo II, 1994, p. 25.

¹²⁴ Souto, *op. cit.*, p. 313.

¹²⁵ Queralt, *op. cit.*, p. 704.

¹²⁶ Vives, T., y González, J., *op. cit.*, p. 65.

¹²⁷ Monge, *op. cit.*, p. 116.

¹²⁸ Souto, *op. cit.*, p. 319.

¹²⁹ Queralt, *op. cit.*, p. 749.

¹³⁰ Muñoz Conde, *El delito...*, *op. cit.*, p. 175.

¹³¹ Bajo Fernández, M., y Bacigalupo, S., *op. cit.*, p. 433.

de estafa, malversación de caudales públicos, de falsedad documental, el delito de impago de pensiones, el delito de administración desleal y el delito fiscal. A continuación, comentaremos algunas relaciones concursales que surgen entre algunos de los delitos mencionados y el delito de alzamiento de bienes.

Uno de los problemas concursales más comunes es el vinculado con el delito de estafa; y es que la conducta de quien contrae una deuda con ánimo de no pagarla posteriormente, para lo cual se alza con los bienes, origina un concurso de leyes con la estafa, donde el alzamiento aparece como acto posterior copenado,¹³² sancionándose solamente el delito de estafa, ya que existe un engaño inicial por parte del deudor, puesto que éste en ningún momento tuvo la voluntad de cumplir con la obligación contraída, insolventándose una vez asumida la deuda, tal y como lo tenía previsto desde el inicio, de forma que con ello frustra el derecho del acreedor.¹³³

También puede apreciarse un concurso de leyes regido por el principio de consunción en relación con el delito de malversación de caudales públicos.¹³⁴ En estos casos, el delito de malversación absorbe al delito de alzamiento de bienes, ya que con su aplicación se logra captar el contenido total del injusto.

Asimismo, es común apreciar un concurso ideal entre el alzamiento y las falsedades, ya que muchas de las veces el alzamiento se realiza mediante una serie de maniobras que incluyen la comisión de determinadas falsedades,¹³⁵ convirtiéndose en los instrumentos que a través de los cuales se ocultan los bienes.¹³⁶

3.2.9. Causa de justificación

En cuanto a las causas de justificación, la doctrina ha asumido pacíficamente la aplicación del estado de necesidad en aquellos supuestos en los que el sujeto deudor vende sus bienes con el fin de hacer frente a una muy grave situación de dificultad o penuria¹³⁷ que le afecta a él mismo o a un familiar.¹³⁸ Esto es así cuando, a modo ejemplo, el deudor enajena sus bienes para procurar la compra de medicamentos o alimentos indispensables para su subsistencia.¹³⁹

3.2.10. Responsabilidad civil

Según el dictado del art. 116.1 CP, el responsable penal de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho penalmente relevante se derivan daños o perjuicios. Es, por tanto, necesario que se cause un daño o perjuicio como consecuencia de la conducta delictiva.¹⁴⁰

La doctrina dominante, considera que la responsabilidad civil derivada de la comisión del delito de alzamiento puede consistir bien en la restitución de los bienes y derechos del deudor para que el acreedor pueda perseguirlos, o bien en el pago de un importe equivalente al perjuicio derivado de la maquinación integrado del delito de alzamiento.¹⁴¹

De esta manera, en las sentencias el juez debe dejar sin efecto los actos jurídicos que dieron lugar al alzamiento, siempre que no hayan pasado a poder de tercero con los requisitos legales que los hagan irrevindicables. Asimismo, un sector de la doctrina

¹³² Siguiendo a Palma Herrera, consideramos que debemos tener en cuenta que, el término “acto copenado” quedaría reservado para aquellos supuestos en los que un determinado hecho es castigado penalmente, no de manera autónoma y en base al precepto en el que el mismo era *a priori* subsumible, sino a través de la pena aplicable a otro hecho que resulta típico conforme a un precepto distinto. Debiendo observarse que debe tratarse de un caso en el que la pena correspondiente a un hecho, el principal, contemple además del castigo correspondiente a ese hecho, el que correspondería también al hecho previo o posterior. En ningún caso podría entenderse que es acto copenado aquél cuya pena se impone conjuntamente con la del hecho principal, mediante su acumulación, o asperación, ya que, en el primer caso nos encontraríamos en realidad ante un supuesto de concurso real de delitos, mientras que, en el segundo, ante un concurso ideal. Palma Herrera, J., *Los actos copenados*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 17.

¹³³ Souto, *op. cit.*, p. 344.

¹³⁴ Bajo Fernández, M., y Bacigalupo, S., *op. cit.*, p. 433.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ Souto, *op. cit.*, p. 352.

¹³⁷ Serrano, *op. cit.*, p. 294.

¹³⁸ Vives, T., y González, J., *op. cit.*, p. 78.

¹³⁹ Bajo Fernández, M., y Bacigalupo, S., *op. cit.*, p. 388.

¹⁴⁰ Souto, *op. cit.*, p. 367.

¹⁴¹ Yzquierdo, *op. cit.*, p. 281.

sostiene que si la voluntad del juez es restablecer el orden jurídico alterado, la sentencia no sólo debe imponer la anulación, sino que también debe garantizar la ejecución del crédito.¹⁴²

En opinión de Luzón Cuesta, la sentencia penal debe declarar la nulidad de los contratos fraudulentos, reintegrando al patrimonio del deudor los bienes para que respondan del crédito, siempre que lo solicite el Ministerio Fiscal o la parte acusadora, sin que se pueda perjudicar a quien no fue parte; por consiguiente, será improcedente la satisfacción del débito por ser anterior y no consecuencia directa o indirecta del delito, debiendo recordarse, tal como reiteradamente ha declarado el Tribunal Supremo, que “el importe de la responsabilidad no se identifica con el de las deudas preexistentes, sino con el perjuicio derivado de la maquinación integradora del alzamiento”.¹⁴³ En similar sentido, Bajo Fernández, opina que el monto fijado por concepto de responsabilidad civil no debe comprender el valor de la obligación que el deudor quería burlar, sino únicamente los perjuicios ocasionados.¹⁴⁴

3.3. Análisis del art. 257.1.2 CP

Este apartado sanciona la realización de cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación.

Como es de observarse, la redacción de esta modalidad específica de alzamiento gira en torno a los actos del deudor que generen dilatación, impedimento o dificultad en contra de la eficacia del crédito.¹⁴⁵

Puede decirse que el artículo 257.1.2 CP es creado con el objetivo de poder sancionar una serie de comportamientos usuales que, a pesar de su potencial lesividad —hasta antes de su inclusión en el CP—, no acababan en algunas ocasiones de poder recondu-

cirse dentro de los márgenes típicos del tipo básico de alzamiento de bienes.¹⁴⁶ Por ello, algunos autores sostienen que este tipo en específico nace en defensa del acreedor diligente, ya que a quien intenta proteger es a aquel acreedor que ha tomado las previsiones necesarias para poder hacerse del cumplimiento de la obligación.¹⁴⁷

A continuación, realizaremos un estudio de los matices particulares de esta figura.

3.3.1. Conducta típica

Como hemos mencionado anteriormente, esta modalidad consiste en realizar actos de disposición (disminuyen el activo) o engendrados de obligaciones (aumentan el pasivo) que dilaten, dificulten o impidan la eficacia del embargo u otros procedimientos, no sólo que se hallen en curso, sino incluso que previsiblemente vayan a iniciarse dadas las circunstancias.

Estamos en definitiva ante un alzamiento específicamente dirigido a evitar la satisfacción del crédito de los acreedores mediante la perturbación de los procedimientos dirigidos a lograr el cobro de las deudas (embargos o procedimientos ejecutivos o de apremio, judiciales, extrajudiciales o administrativos).¹⁴⁸

En este supuesto la acción típica se realiza una vez que vence la obligación contraída, es decir, la acción de ocultación de los bienes por parte del sujeto activo se efectuará tras el vencimiento de la deuda.¹⁴⁹

Los actos típicos¹⁵⁰ descritos por la norma son dos: *a)* la realización de cualquier acto de disposición patrimonial, y *b)* la realización de un acto generador de obligaciones en un periodo determinado, acto al que se anuda la obstaculización o fracaso del procedimiento ejecutivo sobre el patrimonio del acreedor.

Respecto del primer acto típico, cabe resaltar que únicamente queda excluida de este tipo específico la acción consistente en la destrucción de los bienes,

¹⁴² Ruiz, *op. cit.*, p. 363.

¹⁴³ Luzón, *op. cit.*, p. 180.

¹⁴⁴ Bajo Fernández, M., y Bacigalupo, S., *op. cit.*, p. 434.

¹⁴⁵ Luzón, *op. cit.*, p. 180.

¹⁴⁶ Vives, T., y González, J., *op. cit.*, p. 109.

¹⁴⁷ Muñoz Cuesta, F., “Posturas jurisprudenciales divergentes sobre el alzamiento de bienes previsto en el art. 257.1.2 del Código Penal”, *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 30, 2005. Disponible en: www.westlaw.es Fecha de Consulta: 10 de mayo de 2016.

¹⁴⁸ Suárez-Mira, *op. cit.*, p. 283.

¹⁴⁹ Souto, *op. cit.*, p. 379.

¹⁵⁰ Queral, *op. cit.*, pp. 755 y ss.

pues ello no implica la realización de un acto de disposición patrimonial ni generador de obligaciones.¹⁵¹

La otra modalidad típica habla de contraer obligaciones, es decir, se refiere a la situación de hacerse de nuevas deudas con el objeto de incrementar el pasivo patrimonial.

Un factor importante por tener en cuenta es el momento en el cual debe realizarse la acción típica. Uno de estos será cuando se haya iniciado el procedimiento de ejecución pertinente. Esta iniciación se considerará desde el momento en que el deudor ejecutado tiene conocimiento formal de la existencia de tal proceso.

Otro momento en el que puede realizarse la acción típica se da en un espacio de tiempo entre el vencimiento de la deuda y el inicio del procedimiento de ejecución,¹⁵² es decir, cuando el sujeto pudiera prever la iniciación de uno de los procedimientos previstos en la norma en cuestión.

Este segundo supuesto ha sido duramente cuestionado en la doctrina, ya que se sostiene que vulnera el principio de legalidad, puesto que el hecho de que pueda concretarse en algunos casos la vida de la acción ejecutiva no supone que su ejercicio sea previsible. Por tanto, en opinión de un sector de la doctrina, dicha referencia debería ser declarada inconstitucional,¹⁵³ convirtiéndose de este modo en un problema la determinación de la extensión de los límites temporales que existe entre el comportamiento y el procedimiento —cuando efectivamente se inicie—,¹⁵⁴ puesto que quien se convierte en deudor de alguien, en principio, no puede prever cuál será el final de su crédito, pues éste depende de muchas vicisitudes.¹⁵⁵

En doctrina se sostiene que la previsibilidad en este tipo de alzamiento debe ser entendida como una alta probabilidad de iniciarse un embargo o alguno de los otros procedimientos indicados.

En opinión de Caballero Brun,¹⁵⁶ la previsible iniciación implica una previsibilidad objetiva de la

ejecución, es decir, la posibilidad cierta de que objetivamente se inicie la ejecución con independencia de la eficacia del título que contenga la obligación; situación que se da no sólo respecto de las obligaciones actualmente exigibles, sino también de aquellas cuya exigibilidad está sujeta a plazo.

3.3.2. Tipo subjetivo

Al igual que en el tipo base del alzamiento de bienes, sólo son punibles las conductas dolosas.

Tampoco debe considerarse necesaria la existencia de un ánimo especial del deudor de perjudicar a sus acreedores. En nuestra opinión, sólo bastaría con que el deudor asumiera que mediante la práctica de las maniobras previstas en el precepto estudiado se realiza un acto idóneo para dificultar la eficacia del procedimiento ejecutivo. Por ese motivo, consideramos que en este supuesto no intervendría un elemento subjetivo distinto del dolo.

3.3.3. *Iter criminis*

La consumación se produce por el hecho de realizar un acto de disposición con la finalidad de impedir o entorpecer un embargo, procedimiento ejecutivo o de apremio, sin importar los resultados derivados de dichos impedimentos o trabas.¹⁵⁷

En ese sentido, para la comisión del delito bastará la realización del acto con dichas finalidades, no requiriéndose un ulterior resultado, ya que con la conducta no se trata de conseguir la imposibilidad absoluta de hacer efectivo el cobro de la deuda,¹⁵⁸ no existiendo obstáculo alguno para que en otro momento se materialice el embargo o el procedimiento ejecutivo o de apremio,¹⁵⁹ por tanto, la consumación no exige la efectiva producción de perjuicio alguno para los acreedores, bastando simplemente con el ánimo de

¹⁵¹ Vaello Esquerdo, E., “Consideraciones en torno al alzamiento de bienes”, *Actualidad Penal*, t. 1, 1999, p. 489.

¹⁵² Souto, *op. cit.*, p. 380.

¹⁵³ Otro de los argumentos que se ha sostenido en la doctrina, a fin de la eliminación de la referencia a la previsibilidad, es que ésta limitaría al acreedor a poder disponer de sus bienes, una vez que haya contraído una deuda, con lo cual se restringiría de cierta forma el ejercicio del derecho de propiedad del deudor.

¹⁵⁴ Queralt, *op. cit.*, p. 750.

¹⁵⁵ Serrano, *op. cit.*, p. 295.

¹⁵⁶ Caballero, *op. cit.*, pp. 234-236.

¹⁵⁷ Véase la STS núm. 1560/2000, de 14 de noviembre de 2000.

¹⁵⁸ Magro, *op. cit.*, p. 216.

¹⁵⁹ Serrano, *op. cit.*, p. 296.

perjudicarlos.¹⁶⁰ Tampoco resulta necesario que efectivamente se produzca una situación de insolvencia.¹⁶¹

Por otro lado, en doctrina se admite también la posibilidad de tentativa.

4. Modificaciones introducidas por la LO 1/2015

Mediante la LO 1/2015 no se proponen cambios radicales a la regulación anterior de este delito, siendo la gran ausente, en nuestra opinión, la introducción de una condición objetiva de punibilidad, pero ¿por qué proponemos esto?

A fin de poder dar respuesta a la interrogante formulada, debemos recordar que el principio de intervención mínima del Derecho penal se concreta por medio de otros dos subprincipios: principio de subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho penal, los cuales garantizan el empleo racional y necesario del Derecho penal.

El principio de intervención mínima se constituye como un límite político-criminal del *ius puniendi* coherente con la lógica del Estado social,¹⁶² según el cual el Derecho penal debe reducirse a lo mínimo, es decir, debe intervenir sólo frente a los ataques más graves sufridos por los bienes jurídicos, ello con el fin de alcanzar el mayor beneficio social con el menor costo.¹⁶³ No hay que olvidar que el empleo de medios penales representa una grave injerencia en los derechos de las personas, debiendo preferentemente recurrir a vías no penales en los casos en los que se pueden alcanzar una eficiente protección de los bienes jurídicos pero con una menor afectación.¹⁶⁴

En ese sentido, la intervención del Estado sólo se justifica cuando es necesaria para el mantenimiento de su organización; por ello, sólo debe acudir al Derecho penal cuando han fracasado todos los demás controles, pues el Derecho punitivo es el último recurso, ya que no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino sólo las que revisten mayor gravedad.

Teniendo en cuenta lo antes señalado, podemos manifestar que es necesaria la inclusión de una condición objetiva de punibilidad a efectos de no trasgredir el principio de intervención mínima, ya que en la actual regulación y en la del Proyecto de Reforma no existe referencia sobre un mínimo valor de lo defraudado, con lo cual se podría castigar la conducta de quien lo hace por el monto de 50 euros.

En el ejemplo anteriormente propuesto es manifiesto que un monto tan insignificante no tendría la posibilidad de lesionar al bien jurídico protegido en este delito, ya que es evidente que el orden socioeconómico —visto desde la institución del crédito— no se vería afectado de una forma tan grave que obligase al Derecho penal a intervenir; por otro lado, si bien es cierto que sí se afectaría al derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos mediante el patrimonio de su deudor, no es menos cierto que, por el principio de subsidiariedad, el Derecho civil podría encargarse de este tipo de situaciones, como, por ejemplo, mediante la declaración de la nulidad de los actos jurídicos celebrados de manera fraudulenta por el deudor, no siendo necesaria la intervención del Derecho penal cuando los montos sean insignificantes.

5. Conclusiones

Primera: El alzamiento de bienes debe entenderse como la sustracción u ocultación que realiza el deudor sobre parte o todo de su activo con el fin de generar dificultades al acreedor para el cobro de la deuda.

Segunda: El bien jurídico protegido, siguiendo la postura mixta, recae tanto sobre derecho de crédito como el orden socioeconómico, ya que con el alzamiento de bienes no sólo se afecta el patrimonio del deudor, sino también el sistema crediticio en su conjunto. Se debe tener en cuenta que la suma de defraudaciones de deudas genera una desconfianza e incertidumbre en el mercado.

¹⁶⁰ Suárez-Mira, *op. cit.*, p. 283.

¹⁶¹ Monge, *op. cit.*, p. 117.

¹⁶² García-Pablos de Molina, A., *Introducción al Derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho penal*, t. II, 5ª ed., Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 558.

¹⁶³ Sánchez Francisco, J., “El principio de intervención mínima en el Estado mexicano”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 23, 2007, p. 278.

¹⁶⁴ Sobre el uso del derecho penal como *ultima ratio* es pertinente recordar que, en el décimo fundamento jurídico de la Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú 17-2011-AI/TC, de 3 de mayo de 2012, se señala que: “[...] la sanción penal es la *ultima ratio*, lo que tiene como correlato constitucional el determinar que sólo es posible recurrir a la restricción de derechos (libertad personal) cuando no sea posible lograr los mismos fines a través de medidas menos restrictivas...”

Tercera: La preexistencia de una obligación lícita es uno de los factores que debe concurrir para afirmar que nos encontramos ante un supuesto de alzamiento de bienes, ya que sin ella no habría deuda alguna que pudiese ser defraudada.

Cuarta: No todo incumplimiento de una obligación pactada dará lugar a la comisión del delito de alzamiento de bienes. Para ello, es imprescindible que dicho incumplimiento sea consecuencia de una situación de insolvencia generada por el propio deudor con la finalidad de no cumplir con el pago de sus deudas.

Quinta: El término “bienes” debe ser interpretado en su sentido más amplio, es decir, abarca los bienes materiales, inmateriales, muebles, inmuebles y también los créditos, con la exigencia de que estos puedan ser valorados económicamente y embargables.

Sexta: El alzamiento de bienes es un delito de peligro, ya que lo sancionable es la creación del riesgo de afectación del derecho de crédito del acreedor originada por el acto por medio del cual el deudor logra alcanzar su estado de insolvencia.

Séptima: La finalidad de perjudicar a los acreedores forma parte del dolo; por tanto, no constituye un elemento subjetivo distinto del mismo.

Octava: Es necesario incluir un monto mínimo como condición objetiva de punibilidad, ya que con su establecimiento se limita y legitima la intervención del Derecho penal, permitiendo que alzamientos de cantidades minúsculas de dinero no sean resueltos en esta vía.

6. Bibliografía citada

- Albaladejo García, M., *Derecho Civil*, t. II, Bosch, Barcelona, 2002.
- Bajo Fernández, M., y Bacigalupo, S., *Derecho penal económico*, 2ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2010.
- Buompadre, J., *Insolvencia fraudulenta*, Astrea, Buenos Aires, 2002.
- Buruaga Puertas, V., *La calificación de las insolvencias*, Atelier, Barcelona, 1999.
- Bustos Valdivia, C., Moreno Quesada, B., y Trujillo Calzado, M., *Derecho patrimonial civil*, Comares, Granada, 2006.
- Caballero Brun, F., *Insolvencias punibles*, Iustel, Madrid, 2008.
- Campomanes Camino, M., “La tutela judicial efectiva de los derechos de los acreedores común insolvencia”, *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 42, 2002.
- Ceres Montés, J., “La insolvencia punible en el nuevo Código Penal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 287, 1997.
- Córdoba Roda, J., y García Arán, M. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. I, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- Cuesta Merino, J., “La instrucción en los delitos de insolvencia punible”, en Consejo General del Poder Judicial, *La instrucción en los delitos económicos y contra la Hacienda Pública*, núm. 64, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2005.
- Del Rosal Blasco, B., “Las insolvencias punibles a través del análisis del alzamiento de bienes”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVII, fascículo II, 1994.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L., *Fundamentos del Derecho civil*, t. II, Civitas, Madrid, 1996.
- Faraldo Cabana, P., “Los delitos de insolvencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo Derecho concursal y la reforma penal”, *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, núm. XXIV, 2004.
- García Garrido, M., *Derecho privado romano. Casos, acciones e instituciones*, Ediasa, Madrid, 2004.
- García-Pablos de Molina, A., *Introducción al Derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho penal*, t. II, 5ª ed., Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.
- Gómez Benítez, J., *Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos*, Colex, Madrid, 2001.
- Gómez Martín, F., *Ley concursal e insolvencias punibles*, Comares, Granada, 2004.
- Gómez Pavón, P., “Las insolvencias punibles en el Código Penal actual”, *Revista Cuadernos de Política Criminal*, núm. 64, 1998.
- Lacruz Berdejo, J., *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. I, Dykinson, Madrid, 2003.
- López Sánchez, J., *El embargo de la empresa*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- Luzón Cuesta, J., *Compendio de Derecho penal. Parte Especial*, 18ª ed., Dykinson, Madrid, 2011.
- Magro Servet, V., “El delito de alzamiento de bienes. Análisis de los arts. 257 y 258 CP. Posición actual de la jurisprudencia”, en Consejo General del Poder Judicial, *Aspectos penales de la Nueva Ley*

Insolvencias punibles: estudios sobre el tratamiento del alzamiento de bienes en el Derecho penal español

- Concursal*, núm. 54, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2004.
- Márquez Piñero, R., *El tipo penal. Algunas consideraciones en torno al mismo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1986.
- Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- Monge Fernández, A., “Insolvencias punibles”, en Polaino Navarrete, M. (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, t. II, Tecnos, Madrid, 2011.
- Moya Jiménez, A., *La responsabilidad penal de los administradores. Delitos Societarios y otras formas delictivas*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2010.
- Muñoz Conde, F., *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1999.
- Muñoz Conde, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Muñoz Cuesta, F., “Posturas jurisprudenciales divergentes sobre el alzamiento de bienes previsto en el art. 257.1.2º del Código Penal”, *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 30, 2005.
- Ocaña Rodríguez, A., *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, 2ª ed., Colex, Madrid, 1997.
- Palma Herrera, J., *Los actos copenados*, Dykinson, Madrid, 2004.
- Queralt Jiménez, J., *Derecho penal español. Parte Especial*, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2010.
- Quintano Ripollés, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, t. III, Edersa, Madrid, 1978.
- Quintero Olivares, G., *El delito de alzamiento de bienes*, Praxis, Barcelona, 1973.
- Ruiz Marco, F., *La tutela penal del Derecho de crédito*, Dilex, Madrid, 1995.
- Sánchez Calero, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, 25ª ed., McGraw-Hill, Madrid, 2003.
- Sánchez Francisco, J., “El principio de intervención mínima en el Estado mexicano”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 23, 2007, p. 278.
- Serrano Gómez, A., y Serrano Maíllo, A., “Receptación y blanqueo de Capitales”, en Serrano Gómez, A., et al., *Curso de Derecho penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2012.
- Souto García, E., *Los delitos de alzamiento de bienes en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- Suárez González, C., “Insolvencias punibles”, en Bajo Fernández, M. (dir.), *Compendio de Derecho penal. Parte Especial*, vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998.
- Suárez-Mira Rodríguez, C. (coord.), *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, t. II, 6ª ed., Thomson Reuters, Navarra, 2011.
- Uría González, R., *Derecho mercantil*, 28ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2002.
- Vaello Esquerdo, E., “Consideraciones en torno al alzamiento de bienes”, *Actualidad Penal*, t. 1, 1999.
- Vives Antón, T., y González Cussac, J., *Los delitos de alzamiento de bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- Yzquierdo Tolsada, M., “La querrela por alzamiento de bienes, o la acción pauliana revestida de amenaza”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 57, enero-marzo de 2006.

Origen, consolidación y vigencia de la Nueva Dogmática Chilena (ca. 1955-1970)*

Jean Pierre Matus Acuña

Universidad de Chile

RESUMEN: El artículo describe la evolución de tres generaciones de profesores de Derecho penal chilenos, desde 1925 hasta 1970. Se indican las fuentes e influencias que recibe cada una de ellas y cómo influyen en las sucesivas generaciones, respectivamente. Se establecen las condiciones que incidieron en la eclosión de una gran cantidad de nuevos especialistas en Derecho penal en la generación de 1955-1970, denominada Nueva Dogmática Chilena, y su participación en la disputa entre el “sistema neoclásico” y la “teoría de la acción final”. Se concluye con el análisis de la vigencia de sus aportaciones y de los efectos del Golpe de Estado de 1973 en su desarrollo posterior.

PALABRAS CLAVE: Generaciones, profesores de Derecho penal chilenos, década de 1960, sistema finalista, sistema clásico.

ABSTRACT: The following article describes the evolution of three generations of Chilean criminal law professors, from 1925 to 1970. The sources and influences of each generation, and how they influence subsequent generations, are explained. Then, the conditions that influenced the emergence of a large number of new criminal law scholars of the 1955-1970 generation, known as the New Chilean Dogmatic, and their participation in the dispute between the “neoclassical system” and the “theory of final action”, are established. The article concludes by examining the current relevance of the New Chilean Dogmatic’s contributions and the effects of the 1973 coup in its further development.

KEY WORDS: Generations, Chilean criminal law professors, the 1960’s, final action theory, classical system.

SUMARIO: Introducción. 1. El origen. 2. Las condiciones para el florecimiento de la Nueva Dogmática Chilena. 3. La Nueva Dogmática Chilena (ca. 1955-1970). 4. Epílogo: Alejamiento y exilio. decadencia del Instituto de Ciencias Penales y de la Revista de Ciencias Penales. Pérdidas personales y vigencia de la Nueva Dogmática Chilena. 5. Bibliografía citada.

* Artículo resultado del Proyecto Fondecyt núm. 1090001, “Evolución de la doctrina penal chilena, desde el Código de 1874 hasta nuestros días. Análisis sincrónico y diacrónico. Segunda parte (periodo 1946-2007)”, dirigido por su autor. Publicado previamente en *Política Criminal*, vol. 6, núm. 11, junio de 2011.

Introducción

Según se lee en *La ley y el delito. Curso de dogmática jurídica*, editado en Caracas en 1945 por don Luis Jiménez de Asúa, por esas fechas, “en Chile, Rafael Fontecilla, Pedro Ortiz, Abraham Drapkin y, últimamente, Luis Cousiño Mac Iver, estudian las características del delito con todo rigor científico”.¹

Y por “rigor científico” entendía en ese entonces Jiménez de Asúa la “dogmática”, esto es, “la reconstrucción del Derecho vigente con base científica”, es decir, siguiendo la metodología alemana, sin caer en la “confusión positivista” ni en el “estéril verbalismo” de la “Escuela técnico-jurídica”, que rechaza las cuestiones filosóficas que sirven de base a la labor dogmática.²

En 1957, en la segunda edición del vol. 1 de su monumental *Tratado de Derecho penal*, Luis Jiménez de Asúa señalaba que, a la fecha, en Chile, “la obra más completa y mejor sistematizada, dentro de su brevedad, es la segunda edición del *Derecho penal* de Gustavo Labatut”, agregando a la lista de quienes “se han apartado de las tendencias del positivismo” a “los más jóvenes penalistas”, entre ellos al profesor de la Universidad Católica, Eduardo Novoa Monreal, y a Álvaro Bunster, “profesor de Derecho de la Universidad de Chile, que es sin duda la más henchida esperanza del nuevo penalismo chileno”.³

Quince años más tarde, al prologar en 1970 el *Derecho penal chileno. Parte Especial*, de Sergio Politoff, Juan Bustos y Francisco Grisolia, afirma, en cuanto a la bibliografía del momento, que:

En Chile se cuenta con dos obras completas: la de Gustavo Labatut y la de Alfredo Etcheberry, pero ambas tienen fundamentalmente destino docente. En cambio, el *Curso de Derecho penal chileno*, obra de méritos extraordinarios, de la que es autor Eduardo Novoa Monreal, sólo comprende, en sus dos volúmenes, la Parte General de nuestra disciplina.⁴

Y en cuanto a los autores de la obra que prologa, los presenta calificándolos de “jóvenes penalistas chilenos”, afirmando que en Chile “son muy conocidos” y que “en los pueblos de nuestra lengua no habrá penalista que no haya leído alguna de sus magistrales monografías”, agregando que “incluso en Europa, donde los tres han estudiado, nadie que cultive el Derecho penal ignora su labor”. A lo anterior añade no sólo un detallado recuento de las principales obras hasta entonces publicadas por Politoff, Bustos y Grisolia, todos a la fecha ya profesores de la Universidad de Chile, sino también un recuerdo personal que permite hacerse una idea del ambiente en que se desarrollaba la actividad dogmática en ese tiempo:

Cuando en febrero de 1966 fui de nuevo a Santiago [...] hube de sorprenderme sobremedida al ver el cambio favorable de sus bibliotecas y de sus penalistas. Era un prodigioso salto hacia delante que ponía a su copioso arsenal de libros y a sus jóvenes estudiosos, incluso por encima de los centros universitarios argentinos [...] pude medir el progreso que había hecho aquella mocedad penalista, tras de perfeccionar sus conocimientos en Alemania, Italia y España. Podían manejar un material bibliográfico moderno en alemán, italiano, francés y español, ya que tanto el Instituto de Ciencias Penales como el Departamento de Derecho penal de la Universidad no habían reparado en gastos para atesorar los mejores libros y las colecciones de Revistas especializadas.⁵

La nómina de aquella “mocedad penalista” puede encontrarse en la transcripción de las palabras de Francisco Grisolia, leídas, en representación de las “nuevas generaciones” de penalistas, en el acto homenaje que en 1971 el Instituto de Ciencias Penales hiciera en memoria de Luis Jiménez de Asúa, fallecido en noviembre del año anterior. Allí menciona Grisolia como miembros de estas “nuevas generaciones” a Sergio Politoff, Alfredo Etcheberry, Sergio Yáñez, Luis Ortiz, Jaime Vivanco, Enrique Cury, Juan Bustos, Luis Bates, Antonio Bascuñán, Ricardo Rivade-

¹ Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito. Curso de dogmática penal*, Andrés Bello, Caracas, 1945, p. 254.

² *Ibidem*, pp. 23 y 75.

³ Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho penal*, t. I, 2ª ed. actualizada, Losada, Buenos Aires, 1957, pp. 1103 y ss. En este aspecto, la primera edición (1950) es idéntica.

⁴ “Prólogo”, en Politoff, Sergio; Bustos, Juan, y Grisolia, Francisco, *Derecho penal chileno. Parte especial*, t. I, *Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, Jurídica de Chile, Santiago, 1971, p. 8.

⁵ *Ibidem*, p. 9.

neira, Felipe Amunátegui, Miguel Alex Schweitzer W., Marcelo Croxatto, Jaime Náquira y Jorge Mera.⁶

De este modo, es posible apreciar cómo en el lapso de apenas 25 años la lista de quienes “estudian el delito con todo el rigor jurídico” se había casicuadauplicado y, sobre todo, que ya alrededor de 1970 se asociaba este incremento a la emergencia de “nuevas generaciones”.

El propósito general de este artículo es procurar distinguir con la mayor precisión posible, dentro del campo del Derecho penal, las “viejas” y “nuevas” “generaciones” aparecidas entre 1925 y 1970, mediante la delimitación de sus miembros y la precisión de las condiciones (eventos significativos, ámbito de referencia cognitivo y condiciones materiales) que originaron, más allá de las evidentes diferencias de edad, el cambio generacional.⁷ En particular, procuraremos mostrar cómo en ese lapso se prepararon las condiciones para el surgimiento de la que aquí denominamos *Nueva Dogmática Chilena*,⁸ generación que entre 1955 y 1970 renovó la discusión en la materia. Para ello, estudiaremos el origen (1), condiciones de aparición (2), sus miembros y aportaciones a la dis-

cusión científica (3) y, finalmente, la vigencia (4) de quienes formaron parte de esta eclosión de la ciencia penal chilena en la década de 1960.

1. El origen

1.1. La primera generación de dogmáticos (autodidactas) chilenos (ca. 1925-1940)

Como hemos expuesto en otro lugar, en Chile, ya a fines de la década de 1920, al menos un par de penalistas se habían apartado tanto de la enseñanza exegética del Derecho penal de Gallardo y Cabieses como del positivismo criminológico de Del Río, aproximándose al Derecho penal desde el punto de vista de la dogmática alemana de su época: Pedro Ortiz Muñoz, influido por la escuela de la Política Criminal de Von Liszt; y Rafael Fontecilla Riquelme, claramente influenciado no sólo por Liszt, sino también por sus lecturas directas de Binding y Beling.⁹ Como afirmaba Jiménez de Asúa, a esta breve lista se agregan Luis Cousiño Mac Iver, y algunos compañeros de una generación en que “la ausencia de enseñan-

⁶ Grisolia, Francisco, “Jiménez de Asúa y las nuevas generaciones de penalistas”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXX, 1971, pp. 9-11, p. 10.

⁷ Se usa aquí el término “generaciones” en el sentido sociológico, actualmente al uso (Criado, Martín, “Generaciones/clases de edad”, en Reyes, Román [dir.], *Diccionario crítico de Ciencias Sociales*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, disponible en <http://www.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/G/generaciones.htm> [visitado el 1.3.2011]), que deriva esencialmente de la obra de Mannheim, como puede verse en Pilcher, Jane, “Mannheim’s Sociology of Generations: an Undervalued Legacy”, *British Journal of Sociology*, vol. 43, núm. 3, 1944, pp. 481-495. La extensión temporal de las generaciones que se plantea en el texto, de aproximadamente 15 años, se refiere únicamente al periodo en que ellas alcanzan la madurez en su formación universitaria y comienza su predominio en la discusión dogmática. Obviamente, ello supone una referencia a la *coetaneidad* y no a la *contemporaneidad* de cada generación, resultando así que el lector podrá percatarse de que autores incorporados a distintas generaciones pueden *coexistir* en un mismo momento histórico, lo cual es absolutamente necesario para el *tránsito intergeneracional*, base del esquema general de análisis. Por otra parte, ha de tomarse en cuenta que el tiempo asignado a cada generación de penalistas chilenos en el siglo XX es producto únicamente de las casualidades históricas en el campo del Derecho penal chileno y no deben verse como dependientes de la propuesta de los tres lustros de Ortega y Gasset (véase, al respecto, Martínez de Codes, Rosa María, “Reflexiones en torno al criterio generacional, como teoría analítica y método histórico”, *Revista Quinto Centenario*, vol. 3, Universidad Complutense de Madrid, 1982, pp. 51-86, y 71 y ss.

⁸ La denominación es, naturalmente, sólo un “guiño” a la “nueva dogmática alemana”, como se denomina a los “neoclásicos” en Jescheck y Weigend, *Tratado*, cit., nota al pie 42, p. 220, pues su desarrollo va en otro sentido, como veremos más adelante.

⁹ Sobre Raimundo del Río, el positivismo en Chile y su declive iniciado por la introducción por Ortiz y Fontecilla de las corrientes dogmáticas, véase Matus, Jean Pierre, “El positivismo en el Derecho penal chileno. Análisis sincrónico y diacrónico de una doctrina de principios del siglo XX que se mantiene vigente”, *Revista de Derecho Universidad Austral*, vol. XX, núm. 1, Valdivia (2007), pp. 175-203, especialmente pp. 186-190. Sobre la exégesis y la enseñanza del Derecho penal en Chile antes de 1925, véase Matus, Jean Pierre, “Fernández, Fuenzalida y Vera: Comentaristas, autodidactas y olvidados. Análisis diacrónico y sincrónico de la doctrina penal chilena del siglo XIX”, *Ius et Praxis*, año 12, núm. 1, 2006, pp. 31-67, punto 4, y la nota al pie 25. En el *Derecho penal, apuntes tomados en clase de don Ricardo Cabieses, ampliados y redactados* por Roberto Belmar, Pedro Gandulfo y Juan Guerrero, aparecidos en Santiago, Imp. Estrella del Pacífico, 1918, 221 pp., se puede apreciar en qué consistía este método: en primer lugar, a una “Introducción” de 12 páginas en que se abordaba la denominación, definición y método de la disciplina, seguía la exposición más o menos ecuaníme de las dos “Escuelas” del Derecho penal conocidas en Chile en esa época, la Clásica (a la cual adscribía el profesor Cabieses), y la positiva (ambas abarcaban 40 páginas aproximadamente), una breve historia de la legislación penal chilena y comparada (15 páginas), y el grueso del texto (casi 120 páginas), dedicado a explicar y definir, artículo por artículo, en su mismo orden legal, el Libro I del Código Penal, sirviendo cada uno de sus títulos de apartado: Así, se comienza esta parte del texto con el apartado “De los delitos i de las circunstancias que eximen la responsabilidad criminal, la atenúan o la agravan” (Título I del Libro I del Código), y se termina con el apartado “De la extinción de la responsabilidad penal” (Título V del Libro I del Código).

Origen, consolidación y vigencia de la Nueva Dogmática Chilena (ca. 1955-1970)

za dogmática” no significaba “un desconocimiento o ignorancia total de los nuevos sistemas”:¹⁰ Abraham Drapkin, Eduardo Erazo, Pedro Silva Fernández, Daniel Schweitzer S. y Miguel Schweitzer S.¹¹

Todos ellos comparten una característica común con Fernández, Fuenzalida y Vera, nuestros comentaristas decimonónicos: son *autodidactas*, en el sentido de que no se formaron al alero de ningún profesor que haya sido determinante en su vocación por el Derecho penal, sino por medio de sus propias lecturas.¹²

Así, por ejemplo, Pedro Ortiz Muñoz se tituló el año 1916, siendo su tesis “La ilegitimidad y la ley de matrimonio civil; reformas necesarias”, tema bien alejado del Derecho penal. Posteriormente ingresó a la carrera judicial y siendo Juez de Letras en el Tercer Juzgado Civil de Santiago se le designó en una Comisión de Reforma del Código Penal durante la Dictadura de Ibáñez, trabajo del cual surgieron sus *Nociones generales de Derecho penal*, donde en su “Prólogo” declara no sólo las dificultades idiomáticas a que se enfrentó para comprender la obra de Von Liszt, sino su abierta admiración por la misma, al punto de copiar párrafos enteros de ella (lo que reconoce hidalgamente),¹³ de modo que parece acertada la crítica de Jiménez de Asúa en el sentido de que “la mayoría de sus

páginas son un calco del *Tratado* de Franz von Liszt y carecen de originalidad alguna”.¹⁴

Con todo, no debe perderse de vista que el propio Jiménez de Asúa califica su posterior *Curso breve de Derecho penal (común y militar)*,¹⁵ como “libro muy estimable” y que el valor de su aporte a la formación de las futuras generaciones se debe principalmente al hecho de ponerlas en contacto con una teoría jurídica del delito de carácter dogmático, al modo de Escuela de Política Criminal alemana de Von Liszt, esto es, distinguiendo únicamente entre acción (como movimiento corporal), ilicitud (contrariedad objetiva con el Derecho) y culpabilidad (de carácter primordialmente psicológico: dolo y culpa), en un “ambiente totalmente conquistado por la Escuela Positiva cuyos dioses —Lombroso, Ferri y Garófalo— emitían destellos que deslumbraban y enceguecían a quienes pretendían recorrer en Chile la senda áspera del Derecho Penal”.¹⁶

Este esfuerzo por difundir una teoría jurídica del delito en el adverso ambiente positivista tuvo sus frutos en el trabajo del Instituto de Ciencias Penales y, posteriormente, en la Universidad de Chile —donde enseñó la cátedra de Derecho penal en la Universidad de Chile, entre 1928 y 1930, y desde 1937 hasta su

¹⁰ Cousiño Mac Iver, Luis, “Influencia de Jiménez de Asúa en los penalistas chilenos”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXX, 1971, pp. 5-8, p. 6.

¹¹ Jiménez de Asúa, *Tratado*, cit. nota al pie núm. 3, menciona todavía en 1957 expresamente a Abraham Drapkin, como un “joven” con “talento” y “preparación”, en la esperanza de que retornase de su periplo como embajador de Israel, cosa que no sucedió. A. Drapkin publicó entre 1936 y 1938 cinco artículos en la *Revista de Ciencias Penales*, de la cual fue director en su “Primera Época”, tres de ellos de marcado corte dogmático: “La menor edad” (t. III, 1937, pp. 53-29), “Defensa Legítima” (t. IV, 1938, pp. 36-56) y “Uxoricidio por adulterio” (t. IV, 1938, pp. 406-415). Sobre Eduardo Erazo, coautor con Fontecilla de un Proyecto de Código Penal del año 1929, basado tanto en el positivismo criminológico como en la Escuela de Política Criminal de Von Liszt; así como sobre Pedro Silva, coautor en 1938, junto a Gustavo Labatut, de un proyecto más bien “eclectico”, véase Matus, Jean Pierre, “La doctrina penal de la (fallida) recodificación chilena del Siglo XX y principios del XXI”, *Política Criminal*, vol. 5, núm. 9 (2010), art. 4, pp. 143-206, en http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A4.pdf pp. 172-178 [visitado el 1.3.2011]. Sobre Miguel Schweitzer Speisky, véanse la nota biográfica de Miguel Schweitzer W. y el texto de Álvaro Fernández, “Miguel Schweitzer Speisky: penalista”, ambos en Schweitzer W., Miguel (coord.), *Nullum crimen, nulla poena sine lege. Homenaje a grandes penalistas chilenos*, U. Finis Terrae, Santiago, 2010, pp. 16-18, y 109-124, respectivamente. Allí se señala que habiéndose titulado en 1931, comenzó su carrera académica en la Universidad de Chile en 1935, siendo nombrado profesor de Derecho penal en 1938, manteniendo toda su vida una activa condición de abogado litigante y catedrático, hasta su nombramiento como profesor emérito en 1980. Entre sus obras destacan los biógrafos su memoria de prueba, “¿Debe castigarse al marido que mata a su cónyuge sorprendida en flagrante adulterio?” (tesis UCh, 1935), y un artículo sobre la “reincidencia”. En Matus, Jean Pierre, y Carnevali, Raúl, “Análisis descriptivo y cuantitativo de los artículos de Derecho penal y Criminología de autores chilenos en Revistas publicadas en Chile (1885-2006)”, *Política Criminal*, núm. 3 (2007), D2, pp. 1-138, p. 66 [http://www.politicacriminal.cl/n_03/d_2_3.pdf] [visitado el 1.3.2011], pueden verse referidos tres artículos de Miguel Schweitzer S., aparecidos entre 1937 y 1945 en *Revista de Ciencias Penales*, titulados “El delito de acusación o denuncia calumniosa” (t. III, 1937, pp. 342-359), “Síntesis de la legislación chilena de menores” (t. IV, 1938, pp. 310-316) y “El principio de ejecución” en el delito de violación” (t. VIII, 1945, pp. 25-28); y uno de su hermano Daniel sobre “el Delito del artículo 212 del Código penal” (*Revista de Ciencias Penales*, t. XV, 1956, pp. 5-8).

¹² Sobre esta peculiar característica de nuestros primeros comentaristas, véase mi texto citado en la nota al pie núm. 9, “Fernández, Fuenzalida y Vera...”

¹³ Ortiz Muñoz, Pedro, *Nociones generales de Derecho penal*, t. I, Editorial Nascimento, Santiago, 1933.

¹⁴ Jiménez de Asúa, *Tratado*, cit. nota al pie núm. 3, p. 1102.

¹⁵ Ortiz Muñoz, Pedro, *Curso breve de Derecho penal (común y militar)*, Imp. de Carabineros, Santiago, 1947.

¹⁶ Montero S., Mario, “El pensamiento Jurídico Penal de Pedro Ortiz”, *Revista de Ciencias Penales*, t. X (1948), pp. 110-130, p. 112.

fallecimiento en 1947—,¹⁷ según relata Luis Cousiño Mac Iver,¹⁸ y acredita uno de quienes, conociéndole, se declara su discípulo: Eduardo Novoa Monreal.¹⁹

Por su parte, Rafael Fontecilla realizó en 1914 su Memoria de Prueba también sobre un asunto de Derecho civil: *Estudio sobre las expropiaciones por causa de utilidad pública*. Aunque ya en su labor como Juez del Crimen comenzó a destacar su aproximación rigurosa al Derecho penal al calificar, en 1927, un hurto famélico como un caso de estado de necesidad, contra la opinión dominante de entender estas situaciones como supuestos de fuerza moral, lo que le valió el reconocimiento del propio Jiménez de Asúa,²⁰ sólo a partir del encargo que se le hiciera en 1928 para la redacción de un Proyecto de Código Penal comenzó a publicar obras relativas al Derecho penal, derivando posteriormente en el estudio del Derecho procesal penal. Al igual que en el caso de Labatut,²¹ Rafael Fontecilla transitó desde el positivismo hacia la dogmática, lo que resultó en su caso más fácil, dado que su positivismo era un derivado de la Escuela de Política Criminal de Von Liszt, como se ve reflejado en el Proyecto de Código Penal presentado en coautoría con Eduardo Erazo (1929),²² y su perfecto dominio del idioma alemán.²³

El paso hacia una “técnica jurídica” marcadamente influenciada por la dogmática penal alemana fue, de este modo, natural, llegando a considerarse Fontecilla como el introductor en Chile del concepto de “tipicidad”, en la fórmula de Beling.²⁴

En efecto, Fontecilla ofrece en 1936 su conferencia “El concepto jurídico del delito y sus principales problemas técnicos”, donde declara que “el concepto jurídico del delito, que domina en la ley y en la doctrina, y que contenga los requisitos del mismo [...] están ausentes de la escuela clásica y de la positiva”, por lo que se debe fijar la atención “en los tratadistas alemanes, que son los verdaderos maestros de la técnica”. Sobre esta base, declara que la mejor concepción es la de Beling, “la cual alcanza el máximum de perfección técnica al expresar que era delito una acción típica, contraria al derecho, culpable y sancionada por una pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de punibilidad”. A ella agrega un concepto de “antijuricidad” tomado de la obra de M.E. Mayer, entendiéndola como “lo contrario a la norma de cultura admitida por el Estado”.²⁵

Como hemos dicho, Fontecilla fue Juez y en la carrera judicial llegó a desempeñar el cargo de presiden-

¹⁷ Más informaciones sobre Pedro Ortiz Muñoz, véanse en el texto citado en la nota anterior y en Abarza, René, “Pedro Pablo Ortiz Muñoz: vida obra e influencia en el derecho penal chileno”, tesis U Tal, Talca, 2005 (prof. guía: J.P. Matus).

¹⁸ Cousiño, Luis, “Pedro Ortiz Muñoz”, *Revista de Ciencias Penales*, t. IX, núm. 2 (1946), pp. iii-iv.

¹⁹ Novoa, Eduardo, “Pedro Ortiz Muñoz”, *Revista de Ciencias Penales*, t. IX, núm. 2 (1946), pp. v-vi, p. v.

²⁰ Fontecilla, Rafael, “Luis Jiménez de Asúa y sus múltiples facetas”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXX (1971), pp. 12-22, p. 21. En efecto, el texto de la sentencia de Fontecilla apareció citado, primero, en una de las innumerables notas publicadas por Jiménez de Asúa en la prensa, y luego en el t. IV de su *Tratado*, p. 446, nota al pie núm. 221, donde se transcribe *in extenso* y se califica como la correcta doctrina en la materia.

²¹ Véase nota al pie núm. 57.

²² Fontecilla R., Rafael, *La pena*, Cisneros, Santiago, 1931. El texto del proyecto se encuentra en su “Apéndice”. Para un análisis del mismo, véase “La doctrina penal de la (fallida) recodificación”, cit. nota al pie núm. 11, pp. 172-175.

²³ Y tampoco le afectaban las carencias de las bibliotecas públicas de entonces. Ello se demuestra no sólo por las cuidadas citas a los textos originales en alemán que contiene el artículo y su sofisticado texto sobre *Concursos*, donde abundan las citas directas de Berner, Buri, Liszt, Schmidt, Mezger, Honig, M. E. Mayer, Frank y Beling (Fontecilla R., Rafael, *Concursos de delincuentes, de delitos y de leyes penales y sus principales problemas jurídicos*, Jurídica de Chile, Santiago, 1956. Los tres artículos que componen esta obra fueron primero publicados como “Apartados” de la *Revista Penal* de Buenos Aires, entre 1945 y 1946); sino también y sobre todo por su publicación en el idioma de Goethe de un reporte sobre el Derecho penal chileno de la época en una colección editada en ese entonces por Mezger y Jescheck, lo que, además, demuestra la alta estima y consideración que adquirió en el ámbito dogmático (Fontecilla, Rafael, “Das chilenische Strafrecht”, en Mezger, Schönte (†) y Jescheck [eds.], *Das ausländische Strafrecht der Gegenwart*, Duncker & Humblot, Berlín, 1959, pp. 9-132).

²⁴ Schweitzer S., Miguel, “Discurso de recepción del profesor de derecho penal [Rafael Fontecilla]”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, vol. III, núm. 3 (1961 a 1963), p. 90.

²⁵ Fontecilla R., Rafael, “El concepto jurídico de delito y sus principales problemas técnicos”, *Revista de Ciencias Penales*, t. II (1936), pp. 21-51, pp. 31-33 y 45. Antes, en un homenaje póstumo a Beling, ya había expuesto ideas similares (“Geheimer Rat Dr. Ernst von Beling [Dem Rektorat der Universität München als Beileidsbezeugung]”, *Anales de la Universidad de Chile*, 1933, primer trimestre, pp. 41-52). Después, en su *Derecho procesal penal*, cuya primera edición apareció en dos tomos el año 1943 (Imp. El Imparcial, Santiago), con un laudatorio “Prólogo” de Luis Jiménez de Asúa, donde se le reconoce como “uno de los primeros hispanoamericanos que abandonan el positivismo” (pp. xix), Fontecilla desarrolla el concepto de *tipicidad*, como “condición de existencia del proceso penal” (pp. 86 y ss.), en el sentido de “presupuesto procesal”, identificándolo con la noción de “cuerpo del delito” o “hecho punible” (p. 87), pasando previamente re-

Origen, consolidación y vigencia de la Nueva Dogmática Chilena (ca. 1955-1970)

te de la Corte Suprema entre 1960 y 1963. También fue miembro de numerosas organizaciones científicas nacionales y extranjeras y profesor invitado de Derecho penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile los años 1927 y 1957 (donde dictó un curso profundizado y comparado) y miembro académico de la Facultad de 1959 a 1967.²⁶

Finalmente, Luis Cousiño Mac Iver fue, a principios de la década de 1920, alumno de Ricardo Cabieses en la Universidad de Chile, quien “no se apartaba del método exegético”,²⁷ lo que seguramente habrá motivado que su Memoria de Prueba no versase sobre Derecho penal, sino sobre un tema de naturaleza civil, *La condición suspensiva*,²⁸ interesándose a tal punto por la materia que fue ayudante de la cátedra en la Universidad de Chile. Sólo quince años después de egresado comienza a publicar en materias penales, primero en relación con la medicina legal,²⁹ y luego, derechamente, sobre aspectos dogmáticos,³⁰ siendo el

único de estos primeros precursores en la dogmática penal chilena que prolongó su producción en materias propiamente penales más allá del año 1940, llegando a publicar su *Derecho penal chileno* en tres tomos aparecidos en 1975, 1979 y 1992,³¹ obra cuyo primer tomo fue calificado como “valiosa obra, la de más largo aliento que se haya emprendido en nuestro medio”.³² Ocupó desde 1941 a 1953 el cargo de presidente del Instituto de Ciencias Penales, fue abogado integrante de la Corte Suprema hasta 1993 y profesor de la Universidad de Chile, primero en la cátedra de Medicina legal (1940), y luego en Derecho penal, entre los años 1954 y 1971.³³

La larga vida de Cousiño Mac Iver y su permanente afán de actualización permitieron su tránsito desde el descubrimiento de la dogmática alemana del “sistema clásico”, en la forma expuesta por Jiménez de Asúa,³⁴ característico de su generación, como veremos enseguida, hasta la recepción de las últimas

vista a la evolución del concepto del “tipo” y sus diversas clasificaciones en la dogmática alemana del momento, reconociendo la existencia de “tipos con elementos normativos”, que precisan “una valoración jurídica” más allá de la mera descripción (pp. 80-85). En la que aparece como segunda edición de este tratado, publicada en 1978 (Jurídica de Chile, Santiago, tres tomos) con adiciones de Marcos Libedinsky, el tratamiento de la materia se mantiene inalterable tanto en el contenido como en el aparato bibliográfico, salvo las adiciones del actualizador (t. II, pp. 131-144). Aunque éste señala que Fontecilla habría terminado alrededor de 1970 esta “segunda edición” (t. I, p. 21), me parece que, al menos en este punto, se trata más bien de una reimpresión del texto original con adiciones del actualizador, pues no me parece concebible que en un aspecto tan importante para su sistemática no existiese por parte de Fontecilla una revisión siquiera mínima de contenido y referencias bibliográficas, dada la época de su supuesta elaboración (30 años después de la primera edición), la importancia que la tipicidad como presupuesto del proceso penal adquiría en el autor, y su perfecto conocimiento del idioma alemán, amén de la sobrada literatura ya disponible en Chile durante la década de 1960.

²⁶ Para más detalles sobre Fontecilla, véase Cabello, Carlos, “Rafael Fontecilla Riquelme. Vida, obra e influencia en el Derecho penal chileno”, tesis U'Tal, Talca, 2005 (prof. guía: J.P. Matus).

²⁷ Cousiño Mac Iver, Luis, “Influencia de Jiménez de Asúa”, cit. nota al pie núm. 10, p. 5.

²⁸ Cousiño Mac Iver, Luis, “De la condición suspensiva”, tesis UCh, Imp. Santiago, 1926.

²⁹ Entre estos textos se cuentan: *Herencia biológica y Derecho. Individualidad biológica y en especial individualidad sanguínea*, Editorial Nascimento, Santiago, 1941; *Breve Curso de Medicina Legal (para el uso de los alumnos del quinto año de las escuelas de derecho)*, Politécnico de Menores Alcibíades Vicencio, Santiago, 1941; y las cuatro ediciones (la primera de 1948), de su *Manual de Medicina Legal*, Jurídica de Chile, Santiago.

³⁰ Entre 1944 y 1950, aparecieron en la *Revista de Ciencias Penales* los siguientes textos de Luis Cousiño Mac Iver: “La interpretación bio-psicológica del delito” (t. VII, 1944, pp. 301-314), “La falsificación de instrumento privado” (t. VII, 1944, pp. 5-23 y 99-131), y “Los delitos contemplados en la Ley de Cheques” (t. X, 1948, pp. 97-105). En la década de 1950 publicó otros textos relativos a aspectos procesales y, a partir de 1960, retoma los temas de dogmática penal con su “La interpretación de la Ley Penal en la dogmática chilena (t. XIX, 1960, pp. 197-218), “El delito socioeconómico” (t. XXI, 1962, pp. 47-63), y “El dolo eventual en la dogmática chilena” (t. XXVII, 1968, pp. 225-132). Su última publicación en la *Revista de Ciencias Penales* es del año 1974 (t. XXXIII, pp. 26-33) y trata sobre “Los integrantes subjetivos de la justificación”.

³¹ Todos los tomos fueron publicados en Santiago por la Editorial Jurídica de Chile, existiendo la siguiente advertencia en cuanto a sus fechas, expuesta en la p. 3 del t. I: este primer tomo se terminó de elaborar a mediados de 1973, pero sólo aparece publicado en 1975. El autor no lo menciona, pero es evidente que el cambio institucional producido por el Golpe de Estado de 1973 retrasó su publicación (lo que no significa que Cousiño fuese opositor al régimen militar, sino todo lo contrario, ocupando durante el mismo cargos políticos de relativa importancia, como el de miembro del Consejo Nacional de Televisión en la década de 1980).

³² Yáñez, Sergio, “Comentario del Libro Derecho Penal Chileno: Parte General (tomo I)”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXXIV, núm. 2 (1975), p. 240.

³³ Más informaciones sobre Luis Cousiño Mac Iver, véanse en Opazo, Cristián, “Luis Cousiño Mac Iver. Vida, obra e influencia en el Derecho penal actual”, tesis U'Tal, Talca: 2006 (prof. guía: J.P. Matus).

³⁴ Cousiño, “Influencia”, cit. nota al pie núm. 27, p. 7, donde reconoce a Jiménez de Asúa como maestro que le enseñó “todos los problemas modernos de la dogmática”, recordando haber “devorado” sus libros de editados en Latinoamérica e, incluso, haber llegado a recurrir a una tirada “a mimeógrafo” de los apartados más importantes de la *Teoría jurídica del delito* (que apareció en Madrid, en 1931), de la cual no existían suficientes ejemplares en Chile.

ideas de Welzel acerca de la idea de acción cibernética, como un perfeccionamiento de la teoría final de la acción, a la que termina por adscribirse.³⁵

1.2. La influencia de Jiménez de Asúa en la primera generación de dogmáticos chilenos y la introducción en Chile del “sistema tradicional” (“neoclásico”) alemán

1.2.1. Jiménez de Asúa, “el maestro de todos”

Como hemos apuntado, a diferencia de los comentaristas *autodidactas* del siglo XIX, los precursores de la labor dogmática en Chile contaron con un elemento que permitió despertar y reforzar su vocación por una forma de aproximarse al Derecho penal diferente tanto de la exégesis de Cabieses como del positivismo de Del Río: la omnipresencia de Luis Jiménez de Asúa, con su traducción de Von Liszt, sus múltiples obras impresas, visitas y conferencias dadas en la Universidad de Chile desde la década de 1920 y hasta la de 1960.

En efecto, según Luis Cousiño Mac Iver, se puede afirmar, “sin exageraciones ni equívocos”, que para esta primera generación de penalistas “dogmáticos” chilenos;

su influencia fue tan destacada y penetrante, al enseñarnos todos los problemas modernos de la dogmática a la luz de la doctrina de los tratadistas más destacados en el mundo entero y de la suya propia, que se convirtió

en el maestro de todos los cultores de esta rama del derecho tan desvalida en su aspecto propiamente jurídico [...] quien nos hablaba de los elementos del delito en forma científica, organizada y metódica [...] y que, al mismo tiempo, dictaba conferencias sobre causales supralegales de justificación, de no exigibilidad de otra conducta, de conflicto aparente de leyes, de elementos subjetivos de lo injusto, de condiciones objetivas de punibilidad y del problema, tan polémico, de la unidad y pluralidad delictual.³⁶

Así, relata Miguel Schweitzer S. en el *Discurso* con que se recibió a Jiménez de Asúa como miembro honorario del Instituto de Ciencias Penales en noviembre de 1942, que éste visitó Chile por primera vez en 1925; luego, en 1928, dictando una conferencia sobre “homicidio piadoso o eutanasia”; y posteriormente, tras su destierro en Argentina, en 1940, para dar cuatro lecciones sobre los “Elementos del delito” en la Universidad de Chile; siendo el año 1941 aquél en que prodigó más visitas, como delegado de la Universidad de la Plata al Segundo Congreso Latinoamericano de Criminología, como invitado de la Escuela de Verano de la Universidad de Chile, y como conferenciante del Instituto de Ciencias Penales, donde dictó el curso de “Interpretación de la Ley Penal” y en 1941, en varias ocasiones.³⁷

De este modo entraron en contacto personal y científico con el maestro español no sólo su discípulo avecinado en Valparaíso, Manuel de Rivacoba y Rivacoba,³⁸ y los citados Cousiño y Schweitzer S., sino

³⁵ Cousiño Mac Iver, Luis, *Derecho penal chileno*, t. I, Jurídica de Chile, Santiago, 1975, p. 466, nota al pie 892, y pp. 464-483. Es interesante destacar que en esta obra, *desprendida* de su generación, Cousiño mantiene ciertos puntos de partida propios de la formación “clásica”, como su tajante distinción entre el delito como un *hecho humano ontológico*, un *todo* objeto de calificación penal, y su valoración *deontológica o calificación* como *delito*, donde los elementos *abstractos* de esta valoración (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) adquieren una dimensión, hoy diríamos, puramente *normativa*, significativa exclusivamente para el Derecho (y por tanto para la calificación del hecho como delito), pero que no altera la realidad del *hecho valorado como un todo* (pp. 261-266). De allí que Cousiño estime que el concepto final de acción es más adecuado para describir “la categoría ontológica de acción” que el “concepto jurídico-penal de la acción”, que “pertenece por completo a la tipicidad, en tanto y en cuanto son los tipos los que describen las acciones” (p. 438), lo que también es parte de las tradicionales críticas del sistema clásico a la teoría final de la acción, como veremos más adelante. También se aparta Cousiño de la ortodoxia finalista, pues no realiza una diferenciación sistemática entre el injusto doloso y el culposo, tratando ambos dentro de una exposición unitaria de la tipicidad (pp. 642 y ss).

³⁶ Cousiño, “Influencia”, cit. nota al pie núm. 27, p. 7.

³⁷ Schweitzer S., Miguel, “Discurso pronunciado por el señor Miguel Schweitzer S., en el Instituto de Ciencias Penales, al ser recibido como Miembro Honorario el Profesor Sr. Luis Jiménez de Asúa, en la sesión de fecha 26 de noviembre de 1942”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXX, núm. 1 (1971), pp. 38-40, p. 39.

³⁸ Sobre Manuel de Rivacoba y Rivacoba, véanse las extensas “semblanzas y evocaciones” que suscriben Polaino Navarrete, M. (“Semblanza personal y universitaria de Manuel de Rivacoba y Rivacoba (1925-2000)”), Luisi, Luiz (“La figura de Manuel de Rivacoba y Rivacoba”), Valencia Martínez, Jorge (“Recuerdo de Manuel de Rivacoba y Rivacoba”), y Guzmán Dalbora, José Luis (“Un ejemplo de coherencia”), en Guzmán Dalbora, José Luis (coord.), *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pp. 19-54.

Origen, consolidación y vigencia de la Nueva Dogmática Chilena (ca. 1955-1970)

también Fontecilla —a quien Jiménez de Asúa consideraba un amigo personal—³⁹ y Labatut, este último encargado de recibirlo como miembro honorario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile en el mismo año 1942, quien con estas palabras aclara el peso de la obra de Jiménez de Asúa en ese momento:

Sus trabajos representan obligadas fuentes de consulta para todos los que cultivan el Derecho penal, y será raro encontrar alguna publicación hispanoamericana sobre cuestiones penales, en que su nombre no aparezca citado, no una, sino multitud de veces.⁴⁰

Es por ello que el consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, al conocerse el fallecimiento de Jiménez de Asúa, acordó enviar a su viuda un oficio de fecha 1° de diciembre de 1970, firmado por los entonces decanos don Eugenio Velasco, y secretario de la Facultad, don Luis Cousiño Mac Iver, en el cual, en lo que aquí interesa, se lee lo siguiente:

La influencia del maestro se dejó sentir en nuestras aulas, a las cuales él concurrió en todas las oportunidades en que estuvo en Chile, pero esta influencia se ejerció, especialmente, sobre los maestros de Derecho penal de las actuales generaciones, en quienes su espíritu de investigación, sus lecciones y su ejemplo fueron el más fuerte estímulo para los cambios operados en los últimos treinta

años en las posiciones doctrinarias, en los programas y en los sistemas de enseñanza.⁴¹

1.2.2. El “sistema tradicional” (“neoclásico”) en la versión que Luis Jiménez de Asúa introduce en Latinoamérica

Hoy es común encontrar en los textos al uso una distinción entre el “sistema clásico” de Liszt-Beling, basado en un estricto *positivismo jurídico*, y el “neoclásico” cuyo principal representante sería Edmund Mezger, basado en la filosofía “neokantiana” de boga en el segundo cuarto del siglo XX.⁴²

El “sistema clásico”, en una de las últimas y más sintéticas elaboraciones de Beling, se caracterizaría por entender el delito como una “acción típicamente antijurídica y culpable”, donde la acción se entendía como “un comportamiento corporal voluntario”, y la tipicidad (“adecuación al catálogo de tipos delictivos”, sin predicado valorativo) y la antijuridicidad (valoración jurídica de dicha acción típica como “objetivamente en contradicción con el orden jurídico”) abarcaban sus aspectos *objetivos*; y la culpabilidad, todo *lo subjetivo*, incluyendo la imputabilidad y el *dolo* y la *culpa*, esto es, “un juicio valorativo sobre la fase *interna* (espiritual o “subjetiva”) de la acción: en la subjetividad del autor no se ha examinado como debiera haberse hecho, conforme a las exigencias del orden jurídico, y por esa diferencia le es “reprochable su acción”.⁴³

³⁹ Fontecilla, Rafael, “Luis Jiménez de Asúa”, cit. nota al pie núm. 20, p. 21. Así lo confirma el “Prólogo” de Jiménez de Asúa al *Derecho procesal penal* de Fontecilla, del año 1942 (cit. nota al pie núm. 25), y la dedicatoria de puño y letra del ejemplar que poseo del texto de *La ley y el delito*, cit. nota al pie núm. 1, donde su autor escribe: “a Rafael Fontecilla, amigo entrañable, con un gran abrazo, Luis Jiménez de Asúa, Bs. Aires, 17-XII-45”.

⁴⁰ Labatut G., Gustavo, “Discurso pronunciado por don Gustavo Labatut G. en la recepción de don Luis Jiménez de Asúa como Miembro Honorario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXX, núm. 1 (1971), pp. 40-42, p. 42.

⁴¹ En *Anales de la Facultad de Derecho*, Cuarta Época, vol. XI (año 1970), núm. 11, p. 71.

⁴² Jescheck, Hans H., y Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, trad. de la 5ª ed. Alemana (1996) por M. Olmedo, Comares, Granada, 2002, p. 219.

⁴³ Beling, Ernst, *Esquema del Derecho penal/La doctrina del delito-tipo*, trad. de las ediciones alemanas de 1930 por S. Soler, Depalma, Buenos Aires, 1944, pp. 19, 21, 30 y 38. Uso esta versión porque, dado que se encuentra en castellano y editada en Argentina, es posible que a ella tuviesen acceso directo nuestros penalistas de la época. En cambio, respecto del texto de 1906, *Die Lehre von Verbrechen*, sólo se tendrían referencias indirectas (básicamente por medio de Jiménez de Asúa). Con todo, se debe destacar que entre ambos textos hay ciertas diferencias, partiendo por el concepto de delito, según lo cita el mentado Jiménez de Asúa: “la acción típica antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad” (*La ley y el delito*, cit. nota al pie núm. 39, p. 254). Para una detallada explicación de la teoría original de Beling, véase Cardenal M., Sergi, “El tipo penal en Beling y los neokantianos”, tesis de doctorado, Universidad de Barcelona, 2002, pp. 29-82, con extensas citas al texto original de Beling (disponible en Internet en <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/41555/1/TOL77.pdf> [visitado el 01.03.2011]). Kai Ambos ha propuesto recientemente que la estructura analítica propuesta por Beling hace ya más de cien años parece encontrarse en el sustrato del actual Derecho penal internacional, asimilándola a la teoría del delito del *common law* (“100 años de la ‘teoría del delito’ de Beling. ¿Renacimiento del concepto causal del delito en el ámbito internacional?”), *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, 09-05-2007, pp. 05:01-05:15, disponible en Internet en <http://cri>

En cambio, el sistema “neoclásico”, sin alterar la estructura del anterior, modifica sus contenidos desde un punto de partida filosófico conocido como “neokantismo”, en que se entendía al Derecho tanto una “ciencia de los valores” y no de la naturaleza o de la mera legalidad positivista o “voluntad de la ley”.⁴⁴ Así, por ejemplo, para Mezger, sobre la base de una definición muy similar de delito como “acción típicamente antijurídica y culpable”, afirma que “el hacer y el omitir *punibles*, no sólo son conceptos contradictorios de un *suceder externo*, sino también *conceptos referidos a un valor*”, esto es, “*conductas humanas valorizadas de una determinada manera*”. Respecto de la *tipicidad*, considera que no es independiente de la antijuridicidad, pues afirma que “una acción que cae bajo un tipo legal *es antijurídica* en tanto no concurra una especial *causa de exclusión del injusto*”, por lo que no habría una real distinción entre ambos conceptos, ya que un *tipo penal no valorado* no sería concebible en esta teoría. Tipo es “el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada la sanción penal”; mientras un *injusto* sería una acción que “contradice las normas *objetivas* del Derecho”. Finalmente, en cuanto a la *culpabilidad*, Mezger reconoce el concepto general de Beling, en el sentido de concebirla como “el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica”, incluyendo una base *psicológica* “en la que se conecta el reproche contra el autor” (dolo y culpa), pero agregando que “es, al mismo tiempo y siempre, un juicio

valorativo sobre la situación fáctica de culpabilidad”, acogiendo así la llamada *concepción normativa de la culpabilidad*.⁴⁵

Se atribuye a Jiménez de Asúa haber introducido en España el estudio de la teoría jurídica del delito en la forma del “sistema clásico”, en su obra *La teoría jurídica del delito*, aparecida en Madrid, en 1931.⁴⁶ Sin embargo, como ya se ha apuntado, esa obra no estuvo completamente a disposición de nuestros primeros dogmáticos.⁴⁷ Por eso hemos de examinar aquí la obra de Jiménez de Asúa que con el subtítulo de *Curso de dogmática penal* apareció publicada en 1945 y sabemos llegó a las manos de nuestros primeros dogmáticos,⁴⁸ donde se puede observar que en ella no hay un distinguido de sistemas, sino una exposición de un único “sistema tradicional” o “teoría jurídica” que habría sufrido una casi “natural” evolución hasta su estado en ese entonces, y así se señala que:

desehada la confusión que engendró el positivismo y restablecido el valor de la dogmática, ha renacido en Italia, España y varios países de Hispanoamérica la teoría jurídica del delito, que jamás se abandonó en Alemania, Suiza y Suecia.⁴⁹

A continuación, procede Jiménez a describir “el concepto de delito según Beling, Mayer y Mezger” y el suyo propio como parte de este continuo (“acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”).⁵⁰

minet.ugr.es/recpc/09/recpc09-05.pdf. Sin embargo, como he demostrado anteriormente, esta comparación, que parece tener el propósito de calificar como “atrasada” o “anticuada” la teoría del delito del *common law*, está equivocada en sus fundamentos (véase Matus, Jean Pierre, *La transformación de la Teoría del delito en el Derecho penal internacional*, Atelier, Barcelona, 2008, p. 19, nota 7).

⁴⁴ Así lo señala claramente Mezger al exponer los fundamentos metodológicos de su doctrina: “el principal avance en el moderno pensamiento jurídico es la superación del positivismo del cambio de siglo y del siguiente primer decenio por el **punto de vista ontológico**” (Mezger, Edmund, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik. Eine ergänzende Betrachtung zum Lehrbuch des Strafrechts in seiner 3^o Auflage* (1949), Duncker & Humblot, Berlin, 1950, p. 7; el destacado es del autor).

⁴⁵ Mezger, Edmund, *Tratado de Derecho penal*, 2 tt., trad. de la 2^a ed. alemana (1932) por J. Rodríguez Muñoz, Edersa, Madrid, 1946; t. I: pp. 161, 188, 327, 352; t. II: pp. 1-5.

⁴⁶ Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho penal*, cit. nota al pie núm. 42, p. 218, nota 27, *in fine*. Recientemente este trabajo ha sido reeditado en España (Dykinson, Madrid, 2005), con un estudio preliminar y un epílogo de E. Bacigalupo donde se califica la conferencia que se transcribe en el texto como el momento del “nacimiento de la dogmática de habla castellana” (p. VII).

⁴⁷ Ver nota al pie núm. 20.

⁴⁸ Así lo atestiguan tanto la dedicatoria autografiada del ejemplar que perteneció a Rafael Fontecilla como el recuerdo de Francisco Grisolia, quien en 1971 decía: “conservo con cariño y esmero, si bien bastante deteriorado por el uso intenso a que fuera sometido, el ejemplar de la edición príncipe de *La ley y el delito* que me sirviera de texto de estudio cuando cursé la materia en 1950. Este libro, junto a las lecciones de mi profesor Miguel Schweitzer, fueron sin duda determinantes en mi vocación” (Grisolia, “Jiménez de Asúa ...”, cit. nota al pie núm. 6, p. 10).

⁴⁹ Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, cit. nota al pie núm. 39, p. 253.

⁵⁰ Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, cit. nota al pie núm. 39, pp. 254 a 256. Opuesto a este “sistema tradicional”, aparece en la obra de Jiménez de Asúa sólo “la moda” que asocia al autoritarismo de la Alemania nacionalsocialista de ese momento, y que “pretende acabar con la división de requisitos marcados y quiere proclamar la *unidad del delito* o su *indole de totalidad o conjunto*” (p. 256).

Origen, consolidación y vigencia de la Nueva Dogmática Chilena (ca. 1955-1970)

Así, los contenidos de los elementos del delito, debido a la antes mencionada idea de la continuidad en el desarrollo dogmático “tradicional”, parecen permanecer, en ese momento de la vida de Jiménez de Asúa, todavía en su mayor parte anclados en el “sistema clásico”, mientras otros parecen propios del “neoclásico”, sobre todo en cuanto al aspecto metodológico de su concepto de Derecho y un par de cuestiones sistemáticas y conceptuales, en las que claramente se ve la influencia de Mezger y M. E. Mayer.⁵¹ Así, afirma que “la dogmática ha de edificarse sobre el *Derecho* vigente y no sobre la mera *ley*”, en una alusión indirecta contraria al positivismo de Von Liszt y Beling, agregando que “el Derecho abarca también las vivencias del pueblo que rige” y que:

hay un Derecho suprallegal al que a menudo tenemos que acudir para establecer los conceptos positivos y negativos de la antijuricidad; es decir, de lo injusto, y de las causas de justificación, así como para individualizar la culpabilidad que en su aspecto negativo se corona con la causa general de exclusión que se denomina en Alemania “no exigibilidad de otra conducta”.⁵²

El esquema analítico de la teoría del delito propuesto por Jiménez de Asúa, conforme a su concepto del mismo, es el siguiente:⁵³

FIGURA 1: La teoría del delito según Jiménez de Asúa

| Aspecto positivo | Aspecto negativo |
|------------------|--------------------|
| a) Actividad | a) Falta de Acción |

| Aspecto positivo | Aspecto negativo |
|-----------------------------|--------------------------------|
| b) Tipicidad | b) Ausencia de tipo |
| c) Antijuricidad | c) Causas de justificación |
| d) Imputabilidad | d) Causas de inimputabilidad |
| e) Culpabilidad | e) Causas de inculpabilidad |
| f) Condicionalidad objetiva | f) Falta de condición objetiva |
| g) Punibilidad | g) Excusas absolutorias |

En el detalle, el sistema presentado por Jiménez de Asúa en la década de 1940 considera la *acción* como “manifestación de la voluntad que, mediante acción u omisión, causa un cambio en el mundo exterior”; la *tipicidad* como la “descripción legal [del hecho] desprovista de carácter valorativo”, en la versión original de Beling, aceptando que, en algunos casos, “los tipos contengan elementos normativos y subjetivos de lo injusto”; la *antijuridicidad* como la “valoración objetiva con la norma” de la acción típica, que “es independiente del dolo” y que se fundamentaría en la teoría de las “normas de cultura” de M. E. Mayer.⁵⁴ En cuanto a la *imputabilidad*, la separa de su tratamiento “clásico” en la teoría de la *culpabilidad* y ofrece una noción de ella más bien novedosa y basada en la psicología de la época, adoptando el concepto de M.E. Mayer, y definiéndola como “la posibilidad condicionada por la salud mental y el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente”. Y finalmente, respecto de la *culpabilidad*, acepta el concepto *normativo* en la forma recogida por Mez-

⁵¹ Otro de los autores asociados al “sistema neoclásico”, como puede verse en el “Prólogo” de Guzmán Dalbora a la reciente traducción del texto de Mayer, Max Ernst, *Derecho penal. Parte General* (1915), trad. S. Politoff, B de F, Montevideo, 2007, pp. XII, donde se considera al autor, junto a Radbruch, representantes del “cenit del neokantismo”; y en Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho penal*, cit. nota al pie núm. 42, p. 220, nota al pie 33.

⁵² Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, cit. nota al pie núm. 39, p. 258.

⁵³ Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, cit. nota al pie núm. 39, p. 259, reconoce aquí que la base del esquema la ha tomado de Sauer, antes de su “despeño” en apoyo del nacionalsocialismo. De todos modos, el esquema no parece muy semejante al complejo sistema que publica Sauer posteriormente y aparece en su *Derecho penal (Parte General)*, Bosch, Barcelona, 1956, trad. de J. Del Rosal y J. Cerezo Mir de la 3ª ed. alemana de 1955. En todo caso, se debe hacer notar la semejanza de este modo de exponer los elementos del delito con el propuesto casi 40 años después por Eser, para hacerlos inteligibles al público anglosajón (Eser, Albin, “Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime”, en Eser, A., y FletcheR, G., *Rechtfertigung und Entschuldigung. Bd. I*, Friburgo de Brisgovia, Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1987, p. 62).

⁵⁴ Al respecto, véase M.E. Mayer, *Derecho penal*, cit. nota al pie núm. 51, pp. 55-71, donde se afirma que “las normas de cultura son prohibiciones y mandatos a través de los cuales una sociedad exige una conducta adecuada a sus intereses” (p. 55), normas cuyo “conflicto” es “inevitable” y “fructífero” (p. 60) y que por ello requieren un “reconocimiento” del Estado, son el “material” para la elaboración de la “norma jurídica” (p. 61), pues “la delimitación de la conducta lícita de la conducta ilícita se lleva a cabo en la legislación a través del reconocimiento de las normas de la cultura” (p. 63). De allí que Mayer termina definiendo el delito como “un acontecimiento imputable que corresponde a un tipo legal y que es contradictorio con una norma de cultura reconocida por el Estado” (p. 71).

ger, como “la expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad”, pero rechaza el tratamiento que este autor hace de sus elementos, en particular del dolo y la culpa, pues afirma que “el dolo y la culpa son especies y no caracteres de la culpabilidad”.⁵⁵

Un par de décadas más tarde, en el año 1965, Jiménez de Asúa hace suya, en la tercera edición de su *Tratado*, la distinción entre el sistema de Liszt y Beling, que entonces se calificaba de “positivismo científico” o “legal” y “la teoría que aparece tras de la primera guerra mundial y que se denominó *sistema teleológico*”, en la que enmarca a Mezger y M.E. Mayer. Aquí da cuenta, además, de su admiración por el sistema de Liszt y Beling, debido a que “cada elemento del delito ofrecía un papel tan definido como propio”, del surgimiento de la teoría final de la acción y de las críticas que entiende pueden hacerse a ella, resaltando “la vuelta a la sistemática ortodoxa” y, en consecuencia, de la ordenación de “los caracteres del delito de la manera que puede llamarse tradicional”, que es la que asume en definitiva, pues tanto su concepto de delito como el esquema para su análisis que ofrece en este momento no varía en absoluto del contenido en su texto de 1945.⁵⁶

1.3. El legado de la primera generación de dogmáticos en la formación de la Nueva Dogmática Chilena

1.3.1. La labor del Seminario de Derecho penal y Medicina Legal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile

Al contrario de los comentaristas del siglo XIX, hemos visto que buena parte de los primeros dogmáticos nacionales sí consiguieron ser profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Allí participaron de la formación y consolidación de su Seminario de Derecho Penal y Medicina Legal, creado en 1935, y cuyo primer director fue Gustavo Labatut Gléna (quien ejerció el cargo hasta su muerte, en 1963).⁵⁷ Aunque Labatut no era propiamente un dogmático de raigambre alemana, se acercaba al “sistema tradicional” desde la Escuela de la Técnica Jurídica italiana,⁵⁸ y su *Derecho penal*, sobre todo a partir de su segunda edición, era elogiado por Jiménez de Asúa por considerarlo una obra “correctamente sistematizada”, que “aclara muchas cuestiones del ordenamiento penal chileno”.⁵⁹

El *Seminario de Derecho Penal y Medicina Legal* se creó con fecha 3 de septiembre de 1934⁶⁰ y comenzó a funcionar en 1935, en el marco de un importante proceso de reforma de la enseñanza del Derecho, iniciado en 1933.⁶¹ Como ya hemos señalado, su primer director fue don Gustavo Labatut Gléna. El año 1937 figuraban como profesores de Derecho penal del mismo, su director, don Raimundo del Río, don Pedro

⁵⁵ Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, cit. nota al pie núm. 39, pp. 260, 293, 351 y ss., 410, 421, 447 y 450.

⁵⁶ Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, t. III, *El delito*, 3ª ed. actualizada, Losada, Buenos Aires, 1965, pp. 63, 315 y ss., y 320 y ss., donde se transcriben el concepto y esquema de 1945, antes citados.

⁵⁷ “Memoria del Seminario de Derecho Penal y Medicina Legal”, año 1965, *Anales de la Facultad de Derecho*, Cuarta Época, vol. IV (años 1964-1965), núm. 4, p. 162. Por su destacada labor de más de 30 años como director, “como homenaje póstumo, la Facultad acordó perpetuar su obra colocándolo al Seminario de Derecho Penal y Medicina Legal el nombre de ‘Gustavo Labatut Gléna’”. *Anales de la Facultad de Derecho*, Cuarta Época, vol. III (Años 1961 a 1963), núm. 3, p. 203. De ese homenaje queda hoy en día una fotografía a la entrada de la sala de reuniones del actual Departamento de Ciencias Penales.

⁵⁸ Según se demuestra en Matus, “La (fallida) reforma...”, cit. nota al pie núm. 11, pp. 175-178, especialmente nota el pie núm. 122 en p. 175. Véase también Espinoza H. Mauricio, “Gustavo Labatut Gléna: vida, obra y aporte al Derecho penal actual”, tesis U Tal, Talca, 2005 (prof. guía: J.P. Matus). Sobre la influencia en Chile de los criminalistas italianos, véase, con detalle, Carnevali, Raúl, “La ciencia penal italiana y su influencia en Chile”, *Política Criminal*, núm. 6 (2008), A4-6, pp. 1-19, en: http://politicacriminal.cl/n_06/A_4_6.pdf [visitado el 1.3.2011], especialmente pp. 11 a 16, donde se señala que la ciencia jurídica italiana, en la forma de la “Dirección Técnico-Jurídica” no sólo habría influido significativamente en Labatut, sino también, en menor medida, en algunos de los futuros miembros de la aquí denominada “Nueva Dogmática Chilena” de la década de 1960: Luis Ortiz, Sergio Politoff y Alfredo Etcheberry (los dos primeros estudiaron un diploma de postgrado en Roma), a pesar de que en ellos el influjo de la dogmática alemana ya se había asentado.

⁵⁹ Jiménez de Asúa, Luis, *El criminalista*, 2ª Serie, t. III, Zavala Ed., Buenos Aires, 1960, p. 104. En todo caso, donde se completa el abandono del positivismo es en la siguiente edición: *Manual de Derecho penal*, t. I., 3ª ed., Jurídica de Chile, Santiago, 1958.

⁶⁰ Alessandri, Arturo, “Revista de Ciencias Penales”, *Revista de Ciencias Penales*, t. I (1935), p. 3.

⁶¹ Sobre la Reforma de 1933, véase Baeza M., Mario, “Esquema y notas para una historia de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile”, tesis UCh, Santiago, 1944, p. 222.

Origen, consolidación y vigencia de la Nueva Dogmática Chilena (ca. 1955-1970)

Ortiz Muñoz y don Miguel Schweitzer S.⁶² En 1940 se incorporó al *Seminario*, primero como profesor de Medicina legal y luego como profesor de Derecho penal, Luis Cousiño Mac Iver.⁶³ También dictó clases y ofreció un curso profundizado don Rafael Fontecilla en 1957, aunque su periodo más regular fue entre 1959 y 1967. Finalmente, se incorporaría a la Facultad, como “Miembro Académico”, Pedro Silva Fernández, el año 1961.⁶⁴ De donde se puede colegir que, desde sus inicios, en el *Seminario* existió una mayoría de dogmáticos “tradicionales” y “técnicos jurídicos” que pudieron participar en la formación a los “nuevos dogmáticos” durante las décadas siguientes.⁶⁵

Así, para el año 1950 ya se habían formado al alero de Labatut y M. Schweitzer S., dejando de lado el estilo *autodidacta* anterior, y realizando memorias de prueba en la materia, Eduardo Novoa Monreal

(1939)⁶⁶ y Álvaro Bunster Briceño (1948),⁶⁷ quien, como veremos más adelante, sería, a su vez, el formador de buena parte de la *Nueva Dogmática Chilena*.

Sin embargo, el *Seminario* padeció durante sus primeras décadas de existencia de falta de recursos bibliográficos, al punto que en el “Prólogo” de la Memoria de Alfredo Etcheberry, del año 1955, el mencionado Álvaro Bunster habla de “la indigencia bibliográfica que padecemos”.⁶⁸

1.3.2. La influencia de los primeros dogmáticos chilenos en la Revista de Ciencias Penales y en el Instituto de Ciencias Penales de Chile

Según se lee en las primeras páginas del número inicial de la *Revista de Ciencias Penales*, aparecido el año 1935, ella surge “bajo los auspicios” del recién

⁶² *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, vol. III (1937), núms. 9 y 10, pp. 101 y ss.

⁶³ Según los *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Cuarta Época, vol. VIII (1967), núm. 7, pp. 151-156, entre 1935 y 1960 se habían incorporado también como profesores de Derecho penal al Seminario don Rodolfo González Morales (1936) y don Benjamín Melo Freedman (1951), cuyo rastro bibliográfico no he podido reconstruir.

⁶⁴ *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Cuarta Época, vol. VIII (1967), núm. 7, “lista de profesores”, pp. 151-156. Sobre Pedro Silva Fernández, como dogmático, véase la nota al pie núm. 11.

⁶⁵ Significativo es el caso de Sergio Politoff, quien no obstante haber realizado su Memoria bajo la dirección de Álvaro Bunster, reconoce en la nota necrológica sobre Gustavo Labatut su carácter de “maestro”, que le permitió no “envejecer” en la cátedra y, al contrario, acoger y favorecer “con modestia excepcional la inquietud de nuevos espíritus, seducidos por el rigor del método jurídico y la urgencia de la reconstrucción dogmática de nuestra ley” (Politoff, Sergio, “Gustavo Labatut Glenda [1896-1963]”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXII [1963], p. 166). Esto se demuestra, entre otras cosas, por la realización, a partir de la década de 1940, de numerosas memorias de prueba sobre aspectos dogmáticos, como las de: Ballivian H., José, “El delito de apropiación indebida (art. 470 N° 1 del Código Penal)”, tesis UCh, La Gratiitud, Santiago, 1937; Orrego V., Germán, “Delitos de imprenta o de publicación”, tesis UCh, Santiago, 1937; Cabrera B., Gonzalo, “Del concepto jurídico de delito”, tesis UCh, Leblanc, Santiago, 1941; Cornejo L., Hernán, “La responsabilidad cuasidelictual del médico”, tesis UCh, Talleres Gráficos Valdés Hermanos, Santiago, 1945; Fuentes Z., Myrtha, “Cuasidelito penal”, tesis UCh, Imp. Fuentelba, Santiago, 1946. En los *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, vol. XIII (1948-1949), núms. 52-59, pp. 85 y ss., el año 1948, aparecen 18 memorias de prueba relativas al Derecho penal. En la sede de Santiago, el número total de memorias de penal de ese año fue de 15, de entre las cuales pueden destacarse las de Álvaro Bunster, que analizaremos a continuación, y René Pica Urrutia, “Desarrollo práctico de las reglas para la aplicación de las penal, según las atenuantes y agravantes que concurren o faltan (Código Penal y Ley N.º 6 026, sobre Seguridad Interior del Estado, con las modificaciones que le introdujo la Ley N.º 8 987, sobre Defensa de la Democracia)”, tesis UCh, Imp. de Carabineros, Santiago, 1948. La mayor parte del resto corresponden a colecciones de jurisprudencia (muy abundantes a partir de 1945) sobre diversos temas de parte especial y general. Ese año se aprobó también, en la sede de Valparaíso, la Memoria de Waldo del Villar Brito, sobre el tema de la “Malversación de caudales públicos”, tesis UCh, Imp. Dir. Gral. De Prisiones, Valparaíso, 1948, quien luego se convertiría en profesor de Derecho penal de dicha sede y posterior Facultad autónoma.

⁶⁶ Novoa M., Eduardo, “Teoría del consentimiento de la víctima del delito”, tesis UCh, Talleres Gráficos La Nación, Santiago, 1939.

⁶⁷ Bunster B., Álvaro, “La malversación de caudales públicos. Estudio de doctrina y jurisprudencia”, tesis UCh, Santiago, 1948, pp. III-VI.

⁶⁸ Etcheberry, Alfredo, *El concurso aparente de leyes penales*, Ed. Jurídica, Santiago, ca. 1955, p. xi. Con ser cierto el aserto, referido a obras originales en alemán (cuya extensa bibliografía hace pequeño cualquier esfuerzo por adquirir una parte de ella) o inglés y, sobre todo, a las revistas; hay que decir que, al menos en 1940, ya se disponía en la Biblioteca de la Facultad no sólo de obras de Garófalo y Ferri, sino también de Carrara y, sobre todo, de las entonces existentes traducciones de los *Tratados* de Von Liszt, Merkel y Mezger, y de buena parte de las obras de Jiménez de Asúa aparecidas hasta ese momento (Universidad de Chile, *Catálogo de la Biblioteca de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Imp. Dir. Gral. de Prisiones, Santiago, 1940, pp. 105-114). Además, hay constancia de que ya en 1956 se recibía en la Biblioteca al menos el *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales de España (Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Tercera Época, vol. III [1956], núm. 5, p. 289), aunque ese año sólo ingresaron “memorias de prueba” del área (p. 282 y s.), lo que da cuenta de una inexistente política de adquisiciones al respecto. Muy posteriormente, en el año 1966, se menciona en la Memoria del Seminario la recepción de una donación de “78 libros de Filosofía del Derecho y Derecho Penal” que hizo el 7 de diciembre de 1966 la embajada alemana, agregando que “la Biblioteca del Seminario alcanza con ella los 2 000 ejemplares” (*Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Cuarta Época, vol. VI [1966], núm. 6, pp. 137 y ss.). Para notar la magnitud del cambio ocurrido entre la década de 1940 y el año 1965 en cuanto a material bibliográfico, baste señalar que en el Catálogo de 1937, las obras de Penal, Procesal Penal y Medicina legal sumaban alrededor de 350 ejemplares (*Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, vol. III [1937], núms. 11 y 12, pp. 287-301).

creado Seminario de Derecho Penal y Medicina Legal de la Universidad de Chile,⁶⁹ pero por “la iniciativa” de la Dirección General de Prisiones,⁷⁰ bajo cuya “Dirección y Administración” se editaron los primeros tres volúmenes (1935 a 1937).

Su primitiva orientación *positivista* aparece claramente en esta presentación: El decano de la Facultad de Derecho da por “reemplazado” el “concepto meramente objetivo del delito”, afirmando que “a la Ciencia Penal” de la época “ya no le interesa el delito en cuanto institución jurídica, le interesa el delincuente, a quien es menester corregir y encauzar por la senda del bien”, la cual, a pesar de ser “conocida en Chile” y “ampliamente difundida por nuestros profesores universitarios”, no se habría divulgado en “una publicación adecuada”. Y le atribuye, entonces, a la *Revista de Ciencias Penales*, realizar esa finalidad: “dar a conocer los modernos principios de la Ciencia Penal”.⁷¹ Por su parte, a nombre de la Dirección General de Prisiones, se propone un plan más “eclectico” si se quiere, al afirmar únicamente que la revista proporcionará:

a los abogados criminalistas y a los estudiosos de las ciencias que dicen relación con la criminalidad, los elementos que el diario estudio requiere. Los artículos de índole técnica o doctrinaria; la jurisprudencia penal; la estadística carcelaria; la legislación punitiva o preventiva con sus antecedentes o comentarios.⁷²

La original tendencia *positivista criminológica* de la *Revista de Ciencias Penales* se explica no sólo por las palabras antes transcritas, sino también porque, en los hechos, su “Dirección y Administración” se radicaba en la Dirección General de Prisiones, cuyo entonces director General, Manuel Jara Cristi, no ocultaba su obvio interés criminológico, atendida la función que desempeñaba.⁷³ Así, predominaron en

su “Primera Época” (1935-1938, tt. I-IV) los textos de tendencia *positivista criminológica*, pero también hubo en ese periodo importantes textos de corte dogmático, de autores como Pedro Ortiz Muñoz y Rafael Fontecilla, que ya hemos reseñado. Además, el primer director de la revista, según aparece en la portada del único volumen aparecido el año 1938 (año IV, t. IV, núms. 18, 19 y 20), el abogado Abraham Drapkin, tendía en aquella época más hacia el cultivo de la “técnica jurídica” que a la criminalística⁷⁴ (y por eso Jiménez de Asúa lo consideraba entre quienes estudiaban en Chile la verdadera “teoría jurídica del delito”).⁷⁵

La “Segunda Época” de la *Revista de Ciencias Penales* está ligada a la creación y fortalecimiento del *Instituto de Ciencias Penales*, que asume como entidad editora. Y es un hecho que, al contrario del predominio de los artículos de corte *positivista criminológico* de su “Primera Época”, a partir del primer tomo de su “Segunda Época” (t. V, 1941), la mayor parte de sus artículos serían de corte técnico o dogmático.⁷⁶ Y también lo serían sus directores, salvo el interregno entre 1942 y 1943, en que asumió la dirección el médico cirujano Luis Urrutia. En efecto, Abraham Drapkin dirigió la revista hasta 1946, con el intervalo ya señalado. Luego le sucedió por un muy breve tiempo Pedro Ortiz Muñoz, quien falleció en 1947, año en que, por lo mismo, el volumen respectivo no se editó, dando así origen a una nueva “Época” de la revista, que comenzó en 1948, bajo la dirección del abogado Tomás Chadwick (t. X), para pasar posteriormente a la del magistrado Enrique Schepeler, en su t. XII (1950) y, finalmente, viene a quedar en manos de Álvaro Bunster, quien la dirigió desde 1952 hasta 1960 (t. XIX). El año 1961 (t. XX), su director pasa a ser Alfredo Etcheberry O., uno de los “discípulos” de Bunster, como veremos más adelante, dando

⁶⁹ Alessandri, “Revista”, cit. nota al pie núm. 60, p. 3.

⁷⁰ “Revista de Ciencias Penales”, *Revista de Ciencias Penales*, vol. I (1937), núm. 1, p. 1.

⁷¹ *Idem*.

⁷² “Revista Ciencias Penales”, cit. nota al pie núm. 70.

⁷³ En esta calidad asiste al Primero Congreso de Criminología realizado en Buenos Aires, en 1938 (*Revista de Ciencias Penales*, t. IV [1938], p. 251).

⁷⁴ Abraham Drapkin derivó de los estudios propiamente “jurídicos” citados en la nota al pie núm. 11, hacia la investigación criminológica de campo, como puede verse en sus “Apuntes para la formación del vocabulario del hampa chilena”. *Revista de Ciencias Penales*, t. IV, 1938, pp. 484-492. Sin embargo, nunca perdió el interés por la “técnica jurídica”, como se aprecia en su texto autónomo *Relación de causalidad y delito*, Santiago, Cruz del Sur, 1943, 114 pp. Abraham Drapkin era hermano del entonces director del Instituto Nacional de Clasificación y Criminología, dependiente de la Dirección General de Prisiones (editora de la *Revista*), don Israel Drapkin, propiamente criminólogo.

⁷⁵ Ver nota al pie núm. 11.

⁷⁶ Véase Matus, “Positivismos”, cit. nota al pie núm. 9, pp. 186-188, y los textos citados en la nota al pie núm. 30.

Origen, consolidación y vigencia de la Nueva Dogmática Chilena (ca. 1955-1970)

así paso al relevo generacional de la década de 1960 y al predominio de la *Nueva Dogmática Chilena* en la discusión y enseñanza del Derecho penal en Chile.

La revista sirvió de este modo para “preparar” el terreno en que se desarrollaría la *Nueva Dogmática Chilena*, siendo considerada por Jiménez de Asúa como “una de las más prestigiosas de Hispanoamérica”, con un sólo defecto: su “irregularidad lamentable”.⁷⁷

Un proceso similar de “preparación” del ambiente para el florecimiento de la *Nueva Dogmática Chilena* en la década de 1960 se produjo al interior del Instituto de Ciencias Penales de Chile, que rápidamente se transformó desde un centro de carácter primordialmente *positivista criminológico* a uno de discusión dogmática gracias al predominio que, entre sus miembros, alcanzaron los primeros dogmáticos chilenos.

En efecto, según se lee en el t. III de la *Revista de Ciencias Penales*, la historia de la creación del Instituto de Ciencias Penales fue la siguiente:

A iniciativa del director General de Prisiones, don Manuel Jara Cristi, y del director del Instituto Nacional de Clasificación y Criminología, doctor Israel Drapkin, un grupo de figuras descollantes de la magistratura, la Universidad, la administración, el foro, la enseñanza y la profesión médica, dieron nacimiento a esta asociación

cuyos fines [...] pueden concretarse en el estudio del complejo conjunto de disciplinas que dicen tener relación con el hombre delincuente y sus acciones o estados antisociales, a propulsar la reforma y progreso de los institutos penales que recoge nuestra legislación, y a señalar aquellos que deben ser incorporados en ella.⁷⁸

Dado lo anterior, no es de extrañar que el primer directorio del Instituto haya sido presidido por Raimundo del Río y que entre sus miembros se contasen el mentado Israel Drapkin y el doctor Fernando Allende Navarro. También formaban parte de este primer directorio el profesor de Derecho penal Valentín Brandau, quien podría considerarse un “exégeta” o “clásico” a la italiana, enfrentado desde una concepción moralista del Derecho al *positivismo criminológico*, pero no un técnico-jurídico o dogmático;⁷⁹ y los propiamente precursores de la dogmática en Chile, Pedro Ortiz Muñoz y Daniel Schweitzer S. Raimundo del Río presidió el Instituto hasta 1941, siendo reemplazado en el cargo por Luis Cousiño Mac Iver, quien permaneció en la presidencia hasta 1953. Es significativo que en este período Pedro Ortiz Muñoz haya accedido a la vicepresidencia del Instituto, cargo que detentaba a la fecha de su muerte, en 1947. A partir de Mac Iver, nunca más la dirección del Instituto dejaría de estar en manos de los “dogmáticos”.

⁷⁷ Jiménez de Asúa, Luis, *El Criminalista III* (2ª Serie), cit. nota al pie núm. 59, pp. 104 y ss. En este lugar, se comenta el contenido del volumen del segundo semestre del año 1953, aparecido en 1954. Para Jiménez de Asúa, esta irregularidad carece de explicación, pues “en Chile, por la calidad de sus penalistas, se debería trabajar más y producir en escala mucho mayor” (*El Criminalista*, 2ª Serie, t. I, Zavala, Buenos Aires, 1955, p. 71). La irregularidad de la revista se debía, a mi juicio, a tres factores: a) su excesiva pretensión original de “bimestralidad”, difícil de cumplir; b) el *ejercicio profesional* de sus directores y miembros del cuerpo editorial: en la época, no existían profesores de jornada completa o media jornada que pudiesen hacerse cargo de una tarea constante, y por lo tanto, sus directores y cuerpo editorial dedicaban la mayor parte de su tiempo al ejercicio de la profesión de abogado; c) la falta de *financiamiento*, provocada por el alejamiento de Manuel Jara Cristi de la Dirección General de Prisiones, como lo deja entrever el director en la presentación del núm. 1 del t. V, donde comienza la “Segunda Época”. Para apreciar la irregularidad de la revista, baste señalar que ya el t. II contenía números “fusionados” (el 6-7 y el 10-11), lo que cambió, de hecho, la periodicidad inicial (“bimestral”) a “trimestral”. Y en el t. IV (1938) se fusionaron tres números en un volumen (núms. 19, 21 y 21), apareciendo ahora sólo dos números al año (ese “fusionado” y el núm. 22). La periodicidad se transforma así, en realidad, en semestral. Luego la publicación se paralizó hasta 1941. Desde 1941 a 1960, que es el periodo que aquí interesa, la publicación perdió toda periodicidad: sólo los tt. VI a IX (1943-1946) mantuvieron cierta regularidad con cuatro números cada año. Pero antes, en el t. V, se había fusionado en cuatro números la producción de dos años (1941 y 1942). Después, no aparece el tomo correspondiente al año 1947. El de 1950 (t. XII), aparece en un único volumen. Lo mismo sucede con el t. XIV, que aparece no dos, sino cuatro años después (1954). Sólo en los tomos XV a XIX (1955-1960) se retoma una cierta regularidad, ahora con una pretensión más bien de carácter “semestral”, pero con un gran atraso en la impresión. La explicación de esta irregularidad es atribuida por Álvaro Bunster al presentar la “Tercera Época” que así se iniciaba a “dificultades de orden económico” que, a partir de ese momento, se superaban gracias a la intervención de la Editorial Jurídica de Chile (*Revista de Ciencias Penales*, t. XV, 1956, p. 3). Nótese, además, que no bien iniciada la “Tercera Época” de la revista, entra en vigor la Ley núm. 12.265, de 24 de octubre de 1956, que otorgó recursos y autonomía financiera al Instituto de Ciencias Penales.

⁷⁸ *Revista de Ciencias Penales*, t. III, núms. 14-15 (1937), p. 281. Los estatutos del Instituto y su primer directorio se transcriben en las páginas siguientes.

⁷⁹ Su rechazo a las ideas de Garófalo y su concepto de delito, alejado de la teoría jurídica o dogmática, así lo refleja: “es delito todo acto inmoral que perturba o quebranta las condiciones estrictamente fundamentales de la vida social y que no es ni puede ser tolerado por la colectividad, sino, por el contrario, necesariamente reprobado y castigado por ella” (Brandau, Valentín, “Introducción al estudio del Derecho penal”, *Revista de Ciencias Penales*, t. I, 1935, pp. 122-135, 302-317, 498-503, p. 500).

En efecto, en 1953 le sucedió Daniel Schweitzer S.,⁸⁰ quien ejercería la presidencia hasta 1959, año en que le sucede Eduardo Novoa Monreal (1959-1970). En el periodo de Daniel Schweitzer S., el Instituto aparece fuertemente ligado a la Universidad, al punto que sus memorias son integradas a los *Anales de la Facultad*. Allí se puede leer cómo en 1956 obtiene el Instituto la dictación de una Ley Especial, la núm. 12.265, de 24 de octubre de ese año, que le otorga autonomía financiera y recursos provenientes de la venta en remate de los objetos decomisados y no reclamados, los cuales le permitieron adquirir “un local apropiado”, con salas de clases, conferencias, secretaría y biblioteca pública.⁸¹ Este local se ubicó, primero, en Ahumada 141, y se trasladó, definitivamente, al Edificio Pacifico de la calle Huérfanos núm. 1147, of. 546, el año 1965.⁸² Su instalación y dotación bibliográfica permitieron a los “jóvenes” de 1960 tener no sólo un lugar de reunión y discusión, sino, sobre todo, el acceso a fuentes de las que los primeros dogmáticos carecían, incluyendo no sólo la reciente producción iberoamericana, especialmente argentina y española, sino también la nueva literatura en alemán, italiano y francés.⁸³

2. Las condiciones para el florecimiento de la Nueva Dogmática Chilena

2.1. La segunda generación de dogmáticos chilenos: Eduardo Novoa Monreal y Álvaro Bunster (ca. 1940-1955) y el fin de la formación “autodidacta” de los penalistas chilenos T3

La característica principal de esta generación, ya anunciada, es que sus principales figuras realizaron

su Memoria de Prueba bajo la dirección de un profesor de Derecho penal y en un ambiente en que, como vimos, ya empezaba a predominar, bajo el influjo de Jiménez de Asúa, el “sistema neoclásico” alemán como esquema de análisis del delito. Sus principales figuras, Eduardo Novoa Monreal y Álvaro Bunster Briceño, lo adoptan para sus clases y primeras contribuciones escritas, con plena legitimidad y sin necesidad ya de tener que discutir sus fundamentos con los *positivistas criminológicos*. La denominada “Lucha de Escuelas” es, para ellos, en tanto académicos, de hecho, un asunto de carácter histórico, a pesar de que todavía positivistas como Del Río están vivos y dictan cátedra. En cambio, comienza a despuntar en ellos la disputa entre los sistemas “neoclásico” y “finalista”.

Coetáneo a ellos fue Julio Zenteno Vargas quien, sin embargo, se encuentra ligado a la escuela técnico-jurídica italiana, como ayudante y discípulo de Gustavo Labatut, cuyo manual actualizó desde su muerte y hasta 1990.⁸⁴ Al igual que Labatut, Zenteno ejerció largo tiempo la docencia en la Universidad de Chile, primero como “jefe de trabajos” del *Seminario* (1953), y luego como su subdirector y director subrogante (1965), hasta su conversión en Departamento de Ciencias Penales, en 1970, años en que se aumentaron los fondos bibliográficos de la Universidad y se dio entrada a la misma a los miembros de la *Nueva Dogmática Chilena*.⁸⁵

2.1.1. Eduardo Novoa Monreal y su versión rigurosa del “sistema neoclásico”

Eduardo Novoa Monreal asistió al curso de Derecho penal en la Universidad de Chile que dictaba Rai-

⁸⁰ Sobre Daniel Schweitzer S., como “dogmático”, véase la nota al pie núm. 11 y el texto a que hace referencia.

⁸¹ Los informes del Instituto de Ciencias Penales emitidos a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Chile entre 1952 y 1957 se encuentran en los respectivos *Anales*, Tercera Época, vol. I (1952-1954), núms. 1-3, p. 229; vol. II (1955), núm. 4, p. 244; y vol. IV (1957), núm. 6, p. 156.

⁸² Instituto de Ciencias Penales, “Memoria de las actividades realizadas entre los meses de abril de 1967 y marzo de 1968”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXV (1966), pp. 69-73, p. 70.

⁸³ Actualmente, la Ley que permitía el financiamiento del Instituto ha dejado de producir recursos, debido a la entrada en vigor del nuevo sistema procesal penal, lo que ha ocasionado que las oficinas del Instituto están cerradas, funcionando su biblioteca como anexa a la del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca, en su *campus* Santiago (ver: <http://www.dpenal.cl>).

⁸⁴ En efecto, su memoria de prueba trató “Del régimen de la propiedad austral y de la prescripción de corto tiempo regida por el decreto con fuerza de ley N° 260” (tesis UCh, 1941), y, salvo su artículo más bien de difusión titulado “La comunidad y el terrorismo” (*Revista Temas de Derecho*, año IV, núm. 1 [1989], pp. 26-28), no encontré otros textos de la especialidad a su nombre. La última actualización de la obra de Labatut es de 1990 (Labatut G., Gustavo, *Derecho penal*, 9ª ed. actualizada por Julio Zenteno Vargas, 2 vols., Jurídica de Chile, Santiago, 1990; vol. 1: *Parte general*; vol. 2: *Parte especial*). Otros antecedentes profesionales de Zenteno, fallecido el año de 2003, incluyendo su participación en las “Comisiones Legislativas” de la dictadura militar (1973-1990), pueden verse en Schweitzer W., *Nullum crimen*, cit. nota al pie núm. 11, pp. 19 y ss.

⁸⁵ *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Tercera Época, vol. I (1952-1954), núms. 1-3, p. 239. En los *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Cuarta Época, vol. VII (1967), núm. 7, p. 239, se señala su fecha de ingreso a la Facultad: 2 de enero

Origen, consolidación y vigencia de la Nueva Dogmática Chilena (ca. 1955-1970)

mundo del Río, sin embargo, realizó su Memoria de prueba al alero de Miguel Schweitzer S. y Gustavo Labatut⁸⁶ y se declara discípulo de Pedro Ortiz Muñoz.⁸⁷ No obstante, no asumió como profesor de Derecho penal en el Seminario de la Universidad de Chile sino hasta fines de la década de 1950,⁸⁸ tras una larga trayectoria como abogado y ayudante y profesor del mismo ramo en la Universidad Católica de Chile (desde 1948). Durante la década de 1960, junto con su cada vez mayor compromiso en la actividad

política,⁸⁹ derivó sus intereses desde el Derecho penal a la Filosofía, asumiendo la cátedra de Teoría general del Derecho entre 1970 y 1972.⁹⁰ El Golpe de Estado en 1973 lo sorprende realizando servicios diplomáticos para la República en el extranjero, encontrándose en Francia en defensa de la nacionalización del cobre. A partir de ese momento comienza su exilio, el que se prolongaría hasta 1987. Sin embargo, Novoa no regresaría a la Facultad, y sus últimos años los dedicaría infructuosamente a obtener la anulación del

de 1953. Dado que ésta es la fecha del Decreto de nombramiento, no es inverosímil pensar que su ingreso efectivo al trabajo del Seminario haya sido durante el año 1952. Zenteno fue nombrado profesor de Derecho Penal “Ordinario”, el año 1966 (*Anales de la Facultad de Derecho, Cuarta Época*, vol. VI, núm. 6 [1966], p. 117s.). En calidad de subrogante (como hemos dicho, tenía nombramiento de “subdirector”), ejerció de hecho como director del Seminario desde el año 1965 hasta su reemplazo en 1970 por el *Departamento de Ciencias Penales y Criminología*. Ello no le impidió firmar directamente como “director” del Seminario, sin más, las respectivas *Memorias* de 1965 en adelante, como puede verse en los números de los *Anales de la Facultad de Derecho, Cuarta Época*, correspondientes a 1965 (vol. V, años 1964-1965, núm. 4, p. 162), 1966 (vol. VI, núm. 6, p. 138, donde, además, se da cuenta de la “comisión” del “director” a Estados Unidos, Álvaro Bunster, la que se prolongaría por casi dos años) y 1967 (vol. VII, núm. 7, p. 241), aunque en la misma publicación, figura en los años 1966 y 1967 como “director del Departamento de Derecho Penal y Medicina Legal” don Wenceslao Olate Cerda (vol. VI, núm. 6, p. 121, y vol. VII, núm. 7, p. 151). En estas memorias puede verse el progreso del Departamento en materiales bibliográficos y personal durante la época. El reemplazo del *Seminario* por el *Departamento* fue producto del proceso de reforma universitaria de ese entonces y dio lugar a una elección desarrollada el 16 de junio de 1970, en que resultó electo director Álvaro Bunster (*Anales de la Facultad de Derecho, Cuarta Época*, vol. XI [1970], núm. 11, p. 21). En esta elección resultaron electos “Consejeros Académicos” del Departamento los profesores de Derecho penal Luis Cousiño, Julio Zenteno, Francisco Grisolia, Jaime Vivanco y Luis Ortiz, además de la criminóloga Loreto Hocker). Bunster no asumió el cargo por su designación en el gobierno de la Unidad Popular como embajador en el Reino Unido, asumiendo la subrogancia Juan Bustos.

⁸⁶ Véanse los *Informes* respectivos en Novoa M., Eduardo, *Teoría*, cit. nota al pie núm. 66.

⁸⁷ Ver nota al pie núm. 19.

⁸⁸ Usualmente se afirma que Novoa habría obtenido el título de profesor extraordinario de Derecho penal en la Universidad de Chile el año 1952, con su texto *Los elementos del delito. Explicación elemental sobre su estructuración sistemática en el concepto jurídico-penal*, Santiago, apartado de los “Anales Jurídico-sociales” (Universidad Católica de Chile), año XXXVII, núm. noveno, 1952 (Así, por ejemplo, Bergalli, Roberto, “Una ética absoluta y vital. Eduardo Novoa Monreal [1916-2006]”, en Villegas, Myrna [coord], *Contribuciones críticas al sistema penal de la post modernidad, in memoriam a Eduardo Novoa Monreal*, U. Central, Santiago, 2007, pp. 11-18, p. 13. Publicado antes en *Nueva Doctrina Penal*, 2006/A, disponible en Internet en www.pensamientopenal.com.ar/ndp/41bergalli.pdf [visitado el 1.3.2011]). Sin embargo, ello no parece que significó inmediatamente asumir una cátedra en dicha Facultad, pues en los *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Cuarta Época, vol. VIII (1967), núm. 7, pp. 151-156, “Lista de profesores”, figura como fecha de ingreso a la Universidad el año 1960. Mi interpretación es que Novoa habría obtenido en 1952 el “título” de “profesor extraordinario” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, pero no habría empezado a realizar clases en forma, como miembro del cuerpo docente de la Facultad, sino hasta alguna fecha cercana a la que mencionan los *Anales* como de “ingreso” (de hecho, en los *Anales* del año 1958 figura Eduardo Novoa a cargo de un curso de posgrados en La Serena, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Cuarta Época, vol. II [1958-1959], núm. 2, p. 168); y en una referencia a un congreso realizado en 1961, se le menciona expresamente como “profesor extraordinario”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Cuarta Época, vol. III (1961-1963), núm. 3, p. 115. El hecho de que recién en 1964 figurara en los *Anales* expresamente su designación como profesor extraordinario ese año, parece explicarse por el proceso de renovación del personal docente iniciado, precisamente, ese año. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Cuarta Época, vol. IV (1964-1965), núm. 4, p. 79.

⁸⁹ Lo que lo llevó, por ejemplo, a encabezar una Asamblea que votó la “Censura”, en marzo de 1969, del entonces decano de la Facultad, Eugenio Velasco. Al rechazar esta “Censura”, el decano cita a Novoa como afirmando que “la vía para el cambio es la revolución”, y que “la universidad es una de las metas para lograr la revolución total de Chile”, calificándolo, junto al resto de los censurados, como un grupo de “extremistas que solo quieren utilizar [la Facultad] con fines políticos” (*Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Cuarta Época, vol. IX [1969], núm. 9, pp. 119-122). La acusación del decano, en cuanto al propósito de Novoa de transformar revolucionariamente la Universidad, no estaba lejos de la realidad, como puede verse en la propuesta que redactó para la “Declaración de principios” de la Comisión Central de Reforma de 1968, donde se lee: “La alternativa revolucionaria constituye para Chile, al igual que para el resto de América Latina, el camino que habrá de remover la sociedad actual, crear la nueva y justa que ha de reemplazarla y construir al hombre nuevo [...] En este compromiso, entendemos, la Universidad Nacional reformada como profundamente revolucionaria y como la conciencia crítica de los problemas económicos, sociales y culturales del país. A ella le corresponde poner al descubierto la explotación, la miseria y los mecanismos de enajenación de la cultura, y ser factor dinámico y radicalizador de los cambios sociales” (cit. en Agüero, Felipe, *La reforma en la Universidad de Chile*, t. III, Eds. Sur, Santiago, 1987, pp. 55 y ss., donde puede verse una visión de conjunto de este proceso, con especial énfasis en la progresiva polarización y politización del mismo).

⁹⁰ De hecho, ya en 1970 aparece como miembro del recientemente creado Departamento de Ciencias del Derecho, a cuya dirección postula, sin éxito (*Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Cuarta Época, vol. XI [1970], núm. 11, p. 20).

Decreto que lo exoneró de ella, tras la intervención militar en la Universidad, en 1973.⁹¹

En cuanto a su productividad científica, Novoa fue un autor prolífico: entre 1944 y 1973 no sólo publicó un par de importantes obras generales (los *Elementos del delito*, en 1952,⁹² y su *Curso de Derecho penal*, en 1960),⁹³ sino más de una docena de artículos en la *Revista de Ciencias Penales* y en otras publicaciones universitarias, sobre variados temas, entre los cuales cabe destacar, por no encontrarse la temática desarrollada en las obras generales, “La obligación jurídica del secreto profesional”,⁹⁴ “El delito de homicidio y la intención de matar”,⁹⁵ “El concepto de abusos deshonestos”,⁹⁶ “Cuestiones jurídicas relativas al delito de amenazas”,⁹⁷ y “La legislación penal económica”,⁹⁸ así como una monografía acerca del, en 1969, novedoso problema del “trasplante de corazón”.⁹⁹ Posteriormente, durante su exilio y tras su retorno a Chile en 1987 aparecieron muchas otras obras de su autoría, enfocadas la mayor parte de ellas en la exposición y la defensa de su actuación pública durante el gobierno de la Unidad Popular,¹⁰⁰ con varias notables excepciones en que sigue apareciendo el dogmático, como su texto sobre los *delitos de omisión*¹⁰¹ y el referido a la discusión entre *causalismo y finalismo en Derecho penal*.¹⁰²

En cuanto a la sistemática de la teoría del delito, Novoa presenta la suya por primera vez en su texto *Los elementos del delito*, aparecido en 1952, “exclusivamente guiado por necesidades pedagógicas” y “dentro de un afán de simplificar los conceptos”, reconociendo, de antemano no creer “que haya nada de original en este intento”. En efecto, Novoa

recoge aquí una versión rigurosa del “sistema neoclásico”, explícitamente tributaria del modelo “clásico” de Pedro Ortiz, pero, al mismo tiempo, acorde con las variaciones experimentadas en el periodo entreguerras, especialmente en cuanto a reconocer elementos normativos y subjetivos en el tipo penal (que, en principio, sólo tendría componentes de “carácter objetivo y exento de valoración”) y la teoría normativa de la culpabilidad, que denomina “reprochabilidad”. En este sentido, se trata de una exposición del sistema “neoclásico” más depurada que la de Bunster, que distingue con claridad los cuatro elementos constitutivos del delito (“conducta típica, anti-jurídica y reprochable”), y las relaciones entre ellos, que imponen un orden de análisis “invariable” de los mismos, a saber: “1° Conducta; 2° Tipicidad; 3° Antijuricidad, y 4° Reprochabilidad”. Al mismo tiempo, se impone una estricta división entre el objeto de valoración (conducta y tipicidad) y su valoración objetiva (antijuricidad), y entre todos ellos y su valoración subjetiva (reprochabilidad), con las consecuentes consecuencias para la participación criminal, según si el hecho es o no “objetivamente” “antijurídico” para todos los partícipes. Por último, el rigor analítico también se impone en el estudio de la “reprochabilidad”, que se propone hacer en tres niveles: imputabilidad, culpabilidad “en sentido estricto” (donde se incluye el dolo y la culpa) y exigibilidad (lo que permite dar entrada a la teoría normativa de la culpabilidad). Rechaza la teoría de la adecuación social y propone un tratamiento separado del error de prohibición frente al error sobre los presupuestos fácticos de una causal de justificación.¹⁰³

⁹¹ Guerra G., Beatriz, “Eduardo Novoa Monreal. Vida, obra e influencia dogmática en el derecho penal actual”, tesis UTAI, Talca, 2005 (dir. J.P. Matus), pp. 3-9, donde pueden consultarse mayores antecedentes y detalles sobre la vida profesional de Novoa. Sobre su exilio, véase especialmente el texto de Bergalli, “Ética”, cit. nota al pie núm. 88, pp. 15-18.

⁹² Cit. nota al pie núm. 88.

⁹³ Novoa Monreal, Eduardo, *Curso de Derecho penal*, tt. I y II, Ed. Jurídica, Santiago, 1960.

⁹⁴ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XLI (1944), pp. 85-100.

⁹⁵ *Revista de Ciencias Penales*, t. VIII (1945), pp. 183-192.

⁹⁶ *Revista de Ciencias Penales*, t. IX (1946), pp. 291-298.

⁹⁷ *Revista de Ciencias Penales*, t. XII (1950), pp. 15-23.

⁹⁸ En: Universidad Católica De Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, *La Nueva Legislación y el Desarrollo Económico de Chile. Ciclo de Conferencias, Julio-Septiembre, 1962*, Editorial Universidad Católica, Santiago, 1962, pp. 151-177.

⁹⁹ Novoa Monreal, Eduardo, *El trasplante de corazón. Aspectos médico-legales, éticos y Jurídicos*, Ed. Universitaria, Santiago, 1969.

¹⁰⁰ La lista completa se encuentra en Guerra, *Eduardo Novoa*, cit. nota al pie núm. 91, pp. 11-14. En esta etapa, cabe destacar su obra *Los rescios legales. Un ejercicio de lógica jurídica*, Ed. Bat, Santiago, 1992, donde se aborda la cuestión política y jurídica involucrada en ellos y se transcribe un par de artículos del autor aparecidos en el extranjero sobre las vías legales para llegar al socialismo. Un análisis crítico de esta última etapa en la producción intelectual de Novoa, en la que desarrolla su propia teoría crítica del Derecho, puede verse en la Memoria de Prueba de Villalonga T., Cristián, “Introducción a la política-jurídica en Eduardo Novoa (Desde una teoría crítica del Derecho a la vía legal al socialismo durante la Unidad Popular)”, tesis PUC, Santiago, 2003 (prof. guía: C. Frontaura), especialmente pp. 139-167.

¹⁰¹ Novoa Monreal, Eduardo, *Fundamentos de los delitos de omisión*, Depalma, Buenos Aires, 1984.

¹⁰² Novoa Monreal, Eduardo, *Causalismo y finalismo en Derecho penal (Aspectos de la enseñanza penal en Hispanoamérica)*, Juricentro, San José de Costa Rica, 1980.

¹⁰³ Novoa, *Elementos*, cit. nota al pie núm. 88. Lo entrecomillado, en pp. 5-7, 10, 11-12, 19-24 y 56.

Origen, consolidación y vigencia de la Nueva Dogmática Chilena (ca. 1955-1970)

Posteriormente, en su *Curso de Derecho Penal*, aparecido en 1960, no se alteran sino muy marginalmente estas ideas, si bien son profusamente explicadas y desarrolladas: se mantienen los mismos cuatro elementos del delito, pero usa la expresión “culpabilidad” (“en sentido amplio”) para referirse al último de ellos, aunque añade que, “apoyándonos en Welzel, preferiríamos denominarlo *reprochabilidad*”, como antes hiciera en los *Elementos*, definiendo así el delito como “conducta típica, antijurídica y culpable (reprochable)”. Los “elementos” del análisis permanecen inalterables en su orden y contenido básico: la “conducta” se define como “puro fenómeno natural”, “que consiste en un comportamiento exterior del hombre, positivo o negativo”; la “tipicidad”, como la “delimitación” legal de las conductas punibles, que “opera sobre conductas objetivas y se produce mediante fórmulas legales puramente formales y de naturaleza descriptiva”, que de manera “anormal” contendrá “elementos normativos” y “descriptivos”, y que sólo es “indiciaria” de la “antijuricidad”. A su vez, la “antijuricidad”, como la “valoración objetiva” de la conducta típica, con las consecuencias antes apuntadas respecto de la participación criminal, pero agregando dos caracteres más: su “realidad” y su “positividad”, en el sentido de que no se trata de una valoración meramente formal y de que debe estar presente efectivamente en todo delito, respectivamente. Por último, es en cuanto a la “culpabilidad (reprochabilidad)” donde presenta el *Curso* un desarrollo conceptual mayor que los *Elementos*, pero manteniendo lo básico ya afirmado: que se trata de un reproche “formulado a quien no se determinó conforme a las pretensiones del Derecho, pudiendo hacerlo” y que sus tres factores constitutivos tienen, también, un orden lógico riguroso de análisis: “imputabilidad”, “culpabilidad en sentido estricto” (dolo y culpa) y “exigibilidad”.¹⁰⁴

Es en el *Curso*, donde, además, comienza Novoa a hacerse cargo de la disputa entre el “sistema clásico”

y el “finalista”, discusión que prolongaría hasta bien entrada la década de 1980, pero sin alterar la línea argumentativa de fondo, basada no en una crítica al concepto final de acción, que acepta, sino principalmente en las desventajas didácticas de la sistemática finalista.¹⁰⁵

2.1.2. Álvaro Bunster Briceño y su apertura hacia el “sistema finalista”

Álvaro Bunster Briceño inició sus estudios de Derecho en la Universidad de Chile el año 1938, donde cursó Derecho penal en la cátedra de Raimundo del Río. Al egresar, en 1942, viajó a Brasil, donde permaneció durante dos años. De regreso a Chile, realizó su Memoria de Prueba, *La malversación de caudales públicos*, con la dirección del profesor Gustavo Labatut Glens, la cual fue presentada y aprobada el año 1948. Inmediatamente después comenzó su carrera docente en la Universidad de Chile en el seminario dirigido por el profesor Labatut. Entre los años 1950 y 1951 cursó y obtuvo el diploma de especialización en Derecho penal de la *Scuola di Perfezionamento in Diritto Penal* de la Universidad de Roma, becado por el gobierno Italiano. El año 1952 obtiene su nombramiento como profesor de la Facultad.¹⁰⁶ Desde ese mismo año y hasta 1960 asume la dirección de la *Revista de Ciencias Penales*. Entre 1957 y 1969 fue secretario General de la Universidad de Chile. Al fallecer Gustavo Labatut, asumió la dirección del Seminario de Derecho Penal y Medicina Legal, la cual ejerció efectivamente sólo entre 1963 y 1965. Durante 1966 y principios de 1967 permaneció en la Comisión de Estudios en la Universidad de Berkeley, dando paso a la dilatada subrogancia de Julio Zenteno en la dirección del Seminario. Electo para el cargo de director del nuevo Departamento de Ciencias Penales y Criminología, el año 1970, no lo ejerce ni tampoco imparte docencia en Chile a partir de 1971, al asumir como embajador de la República ante el Reino Uni-

¹⁰⁴ Novoa Monreal, Eduardo, *Curso de Derecho penal*, t. I, Ed. Jurídica, Santiago, 1960, p. 229. Lo entrecomillado, en pp. 226-228, 265, 311, 334, 443 y 445.

¹⁰⁵ Novoa, *Curso I*, cit. nota anterior, p. 229. Veinte años después volvería sobre este asunto en su *Causalismo y finalismo*, cit. nota al pie núm. 102, donde señala los siguientes “yerros” y “peligros” que observa en la doctrina finalista: a) malentender el “sistema clásico”, que no afirma la división de la acción en la realidad, sino sólo una “descomposición intelectual de un concepto difícil y complejo como el delito”; b) que “su concepto excesivamente restricto de acción deja fuera [del ámbito de acción del Derecho penal] a muchos comportamientos humanos que son de verdadera conveniencia dejar adentro”; c) que el concepto de acción final tiene “dificultad para incorporar al hecho culposo dentro de su estricta noción de conducta”; d) que la doctrina de Welzel es “un intento de etización del Derecho penal” al otorgarle la función ética de “proteger los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social”, lo que tiene “el riesgo de llegar a un Derecho penal de autor”; y e) que “conduce a una prescindencia última del concepto de bien jurídico”. Sin embargo, sigue aceptando la idea de que la conducta humana se describe mejor *ontológicamente*, en los casos de acciones finales, cuando se parte, precisamente, de la teoría de la conducta final. Lo entrecomillado, en pp. 57, 74-76, 96, 102, 107 y 144.

¹⁰⁶ *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Cuarta Época, vol. VIII (1967), núm. 7, “lista de profesores”, pp. 151-156.

do, durante el gobierno de Salvador Allende, cargo en que lo encontró el Golpe de Estado de 1973, con el que comenzó su exilio, del cual no volvería.¹⁰⁷

Calificado en su época por Jiménez de Asúa como “la más henchida esperanza del nuevo penalismo chileno”¹⁰⁸ por la alta calidad de sus trabajos, éstos, lamentablemente, durante sus años en Chile, fueron escasos: sólo se cuentan su citada Memoria de Prueba de 1948, *La malversación de caudales públicos*, y dos artículos más: “La voluntad del acto delictivo”¹⁰⁹ y “Finalidad de las penas privativas de libertad”.¹¹⁰

En efecto, en la *Malversación*, aunque se trata de un tema de *parte especial*, se puede apreciar la sistemática adoptada por Bunster (y que suponemos enseñaría posteriormente en sus clases), que no es otra que la del sistema “neoclásico” en la versión de Jiménez de Asúa, esto es, el sistema Liszt-Beling con ciertos añadidos derivados, básicamente, del *Tratado* de Mezger. Así, no sólo recurre a la traducción del *Tratado* de Mezger de 1935 para afirmar la necesidad de determinar el bien jurídico protegido en los delitos de malversación, sino, principalmente, para anunciar el concepto de delito que empleará al analizar las figuras de malversación: “acción u omisión típicamente ilícita y culpable”, donde la “ilicitud” se identifica como “la contradicción de la acción u omisión con las normas del Derecho”; la “culpabilidad” con “el límite de lo que puede ser imputado al agente

de una conducta antijurídica y, además, la forma de esa imputación dolo o culpa”; y la “tipicidad” como la adecuación de la conducta ilícita y culpable a los cuadros delictivos acuñados por la ley en la parte especial”.¹¹¹ La parte más “compleja” de esta exposición, por así decirlo, es la forma en que se incardina en el concepto de delito el de “tipo penal” entendido a la manera de Mezger, como constitutivo de la antijuricidad, abarcando la totalidad del delito, o como se cita por Bunster, “la ilicitud concretamente descrita por la ley a través de sus diversos artículos”, cuestión que Bunster resuelve afirmando unas líneas más adelante que “concretamente, el tipo penal abarca el sujeto del delito, la acción con sus modalidades y el objeto del delito”. No obstante, estima que sigue debiéndose, además, aplicar al análisis del delito la idea de “esquema rector” o “delito-tipo”, que toma de la traducción del “Esquema de Derecho penal” de Beling hecha por Soler, para determinar si varias figuras legales corresponden o no a un mismo “esquema rector” o “delito-tipo”, entendiéndolo como una “imagen unitaria”, que “rige comprensivamente varias figuras de delito al mismo tiempo”, “de donde se sigue que en la ley penal son más las figuras delictivas que los delitos-tipos”, poniendo el ejemplo del homicidio simple y el calificado: habría un solo “delito-tipo” y varias figuras delictivas.¹¹²

No obstante lo anterior, existen testimonios de que, en su afán de permanecer al día en la discusión

¹⁰⁷ Bernales, Emmanuel, “Álvaro Bunster Briceño: vida, obra e influencia en el Derecho penal actual”, tesis UTal, Talca, 2009 (dir. J.P. Matus), p. 4, con más detalles y referencias sobre la vida de Bunster en el exilio (pp. 5-7), donde estuvo primero en Cambridge, desde 1974 a 1977, para radicarse finalmente en México, desde el año 1981 hasta su muerte, el año 2004.

¹⁰⁸ Jiménez de Asúa, *Tratado I*, cit. nota al pie núm. 3, pp. 1103 y ss.

¹⁰⁹ *Revista de Ciencias Penales*, t. XII (1950), pp. 148-178. En este texto, Bunster opone a una comprensión absolutamente objetiva de la conducta, predominante en la época, la necesidad de considerar en ella “un coeficiente mínimo psíquico”. Bunster analiza la discusión italiana existente acerca de si la acción ha de tener o no un “coeficiente psíquico mínimo” distinto de la “referibilidad psíquica” que “pertenece a la culpabilidad”, decantándose por lo primero y, en consecuencia, por la elaboración de causas de exclusión de la acción independientes del análisis de culpabilidad. Lo interesante del texto es que muestra la capacidad de Bunster de adaptarse a la discusión dentro de la llamada “Escuela Técnica-Jurídica” italiana, cuyos autores (especialmente Antolisei) dominan ampliamente el aparato bibliográfico del mismo. Esta idea, no del todo compatible con la explicación que de la “conducta” ofrece en el texto sobre *Malversación* que analizaremos enseguida, fue duramente criticada por Novoa, quien en su rigorismo analítico afirmaba que “si no aprovechamos el esfuerzo lógico para dejar claramente diferenciados los elementos que intelectualmente separamos, más valiera no hacer análisis de ninguna especie, ya que de otro modo la postura analítica conduciría justamente a la confusión que se trata de evitar” (“La conducta, primer elemento del delito”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XVIII [1959], pp. 3-21, p. 10). Mucho después, Novoa terminaría afirmando la compatibilidad entre esta doctrina del “coeficiente mínimo psíquico” y el “sistema clásico” (Novoa, *Causalismo y finalismo*, cit. nota al pie núm. 102, p. 28, nota 26). Pero, en contra de ello, para Cury, el “coeficiente psíquico mínimo” de Bunster “evidencia la raíz finalista de su sistema y lo invade lentamente” (Cury, Enrique, “La ausencia de tipicidad en el Código Penal”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XIX [1960], pp. 51-57, p. 56).

¹¹⁰ *Revista de Ciencias Penales*, t. XIV (1954), pp. 67-74. Aquí no se refiere a la teoría jurídica del delito, sino exclusivamente a la cuestión de las finalidades de las penas, pues, admitiendo que éstas van desde el “restablecimiento del orden” (en cita a Carrara) hasta una prevención general no siempre lograda, rechaza el retribucionismo (“llevado hasta la puerilidad” por el Código) y apuesta por la prevención especial en su determinación y ejecución.

¹¹¹ Bunster, *Malversación*, cit. nota al pie núm. 67, p. 2, nota 3, y p. 12, con citas también a Soler.

¹¹² Bunster, *Malversación*, cit. nota al pie núm. 67, p. 12, nota 13, p. 13 y p. 18. Sobre esta base estructura la exposición del estudio de las figuras de malversación, tratando en orden los problemas relativos a los sujetos y al objeto del delito (pp. 9-40), para luego analizar separadamente cada una de las formas o “figuras delictivas” de malversación (pues asume que no son reductibles a un solo “delito-tipo”,

Origen, consolidación y vigencia de la Nueva Dogmática Chilena (ca. 1955-1970)

y motivar a sus alumnos, Álvaro Bunster habría sido uno de los primeros en explicar entre nosotros la “teoría de la acción final”, alrededor del año 1955, sin que ello significase su plena adhesión al mismo.¹¹³

2.2. La nueva bibliografía disponible en la década de 1950 y el ingreso a la discusión del “sistema finalista” de Hans Welzel

2.2.1. Los nuevos fondos bibliográficos disponibles

Como ya hemos señalado, durante las décadas de 1940 y 1950 se produjeron ciertos cambios en la vida universitaria y académica relativa al Derecho penal, que prepararon el terreno para el surgimiento de una nueva generación de interesados en la materia: la consolidación en el Seminario de Derecho Penal y Medicina Legal de la Universidad de Chile de la enseñanza del Derecho penal desde el punto de vista dogmático (“neoclásico” hasta ese entonces) y del Instituto de

Ciencias Penales, que a finales de la década de 1950 obtendría la autonomía financiera que le permitiría adquirir una sede propia y financiar la publicación periódica de su *Revista de Ciencias Penales*.

Los profesores, ayudantes y alumnos del Seminario y los miembros del Instituto comienzan a recibir un nuevo material bibliográfico, aprovechando no sólo la aparición del extenso *Tratado* de Jiménez de Asúa,¹¹⁴ sino también las traducciones de textos alemanes que aparecen en Argentina y España.

En ellas viene el germen de lo que será el sello de buena parte de los miembros de la *Nueva Dogmática Chilena*: las ideas de Hans Welzel y su “sistema finalista”. Por lo pronto, las extensas notas de José Arturo Muñoz a la traducción de la segunda edición del *Tratado de Mezger* (1946) ya dan cuenta de él.¹¹⁵ Y también se da cuenta de este nuevo concepto en el texto mismo del *Libro de estudio* de Mezger, traducido en 1958,¹¹⁶ y en los textos de Sauer,¹¹⁷ Dohna¹¹⁸ y Gallas.¹¹⁹

p. 19): apropiación de fondos públicos (pp. 41-68), distracción de fondos públicos (pp. 69 a 94), “malversación por culpa” (pp. 95 a 112); desviación hacia fines públicos indebidos (pp. 113 a 121) y la “negativa a efectuar un pago” (pp. 123 a 126).

¹¹³ Así lo señala el propio Luis Ortiz Quiroga, quien recuerda sus clases con Bunster ese año y señala que éste “no se abanderizó nunca con el finalismo manteniéndose en una postura equidistante en las tendencias opuestas” (“Entrevista”, en Bernales, *Álvaro Bunster*, cit. nota al pie núm. 107, anexo núm. 2, pp. 5-9, p. 7). Esta ambivalencia se demuestra por el hecho de que mientras otra de sus ex estudiantes en Chile, Clara Szczeransky, entrevistada al respecto dice que Bunster se adhería al “finalismo de Welzel” y su “impacto en la teoría del delito” (“Entrevista”, en Bernales, *Álvaro Bunster*, cit. nota al pie núm. 107, anexo núm. 4, pp. 15 y s., p. 15); uno de sus “discípulos” mexicanos ofrece una versión contraria: “en el periodo que lo conocí y en que se cristalizaron algunas reformas que fueron tildadas de ‘finalistas’ en México, criticó vehementemente la adscripción o asimilación ciega, principalmente en los ordenamientos penales, a una determinada doctrina” (Alejandro González Gómez, “Entrevista”, en Bernales, *Álvaro Bunster*, cit. nota al pie núm. 107, anexo núm. 3, pp. 10-14, p. 11). En todo caso, parece seguro que la mencionaba y explicaba en sus clases, al menos desde ca. 1955 en adelante.

¹¹⁴ El *Tratado*, en siete extensos y eruditos tomos, comenzó a publicarse en 1950 y su segunda edición, en 1957. Para la referencia bibliográfica, ver nota al pie núm. 3.

¹¹⁵ Mezger, *Tratado*, cit. nota al pie núm. 45, notas del traductor (José Arturo Muñoz) en pp. 190-193, y pp. 196-211, donde se transcribe parte de la polémica. En la primera de ellas se hace explícito el concepto “valorativo” y “final” de acción de Mezger, trayendo a colación lo que señalaba en sus *Grundrissen*, en el sentido de que “hacer y dejar de hacer son uno y otro conductas enderezadas a una meta, a un fin, y como tales, ‘animadas, impulsadas por la voluntad’”, pues, citando a Liszt, afirma que “el Derecho ‘separa la voluntad humana como causa de todas las restantes causas’”. Pero, según Mezger, ello no debía conducir “al erróneo resultado de que la acción *sólo* puede tener como ‘efectos’ aquellos que son la ‘vez contenidos del querer’”, según afirmaba Welzel, pues ello supondría renunciar a comprender numerosos fenómenos de la vida jurídica “real”, como los delitos culposos y los entonces calificados por el resultado. Según Mezger, un concepto de acción como el propuesto por él no tiene nada que ver con una “concepción del positivismo naturalista” o la “irrupción del dogma causal en el Derecho punitivo”, según la crítica de Welzel, sino tan sólo con el “simple percibir” y “la observación correcta de los procesos y acontecimientos de nuestra vida jurídica”. En la segunda de estas notas, que es casi un artículo completo, se reproduce la crítica de Welzel al concepto “natural” de acción y se esbozan las implicaciones sistemáticas de la teoría final de la misma.

¹¹⁶ Mezger, Edmund, *Derecho penal. Parte General, libro de estudio*, trad. de la 6ª ed. alemana (1955) por C. Finzi, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, pp. 89-93.

¹¹⁷ Sauer, *Derecho penal*, cit. nota al pie núm. 53. Allí de nuevo son las “notas” del traductor español (Juan del Rosal) las que conducen al lector a la teoría finalista, como contrapuesta a la de Sauer, como puede verse en las notas al pie de las pp. 96 y 119, sobre el valor de los “elementos subjetivos del tipo” y su carácter “subjetivo”, propiamente tal.

¹¹⁸ Dohna, Alexander Graf zu, *La estructura de la teoría del delito*, trad. C. Fontán B., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958. Aquí, el autor desarrolla la estructura del delito desde un punto de vista finalista, pero sin citar explícitamente a Welzel, poniendo sin más la teoría del dolo y el error en la parte subjetiva del tipo como objeto de posterior valoración en la culpabilidad, que queda así desprovista de elementos psicológicos y se transforma en una “teoría estricta de la culpabilidad” (pp. 32-39), estructura del todo conforme con el planteamiento sistemático de Welzel, según se verá en el texto.

¹¹⁹ Gallas, Wilhelm, *La teoría del delito en su momento actual*, trad. J. Córdoba R., Bosch, Barcelona, 1959. En el texto aparece claramente expuesta la doctrina de Welzel y la discusión es más bien de carácter intrasistemática entre su éste y Gallas, quien parte reconociendo



Pero, lo más importante para la difusión de la teoría, aparecen en Buenos Aires dos obras del propio Hans Welzel: en 1951, *La teoría de la acción finalista*,¹²⁰ y en 1956, la primera traducción de su *Derecho penal*.¹²¹

Más tarde, en 1962, aparecerá en Barcelona, la traducción del *Tratado de Derecho penal* de Maurach, que adopta la sistemática finalista, y donde ya se (des) califica la postura de Mezger y quienes defendían el sistema “neoclásico” como “conservadora”.¹²²

2.2.2. La teoría de la acción final (en la traducción argentina de 1956)

En cuanto al contenido de la teoría final de la acción en sí, en la traducción de su *Derecho penal* de 1956 Welzel comienza afirmando que su sistema se encuentra “en posición diametralmente opuesta” a la “creencia errónea positivista” que “supone que el Derecho en su integridad es un producto del legislador;

que “la teoría final de la acción aparece, considerada en su vinculación histórica, como la conclusión provisional de una evolución caracterizada por la progresiva descomposición del sistema de Liszt y Beling (que llamaremos aquí “clásico”)” (p. 7).

¹²⁰ Welzel, Hans, *La teoría de la acción finalista*, trad. C. Fontán B., Depalma, Buenos Aires, 1951.

¹²¹ Welzel, Hans, *Derecho penal. Parte General*, trad. C. Fontán B., Depalma, Buenos Aires, 1956. Que este texto se encontraba al poco tiempo disponible para los entonces juristas en formación queda demostrado por la inscripción al margen que se contiene en el ejemplar ingresado como copia núm. 1 a la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile: “Gibbs-\$115.-m/a-10-XII-57”. Estas mismas inscripciones demuestran lo todavía pobremente dotada que se encontraba esta biblioteca en 1957: figura como en ejemplar núm. 1.456 de la misma.

¹²² Maurach, Reinhart, *Tratado de Derecho penal*, trad. J. Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962. (Hay que tener en cuenta, además, que Maurach visitó Chile y dio conferencias en la Universidad de Chile, en un momento entre los años 1957 y 1965, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Tercera Época, vol. I [1952-1954], núms. 1-3, p. 239). En el *Tratado*, Maurach considera el sistema defendido por Mezger, aunque “dominante en la actualidad” (p. 171), como “conservador” y “cerrado” ante la práctica que ya habría aceptado las consecuencias del finalismo, “especialmente en las teorías del error de prohibición, y participación” (p. 193), doctrina que Maurach adopta, tanto en el concepto final de la acción como en sus consecuencias sistemáticas (básicamente, el traslado del dolo a la tipicidad, p. 195). La argumentación subyacente (“neoclásico” = “conservador”; “finalista” = “moderno”/“progresista”) tiene un claro cariz político que hace alusión solapada al entonces todavía reciente ascenso y la caída del III Reich en Alemania. Este trasfondo político de la discusión en Alemania (y luego en España) no se abandonaría hasta el día de hoy. En efecto, ya durante el régimen nacionalsocialista se alzó la voz de Luis Jiménez de Asúa para denunciar la complicidad de Mezger con la Dictadura, mediante la adopción de un “concepto unitario” de delito y el abandono del principio de legalidad, como convenía al régimen, en varias de sus obras aparecidas entre 1933 y 1945, que dejaban de lado la sistemática “neoclásica” de la última edición de su *Tratado* antes del nombramiento de Hitler como canciller (Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, cit. nota al pie núm. 39, pp. 257 y 312). Hoy en día es Muñoz Conde quien con mayor ímpetu ha investigado y denunciado las complicidades de Mezger con el nacionalsocialismo (Muñoz Conde, Francisco, *Edmundo Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el nacionalsocialismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002). Sin embargo, si el asunto se ha de llevar a ese plano, Welzel no sale mejor parado, pues su “teoría final de la acción” se desarrolló esencialmente durante el régimen nacionalsocialista (y pensada para el “Derecho penal alemán” de entonces), cuyas reformas legales, incluyendo el reemplazo del principio de legalidad por la analogía basada en el “sano sentimiento del pueblo alemán” y “el cambio de acento en el concepto del delito, pasando desde el resultado al lado de voluntad y la conciencia” aprobó Welzel con entusiasmo (con detalle, transcripción de textos de la época y referencias bibliográficas actuales, véase Matus, *La transformación*, cit. nota al pie núm. 43, pp. 147-158). Sólo la *mitología* creada *a posteriori*, que creyó ver en Welzel un opositor al régimen nacionalsocialista (aunque, por el contrario, fue miembro del Partido y sus “sociedades científicas” en Gotinga), puede explicar que se recibieran en Chile sus tesis como una suerte de respuesta “frente a esos excesos” nacionalsocialistas que por la misma fuente mítica se asociaban al “aprovechamiento” por parte de la dictadura de los anteriores conceptos jurídicos “naturalistas”, según puede leerse en las primeras páginas del texto de Luis Ortiz Q., “Algunas consideraciones sobre la teoría de la acción finalista” (*Revista de Ciencias Penales*, t. XXIV [1965], pp. 3-20 [primera parte] y 101-120 [segunda parte], pp. 5 y s.). Allí se afirma que ante la experiencia nacionalsocialista la obra de Welzel “tiene [...] a revalorizar la función ético-social de Derecho combatiendo el naturalismo. Para Welzel [...] los valores básicos que deben tomar en consideración el desarrollo de toda comunidad son los que aseguran ‘en los ciudadanos el permanente acatamiento legal ante los bienes jurídicos; es decir, la fidelidad frente al Estado, el respeto de la persona (de la vida ajena, la salud, la libertad, honor, etc.)’” (p. 4). Naturalmente, Ortiz Q. creía de buena fe que esta frase se había escrito sólo una vez terminada la guerra y como reacción a ésta, desconociendo que se trataba de una sutil modificación de los “valores positivos de la recta conciencia”, que, según Welzel, debía proteger el Derecho penal en el III Reich, según se lee en la tercera edición de su *Derecho penal alemán*, aparecida en Berlín, en 1944, esto es, “la lealtad al pueblo, al Reich, a la Führung, la obediencia al poder estatal, la disposición al deber militar, el respeto a los juramentos, etc.” (Welzel, Hans, *Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, 3ª ed., De Gruyter, Berlín, 1944, p. 1).

Por otra parte, aunque no tuviesen un contexto político, el uso de las (des)calificaciones para afianzar argumentos (llamar “conservador” al contrincante, por ejemplo) en la querrela entre finalismo y causalismo, ya había llamado la atención a Novoa, *Causalismo y finalismo*, cit. nota al pie núm. 102, quien se quejaba contra la forma desdorosa y soberbia con que algunos partidarios del finalismo en América Latina enfrentaban la discusión, llegando a “suponer falta de inteligencia o de discernimiento crítico en el adversario”, tratándolos de “ingenuos” y “candorosos” y hasta “atribuirle torcidos propósitos”, mediante el empleo de expresiones como “proceder tramposo”, “esconder inconsistencias”, “caer en la propia trampa” o “acudir a hábil escamoteo verbalista” (pp. 144 y ss., y sus notas al pie 143 y 144).

En general, sobre este “estilo” de la discusión entre penalistas, véase mi artículo “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”, *Política Criminal*, núm. 5 (2008), A5-5. pp. 1-33. http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_5_5.pdf [visitado el 1.3.2011], p. 10, nota al pie 34, con referencias a la discusión argentina al respecto entre Malamud y Maier.

Origen, consolidación y vigencia de la Nueva Dogmática Chilena (ca. 1955-1970)

que el legislador puede administrar arbitrariamente la materia jurídica” y que la dogmática es, por tanto “sólo la elaboración técnica de esta materia jurídica ‘casual’”, pues “si esto fuera cierto, entonces estarían acertadas las palabras del procurador del Estado, Von Kirchmann, sobre la ciencia jurídica: ‘Tres palabras rectificadoras del legislador, y bibliotecas enteras se convierten en inútiles pliegos impresos’”.

En cambio, sostiene que el sistema de la teoría final de la acción:

parte de la convicción de que el legislador no es en manera alguna omnipotente, y que está ligado a determinados límites dados en la materia del Derecho. Encontrar y llevar al conocimiento esos límites, es la misión de la tarea *científica* en Derecho penal.

En su teoría, ese límite estaría dado por el entendimiento de que “las normas del Derecho penal, vale decir, sus imposiciones y prohibiciones, pueden dirigirse únicamente a *acciones* humanas” y que “sólo en cuanto alcancen el *poder finalista* de creación de las acciones humanas sobre los acontecimientos de la naturaleza, el derecho puede imponer o prohibir algo a las acciones”. Por lo tanto,

ese poder configurador de una acción humana, junto con los elementos que la constituyen, le está dado al Derecho. Éste no los puede crear ni modificar. No puede sacarles ni agregarles nada. A estos elementos constitutivos de la acción, vale decir, a los elementos objetivos y subjetivos de la acción y su relación entre sí, deben vincularse las características delictuales del Derecho (adecuación típica, antijuricidad, culpabilidad). También ellas deben aceptar los elementos de la acción en la forma que realmente tienen.¹²³

El concepto de delito se construye así sobre la idea de que:

todo hecho penal es una acción contraria a la sociedad, por la que el autor, como personalidad, es responsable. Responsabilidad personal (culpabilidad) por un hecho

contrario a la sociedad (lo injusto), son los dos componentes fundamentales del injusto.¹²⁴

Pero, en cuanto a la *tipicidad* del injusto, todavía habría que distinguir dos “tipos de injusto”:

- a) aquél en que “las acciones finalistas, cuya voluntad de concreción está dirigida hacia la realización de resultados socialmente, son calificadas de antijurídicas por el Derecho en los tipos de los delitos *dolosos*: como asesinato, homicidio, hurto, etcétera”; y
- b) el referido a “las acciones que, contempladas en sus consecuencias causales, no observan el mínimo jurídicamente indicado de dirección finalista”, que “son comprendidas por los tipos de los delitos *culposos* como ‘lesiones imprudentes o negligentes de bienes jurídicos’”.¹²⁵

En esos tipos de injusto de acción finalista prohibida o con falta del mínimo exigido, esa acción es *antijurídica* en la medida en que está en “descuerdo” “con las exigencias que impone el Derecho para las acciones que se realizan en la vida social”:

la “antijuricidad” es un juicio de valor “objetivo”, en cuanto se realiza sobre la acción, en base a una escala general, precisamente del orden social jurídico. El objeto que se valora, a saber, la acción, es, en cambio, una unidad de elementos objetivos (del mundo exterior) y subjetivos (psíquicos).¹²⁶

Y, en cuanto a la *culpabilidad*, “agrega a la acción antijurídica —sea la concreción dolosa de un tipo, sea la lesión no dolosa de diligencia— un nuevo elemento, por medio del cual se convierte recién en delito”: “el reproche personal por no haber omitido la acción antijurídica, a pesar de haberla podido omitir”. Ella “es solamente la reprochabilidad como *valoración* de la voluntad de acción; *objeto* de esa valoración es la voluntad antijurídica de acción (y por ello, toda la acción antijurídica)”.¹²⁷

¹²³ Welzel, *Derecho penal*, cit. nota al pie núm. 121, pp. vii y ss.

¹²⁴ *Ibidem*, nota al pie núm. 121, p. 57.

¹²⁵ *Ibidem*, nota al pie núm. 121, pp. 42 y ss.

¹²⁶ *Ibidem*, nota al pie núm. 121, p. 57.

¹²⁷ *Ibidem*, nota al pie núm. 121, pp. 147 y 149.



De allí que, radicado dolo y culpa en la tipicidad, como elementos de la acción, la sistemática impone a Welzel aceptar la llamada “teoría normativa” “estricta” de la culpabilidad, anticipada por Dohna, que “elimina los elementos subjetivos-psíquicos y retiene solamente el elemento normativo de la reprochabilidad”.¹²⁸

3. La Nueva Dogmática Chilena (ca. 1955-1970)

3.1. Sus integrantes

En la introducción de este texto hemos mencionado varios penalistas que se consideran como miembros de las “nuevas” y “antiguas” generaciones de dogmáticos chilenos. Y hasta este lugar hemos identificado a los representantes principales de las generaciones de los años 1925-1940 y 1940-1955, señalando las semejanzas y diferencias entre ambas, así como los vínculos intergeneracionales. La pregunta acerca de quiénes son los más representativos miembros de la *Nueva Dogmática Chilena* se resuelve, por tanto, de la misma manera, esto es, identificando a los que, habiendo finalizado su formación universitaria alrededor de 1955, comparten ciertas características en su formación y en la exposición ante eventos significativos comunes.

Para ello, diremos que entendemos como *Nueva Dogmática Chilena* al conjunto de estudiosos del Derecho penal cuya formación universitaria tuvo lugar en la década de 1950, terminando sus cursos de pregrado alrededor de 1955, y que llegarían a ocupar un lugar importante en la discusión dogmática de la década de 1960, principalmente a través de su participación en el Instituto de Ciencias Penales, su transformación en profesores de Derecho Penal, y sus contribuciones escritas aparecidas entre 1955 y 1970. El evento significativo que compartieron en su formación fue el contacto con Álvaro Bunster en el Seminario de Derecho Penal y Medicina Legal de la Universidad de Chile. Y por lo mismo, los miembros de la *Nueva Dogmática Chilena* no fueron “autodidactas”, sino que, por regla general, realizaron sus Memorias de Grado en temas dogmáticos. Ello incidió en que tampoco estuvieran expuestos al *positivismo criminológico*, pero sí, en cambio, a la discusión entre el

“sistema clásico” y el “sistema finalista”, tomando partido por alguno de ellos (y, mayoritariamente, por el finalista). Otra particularidad de esta generación fue la realización de estudios de posgrado en España, Alemania o Italia. Desde el punto de vista social, los miembros de la *Nueva Dogmática Chilena* estuvieron expuestos también a los “procesos” de “cambios” que en todos los ámbitos de la vida social se experimentaron a partir de 1960 (lo que se reflejaba en el claro compromiso político de algunos de sus miembros) y, por ende, a los trastornos que para el país y sus propias vidas provocaría el Golpe de Estado de 1973, que pondría fin a ese periodo.

Los penalistas miembros de la generación que hemos denominado *Nueva Dogmática Chilena* son los siguientes (en orden alfabético):

Nueva Dogmática Chilena (ca. 1955-1970)

- Juan Bustos R. (1935-2008)
- Enrique Cury U. (1933 —)
- Alfredo Etcheberry O. (1931—)
- Francisco Grisolia C. (1928-2005)
- Luis Ortiz Q. (1934 —)
- Sergio Politoff L. (1930-2009)
- Miguel Schweitzer W. (1940 —)
- Jaime Vivanco S. (ca. 1934 —)
- Sergio Yáñez P. (1925-2006)

Sobre su formación, desarrollo personal y vigencia actual de su obra trataremos en los siguientes apartados de este trabajo.

3.2. Formación de la Nueva Dogmática Chilena

3.2.1. Álvaro Bunster, el “Curso Profundizado” de 1956 y los estudios de posgrado en el extranjero

Según relata Luis Ortiz Q., el último año de sus estudios de Derecho (1956),

un pequeño grupo de 17 alumnos nos inscribimos en un curso de Derecho penal profundizado sobre ‘La culpabilidad’. Creo no equivocarme si los 17 que estudiamos con Álvaro durante ese año terminamos haciendo la Memoria cada uno en un tema vinculado con la culpa-

¹²⁸ *Ibidem*, nota al pie núm. 121, p. 151. Welzel cita aquí la edición de 1941 del *Aufbau* de Dohna. Sobre esta anticipación de la sistemática finalista por parte de Dohna, véase la nota al pie núm. 118.

Origen, consolidación y vigencia de la Nueva Dogmática Chilena (ca. 1955-1970)

bilidad, especialmente motivados por la calidad y entusiasmo con que enseñaba.

Y agrega:

Creo que Álvaro fue en verdad un destacado jurista en Derecho penal, que no sólo había leído mucho (hablaba italiano y podía leer alemán) sino además porque supo enseñar a un gran nivel y formar un grupo de discípulos que, estimulados por su entusiasmo, siguieron sus pasos en la cátedra. Así ocurrió con Etcheberry, Politoff, Armando Uribe, Sergio Román, Jaime Vivanco, Miguel Schweitzer [W.] y yo mismo, para nombrar aquellos que recuerdo.¹²⁹

En efecto, entre 1954 y 1965, Álvaro Bunster dirigió las memorias de Alfredo Etcheberry,¹³⁰ Sergio Politoff,¹³¹ Luis Ortiz,¹³² y Jaime Vivanco.¹³³ Y también fue profesor de cátedra y director de la Memoria de Enrique Cury U.¹³⁴ Por otra parte, según relata el propio Grisolia, aunque Bunster no fue formalmente el director de su Memoria, materialmente le guió en su realización.¹³⁵

Por lo que toca a la vinculación de Bunster con Juan Bustos¹³⁶ y Sergio Yáñez,¹³⁷ baste decir que ellos cursaron sus carreras cuando Bunster ya era profesor en la Universidad de Chile y se incorporaron como ayudantes de investigación del Seminario de Derecho Penal y Medicina Legal, al regreso de

¹²⁹ Esta cita y la anterior corresponden a Ortiz Q., Luis, "Entrevista", cit. nota núm. 138, pp. 5 y 9, respectivamente. La existencia de este curso ha sido confirmada por diversas fuentes y consta por escrito en la "Introducción" de la Memoria de Prueba de Armando Uribe ("De los delitos calificados por el resultado", tesis UCh, Ed. Jurídica, Santiago, 1957).

¹³⁰ Etcheberry, *El concurso aparente*, cit. nota al pie núm. 68 (Reseña en *Revista de Ciencias Penales*, t. XV [1956], núm. 1, p. 117). Para más detalles sobre su vida académica y publicaciones posteriores, véase la nota al pie núm. 164.

¹³¹ Politoff L., Sergio, *El delito de apropiación indebida*, Ed. Nascimento, Santiago, 1957 (Reseña en *Revista de Ciencias Penales*, t. XVII [1958], núm. 1, p. 53). Para más detalles sobre su vida académica y publicaciones posteriores, véase la nota al pie núm. 182.

¹³² Ortiz Q., Luis, "Teoría de las hipótesis preterintencionales", tesis UCh, Ed. Jurídica, Santiago, 1959 (Reseña en *Revista de Ciencias Penales*, t. XVIII [1959], núm. 1, p. 160). Después, viaja a Roma donde obtiene el diploma de especialización de la *Sapienza*. A su regreso Ortiz Q. enfrentó derechamente la disputa sistemática en su artículo "Algunas consideraciones..." (cit. nota al pie núm. 122). Entre tanto, en 1965 es nombrado "profesor agregado" de Derecho penal (*Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Cuarta Época, vol. VIII [1967], núm. 7, pp. 151-156). Actualmente es profesor titular del Departamento de Ciencias Penales de la Universidad de Chile y ejerce activamente la profesión.

¹³³ Vivanco S., Jaime, "El delito de robo con homicidio. Ensayo a la luz de la doctrina del delito-tipo", tesis UCh, Ed. Jurídica, Santiago, 1957 (Reseña en *Revista de Ciencias Penales*, t. XVII [1958], núm. 1, p. 54). Esta es la primera memoria chilena que aplica rigurosamente la dogmática alemana al estudio de un delito en particular, como indica su significativo subtítulo. Trabaja como redactor de la *Revista de Ciencias Penales* y publica numerosos comentarios y notas de sentencias, así como partes de su Memoria. En 1970 es nombrado "profesor agregado Derecho penal, *ad-honorem*" (*Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Cuarta Época, vol. XI [1970], núm. 11, p. 13). En ese año publicó, en conjunto con Francisco Grisolia y Jaime Náquira, el artículo "La remisión condicional de la pena y la libertad condicional en el sistema chileno de ejecución de sanciones", *Revista de Ciencias Penales*, t. XXXII (1973), pp. 93-110. Actualmente está radicado en Iquique, donde ejerce la profesión y participa en la vida universitaria de la zona.

¹³⁴ Cury U., Enrique, "El delito continuado", tesis UCh, Jurídica, Santiago, 1962 (*Revista de Ciencias Penales*, t. XVIII [1959], pp. 104-123 [primera parte] y pp. 201-215 [segunda parte], p. 204). Cury reconoce esta vinculación en una "Entrevista" posterior (Bernal, *Álvaro Bunster*, cit. nota al pie núm. 107, anexo núm. 1, pp. 2-4, p. 2), con lo que se aclara la duda planteada al respecto en Matus, "Fernández, Fuenzalida, Vera...", cit. nota al pie núm. 12, nota al pie núm. 108. Para más detalles sobre las publicaciones y el desarrollo académico posterior de Cury, véase la nota al pie núm. 169.

¹³⁵ Grisolia, Francisco, *El objeto jurídico del delito (Prolegómenos para el estudio de la objetividad jurídica en los delitos de falsedad documental)*, s.e., Santiago, 1959, p. v. Con todo, se debe señalar que, producto del fenómeno de la coexistencia generacional antes descrito, Francisco Grisolia reconocía como "maestro" no a Bunster, sino a Miguel Schweitzer S., de quien sería ayudante de cátedra (pp. 1 y 3). Él mismo se incorporó como ayudante investigador del Seminario de Derecho Penal y Medicina Legal de la Universidad de Chile el año 1963. Ya en 1970 aparece ganando los concursos para "Profesor agregado Derecho penal, *ad-honorem*" y "Profesor auxiliar Derecho penal, media jornada" (*Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Cuarta Época, vol. XI [1970], núm. 11, p. 163). Fue secretario ejecutivo del Instituto de Ciencia Penales y director de la *Revista de Ciencias Penales* desde 1967 hasta su jubilación, el año 1992 (no obstante, en 1981 aparece el último tomo bajo su dirección exclusiva [t. XXXVII], el siguiente aparece dirigido por Yáñez y el subsiguiente por ambos en conjunto). Francisco Grisolia falleció el año 2005. Para más antecedentes sobre su persona, véase la nota necrológica en Schweitzer W., *Nullum crimen*, cit. nota al pie núm. 11, p. 12, y el artículo periodístico de Vivian Bullemore, "En memoria de Francisco Grisolia Corbatón", *La Semana Jurídica*, núm. 239 (2005), p. 15.

¹³⁶ Juan Bustos R. es uno de los primeros miembros de esta generación que obtiene un título formal de doctor en Derecho, primero en España ("La valoración objetiva y subjetiva en la teoría de la acción", tesis inédita, ca. 1960, Universidad Complutense), y luego en Bonn, bajo la dirección de Hans Welzel ("Finalität, fahrlässiges Begehungs delikt und chilenisches Strafgesetzbuch", tesis, Universidad de Bonn, 1965). Para más detalles sobre su vida, véase la nota al pie núm. 172.

¹³⁷ Sergio Yáñez realizó estudios de posgrado en la especialidad, con una estadía en Alemania, financiada por una beca de la Fundación Alexander von Humboldt, a principios de la década de 1960, sin llegar a doctorarse formalmente. En cuanto a su formación anterior, hay



sus estudios en Alemania, en 1965, último año en que Bunster ejerció efectivamente como director del Seminario de Derecho Penal y Medicina Legal.

La cuestión es discutible en el caso de Miguel Schweitzer W., por cuanto, a pesar de la fecha de su titulación (1964) y la referencia que hace Luis Ortiz, al considerarlo también un “discípulo” de Bunster¹³⁸ el propio Schweitzer W. parece desconocer este vínculo, quizás por tratarse del más joven entre ellos, ya que nació en 1940.¹³⁹ No obstante, creemos que es mejor considerarlo dentro de la *Nueva Dogmática Chilena*, por compartir la mayor parte de los rasgos esenciales de ésta.

Además, es de suponer que Bunster estimuló y colaboró, mediante sus contactos, a que Luis Ortiz Q., Sergio Politoff L. y Miguel Schweitzer W. realizaran su diploma de especialización en Derecho penal en la *Scuola di Perfezionamento in Diritto Penal* de la Universidad La Sapienza de Roma.¹⁴⁰

Finalmente, cabe señalar que también Alfredo Etcheberry, Jaime Vivanco y Francisco Grisolia realizaron estudios en el extranjero, el primero en los Estados Unidos, el segundo en Francia y España, y el tercero en España.¹⁴¹

3.2.2. La Reforma Universitaria de la década de 1960

El proceso de Reforma Universitaria en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile se inició con la reforma al plan de estudios de 1966. En ésta se contemplaba impartir la enseñanza por medio de dos métodos estimados “perfectamente compatibles”: la “clase magistral tradicional” y “los trabajos complementarios”, en los cuales jugarían un rol preponderante los llamados “seminarios” de “investigación” y los “equipos docentes” de cada cátedra. Se entendía por “Seminario” el “método de enseñanza de materias comprendidas en el programa en que un grupo de alumnos dirigidos por un docente investigan y debaten un tema monográfico durante un periodo de trabajo colectivo.” Y, además, se fijaba un horario común para ellos “a fin de conseguir que estas tareas se realicen en grupos reducidos”.¹⁴²

La implementación de un plan de esta naturaleza suponía dos elementos clave: *a)* contar con “equipos docentes”; y *b)* contar con una biblioteca que permitiera la investigación por parte de los alumnos.

que señalar que su Memoria de Prueba no versó sobre Derecho penal y, por lo tanto, puede ser considerado como el último *autodidacta* entre nosotros, algo anómalo entre los miembros de su generación (véase Matus, Jean Pierre, “Sergio Yáñez, obra e influencia. La dogmática chilena actual”, *Revista de Derecho [Coquimbo]*, año 14 [2007], núm. 1, pp. 113-130, p. 115). Posteriormente, destaca su colaboración en la traducción de Juan Bustos del *Derecho penal alemán* de Welzel (Ed. Jurídica, Santiago, 1969), y su trascendente contribución a la discusión sobre los “Problemas básicos de la autoría y la participación en el Código penal chileno” (en Rivacoba y Rivacoba, Manuel [ed.], *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho penal en celebración del centenario del Código Penal chileno*, Edeval, Valparaíso, pp. 161-181). Fue ayudante del Seminario de Derecho Penal y Medicina Legal de la Universidad de Chile desde 1965. En 1967 obtiene una plaza de profesor en la Universidad Católica y, en 1968, otra en la Chile. Tras el Golpe de Estado, puesto en la vereda política contraria de Novoa, Politoff y Bustos, colaboró con la Dictadura como asesor legislativo de la Junta de Gobierno. Además, ejerció diversos cargos en las dos universidades (Católica de Santiago y de Chile) en que trabajó toda su vida. No ejerció activamente la profesión, pero llegó a ser nombrado presidente del Instituto de Ciencias Penales entre 1991 y el día de su muerte, ocurrida el 30 de marzo de 2006. Para más detalles biográficos, véase Ulloa U., Joselyn, “Vida, obra e influencia en el Derecho penal chileno de Sergio Yáñez Pérez”, tesis UTal, Talca, 2006 (prof. guía: J.P. Matus).

¹³⁸ Luis Ortiz Quiroga “Entrevista”, en Bernaldes, *Álvaro Bunster*, cit. nota al pie núm. 107, anexo núm. 2, p. 5.

¹³⁹ Su Memoria de Grado, *El error de derecho en materia penal* (Ed. Jurídica, Santiago, 1964), fue dirigida por Alfredo Etcheberry, siendo el más joven miembro de esta generación. En 1967, a su regreso de Italia, se incorporó al cuerpo de colaboradores de la redacción de la *Revista de Ciencias Penales*. El año pasado se omitió de la lista de los discípulos de Bunster que preparó para su nota necrológicas (*Nullum crimen*, cit. nota al pie núm. 11, p. 9). Schweitzer W. fue profesor de Derecho penal de la Universidad de Chile y es actualmente decano y profesor de Derecho penal de la Universidad (privada) Finis Terrae.

¹⁴⁰ Sergio Politoff L. obtuvo este diploma el año 1963, con una tesis titulada “Gli elementi soggettivi della fattispecie legale”, posteriormente aparecida en Chile (“Los elementos subjetivos del Delito”, *Jurídica de Chile*, Santiago, 1965), trabajo con el que obtuvo el título de profesor extraordinario en la Universidad de Chile, el 5 de agosto de 1965 (*Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Cuarta Época, vol. VI [1966], núm. 6, p. 110). Luis Ortiz Q. presentó su tesis de Laurea en la Universidad de Roma el año 1959. Miguel Schweitzer W. aprobó la tesis “Sull’elemento soggettivo del reato di bancarotta dell’imprenditore” en 1966, apareciendo publicado un resumen en la *Revista de Ciencias Penales* de 1967 (ver nota al pie núm. 139).

¹⁴¹ Alfredo Etcheberry obtuvo el título de *Master in Comparative Law* en la Universidad de Columbia, Nueva York (ca. 1959). Según Sergio Politoff, Jaime Vivanco realizó estudios de posgrado en España y Francia (Politoff, Sergio, “Prólogo”, en Vivanco, Jaime, *El delito de robo con homicidio*, 2ª ed., Conosur, Santiago, 2000, p. 5). Francisco Grisolia se doctoró en Derecho por la Universidad Complutense, con la tesis (inérita) “El Código penal tipo para Hispanoamérica: proceso formativo y estudio crítico trabajo”, tesis UCM, 1967.

¹⁴² *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Cuarta Época, vol. VI (1966), núm. 6, pp. 23 y ss.

Origen, consolidación y vigencia de la Nueva Dogmática Chilena (ca. 1955-1970)

Lo primero permitió la rápida incorporación a la Universidad de quienes tenían vocación para ello; y lo segundo, consolidó el acervo bibliográfico disponible. Ambas condiciones permitieron el desarrollo intelectual y académico de la *Nueva Dogmática Chilena* en la década de 1960.

3.2.3. Eduardo Novoa Monreal y las actividades del Instituto de Ciencias Penales

Eduardo Novoa Monreal asumió la presidencia del Instituto de Ciencias Penales en abril de 1959, cargo que ejerció hasta abril de 1969. Ya había finalizado el proceso de adquisición del inmueble que sería su sede y de su alojamiento, encabezado por su antiguo presidente, don Daniel Schweitzer S., gracias a los recursos que se obtenían con la Ley que le otorgaba, desde 1956, autonomía financiera. Novoa se preocupó, por lo tanto, de dar curso a los intereses permanentes del Instituto: dotar a la biblioteca de la mejor literatura disponible en ese momento,¹⁴³ que la *Revista de Ciencias Penales* mantuviese la regularidad que correspondía, organizar conferencias y cursos de profesores extranjeros¹⁴⁴ y, a partir de 1963, impulsar su proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica.¹⁴⁵

Estas cuatro actividades principales del Instituto repercutieron fuertemente en la entonces nueva generación de penalistas: se les dio acceso a nueva y actualizada bibliografía; la oportunidad de contactarse con profesores de todo el continente; y el espacio donde canalizar sus inquietudes dogmáticas, median-

te la publicación de artículos, comentarios de sentencia y notas bibliográficas.

En este lugar, sólo haremos especial hincapié en la forma cómo se logró crear, a través de la *Revista de Ciencias Penales*, el espacio privilegiado de discusión científica en que se expresó la *Nueva Dogmática Chilena*.¹⁴⁶

Lo primero que se hizo fue procurar asegurar su financiamiento y difusión. Para ello, según cuenta la Memoria de Actividades del año 1959, se estableció una suscripción obligatoria con parte de la cuota social (entonces había 86 miembros activos) y se revitalizó el convenio de suscripción que había desde 1958 con la llamada Junta de Servicios Judiciales, con lo cual se esperaba “paliar en un porcentaje más o menos apreciable el considerable sacrificio pecuniario que significa la publicación regular de la revista, y las nuevas modalidades implantadas”. Esas “nuevas modalidades” consistieron en “el nombramiento de un secretario de redacción remunerado y una planta permanente de redactores”, y “el pago de todos los trabajos que se publiquen”.¹⁴⁷

Según aparece en la contraportada del núm. 2 del t. XIX (mayo-diciembre de 1960), el primer “secretario de redacción” remunerado de la *Revista* fue Francisco Grisolia, siendo los primeros “redactores permanentes” (también remunerados) Enrique Cury, Waldo Ortúzar, Armando Uribe y Jaime Vivanco. En abril de 1960 Alfredo Etcheberry O., recién llegado de sus estudios de posgrado en Estados Unidos e incorporado al Seminario de Derecho Penal y Ciencias Penales de

¹⁴³ Para lo cual, en palabras de Jiménez de Asúa, no se había “reparado en gastos” (Jiménez de Asúa, “Prólogo”, cit. nota al pie núm. 4, p. 9). Se adquirieron obras dogmáticas editadas en España, Argentina, Alemania e Italia, así como de suscripciones a revistas de primer orden (entre ellas, el *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* de España, la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* y la *Rivista italiana di diritto e procedura penale*), que permitieron a esta nueva generación tener acceso directo a las fuentes y nuevas ideas desarrolladas en los centros del pensamiento dogmático. Para hacerse una idea de este esfuerzo, valga el siguiente dato: el mismo año en que asumió la presidencia (1959), Novoa duplicó la cantidad de títulos de la biblioteca, pasando de 446 a 995, principalmente mediante una importación directa desde Argentina (Instituto de Ciencias Penales, “Memoria de las actividades desarrolladas entre los meses de abril de 1959 y marzo de 1960”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XIX [1960], pp. 118-120, p. 119). A este ritmo, en poco menos de ocho años, el número de ejemplares de la biblioteca se había multiplicado por diez: ya se contaba con 4 478 títulos (Instituto de Ciencias Penales, “Memoria de las actividades realizadas entre los meses de abril de 1966 y marzo de 1967”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXVI [1967], pp. 111-116, p. 112).

¹⁴⁴ Según la Memoria citada en la nota anterior, en 1959 visitaron el Instituto, el profesor Ponsold, catedrático de Medicina Legal en la Universidad de Múnich, y Luis Jiménez de Asúa.

¹⁴⁵ Matus, “La (fallida) recodificación...”, cit. nota al pie núm. 11, pp. 185-189. El Instituto asumió en esta década, además, la calidad de “Grupo Chileno de la Asociación Internacional de Derecho Penal”, enviando a miembros de su directiva a los congresos internacionales que se realizaban en la época.

¹⁴⁶ El Instituto también mantuvo un espacio de discusión permanente, pero de carácter oral y personal, mediante la realización de seminarios, clínicas y mesas redondas a cargo de sus socios e invitados (Instituto de Ciencias Penales, “Memoria” [1959], cit. nota al pie núm. 143, p. 119). E incluso inició proyectos de investigación propios, como el del *Repertorio de giros y voces de la legislación penal chilena*, encargado a Armando Uribe (Ed. Jurídica, Santiago, 1965), y la muy relevante traducción del *Derecho penal* de Hans Welzel, a cargo de Juan Bustos (Instituto de Ciencias Penales, “Memoria de las actividades realizadas entre los meses de abril de 1967 y marzo de 1968”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXVII [1968], pp. 99-103, p. 102).

¹⁴⁷ Instituto de Ciencias Penales, “Memoria” (1959), cit. nota al pie núm. 143, p. 119.

la Universidad de Chile, sucedió en la dirección de la revista a Álvaro Bunster. En 1961 se incorporan como “redactores permanentes” remunerados Antonio Bascañán V. y Sergio Politoff. En 1966, con Grisolia en España, asume como secretario de redacción remunerado Juan Bustos. Ese año deja transitoriamente la redacción Vivanco. En 1967, a su regreso de España, asume la dirección Francisco Grisolia. Como “secretario de redacción” se mantiene Juan Bustos y se crea el cargo de “consejero de redacción”, en lugar de los antiguos “redactores permanentes”, el que asumen Sergio Politoff y Sergio Yáñez. Los antiguos redactores pasan a ser “colaboradores” y su lista se amplía en la medida que mengua la colaboración de cada uno de ellos en particular.¹⁴⁸ Esta estructura se mantiene hasta 1970, en que, con nuevo directorio en el Instituto, se crea el nuevo cargo de “subsecretario de redacción”, que asume Jorge Mera y comienza a integrarse a él una nueva generación de penalistas.

Con estas medidas, la revista adquirió una regularidad de la que no había gozado. Se publicaron artículos de autores italianos,¹⁴⁹ alemanes,¹⁵⁰ españoles,¹⁵¹ y

latinoamericanos,¹⁵² junto con los aportes de autores nacionales de todas las generaciones que coexistían en ese momento¹⁵³ y, especialmente, de los miembros de la *Nueva Dogmática Chilena*, que llenaron sus páginas de notas bibliográficas, comentarios jurisprudenciales y aportes originales.¹⁵⁴

3.3. La disputa sistemática en la Nueva Dogmática Chilena

3.3.1. El predominio de la “teoría de la acción final” en la década de 1960

Durante la década de 1960, la mayoría de los miembros de la *Nueva Dogmática Chilena* adoptan la “teoría de la acción final” como punto de partida para sus contribuciones dogmáticas: Alfredo Etcheberry fundamenta en ella su rechazo a la teoría de la equivalencia de las condiciones y su reemplazo por la de la “causalidad de la voluntad”, entendiendo equivalentes las ideas de “voluntariedad” y “finalidad”;¹⁵⁵ Enrique Cury, su concepto de conducta “con

¹⁴⁸ En esta nueva estructura, sólo el “secretario” y los “consejeros de redacción” eran remunerados, actuando los restantes *ad-honorem*, lo que explica el aumento de su número y, al mismo tiempo, la intermitencia de sus colaboraciones (Instituto de Ciencias Penales, “Memoria [1967]”, cit. nota al pie núm. 148, p. 100).

¹⁴⁹ Por ej., Giulano Vassalli (“Criminología y Justicia Penal”, t. XIX [1960], pp. 3-50); Giovanni Leone (“El Tributo que la humanidad le debe a César Beccaria”, t. XXIII [1964], pp. 3-18).

¹⁵⁰ Por ej., Reinhart Maurach (“Les principes fondamentaux de la théorie de la loipénel et de la construction du crime dan la partiegénérale du Project 1962”, t. XXIV [1965], pp. 121-137; y “La fixation de la peine criminelle selon le droit actuell et le projet du 1962”, t. XXV [1966], pp. 26-39); Wolfgang Schöne (“Menores disociales en la República Federal Alemana”, t. XXVIII [1969], pp. 99-118).

¹⁵¹ Por ej., Juan Antonio Gisbert (“El trastorno mental transitorio según la legislación y la jurisprudencia españolas”, t. XXV [1966], pp. 3-25); Manuel Cobo (“Función y naturaleza del artículo 226 del Código penal español”, t. XXVI [1967], pp. 127-150); Juan del Rosal (“Meditación crítica sobre la modificación de los delitos de la circulación”, t. XXVII [1968], pp. 3-34); Antonio Beristain (“La reforma del Código penal Alemán”, t. XXVIII [1969], pp. 46-63).

¹⁵² Por ej., en el t. XXII (1963), se encuentran artículos de Niceto Alcalá Zamora, de México (“¿Constituyen “injurias causadas en juicio” de las proferidas en un procedimiento de jurisdicción voluntaria?”, pp. 27-39); Heleno Claudio Frago, de Brasil (“Notas sobre el concepto de delito en el Derecho soviético”, pp. 297-303”); y Fernando Reyes, de Colombia (“Contribución al debate sobre la conveniencia de incriminar el adulterio del marido”, pp. 304-313). En otro tomo aparece Enrique Aftalión, de Argentina (“El bien jurídico tutelado por el Derecho penal económico”, t. XXV [1966], pp. 79-91).

¹⁵³ Por ej., en el tomo XIX (1960), aparecen un artículo de Luis Cousiño Mac Iver (“La interpretación de la ley penal en la dogmática chilena”, pp. 197-218), uno de Eduardo Novoa Monreal (“Algunas consideraciones acerca de la tentativa”, pp. 3-32), y dos de Alfredo Etcheberry (“El objeto jurídico en los delitos de falsedad documental”, pp. 33-66; y “El objeto material de la falsedad documental: Documentos y sus clases”, pp. 219-240).

¹⁵⁴ La primera contribución original de la *Nueva Dogmática Chilena* apareció en la *Revista de Ciencias Penales* el año 1956, y se trataba de un capítulo de la Memoria de Prueba de Sergio Politoff L., titulado “Prenda, depósito y mandato en la teoría de la apropiación indebida” (*Revista de Ciencias Penales*, t. XVI [1956], pp. 9-50). Como su título lo indica, no se trataba de un texto que abordase aspectos de la teoría del delito en particular, pero su lectura muestra la enorme calidad del trabajo de su autor: con importante aparato bibliográfico da cuenta del contenido de las instituciones civiles mencionadas para relacionarlo con el delito de apropiación indebida y sus diferencias con las figuras especiales de “hurto del dueño” que se encuentran en su órbita, a la luz de su larga evolución histórica.

¹⁵⁵ Su primer aporte en este sentido se encuentra en el texto “Reflexiones críticas sobre la Relación de Causalidad”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XVIII (1959), pp. 175-200. Etcheberry afirma aquí expresamente su rechazo al concepto “causal” de Von Liszt, basado en la teoría de la equivalencia de las condiciones, con el argumento de que estaría anclado a un “dogma” “naturalista”. Para Etcheberry, “la causa de los delitos es la voluntad humana” que se pone en movimiento y se vincula al resultado producido, y por lo tanto, sólo sería “causa” lo “objetivamente previsible” para esa voluntad. Sin variaciones, este concepto de “causa de la voluntad” es sostenido todavía por Etcheberry en la última edición de su *Derecho penal* (Etcheberry, Alfredo, *Derecho penal, parte general*, t. I, 3ª ed., Ed. Jurídica, Santiago, 1997, pp. 184-188).

Origen, consolidación y vigencia de la Nueva Dogmática Chilena (ca. 1955-1970)

sentido”, como la que “abarca tanto el lado objetivo como el subjetivo de la acción, tanto su faz interna como externa”;¹⁵⁶ Juan Bustos, su interpretación de la voz “voluntaria” del artículo 1º del Código Penal como “culpabilidad en sentido restringido”, llevando el dolo y la culpa al concepto mismo de “acción”;¹⁵⁷ y Luis Ortiz Q., su interpretación del Código Penal como confirmación de que el dolo pertenece a la acción y no a la culpabilidad, y de que debe aceptarse la exigencia general de los “elementos subjetivos de las causas de justificación”.¹⁵⁸ Mucho después, también Sergio Yáñez dejaría por escrito su convencimiento arrastrado desde esta época de que “la esencia del actuar humano es precisamente que los cursos causales son guiados, determinados desde un fin propuesto” y que el sistema finalista es el más adecuado para el análisis del delito.¹⁵⁹

En cambio, Jaime Vivanco acepta sin discusión la última versión de la “Teoría del delito-tipo” de Beling para desarrollar su estudio sobre el delito de “robo con homicidio” como “delito complejo” en que la muerte está subjetivamente vinculada con la apropiación.¹⁶⁰

Por su parte, Miguel Schweitzer W. discurre dentro del “sistema neoclásico” cuando, contra la entonces doctrina dominante, afirmaba el valor excluyente del dolo del “error de Derecho”, sin entrar en mayores cuestionamientos sistemáticos.¹⁶¹ Este mismo estilo adopta Grisolia, quien parece optar por no participar del enfrentamiento sistemático, aunque, al analizar ciertos delitos en particular, un par de décadas después, se muestra más bien distante con “el finalismo alemán”.¹⁶²

En esta época, sólo Politoff afirma derechamente el valor del punto de vista “neoclásico” y se plantea contra la corriente “finalista”. En primer lugar, descarta que del hecho de que en ciertos casos se exija legalmente un “elemento subjetivo” para afirmar una causal de justificación deba deducirse que éstos son exigibles en todas las justificantes, pues eso, recogiendo la opinión de Novoa, “conduce a la confusión de la Moral con el Derecho”. Y, en segundo término, rechaza también que la aceptación de la existencia de “elementos subjetivos” en algunos tipos penales conduzca necesariamente a aceptar que a todos los ti-

¹⁵⁶ Cury, Enrique, “La ausencia de tipicidad en el Código penal”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XIX (1960), pp. 51-57, p. 56. Más adelante publicaría Cury su aportación a la discusión acerca de “La teoría del principio de ejecución en la tentativa” (t. XXII [1963], pp. 167-195), donde, a contrapelo de su tendencia finalista estricta, aborda la cuestión desde el punto de vista de la doctrina italiana (que cita profusamente), para terminar afirmando su preferencia por la “teoría objetivo formal” (p. 194) y no por alguna subjetiva, como era lo esperable (y es la que acepta hoy en día en la última edición de su *Derecho penal, parte general* [Ed. U. Católica de Chile, Santiago, 2005, pp. 559 y s.], basada en “el plan individual del autor”, aunque “limitada” por “criterios objetivos”, que remiten de nuevo a la teoría “objetivo formal”). Antes, en 1958, publicó un artículo sobre “Interpretación del artículo 343 del Código Penal”, donde desarrolla la tesis que ha sostenido hasta hoy en día acerca del carácter “cuasidelictual” y no “preterintencional” del delito de aborto del artículo 343 del Código Penal. Para ello se basaba en la inexistencia entre nosotros de una figura de “violencias” sin causar lesiones, que sería el “delito doloso” si fuese el artículo 343 del Código una figura preterintencional (*Revista de Ciencias Penales*, t. XVII [1958], núm. 3, pp. 86-91. Con todo, en la última edición de su *Derecho penal*, cit., p. 344, califica su afirmación de 1968 como “discutible”).

¹⁵⁷ Bustos, Juan; Soto, Eduardo, “Voluntaria significa culpabilidad en sentido restringido”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXIII (1964), pp. 243-264. La consecuencia de este nuevo concepto de “voluntariedad” sería que la “presunción” simplemente legal de ésta, que se encuentra en el inciso segundo de ese artículo, no podría referirse al “dolo”, sino únicamente al hecho de ser el sujeto imputable y a su conocimiento de la antijuridicidad del hecho, esto es, a la “culpabilidad en sentido restringido” y, en consecuencia, “cabrá alegar la ignorancia o el error sobre la antijuridicidad y habrá de admitirse la prueba correspondiente”. Soto, entonces ayudante de Bustos, no siguió la carrera académica en el Derecho penal.

¹⁵⁸ Ortiz Q., “Algunas consideraciones...”, cit. nota al pie núm. 122. Ahora, 45 años después, Luis Ortiz Q. volvería el camino recorrido para afirmar que estas interpretaciones suyas de juventud eran una “acomodación que hace artificialmente compatible la tesis de la acción finalista con el texto del Código”, y que el dolo pertenece a la culpabilidad como reproche y sólo puede ser entendido como “malicia” (esto es, con “conocimiento del injusto”), por lo que tanto el error de tipo como el de prohibición han de seguir una misma regulación: exclusión del dolo y la culpa, en caso de ser inevitable; exclusión del dolo y subsistencia de la culpa, en caso de ser evitable (Ortiz Q., Luis, “Dolo y conciencia del injusto en la ley penal chilena”, en Schweitzer W., *Nullum crimen*, cit. nota al pie núm. 11, pp. 279-294).

¹⁵⁹ Yáñez, Sergio, “La evolución del sistema del Derecho penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 54 (1994), pp. 1153-1209, p. 1193.

¹⁶⁰ Vivanco, *El delito de robo con homicidio*, cit. nota al pie núm. 133, p. 64.

¹⁶¹ Schweitzer W., “El error”, cit. nota al pie núm. 139. En 1967 publicó un artículo “Sobre los delitos de la Ley de Quiebras” (*Revista de Ciencias Penales*, t. XXVI [1967], pp. 151-161), con similar estilo y la colaboración del “neoclásico” Sergio Politoff.

¹⁶² Así, en “La estafa procesal” (*Revista Chilena de Derecho*, vol. 24, núm. 3 [1997], pp. 417-422, p. 422), escribe: “el dolo –aun en la doctrina finalista–...”; y en “El delito de asociación ilícita” (*Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, núm. 1 [2004], pp. 75-88, p. 83), siguiendo la doctrina italiana, habla del dolo como “elemento *psíquico*” del delito, y agrega: “No es el momento de entrar en la distinción de finalidad y dolo, propia del finalismo alemán...”. En su primer artículo (y a la vez su Memoria de Grado, ver nota al pie núm. 135), el “El objeto jurídico del delito”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XVII [1958], núm. 3, pp. 3-85), Grisolia sólo cita en dos ocasiones a Welzel (notas al pie 192 y 214), sin hacerse cargo del carácter secundario que éste asigna a los bienes jurídicos como objeto de protección del Derecho penal.



pos pertenecería como elemento subjetivo un “dolo” “neutral” y “avalorado”, pues —y aquí se cita a Jiménez de Asúa— “lo que conduce la intención a la categoría del dolo es el juicio de culpabilidad, de suerte que el dolo es un concepto normativo”.¹⁶³

3.3.2. Evolución posterior: las obras generales de la Nueva Dogmática Chilena

Con el pasar de los años, Etcheberry, Cury, Bustos y Politoff se dieron a la tarea de sistematizar sus opiniones en textos generales.

Y si se analizan estos textos, podrá verse cómo únicamente Cury mantiene la ortodoxia del “sistema finalista”; mientras Etcheberry, aceptando en principio la idea de la “acción final” como adecuada para describir los hechos constitutivos de delito, no acepta, en cambio, sus consecuencias sistemáticas, adoptando esencialmente un esquema de exposición “neoclásico”.

Por su parte, y tras su paso por el exilio y el contacto con la dogmática de Holanda y España, donde ejercieron la cátedra de Derecho penal, Politoff y Bustos presentan una evolución en su pensamiento, particularmente respecto de los fundamentos y criterios de legitimación del Derecho penal, sin que ello, no obstante, modifique sus planteamientos sistemáticos, que se mantienen en las tendencias “neoclásica” y “finalista” (o más bien “posfinalista”), respectivamente.

Dada la importancia de estos autores para el Derecho penal chileno, cuyos textos generales, tras múltiples ediciones, todavía circulan entre nosotros y se emplean en la enseñanza universitaria y la práctica forense, haremos en este lugar una breve reseña de sus planeamientos, respetando el orden de aparición de la primera edición de la respectiva obra general.

a) El “finalismo matizado” de Alfredo Etcheberry O.¹⁶⁴

En la primera edición de su *Derecho penal*, el año 1964, define Etcheberry delito como “acción típicamente antijurídica y culpable”, enfatizando que la “acción” es el único sustantivo y que “las demás voces indican sólo cualidades o modos de ser de la acción”. De allí que, en su concepto, “no es, por lo tanto, correcto emplear la expresión ‘elementos’ del delito para referirse en un mismo plano, a la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad”, en clara alusión contraria al modelo de Novoa. En este texto también concibe la acción de manera finalista, como “todo comportamiento humano dirigido por la voluntad con miras a un fin”.

Sin embargo, sólo hasta este punto parece llegar el “finalismo” de Etcheberry, pues de los conceptos de delito y acción no deriva consecuencias sistemáticas, siguiendo más bien una variante del modelo “neoclásico”.

En efecto, en cuanto a la ubicación del dolo, afirma que, “si llamamos dolo a la voluntad *ya valorada* conforme a la reprochabilidad, no hay inconvenientes en reservar el dolo a la teoría de la culpabilidad”: “la *voluntad* pertenece a la acción. Pero para llamar *dolo* a esa voluntad, debemos previamente valorarla, y esta valoración es precisamente el juicio de reproche o de culpabilidad”. Tampoco acepta el carácter subjetivo de las justificaciones: concibe explícitamente la “antijuridicidad” como “valoración objetiva de la acción”, y afirma: “nunca el orden jurídico hace depender la ilicitud de una conducta del propósito o intención del agente, si no va acompañado de la efectiva concurrencia de las circunstancias respectivas, factor este último que es el que verdaderamente justifica la acción”. Y, finalmente, tampoco acepta la distinción de conse-

¹⁶³ Politoff, *Elementos subjetivos*, cit. nota al pie núm. 140, pp. 59 y 80.

¹⁶⁴ Alfredo Etcheberry empezó su carrera académica como ayudante investigador del Seminario de Derecho Penal y Medicina Legal de la Universidad de Chile entre 1957 a 1962. El año 1962 obtuvo el nombramiento de profesor ordinario (*Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Cuarta Época, vol. III [1961-1963], núm. 3, p. 156); y el 1964, el de profesor extraordinario (*Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Cuarta Época, vol. IV (1965-1965), núm. 4, p. 79). Dirigió la *Revista de Ciencias Penales* desde 1960 hasta 1966, y ha sido miembro del directorio y presidente (en la actualidad) del Instituto de Ciencias Penales. Fue presidente del Foro Penal para la redacción de un anteproyecto de Código Penal, entre 2002 y 2004. Ha ejercido ininterrumpidamente la profesión de abogado, desde su titulación y hasta el presente. Por su contribución al Derecho penal, se le otorgó el título de doctor *honoris causa* por la Universidad de Talca el año 2008. Actualmente es profesor titular del Departamento de Ciencias Penales, acogido a jubilación.

Entre sus últimas publicaciones, aparte de las que se citan en el texto, se encuentran aportaciones a la discusión acerca de “La Corte penal internacional-Jurisdicción, estructura, funcionamiento” (*Revista de Derecho [U. Católica Concepción]*, núm. 10 [2002], p. 551), “El foro penal y el sistema de penas” (*Revista de Derecho [Coquimbo]*, núm. 9 [2002], pp. 7-25) y “Reflexiones sobre Política Criminal”, *Política Criminal*, vol. 4, núm. 7 (2009), D2, pp. 235-249. Un listado de sus publicaciones en revistas chilenas hasta el año 2003 puede verse en Matus y Carnevali, “Análisis...”, cit. nota al pie núm. 11, pp. 41 y ss.

Origen, consolidación y vigencia de la Nueva Dogmática Chilena (ca. 1955-1970)

cuencias entre “error de tipo” y “error de prohibición” (que limita a la “justificante putativa”), entendiendo en ambos casos que se excluye “el dolo” (salvo que sea “error de Derecho”).¹⁶⁵

En las siguientes ediciones de su obra, Etcheberry, y exceptuando el tratamiento del error, no ha variado esencialmente en sus puntos de partida y sistematización, pero sí se ha hecho cargo del reproche de lo aparentemente “contradictorio” de su “singular actitud” frente al finalismo que se le hiciera en su oportunidad.¹⁶⁶ Al respecto, Etcheberry no ve contradicción alguna sino, al contrario, estima necesario admitir que “la *voluntad finalista* pertenece a la acción, pero que en cuanto tal carece de valoración; una vez valorada, calificada como reprochable, pasamos a llamarla *dolo*”, por lo que rechaza la crítica y mantiene su sistemática.¹⁶⁷

Es más, profundiza en la argumentación que lleva a considerar la antijuridicidad de la conducta como una valoración puramente objetiva de ésta, rechazando que las causas de justificación exijan, por regla general, un elemento subjetivo. Al respecto, afirma que no puede considerarse “antijurídico” un hecho que cumple con la finalidad de la ley (que se cumpla el deber, que se defienda a una persona o que se eviten males mayores) por la sola posición subjetiva del que lo ejecuta: “de lo contrario, estaríamos transformando la conformidad con el Derecho en un

premio a la virtud”. Y en cuanto al tratamiento del error, mantiene su postura inicial de que todo error excluye el dolo, con independencia de su clase, incluyendo ahora también al “error de derecho”.¹⁶⁸

b) El “finalismo ortodoxo” de Enrique Cury U.¹⁶⁹

En 1969 Cury publica su *Orientación para el estudio de la teoría del delito*, primer texto de carácter general del autor. Aquí se desarrolla, en relación con el Derecho chileno, la teoría final de la acción, siguiendo rigurosamente la sistemática de los textos ya disponibles de Welzel y Maurach. Por el rigor finalista de Cury en esta época acepta la *teoría extrema de la culpabilidad* y sus efectos penales respecto del error de prohibición (excusabilidad en caso de ser invencible, mera atenuación en caso de ser vencible, incluso en los supuestos de error sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación), por considerarla “una consecuencia necesaria de la concepción final de la acción”.¹⁷⁰

Ésta es la misma concepción y sistemática que Cury mantiene hasta la fecha en la edición de 2005 de su *Derecho penal*, donde se afirma que “el concepto de acción finalista [...] servirá de base al sistema de la teoría del delito que se expondrá en esta obra”, con la sola salvedad de rechazar ahora la teoría estricta de la culpabilidad y admitir, en cambio, la *limitada*,

¹⁶⁵ Etcheberry, Alfredo, *Derecho penal*, t. I, Gibbs, Santiago, 1964, pp. 151, 161, 209, 216, 255 y 307. Esta obra se publicó en cuatro tomos, abarcando toda la *Parte General* y la mayoría de los delitos de relevancia que deben incorporarse a una *Parte Especial*.

¹⁶⁶ Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, “El principio de culpabilidad en el Código Penal chileno”, en Rivacoba y Rivacoba, Manuel de (ed.), *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho penal en celebración del centenario del Código Penal chileno*, Edeval, Valparaíso, 1974, pp. 49-126, p. 60, y nota al pie núm. 52, donde se afirma que la crítica ya estaría en un texto anterior de Zaffaroni, que no he podido consultar.

¹⁶⁷ Etcheberry, Alfredo, *Derecho penal*, t. I., 3ª ed., Ed. Jurídica, Santiago, 1997, p. 275.

¹⁶⁸ *Idem*, pp. 229, 235 y ss, y 334 y ss.

¹⁶⁹ Enrique Cury U. inició su carrera académica como profesor de la Universidad Católica de Chile y de la entonces Sede Valparaíso de la Universidad de Chile. Fue nombrado profesor suplente de Derecho Penal en la Universidad de Chile (Santiago), el año de 1972 (*Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Cuarta Época, vol. XIII [1972], núm. 13, p. 51). En la Universidad Católica ha desempeñado los cargos de director general de la Vicerrectoría Académica y secretario general. Fue presidente del Foro Penal (sucediendo a Etcheberry en el cargo) hasta la entrega al Gobierno, a fines de 2005, del anteproyecto de nuevo Código Penal. Ministro de la Corte Suprema desde 1998 hasta 2006, como tal redactó una sentencia reconociendo el efecto excluyente de la culpabilidad del “error de prohibición” (SCS 4.8.1998), que ha sido calificada de “histórica” (Soto, Miguel, “Una jurisprudencia histórica: hacia el reconocimiento del principio de culpabilidad en el Derecho penal chileno”, *Revista de Derecho U. Finis Terrae*, núm. 3 [1999], pp. 233-253). Por su destacada trayectoria e influencia, obtuvo el año 2010 el doctorado *honoris causa* por la Universidad de Valparaíso, sucesora legal de la Sede donde comenzó su carrera. Actualmente es profesor de la P. Universidad Católica de Chile. Aparte de los textos que aquí hemos citado, a partir del año 1970 Cury ha escrito casi una veintena de artículos de los más variados temas, sin dejar de lado su punto de vista “finalista”, de importancia e impacto en la práctica forense, como su “Contribución al estudio de la responsabilidad médica por hechos culposos” (*Revista de Ciencias Penales*, t. XXXVII [1978-1981], pp. 97-10) y “El concepto de autor mediato como categoría imprescindible en la interpretación de la ley penal chilena” (*Revista Chilena de Derecho*, vol. XII [1985], pp. 35-53). Una lista relativamente completa de sus contribuciones hasta el año 2006 puede verse en Matus y Carnevali, “Análisis...”, cit. nota al pie núm. 11, p. 38.

¹⁷⁰ Cury U., Enrique, *Orientación para el estudio de la teoría del delito*, Edeval, Valparaíso, 1969, pp. 214-220. Lo entrecomillado, en p. 217.



lo que le lleva a considerar el error sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación como “*un error de prohibición* que, no obstante, por razones de justicia material debe ser tratado como si fuera un error de tipo con consideración a que, lo mismo que este último, supone una adhesión del autor a los dictados del derecho”.¹⁷¹

c) Del “*finalismo*” al “*postfinalismo*” en Juan Bustos R.: revalorización del bien jurídico en el “*injusto*” dentro de un “*sistema crítico*” con base “*finalista*”¹⁷²

En 1974, cuando comenzaba su exilio, Juan Bustos publicó su artículo “Consideraciones en torno al injusto”, donde sienta las bases de su aproximación personal al concepto del delito, a partir de su formación en la sistemática finalista: rechaza el “concepto causal” de “desvalor de resultado” como medida de “lo injusto” (“la sustancia de lo punible”), pues llevaría a considerar como tal casos de responsabilidad objetiva (“delitos calificados por el resultado” y el *versari in re ilícita*); pero, aceptando el “concepto personal” del injusto finalista (y sus consecuencias sistemáticas debido a la ubicación del dolo y el contenido de la culpabilidad, que permitirían excluir la responsabilidad objetiva), estima que no pueden aceptarse también sus consecuencias respecto de la punibilidad de la tentativa inidónea y la eventual insignificancia del resultado incluso en los delitos dolosos, basadas en la conside-

ración del “desvalor de acto” como único fundamento de “lo injusto”. Para salir de este dilema propone, en primer lugar, revalorizar la función del bien jurídico en el contenido del injusto:

Al derecho penal lo que le interesa proteger no son los buenos ánimos de las personas, sino los bienes vitales para la subsistencia de esa sociedad, esto es, los bienes jurídicos...Lo injusto es, por tanto, ante todo una materialización de la protección de los bienes jurídicos por parte del ordenamiento jurídico, y en esa medida es que impone penas.

En segundo término, para darle sentido a esta afirmación, propone analizar “críticamente” la configuración normativa para determinar el concepto “material” de “bien jurídico” subyacente, observando que en ella

valor o desvalor no son en realidad de acto o de resultado desde un punto de vista material, sino de relación social o posición que el individuo ocupa [en la sociedad] [...] sólo la consideración del *desvalor o valor de la relación social* nos puede dar una adecuada visión de injusto, esto es, una apreciación crítica, y sólo de esa manera podemos dar una adecuada explicación de un sistema penal o construir un sistema penal cualquiera, que pretenda de una u otra manera captar una cierta realidad histórica social.¹⁷³

¹⁷¹ Cury, *Derecho penal*, cit. nota al pie núm. 156. Lo entrecomillado, en pp. 263 y 448.

¹⁷² Su memoria, *Concurso ideal de delitos* (Ed. Universitaria, Santiago, 1962), fue informada por Etcheberry y Labatut con la nota máxima. Allí adopta la teoría final de la acción para interpretar el artículo 75 del Código Penal (p. 13) y da cuenta de la discusión alemana acerca de la “unidad de acción”, sin dejar de citar a los italianos y la propuesta del sistema “clásico”. Además, durante la década de 1960 publica en Chile una importante monografía sobre delitos culposos derivada de su tesis alemana (“Culpa y finalidad. Los delitos culposos y la teoría final de la acción”, *Jurídica de Chile*, Santiago, 1967); su traducción –en conjunto con Sergio Yáñez– de la 11ª ed. del *Derecho penal alemán* de Hans Welzel (*Jurídica de Chile*, Santiago, 1969), amén de otros significativos artículos en la *Revista de Ciencias Penales* que aquí se citan. Ayudante investigador desde 1965 en el Seminario de Derecho Penal y Medicina Legal de la Universidad de Chile, en 1966 comienza su carrera docente como profesor en la sede de Valparaíso de la Universidad de Chile, donde en 1970 obtiene por concurso el cargo de “profesor agregado de Derecho penal *ad-honorem*” (*Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Cuarta Época, vol. XI [1970], núm. 11, p. 163) y, por la ausencia del electo director del recién creado Departamento de Ciencias Penales, Álvaro Bunster, asume el cargo hasta 1973. Fue secretario de redacción de la *Revista de Ciencias Penales* desde el año 1967 hasta 1973. Siguiendo el designio de Novoa y Politoff, parte al exilio tras el Golpe de Estado. Detenido en Argentina en la “Operación Cóndor”, es liberado gracias a la intervención del profesor Armin Kaufmann y las autoridades alemanas. Se le concede la beca Alexander von Humboldt y, después de unos años, llega a España, en 1982, donde desarrollaría una gran carrera académica, al punto de obtener la cátedra de Derecho Penal en la U. Autónoma de Barcelona. Ésta es su época más prolífica y original en cuanto a su visión del Derecho penal, y sobre ella se expondrá más adelante, arriba en el texto. Sus *Obras completas* se han editado en Chile y Perú en tres extensos volúmenes. A su regreso a Chile, en 1992, se incorporó tanto al ejercicio profesional como a la vida universitaria en varias instituciones privadas y se le admitió nuevamente, ahora como profesor titular, en la Universidad de Chile. Sus últimos años los dedicó a la vida política de manera intensa, ejerciendo el cargo de diputado desde el año 1997. Falleció el año 2008, siendo presidente de la Cámara de Diputados. Para más detalles sobre su vida y obras, véase la “Nota biográfica”, en Bustos, Juan, *Obras completas*, t. I, Ara, Lima, 2004, pp. 45-49, y la reseña “bio-bibliográfica” del sitio del Congreso Nacional, http://biografias.bcn.cl/wiki/Juan_José_BUSTOS_Ramírez [visitado el 1.3.2011].

¹⁷³ Y, en una actitud muy propia de la época, concluía que esta apreciación “crítica” del bien jurídico no tenía sólo la finalidad de “llegar a una concepción científica del derecho”, sino ante todo, la de “constituirlo en una herramienta para las transformaciones sociales” (Bustos,

Origen, consolidación y vigencia de la Nueva Dogmática Chilena (ca. 1955-1970)

La cuestión de si ese *desvalor o valor de la relación social es immanente* a las reglas jurídicas, y por tanto, sólo utilizable como un dato para una crítica externa; o es *extrínseco* a ellas, y por lo tanto, susceptible de emplearse para fundamentar su crítica e interpretación, determinando si en un precepto en concreto puede reconocerse o no un “bien jurídico”, para negar su *legitimidad* en caso de no contemplarlo y, en caso afirmativo, *darle contenido y limitarlo*, es resuelta por Bustos en este último sentido.

En efecto, afinando el concepto de “bien jurídico”, Bustos sostendrá que éste “plasma” “de manera concreta ese complejo social que interesa proteger”, por lo que sería “una fórmula sintética concreta de lo que se protege realmente”, pero de la cual “no surge” su “significación y legitimidad”, que estaría dada por las “relaciones sociales, las posiciones que en ellos ocupan los individuos, su interacción con las cosas y otros entes, y la interacción que se produce entre ellos.” Por lo tanto,

Se trata no sólo de imponer dentro de un derecho garantizador que todo precepto punitivo debe tener un bien jurídico, y con ello partir de que hay preceptos punitivos que no lo tienen, que hay preceptos que su bien jurídico es tan mediato, confuso, vago y abstracto que, en realidad, tampoco tienen bien jurídico sino también, que, frente a bienes jurídicos que cumplen con las características propias de una fórmula sintética de la relación social, indagar si realmente tal fórmula sintética es reflejo de la relación social actual o de lo que implica una relación social entre hombres, además indagar si el

derecho ha recogido lo que surge de la relación social, si lo ha concretado en bienes jurídicos.¹⁷⁴

De este modo, Bustos abandona la “teoría final de la acción” como fundamento del “injusto penal” y, por tanto, del sistema del Derecho penal y de la teoría del delito, reemplazándola por su propia “Teoría del bien jurídico”, cuya originalidad es indiscutible.¹⁷⁵

Así, en su *Manual de Derecho penal*, Bustos da por buenas las críticas al concepto “neoclásico” de delito en la versión de Mezger (la confusión de “elementos” “normativos” y “subjetivos” en una tipicidad aparentemente “objetiva”, y la de elementos “psicológicos” —dolo y culpa— y “normativos” en la “culpabilidad”); pero también las que se dirigen a la “teoría final de la acción”, afirmando que “la acción no es el concepto superior del sistema”, pues, en primer lugar, existen los delitos de “omisión”, “con una estructura completamente diferente e imposible de subsumir dentro de aquella”; en segundo término, “la culpabilidad no es un reproche a la acción, sino al sujeto en relación con sus capacidades de actuar”; y en tercero, porque a nivel de injusto “el comportamiento (acción u omisión) interesa en la medida en que puede ser atribuido en consideración al bien jurídico a un tipo determinado”. Por lo tanto, concluye afirmando que “el concepto fundamental y vinculante para el injusto no es la acción sino el bien jurídico”, que define ahora como “una fórmula normativa sintética concreta de una relación social determinada y dialéctica”, y por eso, “el primer aspecto a considerar dentro del injusto tampoco es la acción, sino la tipicidad”.¹⁷⁶

Juan, “Consideraciones en torno al injusto”, *Nuevo Pensamiento Penal*, Año 3 [1974], pp. 41 y ss. La versión que aquí se cita es la contenida en el extenso volumen recopilatorio [630 pp.] de los artículos de Juan Bustos, *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987, pp. 141-157. Las citas literales son de las pp. 152, 155, 157). El aspecto “político” de las propuestas de Bustos, de innegable afiliación marxista, queda todavía más claro en su texto “Criminología crítica y Derecho penal”, del año 1987: aquí se recurre a la criminología crítica (de afiliación marxista, también) para discutir la vigencia *real* de las “garantías formales” de igualdad en un sistema penal que operaría sobre la base de la discriminación por “etiquetamiento”; de la “responsabilidad” por el actuar “libre”, en circunstancias que las reglas jurídicas responden a los intereses de las clases dominantes; y de la “justicia” del “reproche penal”, en circunstancias que éste se haría sólo a “personas en conflicto social”. Pero se va más allá y se critica también toda la “teoría de las normas”, por esconder detrás de ella su *génesis*, y hacerlas aparecer como un producto metafísico o natural; lo mismo que las variantes sobre las teorías de la pena, que se ofrecerían como “ideologías” para “encubrir” que el delito es “expresión de conflicto social concreto y de falta de opciones o alternativas de superación” (en *Control social*, cit., pp. 15-29, la cita final es de la p. 26).

¹⁷⁴ Bustos, Juan, “Política criminal e injusto (Política criminal, bien jurídico, desvalor de acto y de resultado)”, aparecido en *Revue Internationale de Droit Penal* (1978), y en Bustos, Juan, *Control social*, cit. nota al pie núm. 173, pp. 159-180. La extensa cita literal es de la p. 167.

¹⁷⁵ Para apreciar esta constatación, véanse las concepciones actuales de la discusión sobre el “bien jurídico”, resumidas en Abanto, Manuel, “Acerca de la teoría de los bienes jurídicos”, en Urquiza, José (Dir.), *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal. Libro homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez*, Idemsa, Lima, 2007, pp. 1-78.

¹⁷⁶ Bustos, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Ariel, Barcelona, 1989, pp. 143-146, 151, 155. La definición de bien jurídico es algo más precisa en su formulación que la antes transcrita, ya que incorpora en un solo concepto la distinción entre “formulación” y “legitimidad” de las versiones anteriores. Se usa esta edición, pues es la última en que Bustos interviene como autor de manera exclusiva.



El delito ya no es, desde su punto de vista, una “acción u omisión típica, antijurídica y culpable”, sino “lo injusto para el ordenamiento jurídico”, cuyo “contenido está dado por la tipicidad y la antijuridicidad”. Así, “la culpabilidad no es contenido del hecho ni del injusto y tampoco por tanto del delito”, sino que está referida a “una determinación del sujeto responsable”, esto es, a la “responsabilidad” del “sujeto respecto de su hecho”, según “lo que puede exigir el sistema de una persona frente a una situación concreta”.¹⁷⁷

Hecha así la distinción entre “injusto” y “responsabilidad”, Bustos plantea que, en cuanto a la “tipicidad”, hay que concebirla como “la configuración en la realidad” de “la descripción de un ámbito situacional concreto”. Como esos ámbitos son diferentes, según la clase de “comunicación social” involucrada, habría también que distinguir cuatro “estructuras del delito”: delitos de comisión dolosa, delitos de comisión culposa, delitos de omisión dolosa y delitos de omisión culposa. Sin embargo, dentro de cada una de esas estructuras, “no resulta adecuado”, para Bustos, mantener una estricta división entre la “faz objetiva” y la “faz subjetiva”, pues ésta (proveniente del finalismo) “olvida” que la tipicidad “es una unidad de sentido y que la distinción en elementos descriptivos, normativos y subjetivos sólo tiene por objetivo poner acento en los problemas especiales que surgen desde estas perspectivas”.¹⁷⁸

En cuanto a la “antijuridicidad”, la entiende como “la contravención del hecho típico con todo el ordenamiento jurídico en virtud de una afectación efectiva del bien jurídico”, lo que supone considerar en este grado no sólo la “formal” ausencia de causas de justificación, sino también el “material” “desvalor de resultado”.¹⁷⁹

Finalmente, cabe señalar que, en lo que respecta a la estructura del delito, debe entenderse lo siguiente: se distingue entre “injusto” y “culpabilidad”. El “injusto” no presenta una estructura unitaria, sino tres, claramente diferenciadas: “delitos dolosos de acción”, “delitos

dolosos de omisión”, “delitos culposos”; y la “culpabilidad”, que pasa a denominarse “teoría de la responsabilidad”, se refiere exclusivamente a las condiciones en que se responde penalmente del injusto.

La originalidad del fundamento y planteamiento sistemático de Bustos no alcanza, sin embargo, a cuestionar ciertos aspectos sistemáticos fundamentales que se consideraban “una consecuencia” de la adopción de la “teoría final de la acción”, esto es, la ubicación del dolo y la culpa en la tipicidad (y como estructuras diferenciadas) y la exigencia de “elementos subjetivos en las causas de justificación”.¹⁸⁰ En cambio, por su consideración del “injusto” como “uno sólo” y precisamente por incluir en éste los “elementos subjetivos de las causales de justificación”, estima Bustos que el error sobre el sentido o los presupuestos fácticos de una causal de justificación debe considerarse como un “error esencial” “sobre un elemento de la infracción penal” (esto es, básicamente, como un “error de tipo” en la nomenclatura tradicional), excluyendo, por tanto, el “error de prohibición” del tratamiento de la “culpabilidad” (“responsabilidad”).¹⁸¹

Es por ello que, propiamente, Bustos es el único penalista de la *Nueva Dogmática Chilena* que puede considerarse “posfinalista”, al abandonar tanto el “sistema neoclásico” como la “teoría de la acción final” como presupuesto del “sistema”, manteniendo, sin embargo, buena parte de las *consecuencias sistémicas* del sistema de Welzel, esto es, su configuración *externa* como método analítico.

d) El “sistema neoclásico con medida” de Sergio Politoff L.¹⁸²

Como ya hemos señalado, en la década de 1960 Sergio Politoff enfrentó por primera vez la discusión entre el “sistema neoclásico” y el derivado de la “teoría final de la acción”, decantándose por el primero con el argumento de que la “teoría final de la acción” lle-

En las siguientes aparece como colaborador y coautor Hernán Hormazábal. La última colaboración entre ambos, como texto general, son sus *Lecciones de Derecho penal*, Trotta, Madrid, 2006.

¹⁷⁷ *Ibidem*, pp. 155, 325.

¹⁷⁸ *Ibidem*, pp. 158 y ss.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 161.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 210. Bustos habla de la exigencia de acreditar una “motivación intencional” de preservar bienes jurídicos y de contribuir “al mantenimiento del orden jurídico”.

¹⁸¹ *Ibidem*, pp. 260 y ss.

¹⁸² Ayudante investigador del Seminario de Derecho Penal y Medicina Legal de la Universidad de Chile desde 1963. Su Memoria de Grado aparece publicada el año 1957 (*El delito de apropiación indebida*, cit. notal al pie núm. 131). Luego, viaja a Italia donde obtiene su

Origen, consolidación y vigencia de la Nueva Dogmática Chilena (ca. 1955-1970)

vaba insito un concepto de “*injusto personal*” que tendencialmente conducía a la sanción por la sola disposición anímica contraria al Derecho, como paradigmáticamente se afirma respecto de la tentativa inidónea y la exigencia de los elementos subjetivos en las causales de justificación, esto es, a un Derecho penal del “carácter” o de “autor”.¹⁸³

Ésta es la misma posición que, en términos generales, sostiene en su *Derecho penal*, cuya primera edición se publicó el año 1997, aunque ahora reforzada por el conocimiento de los textos originales en los cuales Welzel desarrolló su teoría, durante el régimen nacionalsocialista. No son, por tanto, razones de orden “didáctico” o de “pureza del sistema”, como las planteadas por Novoa,¹⁸⁴ las que esgrime para rechazar la “teoría final de la acción” como fundamento del sistema penal y sus consecuencias sistemáticas, sino de carácter político criminal de fondo.

En consecuencia, en la última edición de su *Derecho penal*, afirma Politoff que la “teoría final de la acción” debe rechazarse porque “es en realidad una teoría final del injusto”, donde lo que se castiga es

“la pérdida del credo jurídico que nos impone el Estado en una determinada situación histórica”. Por lo tanto, rechazado el *fundamento* del “sistema finalista”, no ve razón para adoptar sus *consecuencias sistemáticas*, ofreciendo una exposición de la teoría del delito que puede, *externamente*, inscribirse en el molde del “sistema neoclásico”. Para ello, toma en cuenta, además, que a la fecha de publicación de su texto existían en Holanda, Italia y Alemania exposiciones sistemáticas que también seguían el esquema “neoclásico”, aún después del fulgor del sistema finalista y que, respecto de la posición del dolo, la discusión ya había amainado tanto (precisamente por el abandono generalizado en Alemania de la “teoría final de la acción”) que un autor se permitía señalar que el asunto bien podría someterse “a votación”, indicando con ello a las claras que ya no existía ninguna razón “ontológica” que hiciera *necesaria* la adopción de la sistemática finalista.¹⁸⁵

Ésta es la diferencia esencial entre la postura de Politoff y los denominados *postfinalistas*, que, como Bustos, *también rechazan* la “teoría final de la ac-

diploma de especialización en Derecho Penal en la Universidad de Roma, con una tesis que, traducida al castellano, será publicada en Chile bajo el título *Los elementos subjetivos del delito* (cit. nota al pie núm. 140), trabajo con el que obtuvo el título de profesor extraordinario en la Universidad de Chile, el 5 de agosto de 1965 (*Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Cuarta Época, vol. VI [1966], núm. 6, p. 110). El año 1966 apareció el artículo “Omisión de socorro y homicidio por omisión”, donde se plantea la configuración de los delitos de omisión impropia sobre la base exclusiva de su carácter “normativo” e introduce en Chile la exigencia de la “posición de garante” (“ley” y “contrato”) como fundamento de su castigo (*Revista de Ciencias Penales*, t. XXV [1966], pp. 163-185. Aunque el artículo aparece suscrito también por Juan Bustos y Claudio Flisfisch, la sistemática y estilo empleados para crear que su concepción y redacción corresponden a Politoff y que los dos restantes colaboraron de manera indirecta). Además, en la misma década de 1960 publica varias notas jurisprudenciales y bibliográficas en la *Revista de Ciencias Penales* y, a principios de 1970, da a conocer entre nosotros “El nuevo Código penal de la República Democrática Alemana” (*Revista de Ciencias Penales*, t. XXIX [1970], pp. 3-14). Tras ello publica su *Derecho penal chileno. Parte Especial*, cit. nota al pie núm. 4. En la portada del libro aparecen también como coautores Juan Bustos y Francisco Grisolia. Sin embargo, ellos sólo fueron colaboradores en la revisión de los textos que Sergio Politoff redactaba, según mis conocimientos de primera fuente y lo que resulta del simple cotejo de la obra con el estilo y sistemática de Politoff y sus colaboradores. En esta época Politoff ejerció activamente la profesión y, como Novoa, apoyó al Gobierno de Salvador Allende, ejerciendo como asesor en el Ministerio del Interior. El Golpe de Estado de 1973 lo deja en el exilio, donde, tras un periplo entre Leipzig y Ginebra, recaló en Rotterdam, cuya Universidad lo recibe como profesor. Allí enseña hasta su jubilación (1994) y publica una docena de artículos en varios idiomas, referidos principalmente a la situación de los derechos humanos en Chile. De regreso a Chile, entre 1995 y 1999 enseña Derecho penal en la Universidad de Talca, como profesor titular, y desde allí publica no sólo su *Parte General*, ya citada, sino también un texto sobre *iter criminis* (*Los actos preparatorios del delito. tentativa y frustración: estudio de dogmática penal y de Derecho penal comparado*, Ed. Jurídica, Santiago, 1999), y varios artículos y libros recopilatorios sobre el delito de tráfico ilícito de estupefacientes (El último de ellos coeditado con J.P. Matus, fue *Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes*, LexisNexis, Santiago, 1999). Sergio Politoff vuelve a Europa el año 2000 y, aprovechando los actuales medios electrónicos, mantiene una intensa colaboración con el autor de este texto y la profesora M^a Cecilia Ramírez G., la que se traduce en las *Lecciones de Derecho penal chileno* que se publican en 2004 (*Parte General*) y 2005 (*Parte Especial*). En Holanda traduce el *Tratado* de M.E. Mayer y sigue publicando artículos, como su “Obediencia y delito en contextos cambiantes”, *El penalista liberal*, cit. nota al pie núm. 38, pp. 481-514. Fallece el 26 de diciembre de 2009. Más detalles sobre su vida y obra, véanse en Guzmán Dalbora, José Luis, “Estudio necrológico: Sergio Politoff Lifschitz o la perseverancia creadora de una vida inmigrante,” *Política Criminal*, vol. 5, núm. 9 (julio 2010). Doc. 1, pp. 257-276, http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9D1.pdf [visitado el 1.3.2011].

¹⁸³ *Supra*, nota al pie núm. 163 y el texto a que hace referencia.

¹⁸⁴ *Supra*, nota al pie núm. 105 y el texto a que hace referencia.

¹⁸⁵ Politoff L., Sergio, *Derecho penal*, t. I, 2^a ed., Conosur, Santiago, 2000, pp. 65 y s. Por lo tanto, la adopción del sistema “neoclásico” no parece derivarse en Politoff simplemente de la reafirmación de una postura que adoptase treinta años antes o de una supuesta “desactualización” de sus conocimientos, lo que desmiente la profusa y actualizada (al momento de la publicación del texto) bibliografía, así como los contenidos tratados, que incluyen la hasta entonces no considerada en extenso en las obras generales impresas en Chile, “teoría de la imputación objetiva”.



ción” como fundamento del sistema, pero mantienen, con algunas variantes, la *estructura externa* del sistema finalista, básicamente, considerando el “dolo” como parte del tipo.¹⁸⁶

Lo que a Politoff interesaba en ese momento no era la “elaboración” de un sistema de la teoría del delito más o menos original, sino ofrecer un texto general que recogiese lo que consideraba debiera ser un “Derecho penal con mesura”, según lo denominase en un artículo del año 1996, escrito con ocasión de su incorporación como profesor titular a la Universidad de Talca. Es aquí donde explicita, en plena madurez intelectual, los fundamentos de su forma de entender el Derecho penal, su legitimación y su función en la sociedad: su rechazo a la pretensión de que el Derecho penal tenga como finalidad mantener la *fidelidad* u otra clase de *sentimiento* hacia el ordenamiento de los ciudadanos, limitándolo a la protección coactiva de intereses individuales y colectivos, los *bienes jurídicos* en el sentido de Von Liszt, en un marco del respeto a los principios de legalidad, *ultima ratio*, proporcionalidad; y por lo mismo, su acuerdo con la reducción del ámbito de lo punible, pero sólo en la medida en que existan realmente otras vías eficaces para la protección de esos intereses, menos lesivas para la libertad individual que el propio Derecho penal y, además, que la descriminalización no sea un mero reflejo del desinterés de los poderosos por la protección de ciertos bienes jurídicos.¹⁸⁷

4. Epílogo: Alejamiento y exilio. Decadencia del Instituto de Ciencias Penales y de la Revista de Ciencias Penales. Pérdidas personales y vigencia de la Nueva Dogmática Chilena

4.1. Alejamiento y exilio

Como hemos visto hasta ahora, el año 1956 marcó profundamente a quienes serían parte de la *Nueva*

Dogmática Chilena: por un lado, muchos de ellos asistieron al “Curso Profundizado” sobre “Culpabilidad” que ofreció Álvaro Bunster en la Universidad de Chile, mientras otros desarrollaban con él sus Memorias de Grado o asistían a sus cursos regulares de pregrado; por otro, la Ley núm. 12.265 otorgó al Instituto de Ciencias Penales autonomía financiera que le permitió adquirir el local y financiar la *Revista de Ciencias Penales* mediante la cual esta nueva generación se expresaría, gracias a la administración del Instituto durante los diez años que lo presidiera Eduardo Novoa Monreal. El año 1970 marcaría, a su vez, el alejamiento personal y el inicio del fin de la amistad cívica entre “maestros” y “discípulos”, y también entre ellos mismos: Álvaro Bunster sería nombrado embajador en Inglaterra, Eduardo Novoa asumió labores de asesoría *ad honorem* del Gobierno de Allende, que le llevaron a ser nombrado embajador especial en Francia para la defensa de la nacionalización del cobre; Sergio Politoff se integraría a la asesoría jurídica del Ministerio del Interior; mientras Juan Bustos sumaba a sus labores académicas las del Partido Socialista, como secretario Regional Centro.

Tras el Golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973, todos ellos partieron a la trashumancia y diáspora del exilio, terminando Bunster en México, Novoa en Venezuela, Bustos en España y Politoff en Holanda. Los miembros de la *Nueva Dogmática Chilena* que se quedaron en el país se encontraban divididos entre quienes asumieron defensas de los perseguidos ante los tribunales de guerra instalados por la dictadura militar y quienes aprobaban, callada o públicamente, al nuevo gobierno, prestándole incluso “asesoría legislativa”.¹⁸⁸

Este fue, antes que el natural reemplazo generacional tuviese lugar, el fin traumático que, *como generación*, padeció la *Nueva Dogmática Chilena*.

¹⁸⁶ Como sucedía en la edición del *Derecho penal* de Roxin, que tuvo a la vista Politoff al momento de escribir su texto, como aparece de las respectivas notas al pie y me consta personalmente (Roxin, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol 1: *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 2ª ed., C.H. Beck, Múnich, 1994, pp. 184-188, y 195 y 247-250). Una exposición de la teoría de la acción de Roxin puede verse en el último trabajo publicado en Chile de Álvaro Bunster, “Acerca de la concepción roxiniana de la acción jurídico penal”, *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 3 (2003), pp. 11-20.

¹⁸⁷ Politoff, Sergio, “Derecho penal con mesura: una respuesta reduccionista a la mala conciencia del jurista”, *Revista Universum* (Universidad de Talca), año 10 (1995), pp. 95-106.

¹⁸⁸ Diferencias políticas que se veían claramente entre miembros de las antiguas generaciones tras el Golpe de Estado, como se ve en la nota al pie núm. 100, p. 51, del *Derecho penal* de Cousiño Mac Iver (cit. nota al pie núm. 31), donde, “a propósito” de la idea de la vinculación del Derecho penal con la “naturaleza de las cosas”, acusa a Novoa de permanente “claudicación” con sus “principios” por apoyar al

Origen, consolidación y vigencia de la Nueva Dogmática Chilena (ca. 1955-1970)

4.2. Decadencia del Instituto de Ciencias Penales y de la Revista de Ciencias Penales

Mientras los exiliados de cierto modo pudieron vivir una “nueva juventud”, y refrescar sus conocimientos y perspectivas al tomar contacto con las ideas y profesores europeos en los países que los recibieron, quienes quedaron en Chile, en cambio, padecieron el aislamiento y la paralización que las divisiones políticas subyacentes fue imponiendo a las actividades comunes.

La paulatina decadencia del Instituto de Ciencias Penales y de su *Revista de Ciencias Penales* ilustran mejor que nada el efecto paralizante de la división política en esta generación.

En cuanto al Instituto, el año de 1970 Miguel Schweitzer S., a la sazón de 62 años, asumió la presidencia al retirarse Eduardo Novoa, manteniéndose como secretario ejecutivo Francisco Grisolia.¹⁸⁹ Ambos permanecieron en sus cargos tras el Golpe de Estado de 1973. Sin embargo, Eduardo Novoa, Sergio Politoff y Juan Bustos, directores en los años 1970-1973, son apartados de sus cargos tras el cambio de Gobierno. En cambio, Miguel Schweitzer S. permaneció en el cargo de presidente del Instituto hasta la década de 1980 (así figura en el tomo XXXVII [1978-1981] de la *Revista de Ciencias Penales*). En este periodo fue también ministro de Justicia de la dictadura militar (1975-1977). Ello le permitió organizar en Santiago, el año 1976, una reunión plenaria del Código Penal tipo para Latinoamérica (cuyo presidente de honor fue nada menos que el general Pinochet).¹⁹⁰ Sin embargo, se trataba ya de un esfuerzo sin sentido, en-

contrándose varios de los más destacados penalistas chilenos en el exilio, incluyendo al creador e impulsor del proyecto (Eduardo Novoa Monreal).¹⁹¹

Desde 1976 hasta 1989 las reuniones científicas e invitaciones de profesores extranjeros, salvo alguna esporádica excepción, pasaron a ser un recuerdo de años perdidos.¹⁹² Producido el regreso a la democracia, el Instituto tuvo en los años 1990 un nuevo presidente, Sergio Yáñez Pérez, quien ya tenía 65 años, y secretario ejecutivo (Juan Cárcamo Olmos). El vicepresidente fue Alfredo Etcheberry, y el secretario Enrique Cury. La *Nueva Dogmática Chilena* se hacía cargo otra vez, pero ello no fue suficiente para reimpulsar las actividades del Instituto, que mantuvieron el letargo de la época de la dictadura militar. Sergio Yáñez murió en el cargo (2006) y ha sido sucedido por Alfredo Etcheberry, manteniendo la secretaría ejecutiva Juan Carlos Cárcamo hasta hoy en día. El año 2000 entró en vigencia el Código Procesal Penal que privó al Instituto de los fondos que le otorgaba la Ley núm. 12.265 de 1956. Hoy ya no funciona en su local propio y su biblioteca opera anexa a de la del Centro de Estudios de Derecho Penal del *campus* Santiago de la Universidad de Talca.

Por su parte la *Revista de Ciencias Penales* perdió su regularidad y la vitalidad de la década de 1960, publicándose apenas siete tomos entre 1974 y 1989, muchos de ellos compuestos de un solo número y con escasos artículos de doctrina.¹⁹³ Después, sólo en 1994 aparecería el que hasta hoy es su último tomo (XL, 1990-1994), publicado gracias al esfuerzo personal de Juan Bustos, quien asumió su dirección al regreso de su exilio.¹⁹⁴

Gobierno de la Unidad Popular y asesorarlo legislativamente. Estas diferencias permanecerían más allá del término de la Dictadura, como demuestra el aislamiento de Novoa a su regreso a Chile y el sutil rechazo que Grisolia deja traslucir respecto de la persona de Politoff en una “Recensión” que hiciera sobre su *Derecho Penal (Revista del Abogado)*, núm. 11 [1997], p. 43).

¹⁸⁹ Instituto de Ciencias Penales, “Memoria de las actividades desarrolladas entre los meses de abril de 1970 y marzo de 1971 por el Instituto de Ciencias Penales”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXX (1971), pp. 107-110, p. 107.

¹⁹⁰ Los documentos respectivos se encuentran en el Archivo del Instituto de Ciencias Penales, actualmente depositados en el Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca (*campus* Santiago).

¹⁹¹ La crítica política a la continuación de estos trabajos en una época en que en América Latina proliferaban las dictaduras, puede verse en Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, “Pensamiento penal y criminológico del Código Penal tipo para Iberoamérica”, *Doctrina Penal*, año 10, núms. 37 a 40 (1987), pp. 713-734.

¹⁹² Sólo en las postrimerías de la década de 1980 la *Revista de Ciencias Penales* publica las ponencias que J. Cerezo M., W. Schöne y Sch. Springorum dictaron cuando fueron invitados por el Instituto y que sirvieron para alimentar su t. XXIX (1987-1989).

¹⁹³ El análisis detallado de este periodo de la revista y de la ciencia penal chilena corresponde, no obstante, a otra etapa de la investigación en que se enmarca este artículo.

¹⁹⁴ En este último tomo se pretendía retomar una regularidad cuatrimestral, publicándose tres números. La numeración que ellos traen es, con todo, confusa (en el núm. 1 el tomo es XL, y en el núm. 3, XLII). Sin embargo, Juan Bustos haría posteriormente de la política su actividad principal (ver nota al pie núm. 172) y hasta la fecha nada se ha hecho para revitalizar la revista.

4.3. Pérdidas personales y vigencia de la Nueva Dogmática Chilena

Con el paso de los años, llegó el envejecimiento y la muerte. Ya no se encuentran entre nosotros Juan Bustos, Sergio Politoff, Sergio Yáñez y Francisco Grisolia.

Y tampoco está presente la discusión entre el “sistema neoclásico” y el “sistema finalista”.¹⁹⁵ Del mismo modo, con la caída del Muro de Berlín pasó el tiempo de la “crítica” (marxista) del Derecho y de la “criminología crítica” como fundamento para la *limitación* del Derecho penal.¹⁹⁶

Ahora se discute entre categorías y sistemas globales: *Strafrechtswissenschaft* vs. *common law*;¹⁹⁷ y, dentro de la dogmática alemana, entre variaciones del denominado *funcionalismo*, básicamente, entre el modelo de Roxin y el de Jakobs.¹⁹⁸ Si algo queda vigente de la “antigua” disputa sería, como sostiene Jakobs respecto de Welzel, el “esquema”, “no el sistema”, esto es, no “sus fundamentos” (“la teoría final de la acción” como “superación” de la “teoría causal”).¹⁹⁹ Y lo mismo valdría para un sistema “crítico” como el de Bustos.

¿Significa esto que *todo o buena parte* del material producido por la *Nueva Dogmática Chilena* se encuentra en rápido proceso de considerarse “obsoleto” y perder su vigencia cuando ya no quede nadie de sus miembros con vida para sostener sus ideas en la cátedra universitaria y en la discusión científica?

Al respecto, habría que distinguir dos etapas: la de los años 1960, centrada en la discusión entre el “sistema neoclásico” y el “sistema finalista”; y la de los últimos 20 años (1990-2010). Seguramente esta primera etapa ya puede considerarse “histórica” o en vías acelerada de serlo.

En cambio, puesto que todavía ejercen la abogacía y la docencia universitaria algunos de los miembros más destacados de la *Nueva Dogmática Chilena*, sus *Partes Generales* (o sus continuaciones) se siguen publicando y enseñando en las universidades chilenas y, sobre todo, que no se ha publicado aún entre nosotros un texto que permita reemplazarlas en la enseñanza universitaria y en el trabajo forense, es de presumir que no sólo el “esquema”, sino también el “contenido” de ellos permanecerán por un tiempo más como referencia para la enseñanza, discusión y solución de los problemas del Derecho penal chileno de hoy.²⁰⁰

No obstante, si se tienen en cuenta las condiciones que dieron origen a la *Nueva Dogmática Chilena*, es posible suponer que, con independencia del valor del “contenido” de sus aportaciones, probablemente veamos en el mediano plazo el surgimiento de otra generación que la reemplace. En efecto, en primer lugar, la sola constatación de la existencia de nuevos derroteros sistemáticos en Alemania hace presumir que éstos se trasladarán hacia nosotros en algún momento.²⁰¹ En segundo término, se puede constatar que esta última década ha resurgido el interés por los estudios de posgrado en el extranjero y, especialmente, en Alemania,

¹⁹⁵ En su última monografía publicada en Chile, Bustos señalaba —con la perspectiva que da el tiempo— que “el finalismo no es totalmente contradictorio con el causalismo ni tampoco su superación [...] El finalismo es en sí la culminación de la dogmática tradicional o clásica, que parte de estructuras categoriales u ontológicas y desde esa perspectiva se ve en la necesidad de reconocer a la causalidad como tal una estructura, de ahí que aunque parezca paradójal el finalismo es también, o además de, un causalismo naturalista puro” (Bustos, Juan, *El delito culposo*, Jurídica de Chile, Santiago, 1995, p. 9, nota al pie núm. 2).

¹⁹⁶ Al respecto, véase Larrauri, Elena, *La herencia de la criminología crítica*, Siglo XXI, Madrid, 1991, especialmente pp. 191-243.

¹⁹⁷ Véase Matus, *La transformación*, cit. nota al pie núm. 43. Una resección crítica del texto aparece en Melendo Pardos, Mariano, “¿Strafrechtswissenschaft o Common Law? A propósito de Matus Acuña, Jean Pierre, “La transformación de la teoría del delito en el Derecho penal internacional”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Tercera Época, núm. 1, UNED (2009), pp. 431 y 432.

¹⁹⁸ Véase al respecto, Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 68-72.

¹⁹⁹ Jakobs, Günther, “Schriftum: Oliver Sticht, ‘Sachlogikals Naturrecht? Zur Rechtsphilosophie Hans Welzels (1904-1977)’”, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht* 148 (2001), pp. 492-494, p. 493.

²⁰⁰ La cuestión, con todo, es algo más difícil tratándose del sistema de Bustos, en vista de que su *Manual* y las continuaciones (ver nota al pie núm. 176) se refieren al Derecho español.

²⁰¹ Al respecto, véase Matus, “Por qué citamos a los alemanes”, cit. nota al pie núm. 122. Esta relación de dependencia, traducida en “una cierta acomodación de nuestro derecho a la estructura orgánica y evolucionada presentada por los tratadistas alemanes”, vacía de un sustrato de elaboración propia en cuanto al “contenido” de las mismas, esto es, respecto de “las instituciones” subyacentes, ya había sido anticipada por uno de los miembros de la *Nueva Dogmática Chilena*, Enrique Cury, quien, no obstante, como ya hemos visto, al elaborar sus propios textos generales años más tarde, no se alejaría demasiado de lo que en 1964 denunciaba (Cury, Enrique, “Sobre la evolución del Derecho penal chileno”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXIII [1964], pp. 154-160, p. 156).

Origen, consolidación y vigencia de la Nueva Dogmática Chilena (ca. 1955-1970)

existiendo ya en Chile discípulos directos de Roxin y Jakobs, en plena actividad universitaria.²⁰² En tercer lugar, las reformas al sistema universitario de las últimas décadas han permitido la creación de numerosos centros universitarios y plazas para que estos estudiantes de doctorado, una vez titulados, puedan desarrollar su vocación académica.²⁰³ En cuarto lugar, la competencia entre las instituciones universitarias los ha obligado a volver a invertir en la dotación bibliográfica de sus bibliotecas, para preparar los cursos de magíster y doctorado que dictan, y a convenir intercambios para que sus estudiantes visiten instituciones extranjeras y puedan tener contacto con la bibliografía actualizada.²⁰⁴ En quinto término, la existencia de Fondos Concursables para Ciencia y Tecnología (Fondecyt) ha incentivado la publicación en revistas científicas y ya existe una nueva publicación especializada en Derecho penal, que ha mantenido su regularidad en este último lustro.²⁰⁵ Y, finalmente, la aparición de nuevos textos generales (con un fundamento y un sistema diferentes a los actuales en uso) se hará imprescindible por la necesaria adecuación de los textos actuales al Nuevo Sistema Procesal Penal, introducido en Chile el año 2000, y a los numerosos cambios legislativos producidos en esta época expansiva de la política criminal en las sociedades actuales, tanto por presiones internas como por producto de la suscripción de numerosos tratados internacionales en la materia.²⁰⁶

5. Bibliografía citada

- Abanto, Manuel, “Acerca de la teoría de los bienes jurídicos”, en Urquiza, José (dir.), *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal. Libro homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez*, Idemsa, Lima, 2007.
- Abarza, René, “Pedro Pablo Ortiz Muñoz: vida obra e influencia en el Derecho penal chileno”, tesis UTal, Talca, 2005 (prof. guía: J.P. Matus).
- Aftalión, Enrique, “El bien jurídico tutelado por el Derecho penal económico”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXV, 1966.
- Agüero, Felipe, *La reforma en la Universidad de Chile*, t. III, Sur, Santiago, 1987,
- Alcalá Zamora, Niceto, “¿Constituyen ‘injurias causadas en juicio’ las proferidas en un procedimiento de jurisdicción voluntaria?”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXII, 1963.
- Alessandri R., Arturo, “Revista de Ciencias Penales”, *Revista de Ciencias Penales*, núm. 1, t. I, 1935.
- Ambos, Kai, “100 años de la ‘teoría del delito’ de Belling. ¿Renacimiento del concepto causal del delito en el ámbito internacional?”, *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, 9 de mayo de 2007; en <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-05.pdf>
- Baeza M., Mario, “Esquema y notas para una historia de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

²⁰² Y uno de ellos ya ha dado señales de que publicará en algún momento más o menos próximo el libro de texto de su inclinación sistemática, en su caso, el funcionalismo de Jakobs, que sirva a la enseñanza universitaria (Piña, Juan Ignacio, *Derecho penal, fundamentos de la responsabilidad*, Abeledo Perrot, Santiago, 2010).

²⁰³ Por ejemplo, en 2010 se concursaron nueve plazas en la Universidad de Chile, dos de ellas de jornada completa. Hay también plazas de jornada completa en las universidades Católica de Valparaíso, de Valparaíso, Austral de Chile (Valdivia), y de Talca. Incluso universidades privadas, como la Diego Portales, Alberto Hurtado y Adolfo Ibáñez cuentan con profesores de jornada completa en Derecho penal. La gran mayoría de estos profesores ha realizado estudios de doctorado en Alemania o España.

²⁰⁴ Un ejemplo de la renovación en la dotación bibliográfica es el caso del Centro de Estudios de Derecho Penal del *campus* Santiago de la Universidad de Talca, que estuvo bajo la dirección de J.P. Matus entre 2004 y 2010, donde actualmente se encuentra la más dotada y actualizada colección en la materia del país, junto con la del Instituto de Ciencias Penales, recuperada para el uso público tras el cierre de su antiguo local.

²⁰⁵ Sobre la nueva “explosión” de publicaciones en materia penal y las revistas que las contienen, a partir de la década de 1990, véase lo expuesto en Matus y Carnevali, “Análisis...”, cit. nota al pie núm. 11, pp. 25 a 29. La revista especializada a que se hace referencia es *Política Criminal*, Revista Electrónica Semestral editada por el Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca [<http://www.politicacriminal.cl>], de la cual fue su director desde el núm. 1 (2006) hasta el núm. 8 (2009) J.P. Matus. Actualmente la dirige el doctor Raúl Carnevali y está indexada en SciELO. También tiende a la especialización en materias penales y a la indexación la *Revista de Estudios de la Justicia*, del centro homónimo de la Universidad de Chile, dirigido por la doctora María Inés Horvitz L. Y se debe contar, además, con la recientemente aparecida *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, dirigida por la doctora Tatiana Vargas y publicada por la Universidad de Los Andes mediante la editorial Abeledo Perrot.

²⁰⁶ Véase Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Madrid, 2001; y Matus, Jean Pierre, “La política criminal de los tratados internacionales”, en Carnevali, Raúl (coord.), *Cuestiones de política criminal en los tiempos actuales*, Ed. Jurídica, Santiago, 2009, pp. 105-134.

- de la Universidad de Chile”, Tesis UCh, Santiago, 1944.
- Ballivian H., José, “El delito de apropiación indebida (art. 470 N° 1 del Código Penal)”, tesis UCh, La Gracitudo, Santiago, 1937.
- Bascuñán V., Antonio, “El delito de abusos deshonestos”, tesis UCh, Jurídica de Chile, Santiago, 1961,
- _____, (coord.), *El delito de incendio*, Jurídica de Chile, Santiago, 1974.
- Beling, Ernst V., *Esquema del Derecho penal/La doctrina del delito-tipo*, trad. de las ediciones alemanas de 1930 por S. Soler, Depalma, Buenos Aires, 1944.
- Belmar, Roberto, Gandulfo, Pedro y Guerrero, Juan, *Derecho penal, apuntes tomados en clase de don Ricardo Cabieses, ampliados y redactados*, Imp. Estrella del Pacífico, Santiago, 1918.
- Bergalli, Roberto, “Una ética absoluta y vital. Eduardo Novoa Monreal (1916-2006)”, en Villegas (coord.), *Contribuciones*, pp. 11-18.
- Beristain, Antonio, “La reforma del Código Penal alemán”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXVIII, 1969.
- Bernales, Emmanuel, “Álvaro Bunster Briceño: vida, obra e influencia en el Derecho penal actual”, tesis UTal (dir. J.P. Matus), Talca, 2009.
- Brandau, Valentín, “Introducción al estudio del Derecho penal”, *Revista de Ciencias Penales*, t. I, 1935.
- Bullemore, Vivian, “En memoria de Francisco Grisolia Corbatón”, *La Semana Jurídica*, núm. 239, 2005.
- Bunster, Álvaro, “La malversación de caudales públicos. Estudio de doctrina y jurisprudencia”, tesis UCh, Santiago, 1948.
- _____, “La voluntad del acto delictivo”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XII, 1950.
- _____, “Finalidad de las penas privativas de libertad”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XIV, 1954.
- _____, “Acerca de la concepción roxiniana de la acción jurídico penal”, *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 3, 2003.
- Bustos R., Juan, “la valoración objetiva y subjetiva en la teoría de la acción”, tesis inédita, Universidad Complutense, Madrid, ca. 1960.
- _____, “Concurso ideal de delitos”, tesis UCh, Universitaria, Santiago, 1962.
- _____, “Finalität, fahrlässiges, Begehungsdelikt und chilenisches Strafgesetzbuch”, tesis, Universidad de Bonn, 1965.
- _____, *Culpa y finalidad. Los delitos culposos y la teoría final de la acción*, Jurídica de Chile, Santiago, 1967.
- _____, *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987.
- _____, “Consideraciones en torno al injusto”, en Bustos R., Juan, *Control social y sistema penal, op. cit.*
- _____, “Política criminal e injusto (Política criminal, bien jurídico, desvalor de acto y de resultado)”, en Bustos R. Juan, *op. cit.*
- _____, “Criminología crítica y Derecho penal”, en Bustos, R., Juan, *op. cit.*
- _____, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Ariel, Barcelona, 1989.
- _____, *El delito culposo*, Jurídica de Chile, Santiago, 1995.
- _____, *Obras completas*, t. I, Ara, Lima, 2004.
- Bustos R., Juan, y Hormazábal, Hernán, *Lecciones de Derecho penal*, Trotta, Madrid, 2006.
- Bustos R., Juan, y Soto, Eduardo, “Voluntaria significancia culpabilidad en sentido restringido”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXIII, 1964.
- Cabello, Carlos, “Rafael Fontecilla Riquelme. Vida, obra e influencia en el Derecho penal chileno”, tesis UTal, Talca, 2005 (prof. guía: J.P. Matus).
- Cabrera B., Gonzalo, “Del concepto jurídico de delito”, tesis UCh, Leblanc, Santiago, 1941.
- Cardenal M., Sergi, “El tipo penal en Beling y los neokantianos”, tesis de doctorado, Universidad de Barcelona, 2002; disponible en: <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/41555/1/TOL77.pdf>
- Carnevali, Raúl (coord.), *Cuestiones de política criminal en los tiempos actuales*, Jurídica, Santiago, 2009.
- _____, “La ciencia penal italiana y su influencia en Chile”, *Política Criminal*, núm., 2008, A4-6, pp. 1-19, en http://politicacriminal.cl/n_06/A_4_6.pdf
- Cobo, Manuel, “Función y naturaleza del artículo 226 del Código penal español”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXVI, 1967.
- Cornejo L., Hernán, “La responsabilidad cuasidelictual del médico”, tesis UCh, Talleres Gráficos Valdés Hermanos, 1945.
- Cousiño Mac Iver, Luis, “De la condición suspensiva”, tesis UCh, Imp. Santiago, Santiago, 1926.
- _____, *Herencia biológica y Derecho. Individualidad biológica y en especial individualidad sanguínea*, Nascimento, Santiago, 1941.

Origen, consolidación y vigencia de la Nueva Dogmática Chilena (ca. 1955-1970)

- _____, *Breve curso de medicina legal (para el uso de los alumnos del quinto año de las escuelas de derecho)*, Politécnico de Menores Alcibiades Vicencio, Santiago, 1941.
- _____, *Manual de medicina legal*, Jurídica de Chile, Santiago, 1948.
- _____, “La interpretación bio-psicológica del delito”, *Revista de Ciencias Penales*, t. VII, 1944.
- _____, “La falsificación de instrumento privado”, *Revista de Ciencias Penales*, t. VII, 1944.
- _____, “Pedro Ortiz Muñoz”, *Revista de Ciencias Penales*, t. IX, núm. 2, 1946.
- _____, “Los delitos contemplados en la Ley de Cheques”, *Revista de Ciencias Penales*, t. X, 1948.
- _____, Cousiño Mac Iver, Luis, “La interpretación de la ley penal en la dogmática chilena”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XIX, 1960.
- _____, “El delito socioeconómico”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXI, 1962.
- _____, “El dolo eventual en la dogmática chilena”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXVII, 1968.
- _____, “Influencia de Jiménez de Asúa en los penalistas chilenos”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXX, núm. 1, 1971.
- _____, “Los integrantes subjetivos de la justificación”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXXIII, 1974.
- _____, *Derecho penal chileno*, t. I, Jurídica de Chile, Santiago, 1975.
- Criado, Martín, “Generaciones/Clases de edad”, en Reyes, Román (dir.), *Diccionario Crítico de Ciencias Sociales*, Universidad Complutense de Madrid [<http://www.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/G/generaciones.htm>].
- Cury U., Enrique, “Interpretación del artículo 343 del Código Penal”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XVII, núm. 3, 1958.
- _____, “La ausencia de tipicidad en el Código Penal”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XIX, 1960.
- _____, *El delito continuado*, tesis UCh, Jurídica, Santiago, 1962 (*Revista de Ciencias Penales*, t. XVIII [1959]).
- _____, “La teoría del principio de ejecución en la tentativa”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXII, 1963.
- _____, “Sobre la evolución del Derecho penal chileno”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXIII, 1964.
- _____, *Orientación para el estudio de la teoría del delito*, Edeval, Valparaíso, 1969.
- _____, “Contribución al estudio de la responsabilidad médica por hechos culposos”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXXVII, 1978-1981.
- _____, “El concepto de autor mediato como categoría imprescindible en la interpretación de la ley penal chilena”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. XII, 1985.
- _____, *Derecho penal. Parte General*, Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005.
- Dohna, Alexander Graf zu, *La estructura de la teoría del delito*, trad. C. Fontán B., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958.
- Drapkin, Abraham, “La menor edad”, *Revista de Ciencias Penales*, t. III, 1937.
- _____, “Defensa legítima”, *Revista de Ciencias Penales*, t. IV, 1938.
- _____, “Uxoricidio por adulterio”, *Revista de Ciencias Penales*, t. IV, 1938.
- _____, “Apuntes para la formación del vocabulario del hampa chilena”, *Revista de Ciencias Penales*, t. IV, 1938.
- _____, *Relación de causalidad y delito*, Cruz del Sur, Santiago, 1943.
- Eser, Albin, “Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime”, en Eser, A., y Fletcher, G., *Rechtfertigung und Entschuldigung*, tomo I, Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Friburgo, 1987, p. 62.
- Espinoza H., Mauricio, “Gustavo Labatut Gлена: vida, obra y aporte al Derecho penal actual”, tesis UTal, Talca, 2005 (prof. guía: J.P. Matus).
- Etcheberry O., Alfredo, *El concurso aparente de leyes penales*, tesis UCh, Jurídica, Santiago, ca. 1955.
- _____, “Reflexiones críticas sobre la relación de causalidad”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XVIII, 1959.
- _____, “El objeto jurídico en los delitos de falsedad documental”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XX, 1960.
- _____, “El objeto material de la falsedad documental: Documentos y sus clases”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XX, 1960.
- _____, *Derecho penal. Parte General*, t. I, Gibbs, Santiago, 1964.
- _____, *Derecho penal. Parte General*, t. I, 3ª ed., Jurídica, Santiago, 1997.
- _____, “La Corte penal internacional-Jurisdicción, estructura, funcionamiento”, *Revista de Derecho [U. Católica Concepción]*, núm. 10, 2002.

- _____, “El foro penal y el sistema de penas”, *Revista de Derecho [Coquimbo]*, núm. 9, 2002.
- _____, “Reflexiones sobre política criminal”, *Política Criminal*, vol. 4, núm. 7, 2009 [http://www.politicacriminal.cl/n_07/d_2_7.pdf].
- Fernández D., Álvaro, “Miguel Schweitzer Speisky: penalista”, en Miguel Schweitzer, W. (coord.), *Nullum crimen, nulla poena sine lege. Homenaje a grandes penalistas chilenos*, Finis Terrae, Santiago, 2010.
- Fontecilla R., Rafael, “El concepto jurídico de delito y sus principales problemas técnicos”, *Revista de Ciencias Penales*, t. II, 1936.
- _____, “Luis Jiménez de Asúa y sus múltiples facetas”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXX, núm. 1, 1971.
- _____, “Geheimer Rat Dr. Ernst von Beling (Dem Rektorat der Universität München als Beileidsbezeugung)”, *Anales de la Universidad de Chile*, primer trimestre de 1933.
- _____, *Derecho procesal penal*, Imp. El Imparcial, Santiago, 1943.
- _____, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., Jurídica de Chile, Santiago, 1978.
- _____, *Concursos de delinquentes, de delitos y de leyes penales y sus principales problemas jurídicos*, Jurídica de Chile, Santiago, 1956.
- _____, “Das chilenische Strafrecht”, en Mezger, Schönke (†) y Jescheck (eds.), *Das ausländische Strafrecht der Gegenwart*, Duncker & Humblot, Berlín, 1959, pp. 9-132.
- _____, “Luis Jiménez de Asúa y sus múltiples facetas”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXX, 1971.
- Fragoso, Heleno Claudio, “Notas sobre el concepto de delito en el Derecho soviético”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXII, 1963.
- Fuentes Z., Myrtha, “Cuasidelito penal”, tesis UCh, Imp. Fuentealba, Santiago, 1946.
- Gallas, Wilhelm, *La teoría del delito en su momento actual*, trad. J. Córdoba R., Bosch, Barcelona, 1959.
- Gisbert, Juan Antonio, “El trastorno mental transitorio según la legislación y la jurisprudencia españolas”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXV, 1966.
- Grisolía, Francisco, *El objeto jurídico del delito (Prolegómenos para el estudio de la objetividad jurídica en los delitos de Falsedad documental)*, s.e., Santiago, 1959 [“El objeto jurídico del delito”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XVII, núm. 3, 1958].
- _____, *El Código penal tipo para Hispanoamérica: proceso formativo y estudio crítico trabajo*, tesis UCM, Universidad Complutense, Madrid, 1967.
- _____, “Jiménez de Asúa y las nuevas generaciones de penalistas”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXX, 1971.
- _____, “La estafa procesal”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 24, núm. 3, 1997.
- _____, “El delito de asociación ilícita”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, núm. 1, 2004.
- _____, “Recensión”, *Revista del Abogado*, núm. 11, 1997.
- Grisolía, Francisco, Náquira, Jaime, y Vivanco, Jaime, “La remisión condicional de la pena y la libertad condicional en el sistema chileno de ejecución de sanciones”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXXII, 1973.
- Guerra G., Beatriz, “Eduardo Novoa Monreal: Vida, obra e influencia dogmática en el Derecho penal actual”, tesis UTal, Talca, 2005 (dir. J.P. Matus).
- Guzmán Dalbora, José Luis (coord.), *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
- _____, “Un ejemplo de coherencia”, en Guzmán Dalbora, José Luis, *El penalista liberal, op. cit.*
- _____, “Estudio necrológico: Sergio Politoff Lifschitz o la perseverancia creadora de una vida inmigrante”, *Política Criminal*, vol. 5, núm. 9, julio de 2010. Doc. 1, pp. 257-276, en [http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9D1.pdf].
- Instituto de Ciencias Penales, “Memoria de las actividades desarrolladas entre los meses de abril de 1959 y marzo de 1960”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XIX.
- _____, “Memoria de las actividades realizadas entre los meses de abril de 1966 y marzo de 1967”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXVI, 1967.
- _____, “Memoria de las actividades realizadas entre los meses de abril de 1967 y marzo de 1968”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXVII, 1968.
- _____, “Memoria de las actividades desarrolladas entre los meses de abril de 1970 y marzo de 1971 por el Instituto de Ciencias Penales”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXX, 1971.
- Jakobs, Günther, “Schriftum: Oliver Sticht, ‘Sachlogikals Naturrecht? Zur Rechtsphilosophie Hans Welzel (1904-1977)’”, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht* 148, 2001.

Origen, consolidación y vigencia de la Nueva Dogmática Chilena (ca. 1955-1970)

- Jescheck, Hans H., y Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, trad. de la 5ª ed. Alemana (1996) por M. Olmedo, Comares, Granada, 2002.
- Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito. Curso de dogmática penal*, Andrés Bello, Caracas, 1945.
- _____, *Tratado de Derecho penal*, t. I, 2ª ed. actualizada, Losada, Buenos Aires, 1957.
- _____, *Tratado de Derecho penal*, t. III: *El delito*, 3ª ed. actualizada, Losada, Buenos Aires, 1965.
- _____, *El criminalista*, 2ª Serie, t. III, Zavala, Buenos Aires, 1960.
- _____, *El criminalista*, 2ª Serie, t. I, Zavala, Buenos Aires, 1955.
- _____, *La teoría jurídica del delito (1931)*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2005 (con “Estudio preliminar” y “Epílogo” de Enrique Bacigalupo).
- Labatut G., Gustavo, “Discurso pronunciado por don Gustavo Labatut G. En la recepción de don Luis Jiménez de Asúa como miembro honorario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXX, núm 1, 1971.
- _____, *Manual de Derecho penal*, t. I, 3ª ed., Jurídica de Chile, Santiago, 1958.
- _____, *Derecho penal*, 9ª ed. actualizada por Julio Zenteno Vargas, 2 vols. Vol. 1: *Parte General*; vol. 2: *Parte Especial*, Jurídica de Chile, Santiago, 1990.
- Larrauri, Elena, *La herencia de la criminología crítica*, Siglo XXI, Madrid, 1991.
- Leone, Giovanni, “El Tributo que la humanidad le debe a César Beccaria”, t. XXIII, 1964.
- Luisi, Luiz, “La figura de Manuel de Rivacoba y Rivacoba”, en Guzmán Dalbora (coord.), *El penalista liberal*, op. cit.
- Martínez de Codes, Rosa María, “Reflexiones en torno al criterio generacional, como teoría analítica y método histórico”, *Revista Quinto Centenario*, vol. 3, Universidad Complutense de Madrid, 1982.
- Matus A., Jean Pierre, “Fernández, Fuenzalida y Vera: comentaristas, autodidactas y olvidados. Análisis diacrónico y sincrónico de la doctrina penal chilena del siglo XIX”, *Ius et Praxis*, año 12, núm. 1, 2006.
- _____, “Sergio Yáñez, obra e influencia. La dogmática chilena actual”, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, año 14, núm. 1, 2007.
- _____, “El positivismo en el Derecho penal chileno. Análisis sincrónico y diacrónico de una doctrina de principios del siglo XX que se mantiene vigente”, *Revista de Derecho Universidad Austral (Valdivia)*, vol. XX, núm. 1, 2007.
- _____, “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”, *Política Criminal*, núm. 5, 2008 http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_5_5.pdf
- _____, “La política criminal de los tratados internacionales”, en Carnevali, *Cuestiones de política criminal*, 2009.
- _____, “La doctrina penal de la (fallida) recodificación chilena del Siglo XX y principios del XXI”, *Política Criminal*, vol. 5, núm. 9, 2010 http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A4.pdf
- _____, *La transformación de la Teoría del Delito en el Derecho penal internacional*, Atelier, Barcelona, 2008.
- Matus, Jean Pierre, y Carnevali, Raúl, “Análisis descriptivo y cuantitativo de los artículos de Derecho penal y Criminología de autores chilenos en revistas publicadas en Chile (1885-2006)”, *Política Criminal*, núm. 3, 2007 http://www.politicacriminal.cl/n_03/d_2_3.pdf
- Maurach, Reinhart, *Tratado de Derecho penal*, trad. J. Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962.
- _____, “Les principes fondamentaux de la théorie de la loi pénal et de la construction du crime dan la partie générale du Project 1962”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXIV, 1965.
- _____, “La fixation de la peine criminelle selon le droit actuell et le projet du 1962”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXV, 1966.
- Mayer, Max Ernst, *Derecho penal. Parte General* (1915), trad. S. Politoff, B de F, Montevideo, 2007.
- Melendo Pardos, Mariano, “¿Strafrechtswissenschaft o Common Law? A propósito de Matus Acuña, Jean Pierre: La transformación de la teoría del delito en el derecho penal internacional”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, núm. 1, UNED, 2009.
- Mezger, Edmund, *Tratado de Derecho penal*, 2 tt., trad. de la 2ª ed. alemana (1932) por J. Rodríguez Muñoz, Edersa, Madrid, 1946.
- _____, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik. Eine ergänzende Betrachtung zum Lehrbuch des Strafrechts in seiner 3. Auflage (1949)*, Duncker & Humblot, Berlín, 1950.
- _____, *Derecho penal. Parte General, libro de estudio*, trad. de la 6ª ed. alemana (1955) por C. Finzi, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958.

- Montero S., Mario, "El pensamiento jurídico penal de Pedro Ortiz", *Revista de Ciencias Penales*, t. X, 1948.
- Muñoz Conde, Francisco, *Edmundo Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el nacionalsocialismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- Novoa Monreal, Eduardo, "Teoría del consentimiento de la víctima del delito", tesis UCh, Talleres Gráficos La Nación, Santiago, 1939.
- _____, "La obligación jurídica del secreto profesional", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XLI, 1944.
- _____, "El delito de homicidio y la intención de matar", *Revista de Ciencias Penales*, t. VIII, 1945.
- _____, "El concepto de abusos deshonestos", *Revista de Ciencias Penales*, t. IX (1946), pp. 291-298.
- _____, "Pedro Ortiz Muñoz", *Revista de Ciencias Penales*, t. IX, núm. 2, 1946.
- _____, "Cuestiones jurídicas relativas al delito de amenazas", *Revista de Ciencias Penales*, t. XII, 1950.
- _____, *Los elementos del delito. Explicación elemental sobre su estructuración sistemática en el concepto jurídico-penal*, año XXXVII, núm. noveno (apartado de los "Anales jurídico-sociales"), Universidad Católica de Chile, 1952.
- _____, "La conducta, primer elemento del delito", *Revista de Ciencias Penales*, t. XVIII, 1959.
- _____, "Algunas consideraciones acerca de la tentativa", *Revista de Ciencias Penales*, t. XIX, 1960.
- _____, *Curso de Derecho penal*, t. I, Jurídica de Chile, Santiago, 1960.
- _____, "La legislación penal económica", *La nueva legislación y el desarrollo económico de Chile*, Universidad Católica, 1962.
- _____, *El trasplante de corazón. Aspectos médico-legales, éticos y jurídicos*, Universitaria, Santiago, 1969.
- _____, *Causalismo y finalismo en Derecho penal (Aspectos de la enseñanza penal en Hispanoamérica)*, Juricentro, San José de Costa Rica, 1980.
- _____, *Fundamentos de los delitos de omisión*, Depalma, Buenos Aires, 1984.
- _____, *Los resquicios legales. Un ejercicio de lógica jurídica*, Bat, Santiago, 1992.
- Opazo, Cristián, "Luis Cousiño Mac Iver: Vida, obra e influencia en el Derecho penal actual", tesis UTal, Talca, 2006 (prof. guía: J.P. Matus).
- Orrego V., Germán, *Delitos de imprenta o de publicación*, tesis UCh, Santiago, 1937.
- Ortiz Muñoz, Pedro, *Nociones generales de Derecho penal*, t. I, Nascimento, Santiago, 1933.
- _____, *Curso Breve de Derecho penal (común y militar)*, Imp. de Carabineros, Santiago, 1947.
- Ortiz Quiroga, Luis, *Teoría de las hipótesis preterintencionales*, tesis UCh, Jurídica, de Chile, Santiago, 1959.
- _____, "Algunas consideraciones sobre la teoría de la acción finalista", *Revista de Ciencias Penales*, t. XXIV, 1965.
- _____, "Dolo y conciencia del injusto en la ley penal chilena", en Miguel Schweitzer W. (coord.), *Nullum crimen, nulla poena sine lege. Homenaje a grandes penalistas chilenos*, Finis Terrae, Santiago, 2010.
- Pica Urrutia, René, "Desarrollo práctico de las reglas para la aplicación de las penal, según las atenuantes y agravantes que concurren o faltan (Código Penal y Ley N° 6 026, sobre Seguridad Interior del Estado, con las modificaciones que le introdujo la Ley N° 8 987, sobre Defensa de la Democracia)", tesis UCh, Imp. de Carabineros, Santiago, 1948.
- Pilcher, Jane, "Mannheim's Sociology of Generations: an Undervalued Legacy", *British Journal of Sociology*, vol. 43, núm. 3, 1944.
- Pinochet Espinosa, Ramón, "La recuperación social de varones condenados o encausados", tesis UCh, Santiago, 1951.
- Piña, Juan Ignacio, *Derecho penal, fundamentos de la responsabilidad*, Abeledo Perrot, Santiago, 2010.
- Polaino Navarrete, Miguel, "Semblanza personal y universitaria de Manuel de Rivacoba y Rivacoba (1925-2000)", en Guzmán Dalbora (coord.), *El penalista liberal, op. cit.*
- Politoff Lifschitz, Sergio, "Prenda, depósito y mandato en la teoría de la apropiación indebida", *Revista de Ciencias Penales*, t. XVI, 1956.
- _____, *El delito de apropiación indebida*, Nascimento, Santiago, 1957.
- _____, "Gustavo Labatut Glenda (1896-1963)", *Revista de Ciencias Penales*, t. XXII, 1963.
- _____, *Los elementos subjetivos del delito*, Jurídica de Chile, Santiago, 1965.
- _____, Bustos R., Juan, y Flisfisch, Claudio, "Omisión de socorro y homicidio por omisión", *Revista de Ciencias Penales*, t. XXV, 1966.

Origen, consolidación y vigencia de la Nueva Dogmática Chilena (ca. 1955-1970)

- _____, “El nuevo Código Penal de la República Democrática Alemana”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXIX, 1970.
- _____, “Derecho penal con medida: una respuesta reaccionista a la mala conciencia del jurista”, *Revista Universum*, año 10, Universidad de Talca, 1995.
- _____, *Los actos preparatorios del delito tentativa y frustración: estudio de dogmática penal y de derecho penal comparado*, Jurídica de Chile, Santiago, 1999.
- _____, *Derecho penal*, t. I, 2ª ed., Conosur, Santiago, 2000.
- _____, Bustos R., Juan, y Grisolia, Francisco, *Derecho penal chileno. Parte Especial*, t. I: *Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, Jurídica de Chile, Santiago, 1971.
- _____, y Matus A., Jean Pierre (eds.), *Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes*, Lexis Nexis, Santiago, 1999.
- Politoff L., Sergio, Matus A., Jean Pierre, y Ramírez G., M^a Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno*, Jurídica de Chile, Santiago, 2004 (*Parte General*) y 2005 (*Parte Especial*).
- Reyes, Fernando, “Contribución al debate sobre la conveniencia de incriminar el adulterio del marido”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXII, 1963.
- Rivacoba y Rivacoba, Manuel de (ed.), *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho penal en celebración del centenario del Código Penal chileno*, Edeval, Valparaíso, 1974.
- _____, “El principio de culpabilidad en el Código Penal chileno”, en Rivacoba y Rivacoba, Manuel de (ed.), *Actas de las Jornadas Internacionales*, op. cit.
- _____, “Pensamiento penal y criminológico del Código Penal tipo para Iberoamérica”, *Doctrina Penal*, año 10, núms. 37 a 40, 1987.
- Rivadeneira, Ricardo, “Balance y diagnóstico de la legislación actual en materia de corrupción”, *Revista de Ciencia Política*, vol. 18, núms. 1-2, 1996.
- Rosal, Juan del, “Meditación crítica sobre la modificación de los delitos de la circulación”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXVII, 1968.
- Roxin, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 2a. ed., C.H. Beck, Múnich, 1994.
- Sauer, Wilhelm, *Derecho penal (Parte General)*, trad. de Juan del Rosal y José Cerezo Mir de la 3ª ed. alemana de 1955, Bosch, Barcelona, 1956.
- Schöne, Wolfgang, “Menores disociales en la República Federal Alemana”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXVIII, 1969.
- Schweitzer Speisky, Daniel, “El Delito del artículo 212 del Código penal”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XV, 1956.
- Schweitzer Speisky, Miguel, “El delito de acusación o denuncia calumniosa”, *Revista de Ciencias Penales*, t. III, 1937.
- _____, “Síntesis de la legislación chilena de menores”, *Revista de Ciencias Penales*, t. IV, 1938.
- _____, “El ‘principio de ejecución’ en el delito de violación”, *Revista de Ciencias Penales*, t. VIII, 1945.
- _____, “Discurso de recepción del profesor de derecho penal [Rafael Fontecilla]”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, vol. III, núm. 3, 1961 a 1963.
- _____, “Discurso pronunciado por el señor Miguel Schweitzer S., en el Instituto de Ciencias Penales, al ser recibido como miembro honorario el profesor Sr. Luis Jiménez de Asúa, en la sesión de fecha 26 de noviembre de 1942”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXX, núm. 1, 1971.
- Schweitzer Walters, Miguel, “El error de derecho en materia penal”, tesis Uch, Jurídica de Chile, Santiago, 1964.
- _____, “Sobre los delitos de la Ley de Quiebras”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXVI, 1967.
- _____, Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.
- _____, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Madrid, 2001.
- Soto, Miguel, “Una jurisprudencia histórica: hacia el reconocimiento del principio de culpabilidad en el Derecho penal chileno”, *Revista de Derecho U. Finis Terrae*, núm. 3, 1999.
- Ulloa U., Joselyn, “Vida, obra e influencia en el Derecho penal chileno de Sergio Yáñez Pérez”, tesis UTal, Talca, 2006 (prof. guía: J.P. Matus).
- Universidad Católica de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, *La nueva legislación y el desarrollo económico de Chile. Ciclo de conferencias, julio-septiembre, 1962*, Universidad Católica, Santiago, 1962.
- Universidad de Chile, *Catálogo de la Biblioteca de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Imp. Dir. Gral. de Prisiones, Santiago, 1940,

- _____, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (Derecho)*, varios tomos entre 1937-1972.
- Uribe A., Armando, “De los delitos calificados por el resultado”, tesis UCh, Jurídica de Chile, Santiago, 1957.
- _____, *Repertorio de las palabras de la ley penal chilena*, Jurídica de Chile, Santiago, 1965.
- Valencia Martínez, Jorge, “Recuerdo de Manuel de Rivacoba y Rivacoba”, en Guzmán Dalbora (coord.), *El penalista liberal, op. cit.*
- Vassalli, Giulano, “Criminología y justicia penal”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XIX, 1960.
- Villalonga T., Cristián, “Introducción a la política-jurídica en Eduardo Novoa (Desde una teoría crítica del Derecho a la vía legal al socialismo durante la Unidad Popular)”, tesis PUC, Santiago, 2003 (prof. guía: C. Frontaura).
- Villar Brito, Waldo del, “Malversación de caudales públicos”, tesis UCh, Impr. Dir. Gral. de Prisiones, Santiago, 1948.
- Villegas, Myrna (coord.), *Contribuciones críticas al sistema penal de la post modernidad. In memoriam a Eduardo Novoa Monreal*, U. Central, Santiago, 2007.
- Vivanco S., Jaime, “El delito de robo con homicidio. Ensayo a la luz de la doctrina del delito-tipo”, tesis UCh, Jurídica de Chile, Santiago, 1957.
- _____, *El delito de robo con homicidio*, 2ª ed., Conosur, Santiago, 2000.
- Welzel, Hans, *Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, 3ª ed., De Gruyter, Berlín, 1944.
- _____, *La teoría de la acción finalista*, trad. C. Fontán B., Depalma, Buenos Aires, 1951.
- _____, *Derecho penal. Parte General*, trad. C. Fontán B., Depalma, Buenos Aires, 1956.
- _____, *Derecho penal alemán*, 11ª ed., trad. J. Bustos y S. Yáñez, Jurídica de Chile, Santiago, 1969.
- Yáñez Pérez, Sergio, “Comentario del Libro Derecho Penal Chileno: Parte General (tomo I)”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XXXIV, núm. 2, 1975.
- _____, “Problemas básicos de la autoría y la participación en el Código Penal chileno”, en Rivacoba (ed.), *Actas, op. cit.*
- _____, “La evolución del sistema del Derecho penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 54, 1994.
- Zenteno Vargas, Julio, “Del régimen de la propiedad austral y de la prescripción de corto tiempo regida por el decreto con fuerza de ley N° 260”, tesis UCh, Impr. Dir. Gral. de Prisiones, Santiago, 1941.
- _____, “La comunidad y el terrorismo”, *Revista Temas de Derecho*, año IV, núm. 1, 1989.



Medioambiente como bien jurídico



Alejandro Ochoa Figueroa

Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Cambio Climático del Estado de Michoacán, México

RESUMEN: *En la doctrina se ha suscitado un intenso debate sobre la consideración del bien jurídico protegido en el delito medioambiental, como interés de carácter individual o colectivo. En el presente estudio ofrecemos una respuesta a dicha cuestión desde el análisis de dos teorías contrapuestas: antropocéntrica y ecocéntrica. Lo que podemos afirmar es que el Derecho penal no puede quedar al margen de las nuevas realidades sociales, entre las que, sin duda, el medioambiente ostenta un papel primordial.*

PALABRAS CLAVE: *Bien jurídico, medioambiente, antropocéntrico, ecocéntrico, delito medioambiental.*

ABSTRACT: *The doctrine has sparked an intense debate on the consideration of the protected legal right in the environmental crime as an individual or collective interest. In the present study, we provide an answer to that question from the analysis of two competing theories: anthropocentric and ecocentric. The criminal law cannot be excluded from the new social realities, among which, no doubt, the environment holds a primary role.*

KEY WORDS: *Protected legal right, environment, anthropocentric, ecocentric, environmental offense.*

SUMARIO: *I. Introducción. II. Concepto de medioambiente. III. Derecho ambiental. IV. La Constitución y el medioambiente. V. Derecho penal y bien jurídico.*

Medioambiente como bien jurídico

I. Introducción

No podemos dudar que el medioambiente ha sido indispensable para el desarrollo de nuestras civilizaciones, y del ser humano en sí. En este sentido, podemos observar que se encuentra en la historia a través de nuestras culturas e incluso religiones; también podemos verlo reflejado en los mitos y las leyendas, donde algunos de los recursos naturales tienen un rol importante.¹

A pesar de que el medioambiente ha jugado un papel fundamental en nuestro desarrollo, el impulso

que tiene el mismo, como lo conocemos hoy en día, proviene de finales del siglo XIX, a partir de la Revolución industrial, y durante el siglo XX con la revolución tecnológica, debido a que ha acarreado constantes depredaciones masivas de los recursos naturales,² que indudablemente han influido de forma negativa en los ecosistemas y en la salud del planeta, y es que esa “devoracidad” sobre el medioambiente, en “pos del avance tecnológico”,³ ha suscitado un profundo interés por su protección de forma extensa.⁴ De esta manera, a partir de movimientos sociales y ecológicos⁵ que surgieron principalmente en Estados Unidos

¹ Véanse, Rodríguez Neila, J.F., *Ecología en la Antigüedad clásica*, Arco Libros, Madrid, 1996, pp. 11 y ss.; West, C.A., “For body, soul, or wealth: The distinction, evolution, and policy implications of a water ethic”, *Stanford Environmental Law Journal*, vol. 26, núm. 1, enero de 2007, pp. 206-211; Pinsent, J., *Greek Mythology*, Hamlyn, Feltham Middlesex, Londres, 1969, pp. 76 y 77; Fernández, A., *Dioses prehispánicos de México. Mitos y deidades del panteón náhuatl*, Panorama, México, 1985, pp. 115-118.

² Puede entenderse por recursos naturales “todo medio de subsistencia de las gentes, que éstas obtienen directamente de la naturaleza. Los recursos naturales se clasifican de acuerdo con su origen en dos grandes categorías: renovables y no renovables. En los primeros encontramos aquellos recursos que pueden volver a obtenerse de la naturaleza (renovarse) en un plazo de tiempo determinado; por ejemplo: los recursos forestales, la flora y la fauna. Y en los no renovables, se ubican aquellos recursos que dado su origen en la tierra, llevaría millones de años el volver a obtenerse; por ejemplo: el petróleo y los minerales”. Gutiérrez Nájera, R., *Introducción al estudio del Derecho ambiental*, 7ª ed., Porrúa, México, 2011, pp. 1 y 2. Para Rodríguez Ramos los recursos naturales son “el agua, el aire y el suelo; la ‘geo’, la flora y la fauna; las materias primas, tanto energéticas como alimentarias o de otra índole”. Rodríguez Ramos, L., “El medio ambiente en la Constitución española. Su conservación como principio político rector y como competencia de las comunidades autónomas”, *Derecho y medio ambiente*, CEOTMA, Madrid, 1981, p. 37.

³ En este sentido, Matellanes Rodríguez describe muy acertadamente la voracidad del hombre sobre los recursos naturales y el medioambiente en “pos del avance tecnológico”, y es que la mencionada autora menciona que “el rápido crecimiento de la economía, la producción incluso ilimitada de bienes de consumo como motor que impulsa el modelo de sociedad hoy existente trae consigo toda suerte de perturbaciones al entorno natural que rodea al hombre. No hay más que echar una ojeada alrededor para comprobar cómo la deseada industrialización ha degenerado en un «dominio» destructivo de los recursos naturales que el planeta ofrece para satisfacer toda clase de necesidades humanas. El panorama no puede ser más desolador: las fábricas expulsan gases que hacen irrespirable el ambiente, eliminan desechos sólidos o líquidos que van a parar irremediamente a los ríos y mares; se utilizan abusivamente los recursos energéticos sin tener en cuenta su carácter limitado, de modo que es previsible un agotamiento en breve de los mismos; la construcción de «macroempresas» se realiza sin hacer estudios concienzudos que evalúen sus posibles efectos destructivos sobre los ecosistemas de la zona para poder evitarlos” (Matellanes Rodríguez, N., *Medio ambiente y funcionarios públicos*, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 29 y 30); “Los científicos afirman que hemos llegado a las fronteras de desarrollo poniendo en riesgo la naturaleza. Esta idea, ampliamente divulgada, se basa en un hecho de implicancias culturales extraordinarias: la naturaleza, como un todo, es un recurso escaso”. Lorenzetti, R.L., *Teoría del Derecho ambiental*, Porrúa, México, 2008, p. 3.

⁴ Para S. Jaquenod de Zsögön un problema sumamente grave es que el aparente “drama principal de la existencia humana actual radica en esa aprensión por el grado de desarrollo alcanzado, por las avanzadas tecnologías, por los progresos científicos; y son esos mismos adelantos los cuales le ocasiona congoja e inquietud... La actual tecnificación ha dotado al hombre de diversos medios de subsistencia y confort desconocidos por los más afortunados en otras épocas, la sombra del «nivel de vida» se ha convertido en soberana y en fin último social; pero al mismo tiempo, y a un ritmo visiblemente acelerado, el hombre se encuentra privado de los lazos de compromiso que engendraban para él un mundo propio, ello hasta desarraigarlo de toso ambiente estable, vaciando su existencia de sentido humano, de objetivos, esperanzas. La disociación con la naturaleza y sus procesos todos, han convertido al hombre en su propio lamento que no ha encontrado aún consuelo”. Jaquenod de Zsögön, S., *El derecho ambiental y sus principios rectores*, Dykinson, Madrid, 1991, p. 46.

⁵ El hombre ha comenzado a preocuparse por su entorno vital, la conservación y el mantenimiento de los equilibrios biológicos. Como mantiene Pérez y Pérez, “nada es capaz de impresionar al hombre de ciencia con mayor profundidad y trascendencia que el descubrimiento de los fenómenos biológicos (leyes de vida)”. Y es que la ecología es una rama fundamental de la biología, la cual tiene como propósito el “estudio de todas las relaciones entre el ser vivo y el medio en que se desenvuelve”. Pérez y Pérez, F., “Incidencia del hombre en los equilibrios de la naturaleza”, *Ecología y medio ambiente*, CESVC, 1979, p. 9. Es importante mencionar que el término de medioambiente va a la par de otra disciplina y que con frecuencia son confundidas, la ecología, la cual se aprecia como “el estudio de las interacciones entre los organismos vivos y sus medioambientes”. Dicha ciencia no se encarga de las inquietudes medioambientales, ni tampoco se pronuncia por la preservación ni el valor de lo que se encarga de estudiar. Cabe decir que el término ecología “fue formulado en 1860 por el biólogo alemán Ernst Haeckel a partir de las palabras griegas *oikos*, que significa hogar o casa, y *logos*, traducida de formas distintas por palabra, orden o comprensión sistemática. Así, se trata del estudio de los hogares, o de los medioambientes”. Belshaw, C., *Filosofía del medio ambiente. Razón naturaleza y preocupaciones humanas*, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 28 y 29 y 282.



en los años setenta del siglo XX,⁶ se logró impulsar la creación de leyes y reglamentos, los cuales implicaban, para los ordenamientos, principios jurídicos totalmente nuevos.⁷

II. Concepto de medioambiente

Hoy en día, ese papel fundamental del medioambiente puede verse reflejado en los diversos temas que forman nuestra sociedad (política, economía, derecho, etc.). Pero aunque se trata de una materia de actualidad, y estando su estudio en auge, es todavía difícil encontrar, incluso en la doctrina, una definición exacta o unificada de lo que se entiende por medioambiente,⁸ y es que “el medio ambiente es un concepto casi universal que se relaciona con una casi infinita variedad de conceptos”.⁹

En este sentido, parece oportuno consultar lo que la Real Academia Española dice acerca del medioambiente, al que define mediante dos acepciones: como “conjunto de circunstancias culturales, económicas y sociales en que vive una persona” y también como “conjunto de circunstancias exteriores a un ser vivo”.¹⁰ Además, debemos referirnos a distintas opiniones dentro de la doctrina para definir qué es el

medioambiente. Así, por ejemplo, Brañes señala que el ambiente “debe ser entendido como un sistema, vale decir, como un conjunto de elementos que interactúan entre sí, pero con la precisión de que estas interacciones provocan la aparición de nuevas propiedades globales, no inherentes a los elementos aislados, que constituyen el sistema”.¹¹

Así pues, en opinión de Martín Mateo, el ambiente es el “medio circundante de la vida, a las características esenciales de la biosfera o esfera de la tierra donde habitan los seres vivos”.¹² Para Jaquenod de Zsögön ambiente es “el sistema constituido por diferentes elementos, fenómenos y procesos naturales, sociales y culturales, que condicionan en un lugar y momento determinados la vida y el desarrollo de los organismos y el estado de los elementos inherentes, en una conjunción integradora, sistemática y dialéctica de relaciones de intercambio entre el hombre y los diferentes elementos”.¹³

Por su parte, Cassola Perezutti lo concibe como “un conglomerado de elementos naturales básicos para el desarrollo de la vida humana en la Tierra. Estos elementos comprenden el aire, el suelo, el agua, la tierra, la flora y la fauna”.¹⁴ De Miguel Perales considera que la definición que se expone en la Conven-

⁶ Estados Unidos de América jugó un papel protagonista en el impulso hacia la protección ambiental, su sentimiento ecológico se hizo latente con anterioridad a otros países, debido a que comenzaron a observar las repercusiones ambientales que conllevaban las actividades industriales que se venían practicando, por lo que se promulgó la Environmental Policy Act de 1969. Por su parte, Francia también venía dando un gran apoyo a los movimientos ecologistas, en 1968 se inicia el movimiento ideológico del “mayo del 68”, el cual planteó cuestiones sobre los valores de la sociedad de consumo, defendiendo una forma de vida más respetuosa y armónica con la naturaleza, y además mediante el Decreto 1971/94, de 27 de enero, se creó el Ministerio de la *protection de la nature et de l’environnement*. Véanse Matellanes Rodríguez, N., *Derecho penal del medio ambiente*, Iustel, Madrid, 2008, p. 19; Jordano Fraga, J., *La protección del Derecho a un medio ambiente adecuado*, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 50 y 51; Lozano Cutanda, B., *Derecho ambiental administrativo*, La ley, Madrid, 2010, p. 63; Fernández de Gatta Sánchez, D., *Sistema jurídico-administrativo de protección del medio ambiente*, Ratio Legis, Salamanca, 2012, p. 37.

⁷ Alonso García, E., “Concepto de medio ambiente como el objeto del Derecho: el ámbito del Derecho ambiental”, *Diccionario de Derecho ambiental*, Iustel, Madrid, 2006, p. 329; Canosa Usera, R., *Constitución y medio ambiente*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 26; Rodríguez López, P., *Medio ambiente, territorio, urbanismo y Derecho penal. La administración pública como garante*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 207 y 208.

⁸ Lorente Aznar, C.J., *Empresa, derecho y medio ambiente. La responsabilidad legal empresarial por daños al medio ambiente*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 17.

⁹ Ortega Álvarez, L., “Concepto de medio ambiente”, en Ortega Álvarez, Luis, y Alonso García, Consuelo (dirs.), *Tratado de Derecho ambiental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 31.

¹⁰ RAE, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed., 2011. Voz: medio.

¹¹ “Esto implica, por otra parte, que el ambiente debe ser considerado como un todo, o como también suele decirse ‘holísticamente’ (del griego *holos*, ‘todo’), pero teniendo claro que ese ‘todo’ no es ‘el resto del Universo’, pues algo formará parte del ambiente sólo en la medida en que pertenezca al sistema ambiental de que se trate”. Brañes, R., *Manual de Derecho ambiental mexicano*, 3ª reimpr. de la 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2012, p. 20.

¹² Martín Mateo, R., *Manual de Derecho ambiental*, 3ª ed., Thomson/Aranzadi, Navarra, 2003, p. 21; aunque el autor entiende que desde un enfoque “puramente metodológico, no dogmático, se justifica que el ambiente se reconduzca básicamente al agua y al aire en cuanto factores básicos de la existencia en el microcosmos terráqueo”. Martín Mateo, R., *Tratado de Derecho ambiental*, vol. I, Trivium, Madrid, 1991, p. 88.

¹³ Jaquenod de Zsögön, S., *El derecho ambiental y sus principios...*, op. cit., p. 39.

¹⁴ Dicho autor también considera que el medioambiente es “todo aquello que rodea y afecta a un organismo viviente como no viviente, se percibe como un sistema interconectado, que no puede ser realmente entendido si se estudia o analiza separadamente o como un montón de partes”. Cassola Perezutti, G., *Medio ambiente y Derecho penal*, B de F, Buenos Aires, 2005, p. 19.

Medioambiente como bien jurídico

ción de Lugano¹⁵ es la más acertada; el mencionado texto señala que el medioambiente comprende “los recursos naturales abióticos y bióticos, tales como el aire, el agua, el suelo, la fauna y la flora y la interacción entre estos factores, los bienes que componen la herencia cultural, y los aspectos característicos del paisaje”.¹⁶

Estas definiciones en ocasiones pueden parecer un poco ambiguas. Ciertamente es difícil entender lo que es medioambiente, por lo que es bueno respaldarse en lo que las normas establecen. En México, la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección del Ambiente (LGEEPA), a nuestro parecer, hace en su artículo 3º una definición bastante completa, pues lo define como: “el conjunto de elementos naturales y artificiales o inducidos por el hombre que hacen posible la existencia y desarrollo de los seres humanos y demás organismos vivos que interactúan en un espacio y tiempo determinados”. De esta manera, en mi opinión el medioambiente debe considerarse como todo aquello que nos rodea, tanto medio natural como urbano, así como sus componentes necesarios para que exista la vida.

II. 1. Visión antropocéntrica y ecocéntrica del medioambiente

El medioambiente puede ser entendido mediante dos enfoques: por un parte, se encuentra la visión antro-

pocéntrica; por otra, la ecocéntrica. Algunos autores no saben si se trata de “dimensiones independientes o bien polos opuestos de un mismo continuo”, aunque “ambos aspectos están claramente relacionados”.¹⁷

El antropocentrismo se centra en la creencia de que los humanos son superiores al resto de la naturaleza, por lo que, como resultado, se considera al ser humano como el legítimo dueño de aquélla y, por ende, puede utilizarla para sus propósitos, de modo que la naturaleza tiene un valor por su contribución a la calidad de la vida humana, satisfaciendo sus necesidades físicas y materiales; en sentido contrario, la visión ecocéntrica considera que la naturaleza contiene un valor inherente, independientemente de si le es de utilidad o no al ser humano, por lo que los ecocéntricos valoran a la naturaleza por sí misma.¹⁸

El Derecho no ha sido ajeno a los efectos de ambas visiones, interviniendo con el fin de preservar el medioambiente.

III. Derecho ambiental

El Derecho ambiental puede considerarse como una “nueva rama jurídica” o “nueva visión del Derecho”,¹⁹ con efectos en distintas ramas del ordenamiento, como Derecho civil, administrativo, penal, constitucional, mercantil, internacional, etc., haciendo de ésta una disciplina horizontal que debe entrelazarlas.²⁰ Así pues, es difícil definir lo que es el Derecho ambiental,

¹⁵ La Convención sobre responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medioambiente. Consejo de Europa, Lugano, 21 de junio de 1993.

¹⁶ Aunque De Miguel Perales precisa que dicha definición debe modificarse en dos aspectos, para el debería de excluirse “el patrimonio histórico, y matizaría que el paisaje, *per se*, no será un elemento protegible del medio ambiente, sino en la medida en que otros elementos ambientales (flora, fauna, agua, clima) se vean afectados”. Además hace referencia sobre la difícil precisión para obtener un concepto de medioambiente, y para su punto de vista, la dogmática se debe decantar por un “concepto razonable, ni demasiado amplio ni demasiado estricto”. De Miguel Perales, C., *Derecho español del medio ambiente*, Civitas, Madrid, 2000, p. 24.

¹⁷ Américo, M., “Concepciones del ser humano y la naturaleza desde el antropocentrismo y el biosferismo”, *Medio Ambiente y Comportamiento Humano. Revista Internacional de Psicología Ambiental*, vol. 10, núm. 3, 2009, pp. 218 y 219.

¹⁸ Véanse, Lorenzetti, R.L., *Teoría del Derecho ambiental...*, *op. cit.*, pp. 21 y 22; Américo, M., “Concepciones del ser humano y la naturaleza desde el antropocentrismo...”, *op. cit.*, p. 219; Américo, M., Aragonés, J.I., Frutos, B. de, y otros, “Underlying Dimensions of Ecocentric and Anthropocentric Environmental Beliefs”, *The Spanish Journal of Psychology*, vol. 10, núm. 1, 2007, p. 98; González, A., y Américo, M., “Actitudes hacia el medio ambiente y conducta ecológica”, *Psicothema*, vol. 11, núm. 1, 1999, pp. 14 y 15; Valdivielso, J., “La globalización del ecologismo. Del egocentrismo a la justicia ambiental”, *Medio Ambiente y Comportamiento Humano. Revista Internacional de Psicología Ambiental*, vol. 6, núm. 2, 2005, p. 192; Beckmann, S.C., Kilbourne, W.E., Dam, Y.V., y Pardo, M., *Anthropocentrism, Value Systems, and Environmental Attitudes: A Multi-national Comparison*, Department of Marketing, Copenhagen Business School, Dinamarca, Working Paper. En: http://www.uc3m.es/portal/page/portal/grupos_investigacion/sociologia_cambio_climatico/, p. 3.

¹⁹ Según Jaquenod de Zsögön se debe considerar al “Derecho ambiental no como un nuevo Derecho, el Derecho es uno, sino como una nueva visión del Derecho, que incorpora en su seno a la compleja realidad y se constituye en el necesario eslabón integrador y regulador de esa realidad que a diario le reclama y sólo en contadas ocasiones es acertadamente escuchada”. Jaquenod de Zsögön, S., *El derecho ambiental y sus principios...*, *op. cit.*, p. 32.

²⁰ Rodríguez López, P., *Medio ambiente, territorio, urbanismo y Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 208 y 209; De Miguel Perales, C., *Derecho español del medio ambiente...*, *op. cit.*, p. 26. Para Jaquenod de Zsögön el Derecho ambiental no debe interpretarse como una rama autónoma

puesto que se trata de una materia bastante compleja, por lo que tampoco existe una definición exacta.

El Derecho ambiental, para Brañes, es el “conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas humanas que pueden influir de una manera relevante en los procesos de interacción que tienen lugar entre los sistemas de los organismos vivos y sus sistemas de ambiente, mediante la generación de efectos de los que se espera una modificación significativa de las condiciones de existencia de dichos organismos”.²¹ Lozano Cutanda lo concibe como “un sistema normativo dirigido a la preservación del entorno humano mediante el control de la contaminación y la garantía de un uso sostenible de los recursos naturales”.²²

Por su parte, Cassola Perezutti mantiene que la “protección jurídica del medio ambiente tiende a asegurar la existencia de recursos renovables que implican un significado fundamental para la sociedad, y que en mérito al aumento fundamental de sus explotaciones y de sus usos tienen cada vez menos posibilidad de regeneración”.²³ En este contexto, Martín Mateo considera que “la especificidad del Derecho ambiental vendría dada por la respuesta que puede ofrecer frente a conductas negativamente perturbadoras del equilibrio ecológico”.²⁴

A partir de estos planteamientos se puede considerar que el Derecho ambiental es el sector del Derecho que se encarga de regular y proteger el medio natural y urbano, delimitando el uso sostenible de los recursos naturales para satisfacer las necesidades del ser humano sin incidir en el equilibrio ecológico.²⁵

IV. La Constitución y el medioambiente

Debemos observar el cuidado jurídico del medioambiente desde donde nace todo: la Constitución. El

caso mexicano sobre la protección constitucional del medioambiente es uno de los primeros del mundo, en su Constitución de 1917, en su artículo 27, el cual se refiere a la conservación de los elementos naturales. También en Alemania puede observarse este proceso, ya que en 1919 se iniciaba la protección ambiental con la Constitución de Weimar.²⁶ Otro caso es España, país en el que, desde la Constitución de 1931, existen precedentes sobre la protección del medioambiente, aunque se trataba de una protección reducida.²⁷

Es importante observar lo que la Constitución establece para comprender la protección jurídica ambiental. Por ello, debemos referirnos a los artículos más importantes sobre la protección de los recursos naturales; el primero de ellos, y el más importante es el artículo 27, que en su párrafo 3º señala:

La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, *en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación*, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, *cuidar de su conservación*, lograr el desarrollo equilibrado del país y *el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana*. En consecuencia, se dictaran las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de *planear y regular* la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población; *para preservar y restaurar el equilibrio ecológico*; para el fraccionamiento de los latifundios; para disponer, en los términos de la ley reglamentaria, la organización y explotación colectiva de los ejidos y comunidades; para el desarrollo de la pequeña

del ordenamiento jurídico, “pues éste conforma una unidad o sistema de normas que no admite la existencia de regímenes totalmente separados. Por tanto, adquiere relevancia en la medida en que se integre a un circuito de normas, a una interconexión progresiva de preceptos cuyo principio y fin es la Constitución”. Jaquenod de Zsögön, S., *Iniciación al Derecho ambiental*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 1999, p. 53.

²¹ Brañes, R., *Manual de Derecho ambiental mexicano...*, op. cit., p. 29.

²² Lozano Cutanda, B., *Derecho ambiental administrativo...*, op. cit., p. 35.

²³ Cassola Perezutti, G., *Medio ambiente y Derecho penal...*, op. cit., p. 19.

²⁴ Martín Mateo, R., *Tratado de Derecho ambiental*, vol. I..., op. cit., p. 88.

²⁵ Ochoa Figueroa, A., *La tutela del agua mediante el Derecho penal y el Derecho administrativo*, UCM, 2015, p. 208.

²⁶ En este sentido, Brañes considera que “el hecho de que el Constituyente haya tenido en cuenta dicha idea cuando diseñó el proyecto nacional que subyace en la Carta Fundamental de México, es algo verdaderamente singular para su época y confirma, una vez más, el carácter precursor de la Constitución Política de 1917, que en el momento de su aparición fue una auténtica obra maestra del constitucionalismo social del presente siglo” (refiriéndose al siglo XX). Brañes, R., *Manual de Derecho ambiental mexicano...*, op. cit., pp. 66 y 69.

²⁷ Aunque en el caso de España no fue sino hasta la Constitución de 1978 que se profundiza en el establecimiento de la protección medioambiental. Canosa Usera, R., *Constitución y medio...*, op. cit., p. 30.

Medioambiente como bien jurídico

propiedad rural; para el fomento de la agricultura, de la ganadería, de la silvicultura y de las demás actividades económicas en el medio rural, y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad.

Por su parte, el artículo 25 en su párrafo 6° señala que “bajo criterios de equidad social y productividad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente”.

También debemos señalar el artículo 4°, párrafo 5°: “ Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley”.

De ello cabe señalar varias cosas. En primer lugar, el carácter “antropocentrista” que otorga la Constitución al ser humano, colocándolo como el centro de la protección ambiental. Aunque algunos autores, como Canosa Usera, señalan que “los problemas medioambientales son ya de tal magnitud que importa menos si se adopta un punto de vista ecocentrista o antropocentrista para abordarlos”,²⁸ lo importante es, pues, adoptarlos. En segundo lugar, podemos observar que en el artículo 4° se exhorta a las medidas de sanción para aquel que resulte responsable por contaminación. Y

por último, debemos señalar que la protección jurídica hacia el medioambiente se encuentra amparada mediante su incorporación en la Constitución.

V. Derecho penal y bien jurídico

El Derecho penal otorga protección a la convivencia social, mediante la tutela del orden social general, cuando existen actuaciones contrarias a Derecho.²⁹ Ese orden social exige conformar un valor ideal a ciertos aspectos de la vida cotidiana de los ciudadanos, siendo ello el bien jurídico, el cual se impone como condición elemental para el desarrollo en sociedad.

En este sentido, como sostienen Cobo del Rosal y Vives Antón, “todo delito comporta, necesariamente, un daño u ofensa a un bien jurídico determinado, y no es imaginable un delito que no la realice”,³⁰ por lo que para Silva Sánchez el bien jurídico puede considerarse como “aquellos objetos que el ser humano precisa para su libre autorrealización (la cual obviamente tiene lugar en la vida social); determinados objetos se convierten en bienes jurídicos, en la medida en que están dotados de un contenido de valor para el desarrollo personal del hombre en sociedad”.³¹ Por su parte, Roxin considera que los “bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el fun-

²⁸ Canosa Usera, R., *Constitución y medio...*, op. cit., p. 22.

²⁹ Jescheck, H.-H., y Weigend, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., trad. Olmedo Cardenete, M., Comares, Granada, 2002, pp. 10 y 11.

³⁰ Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 316.

³¹ Silva Sánchez, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., B de F, Montevideo, 2010, pp. 431 y 432. Bajo estos planteamientos, por bien jurídico, para Polaino Navarrete, “debe entenderse cuanto es susceptible de portar utilidad a la persona o a la coexistencia en sociedad. Todo bien, en contraposición a mal, constituye desde luego objeto idóneo de valoración jurídica de signo positivo”, además el autor agrega que “la configuración acaso más elemental y exacta del bien es la que señala a éste como un algo favorable y útil para la vida humana, jurídicamente estimado como tal. Todo bien, en efecto, constituye un factor vital positivo y necesario o, cuando menos, útil y conveniente en la convivencia de las personas regulada por Derecho”, y es que por bien se debe entender “aquello que tiene valor para el particular o la colectividad, estimándose aquí como valor, en sentido primario y fundamental, la utilidad o aptitud para satisfacer necesidades humanas. Integra, pues, un bien todo lo que en general es susceptible de contribuir al bienestar y perfeccionamiento físico o psíquico de la persona”. Polaino Navarrete, M., *El bien jurídico en el Derecho penal*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974, pp. 28 y 29; por su parte, Jescheck y Weigend creen que las normas penales se encuentran fundamentadas en un “juicio de valor positivo sobre bienes vitales”, lo que consideran necesario para que las personas puedan convivir en sociedad, por lo que se debe proteger mediante la coacción estatal. Los bienes jurídicos son protegidos no sólo por el hecho de existir, sino que se protegen frente a las acciones humanas, y por ello que los daños a causa de catástrofes naturales no son del interés del Derecho penal, por lo que sólo las consecuencias de la voluntad humana que atenten contra el bien jurídico, son de alcance del Derecho penal. Jescheck, H.-H., y Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho penal...*, op. cit., p. 8; en este contexto, Fernández mantiene que el bien jurídico se constituye como “el núcleo de cualidades esenciales de las personas, las cosas o las instituciones, que sirven al libre desarrollo del individuo en un Estado constitucional, social y democrático de derecho”. Fernández, G.D., *Bien jurídico y sistema del delito*, B de F, Buenos Aires, 2004, p. 149.

cionamiento del propio sistema”.³² Malo Camacho entiende que el bien jurídico “debe ser entendido en sentido trascendental, es decir, más allá del derecho mismo, entendiendo que el derecho reconoce a los bienes, a los que les agrega el ‘valor’ de lo ‘jurídico’, constituyendo así los ‘bienes jurídicamente protegidos’, pero no los crea”.³³

Sin embargo, para algunos autores sólo es bien jurídico aquel que se encuentra regulado por el Derecho:³⁴ en este sentido, García-Pablos señala que los bienes jurídicos “son bienes vitales, fundamentales, para el individuo y para la comunidad que precisamente al ser tutelados por el Derecho se convierten en ‘bienes jurídicos’”.³⁵ Por su parte, Jakobs entiende que un bien llega a ser considerado como bien jurídico por “el hecho de gozar de protección jurídica”, pero no todos los bienes deben ser considerados como bienes jurídicos, sino sólo aquellos que “no pierden su función por la evolución social”; de lo contrario habría “un gigantesco cementerio de bienes jurídicos”.³⁶ En este sentido Cobo del Rosal y Vives Antón establecen que los bienes jurídicos “no pueden concretarse mediante una definición ‘*per genus proximum*

et differentiam specificam”; sino que, más bien, han de identificarse por el papel que desempeñan: son lo que fundamenta, *prima facie*, el castigo”.³⁷ Así pues, podemos hacer mención de algunos bienes jurídicos que han sido considerados como objetos de tutela: la vida de las personas, su salud, su libertad, su patrimonio, su honor, la seguridad del tráfico, la incorruptibilidad de los funcionarios públicos, el ordenamiento constitucional, la paz pública, la seguridad exterior del Estado, la intangibilidad de los órganos estatales extranjeros y de los emblemas nacionales, la seguridad de las minorías nacionales, étnicas y culturales, que deben ser preservadas de su exterminio o tratamiento indigno, la paz internacional, etcétera.³⁸

Además es importante señalar que el Derecho penal debe expandir la protección a intereses más colectivos y menos individuales, siempre y cuando contengan una importancia trascendental en la sociedad, como lo es el medioambiente, la economía nacional, las condiciones de la alimentación, el derecho al trabajo en determinadas condiciones de seguridad social y material; lo que se conoce, en suma, como “bienes jurídicos colectivos” o “intereses difusos”.³⁹ Es por ello

³² Roxin, C., *Derecho penal. Parte general*, t. I: *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 2ª ed., Thomson/Civitas, Madrid, 2006, p. 56.

³³ “Por otra parte, el contenido de los bienes, debe girar alrededor de la persona, entendida como ente social, y, en función de ésta, es que observa también una necesaria relación con la función del Estado.” Malo Camacho, G., *Derecho penal mexicano*, Porrúa, México, 2000, p. 288.

³⁴ Se ha señalado que al legislador penal se le deben imponer límites para la tipificación penal de las conductas, “ya sean metajurídicos (la naturaleza de las cosas, tradición) o normativos (Constitución)”, en este sentido véase, Álvarez García, F.J., “Bien jurídico y Constitución”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 43, 1991, pp. 5 y ss.; también, Alonso Álamo, M., “Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXIX, 2009, pp. 62 y ss.; Szczeranski, F., “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”, *Política Criminal*, vol. 7, núm. 14, 2012, pp. 428 y ss.

³⁵ García-Pablos de Molina, A., *Introducción al Derecho penal*, vol. I, 5ª ed., Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 174.

³⁶ Jakobs, G., *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 46-50.

³⁷ “Parece, pues, más acertado que atribuirles un contenido concreto, delimitarlos atendiendo a la función procedimental que cumplen en el discurso jurídico. El bien jurídico es, desde esa perspectiva, lo que constituye el primer momento justificativo de la injerencia penal en la libertad”. Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte General...*, *op. cit.*, pp. 318 y 319.

³⁸ “Pero el Derecho penal tutela también la seguridad vial o el orden público —que, por su carácter colectivo, son difícilmente calificables como ‘derechos’— e intereses individuales, como la vida y la salud del feto o del animal, cuyos titulares no tienen, conforme al ordenamiento jurídico español, la condición de persona, de sujeto de derechos”. Obregón García, A., y Gómez Lanz, J., *Derecho penal. Parte General. Elementos básicos de teoría del delito*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 68. De igual forma, García-Pablos acentúa algunos aspectos, considerándolos como bienes, de los cuales pueden ser portadores los particulares o la comunidad, siendo: “un objeto psico-físico (la vida, la salud); un objeto espiritual, ideal (vg. el honor); una situación real (así: la paz del domicilio); una relación social (como el matrimonio); o una relación jurídica (vg. la propiedad)”. A lo que añade dicho autor, que todo ello acumulado constituye el “orden social”. García-Pablos de Molina, A., *Introducción al Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 174). Véanse también Jescheck, H.-H., y Weigend, T., *Tratado de Derecho penal. Parte General...*, *op. cit.*, p. 8.

³⁹ Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte General*, 9ª ed., Reppertor, Barcelona, 2011, p. 162; a los bienes jurídicos colectivos también se les conoce como bienes jurídicos difusos o difundidos, colectivos, supraindividuales, universales, intereses generales o colectivos o derechos colectivos o sociales, bienes jurídicos de “nueva generación” o de “nuevo cuño”, optar por uno o por otro no conlleva mayor trascendencia. En este sentido véanse, Santana Vega, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 96; Soto

Medioambiente como bien jurídico

que la titularidad de estos bienes se comparte por una generalidad de personas,⁴⁰ así como también comparan el deseo de su protección, traduciéndose como una necesidad colectiva. Es decir, todos los miembros de la colectividad tienen un mismo interés en que se respete y se conserve una determinada circunstancia y, por lo tanto, pueden verse afectados todos o cualquier persona, siendo una víctima difusa o potencial.⁴¹

Así pues, el bien jurídico debe considerarse como la “base de la estructura y de la interpretación” de los tipos,⁴² y debe entenderse como un “valor abstracto del orden social protegido jurídicamente”, donde el interés de su defensa viene por parte de la sociedad, teniendo la titularidad un individuo o la misma colectividad.⁴³ Para ello, debemos señalar que el bien jurídico cumple diferentes funciones, tales como:

- La *función sistemática*, que agrupa o clasifica los distintos delitos (el Código Penal parte de distintos bienes jurídicos protegidos en cada delito o falta: “vida, integridad física, propiedad, libertad, etc.”, clasificándolos en los Libros II y III). Cada uno de los agrupamientos delictivos contiene un común denominador, y además suelen contener un elemento

homogéneo de enlace, la afectación de un mismo bien jurídico (ya sea mediante daño efectivo o puesta en peligro), aunque también se da la existencia de delitos pluriofensivos, que atacan al mismo tiempo más de un bien jurídico.⁴⁴

- La *función interpretativa*, toda vez que se determina al bien jurídico protegido de un delito. La interpretación teleológica ayuda a excluir del tipo respectivo aquellas conductas que no lesionan y que tampoco ponen en riesgo el bien jurídico.⁴⁵

- La *función de medición de la pena*, que se encarga de evaluar cuánto mayor o menor es el valor del bien jurídico, y mayor o menor es la lesión o peligro de su ataque, lo que influirá en la gravedad del hecho y por lo tanto mayor o menor tendrá que ser la pena.⁴⁶

Por tanto, podemos considerar al bien jurídico como aquello que contenga un valor esencial para el ser humano y para la sociedad donde habita, que viéndose mermado implicaría un ataque (mediante lesión o puesta en peligro) tanto para el individuo como para su comunidad, por lo cual debe protegerse mediante la tutela del Derecho, para que éste asegure su cuidado.⁴⁷

Navarro, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003, p. 193. Por otra parte, Mayo Calderón entiende que “la crítica a la tutela de los bienes jurídicos colectivos por el Derecho penal está en cierto modo fundamentada en uno de los mayores problemas con los que se enfrenta una teoría sobre bienes jurídicos colectivos: la frecuente utilización de bien jurídico colectivo para designar lo que no lo es. Así, por ejemplo, no son bienes jurídicos el orden económico, o la economía nacional. sin embargo, el hecho de que no sean bienes jurídicos conceptos que la doctrina ha calificado como tales, no quiere decir que no existan verdaderos bienes jurídicos colectivos”, por lo que la autora estima que “la tutela de bienes jurídicos colectivos es fundamental en la sociedad actual”. Mayo Calderón, B., *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. Estudio del art. 295 del Código penal español y propuesta de lege ferenda*, Comares, Granada, 2005, pp. 37 y 38.

⁴⁰ Hefendehl, R., “¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, *Anales de Derecho*, núm. 19, 2001, p. 149; Hefendehl, R., “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en Hefendehl, Roland (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 182 y ss.; para Soto Navarro, “la atribución de la titularidad de un bien jurídico a un grupo social más o menos amplio, en vez de al individuo aisladamente considerado, no comporta automáticamente su calificación de bien jurídico colectivo, sino que ello depende... de un elemento previo fundamental, cual es la distinta función o utilidad (no fin) que cumplen los bienes jurídicos colectivos con respecto a los individuales”. Soto Navarro, S., *La protección penal de los bienes colectivos...*, op. cit., p. 195.

⁴¹ Vargas Pinto distingue los bienes jurídicos colectivos en particulares (seguridad de tráfico rodado, funcionamiento de los mercados, etc.) y generales (salud pública, medioambiente, etc.). Vargas Pinto, T., *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 105 y 106 y 135.

⁴² Véase, Bustos Rubio, M., “Bien jurídico y sanción penal en el delito de omisión del deber de socorro”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Foro, vol. XV, núm. 2, 2012, p. 159.

⁴³ Jescheck, H.-H., y Weigend, T., *Tratado de Derecho penal. Parte General...*, op. cit., p. 275.

⁴⁴ Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte General...*, op. cit., p. 164; Fernández, G.D., *Bien jurídico y sistema del delito...*, op. cit., pp. 149 y 150.

⁴⁵ En este sentido Jescheck y Weigend mantienen que “el bien jurídico es el concepto central del tipo de acuerdo con el cual son determinados todos sus elementos objetivos y subjetivos y, con ello, simultáneamente, viene a ser un importante medio de ayuda de la interpretación” (Jescheck, H.-H., y Weigend, T., *Tratado de Derecho penal. Parte General...*, op. cit., p. 277); Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte General...*, op. cit., p. 164.

⁴⁶ Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte General...*, op. cit., p. 164.

⁴⁷ Ochoa Figueroa, A., *La tutela del agua...*, op. cit., p. 242

V.1. Medioambiente como bien jurídico

Con base en lo expuesto, debemos determinar si el medioambiente posee un valor lo suficientemente importante para la sociedad y los individuos, como para ser merecedor de tutela penal,⁴⁸ y por ende ser considerado como bien jurídico autónomo, o bien se trata de un valor que depende de otros bienes jurídicos.

Anteriormente, hemos hecho referencia a la Constitución mexicana, la cual despliega la protección medioambiental a lo largo de su articulado, siendo en su artículo 4º, párrafo 5º, donde se impulsan los instrumentos sancionadores, pues se establece

la responsabilidad para quien dañe o deteriore el medioambiente, y por ende se legitiman las acciones de reacción del Derecho civil, administrativo y, por supuesto, del Derecho penal para asegurar la conservación del medioambiente.⁴⁹ Pero también desde la Constitución se refleja el interés social que implica el medioambiente, ya que es el artículo 27 de dicho texto legal donde se establece su protección para el beneficio social.

En este sentido, es importante el interés de la sociedad que se encuentra reflejado en la Constitución. Como bien sostiene Matellanes Rodríguez, “la sociedad es el origen de la consideración de que

⁴⁸ Aunque no todas las opiniones aceptan que el medioambiente sea merecedor de protección penal, pues hay quienes sostienen que lo considerado como Derecho penal ambiental se basa en delitos de bagatela, calificándolo como un Derecho penal simbólico, por lo tanto su tutela, como sostiene Jorge Barreiro, “sirve para engañar a la opinión pública, aunque la misma contribuye también a la toma de conciencia por parte de la población acerca del reconocimiento del medio ambiente como un interés fundamental para el desarrollo de la vida en sociedad”, además considera que aunque el medioambiente sea “un interés social especialmente relevante, merecedor y necesitado de protección penal, no supone reconocer que el Derecho penal sea la respuesta idónea y eficaz para proteger ese bien colectivo o supraindividual”. En este contexto, dicho autor entiende que el “problema de fondo [...], no está en que el Derecho penal medioambiental sea ineficaz y resulte meramente simbólico, sino más bien en que su mensaje –en la medida en que se cree en él– impide una política ambiental racional y totalmente efectiva. La solución a este problema no está en un incremento de las incriminaciones o de los marcos penales existentes, ni en una retirada o retroceso del Derecho penal, sino en un replanteamiento a fondo y de carácter global de toda la problemática relativa al medio ambiente, lo cual pasa por un cambio de mentalidad en la opinión pública –conciencia cívica que respete el medio ambiente, incluso con el sacrificio de ciertos hábitos en el modelo de vida–, por una profunda transformación de la política ambiental de las Administraciones Públicas competentes en esta materia, con un compromiso firme y coherente que intervenga de forma radical en los procesos productivos, y por una adecuada cooperación y coordinación internacional en la política de protección del medio ambiente”. Jorge Barreiro, A., “El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995”, *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, Comares, Granada, 2005, pp. 18-21; Muñoz Lorente, J., “Obligaciones constitucionales de incriminación y Derecho penal simbólico”, *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 6, 2001-2, p. 125; Hormazábal Malarée, H., “Delito ecológico y función simbólica del Derecho penal”, en Terradillos Basoco, Juan (dir.), *El delito ecológico*, Trotta, Madrid, 1992, p. 60. Con estos planteamientos, Muñoz Lorente estima que el Derecho penal medioambiental “no sirve para luchar contra la criminalidad a gran escala –para la que específicamente se encontraba previsto–, sino que tan sólo sirve para educar o concienciar a los ciudadanos respecto a la importancia del medio ambiente y la necesidad de protegerlo; y para concienciar y educar a los ciudadanos se condena por casos ínfimos y, de esa forma, se da una imagen de eficacia del Derecho penal medioambiental. En definitiva, se está instrumentalizando al Derecho penal para que éste realice una función que no le pertenece”. Muñoz Lorente, J., “Obligaciones constitucionales de incriminación...”, *op. cit.*, pp. 127 y 128. Con base en lo anterior, también podemos referirnos a la opinión de Müller-Tuckfeld, para quien el Derecho penal medioambiental tiende a ser ineficaz, y afirma que el verdadero bien jurídico no es el medioambiente y su protección, “sino la exigencia de que estos recursos sólo se contaminen de forma autorizada”, y por ende, manifiesta el autor, “estamos ante la penalización de la desobediencia administrativa”. Además, considera que el Derecho penal medioambiental tiene éxito en cuanto a la “prevención general a través de la concienciación positiva, como la intimidación de potenciales delincuentes”. No obstante, dicho autor apunta a que las medianas y grandes empresas no son objeto de persecución penal, y argumenta dos motivos: “el primero radica en que la mayor parte de las contaminaciones del medio ambiente en este ámbito están permitidas administrativamente y, por tanto, no realizan el tipo. En el caso de las grandes empresas las autorizaciones se plasman en acuerdos corporativos. El pacto sobre la contaminación legalmente autorizada se lleva a cabo corporativamente y, además, cuando se tiene conocimiento de una infracción penal contra el medio ambiente, ésta no suele comunicarse a la fiscalía para que no peligre el clima de la negociación. El segundo motivo es que la contaminación ilegal –es decir, no permitida administrativamente– es mucho más difícil de probar en la producción a gran escala que en las infracciones ambientales cometidas por sujetos comunes. Normalmente, estos últimos delitos son perceptibles sensorialmente tanto por los demás ciudadanos como por la policía, mientras que la existencia de sustancias altamente tóxicas en la mayoría de los casos sólo puede probarse con complejas técnicas de medición y análisis y con un personal adecuadamente formado. Incluso cuando excepcionalmente se consiga probar algún delito, en el ámbito de la gran producción el riesgo de condena es casi cero”. Müller-Tuckfeld, J.C., “Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente”, *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, 2000, pp. 517 y 518 y 522 y 523).

⁴⁹ “La ubicación del individuo en el punto central del concepto de bien jurídico es la consecuencia inobjetable a la que se llega tras proclamar al orden de valores constitucional como banco de prueba acerca de la aptitud de un determinado interés social para elevarse a la condición de elemento de protección jurídico-penal. En consecuencia, se puede decir que los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social”. Matellanes Rodríguez, N., *Derecho penal del medio ambiente...*, *op. cit.*, p. 31. En la misma línea, Urraza Abad, J., *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, La Ley, Madrid, 2001, p. 42.

Medioambiente como bien jurídico

un interés merece protección jurídico-penal y que la Constitución sirve de enganche para ratificar esa relevancia social de un interés, siendo ella la que puede ayudar a precisar los contornos de un bien que se estime digno de tutela jurídico-penal⁵⁰. Y es que, hoy en día, no puede negarse la importancia que tiene el medioambiente para nuestra sociedad, por lo que es imprescindible que ello se vea reflejado en el Ordenamiento y sobre todo en la Constitución, otorgando protección ambiental, por medio de las correspondientes sanciones penales. Por lo tanto, el Derecho penal debe encargarse de perseguir aquellas conductas que ocasionan un grave perjuicio para el equilibrio natural.⁵¹

El delito medioambiental aparece configurado en el Código Penal federal dentro del Libro II, Título XV, “Delitos contra el ambiente y la gestión ambiental”, en los artículos 414 al 423. Pero debemos plantearnos si debe protegerse penalmente el medioambiente, siendo por lo tanto éste un bien jurídico tutelado independiente o, si de lo contrario, se trata de un bien que depende de otros bienes jurídicos para su protección. Podemos observar la definición que realiza Mir Puig sobre el bien jurídico, la cual tiende a abarcar todas “las cosas” con un “valor funcional” incorporado a las mismas, teniendo en cuenta que “cosa” puede ser cualquier realidad existencial, independientemente de su realidad material o inmaterial.⁵² Para ello, pode-

mos entender que el adjetivo “cosas” se refiere a todo aquello que nos rodea, y el valor que se le da puede definirse como la funcionalidad que se otorga a dichas cosas, ya sea individual o social. Siendo esto así, cada elemento del medioambiente tiene su “valor funcional”, por lo que debe merecer la protección jurídica necesaria.

El medioambiente debe considerarse un bien jurídico colectivo,⁵³ como bien afirma Hormazábal Malarée, para quien es “el bien jurídico colectivo por antonomasia”,⁵⁴ ya que —como señala Matellanes Rodríguez— se “tiene por titular no a individuos concretos sino a todo el colectivo social, en tanto que es la sociedad como colectivo la que requiere un medio ambiente adecuado para que el sistema pueda seguir funcionando adecuadamente”.⁵⁵

Así pues, para determinar el valor que significa el medioambiente para la sociedad es importante apoyarnos en los enfoques ambientales, en el antropocentrismo y el ecocentrismo, siendo ambas visiones determinantes para la protección jurídica del medioambiente, y sobre todo para dirigir su tutela penal, y es que en la doctrina podemos encontrar defensores de las dos posturas.

Quienes defienden una postura antropocéntrica argumentan que el deterioro ambiental no constituye una lesión o peligro de un bien jurídico, sino que lo realmente relevante para dicha agresión es la puesta

⁵⁰ Matellanes Rodríguez, N., *Medio ambiente y funcionarios públicos...*, op. cit., p. 85; Matellanes Rodríguez, N., *Derecho penal del medio ambiente...*, op. cit., p. 33; en este contexto, Urazza Abad expresa que “las normas penales —como los restantes preceptos de la naturaleza sancionatoria—, responden a un sustrato social valorativo previo, del que ha de emanar el carácter de interés o valor que todo bien jurídico protegido ha de tener para ser considerado como tal”. Urazza Abad, J., *Delitos contra los recursos naturales...*, op. cit., pp. 52 y 53.

⁵¹ Cassola Perezutti, G., *Medio ambiente y Derecho penal...*, op. cit., p. 23.

⁵² “Los bienes... son las cosas más el valor que se les ha incorporado”. Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general...*, op. cit., pp. 162 y 163.

⁵³ Así, Hefendehl, R., “¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros?...”, op. cit., p. 147; Hava García, E., “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en Álvarez García, Javier (dir.), *Derecho penal español. Parte Especial*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 1040; Muñoz Conde, F., *Derecho penal. Parte Especial*, 18ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 590; Serrano Tárraga, M.D., Serrano Maíllo, A., y Vázquez González, C., *Tutela penal ambiental*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 100; Cerezo Mir, J., “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 10, 2002, pp. 56 y 57; entre otros. Véase, también, Mitre Guerra, E.J., *El Derecho al agua. Naturaleza jurídica y protección legal en los ámbitos nacionales e internacional*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 269-271.

⁵⁴ Según el autor, “en la protección del medio ambiente como bien jurídico no se trata de proteger la naturaleza en cuanto valor en sí misma, sino en tanto que ella está al servicio del hombre y de las generaciones futuras. Se trata de proteger la naturaleza como una relación social. La protección de la naturaleza como valor abstracto desvinculada del hombre lleva a un fundamentalismo ecológico. El hombre desde tiempos seculares se ha servido de la naturaleza, la ha modificado y adaptado a sus necesidades. Se trata de que el hombre haga un uso cuidadoso de ella que permita su renovación. El uso abusivo de ella, su destrucción, debe ser objeto de prohibición y castigo en tanto que significa un peligro para la salud o la vida de las personas, esto es, bienes jurídicos individuales, en tanto que el hombre está destruyendo su naturaleza”. Hormazábal Malarée, H., “El principio de lesividad y el delito ecológico”, *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 1424 y 1425.

⁵⁵ Además, prosigue la autora, “sigue manteniendo su inquebrantable esencia individualista, lo cual puede ser comprobado desde el mismo reconocimiento constitucional del derecho al medio ambiente, en el que aparece vinculado al desarrollo de la persona”. Matellanes Rodríguez, N., *Derecho penal del medio ambiente...*, op. cit., pp. 49-51.



en peligro de la vida o la salud de las personas,⁵⁶ por lo que se pone en peligro otro bien jurídico, aunque también dentro de esta visión se defienden las condiciones para el desarrollo y la vida humana.⁵⁷ El antropocentrismo puro o drástico prescinde del significado del medioambiente como tal, así como de los argumentos para su protección penal autónoma.⁵⁸

En la postura antropocéntrica encontramos autores que no ven la necesidad de crear una tipificación autónoma de los delitos medioambientales. En esta postura se encuentran algunos como Bustos Ramírez, quien concibe al medioambiente como “un bien jurídico referido a la seguridad común, ya que abarca todas las condiciones necesarias para el desarrollo de todas y cada una de las personas. Su protección es un elemento fundamental de la existencia y supervivencia del mundo”.⁵⁹ Este mismo autor entiende la protección del medioambiente unida a la salud de las personas, sosteniendo que “nada se saca con proteger la salud personal si al mismo tiempo no se protege el medio ambiente o la calidad del consumo”.⁶⁰

Por su parte, Silva Sánchez y Montaner Fernández señalan que “las condiciones físicas cuya alteración puede adquirir relevancia penal son aquellas que sirven al desarrollo de la persona, no las que sirven al desarrollo de otros seres vivos. Por tanto, para que pueda afectar al medio ambiente será necesario poder afirmar que aquella misma afectación, aunque no sea de manera directa, incide o puede incidir en el desarrollo (presente o futuro) de las personas”.⁶¹ Des-

de el punto de vista de Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, al medioambiente pertenecen “todos aquellos elementos naturales cuya conservación o restauración es indispensable para la supervivencia del ser humano”, considerando la protección del medioambiente dependiente de otros preceptos, salvo que ello sea insuficiente para garantizar “la preservación o recuperación de elementos vitales para la supervivencia del hombre”.⁶²

Por otra parte, un sentido antropocéntrico moderado es lo que actualmente se encuentra en auge. Así, considera Peris Riera que el medioambiente “en sí, también constituye un elemento teleológico de la norma al afirmarse que uno de los fines de la utilización racional de todos los recursos naturales, es el defender y restaurar el medio ambiente”.⁶³ De igual manera, Matellanes Rodríguez entiende que para configurar el concepto de bien jurídico medioambiente es imprescindible considerar el contenido de la declaración constitucional, entendiéndolo como el “conjunto equilibrado de recursos naturales, interrelacionados entre sí formando los ecosistemas —dimensión natural—, sobre los que se precisa una actuación efectiva a fin de que todo el sistema natural en su conjunto se conserve y evolucione en ese equilibrio —aspecto dinámico— y, así, pueda lograrse una calidad de vida y un desarrollo de la persona adecuados —aspecto antropocéntrico—”.⁶⁴

Como parte de la visión ecocéntrica nos encontramos con la postura que reconoce al medioambiente

⁵⁶ Véanse, Corcoy Bidasolo, M., “El delito ecológico. Delitos en materia de aguas”, *El agua: estudios interdisciplinarios*, Atelier, Barcelona, 2009, p. 291; Rodríguez Ferrández, S., *La protección jurídico-penal del agua*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 102; De Vicente Martínez, R., “Derecho penal del medio ambiente”, en Ortega Álvarez, Luis, y Alonso García, Consuelo (dirs.), *Tratado de Derecho ambiental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 289.

⁵⁷ Escajedo San Epifanio, L., *El medio ambiente en la crisis del Estado social. Su protección penal simbólica*, Comares, Granada, 2006, p. 313.

⁵⁸ Alonso Álamo, M., “Trama de la vida y protección penal del ambiente”, *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 52.

⁵⁹ Bustos Ramírez, J., *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1991, p. 260. Aunque en un primer enfoque, Bustos Ramírez se refería a que el medioambiente “constituye un bien jurídico de carácter socioeconómico, ya que abarca todas las condiciones necesarias para el desarrollo de la persona en sus aspectos sociales y económicos. Su protección es un elemento fundamental de la existencia y supervivencia del mundo”. Bustos Ramírez, J., *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, Ariel, Barcelona, 1986, p. 352.

⁶⁰ Bustos Ramírez, J., *Manual de Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., PPU, Barcelona, 1994, p. 113.

⁶¹ Aunque si bien es cierto, Silva Sánchez y Montaner Fernández mantienen que “afirmar que la razón de ser de la criminalización de ciertas infracciones medioambientales se fundamenta en una dimensión claramente antropocéntrica, no impide sostener, a su vez, la autonomía del medio ambiente como bien jurídico-penal supraindividual diferenciado de bienes jurídicos personales como la vida o la integridad física de las personas”. Silva Sánchez, J.M., y Montaner Fernández, R., *Los delitos contra el medio ambiente*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 26 y 27.

⁶² Rodríguez Devesa, J.M., y Serrano Gómez, A., *Derecho penal Español. Parte Especial*, 18ª ed., Dykinson, Madrid, 1995, pp. 1105 y 1106.

⁶³ Peris Riera, J.M., *Delitos contra el medio ambiente*, Universidad de Valencia, Valencia, 1984, pp. 25 y 26.

⁶⁴ Por lo que la esencia de este bien jurídico “viene constituida por la idea de sistema natural equilibrado, del que el hombre forma parte y cuya actuación sirve al mantenimiento de ese equilibrio constante que le permite ejercitar libremente sus derechos”. Matellanes Rodríguez, N., *Derecho penal del medio ambiente...*, op. cit., p. 48.

Medioambiente como bien jurídico

como un bien jurídico independiente, el cual merece protección jurídica autónoma,⁶⁵ sin ser necesario que le sirva al hombre o que le beneficie o afecte su explotación-agresión.

En este sentido, Cassola Perezutti señala que la visión antropocéntrica del bien jurídico “acarrea inconvenientes interpretativos de las figuras delictivas contra el medio ambiente”, por lo que mantiene una posición ecocéntrica, considerando que se “debe proteger el medio ambiente, tomando éste como un bien jurídico con contenido y entidad propia y no como un simple instrumento proteccionista de bienes jurídicos individuales”.⁶⁶ Corcoy Bidasolo se opone a la visión antropocéntrica, manifestando que esta perspectiva “elimina cualquier autonomía al delito medio ambiental y [...] lo deslegitima”.⁶⁷

Debemos añadir que en nuestros días es difícil considerar una norma antropocéntrica pura, pero también sería complicado establecer normativas con visión ecocéntrica pura, sobre todo porque estaríamos atacando uno de los objetivos del Derecho: la regulación de los intereses y las acciones humanas. No es posible poner como centro de protección al medioambiente sin importar el lado humano, y viceversa, por lo que actualmente nos encontramos ante la visión antropocéntrica moderada, que sin duda comparto, es decir, se debe considerar al medioambiente como un bien jurídico colectivo sin dejar de tener en cuenta al ser humano. En este sentido, Alonso Álamo manifiesta

que el Derecho penal “no puede ser indiferente” hacia el daño que el ser humano está causando en el medioambiente, por lo que debe cumplir “una función promocional o de sensibilización” ante tal degradación ambiental, pero también establece que el medioambiente surge como un bien jurídico colectivo, supraindividual y, que a pesar de ello “no deja de tener en cuenta al individuo, destinatario último de la protección penal”.⁶⁸

Con estos planteamientos, podemos decir que el Derecho ambiental debe defender el medioambiente mediante el establecimiento de un doble interés de la mano de lo que se denomina desarrollo sostenible/sustentable, y es que si bien se deben impulsar los sectores económicos y sociales para alcanzar un buen desarrollo colectivo (un valor de crecimiento), y por otro lado se debe proteger a la sociedad de los mecanismos empleados en cuanto a la contaminación que puedan producir para lograr dicho desarrollo (un valor ecológico),⁶⁹ podríamos considerar que el Derecho se convierte en un “promotor” del desarrollo sostenible.⁷⁰

En mi opinión, es más que evidente la importancia de proteger el medioambiente, por lo que la intervención del Derecho debe ser incuestionable, y el Derecho penal no debe quedar al margen. Como ya hemos mencionado, el bien jurídico es un “valor esencial para el ser humano y para la sociedad”, por lo que el medioambiente debe considerarse como ese valor esencial que reside en los componentes necesari-

⁶⁵ Rodas Monsalve, J.C., *Protección penal y medio ambiente*, PPU, Barcelona, 1993, p. 88; Rodríguez Ferrández, S., *La protección jurídico-penal...*, op. cit., p. 102; De Vicente Martínez, R., “Derecho penal del medio ambiente”..., op. cit., p. 289.

⁶⁶ “Es indiscutible que los bienes jurídicos están al servicio de las personas, ya que son elementales para el funcionamiento de los sistemas sociales. De aquí que el sistema social debe estar al servicio del individuo, y de ninguna manera puede ser a la inversa, es decir, que el individuo esté al servicio del sistema social. Por esto, la protección de los bienes jurídicos implica proteger los instrumentos necesarios para la satisfacción de las necesidades de los individuos. Es perfectamente coherente establecer así que los bienes jurídicos colectivos son complementarios de los bienes jurídicos individuales”. Cassola Perezutti, G., *Medio ambiente y Derecho penal...*, op. cit., pp. 14 y 15.

⁶⁷ Corcoy Bidasolo, M., “El delito ecológico. Delitos en materia de aguas...”, op. cit., p. 291 y 292; Corcoy Bidasolo, M., “Los delitos relativos a la ordenación del territorio y el medio ambiente: una perspectiva criminológica”, *Problemas criminológicos en las sociedades complejas*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2000, pp. 65 y 66.

⁶⁸ Alonso Álamo, M., “Trama de la vida y protección penal del ambiente...”, op. cit., p. 54.

⁶⁹ En un sentido similar lo plantea Morillas Cueva, quien sostiene que el Derecho tiene la necesidad de impulsar la protección ambiental mediante dos dimensiones del desarrollo comunitario: el valor de crecimiento y el valor ecológico, “de tal manera que no aparezcan enfrentados entre sí, sino colaborando mutuamente y, en cualquier caso, con la suficiente protección para su diferenciada subsistencia”. Morillas Cueva, L., “El agua como objeto de protección penal en su vertiente ambiental”, *Estudios de Derecho ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 1075; Morillas Cueva, L., “Protección penal del agua”, *Cuadernos de política criminal*, núm. 82, 2004, p. 49.

⁷⁰ El desarrollo sostenible se trata de uno de los principios rectores del medioambiente, el cual aparece como tal desde el Informe Brundtland de 1987, tomando en consideración la habilidad de la humanidad para alcanzar un desarrollo sostenible, asegurando que se alcancen las necesidades del presente sin comprometer la habilidad de las generaciones futuras de cubrir sus propias necesidades. Puede entenderse como una combinación de varios elementos, como lo es la protección del medioambiente, el desarrollo económico, la preservación de los recursos naturales para que las generaciones futuras puedan beneficiarse de ellos, la explotación de los recursos de forma sostenible, y el uso equitativo de los recursos naturales. Véase, Lago Candeira, A., “Principios generales de Derecho ambiental”, *Diccionario de Derecho Ambiental*, Iustel, Madrid, 2006, p. 992.

rios para que exista la vida, protegiendo así el medio natural y urbano. Por ello, el mismo tiene que ser considerado como un bien jurídico colectivo, por lo que se debe proteger como tal, autónomamente; si bien la defensa de la salud y de la vida está relacionada con la protección al medioambiente, estos bienes no son el objetivo primordial de su defensa, sino que son defendidos mediatamente, es decir, que mediante la defensa del bien jurídico medioambiental se protege

la vida y la salud, siendo estos considerados como bienes jurídicos intermedios.⁷¹ Hoy en día, no debe quedar en entredicho si estamos ante un bien jurídico o no, o si lo que se defiende es otro bien jurídico y no el medioambiente, pues su protección es necesaria e impostergable. El Derecho penal no puede quedar al margen de las nuevas realidades sociales, entre las que sin duda el medioambiente ostenta un papel primordial.⁷²

⁷¹ Bustos Rubio entiende que los bienes jurídicos mediatos solo son relevantes desde un punto de vista dogmático o, si se quiere, como complemento de auxilio interpretativo de los elementos típicos sin que pueda considerarse a los mismos como elementos del tipo penal (lo que si ocurre con el bien jurídico inmediato). Véase Bustos Rubio, M., “Bien jurídico y sanción penal en el delito de omisión del deber de socorro”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Foro*, vol. XV, núm. 2, 2012, p. 172.

⁷² Ochoa Figueroa, A., *La tutela del agua...*, *op. cit.*, pp. 255 y ss.

El acoso sexual en el Código Penal español tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo

Francisco Javier Paño Rodríguez

Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: En el presente artículo se analiza el tipo del acoso sexual en el Código Penal español, deteniéndose en aspectos tan relevantes como la problemática relativa al bien jurídico protegido, la conducta y su restringido ámbito de aplicación, la extraña penalidad que presente en relación con las otras formas de acoso que recoge el Código (acoso, acoso intrafamiliar y asistencial, acoso inmobiliario y acoso laboral), las reglas concursales con otros tipos afines, el análisis de los tipos cualificados, y especiales referencias a algunos aspectos problemáticos, con especial atención a la situación objetiva o grave de hostilidad, humillación o intimidación que recoge el tipo penal.

PALABRAS CLAVE: Acoso sexual, libertad, derecho al sosiego, hostigamiento, amenazas, prevalimiento.

ABSTRACT: This article discusses the type of sexual harassment in the Spanish Criminal Code, stopping in such aspects as the problems relating to the protected legal asset, behavior and its restricted scope, the odd penalty that present in relation to other forms of harassment that collects code (stalking, harassment, domestic and care, real-estate harassment and workplace harassment), bankruptcy rules with other related types, analysis of qualified types, and special references to some problematic aspects, with special attention to the objective or severe situation of hostility, humiliation or intimidation that collects the criminal type.

KEY WORDS: Sexual harassment, freedom, right to the calm, harassment, threats, prevail.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Conducta y ámbito de aplicación. 3. Bien jurídico. 4. Sujetos. 5. Concursos. 5.1. Concurso entre el delito de acoso sexual en el ámbito docente y la solicitud de prestación de servicios a menores del art. 183 ter 1 del Código Penal. 5.2. Concurso entre el acoso sexual mediante prevalimiento y el delito de amenazas condicionales que no constituyan delito del art. 171. 1 del Código Penal. 5.3. Concurso entre el delito de acoso sexual y el delito de lesiones psíquicas del art. 147-1 del Código Penal. 5.4. Concurso entre el delito de acoso sexual y el delito de solicitud de prestación sexual por parte de funcionario público o funcionario de prisiones de los artículos 443 y 444 del Código Penal. 5.5 Concurso del delito de acoso sexual con el delito contra la integridad moral del art. 173-1 párrafo 1 del Código Penal. 5.6. Concurso entre el delito de acoso sexual con el delito de abuso sexual con prevalimiento del art. 181-3 del Código Penal, o de agresión sexual con intimidación del art. 178* del mismo cuerpo legal. 6. Consideraciones acerca de la situación objetiva o grave de hostilidad, humillación o intimidación. 7. Penalidad.

* “El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años”.

8. Tipo cualificado de prevalimiento. 9. Tipo cualificado de amenazas en el ámbito laboral. 10. Tipo cualificado por razón del sujeto pasivo.

1. Introducción

El acoso sexual viene expresamente regulado en el art. 184¹ del Código Penal, el cual se ha visto afectado penológicamente por la reforma de la Ley 1/2015, de 30 de marzo. Mostramos, de principio, nuestro total rechazo a la existencia de este artículo en concreto y de la tipificación del acoso sexual en general. Y ello por varias razones; primero, porque teniendo en cuenta que el acoso sexual sólo se tipifica en cuanto se produzca en el ámbito de una relación laboral, de prestación de servicios o docente, ya existe la concreta tipificación de dicha modalidad de acoso en nuestro articulado penal, con lo cual entendemos que no es procedente su tipificación en otro título y capítulo. Pero, a mayor abundamiento, y una vez que ha sido expresamente tipificada la conducta de acoso, entendemos que ambas deberían ser derivadas a formas cualificadas² referidas a dicho tipo básico.

De hecho, la única razón de la existencia del delito de acoso sexual del art. 184 del Código Penal es la de Derecho penal simbólico,³ como muestra de que nuestro ordenamiento jurídico combate dicha la-

cra, obviando su innecesidad en vista de que dicha modalidad podía subsumirse perfectamente en el tipo básico (apreciando en su caso la agravante de por razón de sexo del art. 22.4 del Código Penal), y sin darse cuenta de que el efecto conseguido es el contrario, toda vez que al rebajarse la penalidad la consecuencia es que se premia al autor del delito por cometer la conducta hostigante mediante actos de naturaleza sexual frente al mero hostigamiento con actos de distinta naturaleza.

Por ello, desde aquí abogamos por la supresión del art. 184 Código Penal, y su inclusión como forma en su caso cualificada del delito de acoso del nuevo art. 172 ter del mismo cuerpo legal. En todo caso, la existencia del mismo nos obliga a analizar el tipo penal.

2. Conducta y ámbito de aplicación

2.1. La conducta

La conducta del acoso se recoge en el apartado 1 del art. 184⁴ del Código Penal, y consiste en la solicitud de favores⁵ de naturaleza sexual, ya sea para uno mis-

¹ “1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses. 2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses. 3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo.”

² Curiosamente, como luego veremos, el acoso sexual actualmente se configura como un tipo privilegiado respecto del delito de acoso laboral, lo cual no encuentra ninguna justificación desde el punto de vista de los bienes jurídicos protegidos ni de la conducta realizada.

³ Como manifiesta Queralt Jiménez, Joan J., *Derecho penal español. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015, p. 269, “al legislar de cara a la galería –lo que hoy se denomina legislación simbólica y antes semántica–, el sujeto que se quiere proteger, claramente la mujer, puede salir menos protegido de lo proyectado. Pero el objetivo político no era ese: era poder mostrar un artículo en el CP; desde ese punto de vista el objetivo se ha cumplido, pues existe, y se ha ampliado y se presentan tres tipos”.

⁴ “1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses.”

⁵ Entendemos que la solicitud puede realizarse de cualquier manera, ya sea de forma oral, escrita, telemática, a través de terceras personas, pro gestos o cualquier otra forma donde de forma inequívoca se realice dicha solicitud. En el mismo sentido, Ragués i Vallés, Ramón, en Silva Sánchez, Jesús María (dir.), y Ragués i Vallés, Ramón (coord.), *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2015, pp. 143 y 144. En contra, Lamarca Pérez, Carmen, en Lamarca Pérez, Carmen (coord.), *Delitos y faltas. La Parte Especial del Derecho penal*, Colex, Madrid, 2013, p. 194.

mo o para un tercero. La duda que se plantea es si basta con una mera solicitud de favores o es necesario que sea una conducta reiterada.

Para contestar dicha pregunta es necesario poner dicha conducta en relación con la necesidad de que ésta provoque a la víctima “una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante”, y asimismo con la expresión “será castigado, como autor de acoso sexual”. La RAE define la acción de acosar como “perseguir, apremiar, importunar a alguien con molestias o requerimientos”, utilizando el plural, con lo que parece que *a priori* no basta con una mera solicitud de favores sexuales, sino que es preciso también que la misma se efectúa en una pluralidad de ocasiones. En todo caso, es difícil de imaginar que una única solicitud de favores sexuales pueda producir la situación hostil y humillante que requiere el tipo penal, ya que para ello sería preciso utilizar determinados medios o modos que acabarían por tipificar delito dentro de otras conductas más graves (amenazas, agresiones o abusos sexuales, coacciones, etcétera).

Por su parte, el Parlamento Europeo aprobó la directiva 76/207/CE con la intención de unificar el concepto de acoso sexual para todo el ámbito europeo, dando como definición “la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual que tenga por objeto o efecto atentar contra la dignidad de una persona, y en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”. Dicha definición europea de acoso sexual difiere, como vemos, de la que podemos encontrar en el Código Penal, primero porque no la circunscribe a un determinado ámbito; segundo, porque recoge la necesidad de que intente atentar contra la dignidad de una persona (que no se incluye en el tipo penal del Código Penal español), y tercero, porque no establece como requisito *sine qua non* la creación del entorno intimidato-

rio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, considerándose que debe entenderse que hay acoso sexual cuando se produzca este entorno, pero no excluyendo el mismo aun cuando dicha situación no se produzca. Eso sí, la definición no sólo no establece necesariamente una pluralidad de conductas, sino que permite la consideración como acoso sexual de una mera conducta individual, siempre que el comportamiento sea de carácter sexual y se trate de atentar contra la dignidad de la persona.

El acoso, genéricamente hablando, consiste precisamente en la reiteración de conductas que, consideradas de manera individual y aislada, no son constitutivas de ilícito penal, y que es la suma de éstas las que producen el hostigamiento en la víctima. Entendemos que el acoso sexual no se diferencia en esto del acoso genérico del art. 172 ter del Código Penal, y que por tanto es preciso que la solicitud de los favores de naturaleza sexual se realicen de forma reiterada,⁶ de manera que no sólo la conducta integre la definición de “acoso” ofrecida por la RAE y a la que se hace referencia en el art. 184.1 del Código Penal, sino que además la misma pueda, de forma objetiva, ser suficiente para provocar en la víctima la situación hostil que requiere el tipo.⁷ La Directiva europea puede servir de margen de interpretación para los diferentes Estados, pero una vez que el Estado ha legislado en un sentido, éste es el tipo penal que se debe interpretar atendiendo a todos los métodos de interpretación, entre ellos el semántico y demás mantenidos con anterioridad. Ello no significa que otros comportamientos que pueden ser considerados como acoso sexual para la directiva europea no lo sean en otros ámbitos como el civil, administrativo, asistencial, etc., o puedan configurar otros tipos de los diferentes ordenamientos jurídico-penales (por ejemplo, vejaciones), pero no determinan la interpretación de la conducta del tipo penal del art. 184 del Código. En todo caso,

⁶ En contra, Velázquez Barón, Ángel, “Delito de acoso sexual”, Barcelona, 2000, pp. 11 y 12. Por su parte, Pedreira González, Félix María, “Principales problemas sustantivos y procesales del delito de acoso sexual”, en Álvarez García, Francisco Javier, *et al.*, *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 778, manifiesta que no cabe generalizar, distinguiendo entre aquellos supuestos en que no existe prevalencia –en cuyo caso puede exigirse la reiteración de la conducta– de aquellos otros en que sí hay prevalencia –en los que cabrá la mera solicitud de favores como modo eficaz para lesionar la libertad sexual–.

⁷ Por otro lado hay que tener en cuenta que la nueva tipificación del delito de acoso, por un lado, y la desaparición de las vejaciones e injurias leves –con excepción de las intrafamiliares– del antiguo art. 620.2 del Código Penal anterior a la reforma 1/2015 de 30 de marzo, conllevan que la falta de solicitud de favores sexuales puedan integrarse en la extinta falta. Por ello, atendiendo a la reiteración de la conducta y que la misma pueda integrarse o no dentro del tipo del art. 172 ter del Código Penal, implicará que la misma se encuentre destipificada, y que deba acudir al ámbito civil, administrativo o laboral para solventar la problemática suscitada por los comentarios de carácter sexual del estilo de “vaya polvo que tienes” o similares.

el delito comenzaría su ejecución cuando la solicitud u ofrecimiento sexual es inequívocamente rechazado, y el sujeto activo continua realizando la conducta.⁸

Por otro lado, la conducta debe de ser “objetiva y gravemente intimidatoria”. Ello requiere en primer lugar que la capacidad de intimidación hacia la víctima no queda en el ámbito subjetivo de la misma, sino que se requiere además que la solicitud continuada de favores de naturaleza sexual sea suficiente para que cualquier ciudadano medio se viera afectado en la forma exigida en el Código, evitando de esta manera que la misma conducta se considere o no integrante del tipo penal en función de que el sujeto pasivo sea especialmente temeroso o que sea, por el contrario, de carácter excepcionalmente fuerte y capaz de soportar dicho comportamiento por parte del sujeto activo.

Lo que sí importa mencionar es que, en todo caso, la capacidad de provocar la situación intimidatoria, hostil o humillante hay que ponerla en necesaria relación con el ámbito donde ésta se produce y las especiales relaciones entre los sujetos.

Por último, hay que mencionar que el Código Penal no tipifica únicamente una sola conducta de acoso, sino varias (y que la doctrina y la jurisprudencia establecen en dos o tres),⁹ o mejor dicho, existe un tipo básico de acoso sexual, y varias cualificaciones, dos de las cuales algunos autores consideran modalidades suficientemente diferenciadas de acoso en función del empleo de la amenaza (chantaje) y aprovechándose de una situación de superioridad (prevalimiento). En todo caso, la conducta es siempre la misma (el denominado *acoso ambiental*), siendo ésta la que nos hemos referido a lo largo de este apartado y que viene contemplada en el apartado 1º del artículo 184 CP, pasando a continuación a desarrollar las cualificaciones del apartado 2º del mismo artículo.

Por un lado encontramos el denominado *chantaje sexual*, que es aquel que suma a la conducta básica un delito de amenazas no constitutivo de delito, si bien

el tipo penal también restringe cómo puede ser dicha amenaza, o mejor dicho, cuál puede ser el contenido de ésta. En este sentido, no cabe la manifestación de la causación de cualquier mal, sino que ese mal debe estar concretado en la frustración de las expectativas de la víctima en cuanto al ámbito laboral, docente o de prestación de servicios en que se desarrolla la conducta,¹⁰ de tal manera que cualquier otra amenaza que pudiera efectuarse quedaría fuera de la cualificación, y conllevará necesariamente su tipificación dentro de los tipos de amenazas, en relación de concurso ideal medial con el tipo básico de acoso, según las reglas generales concursales.

Por otro lado, encontramos el acoso mediante prevalimiento, es decir, el acoso que suma a la conducta básica la existencia de una relación de superioridad jerárquica, docente o laboral. Aquí cabe plantearse si basta con que esta conducta concorra con carácter objetivo, o si, por el contrario, es necesario que el sujeto activo haga uso de dicha situación de forma consciente, de manera que la conducta traiga causa, al menos parcialmente, por la existencia de dicha relación de superioridad entre el sujeto activo y el pasivo. A este respecto, entendemos que basta con que los sujetos tengan conocimiento de la existencia de dicha relación de superioridad, sin que la misma tenga que ser determinante para que se produzca la conducta.

En otro orden de ideas, el acoso mediante prevalimiento de forma habitual subsumirá dentro de su conducta el chantaje sexual, toda vez que la existencia de la relación de superioridad llevará, más o menos implícita, la amenaza expresa o tácita¹¹ de perjuicios en el ámbito de dicha relación, y es difícil imaginar un acoso en que el abuso de la situación de superioridad no suponga en sí misma la manifestación tácita de la, al menos, probable o posible causación del mal.

Para terminar, la conducta obviamente debe de ser dolosa, no previéndose ninguna modalidad de comisión imprudente.

⁸ STS 4705/2015 Sala 1ª.

⁹ Álvarez García, Francisco Javier (dir.), Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli y Ventura Püschel, Arturo (coords.), *Derecho penal español. Parte Especial I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 438, establece que hay tres modalidades: la solicitud sexual, el chantaje sexual y el acoso sexual de prevalimiento.

¹⁰ Como puede ser, por ejemplo, dejar entrever que se excluirá al alumno compañero de los grupos de trabajo para que no pueda aprobar u obtener altas calificaciones, que puede devaluarse el trabajo efectuado por la víctima de cara a los superiores, por mencionar algunas que no conlleven prevalimiento.

¹¹ Por ejemplo, el profesor que deja entrever al alumno que no aprobará o sacará la calificación que merece al tiempo que realiza la conducta hostigante.

2.2. *Ámbito de aplicación*

Como ya hemos visto, el legislador español ha restringido la tipificación de la conducta de acoso sexual a unos ámbitos muy concretos, por lo que fuera de esos ámbitos la conducta solo podrá subsumirse en el tipo básico de acoso, en el acoso intrafamiliar, el inmobiliario, o finalmente en otros tipos diversos como coacciones, amenazas o vejaciones.

2.2.1. Laboral

Si bien el término laboral no presenta grandes problemas de interpretación *a priori*, puesto que ello nos remite necesariamente a la legislación laboral, entendemos que el término no puede quedar circunscrito a la efectiva “legalidad” de la relación,¹² y ello porque estaría excluyendo no sólo el acoso en el que son parte (bien como sujetos activos, bien como pasivos) trabajadores ilegales, sino respecto de otras figuras que aunque se realicen en el ejercicio de actividades laborales no estén amparadas por la legislación laboral. Pensemos por ejemplo en el hijo del jefe que, sin ostentar ningún cargo en la empresa del padre y sin estar contratado en ninguna modalidad (o incluso en el que incurre en causa de incompatibilidad), a pesar de ello acude todos los días a la empresa del progenitor y realiza actividades similares a las de cualquier otro empleado. ¿Debemos entender que si él mismo realiza la conducta típica respecto de otr@ trabajador@ aun así no podemos subsumirlo en el tipo de acoso sexual porque no está amparado por la legislación laboral? Creemos que, aun teniendo en cuenta que ello incrementa notablemente los problemas de prueba, debe atenderse a la realidad de los sujetos y al ámbito relacional concreto más que al escrupuloso cumplimiento de la legislación laboral. Por tanto, si de facto puede acreditarse la relación laboral, no será precisa la acreditación de su legalidad administrativa o su conformidad con el derecho del trabajo, que en todo caso servirá como diligencia probatoria.

La relación laboral debe darse dentro de la misma empresa o institución. Cuando el acoso se produzca entre personas que trabajan para dos empresas dife-

rentes, pero relacionadas entre sí, entendemos que no nos encontramos ante relación laboral, sin perjuicio de que si pueda circunscribirse al ámbito de las prestaciones de servicios cuando se cumplan los requisitos de ésta. En el mismo sentido consideramos que no cabe hablar de acoso cuando todavía no ha comenzado la relación laboral, aun cuando el sujeto activo se valga de una situación de prevalimiento,¹³ y que la conducta debe derivarse para su subunción a otros tipos penales. El futuro de una posible relación laboral no puede considerarse como que efectivamente exista dicha relación, ya que supondría extender los límites de la interpretación más allá de la interpretación extensiva para llegar a una analogía *in malam partem*, vulnerando el principio de legalidad. En todo caso, resulta difícilmente imaginable una conducta continuada o habitual que se produzca en la inminencia del inicio de una relación laboral.

En todo caso, no se precisa una relación de jerarquía entre acosador y víctima, sin perjuicio de que la misma pueda ser tenida en cuenta para cualificar el delito o de pie a la aplicación de una agravante genérica.

2.2.2. Prestación de servicios

A diferencia de los otros ámbitos, *a priori* la prestación de servicios permite una concepción más amplia, aunque el legislador sí exige que la misma sea continuada o habitual, requisitos que son inherentes al ámbito laboral y docente. Ello nos permite excluir al mensajero o repartidor de pizza (que por otro lado difícilmente podrían realizar o ser objeto de actos de hostigamiento en una mera entrega de mercancía), y circunscribirle a aquellos ámbitos análogos a la relación laboral (por ejemplo, emplead@s de hogar) pero que no pueden inscribirse en ésta (por ejemplo, cuando la conducta es realizada por miembros de la familia diferentes a la persona que contrata).

2.2.3. Docente

Especial relevancia tiene el acoso en el ámbito docente. En este ámbito, además, hay que separar el que se

¹² En sentido contrario, Álvarez García, Francisco Javier (dir.), *et al.*, *Derecho penal español. Parte Especial I*, op. cit., p. 439, manifiesta que “con respecto al adjetivo *laboral*, debe utilizarse, para que sea operativa, una acepción restringida equivalente a *todo trabajo efectuado al amparo de la legislación laboral*”.

¹³ En contra, Álvarez García, Francisco Javier (dir.), *et al.*, *Derecho penal español. Parte Especial I*, op. cit. p. 444.

produce entre compañeros profesores, el que se produce entre compañeros alumnos, y finalmente el que se produce entre docentes y alumnos.

En cuanto al primero, entre profesores, no hay duda de que no cabe dentro de la relación docente, sin perjuicio de que sí tenga cabida en el ámbito de la relación laboral, y por tanto hemos de remitirnos a la misma.

En cuanto a la que se produce entre los propios alumnos, en la que obviamente no cabe la reconducción al ámbito laboral, hay que preguntarse en primer lugar si entraría dentro del ámbito docente. A esta cuestión entendemos que no, toda vez que en el tipo penal no se determina un concreto ámbito espacial,¹⁴ sino un concreto ámbito relacional, es decir, lo que prima no es el lugar o espacio donde se produzca (que de hecho es irrelevante para la subsunción de la conducta en el tipo penal), sino la relación entre el sujeto activo y el pasivo, que debe ser docente sin perjuicio de que sea escolar o universitario, pudiendo plantear dudas otros ámbitos docentes (profesores privados o academias) y que enseguida analizaremos.

Simplemente, y con carácter previo, recalcar que el acoso escolar o *bullying*, actualmente tan de moda en los medios de comunicación, no podría integrarse, aunque tuviera connotaciones sexuales, en el tipo penal del art. 184 del Código Penal. Que el ámbito predominante donde se produce sea el escolar, ya que es éste el ámbito social donde los menores se mueven preferentemente y están “obligados” a interactuar con los otros menores dada la imposibilidad del menor de elegir colegio, aula y compañeros de clase, y sin restar importancia al drama personal que supone ser víctima del mismo (agravado por la edad a la que se sufre), no implica en todo caso que la relación sea docente. La relación entre los alumnos del mismo centro es la que debe ser determinante, y no la que ambos poseen con un docente común. Por ello, el acoso escolar debe reconducirse, con independencia de la naturaleza del hostigamiento (es decir, de si el mismo presenta un carácter sexual o no), a la figura básica de acoso de la que ya hemos hablado en la presente obra, siendo de aplicación lo mencionado respecto del art. 172 ter del Código Penal, si bien, y toda vez que —salvo raras excepciones— el sujeto

activo probablemente sea menor, será la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores la que determine las consecuencias jurídicas del delito.

Retomando el hilo, ya hemos mencionado anteriormente que el acoso sexual puede producirse no sólo en el ámbito escolar, sino también en el de una relación docente universitaria, planteándose la duda, sin embargo, de si cabe o no en otros ámbitos como el de las academias y el de los profesores privados. Desde nuestro punto de vista, nada obsta para que pueda aplicarse también en estos tipos específicos de docencia, salvo aquellos en que no pueda mantenerse la figura de docente (por ejemplo, el compañero alumno que imparte unas meras lecciones de ayuda a otro compañero para una recuperación sin mayor trascendencia que quedar unas cuantas veces para ayudar en el repaso). Pero si podemos encontrarnos, por ejemplo, al alumno que realiza la conducta típica de hostigamiento sexual respecto de un profesor que depende económicamente del pago de las clases particulares, entiendo en supuestos como éste que la conducta es perfectamente subsumible en el acoso sexual en el ámbito docente.

Por ello, entendemos que es indiferente quién de los dos sea el sujeto activo y el pasivo, es decir, en ambos casos sujeto activo y pasivo pueden serlo tanto el docente como el alumno. Sin embargo la cualificación de prevalimiento por situación de superioridad docente sólo será de aplicación cuando el sujeto activo sea el docente y el sujeto pasivo o víctima el alumno, si bien no debe entenderse de forma automática. Entender que siempre hay superioridad entre el docente y el alumno conllevaría a entender que necesariamente ya forma parte del tipo, y que por tanto nunca podría aplicarse. Por ello, entendemos que la relación de superioridad no sólo tiene que acreditarse, sino suponer un *plus* a la normal relación inherente a profesor y alumno. Por ejemplo, entendemos que puede considerarse que *a priori* sí puede entenderse esa superioridad entre un profesor y el alumno escolar de 14 años, pero no respecto de un profesor de academia respecto del alumno de 20 años. Igualmente, la superioridad en el ámbito universitario debería determinarse con base en otros criterios más allá de la mera relación profesor-alumno (por ejemplo, no es

¹⁴ A diferencia de otros tipos penales como el subtipo cualificado de tráfico de drogas del art. 369.1.7º cuando se refiere, entre otros espacios, a los centros docentes y sus proximidades.

lo mismo la relación entre profesor que se prevalece de ser el titular de la asignatura y del que depende aprobar la misma, e incluso sacar la carrera, que ser el profesor de prácticas cuya valoración final puede suponer un 10% de la nota o incluso ser irrelevante).

3. Bien jurídico

El art. 184 encuentra su ubicación dentro del título dedicado a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, por lo que *a priori* parece lógico pensar que el bien jurídico protegido es la libertad sexual.

Sin embargo, la doctrina no es unánime en su consideración del bien jurídico, como ya mencionamos al hablar del nuevo tipo de acoso, y de esta manera se divide en la consideración del bien jurídico entre la libertad sexual,¹⁵ la libre voluntad sexual,¹⁶ la integridad moral,¹⁷ o conjuntamente este último con la libertad sexual.¹⁸

Seguimos manteniendo lo ya expuesto al hablar del acoso de que el bien jurídico protegido en el delito de acoso sexual es la integridad moral. Y ello, partiendo de la consideración de que la libertad sexual de la víctima no llega no solamente a lesionarse, sino a ponerse siquiera en peligro porque el componente sexual sólo está en la mente del acosador pero no tiene por qué proyectarse necesariamente sobre la víctima de un modo sexual, o, mejor dicho, que afecte a la libertad sexual de ésta o a la formación de la voluntad en el ejercicio de su libertad sexual (y de hecho, si esto ocurriera, ya estaríamos hablando de un delito de abuso o agresión sexual). Al igual que en el delito de acoso, lo que necesariamente la víctima sí verá alterado es su sosiego, sí tendrá que soportar necesariamente la conducta hostil. Por tanto, consideramos que el bien jurídico es la integridad moral, y al igual que en el delito de acoso, en tanto que exista una puesta en peligro relevante o lesión de otros bienes jurídicos relativos especialmente a la libertad e indem-

nidad sexuales (aunque también caben otros como integridad psíquica, por ejemplo) cabría la aplicación de normas concursales, o la subsunción de los hechos en delitos más gravosos.

Todo ello, sin perjuicio de que en el acoso sexual con prevalimiento, en el que de forma expresa o tácita se anuncie la causación del mal, se lesione también la libertad, lo cual no podemos confundir con la consideración de la afectación prioritaria en todo delito de acoso sexual de la libertad sexual.

La Jurisprudencia del Supremo¹⁹ mantiene que esta modalidad de acoso consiste en conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del varón en el ámbito laboral, por lo que entendemos que también se desmarca de la opinión doctrinal de la libertad sexual para adentrarse en el de la integridad moral. Sin embargo, el resto de la jurisprudencia no es unánime, y en este sentido ha mantenido tanto la dignidad de la persona como bien jurídico protegido —por ejemplo, la Sentencia 6/2003 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Ciudad Real— como la libertad sexual —Sentencia 1/2002 de 29 de Mayo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Civil y Penal)—.

4. Sujetos

Sujeto activo y sujeto pasivo puede serlo cualquier persona, siendo indiferente que el sujeto activo o pasivo sean hombre o mujer, e igual de indiferente la naturaleza de la sexualidad del acoso (heterosexual, bisexual u homosexual). Por tanto, las posibilidades del acoso se amplían de hombre a mujer, de mujer a hombre, de hombre a hombre o de mujer a mujer, además de todas las posibilidades transgénero.

A diferencia del acoso en general no se recoge el acoso sexual de género, ni tampoco en el ámbito de pareja. En cuanto al primero, parte de la doctrina

¹⁵ Begué Lezaun, Juan José, “Sobre las tribulaciones del bien jurídico objeto de protección en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 13, 2005, p. 129.

¹⁶ Cobo del Rosal, Manuel, y Zabala López-Gómez, Carlos, “El acoso sexual”, CESEJ Ediciones, Madrid, 2006, p. 40.

¹⁷ Matallín Evangelio, Ángela, “El nuevo delito de acoso sexual”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

¹⁸ Pedreira González, Félix María, “Principales problemas sustantivos y procesales del delito de acoso sexual”, en Álvarez García, Francisco Javier, *et al.* (coords.), *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, *op. cit.*, p. 777, quien manifiesta que “con base en ello es posible seguir manteniendo que en este ámbito se está protegiendo la libertad sexual, además de la integridad moral, que constituyen, sin duda, bienes jurídicos dignos y necesitados de protección penal”.

¹⁹ STS 1135/2000 Sala 1ª.

entiende que, cuando en el ámbito laboral pueden ser especialmente vulnerables las mujeres,²⁰ lo que podría subsumirse en el subtipo agravado relativo a la especial vulnerabilidad por situación. Sin negar que efectivamente pueda ser así, entendemos que no cabe generalizar. A este respecto, entendemos que se debe diferenciar la situación de la víctima (la cual puede venir dada por la condición de mujer de ésta) del acoso motivado por razones de género, es decir, por una situación de desprecio, sometimiento, etc., hacia la víctima por su pertenencia a un sexo determinado (el cual puede además ser masculino, femenino o del tercer sexo), y que entendemos que no quedaría subsumida en el tipo cualificado por razón de situación, sino que sería de aplicación la agravante genérica de género del art. 22.4 del Código Penal. Y ello porque la situación debe provenir de un elemento objetivo que determina esa especial vulnerabilidad del sujeto pasivo, la cual no puede entenderse de forma genérica por el mero hecho de ser mujer. La agravante de género o por razón de sexo²¹ tiene su razón en un elemento subjetivo interno del sujeto pasivo que se revela contra la pertenencia del sujeto pasivo en un concreto sexo y por esa exclusiva razón, sin que ello implique una situación de especial vulnerabilidad de la víctima, la cual puede darse o no.

Asimismo, y en relación con la posibilidad de que el acoso se produzca entre personas que se encuentran incluidas dentro del art. 173.2 del Código Penal, tampoco consideramos que fuera de aplicación el art. 172 ter 2 del Código Penal, de acoso de género, pues entendemos que nos encontramos ante un concurso de normas en que debe apreciarse el criterio de especialidad, siendo más específica la conducta del art. 184 del Código Penal (ya que se refiere a un acoso de índole sexual frente al acoso genérico del otro tipo penal) y el ámbito en el que la misma puede darse. Sólo

en el caso en que no pudiera subsumirse en el tipo del art. 184 del Código Penal por faltar algunos de los elementos típicos, es cuando habrá de acudir en su caso al tipo del 172 ter 2 del mismo cuerpo legal.

5. Concursos

La problemática concursal de este delito es amplia y variada, ya que la conducta o parte de la misma puede subsumirse en otras figuras delictivas:

5.1. Concurso entre el delito de acoso sexual en el ámbito docente y la solicitud de prestación de servicios a menores del art. 183 ter 1²² del Código Penal

Nos encontramos ante un concurso de normas, ya que las conductas típicas son diferentes. Mientras que el delito de acoso sexual, como ya hemos mencionado, tiene como finalidad proteger el derecho al sosiego y a no ver lesionada su integridad moral, en el caso del tipo de solicitud sexual a menores el fundamento está en la limitación a la libertad sexual del menor de 16 años, que se ve reducida en función del art. 183 quáter²³ del Código Penal, a personas próximas en edad y grado de desarrollo o madurez, no siendo necesario que el menor se sienta hostigado, intimidado, siendo posible que incluso la conducta sea aceptada y deseada por el menor.

Sin embargo, si a la solicitud le sigue la conducta hostigante propia del acoso sexual, en virtud de lo dispuesto en el propio art. 183 ter del Código Penal —sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos—, entendemos que concurriría un concurso real. Y ello por cuanto entendemos que entre los delitos en su caso cometidos (generalmente abuso, agresión sexual, lesiones u homicidio) debe incluirse también el acoso sexual, ya que nos

²⁰ Álvarez García, Francisco Javier (dir.), et al., *Derecho penal español. Parte Especial I*, op. cit., pp. 440 y 441.

²¹ Sobre la diferenciación entre los términos género y por razón de sexo, véase Paino Rodríguez, Francisco Javier, *Aspectos problemáticos de los delitos de violencia doméstica y de género: con especial consideración a las dificultades aplicativas*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2015, pp. 50 y ss.

²² “1. El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.”

²³ “El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.”



encontramos ante dos conductas totalmente diferentes, requiriendo el acoso que la misma sea continuada o habitual, así como la provocación de la situación hostil o humillante, mientras que la de solicitud sexual a menores sólo requiere la solicitud con actos encaminados al acercamiento, sin la concurrencia de habitualidad o continuidad, ni la provocación de la situación hostil.

5.2. Concurso entre el acoso sexual mediante prevalimiento y el delito de amenazas condicionales que no constituyan delito del art. 171.1²⁴ del Código Penal

La doctrina se encuentra dividida, tratando de buscar fundamento a algo que consideramos no lo tiene; la inexplicable menor penalidad del delito de acoso sexual con prevalimiento (cinco a siete meses de prisión o multa de 10 a 14 meses) frente al de las amenazas condicionales no constitutivas de delito (tres meses a un año o multa de seis a 24 meses), del mismo modo que nos resulta inexplicable que acosar sexualmente sea más beneficioso respecto de la penalidad para el sujeto activo que simplemente acosar.

De esta manera, la doctrina acude al principio de alternatividad previsto en el art. 8.4 del Código Penal²⁵ por el que se aplicaría el de mayor penalidad, obviando que este criterio sólo es de aplicación en defecto de los tres criterios anteriores, por lo que entendemos que no podría aplicarse a la vista que cabe la aplicación del primero; el de especialidad. El acoso sexual con prevalimiento no es sino una forma específica de amenaza condicional, por lo que el tipo penal del primero será de aplicación preferente frente al segundo. Además, la especialidad no afecta solamente al componente sexual que subyace en la *psiquis* del sujeto activo y que trasciende e impregna la conducta, sino también la afectación del bien jurídico, donde la libertad pasa a un segundo plano frente a la integridad moral de la víctima.

Por la misma razón tampoco consideramos acertadas otras argumentaciones doctrinales, como la de parte de la doctrina que entiende que nos encontramos ante un concurso ideal,²⁶ atendiendo a la diferente protección de bienes jurídicos que efectúa cada tipo penal. Mantenemos la existencia de un concurso de normas y no de un concurso ideal. No podemos olvidar que el acoso sexual es una modalidad privilegiada del acoso, delito que se ubica en el mismo título que las amenazas y coacciones, además de que, como ya hemos mencionado, en el delito de acoso sexual con prevalimiento se lesiona junto a la integridad moral el bien jurídico libertad. Por tanto, no hay una diferente lesión de bienes jurídicos, sino en todo caso un *plus* de afectación, ya que la amenaza condicional sólo afecta a la libertad *a priori*, mientras que el delito de acoso sexual con prevalimiento afecta a la libertad sexual y a la integridad moral, lo que nuevamente justifica la aplicación del criterio de especialidad. Y pone en evidencia, nuevamente, los criterios del legislador para imponer menor penalidad cuando hay una afectación mayor de bienes jurídicos.

La solventación por vía de subsidiariedad del art. 8.2²⁷ del Código Penal tampoco nos parece satisfactoria, porque por un lado se plantea el problema de entender cuál es el delito principal y cuál el subsidiario, dada la diferente ubicación de los tipos penales y los diferentes bienes jurídicos protegidos, lo que además nos lleva a si realmente podemos entender que uno es subsidiario de otro y por qué razón lo entendemos así, lo cual no se explicita por el autor.

En conclusión, y sin buscar explicación a lo que simplemente consideramos un error del legislador, que al ir introduciendo nuevas modalidades de acoso no ha realizado una unificación y reagrupación de las conductas, ni una labor de revisión de las diferentes penalidades, a fin de evitar problemas como éste —que afectan a principios tan importantes como el de proporcionalidad de las penas—, creemos encontrarnos ante un concurso de normas por resolver por el

²⁴ “1. Las amenazas de un mal que no constituya delito serán castigadas con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses, atendidas la gravedad y circunstancia del hecho, cuando la amenaza fuera condicional y la condición no consistiera en una conducta debida. Si el culpable hubiere conseguido su propósito se le impondrá la pena en su mitad superior.”

²⁵ En el mismo sentido, Pedreira González, Félix María, “Principales problemas sustantivos y procesales del delito de acoso sexual”, en Álvarez García, Francisco Javier, *et al.*, *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, *op. cit.*, p. 796.

²⁶ Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015, p. 210.

²⁷ Matus A., Jean Pierre, *Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el Código Penal español de 1995*, vol. LVIII, ADPCP, 2005, p. 475, aunque del delito de amenazas del art. 169 CP.

El acoso sexual en el Código Penal español tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo

principio de especialidad a favor de la aplicación del tipo penal de acoso sexual con prevalimiento.²⁸

5.3. Concurso entre el delito de acoso sexual y el delito de lesiones psíquicas del art. 147.1²⁹ del Código Penal

De antemano, doctrina y jurisprudencia han considerado que el delito de acoso sexual ya supone la causación de una lesión psíquica en la víctima que no supone la integración en el tipo penal de lesiones del art. 147.1 del Código Penal, o, dicho de otra manera, se entiende que el legislador a la hora de tipificar el delito y asignar la pena correspondiente al mismo ya ha tenido en cuenta que de dicha conducta se derivan lesiones psíquicas en mayor o menor grado. Por tanto, debe apreciarse la consunción del delito de lesiones dentro de la conducta del acoso sexual (a pesar de la menor penalidad de éste) con base en lo anteriormente mencionado.

Ello no impide, sin embargo, la consideración —que plenamente compartimos— de que si bien esto puede ser una regla, no quepan excepciones a la misma. No toda conducta de acoso se produce con la misma intensidad, ni la misma afecta a toda víctima por igual. De esto se deriva que existen lesiones psíquicas que no deban entenderse como consecuencia lógica de una conducta de acoso sexual, sino que la entidad de dichas lesiones excede en mucho la afectación que el ciudadano medio sufriría por dicha conducta. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya menciona como:

en la doctrina de esta Sala se admiten excepciones para supuestos en que los resultados psíquicos de la agresión, abuso o acoso sexual superen la consideración normal

de la conturbación anímica y alcancen una naturaleza autónoma como resultados típicos del delito de lesiones psíquicas, adquiriendo una magnitud desproporcionada a la que puede haber sido tomada en cuenta al penalizar el acto contra la libertad sexual y merecedora de reproche penal específico. Siempre, obviamente, que concurran los demás elementos típicos del delito de lesiones, es decir la asistencia facultativa y el tratamiento médico que expresen, claramente, el diagnóstico de la enfermedad y dispongan el preciso tratamiento para su sanidad. Para alcanzar una subsunción autónoma en el delito de lesiones, concurrentes según las reglas del concurso ideal, es preciso que las consecuencias psíquicas aparezcan claramente determinadas y excedan de lo que pudiera considerarse resultado y consecuencia ordinaria de la agresión

para continuar diciendo que es necesario que la conducta provoque una consecuencia diferencia del resultado típico del delito, consistente en una verdadera enfermedad psíquica, “un resultado autónomo de lesión psíquica, no abarcado por la moderada penalidad legalmente prevenida para el delito de acoso”.³⁰

5.4. Concurso entre el delito de acoso sexual y el delito de solicitud de prestación sexual por parte de funcionario público o funcionario de prisiones de los artículos 443 y 444 del Código Penal

Considerando que el delito de solicitud sexual³¹ es un delito de mera actividad, y que se agota con la mera solicitud de prestación de los favores, *a priori* parece lógico entender que procede la consunción del delito de acoso sexual dentro del mismo. Sin embargo, hay que hacer dos puntualizaciones; por un lado, el delito del art. 443 del Código Penal requiere una mera

²⁸ En el mismo sentido, Queralt Jiménez, Joan J., *Derecho penal español. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 271

²⁹ “1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo de delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.”

³⁰ STS 4705/2015 Sala 1^a.

³¹ Art. 443 del Código Penal: “1. Será castigado con la pena de prisión de uno a dos años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a 12 años, la autoridad o funcionario público que solicitare sexualmente a una persona, que, para sí misma o para su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afín en los mismos grados, tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquel o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior. 2. El funcionario de Instituciones Penitenciarias o de centros de protección o de corrección de menores que solicitara sexualmente a una persona sujeta a su guarda será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a 12 años. 3. En las mismas penas incurrirán cuando la persona solicitada fuera ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados de persona que tuviere bajo su guarda. Incurrirá, asimismo, en estas penas cuando la persona solicitada sea cónyuge de persona que tenga bajo su guarda o se halle ligada a ésta de forma estable por análoga relación de afectividad”.

solicitud, mientras que el delito de acoso sexual requeriría una conducta hostigante hacia la víctima, es decir, en el primero se adelanta la penalidad del hecho a una primera conducta por el especial ámbito en que la misma se produce y la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo, así como las cualidades que debe reunir el sujeto activo (autoridad o funcionario público, o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de corrección o de menores) y la relación de dependencia del primero respecto del segundo, que ya se contempla en el tipo penal al exigir que el funcionario tenga pretensiones pendientes de resolver respecto del interno.

Por otro lado, el art. 444³² del Código Penal establece el concurso real entre el delito de solicitud de prestaciones sexuales por funcionario y los delitos contra la libertad sexual.

Atendiendo a estos criterios, entendemos que cuando sólo se produce la solicitud —reuniendo obviamente el resto de los elementos típicos— nos encontraríamos ante un delito de solicitud de favores sexuales por funcionario en virtud del principio de especialidad,³³ siendo que si la conducta se reitera en el tiempo de manera que se produzca un hostigamiento hacia la víctima, nos encontraríamos ante un concurso real entre este delito y el de acoso sexual.

5.5. Concurso del delito de acoso sexual con el delito contra la integridad moral del art. 173.1 párrafo 1³⁴ del Código Penal

Nuevamente consideramos que nos encontramos ante un concurso de normas y que por lo tanto debe apreciarse el principio de especialidad, siendo la norma especial el tipo penal de acoso sexual frente al ge-

nérico contra la integridad moral,³⁵ y hemos de traer nuevamente a colación los argumentos expuesto al hablar del concurso con las amenazas condicionales no constitutivas de delito.

5.6. Concurso entre el delito de acoso sexual con el delito de abuso sexual con prevalimiento del art. 181.3³⁶ del Código Penal, o de agresión sexual con intimidación del art. 178³⁷ del mismo cuerpo legal

Para dilucidar la relación concursal hay que atender necesariamente la conducta. Si se mantiene la posibilidad de que una sola conducta integre el delito de acoso sexual, y dicha conducta es seguida de forma más o menos inmediata del abuso o agresión sexual, podemos entender (como ya ocurre, por ejemplo, con las amenazas y las vejaciones cuando de forma inmediata o simultánea se causa además un resultado lesivo) que la penalidad del primero queda absorbida por la del segundo, es decir, podemos aplicar el principio de consunción.³⁸

Sin embargo, y a nuestro modo de entender, cuando la conducta es reiterada —bien porque entendamos que sólo cabe subsumir en el tipo dicha reiteración, bien porque simplemente lo sea *de facto*— no cabe la absorción de un delito por otro. En este sentido, entendemos que no nos encontramos ante un concurso de normas, sino ante un concurso real, o en su defecto, si la conducta de acoso era el medio (sobre todo en relación con el acoso sexual intimidante) para obtener el consentimiento —viciado— de la víctima, un concurso ideal medial.

Lo que no se plantean, en todo caso, son dudas de cuando nos encontramos ante un delito de acoso sexual con prevalimiento y ante la conducta de abuso o

³² “Las penas previstas en el artículo anterior se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos contra la libertad sexual efectivamente cometidos.”

³³ En el mismo sentido, Boix Roig, Javier (dir.), *et al.*, *Derecho penal. Parte Especial*, I, Iustel, Madrid, 2016, p. 409. Sin embargo, para el mismo, si la conducta produce una grave degradación del sujeto pasivo, el concurso estribaría entre el delito de solicitudes por funcionario del art. 443 y el delito contra la integridad moral del art. 173.1, ambos del Código Penal.

³⁴ “El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.”

³⁵ En el mismo sentido, Pedreira González, Félix María, “Principales problemas sustantivos y procesales del delito de acoso sexual”, en Álvarez García, Francisco Javier (coord.), *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos, op. cit.*, p. 796.

³⁶ “3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.”

³⁷ “El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años.”

³⁸ Aunque sin distinguir entre la naturaleza única o reiterada de la conducta, plantea la consunción con la conducta inmediata de abuso o agresión Pedreira González, Félix María, “Principales problemas sustantivos y procesales del delito de acoso sexual”, en Álvarez García, Francisco Javier (coord.), *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos, op. cit.*, p. 797.

agresión sexual. En la primera sólo existe la solicitud de favores sexual, mientras que en la segunda existen actos ejecutivos que van más allá de la mera solicitud.

6. Consideraciones acerca de la situación objetiva o grave de hostilidad, humillación o intimidación

En este sentido, Álvarez García manifiesta que “con tal comportamiento debe provocarse a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante. Por tanto, se trata de un delito de resultado”.³⁹ En contra, Rodríguez Ramos⁴⁰ manifiesta que nos encontramos ante un delito de mera actividad, constituyendo la situación objetiva o grave de hostilidad, humillación o intimidación una condición objetiva de punibilidad.

Como ya hemos mencionado anteriormente, la jurisprudencia no es unánime al considerarlo como resultado típico o condición objetiva de punibilidad, si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴¹ parece decantarse por el resultado típico.

Por nuestra parte mostramos nuestra oposición a la contemplación de la expresión a la que hemos venido haciendo referencia, entendiéndolo que debería desaparecer del texto del artículo. En primer lugar porque consideramos que basta para que nos encontremos ante una situación de acoso con que se produzca la conducta que provoca el hostigamiento y/o la humillación de la víctima, toda vez que no es necesario que el acosador busque finalidad alguna con el acoso, sin perjuicio de que además el resultado no depende del sujeto activo, sino de la víctima, que es quien decide en última instancia si altera o no el desarrollo de su vida cotidiana. En segundo lugar, que efectivamente se produzca un resultado lesivo para la víctima; más allá de haber soportado la conducta hostigante debería ser considerado en todo caso como un subtipo agravado que conllevara una mayor penalidad.

Centrándonos ya en los requisitos establecidos por el legislador para la situación que debe provocarse en la víctima, ésta debe ser:

1. Objetiva
2. Grave
3. Intimidatoria
4. u hostil
5. o humillante

En cuanto a que debe ser objetiva implica que debe serlo para el ciudadano medio en la misma situación, y que por tanto no quede a la merced de que el sujeto pasivo sea especialmente sensible o melindroso a tal respecto, sin perjuicio de que el elemento subjetivo sí pueda tenerse en cuenta en el subtipo agravado por la especial vulnerabilidad del sujeto. De este modo, la conducta puede separarse de lo que es una mera conducta que pueda resultar molesta para quien la sufre, sin que ello suponga una lesión al bien jurídico protegido significativa o relevante para el Derecho penal.

Por su lado, la gravedad ha de ser valorada atendiendo también a criterios objetivos y no meramente subjetivos, de manera que habrá que analizar en qué consiste exactamente la conducta, la forma de producción y las relaciones existentes entre víctima y victimario, de manera que cuando la conducta no alcance un estándar medio de afectación al bien jurídico y por tanto la conducta sea esencialmente leve, no podrá subsumirse en el tipo penal y deberá acudir a la vía civil o laboral para solventar la controversia. Nuevamente, la gravedad queda a merced de la observación imparcial del ciudadano medio y no del criterio subjetivo de la víctima.

La situación objetiva y grave que debe producirse es al menos una de las tres mencionadas: intimidatoria, hostil o humillante. En cuanto a la primera, como menciona⁴² Álvarez García, no hay que confundir el resultado con la acción. Que la víctima sufra una situación intimidante no implica que necesariamente la conducta consista en intimidación, ni que el medio empleado lo sea en sí mismo. Basta que con la conducta, una vez que ésta es objetiva y grave, la víctima sobre la que recae sienta su libertad amenazada en el

³⁹ Álvarez García, Francisco Javier (dir.), *et al.*, *Derecho penal español. Parte Especial I*, op. cit., p. 442.

⁴⁰ Rodríguez Ramos, Luis (dir.), y Martínez Guerra, Amparo (coord.), *Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, La Ley, pp. 817 y 818. En el mismo sentido, Escobar Jiménez, Rafael, “Delitos contra la libertad sexual”, en Serrano Butragueño, Ignacio (coord.), *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*, Comares, Granada, 1999, p. 1073.

⁴¹ Sentencia 1460/2003, de 7 de noviembre. La sentencia 721/2015 Sala 1ª del Tribunal Supremo asimismo manifiesta que “no es éste, en consecuencia, un delito de mera actividad o de resultado cortado (lo que producirá la concurrencia, en su caso, de formas imperfectas de ejecución), pues exige que se provoque en la víctima una situación gravemente intimidatoria, hostil o humillante”.

⁴² Álvarez García, Francisco Javier (dir.), *Derecho penal español. Parte Especial I*, op. cit., pp. 442 y ss.

ámbito de la relación laboral donde la misma se produce, una situación de miedo constante.

Que la situación que sufre la víctima sea hostil implica que ésta sufre, a nuestro modo de entender, algo más que la mera libertad coaccionada, una auténtica situación de hostigamiento o persecución, o como menciona Vázquez Iruzubieta,⁴³ se constituye en “una forma de trato social que se presenta como un enfrentamiento o una permanente manifestación de conflicto del acosador a su víctima”.

Finalmente, la situación sufrida por la víctima como humillante implica una afectación a la dignidad personal que encuentra su reflejo en los delitos contra la integridad moral, diferenciándose de éstos por criterios de especialidad. Humillación puede entenderse entonces como degradación, vejación, minusvaloración, algo moralmente ofensivo o ignominioso.

7. Penalidad

La pena prevista en el tipo penal para el delito de acoso sexual en el ámbito laboral es de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses para el tipo básico, de cinco a siete meses de prisión o de 10 a 14 meses de multa cuando medie prevalimiento o cuando la víctima es especialmente vulnerable si no hay prevalimiento, y finalmente de seis meses a un año de prisión cuando el acoso lo es a persona especialmente vulnerable y existe prevalimiento. La pena prevista para el acoso laboral es de prisión de seis meses a dos años. Finalmente, la pena prevista para el delito de acoso es de tres a dos años de prisión o seis a 24 meses de multa. A simple vista puede verse que el acoso sexual tiene una penalidad mucho menor, lo que de facto lo convierte, increíblemente, en un delito privilegiado respecto del delito de acoso en general, y de acoso laboral en particular.

No se aciertan a entender las motivaciones del legislador para considerar que el acoso sexual es merecedor de un menor reproche penal que cualquier otra modalidad de acoso, aun cuando se lleva a cabo en personas especialmente vulnerables y valiéndose de una situación de prevalencia. Lo único que permite “entender” esta aberración penológica consideramos que estriba en que la dispersión de las diferentes mo-

dalidades de acoso a lo largo del Código Penal, y la paulatina creación de los diferentes tipos, ha hecho que el articulado penal sobre la materia carezca de la necesaria coherencia que debería serle exigible. Por ello, desde aquí abogamos para que el legislador unifique bajo un mismo capítulo las diferentes formas de acoso, y otorgue a la legislación un carácter unitario, coherente y proporcional.

8. Tipo cualificado de prevalimiento

Al hablar de la presente cualificación, es necesario referirse a dos cuestiones; 1) a la significación del propio término de prevalimiento, y 2) a qué debemos entender por superioridad, toda vez que el prevalimiento lo es por dicha situación de superioridad.

Es necesario, en todo caso, que no sólo se dé la circunstancia objetiva de prevalimiento, sino que el sujeto activo tenga el ánimo de abusar de la situación de superioridad laboral entre el mismo y la víctima. Así, en cuanto al termino prevalimiento, implica una posición de ventaja, de superioridad de una persona (en este caso el victimario o sujeto activo) frente a otra (el sujeto pasivo o víctima). Dicha situación de prevalimiento no podemos hacerla depender exclusivamente de una situación de jerarquía laboral o docente, y de hecho, aunque ésta generalmente pueda implicar una situación de prevalimiento, no siempre debe ser así. Y por lo contrario, puede haber situaciones de prevalimiento aunque no exista dicha jerarquía. Así, cabe que un superior jerárquico dentro de una determinada empresa no tenga una auténtica situación de superioridad sobre el sujeto pasivo y, sin embargo, pueda existir la situación de superioridad aunque ambos tengan la misma jerarquía dentro de la empresa. Por ello, la superioridad debe ser real, de manera que el sujeto activo ostente una situación de preeminencia sobre el pasivo, y, además, necesariamente ha de abusar de ello.

En cuanto a la superioridad, nuevamente no entendemos la misma como meramente jerárquica, ya que la jerarquía puede no conllevar por necesidad una situación real de superioridad que permita el prevalimiento del sujeto activo para la conducta de acoso. Sin perjuicio de que efectivamente sí pueda

⁴³ Vázquez Iruzubieta, Carlos, *Código Penal comentado (actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo)*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2015, p. 347.

serlo. De hecho, el artículo 184 del Código Penal ya expresa que la superioridad debe ser jerárquica, o bien laboral o docente. La superioridad, consideramos que debe entenderse como una posición real y efectiva de poder o ventaja en algún ámbito de poder concreto del sujeto activo sobre el pasivo (que puede abarcar desde la posibilidad de despedir al trabajador, de suspender a un alumno, de tener influencias por situación de confianza con terceras personas con poder sobre la víctima, influencia comerciales, etc.), abarcando un amplio abanico de posibilidades que deberán analizarse en cada casuística concreta.

9. Tipo cualificado de amenazas en el ámbito laboral

Aunque íntimamente unida a la anterior, mostrándose casi como una especialidad de la misma, hay que incidir que en el presente caso no es necesario que exista una situación de prevalimiento, y de hecho, cabría que incluso el sujeto pasivo estuviera a un nivel jerárquicamente inferior. La cualificación de la conducta se centra en la amenaza, tácita o expresa, de causar un mal relacionado con las expectativas que de forma legítima tenga la víctima en el ámbito donde se produce el acoso (laboral, docente o de relación de servicios). Por ello, ya no es precisa la relación de superioridad.

10. Tipo cualificado por razón del sujeto pasivo

La cualificación se prevé por la especial vulnerabilidad del sujeto, la cual puede provenir por razones de edad, enfermedad o situación, tal y como prevé el apartado 3 del artículo 184 del Código Penal.

En lo que hace referencia a la edad, antes de la reforma operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo, algunos autores⁴⁴ tomaban como referencia el art. 180.3 del Código Penal vigente en esos momentos, y que establecía en 13 años el límite para prestar un consentimiento libre en el ámbito de las relaciones sexuales. Sin perjuicio de que no consideramos que dicho artículo sea referente (como no lo es en otros ámbitos donde también se utiliza concretamente la

especial vulnerabilidad para cualificar un tipo penal, como lo es la violencia de género, por ejemplo), la misma desaparece con la última reforma penal, que omite esa referencia a los 13 años, y modifica también de 13 a 16 la edad para considerar la comisión de abusos sexuales a menores. A nuestro modo de ver, la especial vulnerabilidad en relación con la edad no presenta especialidades respecto de los otros dos criterios establecidos por el tipo penal (enfermedad o situación), en el sentido de que deben concurrir tanto elementos objetivos como subjetivos para entender la concurrencia de la cualificación.

El elemento objetivo, obviamente, será la minoría de edad del sujeto pasivo. Los elementos subjetivos se concretarán en cómo esa edad predispone que el mismo —motivado por la edad y no por otras circunstancias— sufra o sea susceptible de sufrir una mayor afectación por la conducta realizada. Para ello habrá de estarse a la mayor o menor madurez sexual de la víctima, que variará en función de criterios tan variables como la edad cronológica, el desarrollo físico, intelectual y emocional, la educación e incluso creencias.⁴⁵

Excepcionalmente, la cualificación podría ser aplicable no respecto de la concurrencia de la minoría de edad, sino por la avanzada edad de la víctima, siempre que junto a la misma concurren otras circunstancias (situación de aislamiento, dependencia respecto del acosador, o incluso dificultades por la misma de encontrar otro puesto de trabajo).⁴⁶

En cuanto a la enfermedad, ésta puede ser física o psíquica, y entendemos que no existen problemas en considerar que puede ser tanto crónica o permanente como transitoria —por ejemplo, un cáncer—. No cabría incluir aquí los embarazos, incluyendo los de riesgo, pues en modo alguno pueden ser considerados como enfermedad, debiendo remitirse en su caso a la vulnerabilidad por situación. Entendemos que la enfermedad asimismo puede ser considerada como factor de vulnerabilidad en cuanto afecte las capacidades personales de la víctima (por ejemplo, enfermedades psíquicas que lo hagan más sensible a la conducta típica) o sus posibilidades de encontrar otro empleo

⁴⁴ Álvarez García, Francisco Javier (dir.), *Derecho penal español. Parte Especial I*, op. cit., p. 440.

⁴⁵ Creemos que en determinados supuestos las creencias religiosas o morales de la víctima pueden influir en su concepción de la sexualidad y en la afectación que las conductas hostigantes supongan para la misma.

⁴⁶ En este sentido, Pedreira González, Félix María, “Principales problemas sustantivos y procesales del delito de acoso sexual”, en Álvarez García, Francisco Javier (coord.), et al., *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, op. cit., p. 795.

(por ejemplo, determinadas minusvalías que le limitan sustancialmente una efectiva y real incorporación al mundo laboral).

Por último, el amplio término de “situación” lo convierte en un cajón de sastre donde caben cuestiones tan dispares como los factores económicos, o casos de exclusión social por motivos étnicos, sociales o culturales. Lo que sí es preciso es que dicha situación pueda considerarse objetivamente como creadora de especial

vulnerabilidad a ojos del ciudadano medio, y no meramente en la *psiquis* del sujeto pasivo o víctima.

Por último, y al igual que ya mencionamos respecto del tipo cualificado por prevalimiento, no basta, para la apreciación de la cualificación de especial vulnerabilidad de la existencia objetiva de la situación de edad, enfermedad o situación, sino que es preciso el ánimo del sujeto activo de abusar o aprovecharse de tal circunstancia.



Efectos globales de la corrupción: un obstáculo para el desarrollo*



Javier Sánchez Bernal

Universidad de Salamanca

RESUMEN: *La corrupción ha dejado de ser un problema local que afecta únicamente a la administración pública para convertirse en un fenómeno sistémico que conlleva repercusiones negativas en todos los ámbitos de la convivencia social. En este trabajo se analizan los efectos perversos de estas conductas en los ámbitos democrático, económico, social, cultural, medioambiental y deportivo.*

PALABRAS CLAVE: *Corrupción, globalización, efectos negativos, desarrollo.*

ABSTRACT: *Corruption is no longer a local problem that affects only the public Administration to become a systemic phenomenon that involves a negative impact on all areas of social life. This article discusses the harmful effects of these behaviours in democratic, economic, social, cultural, environmental and sports areas.*

KEY WORDS: *Corruption, globalization, harmful effects, development.*

SUMARIO: *I. La corrupción: un problema global. II. Los efectos de la corrupción. III. Conclusiones. IV. Bibliografía.*

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Programa de Formación de Profesorado Universitario, dependiente del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Convocatoria 2012.

I. La corrupción: un problema global

Hablar de corrupción en España en tiempos recientes —especialmente en el contexto de profunda crisis económica y financiera que padecemos desde hace cinco años— no es una iniciativa original. Dicho esto, sin embargo, cabe señalar que el propósito de este artículo no es analizar el fenómeno de la corrupción en sí misma —si bien partiremos de algunas cuestiones generales, a fin de presentar el objeto del texto—, sino examinar los efectos perniciosos que ésta provoca para el conjunto de una sociedad.

Antes de comenzar con el estudio, conviene acotar siquiera someramente qué entenderé por corrupción en lo sucesivo. El primer paso ha de ser, necesariamente, acudir al Diccionario de la Real Academia que, en su cuarta acepción, indica que “en las organizaciones, especialmente en las públicas, [es una] práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores”.¹ Sin embargo, quizá sea necesario acudir a un concepto más general que pueda explicar la multiplicidad de comportamientos que pueden catalogarse como de corrupción. En este punto, la Organización No Gubernamental “Transparencia

Internacional” —en adelante, sin comillas— define corrupción como el “abuso con fines de lucro personal del poder delegado” o, del mismo modo, como el “mal uso del poder encomendado para obtener beneficios privados”.² Estas definiciones me parecen más acertadas, puesto que aportan algunos elementos interesantes. Entre ellos, el poder entender que el abuso puede ser perpetrado por una persona con poder de decisión en el sector público o privado; iniciado por dicha persona o provocado por un tercero que quiera influir en el proceso de toma de decisiones.³

Así las cosas, no cabe duda que la corrupción es, actualmente, un “problema mundial”.⁴ Y debe decirse que esto es así pues afecta a la práctica totalidad de los Estados del mundo⁵ —como refleja cada año Transparencia Internacional—,⁶ pero, de igual modo, es un fenómeno global que, como trataré de poner de manifiesto, se deja notar en todos los sectores de una sociedad y sus efectos distorsionan la convivencia social en su conjunto.⁷

Es más, en el mismo sentido, puede decirse que la globalización, entendida como un fenómeno de *mundialización*, es uno de los factores más relevantes a la hora de explicar la actual proliferación de conductas corruptas. La desaparición progresiva de fronteras

¹ Fuente: dle.rae.es [Consultado el 8 de junio de 2016].

² Para la primera definición, fuente: www.proetica.org.pe/corruptcion/ [Capítulo peruano de Transparencia Internacional], y para la segunda, fuente: www.transparenciacolombia.org.co/ [Capítulo colombiano de Transparencia Internacional] [Consultados el 8 de junio de 2016].

³ Como se ve, estas definiciones engloban la corrupción pública y la privada, y elementos como la perpetración directa o mediante tercero del acto de corrupción, así como la distorsión en el proceso de toma de decisión, pública o privada. Fuente citada: www.proetica.org.pe/corruptcion/ [Consultado el 8 de junio de 2016].

⁴ Así cataloga a la corrupción un artículo publicado en el diario digital INFORMACION.ES. En el mismo, publicado el 9 de diciembre de 2010 bajo el título “La corrupción, un problema mundial”, se analiza un comunicado de la entonces presidenta de Transparencia Internacional, Huguette Labelle, quien afirma que “la crisis financiera continúa afectando a la opinión de la gente sobre la corrupción, especialmente en Europa y en Norteamérica”. Fuente: www.diarioinformacion.com. [Consultado el 8 de junio de 2016].

⁵ La profesora Muriel Patino así lo asevera cuando reconoce que “bien es sabido que el fenómeno de la corrupción es algo frecuente en todo tipo de países, se trate de aquellos que llamamos desarrollados o se trate de los menos favorecidos económicamente”. En Muriel Patino, M.V., “Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción”, Rodríguez García, N., y Fabián Caparrós, E.A. (coords.), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2003, p. 27.

⁶ Si se toma como referencia el último Barómetro Global de la Corrupción (2013) publicado por la citada organización, podemos entresacar diversos datos interesantes en relación con el carácter global de la corrupción. Así, por ejemplo, ante la pregunta de: ¿considera que la corrupción ha aumentado en su país?, el mapa de resultados muestra que la respuesta ha sido positiva en la práctica totalidad de los 107 países encuestados. Fuente: http://webantigua.transparencia.org.es/barometro_global/barometro_global_2013/tabla_sintetica_barometro_2013.pdf [Consultado el 26 de marzo de 2014].

⁷ Respecto del fenómeno de la globalización, dice Lizcano, presidente de Transparencia Internacional-España, que se trata de “un fenómeno que afecta a todos los aspectos de la vida (economía, política, mundo empresarial y judicial, medioambiente, ética, sociedad...) y es ya un hecho irreversible”. Conferencia realizada en la Asociación “Foro Generación del 78” el 14 de febrero de 2008 y accesible en la web de la misma. Fuente: www.foro78.org. [Consultado el 8 de junio de 2016].

Estas notas características de la globalización se dejan notar también en las conductas de corrupción, que en la actualidad se extiende a todos los ámbitos de la vida social, como se expondrá seguidamente en el artículo. En este sentido, Kindhäuser, U., “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”, *Revista Política Criminal*, núm. 3, artículo 1, 2007, p. 2. Ello es lo que justifica la persecución de la corrupción como fenómeno que perjudica el correcto funcionamiento de todas las instituciones sociales. Bolea Bardon, C., “El delito de corrupción privada”, *Revista InDret*, Barcelona, marzo de 2013, p. 3.

ha supuesto un incremento del libre comercio, con la desaparición de las restricciones impuestas a aquél por la legislación de los Estados.⁸ La globalización ha supuesto, desde luego, indudables mejoras para las sociedades humanas pero, particularmente en los países desarrollados, también ha permitido el agravamiento de algunos fenómenos delictivos y, en especial, de la corrupción.⁹

Las empresas han internacionalizado sus mercados de producción, distribución y venta de productos, acentuando progresivamente la libre circulación de mercancías, que ha traído consigo también una progresiva libertad de circulación de capitales. Estos procesos, unidos al auge de los medios de información y comunicación, han supuesto grandes avances para el bienestar social, pero también han implicado un incremento de la corrupción y una facilitación de la actividad de los grupos de delincuencia organizada,¹⁰ esencialmente apoyándose en la opacidad que aún hoy ofrecen los territorios considerados como paraísos fiscales.¹¹

Como es sabido, son considerados paraísos aquellos territorios que ofrecen condiciones fiscales muy ventajosas a los ciudadanos y empresas foráneos para lograr atraer su dinero, unido ello a una ausencia de

control acerca de la naturaleza o el origen de tales fondos. Acuden a ellos las grandes multinacionales —para eludir dar cuenta de sus obligaciones—, pero también los grandes patrimonios aprovechan en ocasiones la posibilidad de ocultar su identidad valiéndose del secreto bancario, la ineficacia de los sistemas de intercambio de información y las facilidades para constituir diferentes figuras jurídicas sin demasiadas medidas de identificación; y, del mismo modo, los bancos, que encuentran en estos territorios una vía no ya sólo para reducir su factura fiscal, sino también para constituir filiales que escapen de los estrictos controles a los que suelen estar sometidos por los bancos centrales y las normativas de sus países de origen.¹² Es por ello que una de las medidas necesarias en la respuesta global frente a la corrupción haya de ser la eliminación de los paraísos fiscales.¹³

Volviendo a la corrupción mundial y global, para ilustrar el primero de estos atributos resulta revelador el mapa que, con ocasión de la publicación del Índice de Percepción de la Corrupción (en adelante, IPC) del año 2013, elaboró Transparencia Internacional (figura 1) y que revela claramente que la corrupción está presente en la práctica totalidad de Estados del mundo, según es observado por los expertos de dichos países:

⁸ El ámbito de la entonces Comunidad Europea —hoy Unión Europea— es un claro ejemplo de esta tendencia, pues a partir del Tratado de Ámsterdam (1997), con la creación del “Espacio de libertad, seguridad y justicia”, se incorpora el Acervo de Schengen (Convenio, 1990) como política comunitaria, lo cual supuso el inicio del proceso de eliminación de fronteras internas entre los Estados miembros. Actualmente, la libertad de movimiento se traduce en lo que en jerga comunitaria se ha dado en llamar “las cuatro libertades”: personas, mercancías, servicios y capitales. Fuente: europa.eu/legislation_summaries/internal_market/index_es.htm [Consultado el 26 de marzo de 2014].

⁹ Castresana Fernández, C., “Corrupción, globalización y delincuencia organizada”, en Rodríguez García, N., y Fabián Caparrós, E.A. (coords.), *La corrupción en un mundo...*, p. 213. En el mismo sentido, ha de señalarse que la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, en su Preámbulo, reconoce que “la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías”. El texto de la Convención puede consultarse en la web de la ONU. Fuente: www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf. [Consultado el 8 de junio de 2016].

¹⁰ Castresana Fernández, C., “Corrupción, globalización...”, p. 214. En el mismo sentido y en profundidad, Malem Seña, J.F., *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Gedisa, Barcelona, 2002, pp. 173-175.

¹¹ Por aportar algunos datos, según noticia de prensa aparecida en la versión digital del diario *El País*, según los expertos, en los paraísos europeos se mueve el 10% del PIB mundial, lo cual supone “una amenaza para la ecología económica”. Vid. “Paraísos”, noticia publicada el 23 de mayo de 2013. Fuente: cultura.elpais.com/cultura/2013/05/23/television/1369333457_506017.html [Consultado el 8 de junio de 2016]. Para completar este apunte, en el ámbito europeo, se reconocen como paraísos fiscales: Suiza, Mónaco, Andorra, Malta, Luxemburgo, Gibraltar e Isla de Jersey. “Los paraísos fiscales de la UE”, noticia publicada el 11 de junio de 2013 en la versión digital del diario *La Nueva España*. Fuente: www.lne.es [Consultado el 8 de junio de 2016]. Cockcroft constata esta relación entre paraísos fiscales y corrupción cuando asegura que “en muchos casos, miembros de la red han establecido relaciones con el crimen organizado; tal vez contratados para el comercio ilegal; y son capaces de depositar sus fondos corruptos en ‘jurisdicciones secretas’ desde donde pueden ser recicladas a la economía doméstica” (traducción propia). En Cockcroft, L., *Global Corruption. Money, Power, and Ethics in the Modern World*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 2012, pp. 13 y 14.

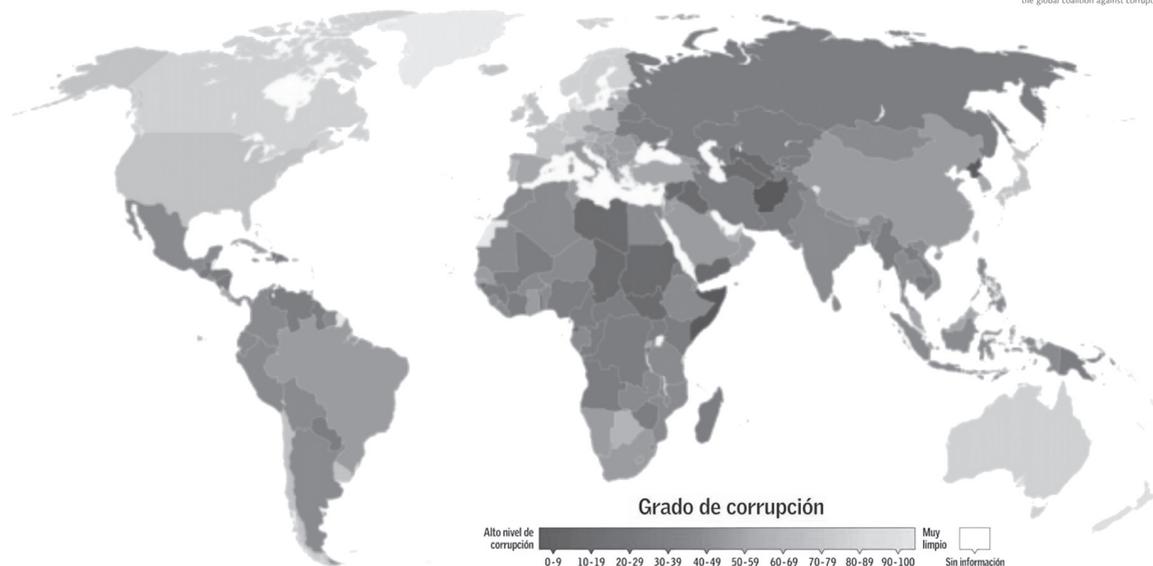
¹² Información obtenida del artículo de Cruzado, C., publicado el 24 de abril de 2013, con el título “Paraísos fiscales: tanto por hacer”, en CONTROLCAPITAL.NET. Fuente: www.controlcapital.net [Consultado el 8 de junio de 2016].

¹³ En la reunión mantenida los pasados 5 y 6 de septiembre de 2013 en San Petersburgo, de nuevo el grupo de 20 países más ricos del mundo (G-20) se ha propuesto redoblar esfuerzos en la lucha contra los paraísos fiscales, como medio para erradicar prácticas delictivas como la evasión fiscal o el blanqueo de capitales. Información al respecto puede consultarse en “El G20 ultima otro asalto contra el secreto bancario y los paraísos fiscales”, noticia publicada el 4 de septiembre de 2013 en la versión digital del diario *El País*.

Fuente: economia.elpais.com/economia/2013/09/04/actualidad/1378322492_750082.html [Consultado el 8 de junio de 2016].

Efectos globales de la corrupción: un obstáculo para el desarrollo

FIGURA 1. *Mapa mundial de la corrupción (IPC 2013)*



Fuente: Elaborado por Transparency International.

Hay que señalar que la utilidad de herramientas como ésta se da en clave interpretativa. De esta forma, si se compara el panorama con el resultado de años anteriores, se observan algunos pequeños cambios que llevan a pensar que el grado de percepción de corrupción se relaciona de manera directa con el nivel de crisis económica. Aunque haré referencia a esta apreciación posteriormente, diré aquí que “existe una ineludible conexión entre la difusión de la corrupción y la crisis económico-financiera de un país”.¹⁴

En referencia al aspecto global de la corrupción, como he indicado anteriormente, la nota característica del mismo es que ésta deja notar sus efectos en todos los ámbitos y sectores de una sociedad concreta. Como prueba de ello, de nuevo, puede acudir a los informes que elabora Transparencia Internacional. Tomando el Barómetro Global de la Corrupción de 2013, los análisis acerca de la percepción de la corrupción se realizan en diversos organismos y entidades, como son los partidos políticos, el poder legislati-

vo —genéricamente considerado, con independencia de la concreta forma que adopte en cada país—, el ejército, las organizaciones no gubernamentales, los medios de comunicación, los organismos religiosos, las empresas y el sector privado en su conjunto, los sistemas educativo, judicial y de salud, la policía o los funcionarios públicos.

Se comprueba de esta manera que las conductas corruptas están presentes en el ámbito político, económico, social, religioso, judicial y tanto en la esfera pública como en la privada. Me parece conveniente añadir un ámbito en el que la corrupción ha proliferado en los últimos tiempos y que no ha sido mencionada hasta el momento. Me refiero a la corrupción en el mundo de la cultura. Sirva como ejemplo recordar las diligencias que se abrieron en España, en julio de 2011, frente a la Sociedad General de Autores y Editores por parte de la Fiscalía Especial contra la corrupción y la criminalidad organizada.¹⁵

¹⁴ Argumento esgrimido por el profesor Foffani, L., en la conferencia “Medidas contra la corrupción pública y privada”, del Curso de verano “Armonización penal en Europa” de la Universidad del País Vasco, celebrado en San Sebastián los días 4 a 6 de septiembre de 2013.

¹⁵ La referencia puede ser consultada en la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2012, accesible en la sección “Documentos” de la web del Ministerio Público. Fuente: www.fiscal.es [Consultado el 26 de marzo de 2014]. En profundidad, menciona el caso la noticia titulada “La Fiscalía no descarta nuevas imputaciones en la SGAE”, publicada en la versión digital del diario *La Vanguardia* el día 16 de septiembre de 2013. Fuente: www.lavanguardia.com [Consultado el 8 de junio de 2016].

He tratado de mostrar en estas notas introductorias que la corrupción es, efectivamente, un fenómeno sistémico, o, cuando menos, que tanto las conductas como sus efectos tienden a serlo; por cuanto la *vis expansiva* de la corrupción, favorecida por los factores reseñados previamente, puede llegar a contaminar todas las estructuras e instituciones de una comunidad o sistema social si no se utilizan los medios de prevención, detección y combate adecuados. Es precisamente por todo esto por lo que considero necesario analizar posteriormente cuáles son los efectos que despliegan estas conductas en cada uno de los escenarios y ámbitos mencionados con anterioridad.

II. Los efectos de la corrupción

Si en el epígrafe anterior se ha puesto de manifiesto que la corrupción es un fenómeno sistémico, mundial y global, es evidente que también lo serán sus efectos. Así las cosas, es preciso aclarar que el estudio que se va a llevar a cabo de los mismos a continuación, se hará desde un prisma estrictamente formal, tratando de aislar el concreto efecto de otras cuestiones coyunturales que pueden afectar a la gravedad o intensidad de la corrupción, como el territorio donde se produce, el contexto político, económico o cultural del mismo o el momento histórico en el que se origina.

Una segunda matización que debe hacerse versa acerca de la sistematización que llevaré a cabo respecto de los efectos de la corrupción en este artículo. En lo sucesivo, trataré de reflejar cómo afectan estas conductas a cada uno de los ámbitos que se han puesto de relieve en el apartado anterior. Comenzaré apuntando brevemente un aspecto hoy superado por la práctica totalidad de la doctrina —los efectos positivos de la corrupción—, para después centrarme en los efectos negativos de este tipo de comportamientos antijurídicos.

II.1. Los llamados efectos positivos de la corrupción

Como ya he indicado, en el contexto actual de lucha global contra la corrupción uno de los primeros pasos que se emprendieron fue el de la superación teórica y práctica de la concepción que allá a mediados del

siglo pasado se tenía acerca de los supuestos efectos positivos de la corrupción. Así las cosas, el motivo de que esta teoría hoy superada tenga un espacio en este trabajo se justifica porque, a mi entender, si la corrupción ha alcanzado tal nivel de endemia y arraigo en las sociedades es precisamente por la pervivencia en las posturas como la siguiente; amén de por los innegables y cuantiosos beneficios ilícitos que estas prácticas reportan a los actores involucrados.

Para entender tales supuestos efectos, debo comenzar previniendo al eventual lector de que ambos se incardinaban en las llamadas “tesis revisionistas”, seguidas por autores como Huntington. Éstas correlacionaban las conductas de corrupción con la modernización de un Estado, lo cual les llevaba a asegurar que, en ciertas circunstancias, convenía incentivar los comportamientos corruptos, y no precisamente prohibirlos. Para el autor citado, “existe, pues, la corrupción de los pobres y la de los ricos. Unos intercambian poder político por dinero, los otros dinero por poder político. Pero en ambos casos se vende algo público (un voto, un puesto, una decisión) en beneficio personal”.¹⁶ Como se comprueba, esta forma de entender la corrupción no encuentra hoy en día justificación alguna —sobre la base de criterios de gobernanza— y ha quedado absolutamente obsoleta.

Muriel Patino, en uno de sus trabajos sobre el tema, trae a colación la argumentación respecto del primer supuesto efecto al que me estoy refiriendo, y señala que fue especialmente esgrimida en economías subdesarrolladas o de planificación central. Esta corriente indicaba que la corrupción:

ayuda en ocasiones a mitigar la pobreza del país al permitir que algunos ciudadanos escapen a legislaciones demasiado restrictivas que les impedirían todo acceso a determinados bienes y actividades (economía subterránea, construcción ilegal de viviendas, etc.), o al mejorar los bajos salarios de los funcionarios en los países más pobres, [...] [del mismo modo] la corrupción conlleva la agilización de los trámites burocráticos [...] agilizando consecuentemente las actividades productivas y, por otro [lado], los individuos corruptos generalmente disponen de mayor renta y, por tanto, de mayor capacidad para realizar inversión productiva.¹⁷

¹⁶ Huntington, S.P., *El orden político en las sociedades en cambio*, trad. Floreal Mazia, Paidós, Buenos Aires, 1990, pp. 64 y ss. Malem Seña critica esta postura en Malem Seña, J.F., *La corrupción. Aspectos éticos...*, p. 61.

¹⁷ Muriel Patino, M.V., *Aproximación macroeconómica...*, p. 32.

Efectos globales de la corrupción: un obstáculo para el desarrollo

En el mismo sentido, Muñoz, citando a otros autores, expone que estas posturas abogaban por considerar que la corrupción “aparecería como una manera de esquivar los costos, que debiesen asumirse como consecuencia de los errores cometidos por el Estado regulador. La corrupción se volvería así un fenómeno positivo, puesto que permite que los mercados asignen de mejor modo los recursos. Esto se puede denominar, a su juicio [del autor que cita], como una corrupción expansiva que aumenta la flexibilidad y competitividad de la economía de un país”.¹⁸ Sigue este hilo argumental Aedo, quien señala que

la corrupción puede tener beneficios en algunos casos dentro de un análisis de Segundo Mejor [...] cuando la legislación vigente no ha sido basada en el “interés social” o beneficia sólo a algunos grupos de interés, entonces la posibilidad de corrupción permite evitar esta “mala” legislación y, por tanto, ella puede ser considerada como beneficiosa. Otro ejemplo, lo constituyen economías con regulaciones “excesivas” que afectan a la operación del Sector Privado.¹⁹

Así pues, los postulados fundamentales que defendían los efectos positivos de la corrupción incidían en la agilización de trámites burocráticos y en el efectivo aumento de renta disponible para facilitar la inversión productiva por parte de los individuos corruptos, cuestiones que, como se verá, están muy alejadas de las actuales tesis político-criminales que, acertadamente, defienden los efectos perniciosos de toda conducta corrupta.

II.2. Los efectos negativos de la corrupción

Es momento ahora de abordar la parte central de este trabajo. Se ha mostrado cómo la corrupción del siglo XXI está presente en las distintas sociedades de un modo cada vez más intenso y, aunque no ha sido

objeto de observación en este artículo, es necesario decir que cada vez son mayores los esfuerzos de los Estados, las estructuras supranacionales y las organizaciones internacionales en la prevención, detección y la lucha global contra esta clase de conductas ilícitas.²⁰ Siendo esto así, comenzaré por desarrollar los que he denominado “efectos de carácter general” de la corrupción, por cuanto afectan a los distintos ámbitos enunciados anteriormente; en seguida, se explorarán aquellos efectos perversos que la corrupción despliega sobre todo en las esferas política, económica, social-cultural, medioambiental y deportiva.

Quisiera reiterar que la clasificación o encasillamiento de los distintos efectos en una concreta categoría se lleva a cabo únicamente a fin de hacer más sencilla y clara la exposición, sobre la base de valorar en qué esfera tiene una mayor incidencia; sin embargo, en la realidad empírica las fronteras entre un efecto u otro y entre los distintos ámbitos son a menudo difusas y no siempre es fácil catalogar un concreto fenómeno o situación como de corrupción política, económica, pública o privada, entre otras.

II.2. a). Efectos de carácter general

Primero. El “efecto espiral”: Éste es quizás uno de los primeros caracteres que suelen señalarse de las conductas corruptas. Este efecto define el hecho de que la corrupción tiende a su propia expansión y suele provocar una serie de otros actos irregulares. Cuando la connivencia de dos o más agentes es necesaria para alcanzar los objetivos previstos, la corrupción tiende a extenderse, tanto en sentido horizontal como vertical. Ya se ha hecho alusión a este efecto general cuando en páginas anteriores he mencionado la *vis* expansiva de la corrupción.

Como apunta Malem Seña, que la corrupción tienda a su propia expansión muestra no únicamente su potencial distorsionador de las políticas públicas y de

¹⁸ Muñoz, R., “Corrupción, interpretaciones y efectos económicos”, en e-newsletter del Programa de Becas Internacional de la Fundación Ford, IFP, año I, núm. 2, abril de 2004, p. 13. Fuente: www.programabecas.org/numero/V-7.pdf. [Consultado el 26 de marzo de 2014].

¹⁹ Aedo, C., *Reflexiones sobre la corrupción. Eficiencia, corrupción y crecimiento con equidad*, Aula de Ética-Universidad de Deusto, Bilbao, 1996, p. 25.

²⁰ A este respecto, en el Informe Anticorrupción de la Unión Europea, remitido de la Comisión al Consejo y al Parlamento, se reconoce categóricamente que la corrupción sistémica “impide el desarrollo económico, socava la democracia, y daña la justicia social y el Estado de Derecho. [...] Afecta a la buena gobernanza, a la gestión racional del dinero público y a los mercados competitivos. En casos extremos, socava la confianza de los ciudadanos en las instituciones y procesos democráticos”. “Report from the Comisión to the Council and the European Parliament. EU Anti-corruption Report”, p. 2. Fuente: ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_en.pdf [Consultado el 8 de junio de 2016].

las instituciones democráticas, sino también la capacidad destructiva que posee desde el punto de vista económico.²¹

Un claro ejemplo de esta *vis* expansiva o espiral de la corrupción lo tenemos en el reciente “caso Millet” acaecido en España y aún en fase de investigación. Según el informe que el Fiscal Anticorrupción de Barcelona ha remitido al Juzgado de Instrucción, existen indicios de una presunta financiación ilícita de un partido político que cobraba ciertas cantidades económicas a cambio de realizar determinadas adjudicaciones a una empresa privada, pacto corrupto que se llevaba a cabo a través del “Orfeo Català”, unión de dos entidades privadas y un consorcio de naturaleza jurídico-pública, cuya misión era la gestión y la promoción cultural del llamado Palau de la Música de Barcelona.²² Puede observarse que este caso contiene elementos que podríamos definir como de corrupción política, administrativa y en el ámbito cultural; y esto muestra que en la práctica no es tarea sencilla el deslindar los distintos elementos o conductas delictivas que integran un concreto fenómeno de corrupción.

*Segundo. La corrupción frena el desarrollo de un país:*²³ He decidido incluir este efecto en el grupo de efectos generales pues, si bien su influencia negativa es mayor respecto del desarrollo económico, entiendo que la corrupción precisamente debilita hasta destruir las estructuras e instituciones que deben impulsar el desarrollo en todos los ámbitos —ya referidos en este artículo— de una comunidad social.

No cabe duda de que la corrupción afecta al desarrollo. Aedo, tomando como referencia un estudio de Mauro (1993), expone que “los países con mayor

corrupción tienen una menor tasa de inve[r]sión total y privada”.²⁴ De igual modo, Schloss esgrime que

la corrupción es una cuestión moral tanto como de forma de gobierno y desarrollo. Ella puede distorsionar los procesos de decisión en proyectos de inversión y otras transacciones comerciales como igualmente la estructura social de un país. Evidencias estadísticas bastante sólidas demuestran que la corrupción está correlacionada con: i) inversión pública elevada; ii) menores ingresos fiscales; iii) gastos de mantenimiento y operación menores; y iv) las resultantes disminuciones de calidad de las infraestructuras públicas.²⁵

Queda patente que los autores citados, entre otros, vinculan la corrupción a la imposibilidad de desarrollo esencialmente económico, como se ha mencionado antes. En la medida en que posteriormente se valorarán los efectos de la corrupción sobre el sistema económico y la economía, baste por ahora este apunte. No obstante, concluyo tal como comencé este subepígrafe: la corrupción impide —o, cuando menos, frena considerablemente— el desarrollo institucional y estructural de un país.

Tercero. Corrupción, pobreza y desarrollo humano: De nuevo, pudiera parecer que este efecto es puramente económico. Sin embargo, siguiendo la lógica anterior, entiendo que la pobreza se manifiesta no sólo en el ámbito económico —entendiéndola entonces como la falta de recursos para subsistir—, sino en todos los aspectos de la vida en sociedad, relacionándose negativamente también con el segundo de los elementos: el desarrollo humano.²⁶

²¹ Malem Seña, J.F., *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Gedisa, Barcelona, 2000, pp. 56 y 57.

²² Información obtenida de “El fiscal del ‘caso Palau’ concluye que CDC cobró 6.6 millones en comisiones ilegales”, noticia publicada en la web de Radio Televisión Española el día 14 de junio de 2013. Desde la misma noticia, puede consultarse el escrito remitido por la Fiscalía al órgano judicial [URL del informe: www.rtve.es/contenidos/documentos/informe_millet_fiscalia.pdf]. Fuente: www.rtve.es [Consultado el 8 de junio de 2016].

²³ En palabras de Mokyr, J., “la corrupción es el peor enemigo del desarrollo”. Recogidas en la noticia con el mismo título, publicada en la versión digital del diario *El País* el día 16 de octubre de 2010. Fuente: elpais.com/diario/2010/10/16/internacional/1287180005_850215.html [Consultado el 8 de junio de 2016].

²⁴ Aedo, C., *Reflexiones sobre la corrupción...*, p. 25.

²⁵ Schloss, M.J., “Gobernabilidad, corrupción y desarrollo. Experiencias internacionales para transitar del dicho al hecho”, documento accesible en la sección “Publicaciones sobre Transparencia y Corrupción”, de la web de Transparencia Internacional España, p. 2. Fuente: http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2016/03/miguel_schloss-gobernabilidad_corrupcion.pdf [Consultado el 8 de junio de 2016].

²⁶ En efecto, nivel de recursos económicos y desarrollo humano están íntimamente relacionados. Así queda patente, por ejemplo, en el Índice de Desarrollo Humano que elabora anualmente el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo —PNUD—, y en el cual el ingreso nacional bruto *per capita* —estándar de vida— es uno de los tres grandes indicadores utilizados para elaborar dicho índice, junto con factores educativos y de salud. Para mayor información, consúltese la web del PNUD. Fuente: hdr.undp.org/es/content/el-%C3%ADndice-de-desarrollo-humano-idh [Consultado el 8 de junio de 2016].

Efectos globales de la corrupción: un obstáculo para el desarrollo

Para un cierto sector de la doctrina, la corrupción mina el desarrollo humano, acentuando la pobreza, por medio de una mala gestión de los recursos públicos. Como mostraré más adelante, ello incide también sobre el ámbito político, debido a que minimiza la legitimidad del sistema democrático. Pero vayamos ahora a lo que nos interesa: corrupción y pobreza. Esta deficiente gestión de recursos públicos, consecuencia de la corrupción, “suele estar asociada a una mala administración pública, a la malversación de recursos estatales que impiden la prestación de servicios públicos esenciales en la vida de los pobres”. Además de esto, “la corrupción minora la representación social de los pobres [...] y aleja aún más a los más desfavorecidos de los foros de decisión”.²⁷

Asociado a esto, debe decirse también que la corrupción influye de manera negativa en la función asignativa de recursos y redistributiva de la riqueza que todo Estado tiene respecto de sus ciudadanos.²⁸ En otras palabras, la corrupción genera ineficiencias e inequidades que impiden lograr el bienestar en aquellos lugares donde se manifiesta.

Puede finalizarse, por tanto, que la corrupción genera pobreza. Esta rotunda afirmación ha sido refrendada hace escasos meses por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Navanethem Pillay, quien ha asegurado que:

la corrupción mata. La cantidad de dinero robado cada año con la corrupción es 80 veces más de lo que hace falta para alimentar a la gente que pasa hambre en el mundo. Al menos 870 millones de personas van a dormir con hambre todas las noches, muchas de ellas niños [...]; los sobornos encarecen hasta en un 40% el costo total de los proyectos para abastecer de agua potable

y saneamiento a todo el mundo [...]. [Asimismo], se estima que entre 2000 y 2009, los países en desarrollo perdieron 8.44 billones de dólares en los flujos financieros ilícitos, diez veces más que la ayuda extranjera que reciben.²⁹

También Transparencia Internacional lo ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones. Sirva de ejemplo la comparativa entre pobreza y corrupción que lleva a cabo en el Informe Global de la Corrupción 2009,³⁰ donde la ONG muestra “una correspondencia manifiesta” entre el IPC y el ingreso *per capita* de los países. Estima que “una mejora del IPC de un punto (sobre 10) se asocia con una mayor productividad, un incremento de los flujos de capital [...] y un aumento del ingreso promedio [...]”. Concluye, asimismo, que “estas cifras pueden ayudar a que cada país evalúe las pérdidas anuales que causa la corrupción”.³¹

Sirva como cierre de este epígrafe comentar que los comportamientos corruptos originan una serie de efectos que lesionan el correcto desarrollo de un país, originando cada vez mayores niveles de pobreza y concatenándose con la aparición de otros ilícitos y tipologías delictivas. La existencia de estos efectos generales explica la necesidad de que la ciudadanía exija responsabilidades,³² en todos los órdenes, como mecanismo adecuado para luchar eficientemente contra la corrupción.

II.2.b). Efectos sobre el sistema y la legitimidad democráticos

Dentro de esta categoría, incluiré todos los efectos que puedan catalogarse como políticos o que afecten al ámbito político y, en términos generales, aquellos que

²⁷ Alcaide Zugaza, L., y Larrú Ramos, J.M., “Corrupción, ayuda al desarrollo, pobreza y desarrollo humano”, *Boletín Económico del ICE*, núm. 2917, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 21 al 31 de julio de 2007, p. 38.

²⁸ Así opina Aedo al asegurar que la corrupción “distorsiona el rol redistributivo del Estado, ya que los que se benefician con el gasto público y sus programas, con sus ventajas tributarias, con las privatizaciones, con sus contrataciones, etc., no son quienes lo necesitan desde un punto de vista de redistribución sino quienes tienen mayores ‘contactos’ con el gobierno o sus funcionarios”. Aedo, C., *Reflexiones sobre la corrupción...*, p. 24.

²⁹ “Alta Comisionada advierte que la corrupción obstaculiza el goce de los derechos humanos”, noticia publicada en la web del Centro de Noticias de la Organización de Naciones Unidas, el día 13 de marzo de 2013. Fuente: www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=25915#.UkG4MnkzJI4 [Consultado el 8 de junio de 2016].

³⁰ Informe dedicado a la corrupción y el sector privado. Puede ser consultado en la web de Transparencia Internacional. Fuente: www.transparency.org/whatwedo/pub/informe_global_de_la_corrupcion_2009_corrupcion_y_sector_privado [Consultado el 8 de junio de 2016].

³¹ *Ibidem*, pp. 236-237.

³² Schloss indica que, para combatir la corrupción, es necesario “construir, empoderar y capacitar una sociedad civil activa que proteja los derechos del individuo y de grupos para responsabilizar a las nacientes instituciones estatales y generar un estado de derecho”. En Schloss, M.J., *Gobernabilidad, corrupción y desarrollo...*, p. 15.

afectan a un sistema democrático. No se tratará, por tanto, de analizar la comúnmente llamada corrupción política, sino de observar qué efectos tiene una conducta corrupta sobre esta esfera político-democrática. En palabras de Malem Seña, se trata de valorar “las consecuencias políticas que tienen comprometerse en prácticas tan cuestionables” como las de corrupción.³³

Primero. Corrupción y derechos fundamentales: Considerando las apreciaciones vistas hasta el momento —a falta de examinar algunas otras más que espero redunden en el mismo convencimiento—, es innegable que la corrupción afecta los derechos básicos de las personas y la calidad de vida de la población en general. También a este efecto nocivo de estas conductas se ha referido la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, al asegurar que la corrupción “niega [a las personas] el derecho a la comida y, en algunos casos, el derecho a la vida”.³⁴

Desde una perspectiva global, debe subrayarse la conexión entre la corrupción y la vulneración de los derechos humanos. No obstante, no se puede afirmar, mecánicamente, que un acto de corrupción viola los derechos humanos sin que se realice un análisis específico del caso. De este modo, “para determinar si una práctica corrupta específica viola o no un derecho humano, es necesario establecer, primero, el alcance y contenido de la obligación del derecho humano en cuestión y si deriva de una ley nacional, tratado internacional, costumbre o principios generales de ley”.³⁵

Por tanto, puede asegurarse que un acto de corrupción puede violar directamente un derecho humano, cuando una conducta corrupta se utiliza a propósito para infringir aquél, pero también “cuando un Estado

(o una persona con una responsabilidad oficial) actúa u omite actuar de forma tal que impide que los individuos tengan acceso a ese derecho”.³⁶

En suma, he pretendido mostrar que la corrupción también afecta a la esfera más personal de los individuos —y, por tanto, no sólo a la persona como sujeto social— que viene configurada por el conjunto de sus derechos y libertades fundamentales.

Segundo. Efectos sobre la legitimidad del sistema democrático: Comenzaré este subepígrafe acudiendo al Preámbulo del Convenio de Naciones Unidas contra la Corrupción. En él, se reconoce que la corrupción plantea graves problemas “para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley”, así como que “los casos de corrupción [...] entrañan vastas cantidades de activos, los cuales pueden constituir una proporción importante de los recursos de los Estados, y que amenazan la estabilidad política y el desarrollo sostenible de esos Estados”.

También la doctrina hace referencia a este efecto perverso de la corrupción. Así, Arjona Trujillo, citando a otros autores, expone que la corrupción provoca la “pérdida de legitimidad de los gobiernos [...] y de la democracia misma”. En opinión de la referida autora, esta pérdida de legitimidad trae, a su vez, otras consecuencias concatenadas; entre ellas se comprueba que optar por cargos públicos se convierte en un objetivo poco buscado y la *carrera política* puede ser vista como el espacio idóneo para conseguir beneficios privados a partir de recursos públicos.³⁷

La corrupción, además, socava la estructura social, el principio de la mayoría y las bases mismas de la democracia.³⁸ Sostiene Malem Seña que el entrama-

³³ Malem Seña, J.F., *Globalización, comercio internacional...*, p. 24.

³⁴ Cita extraída de la noticia mencionada en la nota al pie número 29.

³⁵ Información obtenida del Informe “La corrupción y los derechos humanos. Estableciendo el vínculo”, elaborado por *International Council on Human Rights Policy* y por la Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, publicado en 2009 y accesible en la web del Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, pp. 28-29. Fuente: www.ichrp.org/files/reports/52/131_report_es.pdf [Consultado el 8 de junio de 2016].

³⁶ En el Informe mencionado en la nota al pie anterior, se menciona, como ejemplo, un supuesto de soborno a un juez, que afecta inmediatamente su independencia e imparcialidad y, por lo tanto, viola el derecho a un juicio justo. La cita ha sido entresacada también del mismo. En Informe “La corrupción y los derechos humanos...”, p. 32.

³⁷ Arjona Trujillo, A.M., “La corrupción política: una revisión de la literatura”, Documento de Trabajo 2-14 de la Universidad Carlos III de Madrid, Serie de Economía 4, julio de 2002, pp. 33-34. Fuente: docubib.uc3m.es/workingpapers/DE/de021404.pdf [Consultado el 26 de marzo de 2014].

³⁸ La profesora Benito Sánchez sintetiza esta idea, reconociendo que “la corrupción provoca la pérdida de confianza de los ciudadanos en las instituciones democráticas, minando así las bases sobre las que se asienta el Estado de Derecho”. Benito Sánchez, C.D., “Notas sobre la corrupción transnacional. Sus efectos y su combate”, en Fabián Caparrós, E.A., y Pérez Cepeda, A.I. (coords.), *Estudios sobre corrupción*, Ratio Legis, Salamanca, 2010, p. 242.

Efectos globales de la corrupción: un obstáculo para el desarrollo

do integrador de redes corruptas, fruto del comercio internacional, tiene un impacto gravísimo sobre el proceso democrático. Ejemplifica la cuestión con el supuesto de una empresa transnacional que contrata con un Estado o sector afín a éste a cambio de una contrapartida corrupta. A mi juicio, la cuestión clave —también apuntada por el autor— es la adulteración del proceso de toma de decisiones públicas; esto es, que la corrupción provoca que las decisiones políticas dejen de tomarse atendiendo al interés general.³⁹

En esta misma línea, se pronuncia Mella cuando reconoce que la corrupción “supone asimismo la búsqueda de rentas consistente en acceder o controlar las oportunidades de ganancias —en detrimento de los intereses colectivos— derivadas del ejercicio de *lobbying* de los grupos de presión ante las administraciones públicas”. Una administración corrupta, por ejemplo, encontrará dificultades para seguir, en su actuación, los principios de legalidad y objetividad —recogidos, por ejemplo, en el artículo 103 de la Constitución española de 1978—. El propio autor defiende que la corrupción, por un lado, “crea inestabilidad política y lesiona la seguridad jurídica” y, de otro, “empeora la imagen del país y degrada su confianza” —yo precisaría, su *confiabilidad*—. ⁴⁰

En otra de sus obras, Malem Seña indica que en los últimos tiempos “el efecto polucionante del dinero sobre el proceso político se ha manifestado con una mayor virulencia”.⁴¹ También hace referencia a los efectos políticos de la corrupción —en referencia a la financiación corrupta de los partidos políticos—, y concreta,⁴² en primer lugar, que la corrupción socava la regla de la mayoría que es propia de la democracia: ello es así porque cuando un gobierno toma alguna medida en cumplimiento de un pacto corrupto, deja de lado las preferencias de los votantes. En el mismo

sentido, se argumenta que la corrupción corroe los fundamentos de la teoría de la representación que está en la base del ideal democrático, cuando impone que los representantes ejecuten de preferencia las órdenes de aquellos representados que más han contribuido a sus campañas electorales o a sostener económicamente al partido político al cual pertenecen. De ese modo, el sistema de voto igualitario se trastoca así en una especie de sistema de voto censitario donde determinadas preferencias valen más que otras.

La legitimidad del sistema democrático se ve debilitada, asimismo, porque la corrupción afecta también al principio de publicidad que le es propio, en sentido del correcto uso de la razón pública. Expone Garzón Valdés que “justamente porque la publicidad es un principio normativo puede servir como criterio para juzgar acerca de la calidad democrática de un sistema político”.⁴³

Por último, pero no menos importante, en referencia a los efectos de la corrupción sobre un sistema político, ha de decirse —siguiendo de nuevo a Malem Seña— que ésta ha sido siempre aducida como una excusa para los diferentes golpes de Estado en los países subdesarrollados. Y, si además se relacionan estos efectos con el anterior de impedimento del desarrollo, se observa que una corrupción generalizada permite el mantenimiento del *statu quo*,⁴⁴ situación generalmente muy alejada del espíritu democrático. La corrupción fomenta el inmovilismo, puesto que la intención de los individuos que participan de ella es precisamente continuar en esa situación beneficiosa ilícita tramada bajo el paraguas institucional del Estado. En palabras de Villoria y Jiménez, “la corrupción impide el desarrollo porque impide gobernar eficaz y eficientemente, es por ello el mayor obstáculo al avance económico y social”.⁴⁵

³⁹ Malem Seña, J.F., *Globalización, comercio internacional...*, p. 52.

⁴⁰ Artículo de Mella, J.M., publicado en el blog “EconoNuestra”, accesible en la versión digital del diario *Público*, el 8 de marzo de 2013, bajo el título “Los costes económicos de la corrupción”. Fuente: blogs.publico.es/econonuestra/2013/03/08/los-costes-economicos-de-la-corrupcion/ [Consultado el 8 de junio de 2016].

⁴¹ Malem Seña, J.F., *La corrupción. Aspectos éticos...*, p. 92.

⁴² *Ibidem*, pp. 120-127.

⁴³ Garzón Valdés, E., “Acercas de los conceptos de publicidad, opinión pública, opinión de la mayoría y sus relaciones recíprocas”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 14, Alicante, 1993, p. 83.

⁴⁴ Alcaide Zugaza, L., “Corrupción: obstáculo al crecimiento y a la competitividad”, en Sección Publicaciones sobre Transparencia y Corrupción, accesible en la web de Transparencia Internacional España, p. 131. Fuente: www.transparencia.org.es [Consultado el 8 de junio de 2016].

⁴⁵ Villoria, M., y Jiménez, F., “La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 138, abril-junio de 2012, Madrid, pp. 110-111.

Tercero. La corrupción, una amenaza para la paz: “La corrupción incrementa el riesgo de conflicto y el conflicto incrementa el riesgo de corrupción”. Con esta contundente afirmación comienza el informe *Corruption as a threat to stability and peace* elaborado por Transparency International Deutschland.⁴⁶ Del mismo modo, si bien es avanzar en cuestiones que ya se han mencionado y en otras que se abordarán a continuación, el estudio reconoce también que “la corrupción daña todos los derechos humanos: civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; y el derecho al desarrollo”, llegando a imposibilitar que los Estados puedan cumplir con sus obligaciones frente a los derechos humanos a causa de la corrupción.

En este orden de cosas, la corrupción también afecta la seguridad global, especialmente en territorios post-bélicos, y en esa línea debe trabajarse por reducir la corrupción y, así, garantizar la confianza de los ciudadanos en el sistema y el uso efectivo y justificado de los recursos nacionales. Como acertadamente ponen de manifiesto el mencionado informe, la corrupción no sólo genera costes en el país en conflicto en cuestión, sino también para toda la comunidad internacional, puesto que “se pierden vidas, existe gente desplazada, los vínculos comerciales se rompen, y los grupos de delincuencia organizada y terroristas tienen la oportunidad de enraizarse, exacerbando la inestabilidad”.

El estudio ofrece diversos datos y estadísticas, de entre los cuales importa, sin duda alguna, la valoración que desde Transparency Deutschland se hace de los mismos: si bien se observa una fuerte relación entre corrupción y conflictos —así como entre violencia armada y corrupción—, las evidencias no son suficientes para sostener que una es causa de la otra, o que los dos fenómenos tienen una causa común. Se afirma, pues, que la corrupción, los conflictos y la inseguridad, y la debilidad de las instituciones nacionales son fenómenos independientes, si bien se retroalimentan entre sí.⁴⁷

II.2.c). Efectos sobre el sistema económico y la economía

Se relacionarán ahora los efectos negativos que la corrupción despliega sobre el sistema económico y la economía, por ser estos, tal vez, los que revisten una mayor importancia y gravedad. Comparto las palabras de Alcaide Zugaza cuando asevera que “el análisis de la corrupción desde una óptica económica aporta elementos para el diseño de estrategias que permitan combatirla y mitigar sus efectos más dañinos”.⁴⁸

En este punto, debo retomar una consideración importante ya apuntada. Los comentarios que realizaré a continuación no serán tratados utilizando herramientas del análisis económico, sino que seguirán la lógica sociológico-jurídica utilizada hasta el momento. Dicho esto, debe resaltarse que todas las consecuencias nocivas sobre la economía que genera la corrupción se ven favorecidas por un fenómeno que es fruto de ésta: el deterioro del entorno de las actividades económicas.⁴⁹

Primero. La corrupción y la economía sumergida: Ya se ha hecho alguna alusión en este trabajo, siquiera de modo pasajero, a que una de las características de la corrupción es el oscuro velo que crea alrededor de las instituciones y estructuras donde se manifiesta. Pues bien: este matiz también se va a revelar en el ámbito económico. Dicho de otro modo, las prácticas corruptas van a favorecer el caldo de cultivo necesario para la ocultación de recursos económicos y financieros. Así, la corrupción genera “grandes cantidades de dinero opacas, que incrementan la economía sumergida,⁵⁰ lo cual viene a reducir sensiblemente los ingresos públicos, originando así una mayor carga fiscal sustitutoria para el conjunto de los contribuyentes”, efecto de por sí suficientemente negativo, no obstante además, según la opinión citada, muy frecuentemente estas cantidades de recursos económicos opacos se destinan a nutrir a los ya mencionados paraísos

⁴⁶ VV.AA., *Corruption as a threat to stability and peace*, Transparency International Deutschland, Berlín, e.V., febrero de 2014, p. 5. Todas las referencias en castellano extraídas del estudio elaborado por Transparency International Alemania son traducciones propias. Fuente: www.transparency.de/fileadmin/pdfs/Wissen/Publikationen/Study_Corruption_as_a_Threat_to_Stability_and_Peace.pdf [Consultado el 8 de junio de 2016].

⁴⁷ *Ibidem*, p. 12.

⁴⁸ Zugaza, L., “Corrupción: obstáculo al crecimiento...”, p. 126.

⁴⁹ *Ibid.* Noticia periodística de la nota al pie núm. 40.

⁵⁰ A fin de aclarar el particular reproduzco el significado de “economía sumergida” según el Diccionario de la Real Academia: “actividad económica practicada al margen de los cauces legales, sin figurar en los registros fiscales ni estadísticos”. Fuente: dle.rae.es [Consultado el 8 de junio de 2016].

Efectos globales de la corrupción: un obstáculo para el desarrollo

fiscales.⁵¹ También los estudios empíricos muestran que existe una estrecha relación entre corrupción y economía sumergida.⁵² En suma, puede argumentarse que los recursos económicos sumergidos se caracterizan por su secreto y ocultación; factores definidores —precisamente— de los fenómenos de corrupción. Estas constataciones explican que la aparición de economía sumergida sea uno de los efectos económicos de la corrupción que revisten mayor relevancia.

Segundo. Falta de control en las “mega adjudicaciones”: La corrupción genera altos beneficios ilícitos a los intervinientes en estas prácticas. Desde otra óptica, estos beneficios provocan una *sobreprecio* en las obras o servicios públicos, lo cual puede suponer un verdadero impuesto implícito para los ciudadanos. Además de todo, las decisiones de concesión de tales obras o servicios suelen ir acompañadas de una absoluta falta de control de calidad y de la seguridad.⁵³ En el mismo sentido, la corrupción se relaciona con la realización de proyectos *faraónicos*, con fondos privados o de organismos de ayuda al desarrollo, que dan origen a cuotas altas de pagos indebidos en lugar de dedicar dichos recursos a tareas productivas.⁵⁴

Este efecto está íntimamente relacionado con los que se verán a continuación, pero también con algunos otros que he incluido en otros epígrafes, en especial con el segundo efecto político, por cuanto estas decisiones de obras o servicios no se toman atendiendo al interés de la colectividad, sino a expectativas privadas. Los poderes públicos dejan de actuar siguiendo los principios básicos en un sistema democrático de eficacia, objetividad y sometimiento a la ley y al Derecho para buscar únicamente una ventaja privada, propia o de terceras personas.

Tercero. La corrupción es un impuesto que deben soportar los ciudadanos: Este efecto goza de un amplio consenso doctrinal. En línea con lo que viene siendo comentado, la corrupción “actúa como un impuesto perverso que premia a las actividades no productivas (depredadoras y buscadoras de rentas) de los corruptores y castiga a los talentos creativos incrementando sus costes, provee menos recursos y bienes públicos (y de menor calidad) y perjudica las bases de la inversión y, por ende, el crecimiento económico”.⁵⁵ Si relacionamos la corrupción con las distorsiones en la inversión —siguiente de los efectos que serán analizados—, puede concluirse, siguiendo a Alcaide Zugaza, que “la corrupción actúa como un impuesto: es un coste y un riesgo al cual se enfrentan los inversores nacionales y extranjeros”.⁵⁶ Y, evidentemente, esto lastra el crecimiento económico de un país.

Pero la corrupción también tiene efectos negativos respecto de la recaudación tributaria. La corrupción provoca una disminución en los recursos tributarios del Estado —o de cualquier administración con capacidad recaudatoria— en relación con lo que le autoriza la legislación y respecto de lo que los órganos de ejecución del presupuesto han estimado obtener.⁵⁷ También Mella hace referencia a esta cuestión, haciendo hincapié en que las prácticas corruptas reducen los ingresos públicos al comprometer la capacidad recaudatoria, aumentando el gasto público improductivo y limitando la capacidad inversora del Estado —si bien, como digo, puede predicarse de cualquier administración pública—.⁵⁸ Ya se ha hecho mención en este artículo al hecho de que la corrupción distorsiona el rol redistributivo del Estado; pero ello incide también en este punto, puesto que el hecho de establecer un

⁵¹ Opinión de Lizcano, J., en la noticia periodística titulada “Efectos económicos de la corrupción”, accesible en la versión digital del diario *El País*, publicada el 8 de septiembre de 2011. Fuente: elpais.com/diario/2011/09/08/opinion/1315432805_850215.html [Consultado el 8 de junio de 2016].

⁵² Esta afirmación se contiene en la presentación titulada “La economía sumergida en España”, elaborada por la Fundación de Estudios Financieros. Documento de trabajo núm. 4, julio de 2013, p. 2. Fuente: www.fef.es/new/images/IEAF/pdf/Presentaci%C3%B3n%20DdT%20N%C2%BA%204%20APIE%2012.07.13.pdf [Consultado el 8 de junio de 2016].

⁵³ *Vid.* Noticia de la nota al pie núm. 51.

⁵⁴ Malem Seña, J.F., *Globalización, comercio internacional...*, p. 46.

⁵⁵ *Vid.* Nota periodística de la nota al pie núm. 40.

⁵⁶ Alcaide Zugaza, L., *Corrupción: obstáculo al crecimiento...*, p. 127. En el mismo sentido, por todos, Orlando A. Reos expone que la corrupción “es el equivalente a un impuesto oculto a las inversiones, aunque con el agravante de no existir un conjunto de exenciones o deducciones y que el producido se concentra en unos pocos individuos en lugar de destinarse a toda la población a través de acciones del Estado”. Reos, O.A., “Efectos económicos de la corrupción”, Documento del Seminario Internacional “Los desafíos éticos del desarrollo” (www.iabd.org/etica), p. 10. Fuente: ocasa.org.co/apc-aa.../Efectos_de_la_corrupcion_en_la_economia.pdf [Consultado el 14 de octubre de 2013].

⁵⁷ Reos, O.A., *Efectos económicos de la corrupción...*, p. 12.

⁵⁸ *Vid.* Nota periodística de la nota al pie núm. 40.

sistema progresivo de imposición se convierte en una estrategia redistributiva más del sector público.⁵⁹

Por último, sólo traigo a colación aquí un comentario vertido con anterioridad: la corrupción, al desviar el gasto público de la consecución del interés general, y fruto también de la reducción de los ingresos públicos, origina una mayor carga fiscal sustitutoria a los contribuyentes, que deben llevar a cabo un considerable esfuerzo fiscal sin que ello se traduzca en un mayor bienestar social.

Cuarto. La corrupción reduce o distorsiona la inversión: Éste es otro de los efectos que más ha sido analizado desde el plano teórico y desde las experiencias prácticas.

Comenzaré mencionando los efectos de la corrupción como distorsionadora de la inversión. Mella defiende que la corrupción, por sí misma, fomenta la inversión en bienes tangibles —piénsese en el espectacular desarrollo urbanístico del litoral español de las últimas décadas— frente a los intangibles, que promueven la productividad y el crecimiento de las economías; “altera la composición del gasto público en perjuicio de actividades socialmente más rentables (educación y sanidad)”.⁶⁰ Como asegura Alcaide Zugaza, cuando existe corrupción el gasto público no se distribuye equitativa ni eficientemente: no se invierte en educación, sanidad e infraestructuras.⁶¹ Y no sólo existe una distorsión en la inversión: también se constata que aquellas inversiones que se realizan son de mala calidad, en especial, las que se refieren a infraestructuras.⁶²

Desde otro ángulo, también se observa que la corrupción genera desincentivos para invertir, frenando tanto la inversión nacional como la extranjera.⁶³ Ya se ha expuesto que la corrupción actúa como un verdadero impuesto frente a la inversión; sin embargo, carece del posible uso redistributivo de estos, ya que

lo recaudado engrosará únicamente el patrimonio de unos pocos sujetos corruptos, lo que disminuye la disponibilidad de recursos económicos para las administraciones públicas, empresas y otras instituciones. Además, la participación de entidades financieras de terceros países en los actos de corrupción multiplica y profundiza los efectos perversos de la corrupción sobre la inversión y el desarrollo del Estado afectado.⁶⁴

Entre otras cuestiones, la falta de incentivos a la inversión se debe a que hay mayores niveles de riesgo⁶⁵ o porque existe una compleja burocracia, ideada para favorecer el soborno, que lleve a las empresas a “dedicar sus esfuerzos en otra dirección que la de nuevos emprendimientos”.⁶⁶ Ahondando en esta idea, desde el punto de vista económico, la corrupción provoca un sesgo en la distribución del riesgo de las inversiones, por lo que los más desfavorecidos habrán de soportar mayores primas de riesgo en sus proyectos de inversión.⁶⁷

En resumen, las actividades corruptas, de un lado, reducen la inversión al generar un complejo entramado burocrático —de nuevo, para favorecer la ocultación y el soborno—; comportándose como un impuesto para los ciudadanos, que se ven abocados a redoblar su esfuerzo fiscal para tratar de paliar el descenso de ingresos públicos para el Estado y las administraciones. De otro lado, la inversión que se registra se centra en bienes tangibles —proliferando así la “economía del ladrillo”— en detrimento de la inversión en bienes intangibles —sanidad, educación, I+D+i; exponentes de la llamada “economía del conocimiento y del bienestar”—. En último lugar, además, la corrupción provoca una ineludible pérdida en los estándares de calidad de las inversiones, tanto nacionales como extranjeras.

Todo ello confluye en una menor transparencia y menor protección efectiva para los inversores, pero

⁵⁹ Ayala Cañón, L., y Sastre García, M., “Políticas redistributivas y desigualdad, en información comercial española”, *Revista de Economía*, núm. 837, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, julio-agosto de 2007, p. 118.

⁶⁰ *Íbid.* Noticia periodística de la nota al pie núm. 40.

⁶¹ Alcaide Zugaza, L., *Corrupción: obstáculo al crecimiento...*, p. 127.

⁶² Tanzi y Davoodi estudian la cuestión, llegando a esta conclusión. En Tanzi, V., y Davoodi, H., “Corrupción, inversión pública y crecimiento”, *Revista Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 21, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, mayo-agosto de 2001, p. 79.

⁶³ Recogido en la entrada “Corrupción y pobreza”, publicada el 20 de noviembre de 2007 en el Blog Economy Weblog. Fuente: economy.blogs.ie.edu/archives/2007/11/corruptcion_y_po_1.php [Consultado el 8 de junio de 2016].

⁶⁴ Idea obtenida de Malem Seña, J.F., *Globalización, comercio internacional...*, pp. 45-46; y de *La corrupción. Aspectos éticos...*, p. 177.

⁶⁵ Muñoz, R., “Corrupción, interpretaciones...”, p. 13.

⁶⁶ Reos, O.A., *Efectos económicos de la corrupción...*, p. 10.

⁶⁷ Muriel Patino, M.V., *Aproximación macroeconómica...*, p. 36.

Efectos globales de la corrupción: un obstáculo para el desarrollo

además considero esencial señalar que la corrupción afecta a otros factores clave para salir de la actual crisis económico-financiera, como son el consumo y las exportaciones.⁶⁸

Quinto. Mantenimiento de oligopolios y monopolios: La corrupción afecta negativamente a la competencia.⁶⁹ De este modo, las prácticas corruptas también hacen sentir sus efectos perniciosos poniendo barreras al comercio internacional. Si se observa detenidamente, esta obstaculización de la competencia se relaciona con la capacidad de la corrupción de mantener el *statu quo* —ya comentada en este trabajo—, en el sentido de que propicia la estabilización de una situación preexistente, impidiendo la entrada de nuevos agentes al mercado.

Esta cualidad está en la base del presente efecto: los pagos de sobornos suelen hacerse, en este ámbito, con el fin de establecer monopolios de hecho. En otras palabras, tratan de excluir del mercado a ciertas empresas que compiten con la firma comprometida en el acuerdo corrupto. Así, por tanto, exigir exclusividad mediante el pago de sobornos es algo habitual —según la opinión de parte de la doctrina— en el comercio transnacional. Las consecuencias lógicas de este caldo de cultivo son resultado de la modificación artificial del ciclo económico, la imposibilidad de diversificar oferta y demanda, la alteración interesada de los precios o el control de la disponibilidad de existencias. Ello conlleva que el consumidor final sea quien acarreé con los aspectos más negativos de la situación.⁷⁰ Se observa así que los comportamientos corruptos propician la creación y el mantenimiento de oligopolios y monopolios.⁷¹

Como cierre, puede asegurarse que es en el ámbito económico donde la corrupción se muestra especialmente agresiva y dañina. De igual manera, no es descabellado afirmar que todas las conductas de corrupción, al margen de la naturaleza que revistan, traen consigo repercusiones negativas de índole eco-

nómica. Los acuerdos corruptos estimulan la fuga de capitales, frenan el crecimiento económico y pueden perpetuar la pobreza.⁷² Además, se asocian estos ilícitos con un mayor déficit fiscal, lo cual provoca un impacto negativo sobre las políticas de estabilización de un país, distorsiona el rol redistributivo del Estado⁷³ y aumenta los costes y los precios de los bienes y servicios, influyendo de manera artificial en la distribución de los recursos y los ingresos.

II.2.d). Efectos en el ámbito social y cultural

Inicio este apartado señalando que el presente y los posteriores epígrafes tendrán una extensión más breve, pues el objetivo es simplemente ilustrar al eventual lector acerca del hecho de que las prácticas corruptas también se manifiestan en otros contextos, y que sus efectos —no por ser menos conocidos por la opinión pública— son menos frecuentes o nocivos.

En primer lugar, ya he hecho referencia a que la corrupción empeora la imagen de un país y degrada su confiabilidad. Así, estos comportamientos impiden en gran medida la convivencia social y el desarrollo cultural.

La cultura es un elemento más del desarrollo social y humano. En este sentido, la UNESCO reconoce que “la cultura constituye una dimensión fundamental del proceso de desarrollo y contribuye a fortalecer la independencia, la soberanía y la identidad de las naciones”.⁷⁴ En este punto, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura ha iniciado un proyecto denominado “Batería de Indicadores en Cultura para el Desarrollo” cuyo objetivo es “identificar una serie de indicadores que expliquen cómo la cultura contribuye al desarrollo a nivel nacional, fomentando el crecimiento económico y ayudando a los individuos y las comunidades a expandir sus opciones de vida y a adaptarse al cambio”. Los indicadores se incardinan en las dimensiones

⁶⁸ *Vid.* Noticia de la nota al pie núm. 40.

⁶⁹ Alcaide Zugaza es firme en esta aseveración. Defiende que “cuando la corrupción provoca desigualdad económica y/o social, una élite política acapara todos los recursos evitando la libre competencia tanto de productos como de servicios”. En Alcaide Zugaza, L., *Corrupción: obstáculo al crecimiento...*, p. 130.

⁷⁰ Malem Seña, J.F., *Globalización, comercio internacional...*, pp. 47 a 49.

⁷¹ Muñoz, R., *Corrupción, interpretaciones...*, p. 13.

⁷² Alcaide Zugaza, L., *Corrupción: obstáculo al crecimiento...*, p. 127.

⁷³ Aedo, C., *Reflexiones sobre la corrupción...*, pp. 22 a 25.

⁷⁴ Décimo principio de la Declaración de México sobre las Políticas Culturales de la UNESCO (1982). Fuente: portal.unesco.org/culture/es/files/35197/11919413801mexico_sp.pdf/mexico_sp.pdf [Consultado el 8 de junio de 2016].

económica, social, de gobernanza, de comunicación, de patrimonio, educativa y de igualdad de género.⁷⁵

La pregunta por responder, entonces, es si la corrupción afecta y de qué manera a estas dimensiones que conforman el elemento cultural de una sociedad. A este respecto, debo decir que he constatado una falta de estudios doctrinales y análisis que me permitieran llevar a cabo una exégesis de los efectos de la corrupción en estos ámbitos, si exceptuamos, obviamente, el contexto económico ya desarrollado.

Sí es posible, sin embargo, realizar un pequeño comentario acerca de la corrupción en la educación, con base en un informe elaborado por la propia UNESCO y el Instituto Internacional de Planeamiento de la Educación, entre otros.⁷⁶ Según dicho informe, los efectos de la corrupción en el ámbito educativo son múltiples: a corto plazo, reduce los recursos disponibles para la educación, limita el acceso a ella —especialmente a los grupos más desfavorecidos—, deteriora su calidad y aumenta las desigualdades; mientras que, a largo plazo, supone la pérdida de talentos y la difusión de una “cultura de la corrupción”⁷⁷ que redundará en la degradación del sistema.

Profundizando en este tema, en el Informe se recogen una serie de afirmaciones que, desde mi punto de vista, deben ser traídas a colación para comprender el fenómeno de la corrupción en la educación. En primer término, se asegura que existen estudios que demuestran que en muchos países la corrupción administrativa impide el acceso a la educación a muchos niños, hecho provocado por el despilfarro y el uso desequilibrado de los recursos educativos. En segundo término, se constata que en determinados países es necesario pagar un soborno para solventar cualquier trámite, lo que puede suponer una dura car-

ga para los más pobres y precipitar su abandono escolar. Por otro lado, “como la corrupción interfiere en los procesos de selección en todos los niveles (sobre todo en la enseñanza superior), puede menoscabar la confianza de los empleadores y del público en general en el valor de la educación, y en especial de los títulos”. Por último, la difusión de la referida “cultura de la corrupción” envía un mensaje erróneo a las generaciones más jóvenes en cuanto a valores y actitudes.

Desde otro ángulo, pero insistiendo en el fondo, Uslaner y Rothstein ponen de manifiesto que “la educación universal es una política potente para reducir las desigualdades económicas, y así reducir la corrupción”. De ese modo, “con el tiempo las grandes desigualdades educacionales entre ricos y pobres, en países que transitaron hacia una educación universal se redujeron bruscamente, si no se eliminaron”; y así, en suma, “acceder a la educación proporcionó a más gente las habilidades necesarias para encontrar trabajos bien remunerados, alejándose de confiar en estructuras de poder tradicionalmente feudales, corruptas o clientelistas”.⁷⁸

En suma, es sensato pensar que existe una relación inversa entre los niveles de educación universal y de corrupción en una sociedad concreta, demostrándose también los efectos positivos a medio y largo plazo en la lucha contra la corrupción de una adecuada política educativa.⁷⁹

II.2.e). Corrupción y medio ambiente

Para el estudio de este punto, seguiré un Informe de Transparencia Internacional titulado “Informe Global de la Corrupción: Cambio climático”.⁸⁰ La primera cuestión que quisiera poner de manifiesto es que en

⁷⁵ Información obtenida de la web de la UNESCO. Fuente: www.unesco.org/new/es/culture/themes/cultural-diversity/cultural-expressions/programmes/culture-for-development-indicators/ [Consultado el 8 de junio de 2016].

⁷⁶ Informe titulado “Escuelas corruptas, universidades corruptas: ¿Qué hacer?”. Autores: Hallak, Jacques, y Poisson, Muriel. Año: 2010. Fuente: http://portal.unesco.org/geography/es/ev.php-URL_ID=13078&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html [Consultado el 26 de marzo de 2014].

⁷⁷ *Ibid.* pp. 57-58 del Informe.

⁷⁸ Uslaner, E.M., y Rothstein, B., “Mass Education, State-building and Equality. Searching for the Roots of Corruption”, *Working paper*, Universidad de Gotemburgo, Gotemburgo, 2012, p. 7. Accesible en Internet. Todas las referencias en castellano extraídas de este estudio son traducciones propias. Fuente: www.qog.pol.gu.se/digitalAssets/1375/1375959_2012_5_uslaner_rothstein.pdf [Consultado el 8 de junio de 2016].

⁷⁹ El *paper* mencionado en la nota al pie anterior plasma un estudio en el que se refleja cómo el número de escolarizaciones en un país en 1870 tiene su reflejo en los niveles de corrupción de 2010. En *ibidem*, pp. 9 y 10.

⁸⁰ Se trata del Informe Global de la Corrupción del año 2010. Toda la información de este epígrafe ha sido obtenida del mismo. Puede ser consultado en la Sección “Índices Corrupción Internacionales” de la web de Transparencia Internacional-España. Fuente: transparencia.org.es [Consultado el 8 de junio de 2016].

Efectos globales de la corrupción: un obstáculo para el desarrollo

el mencionado Informe se tocan muchos elementos acerca de la vinculación entre corrupción y cambio climático, por lo que remito al mismo para un estudio pormenorizado. Interesará aquí únicamente abordar los efectos de la corrupción en la lucha contra el cambio climático.

Para situar el tema, recojo una afirmación de Transparencia: “El cambio climático no representa tan sólo un desafío para los enfoques de gobernabilidad que se utilizan en la actualidad, sino que también trasciende las tipologías de corrupción establecidas”. En efecto, la complejidad y novedad del fenómeno y de las herramientas utilizadas en la lucha contra el cambio climático hacen que los comportamientos corruptos también lo sean —no sólo recurriendo a conductas clásicas, como la apropiación indebida de fondos o el soborno en la adjudicación de contratos, sino mediante actos como la tergiversación de datos científicos, la violación de los principios de información veraz y el sostenimiento de alegaciones falsas en los informes ecológicos que avalan productos de consumo—. Naidoo, director ejecutivo de *Greenpeace* Internacional reitera que, desde la experiencia de la organización, la corrupción no sólo propicia el cambio climático, sino que además detiene el desarrollo económico y social.⁸¹

De este modo, los efectos de las actuaciones corruptas en esta esfera vendrán caracterizados por la lesión en la confianza y la cooperación, aspectos indispensables en un terreno de políticas poco claras y definidas. Pero es necesario ir más allá y responder cómo la corrupción afecta a lo que Transparencia llama “buena gobernabilidad climática”. En primer lugar, estas prácticas ilícitas debilitan —parcial o sustancialmente— las políticas medioambientales y climáticas diseñadas, deteriorando la calidad de los proyectos y permitiendo que los efectos del cambio climático afecten más severamente a quienes están menos preparados para enfrentarlos. Entre los efectos ya contrastados, se encuentran:

Primero. Captura de políticas e influencia indebida: Según se menciona en el Informe, los *lobbies* y grupos de presión pueden influir negativamente en las políticas climáticas, mediante las injerencias políticas, la manipulación de los medios de comunica-

ción y la financiación de organizaciones encubiertas. Las medidas de resistencia al cambio climático serán, pues, más costosas y menos efectivas debido a la corrupción.

Segundo. Existencia de conflictos de intereses: Como se ve, este efecto ya ha sido objeto de estudio en esta investigación. Ya se ha manifestado que uno de los riesgos potencialmente más peligrosos de la corrupción es que los agentes públicos y privados no actúen siguiendo el interés general o antepongan su propio beneficio al fin propio de su cargo, en este caso en el diseño, ejecución, implementación o evaluación de políticas climáticas.

Tercero. Contabilidad creativa y presentación de informes fraudulentos: Se constatan, por ejemplo, errores deliberados en el cálculo de emisiones o incluso dobles contabilizaciones de emisiones por parte de las empresas o agentes implicados en políticas climáticas. La consecuencia obvia de esto es la completa nulidad de la integridad ambiental de los procesos de reducción de emisiones.

Cuarto. Desigualdad derivada de irregularidades en la administración de recursos públicos: Genera problemas y deficiencias de sostenibilidad, en la línea ya comentada sobre todo en el ámbito económico. Así, por ejemplo, Cockcroft alerta de que el éxito de los grandes canales y proyectos puestos en marcha para luchar contra los efectos del cambio climático adolecen de una grave amenaza por la corrupción.⁸²

Quinto. Potenciación de los efectos directos del cambio climático: Generalmente, la corrupción en esta esfera va asociada a la escasez de recursos, el aumento de las desigualdades sociales —lo cual podría provocar conflictos y el desplazamiento de comunidades a gran escala— y puede llegar a originar la migración de decenas de millones de personas, con todos los riesgos a la corrupción que ello conllevaría.

En suma, los comportamientos corruptos traen aparejada una mayor vulnerabilidad de las comunidades o sociedades afectadas frente al cambio climático, además de crear presiones e influencias indebidas a la buena gobernabilidad. La corrupción puede, sin duda, frustrar todos los esfuerzos dirigidos a combatir el cambio climático.

⁸¹ *Vid.* “Prólogo” del Informe, p. 15.

⁸² Traducción propia. Texto original en inglés: “Yet it is clear that the success of each of these major channels suffers from a major threat of corruption”. Cockcroft, L., *Global Corruption...*, p. 207.



II.2.f). Efectos de la corrupción en el ámbito deportivo

Previamente al estudio de este epígrafe, pretendo justificar brevemente el motivo por el que he querido destacar los efectos de esta clase de conductas precisamente en la esfera del deporte y, como trataré de mostrar, concretamente del deporte profesional.

A este respecto, ha de mencionarse que el deporte ha adquirido en los últimos cien años una gran trascendencia en las sociedades occidentales, donde los deportistas de élite son observados como un espejo de cualidades y, así, la difusión pública de la competición deportiva se ve como un estímulo para mejorar la salud y otros valores. Pero es que además la competición sirve de soporte a una importante máquina mediática y publicitaria; ofertas que benefician directamente a deportistas y equipos. El conjunto de beneficios económicos que se derivan del deporte se completa con las apuestas y quinielas; las primeras de ellas en especial auge en la actualidad, hasta el punto de reconocerse que el 1.5% del PIB (dato de 2006)⁸³ en España está relacionado de alguna manera con el deporte.⁸⁴

Es precisamente esa vertiente económica la que ha venido a constituir el factor de atracción de determinadas prácticas indeseables al ámbito deportivo. De Vicente Martínez, siguiendo a otros autores, reconoce que “el ingente movimiento de dinero que el deporte canaliza ha sido una de las principales razones que han motivado que determinadas personas quieran tomar parte y beneficiarse de la vertiente económica de la actividad deportiva, aunque para ello tengan que recurrir [...] al artificio, el engaño y la manipula-

ción”.⁸⁵ Esta última afirmación nos sitúa en el punto que interesa para este trabajo: el deporte mueve una ingente masa de dinero —piénsese en los fichajes millonarios en el fútbol y los recursos económicos que rodean el espectáculo de la Fórmula 1, por ejemplo— y, como se ha dejado patente directa e indirectamente en este artículo, allá donde hay dinero existen riesgos —en este caso, altos— de corrupción. En este sentido, se entiende la concepción generalizada de que la actividad deportiva profesional es más un negocio que un deporte.⁸⁶

Dicho esto, véanse los efectos más relevantes de la corrupción deportiva. El primero de ellos es la puesta en tela de juicio del *fair play*, esencia de la actividad deportiva. Como se ha dicho, el deporte es un espejo para la sociedad y alterar la limpieza de la competición redundará en un daño grave, en particular para las generaciones más jóvenes. Se habla también de que la corrupción deportiva lesiona el derecho al ocio de los ciudadanos —en este contexto, esta lesión puede conllevar además perjuicios de carácter económico, por ejemplo, para los espectadores que pagan una entrada o se abonan a un canal temático deportivo, etc.— “y, desde otro punto [de vista, el respeto a las normas de la actividad del juego o apuestas —privadas y públicas— se vería incumplido de modo flagrante”.⁸⁷

Este último aspecto introduce el elemento de las apuestas deportivas. Según datos de la Dirección General de Ordenación del Juego, entre junio y diciembre de 2012 el volumen de dinero jugado en apuestas deportivas se sitúa en torno a los 1000 millones de euros.⁸⁸ Resulta evidente entender la repercusión económica que tendrán los actos tendentes a predeterminar de forma deliberada y fraudulenta un

⁸³ En una noticia aparecida en la agencia Europa Press, con datos de 2012, se habla de que el deporte aporta más de un 2.5% al PIB nacional. *Vid.* “El Gobierno destaca el valor para la ‘marca España’ del deporte, que aporta un 2.5% al PIB nacional”, noticia publicada el 26 de julio de 2012 en la web de la agencia Europa Press. Fuente: www.europapress.es/economia/macroeconomia-00338/noticia-economia-gobierno-destaca-valor-marca-espana-deporte-aporta-25-pib-nacional-20120726203550.html [Consultado el 8 de junio de 2016].

⁸⁴ Roma Valdés, A., “Los delitos con ocasión del deporte. Por una mejora en su tipificación en el Derecho penal español”, *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento. Deportes, Juegos de Azar, Entretenimiento y Música*, núm. 16, Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 59-60.

⁸⁵ De Vicente Martínez, R., “Conductas relacionadas con el deporte sancionadas a través de tipos penales de nuevo cuño: la propuesta de un nuevo tipo penal de fraude en las competiciones deportivas”, *Derecho penal del deporte*, cap. VII, Bosch, Barcelona, 2010, p. 485.

⁸⁶ García Silvero, E.A., y Vaquero Vila, J., “Iniciativas para la reforma del deporte profesional y la represión del fraude deportivo en España”, en Cardenal Carro, M., García Caba, M.M., y García Silvero, E.A. (coords.), *¿Es necesaria la represión penal para evitar los fraudes en el deporte profesional?*, Laborum, Murcia, 2009, p. 144.

⁸⁷ De Urbano Castillo, E., “¿Están tipificados actualmente los fraudes deportivos? Compras de partidos, primas a terceros y sobornos arbitrables ante el Código Penal vigente”, en Cardenal Carro, M., García Caba, M.M., y García Silvero, E.A. (coords.), *¿Es necesaria la represión penal...*, pp. 25 a 29.

⁸⁸ En el Anexo estadístico “Cantidades jugadas por tipo de juego” de la Memoria Anual 2012 El Mercado de Juego en España, publicado por la Dirección General de Ordenación del Juego, se habla de aproximadamente un volumen de 1 000 millones de euros. Accesible en la web de la dirección general. Fuente: www.ordenacionjuego.es/es/estudios-informes [Consultado el 8 de junio de 2016].

Efectos globales de la corrupción: un obstáculo para el desarrollo

resultado deportivo. Ello, sin hablar, por ejemplo, del perjuicio económico para patrocinadores —públicos o privados—, inversores o empresas que se publicitan mediante el deporte.

En resumen, por tanto, hablamos, por un lado, que la corrupción en el deporte lesiona el conjunto de valores que el deporte aporta a la sociedad⁸⁹ —mediante la alteración fraudulenta de las competiciones, encuentros o pruebas deportivas— y, por otro, origina un impacto económico negativo a gran escala. He tratado también de dejar patente que la corrupción deportiva afecta a una multiplicidad de sujetos: desde jugadores, árbitros y jueces hasta patrocinadores, inversores, apostantes, directivos y, en suma, al público en general, por cuanto espectador.

III. Conclusiones

La corrupción ha dejado de concebirse como un problema meramente interno que se desarrolla en el contexto de los funcionarios y autoridades públicos y que afecta únicamente al buen funcionamiento de la administración pública. De igual manera, en los últimos años se ha superado, gradualmente, la percepción de estas prácticas como delitos sin víctima, tolerados por la sociedad en general.

Más bien al contrario: como se ha visto, en la actualidad, la corrupción es un fenómeno globalizado y transnacional, que deberá enfrentarse necesariamente con herramientas y mecanismos igualmente globales y multidisciplinarios.⁹⁰ De otro lado, el contexto de actual crisis económica y financiera ha acentuado la preocupación y la atención que presta la ciudadanía al fenómeno de la corrupción.⁹¹ De igual manera, la labor de sensibilización acerca de los efectos negativos de la corrupción, llevada a cabo por organizaciones como Transparencia Internacional, ha ayudado a

potenciar una conciencia social que es necesaria para que la lucha contra estos comportamientos sea realmente efectiva.

Desde mi punto de vista, no obstante, una vez que se toma conciencia, es necesario continuar trabajando por esta vía; potenciando ciertas líneas de actuación como son la cooperación judicial y policial y los mecanismos de recuperación de activos.

Las teorías y concepciones que predicaban efectos positivos de la corrupción han sido hoy día ampliamente superadas. En mi opinión, estaban construidas sobre planteamientos erróneos; basados en ideas como que la corrupción podía ayudar a eliminar los límites que imponen la burocracia excesiva o las deficiencias y puntos oscuros de la legislación de un determinado territorio, así como que este tipo de comportamientos podían llegar a ser beneficiosos desde el punto de vista económico.

En la actualidad, la práctica totalidad de la doctrina, de la jurisprudencia y de las instituciones y organismos que estudian y encaran estas conductas coinciden en afirmar que la corrupción origina una multitud de efectos perniciosos que se manifiestan en todas las esferas —públicas y privadas— de una comunidad. Así, la “erupción” anti-corrupción es un fenómeno reciente de gran magnitud, que está teniendo un profundo efecto en nuestra forma de gobernar, de comerciar, y de criar y educar⁹² a las generaciones más jóvenes, aunque en línea con la conclusión anterior entiendo que aún hay mucha labor por hacer.

La corrupción genera pobreza. Según se constata, tanto en análisis empíricos como en estudios doctrinales los comportamientos corruptos originan fuertes desigualdades sociales que suponen un impedimento real y efectivo al desarrollo de un territorio. Además, el entramado de corrupción facilita la aparición de otras conductas ilícitas, favoreciendo su propia ex-

⁸⁹ En opinión de Ruiz Llamas y de Cabrera Suárez, el deporte aporta valores personales de dimensión general, psicosocial y recreativa y de aire libre; tales como el autosacrificio, justicia, respeto por las diferentes culturas, honestidad y deportividad, liderazgo y responsabilidad, uso creativo del tiempo libre y comprensión de sí mismo y de los demás, entre otros. En Ruiz Llamas, G., y Cabrera Suárez, D., “Los valores en el deporte”, *Revista de Educación*, núm. 335, Ministerio de Educación y Cultura, Madrid, 2004, pp. 16 y ss.

⁹⁰ Así se reconoce, por ejemplo, en la Resolución (97)24 del Consejo de Europa (Comité Ministerial) sobre los 20 Principios Directores en la Lucha contra la Corrupción, que recoge la siguiente afirmación: “la lucha contra la corrupción debe revestir un carácter multidisciplinar”. Puede consultarse en la web de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Fuente: unctad.org/Sections/dite/ia/docs/compendium/sp/150%20volume%206.pdf [Consultado el 26 de marzo de 2014].

⁹¹ Si atendemos a los datos contenidos en el avance de resultados del Barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas correspondiente al mes de enero de 2014, encontramos que “la corrupción y el fraude” son el segundo problema que, en opinión de los encuestados, existe actualmente en España. El dato está recogido en la página 4 del citado Barómetro. Fuente: http://datos.cis.es/pdf/Es3011mar_A.pdf [Consultado el 26 de marzo de 2014].

⁹² Skol, M., “Presentación”, en Rodríguez García, N., y Fabián Caparrós, E.A. (coords.), *La corrupción en un mundo globalizado...*, pp. 9 y 10.

pansión, enturbando la totalidad de relaciones jurídicas —tanto públicas como privadas— donde se manifiesta.

Uno de los campos de acción donde la corrupción resulta más dañina es el político o, en suma, en la dimensión de legitimidad democrática. Estas actividades afectan negativamente a los derechos fundamentales de los individuos, pero también a los de la sociedad en su conjunto y a los derechos humanos. La corrupción lesiona el principio de la mayoría, la búsqueda del interés general por parte de los servidores públicos y propicia la pérdida de representatividad de las autoridades elegidas cuando éstas anteponen el beneficio de unos pocos al bien de toda la comunidad.

En suma, la corrupción origina un descrédito de las instituciones y organismos a los que afecta, puesto que distorsiona el correcto funcionamiento de los mismos. La corrupción mina la transparencia e imposibilita la rendición de cuentas que se precisa en todo buen funcionamiento empresarial e institucional.

Todo comportamiento corrupto tiene efectos o, cuanto menos, repercusión económica. Entre las secuelas más graves, se encuentra la falta de incentivos a la inversión, la pérdida de la eficiencia asignativa,⁹³ los incentivos a la evasión fiscal o la distorsión del rol redistributivo del Estado. Así, se eleva el riesgo y la incertidumbre económicos, se proveen menos recursos y bienes públicos, se impide la competencia y se generan altos costes de oportunidad. De igual manera, se reduce ostensiblemente la efectividad y la calidad de toda política económica.⁹⁴ Todas estas consecuencias se reducen a un sólo resultado: el lastre del crecimiento económico.

La corrupción también afecta a la cultura. Sobre este particular, he constatado una menor producción científica. No obstante, puedo afirmar que, entre los efectos más nocivos, se encuentran el freno a la innovación y al desarrollo creativo —porque se desprotege la propiedad intelectual— y el elevado coste social de la sustracción ilícita de recursos públicos.⁹⁵

Del mismo modo, la corrupción enturbia los esfuerzos de lucha contra el cambio climático. Transparencia Internacional, en su Informe Global de 2010, realiza un exhaustivo análisis al respecto. En este punto, la corrupción facilita la distorsión en la asigna-

ción y utilización de recursos públicos y, de otro lado, potencia los efectos dañinos del cambio climático, al hacer más vulnerables a los países con más alto índice de corrupción.

En la esfera medioambiental, la corrupción genera, asimismo, importantes conflictos de intereses que imposibilitan que las políticas de buena gobernanza climática puedan ser realmente eficaces.

El fraude en el deporte es, cada día más, uno de los mayores campos abonados para la corrupción. Mediante la alteración deliberada de los resultados o condiciones de una prueba, encuentro o competición deportiva no sólo se lesiona el *fair play* —y, con ello, el conjunto de valores positivos que el deporte aporta a la sociedad—, sino que se provoca, directa e indirectamente, un daño económico grave a una multitud de sujetos y plataformas que operan en el contexto deportivo: directivos, jugadores, jueces y árbitros, apostadores, empresas que se publicitan, inversionistas, medios de comunicación, plataformas digitales de retransmisión y espectadores, entre otros.

IV. Bibliografía

Bibliografía impresa

- Aedo, Cristián, *Reflexiones sobre la corrupción, Eficiencia, corrupción y crecimiento con equidad*, Aula de Ética-Universidad de Deusto, Bilbao, 1996.
- Alcaide Zugaza, Laura, y Larrú Ramos, José María, “Corrupción, ayuda al desarrollo, pobreza y desarrollo humano”, *Boletín Económico del ICE*, núm. 2917, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 21 al 31 de julio de 2007.
- Ayala Cañón, Luis, y Sastre García, Mercedes, “Políticas redistributivas y desigualdad”, *Información Comercial Española. Revista de Economía*, núm. 837, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, julio-agosto de 2007.
- Benito Sánchez, Carmen Demelsa, “Notas sobre la corrupción transnacional. Sus efectos y su combate”, en Fabián Caparrós, E.A., y Pérez Cepeda, A.I. (coords.), *Estudios sobre corrupción*, Ratio Legis, Salamanca, 2010.

⁹³ Reos, O.A., *Efectos económicos de la corrupción...*, p. 9.

⁹⁴ *Id.* Noticia de la nota al pie núm. 51.

⁹⁵ Muñoz, R., *Corrupción, interpretaciones...*, p. 13.

Efectos globales de la corrupción: un obstáculo para el desarrollo

- Bolea Bardon, Carolina, "El delito de corrupción privada", *Revista InDret*, Barcelona, marzo de 2013.
- Castresana Fernández, Carlos, "Corrupción, globalización y delincuencia organizada", en Rodríguez García, N., y Fabián Caparrós, E.A. (coords.), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2003.
- Cockcroft, Laurence, *Global Corruption. Money, Power, and Ethics in the Modern World*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 2012.
- De Urbano Castillo, Eduardo, "¿Están tipificados actualmente los fraudes deportivos? Compras de partidos, primas a terceros y sobornos arbitrales ante el Código Penal vigente", en Cardenal Carro, M., García Caba, M.M., y García Silvero, E.A. (coords.), *¿Es necesaria la represión penal para evitar los fraudes en el deporte profesional?*, Laborum, Murcia, 2009.
- De Vicente Martínez, Rosario, "Conductas relacionadas con el deporte sancionadas a través de tipos penales de nuevo cuño: la propuesta de un nuevo tipo penal de fraude en las competiciones deportivas", *Derecho penal del deporte*, cap. VII, Bosch, Barcelona, 2010.
- García Silvero, Emilio A., y Vaquero Vila, Jorge, "Iniciativas para la reforma del deporte profesional y la represión del fraude deportivo en España", en Cardenal Carro, M., García Caba, M.M., y García Silvero, E.A. (coords.), *¿Es necesaria la represión penal para evitar los fraudes en el deporte profesional?*, Laborum, Murcia, 2009.
- Garzón Valdés, Ernesto, "Acerca de los conceptos de publicidad, opinión pública, opinión de la mayoría y sus relaciones recíprocas", en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 14, Alicante, 1993.
- Huntington, Samuel P., *El orden político en las sociedades en cambio*, trad. Mazia, Floreal, Paidós, Buenos Aires, 1990.
- Kindhäuser, Urs, "Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán", *Revista Política Criminal*, núm. 3, artículo 1, 2007.
- Malem Seña, Jorge Francisco, *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Gedisa, Barcelona, 2000.
- _____, *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Gedisa, Barcelona, 2002.
- Muriel Patino, María Victoria, "Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción", en Rodríguez García, N., y Fabián Caparrós, E.A. (coords.), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2003.
- Roma Valdés, Antonio, "Los delitos con ocasión del deporte. Por una mejora en su tipificación en el Derecho penal español", *Revista Jurídica de Derecho y Entretenimiento. Deportes, Juegos de Azar, Entretenimiento y Música*, núm. 16, Aranzadi, Pamplona, 2006.
- Ruiz Llamas, Guillermo, y Cabrera Suárez, Dolores, "Los valores en el deporte", *Revista de Educación*, núm. 335, Ministerio de Educación y Cultura, Madrid, 2004.
- Skol, Michael, "Presentación", en Rodríguez García, N., y Fabián Caparrós, E.A. (coords.), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2003.
- Tanzi, Vito, y Davoodi, Hamid, "Corrupción, inversión pública y crecimiento", *Revista Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 21, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, mayo-agosto de 2001.
- Villoria, Manuel, y Jiménez, Fernando, "La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 138, Madrid, abril-junio de 2012.

Recursos electrónicos

- Agencia EUROPA PRESS: www.europapress.es.
- Asociación "Foro Generación del 78": www.forog78.org.
- Blogs Diario PÚBLICO: blogs.publico.es.
- Capítulo colombiano de Transparencia Internacional: www.transparenciacolombia.org.co.
- Capítulo peruano de Transparencia Internacional: www.proetica.org.pe.
- CCN: www.controlcapital.net
- Centro de Investigaciones Sociológicas: www.cis.es
- Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos: www.ichrp.org
- Corporación OCASA: www.ocasa.org.co
- Diario digital INFORMACIÓN.ES: www.diarioinformacion.com
- Diario *El País*: www.elpais.com
- Diario *La Nueva España*: www.lne.es
- Diario *La Vanguardia*: www.lavanguardia.com
- Dirección General de Ordenación del Juego. Minis-

- terio de Hacienda y Administraciones Públicas: www.ordenacionjuego.es
- Documentación Universidad Carlos III de Madrid: docubib.uc3m.es.
- Economy Weblog: economy.blogs.ie.edu.
- Fiscalía General del Estado: www.fiscal.es
- Fundación de Estudios Financieros: www.fef.es. Organización de Naciones Unidas: _____, Centro de Noticias de la Organización de Naciones Unidas: www.un.org
- _____, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo: unctad.org
- _____, Oficina de Naciones Unidas para las Drogas y el Crimen: www.unodc.org
- _____, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo: hdr.undp.org.
- _____, UNESCO: www.unesco.org
- Instituto Internacional de Planeamiento de la Educación: www.iiep.unesco.org. Programa de Becas Internacional de la Fundación Ford, IFP: www.programabecas.org
- Radio Televisión Española: www.rtve.es
- Real Academia Española: www.rae.es
- The Quality of Government Institute. University of Gothenburg: www.qog.pol.gu.se
- Transparency International: www.transparency.org
- _____, Transparencia Internacional-España: www.transparencia.org.es
- Alcaide Zugaza, Laura, “Corrupción: obstáculo al crecimiento y a la competitividad”, Sección Publicaciones sobre Transparencia y Corrupción (Transparencia Internacional-España).
- Schloss, Miguel J., “Gobernabilidad, corrupción y desarrollo. Experiencias internacionales para transitar del dicho al hecho”, documento accesible en la Sección Publicaciones sobre Transparencia y Corrupción (Transparencia Internacional-España).
- VV.AA., *Corruption as a threat to stability and peace*, Berlín, Transparency International Deutschland, e.V., febrero de 2014 (Transparencia Internacional Alemania).
- Unión europea: europa.eu.



Análisis crítico del tipo penal de tortura mexicano desde la óptica del Derecho internacional. Algunas puntualizaciones para contribuir al debate de la nueva Iniciativa Legislativa



Jorge Arturo Ulloa Cordero
María José Araya Álvarez

Universidad de Costa Rica
Universidad de Costa Rica

RESUMEN: *En el presente escrito, los autores exponen una aproximación crítica al concepto de tortura, el cual no es unívoco. Por ello, realizan una exposición de este concepto desde las ciencias sociales y las interpretaciones del Derecho internacional, tanto escrito como consuetudinario. Finalizan con un análisis de la situación actual en México, la cual generó que el Ejecutivo presentara una propuesta de reforma legal, en diciembre de 2015. Las principales conclusiones son que la propuesta es un avance pero necesita mejoras, así como que el tipo de otros tratos inhumanos debe desaparecer por su ambigüedad.*

PALABRAS CLAVE: *Tortura, delito internacional, Derecho internacional de los derechos humanos, Derecho penal internacional, concepto indeterminado, multívoco, imprescriptibilidad.*

ABSTRACT: *In this paper, the authors present a critical approach to the concept of torture, which is not unique. Therefore, they make an exhibition of this concept from the social sciences and interpretations from the scope of International Law, both written and customary. They finalize with an analysis of the current situation in Mexico, which generated the Executive presented a proposal for legal reform in December, 2015. The main conclusions are that the legal proposal is a step forward but needs improvement, also the type of inhuman treatment must disappear because of its ambiguity.*

KEY WORDS: *Torture, international crime, International Human Rights Law, International Criminal Law, indeterminate concept, multivocal, imprescriptibility.*

SUMARIO: *Introducción. 1. Aspectos preliminares. 2. La tortura como fenómeno psicosocial. 3. La tortura en el Derecho internacional público. 4. Análisis del caso mexicano. 5. Principales conclusiones*

Introducción

La comisión generalizada y sistemática de la tortura es un hecho constatado en nuestra región. México no es la excepción, inclusive se ha determinado que la práctica es común entre las agencias estatales de investigación, la policía y el Ejército. Producto de ello, recientemente el gobierno de Peña Nieto ha puesto en la corriente legislativa una iniciativa de ley para reformar la normativa federal existente y cumplir con diversas recomendaciones que organismos internacionales han realizado.¹

Nuestro cometido en esta monografía es traer a colación algunas puntualizaciones básicas de la tortura, vista tanto como fenómeno social, psicológico, histórico, político y jurídico, principalmente desde la óptica del Derecho internacional de los derechos humanos, el Derecho penal internacional y el Derecho internacional humanitario. Intentaremos dar algunos puntos de vista —a modo de *outsiders*— para contribuir con el debate que se aproxima, tanto de la normativa existente como de la propuesta presentada.

Para ello realizaremos un análisis crítico del tipo de tortura. Como punto de partida, expondremos la tortura como un fenómeno real que trasciende el Derecho, ante el cual las ciencias sociales tienen mucho que aportar. Continuaremos con la exposición de algunas de las líneas interpretativas más importantes en el Derecho internacional consuetudinario, entre las que se encuentran las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de seguido, Corte IDH), la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI), el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (de seguido, TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante, TPIR). Esta batería teórica nos permitirá realizar el análisis crítico del tipo penal de

tortura mexicano, tanto el vigente como el que se ha propuesto. Ahora bien, si el lector considera que tiene interés en sólo alguno de estos puntos, puede ir directamente a la sección de su interés, sin que existan mayores distorsiones para comprender lo expuesto.

Como advertencia *a limine* debe aclararse que esta investigación está delimitada al acto de tortura como violencia y tipo penal, se omiten análisis sobre las maneras de comisión, la violencia sexual, el derecho de las víctimas, las consecuencias en éstas y los aspectos administrativos de la prevención. Pese a lo anterior, al final se exponen algunas líneas heurísticas que pueden deducirse del análisis socio-jurídico expuesto.

1. Aspectos preliminares

El concepto “tortura”² no es unívoco, basta con leer algunas investigaciones serias en la materia para denotar su polisemia. Por ello, para instrumentalizar dicho concepto es necesario definirlo convencionalmente de forma previa, para entender —con una pretensión intersubjetiva— qué cabe en dicho “cajón”, pero —lo más importante— qué *no* cabe en éste, conforme a la investigación planteada.

No pretenderemos exponer *la* definición que venga a zanjar para siempre la discusión (netamente de palabras) sobre este aspecto de la tortura. Ahora bien, tampoco caeremos en la trampa de creer (con fe ciega) que el Derecho por sí mismo nos dará una definición suficiente para aproximarnos al fenómeno de estudio.

Por ello, expondremos algunas ideas básicas a partir de la sociología, la psicología, la historia y el Derecho, con una pretensión interdisciplinaria que nos permitirá llegar a algunas conclusiones de interés.³ Ello enriquecerá la investigación con visiones diferentes de las que nos da el Derecho por sí solo.⁴ Ade-

¹ Ver: Presidencia de la República, *Combatir frontalmente la desaparición forzada y la tortura es una condición básica para lograr la plena vigencia del Estado de Derecho*: EPN, 10 de diciembre de 2015, extraído de: <http://www.gob.mx/presidencia/prensa/combatir-frontalmente-la-desaparicion-forzada-y-la-tortura-es-una-condicion-basica-para-lograr-la-plena-vigencia-del-estado-de-derecho-epn> (consultada el 8 de enero de 2016); y Presidencia de la República, *Visita del alto comisionado de la ONU para los derechos humanos*, 8 de octubre de 2015, extraído de: <http://www.gob.mx/presidencia/articulos/visita-del-alto-comisionado-de-la-onu-para-los-derechos-humanos> (consultada el 8 de enero de 2016).

² Como dato de interés, la etimología de la palabra “tortura” proviene del latín *torquere*, que significa “torcer”, que refiere a una técnica antigua. Ver: Paul D. Kenny, “The Meaning of Torture”, *Polity*, vol. 42, núm. 2, abril de 2010, doi: 10.1057/pol.2009.21, p. 146.

³ Al respecto expone Einolf: “*In the past, human rights advocates have concentrated on promulgating treaties that proscribe human rights violations, including torture. These efforts have had some effect in establishing international norms and regimes prohibiting torture, but the establishment of norms and regimes has not been enough to stop torture in actual practice. Knowledge of the patterns described here could help advocates focus their efforts*”. Christopher Einolf, “The Fall and Rise of Torture: A Comparative and Historical Analysis”, *Sociological Theory*, vol. 25, núm 1, junio de 2007, doi: 10.1111/j.1467-9558.2007.00300.x, p. 118.

⁴ Esto en contraposición de las ideas del Derecho como un “sistema jurídico cerrado (*geschlossenes Rechtssystem*)” defendida princi-



más, de éstas se pueden obtener algunas líneas heurísticas que no deben pasarse por alto si se pretende una formulación normativa que responda a lo que Albert denominó “jurisprudencia social-tecnológica”.⁵

1.1. Una definición estipulativa-instrumental

Es menester poner en relieve que este tipo de conceptos multívocos implican que el intérprete tome partido, pues las palabras por sí mismas *no significan nada*, son instrumentos para comunicar ideas.⁶ Por ello, existen tantas definiciones e interpretaciones como autores hay.

A grandes rasgos, se pueden exponer —cuanto menos— cinco líneas generales seguidas por las definiciones existentes: (1) aquellas que gradúan el nivel de dolor o sufrimiento; (2) aquellas que implican sólo la comisión por agentes estatales; (3) aquellas que implican algún motivo para la comisión; (4) aquellas que se restringen a unos cuantos motivos predeterminados, y (5) aquellas que excluyen la tortura cuando es producto de un hecho legítimo. Cada una de estas acepciones tiene su correspondiente negación y pueden entremezclarse.

Por el interés de esta investigación, hemos escogido la siguiente definición estipulativa-instrumental: *tortura es la imposición mediata, sistemática y deliberada de dolor o sufrimiento⁷ a una persona sobre*

la cual uno o varios sujetos tienen sobre la primera el control físico (poder),⁸ con algún fin determinado (o determinable).⁹

Esta definición involucra tres ámbitos: el político (relación de los sujetos con el ejercicio del poder), el social (relación del humano con los universos simbólicos creados por éste)¹⁰ y el psicológico-psiquiátrico (patrones de comportamiento y lo subjetivo de la persona). Esta definición estipulativa-instrumental toma como base la definición elaborada por la Asociación Médica Mundial en la *Declaración de Tokio de Normas Directivas para Médicos con respecto a la tortura y otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, impuestos sobre personas detenidas o encarceladas*,¹¹ así como los apuntes de Miguel A. Pichardo,¹² Christopher Einolf¹³ y Paul D. Kenny,¹⁴ con la aclaración de que esta interpretación es más amplia de las ahí recogidas, pero con la intención pragmática de mantener los límites necesarios para no confundir la tortura con otros fenómenos.

2. La tortura como fenómeno psicosocial

2.1. Análisis psicosocial de la tortura como acto de violencia

El investigador Miguel A. Pichardo propone un análisis psicosocial para comprender los patrones en los

palmente por Günther Teubner, quien se basa en la teoría social de la *autopoiesis* de Luhmann. Para una descripción y atinada crítica, ver Minor E. Salas, *Yo me engaño, tú te engañas, él se...* Un repertorio de sofismas corrientes en las ciencias sociales, Isolma, San José, 2011, pp. 148-153.

⁵ Hans Albert, *La ciencia del derecho como ciencia real*, trad. Minor E. Salas, Fontamara, México, 2007.

⁶ Cita de Ogden y Richards en Enrique Pedro Haba, *Metodología (realista) del Derecho*, t. I, UCR, San José, 2012, p. 52. **Nota:** claro que hay que partir de significados básicos de aquellos términos que por lo general no son controvertidos; aunque todo concepto implica una interpretación, la tarea es hacerla más o menos intersubjetiva.

⁷ Al respecto debe recordarse una explicación realizada por Kenny, de acuerdo con la cual esa diferenciación entre dolor y sufrimiento es producto de la idea utilitarista (falsa) sobre la posibilidad de cuantificarlos gradualmente. Evidentemente éstas son experiencias psicológicas personales que son difícilmente cuantificables. Ver: Kenny, “The Meaning...”, *op. cit.*, p. 149.

⁸ Sobre control, se debe aclarar que: “Control, in this context, means to have physical power or command over another person’s body. Control is meant here in a time-specific rather than a generic sense. [...] Of course, the physical control to which I am referring may also entail a kind of psychological captivity, but this additional element is neither necessary nor sufficient. The victim of torture has no freedom to leave. [...] For torture to occur, escape must be impossible, not just impractical”. Kenny, “The Meaning...”, *op. cit.*, p. 153.

⁹ Se abandona la idea de especificar cada uno de los motivos, pues habrán tantos como sujetos que comenten sobre la tortura, consideramos que debe existir un motivo, pero no uno específico. En el mismo sentido, Kenny, “The Meaning...”, *op. cit.*, p. 139.

¹⁰ Peter Berger y Thomas Luckmann, *La construcción social de la realidad*, trad. Silvia Zuleta, Icalma, Buenos Aires, 2001, pp. 125-129.

¹¹ Declaración de principios éticos Adoptada por la 29ª Asamblea Médica Mundial en Tokio, Japón, octubre de 1975, revisada en su redacción por la 170ª Sesión del Consejo Divonne-les-Bains, mayo de 2005, y por la 173ª Sesión del Consejo, Divonne-les-Bains, Francia, mayo de 2006, en: Asociación Médica Mundial, extraída de: <http://www.wma.net/es/30publications/10polices/c18/index.html> (consultada el 30 de julio de 2015).

¹² Miguel A. Pichardo, *Perspectiva histórico-psicosocial de la tortura*, extraído de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26105.pdf> (consultada el 27 de julio de 2015).

¹³ Cfr. Christopher Einolf, “The Fall...”, *op. cit.*

¹⁴ Cfr. Kenny, “The Meaning...”, *op. cit.*

Análisis crítico del tipo penal de tortura mexicano desde la óptica del Derecho internacional

que sucede la tortura.¹⁵ Los aspectos constitutivos de este acto violento, según dicha propuesta, son: a) la estructura formal del acto, b) el perfil cultural, c) el contexto posibilitador, y d) el trasfondo ideológico del acto.¹⁶ A continuación expondremos cada uno de ellos, con algunas precisiones.

2.1.1. Estructura formal de acto de tortura

Este aspecto constitutivo refiere al acto violento en su completitud. Se intenta responder la pregunta de *qué es esto*. Aquí es fundamental la diferenciación realizada por Martín-Baró entre violencia instrumental y terminal: “*un acto de violencia instrumental es aquél realizado como medio para lograr un objetivo diferente, mientras que el acto de violencia final es aquél realizado por sí mismo, es decir, el acto buscado como fin*”.¹⁷ De tal manera, la violencia instrumental es mediata y la terminal es inmediata, con respecto a los fines. La segunda se agota por el mismo hecho de ocurrir, la primera es tan sólo un medio para conseguir un fin.

Por ello, de acuerdo con la definición expuesta *supra*, la tortura se agrupa en el sentido de violencia instrumental, esto se denota con la expresión “*la imposición mediata...*” de la definición expuesta *supra*. Sobre este aspecto se ha determinado que ésta es *instrumentalizada* para fines como: la obtención de información o confesiones, mecanismo de readaptación social de determinados sujetos, sembrar desconfianza en un grupo opositor al poder, provocar la invalidez

psicosocial (“sacarlos del juego”) de opositores,¹⁸ entre muchos otros.

Esta violencia instrumental mediatiza al sujeto y violenta su noción de “sí mismo”, sea la *construcción psicosocial del yo*.¹⁹ Dicha afectación es tanto psicológica como física,²⁰ no importa cuál sea el medio de comisión. Por ello, no se debería hablar de tortura física o psicológica, sino de métodos físicos (afección físico-corporal) o psíquicos (estrés mental) para la comisión de ésta.²¹

La tortura también impacta “*en las esferas psicológicas, corporales, físicas, interaccionales, redes sociales, ideológicas, acciones sociales, situación política, participación social, estado legal, relaciones internacionales, etcétera*”.²² Ergo, esta no se agota en la interacción dual torturador-víctima, sino que incide en una parte (más o menos amplia) del dinamismo social del momento histórico en general.²³

2.1.2. El perfil cultural de la tortura

Este aspecto, de acuerdo con Pichardo, caracteriza cuál es el perfil cultural que incide sobre el sujeto para que cometa tortura.²⁴ Esto, en la línea de las investigaciones que establecen que en lugar de buscar elementos psicopatológicos del “torturador” (como símbolo antonomástico) se debe buscar aquello que incide sobre los sujetos “normales” para que cometan actos violentos como la tortura.

Para entender lo anterior, son de importancia cardinal los experimentos psicosociales sobre la obe-

¹⁵ Es claro, como todo análisis de la realidad, que éste responde a una división meramente académica-explicativa, pues realmente es muy difícil separar dichos aspectos del acto total.

¹⁶ Pichardo, *Perspectiva histórico-social...*, op. cit., p. 10.

¹⁷ Ronald Ling Ching Céspedes, *Psicología forense: principios fundamentales*, Eunod, San José, 2005, pp. 261 y 262.

¹⁸ Pichardo, *Perspectiva histórico-social...*, op. cit., p. 11. Cfr. Einolf, “The Fall and Rise...”, op. cit., p. 104.

¹⁹ Pichardo, *Perspectiva histórico-social...*, op. cit., p. 11.

²⁰ Metin Basoglu, Maria Livanou y Cvetana Crnobaric, “Torture vs Other Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment: Is the Distinction Real or Apparent?”, *Archives of General Psychiatry*, vol. 64, núm. 3, 2007, doi: 10.1001/archpsyc.64.3.277, p. 283.

²¹ La ONU la califica como una diferenciación artificial. Vid. ONU, *Protocolo de Estambul. Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, HR/P/PT/8/Rev.1, Ginebra y Nueva York, 9 de agosto de 1999 (rev. 2004), p. 55. Para ver la lista de formas de comisión, ver: ONU, *Protocolo de Estambul*, pp. 55-57. Para más ejemplificaciones de métodos de tortura, ver: Einolf, “The Fall”, op. cit., pp. 103 y 104.

²² Pichardo, *Perspectiva histórico-social...*, op. cit., p. 12.

²³ Al respecto la ONU apunta: “*La tortura suscita profunda inquietud en la comunidad mundial. Su objetivo consiste en destruir deliberadamente no sólo el bienestar físico y emocional de la persona sino también, en ciertos casos, la dignidad y la voluntad de comunidades enteras. Es algo que concierne a todos los miembros de la familia humana porque ataca a la misma base de nuestra existencia y de nuestras esperanzas de un futuro mejor*”. En ONU, *Protocolo de Estambul*, op. cit., p. 1.

²⁴ Pichardo, *Perspectiva histórico-social...*, op. cit., p. 14. Cfr. International Committee of the Red Cross, *Tackling Torture: Who are the torturers?* Extraído de: <https://www.icrc.org/en/document/lutter-contre-la-torture-qui-sont-les-tortionnaires> (consultado el 3 de marzo de 2016).

diencia de Stanley Milgram,²⁵ los cuales buscaban determinar si los individuos “normales” infligirían dolor en una tercera persona inocente, bajo las órdenes de otro sujeto cómplice en el experimento. Las principales conclusiones fueron: 1) que existe una “sociedad de la obediencia”²⁶ donde no hay modelos adecuados para la desobediencia y se toma *a priori* la verdad de la autoridad sin cuestionarla; 2) que si por un lado la conformidad con el grupo²⁷ (tendencia a seguir mayorías) aumenta la obediencia, por otro lado la cercanía psicológica con la víctima disminuye el seguimiento de órdenes dañinas para con ésta; 3) la obediencia a la autoridad es una poderosa arma social definida por la aparente legitimidad, la aceptación de responsabilidad por la autoridad, la facilidad de seguir la orden dada y la dificultad de oponerse.²⁸ Barra Almagiá agrega lo que se denomina efecto *pie-en-la-puerta*, según el cual una vez iniciada una conducta se hace más fácil continuar obedeciendo e ir incrementado el actuar.²⁹

No obstante lo anterior, también se ha concluido que existen factores que contrarrestan la obediencia, como: 1) hacerles saber a los sujetos que tanto ellos como la autoridad son responsables de lo ocurrido; 2) exponerlos a otros sujetos que no siguen ciegamente la autoridad para romper la conformidad de grupo; 3) incitar a los sujetos a ser críticos de las motivaciones, juicios valorativos y capacidad de las

autoridades; 4) hacer conscientes a los individuos, por medio de la difusión de los hallazgos científicos, del poder social con el que cuentan las autoridades y cómo influyen en su conducta.³⁰ Estos factores serán trascendentales para cualquier propuesta para legislar lo atinente a la tortura.

2.1.3. El contexto posibilitador de la tortura

Este elemento del acto de tortura refiere al ambiente criminógeno que lo desencadena o potencia. Para que ésta suceda deben confluír una serie de variables, tanto en el momento inicial (desencadenamiento) como en la realización misma (ejecución del acto). Se distinguen: el contexto social amplio (mediato) y el contexto social situacional (inmediato).³¹

El contexto social amplio involucra los sistemas axiológicos, sociales y político-jurídicos que resultan propicios.³² Las investigaciones apuntan que en los llamados Estados democráticos liberales existe una tendencia menor a tolerar o justificar actos de tortura, sea por su prohibición u ocultación.³³ Según Einolf,³⁴ en estos contextos ésta se dirige contra aquellos considerados como *not full members of a society*, sea *no-ciudadanos*, como los extranjeros, ciertas etnias, ciertos cultos, entre otros, o *ciudadanos-no-pletos*, como los prisioneros, los delincuentes, grupos sociales marginalizados, entre otros.³⁵

²⁵ Stanley Milgram, “Some Conditions of Obedience and Disobedience to Authority”, *Human Relations*, vol. 18, núm. 57, febrero de 1965, doi: 10.1177/001872676501800105, pp. 57-76.

²⁶ Enrique Barra Almagiá, *Psicología social*, Universidad de Concepción, Concepción, 1998, extraído de: http://www.sibudec.cl/ebook/UDEC_Psicologia_Social.pdf (consultado el 30 de julio de 2015), p. 271.

²⁷ En cuanto a la *conformidad* son clásicos los estudios de Solomon Asch, en los cuales se determinan como factores que la afectan: tamaño el grupo, cohesión y la unanimidad. Lo contrario a la conformidad puede ser la independencia (tomar la propia decisión sin importar las normas del grupo) o la anticonformidad (oponerse a la mayoría, como una dependencia negativa), en Barra Almagiá, *Psicología social*, *op. cit.*, pp. 227-238. Cfr. Solomon Asch, *Psicología social*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1964.

²⁸ De acuerdo con Smith y Mackie, citados en Barra Almagiá, *Psicología social*, *op. cit.*, pp. 279 y 280.

²⁹ *Ibidem*, pp. 281 y 282.

³⁰ *Ibidem*, pp. 282 y 283.

³¹ Ling Ching Céspedes, *Psicología forense...*, *op. cit.*, p. 261.

³² Pichardo, *Perspectiva histórico-social...*, *op. cit.*, p. 15.

³³ Einolf, “The Fall and Rise...”, *op. cit.*, pp.109-111. Pese a ello, la ONU afirma rotundamente que la tortura se practica en más de la mitad de los países del mundo; ver: ONU, *Protocolo de Estambul*, *op. cit.*, p. 1.

³⁴ Es importante resaltar que dicho investigador refuta la exposición idealista –muy cercana al *wishful thinking*– de la “decaída y abolición de la tortura” propuesta por Langbein, Silverman, Foucault, entre otros. Einolf expone que dicha abolición es meramente formal (*law in books*) y declamatoria, pues en la realidad constatable la tortura está muy lejos de haber sido abolida en la práctica. Ver: Einolf, “The Fall and Rise...”, *op. cit.*, p. 110.

³⁵ Einolf, “The Fall and Rise...”, *op. cit.*, pp. 102 y 106. Este fenómeno fue denominado por los psicólogos sociales Abrams, Houston, Van de Vyver y Vasiljevic como *Equality Hypocrisy* (igualdad hipócrita), según el cual las personas están de acuerdo en admitir una igualdad de derechos humanos cuanto más indeterminado es el grupo referido, pero cuando se especifica (como, por ejemplo: extranjeros, etnias minoritarias, minorías religiosas, etc.) no se admite tal asimilación de derechos y se ven como los “otros” que amenazan “lo nacional”; ver: Abrams, Houston, Van de Vyver y Vasiljevic, “Equality Hypocrisy, Inconsistency, and Prejudice: The Unequal Application of the Universal Human Right to Equality”, *Peace and Conflict. Journal of Peace Psychology*, vol. 21, núm. 1, febrero de 2015, <http://dx.doi.org/10.1037/pac0000084>, pp. 28-46.

Análisis crítico del tipo penal de tortura mexicano desde la óptica del Derecho internacional

En el contexto social situacional de la tortura se pueden nombrar algunos elementos potenciadores: (i) escenarios y estímulos ambientales, por ejemplo las prisiones y campos de concentración; (ii) situaciones de poder y la oportunidad de realizar tortura; y (iii) presión grupal.³⁶

Gracias a las investigaciones de Philip Zimbardo³⁷ se comprobó que cualquier sujeto “normal”, en ciertas condiciones ambientales, puede espontáneamente cometer actos como la tortura, aspecto que —a diferencia de las conclusiones de Milgram— no implican necesariamente el seguimiento de órdenes. Esto se denominó como “poder situacional” y “juego de roles”, es decir, hay ciertas situaciones en las cuales unos sujetos tienen más poder que otros, o bien, que unos sujetos se encuentren en alguna circunstancia de vulnerabilidad que es aprovechada por los victimarios. En dichos momentos, los sujetos asumen roles que han sido socialmente determinados y construidos, papeles que son cumplidos por los sujetos, generalmente sin mayor reflexión.³⁸

2.1.4. Transfondo ideológico del acto de tortura

Esta característica remite a las justificaciones y fundamentos del acto violento de tortura.³⁹ Sería un tanto ingenuo considerar que todos los actos de violencia

tengan alguna justificación o motivo, pero, restringiéndonos a nuestra definición de tortura (como un acto violento mediato-instrumental), dicha violencia sí tendrá un componente ideológico.

La tortura se justifica dentro de un determinado sistema social axiológico, en el cual el perpetrador se siente con la suficiente legitimidad para torturar, en contra de un sujeto que ve “deshumanizado” (un *otro*)⁴⁰ o en una posición vulnerable. De acuerdo con el pensar del actor, la víctima merece dicho acto violento, para alcanzar un fin determinado.⁴¹ Esta autojustificación se realiza generalmente con fórmulas retórico-emozionizantes como “interés de la nación”, “seguridad nacional”, “darles su merecido”, “mantener la paz social”, entre muchísimas otras.⁴² Lo anterior es generado por una disonancia cognitiva del sujeto, sea una separación psicológica entre el sujeto que tortura y el sujeto de “siempre”, quien eufemísticamente justificará (ante sí y ante los otros) su acto violento de tortura, aunque éste sea contrario a su forma de actuar habitual y sus valores.⁴³

2.2. Caracteres de diferenciación de la tortura

A partir de la definición se pueden apuntalar algunos usos lingüísticos comúnmente aceptados por la generalidad de sus locutores,⁴⁴ dentro de los círculos

³⁶ Pichardo, *Perspectiva histórico-social...*, op. cit., pp. 15 y 16.

³⁷ Philip Zimbardo, *El efecto Lucifer: el porqué de la maldad*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2008. Para observar el video de una entrevista a Phillip Zimbardo, ver: <http://www.redesparalaciencia.com/2559/redes/2010/redes-54-la-pendiente-resbaladiza-de-la-maldad> (consultada el 30 de julio de 2015).

³⁸ Esta idea puede relacionarse con: “[...] *el universo simbólico ordena y por ende legitima los ‘roles’ cotidianos, las prioridades y los procedimientos operativos colocándolos sub specie universi, vale decir: en el contexto de marco de referencia más general que pueda concebirse*”. Berger y Luckmann, *La construcción social...*, op. cit., p. 129. Un ejemplo muy reciente de este fenómeno de seguimiento de patrones y cumplimiento de roles puede observarse en los profesionales de la salud que contribuyeron en la realización de actos de tortura en Guantánamo, llamados el Equipo de Consulta sobre Ciencias de la Conducta (*Behavioral Science Consultation Team*), quienes tuvieron papeles tanto pasivos (observaban y daban primeros auxilios) hasta activos (infligieron actos de tortura y utilizaron la prisión como un “laboratorio de batalla para nuevas técnicas de interrogatorio”), aspectos que violentan tajantemente los principios éticos de la profesión y lo establecido en el Protocolo de Estambul. Al respecto, ver: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Informe: Hacia el cierre de Guantánamo*, Washington, 2015, extraído de: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Hacia-cierre-Guantanamo.pdf> (consultado el 4 de enero de 2016), pp. 52-54.

³⁹ Ling Ching Céspedes, *Psicología forense...*, op. cit., pp. 261 y 262.

⁴⁰ Sobre la construcción sociológica de los “otros” diferentes al “nosotros”, son de referencia obligatoria los trabajos del sociólogo argentino Daniel Feierstein, enfocados en el fenómeno genocidio; ver Daniel Feierstein, “Igualdad, autonomía, identidad. Las formas sociales de construcción de ‘los otros’”, en Hamurabi Noufour (comp.), *Tinieblas del crisol de razas*, Cálamo, Buenos Aires, 1999, pp. 39-70, y Daniel Feierstein, *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007.

⁴¹ ONU, *Protocolo de Estambul*, op. cit., p. 86.

⁴² Pichardo, *Perspectiva histórico-social...*, op. cit., p. 17. Cfr. ICRC, *Tackling Torture...*, op. cit.

⁴³ Esto aplicará para aquellos sujetos que se consideran normales, es decir, que siguen el sistema normativo y logran diferenciar aspectos básicos del bien y del mal. Es claro que existirán sujetos inmorales que abiertamente aceptarán que realizaron dichos actos perversos, pero estos escapan de esa categorización de normalidad que se ha seguido en este estudio.

⁴⁴ Enrique Pedro Haba, *Tratado Básico de Derechos Humanos con especial referencia al Derecho constitucional latinoamericano y al Derecho internacional. Examen realista crítico*, t. I, Editorial Juricentro, San José, 1986, p. 438.

discursivos de las ciencias sociales, que diferencian la tortura de otros fenómenos. De manera general son:

- La tortura es un acto violento de carácter netamente mediato que no se agota en sí mismo, pues es un instrumento para fines ulteriores.⁴⁵ Esto implica un carácter sistemático, causal, motivacional, técnico y —hasta cierto punto— racional.⁴⁶
- El agente que comete la tortura no es —necesariamente— un sujeto con problemas psicopatológicos, pues podría ser cualquier sujeto “normal”.⁴⁷ Esta idea común del torturador como sujeto con alguna psicopatología (una especie diferente a la normalidad que se excluye del “nosotros”) es una respuesta infantilista (función ideológica tranquilizadora) para entender algo tan complejo como la tortura y la existencia de individuos que la ejecutan.⁴⁸
- Por más cruel y degradante que resulte un acto violento, si no cumple con estas características estipulativas, por motivos pragmáticos no puede ser denominada tortura, pues caeríamos en una equiparación con el sadismo y la crueldad.⁴⁹ Lo anterior no implica que estos no puedan ser parte de un acto de tortura.

3. La tortura en el Derecho internacional público

A continuación realizaremos una conceptualización panorámica sobre la tortura en el Derecho internacio-

nal en general y, específicamente, en el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho penal internacional. Lo anterior, a partir de las interpretaciones realizadas por el TEDH, la Corte IDH, la CPI y algunos tribunales penales internacionales *ad hoc*.

3.1. La tortura como práctica prohibida por el Derecho internacional

La práctica de la tortura está prohibida por la dogmática del Derecho internacional, que la constituyó como una norma de *ius cogens*.⁵⁰ A nivel universal se acordó, en 1984, la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes⁵¹ (de seguido, “Convención contra la tortura”), la cual vino a desarrollar la prohibición existente en el artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)⁵² y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles (1966).⁵³ La definición contenida en dicho instrumento⁵⁴ implica la gravedad del hecho, la intencionalidad del autor (con una enumeración de *numerus apertus*),⁵⁵ la realización por parte de un funcionario público (delito funcional) y excluye resultados gravosos de sanciones legítimas.

Adicionalmente, dicho instrumento preceptúa una serie de obligaciones para los Estados Parte de prevenir y sancionar la práctica de la tortura (artículos 2º y

⁴⁵ Kenny, “The Meaning...”, *op. cit.*, p. 142; y Pichardo, *Perspectiva histórico-social...*, *op. cit.*, pp. 11 y 12.

⁴⁶ Pichardo, *Perspectiva histórico-social...*, *op. cit.*, p. 12. Por racional, debe entenderse que no es producto de un impulso irracional psicopatológico.

⁴⁷ Milgram, “Some Conditions...”, *op. cit.*, pp. 74 y 75. Cfr. ICRC, *Tackling Torture...*

⁴⁸ Pichardo, *Perspectiva histórico-social...*, *op. cit.*, p. 13.

⁴⁹ Kenny, “The Meaning...”, *op. cit.*, p. 142.

⁵⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, Washington, 2002, extraído de: <http://www.cidh.org/Terrorism/Spain/indice.htm> (consultado el 4 de enero de 2016), párr. 155. Cfr. CIDH, *Informe: Hacia el cierre...*, *op. cit.*, p. 56. Sobre dicho concepto, ver: Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados, 23 de mayo de 1969, artículo 53; y Rafael Nieto-Navia, “International Peremptory Norms (Ius Cogens) and International Humanitarian Law”, en Lal Chand Vohrah *et al.* (comps.), *Man’s Inhumanity to Man*, Kluwer International Law, La Haya, 2003, pp. 595-640.

⁵¹ Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la ONU en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984.

⁵² Establece: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

⁵³ Estatuye: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

⁵⁴ El artículo 1.1. reza: “A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflijan intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.

⁵⁵ En cuanto a dicha enumeración no podemos obviar que al respecto existe una larga y añeja controversia, que será abordada *infra*; baste por el momento decir que —en nuestra opinión— la definición incluye la cláusula “o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación”, la cual permite que se incluyan finalidades análogas a las ahí expuestas.

12), por medio de la incorporación del tipo penal en las legislaciones internas (artículo 4º) y de la educación (artículo 10º). Resulta interesante que, en atención a los principios del Derecho penal internacional consuetudinario, se instaurara la obligación de los Estados de investigar aunque los hechos no ocurrieran en su territorio (artículos del 5º al 9º), producto del principio de justicia universal.

A nivel regional se ha establecido una serie de instrumentos y mecanismos en cuanto a la problemática de la tortura. Empero, las definiciones que se han delineado difieren significativamente, sea a nivel normativo o jurisprudencial. Ello evidencia la multivocidad del concepto en las diversas interpretaciones efectuadas en la práctica internacional. En razón de ello esbozaremos las líneas hermenéuticas generales del TEDH y de la Corte IDH.

3.1.1. Línea hermenéutica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) estipula la prohibición de la tortura en su artículo 3, el cual señala: “*nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*”.

El TEDH, como máximo intérprete autorizado del Convenio Europeo,⁵⁶ ha considerado que el artículo mencionado contempla uno de los valores fundamentales de la sociedad democrática⁵⁷ que no admite derogación ni ninguna excepción,⁵⁸ es decir, es una norma de *ius cogens*.

De acuerdo con este Tribunal, en ese artículo se realiza una distinción entre la tortura y los tratos inhumanos o degradantes. Por ello, para determinar si un hecho responde a una u otra figura debe tomarse en consideración la “gravedad del sufrimiento”, pues la figura de “*la tortura acarrea un estigma especial para ocasionar un tratamiento inhumano que derive en muy graves y serios sufrimientos*”,⁵⁹ superiores a los producidos en la segunda figura. A su vez, los tratos inhumanos o degradantes deben alcanzar un nivel mínimo de gravedad, el cual debe ser evaluado según las circunstancias concretas del caso, por ejemplo: la duración del acto, sus efectos psíquicos o mentales, el sexo, la edad y estado de salud de la víctima, entre muchos otros.⁶⁰

Asimismo, ha interpretado que el artículo 3 del CEDH debe conjugarse con el artículo 1º de la Convención contra la tortura, en cuanto al requisito de la existencia de un propósito en el agente activo, que implica la finalidad de obtener información, infligir castigo o intimidar.⁶¹ Se puede aseverar que la definición realizada por el TEDH es restringida, pues establece como elemento constitutivo de la tortura la existencia de alguno de los propósitos prohibidos descritos *supra*. Igualmente, no se puede pasar por alto la utilización reiterada de fórmulas retóricas, tales como “la existencia de ciertos valores supremos” que son “fundamentales” dentro de una “sociedad democrática”, que tienen poco o ningún significado concreto. Asimismo, dichas frases aluden a un fuerte contenido emotivo, característica propia del discurso de los derechos humanos.⁶²

⁵⁶ Artículos 19 y 32, Convenio Europeo de Derechos Humanos, 4 de noviembre de 1950.

⁵⁷ TEDH, *Caso Bataliny c. Rusia*, No. 10060/70, Sentencia de Juicio, 23 de julio de 2015, párr. 81. Cfr. TEDH, *Caso Serikov c. Ucrania*, No. 42164/09, Sentencia de Juicio, 23 de julio de 2015, párr. 56; TEDH, *Caso Andonocki c. La Antigua República Yugoslava de Macedonia*, No. 24312/10, Sentencia de Juicio, 23 de julio de 2015, párr. 95; TEDH, *Caso Mironovas y otros c. Lituania*, No. 40828/12, 29292/12, 69598/12, 40163/13, 66281/13, 70048/13 y 70065/13, Sentencia de Juicio, 8 de diciembre de 2015, párr. 115.

⁵⁸ TEDH, *Caso Mironovas y otros c. Lituania*, No. 40828/12, 29292/12, 69598/12, 40163/13, 66281/13, 70048/13 y 70065/13, Sentencia de Juicio, 8 de diciembre de 2015, párr. 115.

⁵⁹ TEDH, *Caso Bataliny c. Rusia*, No. 10060/70, Sentencia de Juicio, 23 de julio de 2015, párr. 83; TEDH, *Caso Reino Unido c. Irlanda*, Serie A No. 25, Sentencia de Juicio, 18 de enero de 1987, párr. 167; TEDH, *Caso Hajrulahu c. La Antigua República Yugoslava de Macedonia*, No. 37537/07, Sentencia de Juicio, 29 de octubre de 2015, párr. 98.

⁶⁰ TEDH, *Caso Lyapin c. Rusia*, No. 46956/09, Sentencia de Juicio, 24 de junio de 2014, párr. 110; TEDH, *Caso Reino Unido c. Irlanda*, Serie A No. 25, Sentencia de Juicio, 18 de enero de 1987, párr. 162; TEDH, *Caso Mironovas y otros c. Lituania*, No. 40828/12, 29292/12, 69598/12, 40163/13, 66281/13, 70048/13 y 70065/13, Sentencia de Juicio, 8 de diciembre de 2015, párr. 115.

⁶¹ TEDH, *Caso Bataliny c. Rusia*, No. 10060/70, Sentencia de Juicio, 23 de julio de 2015, párr. 84; TEDH, *Caso Selmouni c. Francia*, No. 25803/94, Sentencia de Apelación, 28 de julio de 1999, párr. 97; TEDH, *Caso Hajrulahu c. La Antigua República Yugoslava de Macedonia*, No. 37537/07, Sentencia de Juicio, 29 de octubre de 2015, párr. 98.

⁶² Cfr. Enrique Pedro Haba, “Puntualizaciones terrenales en torno a las formas de discursar sobre el talismán ‘derechos humanos’”, *Revista Telématica de Filosofía del Derecho*, núm. 16, 2013, extraído de: <http://www.rtfed.es/n16.html> (consultado el 25 de julio de 2015), pp. 7 y 8.



Sumado a la anterior, consideramos que la distinción entre tortura y otros tratos inhumanos, según un criterio de “severidad y seriedad del sufrimiento”, resulta ser una *válvula abierta* que es interpretada caso por caso de acuerdo con el libre sentir y pensar de los juzgadores. Esto debe explicitarse para no caer en la trampa de considerar que existen criterios objetivos, pues en la realidad lo que hay son algunos argumentos razonables de los intérpretes autorizados, que en el caso específico distinguen entre una figura y la otra.

3.1.2. Línea interpretativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La *Convención Americana de Derechos Humanos* (de seguido, CADH) establece en el inciso 2) del numeral 5º: “*nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*”.

La Corte IDH, máximo intérprete autorizado de la CADH,⁶³ ha manifestado de forma reiterada que entre los elementos constitutivos de la tortura se encuentra el infligir de manera intencional sufrimientos físicos, mentales o morales agudos a una persona con cualquier fin, tales como obtener información de ella, castigarla, intimidarla, o incluso anular su personalidad para que se declare culpable de un determinado hecho delictivo,⁶⁴ entre otros posibles propósitos. Así,

los elementos de la tortura son: (i) la intencionalidad del acto, (ii) la severidad del sufrimiento y (iii) la finalidad del trato.⁶⁵

De estos, cobra especial relevancia “la severidad del sufrimiento”, en virtud de que la Corte IDH, en la misma línea del TEDH, ha señalado que la integridad personal puede ser violentada o vulnerada en diversos grados, lo cual puede abarcar —de menos a más— desde otros tratos crueles, inhumanos o degradantes hasta la tortura.⁶⁶ Igualmente, ha expuesto que las secuelas (físicas y psíquicas) de estos actos dependen de ciertos factores endógenos y exógenos, por ejemplo duración de los tratos, edad, sexo, salud, vulnerabilidad, los cuales serán evaluados e interpretados a partir de un análisis casuístico.⁶⁷ Se debe destacar el amplio margen de discrecionalidad con el que cuentan los jueces para evaluar estos elementos, esto derrumba cualquier pretensión de “establecer” o “encontrar” supuestos parámetros objetivos para dicho cometido.

La Corte IDH ha determinado que la tortura es una norma imperativa de Derecho internacional general, convirtiéndola en una norma *ius cogens*, conclusión similar a la arribada por el TEDH. Ello implica un régimen de prohibición absoluta de todas las formas de tortura en la región, lo cual —en principio— no admitiría ninguna excepción.⁶⁸

⁶³ Artículos 33 y 62, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969.

⁶⁴ Corte IDH, *Caso Rodríguez Vera y otros c. Colombia*, Serie C No. 287, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 14 de noviembre de 2014, párr. 420. Cfr. Corte IDH, *Caso J. c. Perú*, Serie C No. 275, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 27 de noviembre de 2013, párr. 364; Corte IDH, *Caso Bueno Alves c. Argentina*, Serie C No. 164, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 11 de mayo de 2007, párr. 79; Corte IDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú*, Serie C No. 110, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 8 de julio de 2004, párr. 115; Corte IDH, *Caso Tibi c. Ecuador*, Serie C No. 114, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 7 de setiembre de 2004, párr. 149; Corte IDH, *Caso Maritzia Urrutia c. Guatemala*, Serie C No. 103, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 27 de noviembre de 2003, párr. 91; Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides c. Perú*, Serie C No. 69, Sentencia de Fondo, 18 de agosto de 2000, párr. 100.

⁶⁵ Corte IDH, *Caso Bueno Alves c. Argentina*, Serie C No. 164, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 11 de mayo de 2007, párr. 79. Cfr. Corte IDH, *Caso Caesar c. Trinidad y Tobago*, Serie C No. 123, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 11 de marzo de 2005, párrs. 72 y 73; Corte IDH, *Caso Ruano Torres y otros c. El Salvador*, Serie C No. 303, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 5 de octubre de 2015, párr. 121. Cfr. CIDH, *Informe: Hacia el cierre...*, op. cit., p. 56.

⁶⁶ La CIDH ha dispuesto: “*Ni la Declaración Americana ni la Convención Americana ni la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura establecen lo que debe entenderse por ‘tratos crueles, inhumanos o degradantes’ o cómo éstos se diferencian de la tortura [...] El criterio esencial que permite distinguir entre ‘tortura’ y ‘trato inhumano o degradante’ deriva principalmente de la intensidad del sufrimiento infligido*”. CIDH, *Informe: Hacia el cierre...*, op. cit., pp. 64-65.

⁶⁷ Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores c. México*, Serie C No. 220, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2010, párr. 133. Cfr. Corte IDH, *Caso Espinoza Gonzáles c. Perú*, Serie C No. 289, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 20 de noviembre de 2014, párr. 184; Corte IDH, *Caso Familia Barrios c. Venezuela*, Serie C No. 237, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2011, párr. 52.

⁶⁸ Corte IDH, *Caso Espinoza Gonzáles c. Perú*, Serie C No. 289, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 20 de noviembre de 2014, párr. 141. Cfr. Corte IDH, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños c. El Salvador*, Serie C No. 252, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de octubre de 2012, párr. 147; Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides c. Perú*, Serie C No. 69, Sentencia de Fondo, 18 de agosto de 2000, párr. 95; Corte IDH, *Caso Familia Barrios c. Venezuela*, Serie C No. 237, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2011, párr. 50; Corte IDH, *Caso Ruano Torres y otros c. El Salvador*, Serie C No. 303, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 5 de octubre de 2015, párr. 120.

3.2. La tortura como delito internacional

Por las características antes expuestas, en especial su prohibición de *ius cogens*, la tortura ha sido configurada como un delito internacional, tanto en un contexto de guerra o de lesa humanidad.⁶⁹ Ello implica una serie de consecuencias que deben ser tomadas en cuenta a la hora de tipificar dicha figura en los ordenamientos internos. Estos serán expuestos brevemente a continuación.

3.2.1. Aspectos básicos de los delitos internacionales

De acuerdo con Werle, los delitos internacionales, también llamados crímenes fundamentales (*core crimes*), son actos ofensivos a los intereses fundamentales de la comunidad internacional,⁷⁰ establecidos convencionalmente en un determinado momento histórico. Esta idea nutre la doctrina de la *macrocriminalidad*, la cual —según Kai Ambos— comprende “comportamientos conforme al sistema [socio-político] y adecuados a la situación dentro de una estructura de organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva”;⁷¹ es decir, un “macro-acontecimiento” relevante para el Derecho internacional y, por lo tanto, diferente a las formas “normales” o “tradicionales” de criminalidad.⁷² El TPIY, en el caso de Drazen Erdemovic, expuso que estos delitos son de una violencia muy seria, que daña

lo más “esencial” de los seres humanos, es decir, su vida, libertad, bienestar físico, salud y dignidad. Estos hechos ilícitos trascienden a la víctima puntual, pues el ataque afecta a la humanidad entera, la cual aparece como víctima mediata.⁷³

Una de las características, *inter alia*, de estos hechos ilícitos internacionales es su imprescriptibilidad, consagrada en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (1968).⁷⁴ Dicha característica fue reafirmada en el Estatuto de Roma de la CPI, específicamente en el artículo 29, el cual reza: “los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán”.

Otra característica de interés de estos ilícitos es la forma especial de responsabilidad del superior jerárquico, introducida por la dogmática del Derecho penal internacional.⁷⁵ El artículo 28 del Estatuto de Roma establece este modo de responsabilidad, que es del tipo de omisión propia que “sólo surge cuando existe una obligación legal para actuar”;⁷⁶ en la cual el jefe militar o quien actúe como tal⁷⁷ es responsable por los crímenes cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo o su autoridad y control efectivo,⁷⁸ en tanto hubiere sabido o hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;⁷⁹ o en tanto haya incumplido con su deber de prevenir (*a priori*) o castigar (*a posteriori*) el actuar ilícito de sus subordinados.⁸⁰

⁶⁹ Aunque alguna parte de la jurisprudencia y la doctrina también incluyen la tortura en el crimen de genocidio, debemos acotar que dicha inclusión en el artículo 6(b) del Estatuto de Roma no es meramente tortura, sino una de las formas de comisión del genocidio, por ello no lo incluiremos en este análisis.

⁷⁰ Gerhard Werle, *Tratado de Derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 78-81.

⁷¹ Kai Ambos, *Derecho y proceso penal internacional*, Fontamara, México, 2008, p. 26.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ TPIY, *Fiscalía c. Drazen Erdemovic*, IT-96-22-T, Sentencia de Juicio, 29 de noviembre de 1996, párr. 28. **Nota:** en esta cita predomina el lenguaje retórico, sin embargo, ése es el juego del lenguaje de estos actores y hay que tomarlo tal cual.

⁷⁴ Resolución 2391 (XXIII) AGNU, 1968. Se puede decir que el referente normativo, de *soft law* anterior son los “Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg”, extraído de: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1950-ihl-nuremberg-5tdmhe.htm> (consultado el 28 de diciembre de 2015).

⁷⁵ Kai Ambos, *La parte general del Derecho penal internacional*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2005, pp. 295-333; y Héctor Olásolo, *Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 766-831.

⁷⁶ CPI, *Fiscalía c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decisión de Confirmación de Cargos, ICC-01/05-01/08, 15 de junio de 2009, párr. 405. Cfr. TPIY, *Fiscalía c. Mucic et al.*, Sentencia de juicio, IT-04-83-T, 16 de noviembre de 1998, párr. 334; TPIR, *Fiscalía c. André Ntagerura*, Sentencia de apelación, ICTR-99-46-A, 7 de julio de 2006, párr. 334.

⁷⁷ Artículo 28 (a), Estatuto de Roma, A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998; CPI, *Fiscalía c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Sentencia de Juicio, ICC-01/05-01/08, 21 de marzo de 2016, párrs. 180-190.

⁷⁸ Artículo 28 (a), Estatuto de Roma, A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998; CPI, *Fiscalía c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Sentencia de Juicio, ICC-01/05-01/08, 21 de marzo de 2016, párrs. 180-190.

⁷⁹ Artículo 28 (a), Estatuto de Roma, A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998; CPI, *Fiscalía c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Sentencia de Juicio, ICC-01/05-01/08, 21 de marzo de 2016, párrs. 191-196.

⁸⁰ CPI, *Fiscalía c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decisión de Confirmación de Cargos, ICC-01/05-01/08, 15 de junio de 2009, párrs. 405 y 479. Cfr. TPIY, *Fiscalía c. Milorad Krnojelac*, Sentencia de apelación, ICTY-97-25-A, 17 de septiembre de 2003, párr. 171; TPIR, *Fiscalía c. Ferdinand Nahimana et al.*, Sentencia de apelación, ICTR-99-52-A, SA, 28 de noviembre de 2007, párrs. 152-154 y 190-192.



El “control efectivo”, exigido por el Estatuto e interpretado por la CPI *in extenso* en la Sentencia de Juicio del caso Bemba-Gombo, requiere que el comandante tenga la capacidad material para prevenir o reprimir la comisión de los crímenes, o para someter el asunto a la competencia de las autoridades. Cualquier grado menor de control, como la capacidad para ejercer una influencia —aun una influencia sustancial— sobre las fuerzas que cometieron los crímenes, sería insuficiente para establecer la responsabilidad del superior jerárquico. El “control efectivo” es generalmente una manifestación de una relación de superior-subordinado entre el jefe militar y los subordinados en una relación jerárquica (cadena de mando) de *jure* o de *facto*. De forma tal que el superior debe tener algún tipo de jerarquía formal o informal de los que perpetrar directa y materialmente los elementos del tipo.⁸¹

La CPI señaló una serie de factores que podrían indicar la existencia de un “control efectivo”, tales como: (i) la posición oficial de comandante dentro de la estructura militar y las tareas que realiza; (ii) la facultad de emitir órdenes, incluyendo su capacidad de ordenar a fuerzas o unidades bajo su comando, sea bajo su comando inmediato o en niveles inferiores, de participar en hostilidades; (iii) la capacidad para asegurar el cumplimiento de órdenes, incluida la consideración de si las órdenes fueron efectivamente cumplidas; (iv) la capacidad para re-subordinar unidades o realizar cambios en la estructura de comando; (v) el poder para promover, sustituir, eliminar o disciplinar a cualquier miembro de las fuerzas, y de iniciar investigaciones; (vi) la autoridad para enviar fuerzas a donde se llevan a cabo las hostilidades y retirarlas en cualquier momento dado; (vii) el acceso independiente a, y el control sobre, los medios para hacer la guerra, tales como equipos de comunicación y armas; (viii) el control de las finanzas; (ix) la capacidad de represen-

tar a las fuerzas en negociaciones o de interactuar con organismos o individuos externos, en representación del grupo; y (x) si representa la ideología del movimiento al que se adhieren los subordinados y posee un cierto nivel de perfil, que se manifiesta por medio de apariciones públicas y declaraciones.⁸² En un sentido similar, el TPIY ha interpretado el “control efectivo” como aquellas facultades de control e influencia sobre la conducta y las acciones de la persona subordinada por parte del superior.⁸³

3.2.2. Bien jurídico tutelado

Como se ha expuesto, la tortura es tanto crimen de lesa humanidad como de guerra. La diferencia entre uno y otro radica en su ligamen a un determinado ataque ilegítimo dado en un contexto específico, pero en ambos casos comparten el mismo bien jurídico tutelado, es decir, la ley penal internacional tiene como cometido cumplir un fin axiológico determinado por medio de la protección de un valor y la sanción a su inobservancia (desvalor), sea en uno u otro contexto.

De acuerdo con Javier Dondé, dicho propósito es castigar el irrespeto del bien jurídico “dignidad humana”,⁸⁴ lo anterior con base en los Preámbulos de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues estos se refieren a las “pautas mínimas que deben regir las relaciones entre individuos y entre estos y los Estados, para conseguir su desarrollo personal y colectivo que se identifica con la frase ‘ideal del ser humano’”. De tal forma, la prohibición de la tortura busca proteger la dignidad humana, como “pauta mínima” o estándar, contenida en dichos instrumentos internacionales.⁸⁵ Aunado a lo anterior, también se ha determinado que la prohibición de la tortura es un aspecto preponderante del derecho a la seguridad personal.⁸⁶

⁸¹ CPI, *Fiscalía c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Sentencia de Juicio, ICC-01/05-01/08, 21 de marzo de 2016, párrs. 183 y 184.

⁸² CPI, *Fiscalía c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Sentencia de Juicio, ICC-01/05-01/08, 21 de marzo de 2016, párr. 188.

⁸³ TPIY, *Fiscalía c. Vidoje Blagojevic y Dragan Jokic*, Sentencia de apelación, IT-02-60-A, 9 mayo 2007, párr. 302. Cfr. TPIY, *Fiscalía c. Zlatko Aleksovski*, Sentencia de juicio, IT-95-14/1-T, 25 junio 1999, párrs. 73, 74 y 76.

⁸⁴ Javier Dondé, *Tipos penales en el ámbito internacional*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2012, pp. 100-101. Cfr. Michael Bothe, “War Crimes”, en Antonio Cassese (comp.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*, vol. I, Oxford University Press, Nueva York, 2002, p. 392; y Jean Pictet, *Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*, International Committee of the Red Cross, extraído de: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdmmu.htm> (consultado el 28 de diciembre de 2015).

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ CIDH, *Informe: Hacia el cierre...*, op. cit., p. 56.

Análisis crítico del tipo penal de tortura mexicano desde la óptica del Derecho internacional

3.2.3. Tortura como crimen de guerra

En el Derecho internacional humanitario, la práctica de tortura está estrictamente prohibida⁸⁷ en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949⁸⁸ y en dos de sus protocolos.⁸⁹ Ésta se considera como una infracción grave a las reglas durante los conflictos, de acuerdo con el artículo 3º común.⁹⁰ Pese a esta amplia normativización, la tortura no se encuentra definida en dichos instrumentos humanitarios.

Gracias a la labor de los tribunales internacionales *ad hoc*, basados en sus respectivos estatutos, se dio cierto contenido a la figura.⁹¹ Estos instrumentos y la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* sirvieron como base para la conceptualización de la tortura como crimen de guerra en el Estatuto de Roma.⁹²

La tortura como crimen de guerra es uno de los tipos más específicos y se clasifica dentro de los tipos penales de maltrato (*officenses of mistreatment*).⁹³ Para que se considere como crimen de guerra, debe estar ligada funcionalmente a un contexto de conflicto armado, sea internacional⁹⁴ o interno,⁹⁵ cuando sea parte de una comisión ilegítima a gran escala.⁹⁶ Esto constituye el elemento contextual de guerra.

En cuanto a los elementos específicos del crimen de guerra, aunque existe una diferenciación en cuanto al conflicto de tipo interno o internacional, no existe a nivel regulatorio mayor discrepancia.⁹⁷ El elemento objetivo (*actus reus*) dispone: (i) causar grandes dolores o sufrimientos físicos o mentales a una o más personas, (ii) que la víctima sea un sujeto protegido por los Convenios de Ginebra (crimen de guerra in-

⁸⁷ La CIDH ha expuesto: "Quizá no haya campo donde exista mayor convergencia entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, que en lo atinente a las normas de trato humano". En: *Ibidem*, p. 51.

⁸⁸ Vid.: en el *I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña*, 12 de agosto de 1949, el artículo 12 (protección, trato y asistencia de heridos y enfermos) y el artículo 50 (II. Infracciones graves) del Capítulo IX (Represión de los abusos y de las infracciones). En el *II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar*, 12 de agosto de 1949, el artículo 12 (Protección, trato y asistencia, de heridos, náufragos y enfermos) y el artículo 51 (II. Infracciones graves) del Capítulo VII (Represión de los abusos y de las infracciones). En el *III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra*, de 12 de agosto de 1949, el artículo 17 (Interrogatorio del prisionero) de la Sección I (Comienzo del cautiverio) del Título III (Cautiverio), el artículo 87 (Castigos) del Capítulo II (Representantes de los prisioneros de guerra) de la Sección VI (Relaciones de los prisioneros de guerra con las autoridades) y el artículo 130 (II. Infracciones graves) del Título VI (Aplicación del convenio). En el *IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra*, 12 de agosto de 1949, en el artículo 32 (Prohibición de castigos corporales, de tortura, etc.) de la Sección I (Disposiciones comunes a los territorios de las Partes en conflicto y a los territorios ocupados) del Título III (Estatuto y trato de las personas protegidas) y el artículo 147 (II. Infracciones graves) del Título IV (Aplicación del convenio).

⁸⁹ Vid.: *Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*, 8 de junio de 1977, en el artículo 75.2(a) (ii) (Garantías fundamentales) del Capítulo I (Ámbito de aplicación y protección de las personas y de los bienes) de la Sección III (Trato a las personas en poder de una Parte en conflicto). En el *Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*, 8 de junio de 1977, en el artículo 4.2(a) (Garantías fundamentales) del Título II (Trato humano).

⁹⁰ En lo que interesa dicho artículo estatuye: [...] *A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas [no combatientes]: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; [...]*. Al respecto, de acuerdo con la CICR, dicho artículo, aunque se refiere directamente a los conflictos no internacionales, éste debe ser aplicado en cualquier tipo de disturbio interno, aunque no califique como conflicto armado, pues el Estado y todos aquellos involucrados no pueden violentar una norma internacional de *ius cogens* como la prohibición de la tortura. Ver: Jean Pictet, *Comentario del artículo 3 común...*, *op. cit.*

⁹¹ Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), *La tortura en el Derecho internacional, guía de jurisprudencia*, CEJIL, Buenos Aires, 2009, pp. 147-170.

⁹² *Ibidem*, 177.

⁹³ Werle, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 605.

⁹⁴ El crimen de guerra de tortura en conflictos armados internacionales se encuentra regulado en el Estatuto de Roma en el artículo 8.2(a) (ii), como primera alternativa, y en el artículo 8.2) a) ii)-1 de los Elementos de los Crímenes.

⁹⁵ El crimen de guerra de tortura en conflictos armados no internacionales se tipifica en el Estatuto de Roma en el artículo 8.2(c) (i), como última alternativa, y en el artículo 8.2) c) i)-4 de los Elementos de los Crímenes.

⁹⁶ Artículo 8, Estatuto de Roma. Cfr. Kai Ambos, *Los crímenes más graves en el Derecho penal internacional*, Inacipe, México, 2005, pp. 71-89; Werle, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 574-594.

⁹⁷ La diferenciación se encuentra en los Elementos de los Crímenes, específicamente en el inciso 3) del artículo 8.2) a) ii)-1 (conflicto armado internacional) y el mismo inciso del artículo 8.2) c) i)-4, esto por cuanto en el primero se exige que la víctima sea una persona protegida por los Convenios de Ginebra y el segundo estipula que la víctima no haya tomado parte activa de las hostilidades. Igualmente, el inciso 5) difiere en cuanto a que el primero exige que sea un conflicto armado internacional y el segundo un conflicto armado no internacional.



ternacional) o que no haya tomado parte activa de las hostilidades (crimen de guerra interno). Se omitió de forma deliberada como requisito que la víctima esté bajo control o custodia del autor.⁹⁸

El elemento subjetivo (*mens rea*) establece: (i) que el autor haya cometido la tortura con la finalidad de obtener información o una confesión, castigar a la víctima, intimidarla o ejercer coacción sobre ella o por cualquier otra razón basada en discriminación de cualquier tipo, y (ii) que el autor haya conocido la condición de protección de las víctimas. Aunque existe discrepancia jurisprudencial en cuanto a si las finalidades descriptas son exhaustivas, consideramos que la formulación de “tal como” (*such as*) de los Elementos de los Crímenes, le da un carácter de *numerus apertus*.⁹⁹

Por último, debemos acotar que, de acuerdo con la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, la cual probablemente será seguida por la CPI, existe una especie de graduación de numerosos crímenes de guerra de acuerdo con la gravedad y severidad de los dolores o sufrimientos infringidos.¹⁰⁰ En tal inteligencia, la tortura es el más grave de todos ellos, y los “menos gravosos” son: tratos inhumanos,¹⁰¹ causar deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud¹⁰² y cometer atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes.¹⁰³ En síntesis, los caracteres diferenciadores de la tortura como crimen

de guerra son: la finalidad ilegítima y la “gravedad” de las ofensas.¹⁰⁴

3.2.4. Tortura como crimen de lesa humanidad

Los elementos contextuales del crimen de lesa humanidad de tortura exigen que dicho delito forme parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil de conformidad con la política de un Estado u organización y con conocimiento de dicho ataque.¹⁰⁵

La línea jurisprudencial de la CPI y de los Tribunales *ad hoc* —en términos generales— ha sido considerar como elemento objetivo (*actus reus*) de la tortura el infligir a un sujeto, por acto u omisión, severo dolor o sufrimiento, físico o mental.¹⁰⁶ No obstante, cabe señalar que el artículo 7(1) (f) de los Elementos de los Crímenes establece que el autor debe tener bajo su custodia o control a la víctima. Ahora bien, a diferencia de la Convención contra la tortura, el Estatuto de Roma no exige que el autor sea funcionario público, por tanto, perdió su calidad de delito funcional.¹⁰⁷ Ello debe interpretarse bajo el elemento contextual de que los sujetos que pueden cometer delitos de lesa humanidad son aquellos que pertenezcan a una organización política, sea estatal o con características similares a esta.¹⁰⁸

De acuerdo con dicho cuerpo normativo, no es tortura el dolor o sufrimiento que sólo provenga, sea in-

⁹⁸ Ver nota al pie núm. 35 de los Elementos de los Crímenes.

⁹⁹ Con una conclusión similar vid.: Werle, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 606 y 607.

¹⁰⁰ La CEJIL concluye: “La ‘tortura’ constituye el delito más grave y exige la presencia del elemento motivacional. El delito que le sigue en términos de gravedad es el de ‘causar intencionalmente un sufrimiento o lesión grave contra la integridad física o la salud de una persona’. Los actos que causan un sufrimiento menos grave, o daños a la dignidad, pueden etiquetarse como ‘trato inhumano’, ‘trato cruel’ u ‘otros actos inhumanos’, en función de las circunstancias de cada caso. Por último, si un acto no es lo suficientemente grave como para calificar como trato inhumano puede considerarse como trato humillante o degradante en tanto delito de ultrajes contra la dignidad de la persona”. CEJIL, *La tortura en...*, *op. cit.*, p. 170.

¹⁰¹ Como crimen de guerra internacional, artículo 8.2 (a) (ii)-2 del Estatuto de Roma y de los Elementos de los Crímenes, como crimen de guerra no internacional, 8.2 (c)(i)-3 *ejusdem*.

¹⁰² Artículo 8.2 (a) (iii) del Estatuto de Roma y de los Elementos de los Crímenes.

¹⁰³ Artículo 8.2 (b) (xxi) del Estatuto de Roma y de los Elementos de los Crímenes.

¹⁰⁴ Michael Bothe, “War Crimes”, *op. cit.*, p. 392.

¹⁰⁵ Artículo 7, Estatuto de Roma; Artículo 5, Estatuto del TPIY; Artículo 3, Estatuto del TPIR. Cfr. Ambos, *Los crímenes...*, *op. cit.*, pp. 39-53; Werle, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 356 y 357.

¹⁰⁶ Artículo 7(2) (e), Estatuto de Roma; Artículo 7 (1) (f), Elementos de los Crímenes. Cfr. TPIY, *Fiscalía c. Dragoljub Kunarac*, Caso No. IT-96-23-T& IT-96-23/1-T, Sentencia de Juicio, 22 de febrero de 2001, párr. 497; TPIY, *Fiscalía c. Delalic y otros*, Caso No. IT-96-21-T, Sentencia de Juicio, 16 de noviembre de 1998, párrs. 468; TPIY, *Fiscalía c. Anto Furundzija*, Caso No. IT-95-17/1-T, Sentencia de Juicio, 10 de diciembre de 1998, párr. 162; TPIR, *Fiscalía c. Jean Paul Akayesu*, Caso No. ICTR-96-4-T, Sentencia de Juicio, 2 de septiembre de 1998, párr. 594; TPIR, *Fiscalía c. Laurent Semanza*, Caso No. ICTR-97-2, Sentencia de Juicio, 15 de mayo de 2003, párr. 343.

¹⁰⁷ Werle, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 505-510; y Kai Ambos, *Los crímenes del nuevo Derecho penal internacional*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C., Bogotá, 2004, pp. 199-205.

¹⁰⁸ Antonio Cassese, “Crimes against Humanity”, en Cassese, Antonio (comp.), *The Rome...*, *op. cit.*, p. 374.

Análisis crítico del tipo penal de tortura mexicano desde la óptica del Derecho internacional

herente o incidental de sanciones lícitas realizadas.¹⁰⁹ Consideramos que dicha disposición resulta innecesaria si se analiza el tipo objetivo del delito como una duplicidad de funciones, entre sistemática y conglobante,¹¹⁰ ya que esta última excluiría aquello autorizado por otras normas de los ordenamientos jurídicos implicados.

En cuanto al elemento subjetivo (*mens rea*), de conformidad con la interpretación que ha realizado la CPI, no resulta necesaria la existencia de algún elemento de intencionalidad o propósito adicional a la mera causación de dolor o sufrimiento. Nótese el pie de página número 14 del artículo 7(1) (f) de los Elementos de los Crímenes: “*Se entiende que no es preciso probar ninguna intención específica en relación con este crimen*”. Es decir, el elemento de finalidad fue excluido del Estatuto de Roma de manera deliberada.¹¹¹

Es menester precisar que la CPI no se ha referido *in extenso* sobre la tortura. No obstante, traemos a colación el voto disidente de la jueza Sanji Mmasenono Monageng en la Decisión sobre la confirmación de cargos del caso de Callixte Mbarushimana:

[L]os elementos de la tortura como un crimen de lesa humanidad y la tortura como un crimen de guerra son significativamente diferentes, de acuerdo a los Elementos de los Crímenes. En particular, la tortura como crimen de guerra requiere que se demuestre un propósito específico (“requisito de propósito específico”), mientras que la tortura como crimen de lesa humanidad no contiene este requisito. Sin embargo, la tortura como un crimen contra la humanidad incluye el requisito de que “la persona o personas hayan estado en la custodia o

bajo el control del perpetrador”, algo que no se requiere para la tortura como crimen de guerra.¹¹²

Pese a dicha interpretación,¹¹³ consideramos que la tortura como delito de lesa humanidad sí implica una intencionalidad general no específica. No puede olvidarse que para que exista un delito concreto de lesa humanidad deben concurrir los elementos contextuales, pues estos hechos de macrocriminalidad (Ambos) se engloban en un contexto generalizado (Werle) que implica, entre otros requisitos, una política para la comisión sistemática o generalizada de los tipos del artículo 7 del Estatuto de Roma.

Interpretamos que ese elemento subjetivo diferente del dolo debe ser la finalidad de cumplir con una política de realización de actos de lesa humanidad. En caso contrario, no existiría un nexo de causalidad entre el hecho global y el acto específico de tortura, situación que lo convertiría en un hecho aislado o inconexo del ataque general que se juzga. Lo anterior explicaría por qué sí se exige un fin en la tortura como crimen de guerra, ya que en estos casos no existe necesariamente una política, sino que el contexto lo determina el nexo con un conflicto armado determinado.

En todo caso compartimos lo dicho por Werle, sobre que esta nueva definición de la tortura implica una ampliación de los motivos o finalidades, que de por sí ya habían sido interpretados de forma muy amplia por los tribunales *ad hoc*.¹¹⁴ Estos han exigido un elemento adicional al dolo al señalar que la acción típica debe realizarse con algún propósito, tal como obtener información o una confesión, con el motivo de castigar, intimidar o coaccionar al torturado o a un tercero, o por motivos discriminatorios contra la víctima o un tercero.¹¹⁵ Ambos tribunales *ad hoc* han

¹⁰⁹ Artículo 7(2) (e), Estatuto de Roma. De acuerdo con CEJIL esto tiene un fin pragmático, pues es: “una disposición práctica para distinguir el trato que inevitablemente es parte de un sistema penal, en especial el sufrimiento inherente a la privación de la libertad. En todo caso, dichas sanciones legítimas no pueden contradecir el principio de la absoluta prohibición de la tortura”. En: CEJIL, *La tortura en...*, p. 178.

¹¹⁰ Vid.: Eugenio Zaffaroni, *Manual de Derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2005, pp. 351-363.

¹¹¹ Como parte de los trabajos preparatorios del Estatuto de Roma, se señaló que algunas delegaciones (como las de Canadá y Alemania) solicitaron incluir un elemento de finalidad “por razones de coherencia con el artículo 8”, pero al final no se incluyó expresamente; ver: Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Grupo de Trabajo sobre los Elementos de los Crímenes, *Propuesta presentada por Canadá y Alemania respecto del artículo 7*, ONU, Nueva York, 23 de noviembre de 1999, p. 4.

¹¹² CPI, *Fiscalía c. Callixte Mbarushimana*, Caso No. ICC-01/04-01/10, Voto disidente en la Decisión de confirmación de cargos, 16 de diciembre de 2011, párr. 29 [traducción libre de los autores].

¹¹³ La opinión de la jueza es compartida por la mayoría de la doctrina, ver *inter alia*: Werle, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 506 y pp. 509-510; CEJIL, *La tortura...*, *op. cit.*, p. 178; y Kai Ambos, *Los crímenes...*, *op. cit.*, pp. 199-205.

¹¹⁴ Werle, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 510.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 509. Cfr. TPIY, *Fiscalía c. Dragoljub Kunarac*, Caso No. IT-96-23-T& IT-96-23/1-T, Sentencia de Juicio, 22 de febrero de 2001, párr. 497; TPIY, *Fiscalía c. Delalic y otros*, Caso No. IT-96-21-T, Sentencia de Juicio, 16 de noviembre de 1998, párr., 470-472; TPIY, *Fiscalía c. Milorad Krnojelac*, Caso No. IT-97-25-T, Sentencia de Juicio, 15 de marzo de 2002, párr. 179; TPIR, *Fiscalía c. Jean*

señalado, en una no muy clara línea jurisprudencial, que dicha lista no es exhaustiva, sino que es *numerus apertus*.¹¹⁶ También han interpretado que el delito de tortura no requiere que se ejecute exclusivamente por un propósito prohibido, como fin principal, sino que éste puede ser parte solamente de la motivación.¹¹⁷

4. Análisis del caso mexicano

4.1. Antecedentes

En México, a nivel constitucional, la prohibición de la tortura se encuentra explícitamente estipulada en el artículo 20.b.II (principios del proceso penal acusatorio y oral) y en el párrafo segundo del numeral 29 (derechos indisponibles durante el estado de excepción por parte del Presidente y del Congreso), y además se encuentra implícitamente dispuesta en la conjugación del artículos 1º (aplicabilidad del Derecho internacional de los derechos humanos y el principio *pro personae*), el numeral 19 *in fine* (detenciones policíacas) y el artículo 22 (prohibición de tormentos como pena).¹¹⁸

Actualmente se encuentra vigente la Ley Federal para prevenir y sancionar la tortura de diciembre de 1991. Dicho cuerpo normativo tiene aplicación en el fuero federal y en el Distrito Federal como fuero común (artículo 1º) y se dirige principalmente para las autoridades y funcionarios públicos (artículo 2º).

Por las características propias del sistema político-administrativo mexicano, este cuerpo normativo tiene alcance federal, lo cual genera que la tipificación de la tortura pueda diferir en las entidades federales, circunstancia que genera que en algunos estados no se cumpla con los estándares universales y regionales, principalmente en Guerrero.¹¹⁹

El artículo 3º (reformado) tipifica el delito federal de tortura conforme al estándar de la Convención contra la tortura,¹²⁰ pues caracteriza la tortura como un delito funcional y requiere de un propósito específico, pero en este caso resulta ser *numerus clausus* (obtención de información, confesión, castigo o coacción) al omitirse la fórmula “o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación”.¹²¹ Además, en el párrafo final se dispone que las consecuencias gravosas de las sanciones legítimas no constituyen tortura.

En cuanto a la pena, determina un rango de entre tres a 12 años de prisión, pena de 200 a 500 días multa e inhabilitación para el ejercicio del cargo por hasta dos tantos de la pena de prisión impuesta (artículo 4º). También son punibles las formas de participación como autor, cómplice e instigador, y en caso de que el partícipe no sea funcionario público existe una comunicabilidad de las circunstancias (numeral 5º). Resulta interesante que ese artículo establece una forma de responsabilidad que se podría asemejar a la del “superior jerárquico”, aunque no incluye la res-

Paul Akayesu, Caso No. ICTR-96-4-T, Sentencia de Juicio, 2 de setiembre de 1998, párr. 594; TPIR, *Fiscalía c. Laurent Semanza*, Caso No. ICTR-97-2, Sentencia de Juicio, 15 de mayo de 2003, párr. 343.

¹¹⁶ Así dicho en las resoluciones: TPIY, *Fiscalía c. Mucic y otros*, Caso No. IT-96-21-T, Sentencia de Juicio, 16 de noviembre de 1998, párr. 470; TPIY, *Fiscalía c. Delalic y otros*, Caso No. IT-96-21-T, Sentencia de Juicio, 16 de noviembre de 1998, párr. 470. **Nota:** en la resolución TPIR, *Fiscalía c. Laurent Semanza*, Caso No. ICTR-97-20-A, Sentencia de Apelación, 20 de mayo de 2005, párr. 320, dicha cámara expone: “*Torture requires a specific, enumerated purpose: in this case, to obtain information or a confession*”, lo cual evidencia que no es una cuestión zanjada a escala jurisprudencial. En igual sentido, ver el análisis realizado en: Ambos, *Los crímenes...*, op. cit., pp. 201-204.

¹¹⁷ TPIY, *Fiscalía c. Mucic y otros*, Caso No. IT-96-21-T, Sentencia de Juicio, 16 de noviembre de 1998, párr. 470. Cfr. TPIY, *Fiscalía c. Dragoljub Kunarac*, Caso No. IT-96-23-T& IT-96-23/1-T, Sentencia de Juicio, 22 de febrero de 2001, párr. 486; TPIR, *Fiscalía c. Laurent Semanza*, Caso No. ICTR-97-2, Sentencia de Juicio, 15 de mayo de 2003, párr. 343.

¹¹⁸ También debe exponerse que el numeral 73.XXI.a) dispone, como facultad exclusiva del Congreso de la Unión, la expedición de los marcos normativos mínimos referentes al tipo penal de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Dicha norma fue reformada mediante Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de julio de 2015.

¹¹⁹ Ver el punto 11 de las Observaciones del Comité Contra La Tortura sobre el cuarto Informe Periódico de México, CAT/C/MEX/CO/4, 6 de febrero de 2007. Reiterado en el punto 8 de las Observaciones del Comité Contra La Tortura sobre los Informes Periódicos quinto y sexto combinados de México, CAT/C/MEX/CO/5-6, 11 de diciembre de 2012. En la misma línea, ver el punto 13 de las Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el quinto informe periódico de México, CCPR/C/MEX/CO/5, 7 de abril de 2010.

¹²⁰ Dispone, en lo de interés: “*Comete el delito de tortura el servidor público que, con motivo de sus atribuciones, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos con el fin de obtener, del torturado o de un tercero, información o una confesión, o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido, o coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada*”.

¹²¹ Esto también ha sido denotado en la recomendación a) del punto 8 de las Observaciones del Comité Contra La Tortura sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de México, CAT/C/MEX/CO/5-6, 11 de diciembre de 2012.

Análisis crítico del tipo penal de tortura mexicano desde la óptica del Derecho internacional

ponsabilidad por la omisión de sancionar.¹²² Pese a lo anterior, tipifica —como delito de omisión propia— si un funcionario público no denuncia un hecho de tortura que haya conocido en ejercicio de sus funciones (artículo 11).

Se excluyen como causales de justificación y de exclusión de la culpabilidad la apelación a situaciones de inestabilidad política, urgencia en las investigaciones y el seguimiento de órdenes (artículo 6°). Igualmente, declara la improcedencia de invocar pruebas (confesiones e informaciones) como producto de actos de tortura (artículo 8°), aunque es una práctica común de las autoridades judiciales —pese a la reciente reforma procesal— darles relevancia probatoria pese a la prohibición vigente,¹²³ lo cual va contra el artículo 15 de la Convención contra la tortura. En este sentido, en el año de 2012 el Comité contra la tortura de Naciones Unidas —y reiterado en el 2014 por el relator especial Juan Méndez— determinó que ha existido una repetida utilización de actos de tortura en interrogatorios y procesos relativos al crimen organizado, por parte de las autoridades militares y policiales.¹²⁴

Resalta que es una práctica común en este país que se apliquen tipos diferentes a la tortura, considerados como menos graves por la penalidad que conllevan, como por ejemplo el “abuso de autoridad” (artículo 215.XIII del Código Penal federal mexicano) y “delitos contra la administración de justicia” (225.XII *ejúsdem*), para sancionar acciones que serían típicas de ésta,¹²⁵ situación que se repite en la mayoría de los países de la región.¹²⁶ En esta línea, salta a la vista que —pese a la enorme cantidad de denuncias y de ser una práctica generalizada—,¹²⁷ al mes de abril de 2015 solamente existían 15 sentencias por tortura,¹²⁸ en contraposición de una cantidad bastante mayor de casos de abuso de autoridad, ejercicio abusivo de las funciones y uso indebido de atribuciones. Lo anterior denota una especial y preocupante impunidad respecto de los responsables de cometer actos de tortura.

Además, se ha determinado que existe evidencia de colusión entre autoridades del Ministerio Público y de la fuerza policial en casos de tortura, así como la indiferencia de las autoridades judiciales para investigar casos de esta guisa.¹²⁹ Otra de las circuns-

¹²² Textualmente, dicho artículo estipula, en lo de interés: “autorice a un tercero o se sirva de él para infligir a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos; o no evite que se inflijan dichos dolores o sufrimientos a una persona que esté bajo su custodia”.

¹²³ Ver el punto 22 de las Observaciones del Comité Contra La Tortura sobre el cuarto Informe Periódico de México, CAT/C/MEX/CO/4, 6 de febrero de 2007. Reiterado en el punto 15 de las Observaciones del Comité Contra La Tortura sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de México, CAT/C/MEX/CO/5-6, 11 de diciembre de 2012.

¹²⁴ Ver el punto 10 de las Observaciones del Comité Contra La Tortura sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de México, CAT/C/MEX/CO/5-6, 11 de diciembre de 2012. En el mismo sentido, ver el informe del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, Juan E. Méndez, en su misión en México del 2014, A/HRC/28/68/Add.3, 29 de diciembre de 2014, párr. 25. Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Situación de los derechos humanos en México, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/15, 31 de diciembre de 2015, párr. 214.

¹²⁵ Ver el punto 16 de las Observaciones del Comité Contra La Tortura sobre el cuarto Informe Periódico de México, CAT/C/MEX/CO/4, 6 de febrero de 2007; reiterado en el punto 16 de las Observaciones del Comité Contra La Tortura sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de México, CAT/C/MEX/CO/5-6, 11 de diciembre de 2012; también ver informe del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, Juan E. Méndez, en su misión en México del 2014, A/HRC/28/68/Add.3, 29 de diciembre de 2014, párr. 24. **Nota:** desde el punto de vista técnico-penal lo que sucede es un concurso aparente de normas (“concurso ficticio” o “falso”), es decir, que los tipos son muy parecidos y la acción puede ser realmente subsumida en todos, en tal caso debería aplicarse el tipo especial, o bien se debe aplicar el tipo que abarca enteramente la conducta, transformando el otro tipo en accesorio o parte de la comisión. De forma tal —consideramos— que el delito de tortura resulta especial frente al de abuso de autoridad y los otros, pues las acciones de los últimos se comprenden en las acciones del primero. Es claro que si se considera la tortura como un tipo funcional, el autor cometerá desviación de poder, pues los actos constitutivos de tortura le están estrictamente prohibidos, pero ello es absorbido por el tipo especial “tortura”.

¹²⁶ Por ejemplo, en Costa Rica ha sido una práctica detectada por un Tribunal de Casación Penal, por lo que llamó la atención a la fiscalía, ver: Araya y Ulloa, “¡Tortura en...”, *op. cit.*, p. 71. Igualmente, en el caso de EUA y Guantánamo, la CIDH detectó que no se ha procesado penalmente a nadie por los casos de tortura, ver: CIDH, *Informe: Hacia el cierre...*, *op. cit.*, p. 59.

¹²⁷ Al mes de abril de 2015 existían 2 420 denuncias de tortura, ver: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Situación de los derechos humanos en México*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/15, 31 diciembre 2015, párr. 212. Catalogada como “práctica generalizada” por el relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, Juan E. Méndez, en su misión en México del 2014 en su Informe A/HRC/28/68/Add.3, 29 de diciembre de 2014, párr. 23. Cfr. Amnistía Internacional, *Informe Anual 2015/16: La situación de los derechos humanos en el mundo*, Londres, en Amnistía Internacional, 2016, extraído de: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/informe-anual/> (consultado el 3 de marzo de 2016), pp. 302-307.

¹²⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Situación de los derechos humanos en México*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/15, 31 diciembre 2015, párr. 212. Cfr. Informe del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, Juan E. Méndez, en su misión en México del 2014, A/HRC/28/68/Add.3, 29 de diciembre de 2014, párr. 32.

¹²⁹ Ver el punto 16 de las Observaciones del Comité Contra La Tortura sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de México, CAT/C/MEX/CO/5-6, 11 de diciembre de 2012. En la misma línea, ver el punto 13 de las Observaciones del Comité de Derechos

tancias que ha denotado el Comité contra la tortura es que el delito sea prescriptible, por la aplicación común del Código Penal Federal mexicano, pese a que es un delito de lesa humanidad.¹³⁰

4.2. Propuesta más reciente de reforma legal

El gobierno del Presidente Enrique Peña Nieto envió, el pasado 10 de diciembre de 2015, a los legisladores la iniciativa de decreto por el que se expide la *Ley General para prevenir, investigar y sancionar los delitos de tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes* y otras reformas y derogaciones¹³¹ (en adelante, “la Iniciativa” o “el Proyecto”). Esto, como parte de la Meta Nacional “México en Paz” del Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, que alude al cumplimiento de las recomendaciones dadas por organismos internacionales,¹³² expuestas *supra*.

Destaca que para la redacción de esta iniciativa se contó con el apoyo de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en México y la Delegación Regional del Comité Internacional de la Cruz Roja, así como de la sociedad civil.¹³³ De aprobarse, según el transitorio segundo, se derogará la actual ley federal.

Propiamente en el texto de la Iniciativa se establece su observancia y la prohibición del empleo de la tortura en todo el territorio mexicano (artículos 1º, 2º y 3º), de forma tal que no existan diferenciaciones en

la regulación en los estados, como actualmente. Establece como principios rectores en la materia, los de: 1) dignidad humana, 2) debida diligencia, 3) enfoque diferencial, 4) no revictimización, 5) perspectiva de género y 6) transparencia y acceso a la información pública (artículo 6º).

El delito de tortura se tipifica en el artículo 21 del Proyecto,¹³⁴ el cual no difiere significativamente del tipo vigente, pues dispone que será un delito funcional¹³⁵ y establece que se debe cometer con alguna finalidad, enumerando cuatro razones específicas, a saber: obtener información o confesión, coacción, intimidación o castigo y como medida preventiva. A diferencia del tipo actual, se incluye como motivo por las razones discriminatorias y deja la cláusula abierta de “o cualquier otro fin determinado”, por lo que afirmamos que es *numerus apertus*. Otra diferencia es que se establece que será posible la comisión por parte de un particular, pero éste debe actuar bajo la autorización, el apoyo o la aquiescencia de un servidor público, situación que técnicamente se denomina como comunicabilidad de las circunstancias personales y está prevista en la actual ley (ver *supra*).

Una última divergencia es que el nuevo tipo no incluye la palabra “graves” para graduar los sufrimientos o dolores infligidos. Esta posición se refuerza en el artículo 17, según el cual la intensidad de las penas, dolores o sufrimientos tienen efecto para la individualización de la pena por imponer (juicio de reproche),¹³⁶ mas no para subsumirlas en el tipo penal de tortura.

Humanos sobre el quinto informe periódico de México, CCPR/C/MEX/CO/5, 7 de abril de 2010; Informe del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, Juan E. Méndez, en su misión en México del 2014, A/HRC/28/68/Add.3, 29 de diciembre de 2014, párr. 27.

¹³⁰ Ver el punto 16 de las Observaciones del Comité Contra la Tortura sobre el Cuarto informe periódico de México, CAT/C/MEX/CO/4, 6 de febrero de 2007. Reiterado en el punto 8(d) de las Observaciones del Comité Contra La Tortura sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de México, CAT/C/MEX/CO/5-6, 11 de diciembre de 2012.

¹³¹ Presidencia de la República de los Estados Unidos Mexicanos, *Iniciativa de decreto por el que se expide la Ley General para prevenir, investigar y sancionar los delitos de tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes*, 2015, extraído de: http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/1/2015-12-14-1/assets/documentos/Inic_EJEC_LEY_TORTURA_PENAS_CRUELES.pdf (consultado el 2 de enero de 2016), p. 1.

¹³² Exposición de motivos, *Iniciativa de Ley General de tortura*, op. cit., pp. 4-5. Dicha obligación se reafirma en la Recomendación 14 del Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Situación de los derechos humanos en México, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/15, 31 de diciembre de 2015, p. 233.

¹³³ Exposición de motivos, *Iniciativa de Ley General de tortura*, op. cit., pp. 6 y 7.

¹³⁴ Textualmente estipula: “Comete el delito de tortura el servidor público o el particular que con la autorización, el apoyo o la aquiescencia de un servidor público, mediante acto u omisión inflija dolosamente penas, dolores o sufrimientos físicos o psicológicos a una persona, con el fin de obtener de la persona torturada o de un tercero información o una confesión; coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada; como medio intimidatorio o castigo personas por un acto que haya cometido o se sospeche haya cometido; como una medida preventiva o por razones basadas en discriminación o cualquier otro fin determinado”.

¹³⁵ En el artículo 5, fracción XVI se encuentra la definición de “funcionario público”.

¹³⁶ Dicho artículo es una pretensión de crear una especie de baremo objetivo para cuantificar dicha intensidad, al disponer que se analizará la frecuencia, la duración y las secuelas físicas y psicológicas, la vulnerabilidad de la víctima, entre otras. Esto constituye un límite a la futura

Análisis crítico del tipo penal de tortura mexicano desde la óptica del Derecho internacional

El artículo 22 requiere un análisis especial. La fracción I dispone sanción para aquel sujeto que realice todos los actos constitutivos de tortura, aunque no se produzca resultado, llamada “tortura equiparada”.¹³⁷ Con ello se transforma el delito de tortura en un tipo de peligro concreto, pues penaliza el sólo buscar poner en riesgo el bien jurídico tutelado “dignidad humana” aunque no exista resultado, es decir, una “seudo-ofensa”. Lo anterior debe ser tratado con sumo cuidado, ya que con la evolución del Derecho penal se ha buscado castigar aquellas conductas materialmente exteriorizadas y que no impliquen una mera reprobabilidad moral, por ello, doctrinalmente, se ha puesto entredicho la viabilidad de los tipos de peligro.¹³⁸

En otro supuesto hipotético, cabe la pregunta de qué sucede si el sujeto cumple con los elementos subjetivos y cree cumplir con los elementos objetivos, pero utiliza un medio inidóneo para causar dolor o sufrimiento en la víctima (tentativa inidónea), parece ser —por la redacción del tipo contenido en el artículo 22.I— que sería punible, creando una antinomia con el artículo 12 del Código Penal federal, específicamente con la frase: “que deberían producir resultado”. Ambos casos (el peligro concreto y la tentativa inidónea) son muestras claras de una ampliación del *ius puniendi* y de un retroceso al Derecho penal de autor, pues en el fondo lo que se busca penalizar es al sujeto “torturador”, que —aunque no haya causado un resultado (lesión real a la “dignidad humana”) o utilice medios ineficaces— tiene el *animus* de torturar, por ello —de acuerdo con tal inteligencia— debe y merece ser encarcelado por resultar un peligro.

Por otro lado, la fracción II del artículo 22 establece la responsabilidad del superior jerárquico por la omisión de haber tomado las medidas necesarias para prevenir o impedir que sus subordinados inmediatos y bajo su control efectivo cometieran el delito de tortura. Aquí se intenta adecuar la figura del Derecho pe-

nal internacional (artículo 28 del Estatuto de Roma), aunque no se incluye la omisión de sancionar cuando los hechos ya han ocurrido. Debe tenerse especial cuidado, pues —siguiendo a Kai Ambos— esta figura es una contradicción en sí misma, al constituir una comisión culposa (imprudente) en un delito esencialmente doloso, lo cual es difícil de adecuar con la dogmática del Derecho penal interno.¹³⁹

En cuanto a las penas, el artículo 23 dispone prisión de 10 a 20 años (un aumento de dos terceras partes de la pena mayor vigente) y de 550 a 1 000 días multa al servidor público que cometa el tipo de resultado de tortura; la pena será de ocho a 16 años de prisión y de 250 a 500 días multa al servidor público que cometa el tipo de peligro de tortura, así como la destitución e inhabilitación para cargos públicos hasta por el mismo tiempo impuesto de prisión, que empieza a correr una vez que se encuentre en libertad. Si el responsable es un particular, las penas serán de seis a 12 años de prisión y de 300 a 600 días multa para ambos casos (de resultado y de peligro).

Las agravantes del tipo se incluyen en el artículo 24 de la Iniciativa, las cuales son: I) la muerte preterintencionada o pérdida de material o funcional de los órganos o miembros de la víctima; II) si la víctima está embarazada, es menor de edad o persona mayor de 60 años, persona indígena, migrante o con discapacidad; III) la utilización de violencia sexual, y IV) si el propósito es ocultar o impedir la investigación de otro delito (*conexidad* entre delitos). En tales casos, la pena puede aumentarse hasta en un medio, 30 años de prisión en el caso más grave.

La única atenuante del delito de tortura (reducción del extremo mínimo de la pena hasta en una tercera parte) sería que el sujeto ayudare en la investigación, con información relevante o elementos de convicción para esclarecer los hechos o identificar a los otros responsables, mientras el imputado no sea reincidente y repare integralmente a la víctima. En este caso, por

interpretación judicial, para determinar la pena, durante el juicio de reproche. Ahora bien, resulta interesante que se pone una limitación al daño psicológico, pues este sólo se puede acreditar si existe alguna consecuencia física o existe anulación de la personalidad, ello en claro beneficio de los futuros imputados, al establecer algunas demarcaciones en las cuales se deberán mover las interpretaciones judiciales.

¹³⁷ Exposición de motivos, *Iniciativa de Ley General de tortura*, op. cit., p. 9.

¹³⁸ Para ver una crítica incisiva al respecto: Zaffaroni, *Manual...*, op. cit., pp. 370-372. Para un detallado análisis de las posturas dogmáticas al respecto, ver: Claus Roxin, *Derecho penal. Parte General*, t. I, Civitas, Madrid, 1997, pp. 60-62. Sobre ello, debe puntualizarse que dicho autor sí admite los delitos de peligro concreto al existir referencia directa a la tutela de un bien jurídico determinado.

¹³⁹ Dicho autor expone: “La contradicción dogmática que se encuentra en la responsabilidad del superior de una comisión imprudente de un delito doloso no se puede solucionar, sino solamente explicar”. En: Ambos, *La Parte General...*, op. cit., p. 333. Son esas “fricciones” de las que habló Roxin, que ni con una gran sagacidad dogmática se pueden solucionar.

lo omisivo de la redacción, puede ser la cooperación en la investigación de cualquier delito. Consideramos, por lo gravoso del tipo de tortura, que debería especificarse en cuáles delitos resulta procedente la aplicación de la atenuante, especialmente para delitos de la misma gravedad.¹⁴⁰

En cuanto a las causas de exclusión de la antijuridicidad y de exculpación, se determina que no puede invocarse la obediencia debida, circunstancias especiales, como guerras, invasión, peligro inminente,¹⁴¹ suspensión de derechos constitucionales¹⁴² ni perturbación de la paz pública (artículos 9º y 10º). Esto, en concordancia con el artículo 2 de la Convención contra la tortura. Asimismo, se estatuye que los responsables no pueden gozar de inmunidades, indultos, amnistías ni otras figuras (artículo 16), por aplicación del principio de justicia universal.¹⁴³

El Proyecto tipifica el delito de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el artículo 26.¹⁴⁴ Éste resultaría como una especie de delito residual,¹⁴⁵ pues el tipo objetivo es idéntico al de tortura, solamente difiere en el tipo subjetivo al no requerir ningún elemento diferente al dolo, es decir, no requiere de ningún propósito determinado. Ello resulta en una modificación de lo que internacionalmente se ha dispuesto, ya que al ser el tipo de tortura propuesto no gradual (al omitirse la frase “graves”), la única diferenciación se encuentra en la existencia o no de un propósito;

además de que este segundo tipo es un delito funcional específico, pues solamente lo pueden cometer servidores públicos miembros de las instituciones de seguridad pública.¹⁴⁶ En este punto es menester realizar una puntualización, consideramos que la tipificación propuesta, al incluir la frase “sin propósito determinado”, incluiría actos violentos terminales.

La pena para este delito será de uno a nueve años de prisión y de 250 a 500 días multa, así como la inhabilitación y destitución de cargos públicos hasta por el mismo tiempo de prisión, que corre una vez que se encuentre en libertad (artículo 26). Si fuese cometido por un particular, con la autorización, apoyo o aquiescencia de un servidor público miembro de las instituciones de seguridad pública, la pena por imponer será de tres a cinco años de prisión y de 100 a 300 días multa. Esto último es un contrasentido, pues —de acuerdo con la lógica del Proyecto— cuando el delito es cometido por un particular se considera como menos grave; por tanto, no tiene lógica que el extremo menor del *quantum* (tres años) sea mayor que el extremo menor (un año) cuando lo comete un servidor público.

Igualmente, se aplicarán las agravantes y atenuantes del delito de tortura, lo cual resulta problemático en varios sentidos. Véase un caso hipotético: si se tiene un caso que se subsume en el delito de tratos y penas crueles, al no existir *prima facie* un propósito,

¹⁴⁰ Aunque se aclara que en la motivación que realiza el Ejecutivo al presentar la Iniciativa expone que es: “una eficaz colaboración con la persecución de dichos delitos”, ver: Exposición de motivos, *Iniciativa de Ley General de tortura*, op. cit., p. 10. Ello no es óbice de que la formulación lingüística es sumamente omisiva y sujeta a interpretaciones muy amplias.

¹⁴¹ Esto por cuanto existen algunas teorías que dicen que los derechos fundamentales ceden ante peligros eminentes de la mayoría de la población. Esto podría denominarse como “bushismo”, en referencia al expresidente estadounidense George W. Bush, quien autorizó y promovió el uso de la tortura y la privación de otros derechos humanos por el peligro del terrorismo, tesis que resurgen actualmente ante la llamada “amenaza yihadista”. Sobre la improcedencia de estas teorías en un Estado respetuoso de los derechos humanos, se recomienda ampliamente: Gustavo Chan-Mora, “Escenario de la bomba de tiempo a punto de explotar y otros artilugios para la supresión de los derechos fundamentales”, *Revista de Ciencias Penales*, núm. 20, vol. 25, 2008, pp. 109-113.

¹⁴² Artículo 29, párrafo segundo.

¹⁴³ CorteIDH, *Caso Barrios Altos c. Perú*, Serie C No. 75, Sentencia de Fondo, 14 de marzo de 2001, párrs. 41-44; CorteIDH, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) c. Brasil*, Serie C. No. 219, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2010, párr. 147; CorteIDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Serie C No. 221, Sentencia de Fondo y Reparaciones, 24 de febrero de 2011, párr. 195.

¹⁴⁴ Textualmente dispone, en lo de interés: “Al Servidor Público miembro de las Instituciones de Seguridad Pública que inflija a una persona tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de manera dolosa y sin propósito determinado [...] Por tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, se entenderán las agresiones que causen angustia, miedo o sentimiento de inferioridad fundados, y provoquen el menoscabo de la integridad personal de la Víctima”.

¹⁴⁵ CECC, Fiscalía c. Kaing Guek Eav alias Duch, Caso 001, Sentencia de Juicio, 26 de julio de 2010, párr. 367; TPIY, Fiscalía c. Cerkez y Kordic, Caso No. 95-14/2, Sentencia de Apelación, 17 de diciembre de 2004, párr. 1042; TPIY, Fiscalía c. Beara, Caso No. IT-02-57, Sentencia de Juicio, 10 de junio de 2010, párr. 888; TPIR, Fiscalía c. Musema, Caso No. 96-13, Sentencia de Juicio, 27 de enero de 2000, párrs. 230-233; CBH, Fiscalía c. Rasevic y Todovic, Sentencia de Juicio, 28 de febrero de 2008, p. 50; CBH, Fiscalía c. Damjanovic et al., Sentencia de Juicio, 15 de diciembre de 2006, p. 23.

¹⁴⁶ Estas son Instituciones de Procuraduría de Justicia, Policiales, del Sistema Penitenciario y dependencia encargadas de la Seguridad Pública, sean federales, locales o municipales (fracción VII del artículo 5 de la Iniciativa).

Análisis crítico del tipo penal de tortura mexicano desde la óptica del Derecho internacional

pero se considera que debe agravarse por la fracción IV del artículo 24, por existir el motivo de ocultación o impedimento de investigación de otro delito, resultaría en un concurso aparente de normas con la tortura y la fórmula abierta “o cualquier otro fin determinado”, y al ser un fin que agrava la pena, sería una tortura agravada. Esto no es *peccata minuta*, pues es común que las instituciones represivas busquen la manera de evadir la imputación del delito de tortura,¹⁴⁷ y esta contradicción puede ser utilizada como medio para no aplicar el tipo correctamente.

También se crean otros dos tipos penales (delitos vinculados). El primero se refiere al servidor público que injustificadamente se abstuviere de denunciar los delitos *supra* descritos, en tal caso se impone pena de prisión de seis meses a tres años y de 250 a 500 días multa, además de la destitución e inhabilitación para cargos públicos. El segundo sanciona a quien impida el acceso a los lugares de privación de libertad para que se realicen las inspecciones en cuanto a la materia de la Iniciativa; por no indicarse expresamente, éste no sería un delito funcional. Ambos tipos son una forma de combatir la connivencia e impunidad que hay en estos casos.

En cuanto al ejercicio de la acción penal, se dispone que la investigación se realizará de oficio o por instancia de parte (artículo 7º) y que es imprescriptible (artículo 8º). Esto último debe tomarse con sumo cuidado, pues la prescripción es resultado de la aplicación de los principios liberales del Derecho penal, donde el sujeto represor (el Estado) se encuentra en una amplia ventaja frente al sujeto que sufrirá la sanción penal.¹⁴⁸ Por lo anterior, la desaplicación de un principio general (capítulo VI, artículo 100 y siguientes del Código Penal federal) no debe tomarse a la ligera.

Corresponde aclarar que la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y de guerra se fundamenta en el hecho de que en estos casos, generalmente, las autoridades represivas y judiciales no pueden o no pretenden investigar tales hechos, por las circunstancias excepcionales en que suceden (guerras, conmociones internas, periodos dictatoriales o de supresión de garantías y del Estado de Derecho, etc.); ante ello —con el fin de no generar impunidad—, se estableció su imprescriptibilidad.¹⁴⁹ Por lo anterior, pese a las recomendaciones de diversos organismos internacionales, es que consideramos que solamente cuando un hecho pueda calificarse como de lesa humanidad o de guerra, en el sentido estricto del Estatuto de Roma (principalmente en cuanto a la existencia de los elementos contextuales), es que debe aplicarse tal característica, pues en caso contrario sería atentar contra la seguridad jurídica y los derechos del imputado, al someterlo *ad perpetuam* a investigaciones criminales o la amenaza constante de éstas.¹⁵⁰

El Proyecto contiene especificaciones en cuanto a la investigación de estos delitos (ver artículo 32 y siguientes). Es de interés que se crean unidades especializadas para tal propósito (artículo 49 y siguientes), así como la obligación de llevar las investigaciones de forma independiente de los “delitos comunes” (artículo 33). Esto resalta la pretensión de caracterizar la tortura y los tratos crueles e inhumanos como “delitos especiales”, aspecto de relevancia a la hora de resolver un posible concurso aparente de normas. Asimismo, se reafirman los principios del Protocolo de Estambul en cuanto a la investigación médico-forense (artículos 34 a 45).

La Iniciativa contempla la creación de un registro nacional, el cual contendrá las estadísticas sobre los hechos denunciados y su investigación (artículo 68).

¹⁴⁷ Ver: notas 124 y 125, *supra*.

¹⁴⁸ En este punto, siguiendo las ideas de Zaffaroni, una imprescriptibilidad de la acción puede aumentar la problemática latinoamericana de los presos sin condena o los eternamente perseguidos, pues la prescripción resulta ser un límite del poder punitivo estatal a un ejercicio racionalizado en el tiempo. Ver: Zaffaroni, *Manual...*, *op. cit.*, pp. 687-689. Con una posición diferente, dice Roxin: “*En cambio, es lícito prolongar o suprimir plazos de prescripción que aún no hayan transcurrido totalmente, como se ha hecho en el asesinato (§211) respecto de los delitos de sangre nacionalsocialistas; pues en este caso no entra en juego la idea básica del principio de legalidad: el ciudadano tiene derecho a saber si puede ser castigado y, en su caso, en qué medida, pero el sentido del principio de legalidad no es el de decirle por cuánto tiempo se tendrá que ocultar tras la comisión del hecho, para luego poder reaparecer a salvo. La protección de dicho cálculo no se puede deducir de las raíces del principio de legalidad (núm. 18 ss.), máxime teniendo en cuenta que al margen de ello ya la institución de la interrupción de la prescripción le impide al delincuente la expectativa de un tiempo de prescripción fijado de antemano*”. Roxin, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 165.

¹⁴⁹ Al respecto, ver la excelente exposición de Christine van den Wyngaert y John Dugard, “Non-applicability of statute of limitations”, en Cassese, *The Rome Statute...*, *op. cit.*, pp. 873-888.

¹⁵⁰ Inclusive a nivel doctrinario no se tiene certeza sobre que dicha característica deba ser adoptada por el Derecho interno, al respecto ver: *Ibidem*, 873-888, y Werle, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 402.



Éste incluirá, como mínimo, el lugar, la fecha, las circunstancias, técnicas utilizadas, los supuestos responsables, el estado de las investigaciones, la información de la víctima, como su situación jurídica, edad, sexo y otras relevantes (artículo 69). Dicho registro estará a cargo de la Procuraduría, órgano fiscal de la República (artículo 70). Esto es resultado de las recomendaciones dadas al Estado mexicano¹⁵¹ y —de aprobarse— conformará una herramienta importantísima para investigadores y para la confección de los informes estatales ante los organismos internacionales.

Por último, de interés de esta investigación, se derogarían aquellos tipos del Código Penal federal que pueden entrar en concurso aparente de normas con el delito de tortura, como la fracción XIII del artículo 215 (abuso de autoridad) y la fracción XII del artículo 225 (delitos contra la administración de justicia).

5. Principales conclusiones

A partir de esta batería teórica podemos afirmar que las recientes modificaciones a la Constitución Política mexicana son un claro avance para cumplir con sus obligaciones internacionales. Estas reformas plasman a nivel jurídico el compromiso de adecuar el Derecho interno, de manera tal que la comisión de la tortura sea proscrita como práctica estatal, sea por acción u omisión, al no investigar o tolerar dichos actos. Asimismo, la transformación del proceso penal mexicano a los estándares de los derechos humanos, con la incorporación del sistema acusatorio, es una forma de observancia de dicha obligación, al excluir y catalogar, como absolutamente nula, cualquier prueba derivada de actos de tortura.¹⁵²

En términos generales se puede concluir que la Iniciativa cumple con los estándares internacionales y las recomendaciones de los organismos observadores de los derechos humanos. Destaca la pretensión de que sea una norma uniforme para todo el territorio mexicano; la inclusión de pautas de interpretación, por medio de principios generales y estándares para ponderar los sufrimientos de la víctima a fin de imponer la pena; la incorporación de la responsabilidad del superior; así como la creación de todo un

sistema institucional-estatal para la prevención, vigilancia e investigación de actos de este tipo.

Sobre lo anterior, deben tenerse en cuenta las aportaciones de las ciencias sociales, en búsqueda de una formulación normativa que responda a una “jurisprudencia social-tecnológica”, en términos de Albert. Al respecto, deben atacarse aquellos factores que inciden sobre la tortura como acto violento, en especial sobre lo que se denominó como sociedad de la obediencia y el ataque a los sujetos vulnerabilizados. Por ello es importante que los sujetos que se encuentren con poderes situacionales (como investigadores, policías, militares) sepan que serán responsables, tanto ellos como sus superiores, por los actos que cometan; fomentar en los sujetos que realicen juicios críticos para que respeten los derechos humanos como máximas de comportamiento y, en especial, hacer del conocimiento público las sanciones y medidas tomadas contra quienes realicen actos contrarios a la dignidad humana. Sobre estos aspectos, cobra importancia el sistema-institucional de prevención de la tortura como forma de educación en derechos humanos, y el registro de acceso público, a manera de disuasión general (tanto como fin de prevención general negativa y positiva).

Un realce especial, en nuestra opinión, merece la exclusión de la graduación del sufrimiento como uno de los elementos del tipo objetivo del delito de tortura; con ello se evita una averiguación de difícil constatación intersubjetiva, que afecta el principio de adecuada tipificación del acto delictivo.

Ahora bien, esto no implica que la Iniciativa sea perfecta —como cualquier obra humana—, pues deben revisarse varios puntos propuestos y ponderarse adecuadamente los derechos e intereses que se verán afectados. En primer lugar, aunque así lo dispone la Convención contra la tortura, la inclusión de una cláusula abierta en el tipo subjetivo de “cualquier otro fin” es una autorización encubierta al uso de la analogía *in malam partem* al momento de subsumir el hecho en el tipo.

En segundo lugar, la inclusión de la “tortura equiparada”, con unas penas no muy diferentes de la tortura “común”, es una evidente ampliación del *ius*

¹⁵¹ Ver recomendaciones 16 y 19 del Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Situación de los derechos humanos en México*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/15, 31 de diciembre de 2015, p. 234.

¹⁵² Ver recomendación 15 del Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Situación de los derechos humanos en México*, *op. cit.*, p. 233.

puniendi (del mero finalismo al Derecho penal de riesgo) al incluirse un tipo de riesgo y una posible penalización de tentativas inidóneas, pues en tales casos el bien jurídico tutelado no sufre afectación. En este punto, pareciera que el Derecho penal de autor reaparece, al buscarse penalizar al “torturador”, a ese sujeto que se atreve a torturar, sin importar si hay afectación o no. Sobre ello, consideramos que la regla general de las tentativas incluida en el Código Penal (artículo 12) es apta para resolver situaciones donde el autor tiene como fin la comisión del tipo, pero por razones externas a él no logra su cometido. Por tanto, debería considerarse eliminar la “tortura equiparada” del Proyecto.

En tercer lugar, deben revisarse todas aquellos “agujeros” que permitirían eludir la aplicación de la figura de la tortura. Debería establecerse explícitamente que la atenuación es para la cooperación en investigaciones de delitos de igual gravedad que el de tortura y adecuar el tipo de otros tratos inhumanos para que no quepa un posible concurso aparente de normas. Otro aspecto por considerar es el de la imprescriptibilidad aplicada de modo general, pensamos que debería enmarcarse solamente para aquellos casos en que concurren circunstancias excepcionales (elementos contextuales) que los transforman de delitos comunes a internacionales.

Un quinto punto, vinculado al anterior, es que las conceptualizaciones más recientes de la tortura la consideran como un delito que puede ser cometido por cualquier sujeto, siempre que éste tenga la suficiente capacidad de tener bajo su control a la víctima, de forma similar a como lo haría el Estado, pero donde no sea necesaria la participación (sea en cualquier nivel) de funcionarios públicos. Esto supera la circunscripción de la tortura como delito eminentemente funcional y sería una forma de sancionar la tortura “extraestatal”, como aquella cometida por grupos criminales.

Como punto final, el cual consideramos como el más controversial, proponemos la supresión de las categorías residuales cuando se habla de estos te-

mas. Es decir, si ya se decidió eliminar la graduación de los sufrimientos de la víctima como elemento del tipo, debería eliminarse el delito de “otros tratos inhumanos”, que es residual e inespecífico. La lógica de su existencia anterior se daba por ese elemento de graduación; así, —antes— cuando un acto no era “suficientemente” doloroso se tipificaba como ese tipo residual. Al dejar de existir tal elemento indemostrable intersubjetivamente, parece que lo idóneo sería utilizarlo como parte de la culpabilidad, en el juicio de reproche, aplicando el artículo 17 de la Iniciativa. De tal manera, se eliminan de una vez por todas esas posibilidades de concursos aparentes de normas, que en el fondo son maneras de evadir la aplicación del delito de tortura.¹⁵³

Empero, estas reformas —las ya realizadas y las propuestas— no serán la panacea para el problema político y social de la tortura en México, no debemos caer en ese *wishful thinking*. Por más que se agraven las penas, que se declare su imprescriptibilidad, se amplíen los tipos, se cree más burocracia, nada sucederá si no existe un verdadero compromiso de todos los sujetos para eliminar estas prácticas. La confianza no debe estar enteramente en las normas escritas (*law in books*), se debe invertir en el cambio de mentalidad, por medio de la educación y el compromiso permanente sin claudicar.

Referencias

- Abrams, Houston, Van de Vyver y Vasiljevic, “Equality Hypocrisy, Inconsistency, and Prejudice: The Unequal Application of the Universal Human Right to Equality”, *Peace and Conflict: Journal of Peace Psychology*, vol. 21, núm. 1, febrero de 2015, <http://dx.doi.org/10.1037/pac0000084>, pp. 28-46.
- Albert, H., *La ciencia del derecho como ciencia real*, trad. Minor E. Salas, Fontamara, México, 2007.
- Ambos, K., *Los crímenes del nuevo Derecho penal internacional*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C., Bogotá, 2004.

¹⁵³ Desde una posición científica ver: “[...] these findings do not support the distinction between torture and other cruel, inhuman, and degrading treatment made by the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment. Although both types of acts are prohibited by this convention, such a distinction nevertheless reinforces the misconception that cruel, inhuman, and degrading treatment causes less harm and might therefore be permissible under exceptional circumstances”. En: Metin Basoglu, Maria Livanou, y Cvetana Crnobaric, “Torture...”, op. cit., p. 284.

- _____, *La parte general del Derecho penal internacional*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2005.
- _____, *Los crímenes más graves en el Derecho penal internacional*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2005.
- _____, *Derecho y proceso penal internacional*, Fontamara, México, 2008.
- Amnistía Internacional, *Informe Anual 2015/16: La situación de los derechos humanos en el Mundo*, Londres, Kai Ambos, 2016, extraído de: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/informe-anual/> (consultado el 3 de marzo de 2016).
- Araya, M. J., y Ulloa, J.A., “¡Tortura en Costa Rica! Algunas reflexiones hermenéuticas en torno a la sentencia núm. 2014-007274 de la Sala Constitucional”, *Revista Costarricense de Derecho Internacional*, Edición Especial Derecho Penal Internacional, diciembre de 2015, pp. 58-75, extraído de: <http://www.acodic.org/images/Revista/ediciondpi> (consultado el 9 de enero de 2016).
- Barra Almagí, E., *Psicología social*, Universidad de Concepción, Concepción, 1998, extraído de: http://www.sibudec.cl/ebook/UDEC_Psicologia_Social.pdf (consultado el 30 de julio de 2015).
- Basoglu, M., Livanou, M., y Crnobaric, C., “Torture vs Other Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment: Is the Distinction Real or Apparent?”, *Archives of General Psychiatry*, vol. 64, núm. 3, 2007, doi: 10.1001/archpsyc.64.3.277, pp. 277-285.
- Berger, P., y Luckmann, T., *La construcción social de la realidad*, trad. Silvia Zuleta, Icalma, Buenos Aires, 2001.
- Cassese, A. (com.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, vol. I, Nueva York, Oxford University Press, 2002.
- Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, *La tortura en el derecho internacional, guía de jurisprudencia*, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, Buenos Aires, 2009.
- Chan-Mora, G., “Escenario de la bomba de tiempo a punto de explotar y otros artilugios para la supresión de los derechos fundamentales”, *Revista de Ciencias Penales*, vol. 20, núm. 25, 2008.
- Chand Vohrah, L., et al. (comps.), *Man's Inhumanity to Man*, Kluwer International Law, La Haya, 2003.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, Washington, CIDH, 2002, extraído de: <http://www.cidh.org/Terrorism/Spain/indice.htm> (consultado el 4 de enero de 2016).
- _____, *Informe: Hacia el cierre de Guantánamo*, CIDH, Washington, 2015, extraído de: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Hacia-cierre-Guantanamo.pdf> (consultado el 4 de enero de 2016).
- _____, *Situación de los derechos humanos en México*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/15, CIDH, Washington, 2016, extraído de: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Mexico2016-es.pdf> (consultado el 3 de marzo de 2016).
- Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Grupo de Trabajo sobre los Elementos de los Crímenes, *Propuesta presentada por Canadá y Alemania respecto del artículo 7*, ONU, Nueva York, 23 de noviembre de 1999.
- Dondé, J., *Tipos penales en el ámbito internacional*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2012.
- Christopher Einolf, “The Fall and Rise of Torture: A Comparative and Historical Analysis”, *Sociological Theory*, vol. 25, núm 1, junio de 2007, doi: 10.1111/j.1467-9558.2007.00300.x, pp. 101-121.
- Feierstein, D., *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007.
- Haba, E. P., *Tratado básico de derechos humanos con especial referencia al Derecho constitucional latinoamericano y al Derecho internacional. Examen realista crítico*, t. I, Editorial Juricentro, San José, 1986.
- _____, *Metodología (realista) del Derecho*, t. I, UCR, San José, 2012.
- _____, “Puntualizaciones terrenales en torno a las formas de discursar sobre el talismán ‘derechos humanos’”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 16, 2013, pp. 3-81, extraído de: <http://www.rtfed.es/n16.html> (consultado el 25 de julio de 2015).
- Informe del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de la ONU, Juan E. Méndez, en su misión en México, de 2014, A/HRC/28/68/Add.3, 29 de diciembre de 2014.
- International Committee of the Red Cross, *Tackling Torture: Who are the torturers?*, extraído de: <https://www.icrc.org/en/document/lutter-contre->

Análisis crítico del tipo penal de tortura mexicano desde la óptica del Derecho internacional

- la-torture-qui-sont-les-tortionnaires (consultado el 3 de marzo de 2016).
- Paul D. Kenny, "The Meaning of Torture", *Polity*, vol. 42, núm. 2, abril de 2010, doi: 10.1057/pol.2009.21, pp. 131–155.
- Ling Ching Céspedes, R., *Psicología forense: principios fundamentales*, EUNED, San José, 205.
- Milgram, S., "Some Conditions of Obedience and Disobedience to Authority", *Human Relations*, vol. 18, núm. 57, 1965, pp. 57-76.
- Naciones Unidas, *Protocolo de Estambul: Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, HR/P/PT/8/Rev.1, Ginebra y Nueva York, 9 de agosto de 1999 (rev. 2004).
- Noufour, H. (comp.), *Tinieblas del crisol de razas*, Cálamo, Buenos Aires, 1999.
- Observaciones del Comité Contra La Tortura de Naciones Unidas sobre el cuarto Informe Periódico de México, CAT/C/MEX/CO/4, 6 de febrero de 2007.
- Observaciones del Comité Contra La Tortura de Naciones Unidas sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de México, CAT/C/MEX/CO/5-6, 11 de diciembre de 2012.
- Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el quinto informe periódico de México, CCPR/C/MEX/CO/5, 7 de abril de 2010.
- Olásolo, H., *Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- Pichardo, M.A., *Perspectiva histórico-psicosocial de la tortura*, s.f., extraído de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26105.pdf> (consultado el 27 de julio de 2015).
- Pictet, J., *Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*, International Committee of the Red Cross, s.f., extraído de: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdmmu.htm> (consultado el 28 de diciembre de 2015).
- Presidencia de la República, *Combatir frontalmente la desaparición forzada y la tortura es una condición básica para lograr la plena vigencia del Estado de Derecho: EPN*, México, Presidencia de la República, 10 de diciembre de 2015, extraído de: <http://www.gob.mx/presidencia/prensa/combatir-frontalmente-la-desaparicion-forzada-y-la-tortura-es-una-condicion-basica-para-lograr-la-plena-vigencia-del-estado-de-derecho-epn> (consultada el 8 de enero de 2016).
- Presidencia de la República, *Visita del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos*, México, Presidencia de la República, 8 de octubre de 2015, extraído de: <http://www.gob.mx/presidencia/articulos/visita-del-alto-comisionado-de-la-onu-para-los-derechos-humanos> (consultada el 8 de enero de 2016).
- Presidencia de la República, *Iniciativa de decreto por el que se expide la Ley General para prevenir, investigar y sancionar los delitos de tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes*, México, Presidencia de la República, 2015, extraído de: http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/1/2015-12-14-1/assets/documentos/Inic_EJEC_LEY_TORTURA_PENAS_CRUELES.pdf (consultado el 2 de enero de 2016).
- Roxin, C., *Derecho penal. Parte General*, t. I, Civitas, Madrid, 1997.
- Salas, M.E., *Yo me engaño, tú te engañas, él se...*, Isolma, San José, 2011.
- Werle, G., *Tratado de Derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- Zaffaroni, R.E., *Manual de Derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2005.
- Zimbaro, P., *El efecto Lucifer: el porqué de la maldad*, Paidós Ibérica, 2008.



La Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y la prohibición de la mediación penal en casos de violencia de género en México



Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas

Universidad de Santiago de Compostela

RESUMEN: *El objeto de este trabajo es analizar el potencial de la mediación penal en el campo de la violencia de género para, de esa forma, tomar postura frente a lo dispuesto por el art. 8. IV de la Ley mexicana de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, que compromete a los “modelos de atención, prevención y sanción que establezcan la Federación, las entidades federativas, el Distrito Federal y los municipios” a evitar dicha clase de procedimientos. Se exponen los principios seguidos por algunos programas centroeuropeos para lograr el empoderamiento de las víctimas y se defiende la introducción de un modelo de mediación penal como técnica de intervención en red.*

PALABRAS CLAVE: *Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, mediación penal, violencia de género.*

ABSTRACT: *The object of this work is to analyze the potential of penal mediation in cases of gender-based violence and to evaluate the prohibition included in the General Law on Women's Access to a Life Free of Violence (art. 8. IV). Moreover, the introduction of a mediation model as networking technique is advocated and the principles developed in some of the European programs to achieve the empowerment of the victims are studied.*

KEY WORDS: *The General Law on Women's Access to a Life Free of Violence, penal mediation, gender-based violence.*

SUMARIO: *I. Consideraciones previas. II. Algunos extremos útiles para centrar el tema. III. Mediación penal, prevención especial y reincidencia. IV. Mediación penal y revictimización. V. Algunas conclusiones. VI. Bibliografía.*

I. Consideraciones previas

Desde finales del pasado siglo, la mediación penal emerge como complemento o alternativa al sistema clásico de justicia penal, avalada por diversos instrumentos internacionales —caso de la Recomendación núm. R (99) 19, de 15 de septiembre de 1999, sobre mediación penal, del Comité de Ministros del Consejo de Europa— y el bagaje (positivo) de los programas existentes en Norteamérica, Australia, Nueva Zelanda y algunos países de Europa. Se presenta habitualmente como una forma de aplicación del Derecho, en la que las partes deciden, en un contexto de respeto personal y equilibrio de poder, las consecuencias de la infracción, de una forma totalmente voluntaria y atendiendo a las necesidades de ambas. La valiosa función que puede desarrollar, en el marco de los recursos legales y sociales destinados a prevenir y combatir la delincuencia, es, a juicio de sus partidarios, su principal activo como medio de resolución de conflictos, en la medida en que suele ir acompañada del sometimiento (voluntario) del autor a programas socio-educativos, de rehabilitación de drogodependencias, laborales, de educación sexual, etc. En esa misma línea se destaca, también, como uno de sus elementos definitorios (y diferenciales), el del empoderamiento de la víctima del delito, mediante la creación de un espacio de seguridad en el que el agresor asuma su responsabilidad y ella misma pueda narrar —a su manera, sin necesidad de ceñirse al limitado repertorio de construcciones legales y jurisprudenciales propio de la justicia formal— y ver validada su visión de los hechos y de sus consecuencias (Hudson, 2002: 625).

Ya se sabe, sin embargo, que las formas violentas de delincuencia no se dejan penetrar fácilmente por algunos de sus principios y axiomas (a saber, la reparación de los daños causados, la participación directa de los afectados en el diálogo restaurativo, la transformación de los roles de la comunidad y del Estado a la hora de solucionar el conflicto, etc.) (Breidenbach, 1995: 252 y ss.). Los teóricos de la mediación trabajan, de hecho, con el denominado “Modelo de Glasl”, a cuyo tenor la mediación no es viable cuando un conflicto alcanza un nivel de confrontación tal que puede desembocar en el empleo de violencia física o psíquica. A partir de ese momento,

reza el Modelo, las partes habrán perdido la capacidad de plantearse y construir alternativas a dicho conflicto (Matefi, 2003: 5).

La conveniencia o, incluso, necesidad de garantizarles a las víctimas todas las posibilidades que puede ofrecerles el modelo reparativo-mediatorio de gestión de la violencia *de género* son, con todo, objeto de un debate muy vivo, que afecta también a las condiciones y garantías de que deberían rodearse, en su caso, los correspondientes programas y al lugar que les corresponde en el marco de los recursos legales y sociales destinados a prevenir y afrontar el problema. Las diversas (y hasta contradictorias) opiniones y valoraciones vertidas sobre los programas existentes en este campo —principalmente en Canadá, Estados Unidos, Nueva Zelanda, Australia, Alemania, Austria y los países escandinavos— alimentan la controversia, que salpica tanto a los teóricos de la mediación o de la justicia restaurativa, en general, como a los mediadores o expertos implicados en las sesiones de diálogo restaurativo (Bethel y Singer, 1982: 16 y ss.; Wright, 1996: 91 y 92; Bannenberg, 2002: 42; Glaeser, 2004: 2 y 3). Una rápida consideración de los programas existentes en un país como Alemania ejemplifica perfectamente las consecuencias de esta situación. Proyectos de intervención especializados —como el Proyecto Modelo de Hamburgo, desarrollado entre los meses de enero de 2001 y diciembre de 2003, o el Proyecto HAIP de Hannover, iniciado en 1997— conviven con otros que dificultan extremadamente (Proyectos BIG e V. de Berlín —amparándose en una directriz ministerial— y KIK de Schleswig-Holstein) o, directamente, excluyen el acceso (Proyectos CORA de Mecklenburg-Vorpommern) de los casos que presentan ese trasfondo.

El objeto de este trabajo es analizar el potencial de la mediación en ese campo para, de esa forma, tomar postura frente a lo dispuesto por el art. 8. IV de la Ley mexicana de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (en adelante LGMVLV), que compromete a los “modelos de atención, prevención y sanción que establezcan la Federación, las entidades federativas, el Distrito Federal y los municipios” a evitar procedimientos de mediación o conciliación, “por ser inviables en una relación de sometimiento entre el Agresor y la Víctima...” En su elección ha pesado, además del desigual tratamiento legal del

problema en el Derecho comparado, su indudable actualidad.¹

II. Algunos extremos útiles para centrar el tema

Quienes critican el recurso a la mediación penal ven en estos procedimientos un reetiquetamiento de la violencia *de género* como una cuestión perteneciente a la privacidad de la pareja (esto es, como un problema de comunicación o de defraudación de expectativas), no merecedora de una respuesta “más seria” (Oberlies, 2001: 87; Hudson, 2002: 627; Morris, 2002: 603). Además alertan sobre el riesgo de que el agresor aproveche el encuentro con su víctima para reiterar su comportamiento violento, especialmente en los casos en que trata de mantener el control sobre ella (por ejemplo, cuando la violencia se ejerce durante el primer año de separación o cuando es la mujer la que intenta separarse) (Busch, 2002: 229; Edwards y Haslett, 2003: 7).

El más recurrente de sus argumentos es, no obstante, el que guarda relación con el modelo patriarcal —ajeno a las ideas de consenso, equilibrio y compromiso— que todavía preside las relaciones de pareja en las sociedades modernas: las mujeres maltratadas se hallan *desempoderadas* por la violencia y ven amenazada su seguridad y, en consecuencia, su libertad de expresión, transacción y decisión siempre que se hallan en presencia de su agresor. Por consiguiente, la mediación no serviría sino para replicar la desigualdad estructural y psico-social existente entre el autor y la víctima (Rössner y Bannenber, 1999: 26; Mattefi, 2003: 7). Este temor a una posible instrumentalización de las víctimas es, en esencia, lo que parece inspirar la prohibición sentada por la LGMVLV.

Los planteamientos favorables a los procesos restaurativos en ese ámbito —auspiciados, a menudo, por partidarios de la diversión o de la deflación penal para otra clase de delitos (Hudson, 2002: 621 y 622)— descansan en dos grandes líneas de trabajo: la que acentúa las deficiencias de la justicia formal a la hora de aportar soluciones efectivas al problema y de satisfacer las necesidades de las víctimas, y la

que incide en la posibilidad de hacer compatibles los presupuestos de la mediación con la preexistencia de una situación de cierto desequilibrio entre las partes (Bethel y Singer, 1982: 16; Rössner y Bannenber, 1999: 39; Glaeser, 2004: 2 y 3; Bals, 2010: 104).

Para ilustrar las deficiencias en cuestión suele aludirse a las bajas tasas de persecución y de condena, a la (inevitable) victimización secundaria durante el procedimiento judicial, al sentimiento de vergüenza y estigma que muchas mujeres asocian a su paso por el sistema de justicia criminal, a las (insalvables) dificultades probatorias que lo jalonan, al temor a represalias en caso de absolución y, por último, al quebranto familiar y financiero provocado por la condena del agresor (Grauwiler, 2004: 59). La posibilidad mencionada en segundo lugar cuenta, por su parte, con el aval de los numerosos programas implementados en Europa, Norteamérica, Australia y Nueva Zelanda —que han desarrollado para este ámbito estándares que suponen una modulación de los esquemas clásicos de la mediación penal— y el respaldo normativo del propio Consejo de Europa, que reconoce que “el mediador puede en algunos casos remediar las disparidades en materia de poder y aptitudes y reestablecer el equilibrio a favor de la parte que está en desventaja” (artículo 2.2 del Apéndice a la Recomendación núm. R[99] 19, de 15 de septiembre).

En el origen de este trabajo se halla mi convicción sobre la necesidad de tomar en consideración algunos grupos de casos o supuestos de violencia en la pareja dentro de los programas de mediación penal, mientras se observen determinados principios generales, básicamente, la aquiescencia de la víctima (Glaeser, 2004: 2) y que se haya afrontado convenientemente la problemática de su seguridad e indemnidad en el transcurso del —y con posterioridad al— procedimiento. Deteniéndome someramente en esta última cuestión, creo que para conjurar el ya aludido peligro de bagatelización de estos delitos y controlar los riesgos personales que el diálogo restaurativo entraña para las víctimas es precisa la integración-coordinación de los procedimientos mediatorios y judiciales (Silvani, 2004: 143). Por lo demás, éste

¹ Tanto el Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (art. 48.1), como el Manual de Legislación sobre Violencia contra las Mujeres, elaborado por Naciones Unidas en 2009 (apartado 3.9.1), desaconsejan también, explícitamente, la mediación en todos los casos de violencia contra la mujer.

es también el sentido en el que se orienta el debate en buena parte de los países europeos; un debate en cuyo epicentro no se sitúa la figura de la mediación como forma de diversión, sino la de la mediación intraprocesal, esto es, la implementación de un sistema integral de respuesta que combine ambas clases de estructuras (mediación y proceso) (Esquinas Valverde, 2008: 108).

Puntualizado todo ello, quiero advertir también que en las páginas que siguen me centraré exclusivamente en determinados aspectos de la ejecución práctica de algunos de los programas hoy vigentes. Mi objetivo es aproximarme a dos de las preocupaciones que jalonan y condicionan el debate y despiertan, probablemente, mayor controversia: (1) la de que el instrumento mediatorio, o cualquier otra forma de trabajo restaurativo con el maltratador, en general, resulte poco efectivo con vistas a modificar la dinámica de ejercicio de violencia en la pareja o expareja, tanto con carácter inmediato —pensando en el episodio o en la cadena de episodios que han motivado la intervención penal— como con vistas a prevenir la reincidencia (Lewis, Dobash, Dobash y Cavanagh, 2001: 122 y 123; Matefi, 2003: 7); y (2) la de que las mujeres victimizadas puedan sentirse presionadas a perdonar y a reconciliarse con sus parejas o exparejas violentas, por su falta de autonomía personal, familiar y social (Glaeser, 2004: 2).

III. Mediación penal, prevención especial y reincidencia

Es lugar común asignarle a la mediación funciones de prevención especial, partiendo de la base de que lo que se sitúa en el punto de mira de los programas es, justamente, el tratamiento individual, personalizado, del delincuente y de sus necesidades. La asunción de los hechos, el enfrentamiento con el sufrimiento de la víctima y la realización de actos de compensación vendrían a indicar, así, que el autor reconoce de forma abierta la vigencia de la norma que él mismo había transgredido y a favorecer su reintegración en la sociedad (Silvani, 2004: 125; Jung, 2008: 34). Amén de confirmar la voluntad del legislador de anticipar, ya al mismo momento legislativo, la integración en él del paradigma resocializador (Esquinas Valverde, 2006: 80), la plena incorporación de la mediación al sistema estatal de justicia criminal contaría, además, con el respaldo del considerable número de investiga-

ciones que sugiere que la intervención en programas de justicia restaurativa lleva aparejada una significativa reducción de las tasas de reincidencia delictiva en delincuentes primarios y ocasionales (Morris, 2002: 606 y 607).

No ha dejado de poner en solfa, sin embargo, la eficacia de los programas relativos a casos de violencia contra la pareja o expareja a la hora de preservar la seguridad de la víctima y de impedir o evitar futuras agresiones. La idea es la de que proyectan la (falsa) imagen de que los elementos de la mediación penal pueden aplicarse también, sin más, a esa clase de relaciones personales, cuando, en realidad, ni están en las condiciones de promover un cambio de conducta en el agresor, ni, por lo tanto, de garantizar el efectivo cese del ejercicio de la violencia (Hooper y Busch, 1993: 3; Beulke, 1994: 365; Morris, 2002: 606; Silvani, 2004: 135).

Quienes desechan su potencial preventivo —entre ellos, algunos de los expertos que se han significado más a la hora de reclamar mayores esfuerzos para reducir la violencia contra la pareja— argumentan, en concreto, a partir de la compleja etiología de las conductas violentas (vinculadas a masivos déficits de personalidad) y a su carácter repetitivo, por una parte, y a la falta de concordancia entre las características de la justicia restaurativa y los principios terapéuticos que deben presidir el tratamiento y la rehabilitación del maltratador, por otra (Rabe, 2002: 114; Hopkins, Koss y Bachar, 2004: 303 y nota 75). En su opinión, por su carácter de medida de intervención puntual y cortoplacista, el diálogo mediador carecería de virtualidad para operar un cambio global en la dinámica de comportamiento del agresor —para romper, en definitiva, el círculo de la violencia—, así como para controlar sus conductas futuras.

Para precisar bien los términos del debate, la cuestión que voy a suscitar aquí *no es* la de si existen (o no) suficientes evidencias que avalen la tesis de que la mediación, como forma de diversión, podría dar cuenta de algunas de las tradicionales funciones de la justicia criminal (rehabilitación/reintegración, protección individual) mejor que lo que lo hace la justicia formal. Mi punto de partida no es el del modelo de la pirámide de refuerzo de la justicia restaurativa, sino el del modelo de su integración en/con los esquemas formales del proceso penal. Siendo así, lo que quiero sopesar es si la introducción de un programa especializado de esas características (intraprocesal) puede

mejorar cualitativamente la efectividad de la justicia entendida en un sentido puramente instrumental, o sea, en términos de reducción de la reincidencia.

Es evidente que ninguna de las formas de intervención puntual con maltratadores (sean judiciales o extrajudiciales, formales o informales) puede aspirar a modificar de modo permanente las estructuras de poder subyacentes a la relación de pareja (Bals, 2010: 102; Hotta, 2010: 79). Lo decisivo para operar una alteración de las pautas de conducta del agresor será, siempre, su participación en programas de apoyo, terapia o adaptación social.

La mediación penal no representa, por supuesto, ninguna excepción a esta regla. Los programas colocan las bases para un trabajo de más larga duración en el terreno de la prevención de futuras agresiones, desempeñando, a tal efecto, un —relevante— rol de “intermediación”. En el procedimiento mediador —y el eventual acuerdo reparador— debe verse *sólo* la hoja de ruta que debería conducir —siempre y cuando vengan flanqueados por el trabajo de determinadas agencias e instituciones especializadas— a ese deseado cambio cualitativo en la dinámica en la relación de pareja (Nothhaft, 2001: 166; Bals, 2010: 102 y 103). Se entiende, entonces, que el incumplimiento, por parte del Estado, de su obligación de dotar a los programas de todos los medios económicos y organizativos necesarios nunca debería alimentar las críticas contra el propio sistema de la justicia restaurativa en general (Morris, 2002: 605).

Clarificado ese punto, debe insistirse ahora en que los principios metodológicos de la mediación suponen un activo valioso, que no debiera subestimarse (Hotta, 2010: 80). En efecto, si el cese de la violencia sólo parece posible en la medida en que el autor haya asumido (voluntariamente) su responsabilidad —después de haber tomado conciencia de lo erróneo de su comportamiento y de los perjuicios provocados y desarrollado una cierta empatía con la víctima y sus necesidades—, parece razonable pensar que le resultará más sencillo hacerlo si se siente participe en el acuerdo final, se considera correctamente tratado a lo largo del procedimiento y no se suscita, en ningún momento, la cuestión de su “culpabilidad” (de su eventual condena como persona) (Rabe, 2002: 114). De procedimientos que reflejan valores y alcanzan acuerdos restaurativos cabrá esperar razonablemente, de manera directa, cambios conductuales positivos y, de manera indirecta —en colaboración con los progra-

mas asistenciales y reeducativos coordinados con el de mediación— resultados *prometedores* en el terreno de la prevención y reducción de la reincidencia (Morris, 2002: 606). La mediación llevará al agresor a hacerse cargo de las consecuencias del hecho y a confrontarse con los intereses de la víctima, a partir de su propia confianza en la limpieza del procedimiento y en la justicia de sus resultados (Jung, 2008: 34). Al trabajar con los mecanismos de defensa y neutralización de que se sirve, el diálogo reparador hace posible que continúe motivado para analizar el delito y su impacto tiempo después de que el procedimiento se haya saldado con un acuerdo (Zwinger, 2002: 81). Así lo atestiguan, por lo demás, diversos trabajos que traen a colación evaluaciones de programas de intervención con autores de abusos graves, desarrollados en países anglosajones, que arrojan tasas de reincidencia muy bajas (inferiores a las de quienes se habían visto sometidos, exclusivamente, a procedimientos judiciales formales) y en relación con conductas más leves (Dissel y Ngubeni, 2003: 1 y ss.; Hopkins, Koss y Bachar, 2004: 302 y 304).

Es verdad que las investigaciones a que hice referencia se centran en la participación en círculos o conferencias familiares, y que los resultados obtenidos a partir de los programas alemanes y austriacos son mucho menos concluyentes (e incluso, en algún caso, bastante menos halagüeños). Sin embargo, creo importante dejar sentada la (doble) idea de que contamos ya con un cierto volumen de investigación que sugiere que la justicia restaurativa puede reducir la reincidencia, y que, en cambio, no existen hay estudios que acrediten la tesis contraria, o sea, que no contribuye a garantizar la seguridad futura de las víctimas (Wright, 1996: 92; Morris, 2002: 607).

IV. Mediación penal y revictimización

La aplicación de los principios de la mediación a casos de violencia de género ha venido rechazándose, también, con argumentos de corte victimológico, alertando sus detractores sobre la imposibilidad de recomponer relaciones personales viciadas por el desequilibrio de poder existente entre las partes.

Una buena parte de los estudios de género reitera, en efecto, la afirmación de que las dinámicas de control subyacentes al ejercicio de la violencia privan *siempre* a las víctimas —con independencia, entonces, de la intensidad y modalidad de la violencia— de

la capacidad de negociar con libertad, sobre un plano igualitario, con sus agresores (Bethel y Singer, 1982: 19; Hooper y Busch, 1993: 5). La literatura anglosajona suele hacerse eco, en este sentido, de la investigación llevada a cabo, en 1994, por Newmark, Harrell y Salem, en los tribunales de familia de Portland y Minneapolis, con el objetivo de comprobar las percepciones de los hombres y las mujeres implicados en conflictos de custodia relacionados con supuestos de violencia doméstica (Hooper y Busch, 1993: 6). El estudio concluyó la existencia de diferencias de percepción muy notables entre las mujeres que habían sufrido agresiones durante sus relaciones de pareja y las que no: las primeras sentían que sus compañeros o excompañeros podían *desarmarlas* (dejarlas literalmente sin argumentos) en cualquier discusión; tenían la convicción de que ellos se vengarían si no respetaban sus deseos o no estaban a la altura de sus expectativas; temían que ellos tomaran represalias (en su persona o en las de sus hijos) si los contradecían de manera abierta; y mostraban, por último, un acusado grado de sometimiento a la hora de tomar decisiones en los ámbitos financiero, sexual, de relación social y de educación de los hijos.

Este orden de ideas nos ayuda a perfilar los términos del debate sobre la compatibilidad entre esas estructuras de poder y desigualdad y la lógica de la mediación, como procedimiento que se apoya en la (estricta) paridad en los poderes de negociación de cada parte (principio de *igualdad de armas*).

Si, con carácter general, en un contexto de constrictión, el dominio de una parte sobre la otra hace tambalearse las opciones de que el acuerdo final sea verdaderamente voluntario o de que refleje de manera adecuada las necesidades de ambas, tratándose de víctimas de *violencia de género* dos serían los factores que invalidarían de raíz el procedimiento: el desvalimiento y el temor a sufrir represalias y a seguir sufriendo maltrato. El primero viene asociado, en la investigación social, a rasgos psicológicos como la falta de confianza en la posibilidad de detener o poner fin a la violencia por medio de acciones personales de carácter asertivo, una mayor capacidad de sugestión frente a las palabras, signos o miradas del agresor y, en tercer lugar, una menor aptitud para confrontarse verbalmente con la pareja o expareja (Hooper y Busch, 1993: 7).

Por su parte, y con arreglo a las mismas fuentes, la tendencia a renunciar a las propias necesidades —o

adaptarlas a las del agresor— en un intento por evitar nuevas agresiones afectaría negativamente su capacidad para articular y defender los propios intereses e incorporarlos al eventual acuerdo de reparación de los daños (Hooper y Busch, 1993: 5; Busch, 2002: 230; Matefi, 2003: 7). Éste es el doble discurso que lleva a los críticos a sostener que institucionalizar la mediación en el ámbito de la violencia en la pareja evidencia un terrible desconocimiento de la dinámica de las relaciones violentas y redundante en una suerte de renuncia —estatalmente organizada— de las víctimas al ejercicio de sus derechos (Oberlies, 2001: 87; Silvani, 2004: 134).

Quienes suscriben el orden de ideas que acaba de exponerse reflejan una visión unidimensional y estereotipada del fenómeno de la violencia *de género*: la que la define a partir de un creciente y reiterado ejercicio de violencia física, psíquica y/o sexual, por parte de sujetos altamente peligrosos y que no se salda con una permanente disolución de la relación (Bethel y Singer, 1982: 21). Trabajar con ese paradigma (tan sencillo) hiere de muerte la discusión sobre las posibilidades de la mediación penal. La complejidad de la dinámica del abuso íntimo y las diversas tipologías de agresores, víctimas, recursos disponibles y daños actuales y potenciales hacen sumamente arriesgado proyectar sobre cualquier escenario con presencia de violencia todas las objeciones de que se haría merecedor un programa de mediación dirigido a relaciones caracterizadas por un desequilibrio de poder de largo recorrido (Kelly, 2002: 218; Bals, 2010: 103).

Quiero decir con todo ello que, siendo comprensible la cautela con que debe afrontarse el debate, los prejuicios o dogmatismos nunca deberían anteponerse a la necesidad de examinar cuidadosamente el rendimiento de estas formas de intervención intraprocesal, por ejemplo, en los casos en que, con anterioridad a su puesta en marcha, la mujer ha denunciado los hechos o emprendido pasos decididos con vistas a poner fin al ejercicio de la violencia —mostrando así suficiencia de recursos personales y sociales—, o en que ambas partes han intentado seriamente buscar una solución al problema, sopesando la separación. Mediar en un episodio de agresiones mutuas y de carácter leve, producidas en el transcurso de una acalorada discusión, cuando la pareja ha decidido separarse y trata de resolver los últimos flecos económicos de su relación, o en cualquiera de los tratados en el seno del Proyecto KIK de Schleswig-Holstein (Alemania) —agresiones

leves y producidas en una única ocasión— tampoco debería saldarse con la bagatelización del fenómeno de la violencia *de género* o con un reforzamiento de la actitud de dominación del agresor. Por el contrario, podría servir para reforzar los cambios en la configuración de la relación de pareja y la aspiración de la víctima o de ambas partes a la erradicación de la violencia y a dejar sentado un “plan de seguridad” para su vida en pareja o tras la separación (Bethel y Singer, 1982: 21 y 22).

Debemos recordar que, aunque tanto los trabajos teóricos que han inspirado los distintos programas existentes en Centroeuropa y en los países anglosajones como los prácticos involucrados en su implementación y desarrollo consideran la mediación como una medida de intervención inadecuada en cierto tipo de situaciones —las de violencia severa y crónica sobre mujeres que carecen de los recursos psíquicos y sociales imprescindibles para buscar la ayuda necesaria— (Klenzner, 2001: 24; Bals, 2010: 103 y 104), la cuestión de su delimitación permanece completamente abierta.

A Pelikan y Hönisch se debe un interesante trabajo de seguimiento de la aplicación de los programas —extrajudiciales— austriacos a diversas constelaciones de relaciones violentas, de amplia proyección y obligada mención en este punto. En línea de principio, Pelikan y Hönisch apuestan por la radiación de aquellos “conflictos” en que los mediadores excluyen —tras los encuentros previos que llevan a cabo, separadamente, con los agresores y las víctimas— la posibilidad de compensar los enormes desequilibrios de poder entre las partes, derivados de la clase, severidad y frecuencia de la violencia ejercida y de su vinculación a estructuras de dominio y control represivo. Los propios autores terminan por admitir, no obstante, la necesidad de huir de posturas maximalistas, dejando abierta la puerta a su acceso (excepcional), siempre con vistas a la adopción de posteriores medidas (judiciales y extrajudiciales) y en un marco muy exigente de *aseguramiento* y *empoderamiento* de la víctima (1999: 312). En esta misma línea, estudios elaborados en Norteamérica sobre la eficacia de la mediación en determinados procesos de separación matrimonial con un trasfondo de abuso íntimo defienden sin ambages la idoneidad del acuerdo de reparación como instrumento para consensuar cuestiones relativas al régimen de visitas y a los futuros contactos de las partes, aportan además informa-

ción muy valiosa sobre la fase en que resultaría más conveniente y menos arriesgada —para la víctima y su entorno— (Hooper y Busch, 1993: 10; Nothhaft, 2001: 165).

La violencia continuada, con estructuras subyacentes y asentadas de poder y control no es abordable en sede de mediación penal, ya no sólo porque sus víctimas no se hallen en situación de autoafirmarse —y de afirmar sus necesidades—, sino también porque la intervención con los autores requerirá de otras técnicas y estrategias (Bethel y Singer, 1982: 19). Su ámbito propio vendrá integrado por los supuestos en que, a pesar de los elementos de control y superioridad presentes en la relación de pareja o expareja, parece posible alcanzar —mediante la implementación de técnicas especiales— el equilibrio y simetría necesarios para obtener un acuerdo satisfactorio para el agresor, la víctima y la comunidad. La valoración de la idoneidad de los casos deberá correr a cargo, de cualquier modo, de los responsables de los programas y de los prácticos y profesionales implicados en ellos, de la mano de un juicio normativo fundamentado en su conocimiento de los presupuestos, la metodología y las técnicas característicos de esta modalidad de mediación (Bethel y Singer, 1982: 19 y 20).

En el campo de la investigación social, con el concepto de *empoderamiento* (*empowerment*) se alude a un conjunto de reglas programáticas o principios de trabajo diseñados para dotar de soberanía o autonomía vitales a determinados grupos de sujetos que se hallan en una posición de desventaja social. Los modelos de mediación en casos de *violencia de género* desarrollados en Austria y Alemania incorporan esa clase de reglas o principios de trabajo, flexibilizando los procedimientos habituales de la mediación penal en aspectos como la planificación temporal y de los tiempos de intervención, el apoyo a la hora de formular los intereses, la incorporación de controles de resultados y de la mediación indirecta o la inclusión de periodos de probation y de diálogos de balance (Rössner y Bannenberg, 1999: 39; Matefi, 2003: 11; Glaeser, 2004: 3). En Austria, en particular, ese proceso de adaptación de los programas se extiende al concepto mismo de “regulación del conflicto”, acuñándose uno nuevo que deja atrás la exigencia de neutralidad de los mediadores en aras a amparar los intereses de ambas partes —lo que incluye el *empoderamiento* de la víctima— y a caracterizar la violencia como una conducta

rechazable, no justificada ni disculpable (Pelikan y Stangl, 1997: 67; Hartmann, 2004: 89).

En las páginas que siguen voy a referirme, brevemente, a las principales técnicas de *empoderamiento* utilizados por los mediadores en los programas de ambos países para liberar a la víctima de las posibles presiones del agresor, retirarla de la “línea de fuego” y reforzar sus recursos psíquicos y sociales durante el diálogo reparador. Me centraré para ello en los mecanismos descritos en los protocolos que acompañan a dos de los proyectos centroeuropeos más representativos: el de Hamburgo —implementado, desde enero de 2001 hasta diciembre de 2003, a partir de las propuestas de Bannenberg y Pelikan— y el de Hannover (“die Waage”). Organizaré la exposición en función de la fase del procedimiento en que tienen entrada.

1. Empoderamiento de la víctima en la fase de toma de contacto

Los “Estándares para trabajar con casos de mediación entre autor y víctima en un ámbito de proximidad social”, elaborados en Alemania por un grupo de prácticos con experiencia en el desarrollo de programas de mediación penal, recomiendan contactar en primer lugar con la víctima, al objeto de informarla, examinar su disposición para participar en el procedimiento y obtener su consentimiento para dirigirse, a su vez, al agresor.

El sentido de dicha toma de contacto inicial es el de constatar la inexistencia de una situación de peligro o amenaza continuados para la víctima, así como la seguridad y claridad de criterio con que manifiesta sus exigencias, en especial las que guardan relación con el futuro de la relación de pareja. A los mediadores les asiste, por ello, la facultad de dar por finalizado el procedimiento —en previsión de una eventual escalada de la violencia— cuando estimen que la libertad de la víctima no se haya suficientemente preservada frente a las presiones a que pudiera someterla el agresor (Bals, 2010: 105).

Los protocolos disponen, asimismo, que si aquella rechaza intervenir en la mediación o solicita que no se establezca comunicación alguna con el agresor, deberá proseguirse con la tramitación judicial ordinaria, compitiéndoles entonces a los mediadores la función de presentarle distintas alternativas de apoyo o asesoramiento psico-social y jurídico (Bals, 2010: 105).

2. Empoderamiento a través del “doble mixto” y del método del *reflecting team*

Otro de los mecanismos dirigidos a conjurar los riesgos de que la dominación del varón se mantenga en el transcurso de la mediación es el denominado “doble mixto”, consistente en la inclusión de dos mediadores (hombre y mujer) en el programa. Entre sus ventajas se cuentan, según los especialistas, una mejor gestión emocional y afectiva del caso, la puesta en práctica de técnicas (de comprensión y confrontación con los hechos) que requieren de la intervención de más de un mediador y, también, la imagen de pareja constituida en condiciones igualitarias que se traslada a las partes (Matefi, 2003: 10).

La técnica del “doble mixto” se desarrolla a lo largo de dos fases. Durante la primera tienen lugar las entrevistas, por separado, del mediador y de la mediadora con el agresor y la víctima, respectivamente. Las partes tienen la oportunidad de hablar del suceso que ha motivado la denuncia o la intervención policial, de ser el caso, de su relación y vida familiar, en general, así como de exponer las demandas y expectativas con que afronta la mediación y sus requerimientos frente a un eventual acuerdo de reparación (Pelikan, 2009: 24). Estas sesiones individuales son especialmente significativas con vistas a identificar y preservar los intereses de la víctima y, en definitiva, a continuar “filtrando” los casos inapropiados para acceder a la fase de diálogo propiamente dicho, pues le permiten al mediador, entre otras cosas, controlar el flujo de información entre las partes e introducir cuestiones y soluciones difíciles de plantear en presencia de la pareja (Bethel y Singer, 1982: 18 y 19).

A continuación se abre la fase del “encuentro a cuatro”, en la que los mediadores resumen lo que les fue narrado en los encuentros “a dos”, dándoles a las partes la oportunidad de hacer correcciones o añadidos, así como de interactuar y comunicarse de forma directa. Además pueden hacer comentarios, puntualizaciones o valoraciones sobre cuanto sucede en la sesión, la actitud de aquéllas y la posibilidad de que lleguen finalmente a un acuerdo (Bals, 2010: 106).

En esta fase los programas trabajan con el método del *reflecting team*. Con arreglo a éste, el mediador refleja toda la información (impresiones, esperanzas, dudas) que ha obtenido y percibido a través de los diálogos individuales (Bals, 2010: 106). Con ello se

pretende superar los roles (contrapuestos) adjudicados por el sistema legal a la víctima y al agresor y que cada parte escuche las dos versiones de los hechos —la suya y la de su pareja o expareja— en boca de un tercero, obteniendo así una visión “externa” (“refleja”) que le permita reconocer tanto sus propios intereses como los de aquella.

Utilizando ese “espejo de historias” se puede lograr que los partícipes en la mediación sean espectadores de su propia realidad, esto es, un cierto efecto de distanciamiento —que no de extrañamiento— (Pelikan y Hönisch, 1999: 279; Pelikan, 2002: 7; Silvani, 2004: 145), especialmente útil en los momentos en que el diálogo se enquistaba y se endurecen las posiciones (Klenzner, 2001: 25).

3. Empoderamiento a través de la coordinación de los programas con otras instituciones

La mediación no puede corregir, *ex nunc*, las adicciones o los conflictos íntimos o financieros que puedan hallarse en el trasfondo de la violencia. Los acuerdos de reparación alcanzados comprenderán frecuentemente el sometimiento de ambas partes a terapias de pareja o del agresor a programas de rehabilitación (del alcoholismo, de la drogadicción, de la ludopatía...), correspondiéndole al programa, en consecuencia, una relevante función de intermediación.

Más allá de ello, sin embargo, en el impulso a la víctima para que busque asesoramiento y apoyo especializados y organice, de esta forma, su propia red de seguridad posmediación, en sentido amplio, debe verse, también, otra de las genuinas técnicas de *empoderamiento* (indirecto) (Pelikan y Stangl, 1997: 68 y 70; Rabe, 2002: 115; Pelikan, 2009: 36 y ss.). Piénsese que los métodos aludidos hasta el momento apuntan *únicamente* a dejar sentada una cierta igualdad en el poder de negociación de las partes, que les permita expresar con libertad y autodeterminación y de forma participativa sus sentimientos y necesidades, así como trabajar soluciones de consenso (*empoderamiento directo*). Para afrontar con éxito la cuestión de los desequilibrios de poder estructurales en la pareja, los programas de mediación deben coordinarse con las instituciones, organismos y agencias que puedan proporcionarles a las víctimas, a medio o a largo plazo, los “recursos de relación” necesarios para fortalecer sus vínculos sociales dentro de la comunidad (Nothhaft, 2001: 166; Bals, 2010: 104).

V. Algunas conclusiones

La figura de la mediación penal en casos de *violencia de género* necesita ganar credibilidad en diversos niveles, entre ellos el relativo a la aplicación de protocolos, estándares normativos y técnicas de trabajo que redunden en procedimientos y acuerdos que satisfagan las especiales necesidades de las víctimas.

Los programas centroeuropeos aludidos en el transcurso del presente trabajo representan un modelo recibido con optimismo por los técnicos y especialistas, con características procedimentales y metodológicas que permiten contrarrestar satisfactoriamente las objeciones dirigidas contra el recurso al paradigma restaurativo en este ámbito (Leuze-Mohr, 2001: 374). Para ello modifican aspectos, como el del asesoramiento y apoyo a ambas partes a la hora de exponer y defender sus intereses y la inclusión de periodos de *probation* y de diálogos de balance a lo largo del procedimiento. Las medidas de mayor envergadura son, con todo, la aprobación de protocolos de coordinación con las instituciones y agencias que poseen los “recursos” necesarios para fortalecer los vínculos sociales de la víctima y, fundamentalmente, la introducción de la técnica del “doble mixto”, que supone un importantísimo hallazgo a la hora de afrontar (con garantías) la gestión de los desequilibrios de poder en la relación de pareja. Blanco de algunas críticas de orden metodológico —relacionadas, principalmente, con las ideas de que refleja prejuicios asociados al sexo de los mediadores y de que empobrece y desacredita, en cierto modo, sus funciones al anclarlas a la defensa, en exclusiva, de intereses *de género* (las de la mediadora, a la de los de la víctima; las del mediador, a la de los del agresor)—, su fiabilidad como instrumento con que impulsar o reforzar un cambio positivo en la dinámica de la relación (sea con vistas a su recomposición, sea a su separación) parece fuera de toda duda (Silvani, 2004: 145).

Todo ello debe llevar a observar con reservas la prohibición contenida en el art. 8. IV de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, pensando, en especial, en casos de agresión única o aislada y leve y en que las víctimas disponen de suficientes recursos psíquicos y sociales (ya sea porque han denunciado los hechos, ya por haber tomado alguna otra determinación con vistas a poner término a la situación de violencia). Un procedimiento de mediación intraprocesal podría mejorar cuali-

tativamente la atención a sus derechos y necesidades (de seguridad y autonomía personal) y posibilitar la asunción de responsabilidad por parte del agresor. Este mismo orden de ideas me obliga a pronunciarme, en cambio, en contra del recurso a la mediación en relación con los supuestos en los que subyazca un historial sostenido en el tiempo de malos tratos y dominación (Rössner y Bannenberg, 1999: 38 y 39; Pelikan y Hönisch, 1999: 173 y 305; Esquinas Valverde, 2008: 130). El agresor poseerá tal grado de influencia y poder que las probabilidades de alcanzar un acuerdo completamente voluntario y que responda, verdaderamente, a los intereses de ambas partes serán más bien escasas (Silvani, 2004: 135).

De cualquier manera, es cierto que la necesidad de contar con rigurosos procedimientos de *screening* —de control de la concurrencia de los requisitos objetivos y subjetivos que justifican la remisión del caso a mediación— nos sitúa frente a uno de los grandes retos de la justicia restaurativa: el de la “tecnificación” de los mediadores (Stubbs, 2002: 57; Edwards y Haslett, 2003: 6 y 7). Son ellos quienes deberán valorar si el procedimiento puede acarrearle efectos beneficiosos —o, por el contrario, claramente perjudiciales— a la víctima y crear, en un segundo momento, el contexto de seguridad y la atmósfera de franqueza y respeto imprescindibles para conducirlo (Busch, 2002: 229). También les incumbe administrar el complejo juego de pesos y contrapesos sobre el que se asienta el diálogo: animando o favoreciendo la consecución del acuerdo reparatorio sin desatender un ápice los intereses de la víctima y generando confianza en su propio hacer profesional sin inducir a las partes a dejar en sus manos el planteamiento y defensa de sus necesidades e intereses (Hooper y Busch, 1993: 8 y 9; Stubbs, 2002: 57; Hartmann, 2004: 89). Parece claro, a la vista de todo ello, que su acceso a una formación especializada en las dinámicas de poder y control interpersonal, la evaluación de riesgos y los métodos de detección de la violencia resultará absolutamente determinante para el devenir de la mediación —también a la hora de inmunizarse frente las actitudes que minimizan o trivializan el fenómeno y culpabilizan a las propias víctimas— (Hooper y Busch, 1993: 8; Nothhaft, 2001: 164; Busch, 2002: 231).

Tampoco puede pasarse por alto, tal y como he apuntado a propósito de la llamada función de intermediación de los programas, que estos carecen

de los resortes necesarios —en el terreno de la intervención— para gestionar a largo plazo las crisis personales y familiares derivadas del ejercicio de la violencia. Sin su imbricación con otros instrumentos de asistencia (también terapéutica), acompañamiento y control informal, cualquier expectativa relativa a la capacidad real de la mediación penal para operar cambios profundos y estables en la dinámica de la relación de pareja deviene ilusoria (Bannenberg, 2002: 52). La articulación de las correspondientes medidas de apoyo económico (entre ellas, la creación de un “fondo de garantía” destinado a las víctimas) parece también imprescindible, en previsión de que el agresor no se halle en disposición de proporcionar los medios económicos descritos en el acuerdo de reparación (Pelikan y Stangl, 1997: 69). Recuérdese a este respecto que el *empoderamiento* supone también el aseguramiento de las condiciones de vida que le permitan a la víctima la imprescindible autonomía económica, señaladamente cuando la mediación ha venido precedida o se ha saldado con la decisión de interrumpir la convivencia. Los protocolos de acompañamiento de recursos —materiales, legales y asistenciales— se erigirán, en suma, en la verdadera piedra de toque de esta *nueva* forma de justicia (Nothhaft, 2001: 166; Bannenberg, 2002: 51; Edwards y Haslett, 2003: 8; Hotta, 2010: 80).

Todas estas consideraciones obligan a rebajar sustancialmente las expectativas con que puede y debe presentarse la figura de la mediación en *violencia de género* ante una sociedad como la mexicana. A pesar de todo, la línea en la que se ubica este trabajo es la de apostar firmemente por la definición legal de un modelo de mediación intraprocesal, como técnica de intervención en red, y su implementación progresiva en casos que muestran un bajo o muy bajo potencial de riesgo para las víctimas, a cargo de expertos formados en programas especializados con contenidos homologados por las instituciones públicas competentes.

VI. Bibliografía

- Bals, N., *Der Täter-Opfer-Ausgleich bei häuslicher Gewalt*, Nomos, Baden-Baden, 2010.
- Bannenberg, B., “Konfliktregelung bei Gewaltstraftaten in Paarbeziehungen: Eignung und Grenzen der Mediation in einem problematischen Konfliktfeld – Bericht über ein Modellprojekt in Hamburg”, *Forum Mediation* 2, 2002.

- Bethel, C.A., y Singer, L., "Mediation: A new Remedy for Cases of Domestic Violence", *Vermont Law Review* 7, 1982.
- Beulke, W., "Gewalt im sozialen Nahraum-Zwischenbericht eines Modellprojektes", *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 77/6, 1994.
- Breidenbach, S., *Mediation: Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt*, Otto Schmidt, Colonia, 1995.
- Busch, R., "Domestic Violence and Restorative Justice Initiatives: Who Pays if we get Wrong?", en H. Strang y J. Braithwaite (eds.), *Restorative Justice and Family Violence*, Melbourne, 2002.
- Dissel, A., y Ngubeni, K., "Giving Women their Voice: Domestic Violence and Restorative Justice in South Africa", *XIth International Symposium on Victimology*, Stellenbosch, julio de 2003.
- Edwards, A., y Haslett, J. "Domestic Violence and Restorative Justice: Advancing the Dialogue", *Sixth International Conference on Restorative Justice*, Vancouver, junio de 2003.
- Esquinas Valverde, P., *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- Glaeser, B., "Victim-offender Mediation in Cases of Domestic Violence", *Third Conference of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice. Restorative Justice: Where are we heading?*, Budapest, octubre de 2004.
- Grauwiller, P., "Moving Beyond the Criminal Justice Paradigm: A Radical Restorative Justice Approach to Intimate Abuse", *Journal of Sociology and Social Welfare* 31, 2004.
- Hartmann, A., "Mediation und Verfahrensgarantien", en S. Barton (ed.), *Beziehungsgewalt und Verfahren. Strafprozess, Mediation, Gewaltschutzgesetz und Schuldfähigkeitsbeurteilung im interdisziplinären Diskurs*, Baden-Baden, 2004.
- Hooper, S., y Busch, R., "Domestic Violence and Restorative Justice Initiatives: The Risks of a new Panacea", *Waikato Law Review* 1, 1993.
- Hopkins, C.Q., Koss, M.P., y Bachar, K.J., "Applying Restorative Justice to Ongoing Intimate Violence: Problems and Possibilities", *Saint Louis University Public Law Review* 23, 2004.
- Hotta, A., *Täter-Opfer-Ausgleich bei häuslicher Gewalt*, Marburgo, 2010.
- Hudson, B., "Restorative Justice and Gendered Violence. Diversion or Effective Justice?", *British Journal of Criminology* 42, 2002.
- Jung, C.A., *Der Täter-Opfer-Ausgleich als Weisung. Verfahrensrechtliche Einwände und Auswege im Hinblick auf § 153a Abs.1 StPO*, Duncker & Humblot, Hamburgo, 2008.
- Kelly, L., "Using Restorative Justice in Aboriginal Communities", en H. Strang y J. Braithwaite (eds.), *Restorative Justice and Family Violence*, Melbourne, 2002.
- Klenzner, J., "Prävention und Intervention bei häuslicher Gewalt-Möglichkeiten und Grenzen des TOA bei Partnerschaftskonflikten", *TOA-Infodienst* 14, 2001.
- Leuze-Mohr, M., *Häusliche Gewalt gegen Frauen-eine straffreie Zone?*, Nomos, Baden-Baden, 2001.
- Lewis, R., Dobash, R.E., Dobash, R.P., y Cavanagh, K., "Law's Progressive Potential: The Value of Engagement with the Law for Domestic Violence", *Social and Legal Studies* 10, 2001.
- Matefi, G., "Mediation bei häuslicher Gewalt?", *Die Praxis des Familienrechts* 2, 2003.
- Morris, A., "Critiquing the Critics. A Brief Response to Critics of Restorative Justice", *The British Journal of Criminology* 42, 2002.
- Nothhaft, S., "Mediation bei Gewaltstraftaten in Paarbeziehungen? Ein Beitrag zur Diskussion des Buches", en B. Bannenberg, E. Weitekamp, D. Rössner, y H.-J. Kerner, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 84/2, 2001.
- Oberlies, D., "Offener Brief. Einrichtung einer Täter-Opfer-Ausgleichsstelle bei Gewalttaten in Paarbeziehungen", *Streit* 2, 2001.
- Pelikan, C., "Die Mühen der Ebene: Aus der empirischen Forschung zur Familienmediation und zur Mediation in Strafrechtsangelegenheiten", en C. Pelikan (ed.), *Mediationsverfahren-Horizonte, grenzen, innenansichten*, Baden-Baden, 1999.
- _____, "Das Mediationsverfahren bei Gewaltstraftaten in Paarbeziehungen", en S. Barton (ed.), *Beziehungsgewalt und Strafverfahren. Strafprozess, Mediation, Gewaltschutzgesetz und Schuldfähigkeitsbeurteilung im interdisziplinären Diskurs*, Baden-Baden, 2004.
- _____, *Die Möglichkeiten und die Bedingungen einer wirksamen Stärkung (Mächtigung) der Opfer von Gewalt in Paarbeziehungen durch den Außergerichtlichen Tausgleich*, Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie, Vienna, 2009.
- _____, y Hönisch, B., *Die Wirkungsweisen strafrechtlicher Maßnahmen bei Gewaltstrafta-*

- ten in Paarbeziehungen: Strafverfahren und Außergerichtlicher Tatausgleich*, Institut für Rechts und Kriminalsoziologie, Viena, 1999.
- Pelikan, C., y Stangl, W., “Private Gewalt: Das Strafrecht, die Konfliktregelung und die Macht der Frauen”, en W. Hammerschick, C. Pelikan y A. Pilgram (eds.), *Ausweg aus dem Strafrecht-Der außergerichtliche Tatausgleich. Überlegungen anlässlich eines ”Modellversuchs” im österreichischen (Erwachsenen-) Strafrecht*, Baden-Baden, 1994.
- Rabe, H., “Der Täter-Opfer-Ausgleich bei häuslicher Gewalt”, *Streit* 3, 2002.
- Rössner, D., y Bannenber, B., *Konfliktregelung bei Gewaltstraftaten in Paarbeziehungen. Kurzfassung des Gutachtens Mediation bei Gewaltstraftaten in Paarbeziehungen im Auftrag des Senatsamtes für die Gleichstellung*, Senatsamt für die Gleichstellung, Hamburgo, 1999.
- Silvani, S., “La mediazione nei casi di violenza domestica: profili teorici e spazi applicativi nell’ordinamento italiano”, en G. Mannozi (ed.), *Mediazione e diritto penale. Dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, Milán, 2004.
- Stubbs, J., “Domestic Violence and Women’s Safety: Feminist Challenges to Restorative Justice”, en H. Strang y J. Braithwaite (eds.), *Restorative Justice and Family Violence*, Cambridge, 2002.
- Wright, M., *Justice for Victims and Offenders*, 2ª ed., Waterside Press, Winchester, 1996.
- Zwinger, G., “Restorative Justice Practice and its Relation to the Criminal Justice System”, *Second Conference of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, Ostende, 2002.



El Derecho penal nacionalsocialista *



Thomas Vormbaum

Universidad de Hagen

RESUMEN: Este texto describe en primer lugar algunos aspectos de la doctrina penal nazi y de algunas leyes representativas de la época y lanza una mirada a la doctrina penal a caballo entre los siglos XIX y XX. En segundo lugar, se analiza el tema de la llamada “continuidad” y concluye afrontando el problema de la elaboración del pasado.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal nazi, continuidad, elaboración del pasado.

ABSTRACT: This text describes, in the first place, some aspects of the Nazi criminal law theories and some statutes that are representative of the time and it takes a look at the criminal law theories falling between XIX and XX centuries. Secondly, it analyzes the topic of “continuity”. Finally, it handles with the problem of “coming to terms with the past”.

KEY WORDS: Nazi criminal law, continuity, Vergangenheitsbewältigung.

* Este trabajo ha sido previamente publicado, bajo el mismo título, en *Revista Penal*, núm. 36, julio de 2015 (España). El texto ha sido traducido por Víctor Manuel Macías Caro del original italiano “Il diritto penale nazionalsocialista”, en Vormbaum, Thomas, *Diritto e nazionalsocialismo. Due lezioni*, EUM, 2013, pp. 21 y ss.

El 30 de enero de 1933, el presidente del *Reich* alemán, Paul von Hindenburg, entregaba el poder político a una coalición compuesta por el Partido Nazi y el Partido Popular Nacional Alemán. El *Führer* del Partido Nazi, Adolf Hitler, fue nombrado canciller. El ascenso al poder de los nazis significó el fin de la democracia parlamentaria, si es que al sistema de la llamada República de Weimar se le podía seguir llamando parlamentario, puesto que desde hacía muchos años los gobiernos dependían exclusivamente de la confianza del Presidente. La consolidación jurídica del dominio nazi tuvo lugar con la unificación de los poderes Legislativo y Ejecutivo por medio de la llamada Ley habilitante (*Ermächtigungsgesetz*), emanada en marzo de 1933 del Parlamento federal (*Reichstag*) con los votos en contra únicamente de los socialdemócratas. Dicha ley autorizaba al Gobierno la promulgación de leyes sin la participación del Parlamento. Poco tiempo después todos los partidos, excepto el Partido Nazi, fueron disueltos.

Por lo que respecta a mi tema, el Derecho penal nazi, me limitaré en el ámbito de mi lección de hoy a describir algunos aspectos de la doctrina penal nazi y de algunas leyes representativas de la época, lo cual me permitirá también lanzar una mirada a la doctrina penal a caballo entre los siglos XIX y XX. En segundo lugar, quisiera dedicar algunos comentarios al tema de la llamada “continuidad”. Por último, concluiré afrontando el problema de la llamada elaboración del pasado.

I.

Comencemos antes que nada con la ciencia penal. El primer aspecto de una teoría penal es, o mejor dicho, debería ser, qué es lo que el Estado está legitimado para castigar.

Immanuel Kant y Paul Johann Anselm Feuerbach, a pesar de partir de premisas distintas, estaban de acuerdo en el hecho de que la tarea del Derecho y, por consiguiente, la del Derecho penal era la determinación de las esferas de libertad de los individuos. La consecuencia: la pena debe ser una retribución por la violación de un derecho subjetivo, exigencia que suponía un problema para los políticos. Si admitimos que los políticos se sentían vinculados por las reflexiones teóricas (lo cual era raro entonces como ahora) deberían agradecer al pensador Johann Michael Franz Birnbaum la introducción en 1835 del

concepto de “bien” en el debate penal. Concretamente Jesús María Silva Sánchez ha observado recientemente que la teoría de la tutela de los bienes jurídicos no nació de la idea de una delimitación del Derecho penal, sino, por el contrario, de la idea de expansión del Derecho penal. Con la introducción de la teoría del bien jurídico, la ciencia penal perdió de hecho el fundamento teórico para una limitación del Derecho penal, dado que la invención de un bien jurídico es algo muy fácil, tal y como se puede comprobar echando un vistazo a cualquier comentario del Código Penal. Pero más allá de esta crítica, pasar de la teoría de la violación de un derecho a la teoría de la lesión de un bien jurídico significaba también pasar de la idea de la justicia a la idea de la utilidad en el Derecho penal, es decir, al arbitrio en la legislación penal.

A pesar de ello, la doctrina del bien jurídico, según una concepción liberal y moderada, puede favorecer un Derecho penal “restringido”. Además, dicha teoría ha recibido de la precedente teoría de la violación de un derecho, *un* presupuesto importante: sólo los factores externos, objetivos, son capaces de formar el punto de partida para la intervención del instrumento penal. Los elementos subjetivos y en particular el dolo y la culpabilidad, desde dicho punto de vista, pueden formar solo elementos de *restricción* del ámbito penal, ya descrito por los elementos objetivos. En otras palabras: el punto de partida del razonamiento penal no puede ser la conciencia o los pensamientos del autor, sino sólo el *hecho*, descrito de modo preciso por medio del tipo legal.

Determinadas consecuencias de la teoría del bien jurídico no eran necesarias. El límite de esta teoría es precisamente que según el arbitrio puede abordarse en sentido liberal, pero también en su contrario. Además, la idea de bien jurídico, a partir del inicio del siglo XX, sufre una cierta “espiritualización”, es decir, un alejamiento del aspecto objetivo. Pero todo esto no impide que los penalistas nazis ataquen la doctrina de la protección de bienes jurídicos, junto con la Escuela de Franz von Liszt, a pesar de que el movimiento para la reforma del Código Penal alemán, que comenzó a inicios del siglo XX por influencia de Von Liszt y que no llegó a materializarse antes del final de la República de Weimar, contuviera muchos elementos en favor de una expansión del ámbito penal.

Aunque muchos de estos fueran retomados por la legislación nazi, la concepción sostenida por la corriente penal representada por la Escuela de Von

Liszt, también por la presencia de la idea de finalidad, portaba consigo algunas posibilidades de restringir el ámbito penal; y precisamente dichas posibilidades fueron tomadas por el todo y etiquetadas como elementos de relajación en la lucha contra la criminalidad por parte de la doctrina penal nazi, por ejemplo, el penalista Erik Wolf. A la idea de un bien jurídico, que correspondía a una idea liberal, se contraponía la idea de un Derecho penal autoritario, según el cual la comunidad popular (*Volksgemeinschaft*) forma un organismo de hombres del mismo género. La comisión de un crimen hacía presumir que el miembro de la comunidad se había degenerado. El objetivo prioritario de la política criminal y penal no era la reacción ante los hechos delictivos, sino la eliminación de sujetos peligrosos para la comunidad. Por tanto, el punto de partida de esta teoría es el autor que ha cejado en sus deberes frente a la comunidad o, en términos jurídicos: empieza a ser dominante la concepción del delito como ofensa de un deber (*Pflichtverletzung*); el Derecho penal se transforma de un Derecho penal del hecho a un Derecho penal de autor o Derecho penal de la predisposición malvada o el sentimiento malvado. Pero para quien quiere descubrir un sentimiento o un pensamiento peligroso, la descripción formal contenida en un tipo penal de un comportamiento considerado nocivo no sirve de nada. Por lo tanto, ya hemos señalado, el delito en sentido formal ejerce aquí una sola función: sirve como indicador de la peligrosidad del sujeto.

Estas ideas no eran en absoluto una novedad. El irracionalismo y el llamado enfoque global (*Ganheitsbetrachtung*), en contraposición al enfoque analítico o “desmembrador” de la unidad natural, ya había sido puesto en práctica y se había extendido durante la República de Weimar por una parte de la doctrina penal alemana; pero también en el Manifiesto de Marburgo de Franz von Liszt la atención al autor y a la valoración del sentimiento o del pensamiento del autor formaban elementos importantes.

El modelo liberal de un Derecho penal que juzga de modo objetivo y que atiende al aspecto subjetivo sólo como factor limitativo de la intervención penal empezaba a vacilar a causa de la extensión de las ciencias empíricas, en especial las ciencias psicológicas, aunque a veces lindaran con la charlatanería. Se “descubría” al autor. Franz von Liszt, junto a las tres categorías de objetivos penales propuestos por él (intimidar, enmendar e inocuizar), proponía tres ca-

tegorías de delinquentes, completando así su sistema del siguiente modo:

- delinquentes susceptibles de ser enmendados y para los cuales era necesaria una corrección;
- delinquentes para los que no era necesaria una corrección;
- delinquentes no susceptibles de ser enmendados.

En el contexto del tercer tipo, Von Liszt utiliza el concepto del delincuente habitual, un concepto que tendrá continuidad en el siglo XX y dará título a una de las primeras leyes penales nazis. Sin embargo, vista la importancia decisiva de la personalidad del autor tanto para el tipo de pena como para su cantidad, Von Liszt, al contrario de la opinión dominante (que tenía en cuenta, en la determinación de la pena, sólo el hecho), identificaba el sentimiento del autor, probado por medio del hecho, entendido como elemento decisivo.

Así, como ya se ha dicho, mediante la idea de finalidad manifestada por Von Liszt vuelve a adquirir valor un filón de pensamiento que ya en la época de la Ilustración había constituido un elemento importante de la filosofía, pero que en el curso del siglo XIX había perdido relevancia durante algunas décadas, al menos en el ámbito de la ciencia jurídica.

Beccaria había construido una relación entre justicia y utilidad afirmando: “Para que una pena sea justa *no debe* tener más que la cantidad de motivación que baste para desviar a los hombres de los delitos”. En el manifiesto de Von Liszt se lee una formulación muy similar: “Justicia en el Derecho penal significa mantener la medida de la pena exigida por la idea de finalidad”.

Sin embargo, la intervención estatal sobre el delincuente, proclamada por Von Liszt, debe tener lugar únicamente cuando él ha llevado a cabo un hecho tipificado, formulado de una manera determinada y probado en un proceso conforme a los principios de un Estado de Derecho. El Derecho penal, según Von Liszt, es la *Magna Charta* del delincuente: “es la barrera insuperable de la política criminal”. Los principios *nullum crimen sine lege* según una formulación de Von Liszt son “el baluarte del ciudadano frente a la omnipotencia estatal”. Sin embargo, vista la construcción de la pena, resulta mucho menos importante tutelar el segundo aspecto, es decir, la pena, que tute-

lar el primero. Y la definición del ámbito penal y de la política criminal compete al legislador, el cual puede decidir extenderlo. Von Liszt declara expresamente: “la legislación penal sin duda compete a la política criminal”. Los límites del “baluarte”, por lo tanto, dependen siempre de las decisiones del legislador. Es de justicia arrojar luz sobre la famosa fórmula de Von Liszt: “La ley penal [y no el Derecho penal] es la *Magna Charta* del delincuente”.

Hechas estas observaciones, vuelvo ahora a examinar el Derecho penal nazi.

Otras consecuencias de la concepción penal nazi son la extensión de la punibilidad a la tentativa, la atenuación sólo facultativa de la pena de la tentativa (a partir de 1943 y hasta hoy válida en el Código Penal alemán), la anticipación de la punibilidad de la participación en un momento precedente respecto de la comisión del hecho, la adopción de tipos que castigan los actos preparatorios del hecho propiamente ofensivo (hasta hoy la participación en una asociación criminal o, como agravante, la participación en una asociación terrorista).

Y como otra consecuencia de la hostilidad respecto del Derecho penal del hecho destaca una *concepción material del delito*. Recordarán que ya he hablado de esta concepción como de un elemento precisamente de los esfuerzos que pretenden limitar la intervención penal; como tal, dicha concepción significa solamente que tras los hechos legal y formalmente tipificados hay una idea de qué cosa hace punible un comportamiento: en la teoría penal de la Ilustración, la ruptura del contrato social; según Kant y Feuerbach, la violación de un derecho subjetivo; según Birnbaum, Binding y Liszt, la lesión de un bien jurídico.

La intención conectada con dicha concepción sustancial solía ser la de señalar una vía para limitar la intervención penal, la cual debería ser seguida por el legislador y por el intérprete. Pero la decisión de los penalistas nazis de remitirse a una concepción sustancial del delito seguía una dirección distinta y en última instancia contraria. Aquí no se daba la intención de limitar el ámbito penal, sino más bien la de afirmar la independencia del Derecho penal respecto de los hechos tipificados en la ley penal, es decir, la renuncia a un elemento fundamental del garantismo penal. Se quería realizar la “justicia sustancial” manifestada en los llamados “ordenamientos concretos” (*konkrete Ordnungen*) de la vida comunitaria. Dominaba por lo tanto la tendencia a liberar de los vínculos de la ley

formal a quien tenía que aplicar el Derecho. Se quería evitar toda “laguna”; ningún comportamiento “nocivo para el pueblo” (*volksschädlich*) debía permanecer impune.

En este contexto, la doctrina penal nazi utilizaba de vez en cuando la fórmula *nullum crimen sine pena* en contraposición al principio del Derecho penal liberal del *nullum crimen sin lege*. Permanecía sin respuesta la cuestión sobre cómo identificar un comportamiento “criminal” con independencia de las referencias a los ordenamientos concretos de la comunidad y al “sano sentimiento del pueblo” (*gesundes Volksempfinden*), introducido en 1935 en el Código Penal.

Otra consecuencia de la adopción de una concepción de violación de un deber, además de la de un Derecho penal del autor, es el rechazo del análisis conceptual y sistemático del delito y la exigencia de una conceptualización y sistematización “esencial” (*wesenhaft*) y “total” (*ganzheitlich*). También esto era un modo de evitar “lagunas de punibilidad”, inevitables por el contrario en una concepción formal del delito. De ello, y como consecuencia necesaria, el rechazo a la prohibición de la analogía.

Con la teoría de la voluntad (*Willensstrafrecht*) el Derecho penal sufre la cuña particularmente característica de la subjetivización. Pero también aquí se trata de una radicalización de una idea desarrollada previamente, dado que, según lo expresado por Franz von Liszt, el sentimiento o pensamiento del autor debe ser el aspecto decisivo en la determinación de la pena.

También la llamada teoría del tipo de autor (*Tätertypenlehre*) tiene su antecedente en la triada de delinquentes de Franz von Liszt, aunque éste la orientara a la política criminal y no a la dogmática penal. El muro que Franz von Liszt imaginaba entre la esfera jurídica y la esfera político-criminal, en los casos en los que aún permanecía en pie, fue derribado.

Con el Derecho penal de la voluntad y la teoría del tipo de autor la cuestión central había pasado completamente del Derecho penal del hecho al Derecho penal de autor.

Sin embargo, la reflexión histórica exige una *cuantificación* adecuada. La propuesta programática de Von Liszt de “inocuar” a los delinquentes que no eran susceptibles de ser enmendados no significaba su “eliminación”, pero en relación con la estructura del razonamiento, dichas ideas se insertan en una tradición en la cual la concepción penal de Von Liszt



constituye una mera etapa. Ello, porque en aquel momento eran evidentes los problemas de los esfuerzos reformadores en el ámbito penal y porque se extendía cada vez más el uso del Derecho penal poco vinculado jurídicamente, es decir, dominaba la línea lisztiana radical (por ejemplo, Kubnik).

II.

En el ámbito de la legislación penal sustancial nazi, el primer signo de continuidad con la época precedente fue la “Ley contra los criminales habituales peligrosos y de medidas de seguridad y corrección” (*Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung*) de 24 de noviembre de 1933.

El punto central de la ley fue la llamada “custodia de seguridad” (*Sicherungsverwahrung*) para los criminales habituales peligrosos. Dicha medida, que consistía en una sanción penal limitativa de la libertad sin necesidad de prueba sobre la culpabilidad, ya formaba parte, por influencia de la política criminal de Von Liszt, del proyecto de Código Penal de 1919, y también del proyecto de ley de 1922 de Gustav Radbruch, ministro socialdemócrata de Justicia y profesor de Derecho penal y discípulo de Von Liszt. Pero también a este respecto, comparando los mencionados proyectos con la Ley de 1933, es posible identificar elementos de radicalización, a pesar de que la definición de criminal habitual peligroso se remonta sin ninguna duda a la de Franz von Liszt. Esta coexistencia de elementos de continuidad y discontinuidad hacen a la Ley de 1933 representativa de muchas leyes del régimen nazi. La jurisprudencia contribuía por su parte a la aplicación extensiva de la custodia de seguridad.

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, la Ley permaneció en vigor, aplicándose en el Derecho penal federal alemán a los delincuentes habituales hasta 1968 y, más allá, hasta nuestros días.

Otra intervención que afectó a un aspecto muy significativo del Derecho penal sustancial fue la llamada reforma en materia de analogía de 1935. El objetivo de la Ley era “la anticipación cauta de algunas ideas de la reforma íntegra del Código Penal y una cierta aceleración de la adecuación del Derecho penal al espíritu del Estado nuevo”. La reforma permitía la “aplicación analógica de las normas penales”, es decir, la aplicación en un caso en el cual “el compor-

tamiento merece un castigo sobre la base de la idea fundamental de una ley penal y del sano sentimiento del pueblo”. Por medio de dicha Ley vencia la concepción sustancial o material del delito.

No obstante, tal y como ha demostrado Wolfgang Naucke, el principio del *nullum crimen sine lege* ya había sido relativizado en la doctrina antes de 1933; por lo tanto, a primera vista, la modificación del Código Penal tenía un significado más bien simbólico.

La reforma en materia de analogía evidenciaba que la legislación del Estado nazi, a diferencia de la legislación penal de la Italia fascista, tendía a reforzar el papel del juez. En línea con su ideología, el régimen consideraba al juez un *Führer*, pero más allá de ello, esta actitud constituía una continuidad respecto de los inicios del siglo XX: la imagen del juez había cambiado. Si durante el siglo XIX tanto la autoridad como los seguidores de la filosofía de la Ilustración desconfiaban de los jueces y en paralelo a dicha desconfianza tomaban muy en serio el principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege* y en particular el principio de taxatividad, a principios del XX se daban dos factores que empujaban en dirección opuesta. Por un lado, la política criminal de Von Liszt exigía necesariamente un mayor espacio creativo para el juez, el cual podía escoger la pena más adecuada al autor individual. Por otro lado, la autoridad del Imperio y más tarde la de la República de Weimar había acumulado una experiencia que le hacía parecer sostenible o incluso deseable tratar al juez como un “compañero del legislador con plenos conocimientos”.

III.

De todo lo dicho hasta ahora se deducen con claridad numerosos *elementos de continuidad* entre el Derecho penal nazi y el Derecho penal anterior, pero se da también una continuidad entre estos dos derechos penales y el Derecho penal actual. En esta sede debo limitarme a mencionar algunos aspectos que todo penalista conoce muy bien: la *anticipación de la barrera de punibilidad* y la *extensión del ámbito de lo punible* mediante la creación de delitos de peligro abstracto; los *delitos asociativos*; los tipos penales en los que *la tentativa es castigada como delito consumado*; el desprecio por el principio de *determinación* en el momento de tipificar un comportamiento y de la prohibición de la *analogía* en el de interpretarlo; los catálogos de *supuestos ejemplificativos* en lugar

de catálogos taxativos; la limitación de elementos objetivos del tipo demasiado amplios por medio de *elementos subjetivos del tipo*; los elementos relativos a la voluntad en lugar de una consumación objetiva del delito; el incremento y la extensión de las *posiciones de garante* en los delitos de omisión impropia; la concesión de *amplios espacios al juez* en la elección y la determinación de las sanciones; la previsión de sanciones penales (*medidas de reeducación y medidas de seguridad*) para autores no culpables, en particular para los inimputables.

Dichos elementos de continuidad del Derecho penal forman parte de un conjunto que podemos denominar de *continuidad general*, que recorre el periodo nazi y que ha sido destacada por la investigación histórica más reciente.

Dichos elementos resultan claros en primer lugar por el hecho, obvio, de que los hombres y las mujeres bajo cualquier régimen político continúan amando y odiando, continúan casándose y criando hijos, continúan avanzando o fracasando en la escuela o en la profesión, se enferman y se curan, o bien mueren, festejan o guardan luto: las costumbres vitales dadas por la naturaleza o impuestas por la práctica resisten siempre a los factores políticos.

Pero aun más decisiva para identificar la continuidad en el ámbito de la investigación histórica sobre el nacionalsocialismo es la identificación de numerosos elementos de modernización propios de aquella época. La resistencia frente a la afirmación que acabo de realizar se explica en buena parte por un prejuicio positivo vinculado al concepto de “moderno”. Es necesario aclarar, sin embargo, que no voy a analizar en esta sede dicho prejuicio positivo. El perfeccionamiento técnico-burocrático del asesinato en masa hasta el punto de la organización de los horarios en los que partían los trenes destinados a campos de exterminio es una terrible manifestación de modernidad. Ya en los comienzos de la reflexión sobre el pasado nazi fue analizado el empleo de la técnica moderna en las campañas electorales del Partido Nazi; y además la modernización de la técnica de guerra, incluida la técnica de los misiles (afortunadamente aún inmadura en aquel momento para ser aplicada en la práctica); pero son también incontrovertibles algunos elementos no relativos a la tecnología: el uso de los conocimientos de la psicología colectiva con fines de propaganda; el empleo de sistemas de seguridad social para el mantenimiento de la lealtad de las masas. Incluso la teoría

racial y las ideas de una higiene social eran un producto de las creencias científicas de finales del siglo XIX. Volveré a este punto más adelante.

En cualquier caso, el régimen nazi, a pesar de sus excesos criminales, se encuadra en una estructura desarrollada ya antes de 1933 y, tal y como se ha demostrado, los elementos de dicha modernidad se encuentran también en el ámbito jurídico y en particular en el ámbito del Derecho penal.

Mientras tanto, la concepción de una continuidad estructural en el siglo XX ha dominado en la historiografía del Derecho penal alemán. El “modelo de la interrupción” (“perversión” en 1933, “curación” y “saneamiento” en 1945) ya no lo sostiene casi nadie.

Para evitar malentendidos es necesario aclarar que destacar las líneas de continuidad no significa afirmar que el poder nacionalsocialista habría sido un poder realmente normal si los nazis hubieran sido lo bastante razonables como para dejar en paz a los judíos, no haber desencadenado una guerra mundial y haber renunciado a los campos de concentración. Significa justamente lo contrario: identificando las líneas de continuidad se pone de relieve que, tras la eliminación de la monstruosidad de la época del nacionalsocialismo, quedaba también una época terrible para las condiciones propias de un Estado de Derecho y concretamente para un Derecho penal propio de un Estado de Derecho. Pero vale también la perspectiva opuesta: el Derecho penal actual, siendo compatible con el Derecho penal de aquel tiempo, evoca cuestiones críticas.

Sin embargo, el desarrollo del Derecho penal que hemos analizado aquí recibió un impulso particularmente fuerte durante el nacionalsocialismo. En el debate histórico-jurídico se ha intentado aprehender esta particularidad mediante los conceptos de *radicalización o aceleración* del desarrollo. Esta concepción tiene la ventaja de tener en cuenta las líneas de continuidad de la evolución del Derecho penal y de respetar al mismo tiempo las particularidades de la época nacionalsocialista.

Obviamente no hay motivo para desatender las diferencias entre la democracia de Weimar y la democracia de posguerra por un lado, y el régimen nazi por otro lado. En todo caso, muchas de las normas penales problemáticas que fueron introducidas por los nacionalsocialistas habían sido ya objeto de discusión previamente, pero *no* habían sido aplicadas. No tiene importancia comprobar si esto se debió a escrúpulos

sustanciales, por la lentitud procedimental en una democracia parlamentaria basada en el debate y en un acuerdo de intereses o simplemente a causa de numerosas elecciones. En efecto, cada uno de estos motivos podrían ser relevantes frente a las condiciones de la legislación de la dictadura. Fue precisamente el régimen nazi, que con sus máximas político-criminales menos escrupulosas, con una elaboración interna de su aparato burocrático y con una continuidad en el poder no interrumpida por elecciones, el que hubiera podido implementar aquellos proyectos legislativos.

Sin embargo, la tesis de la radicalización tampoco puede eliminar el hecho de que la manifiesta contradicción con los principios del Estado de Derecho del régimen nazi y las fechorías cometidas por éste fueron preparadas *también* sobre la base de una tradición. En otros términos, la “anormalidad” del nacionalsocialismo no constituye, en gran parte, la interrupción de una tradición, sino más bien una consecuencia terrible de importantes elementos de la tradición que desplegaron sus efectos en aquel momento.

No nos consuela el hecho de que una norma penal entrada en vigor en la época nazi hunda sus raíces en épocas precedentes, pero sí debe suscitar inquietud y dudas el hecho de que en algunos casos dicha norma haya permanecido en vigor hasta hoy. En un plano heurístico, es decir, como un punto de partida para nuevas cuestiones, la constatación de que una norma penal tiene un origen nazi puede ser útil para la discusión político-criminal. Nosotros los penalistas alemanes, teniendo ante nuestros ojos el pasado nacionalsocialista y el Derecho penal de aquel periodo, tenemos *también* una oportunidad que no tienen, por el contrario, otros pueblos. En otros términos: que una norma penal o un esquema mental en el ámbito penal sea compatible con el nacionalsocialismo evoca al menos cuestiones críticas al respecto. Pienso que esto vale en menor medida para los penalistas italianos en relación con el pasado fascista y para los penalistas españoles en relación con el pasado franquista. En Alemania existe desde hace décadas el eslogan de la “superación del pasado” (*Bewältigung der Vergangenheit*), y naturalmente se alude al pasado nacionalsocialista. Una aproximación crítica a nuestras normas penales constituiría una reelaboración muy sensata del pasado que además tocaría también el presente.

Una cuestión me parece segura: superar el pasado sólo puede significar superar los problemas del presente.

IV.

En el discurso realizado hasta este momento he destacado algunos elementos de continuidad en el ámbito del Derecho penal. No hay que olvidar, obviamente, la patología general y especial del régimen nazi. Este aspecto y los esfuerzos de una elaboración del pasado que incluya tal criminalidad después de 1945 serán el objeto de la segunda parte de mi lección.

Con la expresión *patología general* hago referencia al carácter autoritario, totalitario, no conforme a un Estado de Derecho, características evidentes, en particular en el ámbito penal, en la legislación racial y de guerra; hacia el exterior se han manifestado por medio de una política revisionista y de conquista que ha desembocado en una guerra mundial con cincuenta y cinco millones de muertos.

Con tales características el régimen nazi no se distingue, sin embargo, de muchos otros regímenes dictatoriales de la historia universal, y en particular de la historia contemporánea, pero más allá de la mencionada patología general hay una patología especial representada por los asuntos tratados detalladamente por Herbert Jäger en su libro *Macrocriminalidad*. En este contexto, se invierte el objeto tradicional del análisis de la historia del Derecho penal, que consiste sobre todo en la historia de las normas penales del Estado, puesto que no se trata al Estado como legislador, sino como sujeto que transgrede la ley, incluso hasta el punto de hablar, en palabras de Wolfgang Naucke, de “criminalidad reforzada por el Estado” (*staatsverstärkte Kriminalität*).

Nos referimos a fenómenos como:

- La *Aktion T4*, un programa llamado de eutanasia que consistió en la eliminación de muchos cientos de miles de enfermos mentales considerados “sin valor vital” (*lebensunwerte*).
- Los asesinatos por parte de los conocidos como “grupos especiales” (*Einsatzgruppen*) en Polonia y en la Unión Soviética.
- El genocidio organizado de modo sistemático de seis millones de judíos, conocido como Holocausto y cínicamente llamado la “solución ‘final’ de la cuestión judía” (*Endlösung der Judenfrage*).
- El asesinato de gitanos.
- Los crímenes frente a los *prisioneros de guerra*.
- La *explotación de los trabajadores forzados*, llamados también con razón trabajadores esclavos, por

parte del Estado y de las empresas alemanas, la cual ha sido conocida por la opinión pública sólo a finales del siglo pasado.

- Los crímenes perpetrados por la *justicia* alemana.

Estos delitos del Estado, aunque sea después de dudar durante mucho tiempo, se transforman en objetos de represión penal y están en el origen de algunas acciones legislativas estatales en el ámbito de la llamada “elaboración del pasado”.

V.

De hecho, se ha perseguido una “elaboración del pasado” por medio del instrumento del *Derecho penal*. Otras posibilidades, como la institución de comisiones de reconciliación o de comisiones para la investigación de la verdad, no han sido seriamente consideradas. Sin embargo, en vista de la desmesura de los crímenes cometidos, una solución distinta de la penal no era seriamente posible.

En la persecución de los crímenes nacionalsocialistas se trató desde el principio de responder a la cuestión del *fundamento jurídico*. ¿No se consideraba previamente como conforme al Derecho lo que en la posguerra se veía como un crimen? ¿Podía ser definido como injusto lo que entonces era Derecho? La palabra clave desde el punto de vista dogmático-penal y constitucional se llamaba *irretroactividad*. Y dicho argumento fue usado también por parte de la defensa en el ámbito del principal proceso de Núremberg contra los criminales de guerra. El Tribunal de Núremberg se mostró, sin embargo, poco sensible a este argumento; se respondió de hecho que los imputados habían infringido los principios jurídicos fundamentales reconocidos por todos los pueblos civilizados de la tierra y debían ser considerados válidos en todos los tiempos.

Cuando la ciencia y la justicia penal de la República Federal afrontaron esta cuestión, con gran retraso, ya a finales de los cincuenta, tenían ante sí tres posibilidades para superar el principio de irretroactividad.

1. Era posible remontarse a un Derecho natural siempre válido, es decir, a la punibilidad perennemente vigente de dichas acciones, que hasta los siglos XVII y XVIII se conocían como *delicta in se*, y que con la terminología actual serían considerados

como parte del núcleo fundamental del Derecho penal (*Kernstrafrecht*). Sobre la base de esta premisa no se plantea ningún problema de retroactividad. Lo que era ilícito entonces sigue siéndolo hoy. Ésta fue la argumentación, como se ha dicho, del Tribunal de Núremberg, establecido para juzgar los principales crímenes de guerra y ésta fue también la premisa de fondo de la Ley núm. 10 del Consejo de Control de los Aliados, que sirvió como fundamento de los posteriores procesos de Núremberg respecto de médicos, juristas, dirigentes, economistas y diplomáticos.

2. La posición radicalmente contraria se sintetiza en un concepto jurídico que se podría definir como “sociológico”. Quienquiera que haya conseguido, en el ámbito de un Estado o una sociedad, conseguir obediencia a sus propios preceptos, ha creado con dichos preceptos un “Derecho”.

Para los partidarios de esta concepción, los hechos perpetrados en aquel momento eran conformes al Derecho vigente en el tiempo de los hechos, a pesar de que dicho Derecho fuese un Derecho nazi. Por otro lado, según esta misma concepción, el juez de la República Federal Alemana debe aplicar sólo el Derecho penal de la República Federal Alemana. Y si en la aplicación del Derecho actual es ilícito lo que para el ordenamiento de entonces era conforme al Derecho, se debe pronunciar, en caso de subsistencia de la culpabilidad, una sentencia de condena sobre la base del Derecho actual, es decir, siguiendo el Derecho de la República Federal Alemana. Sobre esta base se habría podido argumentar que la irretroactividad valía únicamente dentro del sistema jurídico de la República Federal Alemana; o bien, se podría haber admitido la retroactividad y circunscribir el alcance de la correspondiente prohibición mediante una reforma constitucional.

3. En la práctica no se siguió ninguno de estos dos enfoques en el tratamiento penal de los crímenes nacionalsocialistas. Se hizo uso más bien de una argumentación mixta. Se partió de un dato exterior, el hecho de que los tipos afectados (asesinato, homicidio, lesiones personales, prevaricación, etc.) ya estaban en vigor en aquel momento. Se consideró que de esa manera no se plantearía ningún problema de retroactividad. Sin embargo, el problema que salió por la puerta de la *tipicidad* entraba por la ventana de la *antijuricidad*. ¿Podían los imputados alegar el hecho de que su comportamiento típico estuviese *justificado* en aquella época? Después de seguirse hasta aquel

momento el segundo enfoque, es decir, el “sociológico”, volvía ahora a la palestra el enfoque “iusnaturalista” en la forma de la llamada *fórmula de Radbruch*. Esta fórmula es tan famosa que no es necesario citarla aquí de forma extensa. La misma probaría que Gustav Radbruch, quien fue uno de los protagonistas del iuspositivismo durante la República de Weimar, habría redescubierto el Derecho natural tras la experiencia del régimen nazi. Este asunto es discutible. Leyendo el texto exactamente, la fórmula comienza con la siguiente frase: “el conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería ser resuelto de modo que el Derecho positivo, asegurado por la disposición y el poder, prevaleciera también cuando su contenido fuere injusto e inconveniente”; sólo posteriormente se afirma la excepción para el caso en que “la contradicción entre Derecho positivo y justicia alcance un grado tan insoportable que la ley, en tanto que ‘Derecho injusto’, deba retroceder ante la justicia”.

Se dan también, según Radbruch, los casos no ya de “Derecho injusto”, sino de “ausencia de Derecho”, es decir, aquellos casos en los que “no se perseguía ni siquiera la justicia”, y la igualdad, “que constituye el núcleo de la justicia, era negada de forma consciente” en las disposiciones del Derecho positivo.

No se trataba de una distinción particularmente clara, pero señalaba en cualquier caso una vía pragmática para la solución de casos problemáticos en la práctica. Este tipo de vías eran discutibles, sin embargo, en los planos metodológico, político-jurídico e histórico. Desde el punto de vista *metodológico* engañaba sobre el hecho de que la retroactividad, aunque se negase con palabras, era practicada efectivamente; desde el punto de vista *político-jurídico* no dejaba de ser embarazoso el hecho de que no se usaran como fundamento de las decisiones ni el Derecho natural ni el Derecho de la República Federal Alemana, sino, al menos en principio, el Derecho del Estado nazi; y desde el punto de vista *histórico*, tal y como Werle ha demostrado correctamente, era absolutamente inadecuado que precisamente el Derecho nazi fuese fundamento del juicio de las masas nacionalsocialistas.

En el cuadro que acabamos de describir la propia justicia penal federal alemana se ponía a sí misma obstáculos que provocaban la impunidad de una parte no irrelevante de los autores de delitos sometidos a juicio. Voy a referirme solamente a un par de ejemplos extraídos del ámbito de los delitos violentos y de los delitos relativos a la administración de justicia.

En el ámbito de los *delitos violentos* se planteaba la cuestión de si los imputados debían ser castigados como autores (*Täter*) o como cómplices (*Gehilfen*). En este caso la jurisprudencia desarrolló una tesis sobre la base de la teoría subjetiva de la participación, que era mayoritaria entonces, según la cual sólo un pequeño núcleo de jefes del nacionalsocialismo encabezados por Hitler debían ser considerados autores, mientras que todos los partícipes en posiciones subordinadas deberían ser juzgados, en la duda, como meros cómplices.

Se hizo una excepción con los llamados “autores por exceso” (*Exzesstäter*) y, sobre todo, con aquellos autores que, con conductas sádicas o con comportamientos que iba más allá de las órdenes recibidas, hubieran sobrepasado el cuadro de los comportamientos que el sistema les prescribía. Sin embargo, puesto que del tipo de participación dependían los límites máximo y mínimo de la pena y de estos dependía a su vez el plazo de prescripción, saltaban a la vista en estos casos las dilaciones y los titubeos en la persecución de los crímenes nacionalsocialistas, ya que numerosos procesos tuvieron que archivarse por prescripción.

En el ámbito de las *injusticias judiciales*, los obstáculos dirigidos a impedir los juicios respecto de los jueces autores de delitos produjeron un resultado clamoroso: *casi ningún* juez, ni de los tribunales especiales, ni del Tribunal Popular de Justicia (*Volksgesichtshof*), ni de la justicia militar, fue llamado a responder penalmente por alguna de las miles de condenas a muerte que fueron impuestas durante el nacionalsocialismo. Frente a los obstáculos erigidos por la justicia penal alemana de la posguerra, este resultado, visto en retrospectiva, no puede sorprender. En síntesis, los obstáculos más importantes fueron los siguientes: por un lado se afirmaba la existencia de un llamado *privilegio judicial* (*Richterprivileg*), consistente en el hecho de que un juez pudiera ser considerado responsable penalmente por el contenido de una de sus sentencias (por ejemplo, por homicidio o por detención ilegal) sólo en el caso de que su conducta constituyese el tipo penal de prevaricación (*Rechtsbeugung*). A favor de este privilegio judicial se sostenía que el mismo protegía la libertad de decisión del juez y, con ella, al mismo tiempo, su independencia. En los años ochenta, mientras escribía mi trabajo de habilitación, revisé todos los manuales, comentarios y sentencias disponibles de los años previos a 1945 y no encontré una sola referencia a la existencia de

dicho privilegio; un discípulo mío, que ha investigado recientemente la historia del tipo penal de la prevaricación a partir del siglo XIX, ha realizado un intento aún más extenso, llegando al mismo resultado negativo. Resulta difícil esconder la sospecha de que la administración de justicia de los primeros años de la República Federal Alemana haya querido, con el auxilio de este privilegio judicial, proteger a la propia categoría y, en el ámbito de la misma, probablemente a los propios miembros.

Por si esto no hubiera sido suficiente, había aún otro obstáculo. La prevaricación puede ser realizada sólo dolosamente. En todos los manuales se puede leer que, si la ley o la naturaleza de las cosas no exigen un requisito adicional, para la integración del elemento subjetivo de tipo, es suficiente el *dolo eventual*. Para el tipo de prevaricación, por el contrario, se exigía el *dolo directo*. Debido a la particular estructura de la prevaricación, la conciencia de la ilicitud coincide en sustancia con el dolo, los jueces llamados a responder penalmente podían defenderse afirmando haber considerado su comportamiento pasado como conforme al Derecho. Esta línea de defensa fue aceptada plenamente por la jurisprudencia: cuanto más indiferente e insensible parecía el imputado, tanto más creíble era también sus tesis. La problemática fórmula de Radbruch en relación con la impotencia de los juristas alemanes frente al iuspositivismo habría podido contribuir a reforzar dicha tendencia. Radbruch, por otra parte, fue uno de los primeros, incluso quizá el primero, que sostuvo ya en 1946 la tesis del privilegio judicial.

Para evitar ser malentendido, querría señalar que hay buenas razones para sostener la tesis del privilegio judicial; y hay también buenas razones para considerar que la prevaricación pueda ser realizada sólo con dolo directo. Sin embargo, salta a la vista que el cúmulo de ambos elementos, unido a una sensible aplicación del principio *in dubio pro reo*, que sería deseable también en algunos otros procesos, condujo en aquel momento, tal y como ha titulado el historiador Jörg Friedrich su libro, a una “absolución de la justicia nazi”.

Mientras tanto, la opinión mayoritaria exige a estas alturas únicamente el dolo eventual también para la prevaricación. La anticipación de la barrera del dolo para la prevaricación representa el precio pagado por la persecución de los jueces nazis; un precio pagado, no obstante, en una época en la cual este

capítulo de la elaboración del pasado nazi ya había acabado, de hecho. Con todo, dicha solución interpretativa ha pasado de nuevo al primer plano en la elaboración del pasado de la RDA. Pero, como se dice en la película *Irma la dulce*, ésta es otra historia.

Bibliografía

- Bunderminister der Justiz (ed.), *In Namen des Deutschen Volkes. Justiz und Nationalsozialismus*, Katalog zur Ausstellung des Bundesministers der Justiz, Colonia, 1989.
- Freudiger, Kerstin, *Die juristische Aufarbeitung von NS-Verbrechen* (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts. 33), Mohr Siebeck, Tübinga, 2002.
- Friedrich, Jörg, *Freispruch für die Nazi-Justiz. Die Urteile gegen NS-Richter seit 1948. Eine Dokumentation*, Reinbeck bei Hamburg, 1983.
- Jäger, Herbert, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft: Studien zur nationalsozialistischen Gewaltkriminalität*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno, 1982.
- _____, *Makrokriminalität: Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno, 1989.
- Naucke, Wolfgang, *Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*, Klostermann, Fráncfort del Meno, 1986.
- Radbruch, Gustav, “Gesetzliches Unrecht un übergesetzliches Recht”, *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946, pp. 105 y ss. (reimpr. con introducción de Winfried Hassemer, *Juristische Zeitgeschichte. Kleine Reihe*. 4), Nomos, Baden-Baden, 2002.
- Rückerl, Adalbert, *NS-Verbrecher vor Gericht. Versuch einer Vergangenheitsbewältigung*, Müller, Heidelberg, 1982.
- Silva Sánchez, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*, 3ª ed., B de F, Buenos Aires, 2011.
- Thiel, Carsten, *Rechtsbeugung - § 339 StGB. Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1870* (Juristische Zeitgeschichte. Abteilung 3, Band 18), Berliner Wissenschaftsverlag, Berlín, 2005.
- Vasalli, Giuliano, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei “delitti di Stato” nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Giuffrè, Milán, 2001.

Vornbaum, Thomas, *Strafjustiz mi Nationalsozialismus. Ein kritischer Literaturbericht*, Gottdammer's Archiv für Strafrecht, 1998.

_____, "La transformación jurídica de Alemania tras la Segunda Guerra Mundial", en Muñoz Conde, Francisco, y Vornbaum, Thomas (coords.), *La transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

_____, *Einführung in die moderne Strarechtsgeschichte*, 2ª ed., Springer, Heidelberg/Berlin, 2011.

Werle, Gerhard, "Die Bestrafung von NS-Unrecht in Westdeutschland", en Marxen, Klaus, Miyazawa, Koichi, y Werle, Gerhard, *Der Umgang mit Kriegs- und Besatzungsrecht in Japan und Deutschland*, Berliner Wissenschaftsverlag, Berlin, 2001.

Cómo suscribirse

Revista

Penal MÉXICO

Seleccione la opción de suscripción que mejor le convenga:



• **Envíe un correo a libreria@inacipe.gob.mx con los siguientes datos:**

- ◆ Nombre completo
- ◆ Domicilio de envío (calle, número, colonia, delegación, C.P.)
- ◆ Teléfono
- ◆ Datos del depósito bancario o transferencia, incluyendo: folio, fecha y hora, o bien, adjunte la ficha digitalizada



• **Ingrese a la página www.inacipe.gob.mx:**

- ◆ Pestaña de publicaciones
- ◆ Sección de venta dentro de la subsección suscripciones y siga las instrucciones en pantalla



• **Acuda personalmente al edificio de publicaciones en el Inacipe con su comprobante de depósito:**

- ◆ Magisterio Nacional núm. 113, Col. y Del. Tlalpan, C.P. 14000, Ciudad de México.



5573-7633 y 5487-1500 ext. 1698

Datos para el depósito:

Banco HSBC: cuenta 404373-6438

Clabe interbancaria 0211-80040-4373-6438-8, a nombre de Autogenerados INACIPE09

- Un año (2 ejemplares) \$440.00
- Dos años (4 ejemplares) \$880.00
- Envíos gratis

Los datos personales recabados serán protegidos con fundamento en los artículos 18, fracciones I y II, y 20 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, el cual fue registrado en el listado de sistemas de datos personales ante el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (www.ifai.org.mx) y podrán ser transmitidos de acuerdo con lo previsto en la ley. La Unidad Administrativa responsable del Sistema de Datos Personales del Instituto Nacional de Ciencias Penales, ubicada en Magisterio Nacional núm. 113, Col. Tlalpan, C.P. 14000, Ciudad de México, es en donde el interesado podrá ejercer los derechos de acceso y corrección de datos. Lo anterior se informa en cumplimiento al artículo decimoséptimo de los Lineamientos de Protección de Datos Personales publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de septiembre de 2005.

Revista Penal México, editada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe), cuya dirección postal se encuentra en calle Magisterio Nacional núm. 113, Col. Tlalpan, Del. Tlalpan, C.P. 14000, en Ciudad de México, publica artículos sobre temas relacionados con las ciencias penales, en su carácter general y especial, así como el proceso penal, la parte criminal y aspectos afines a estas disciplinas que son el resultado de una investigación científica original cuyo objetivo es difundir e impulsar la investigación científica mediante el intercambio de opiniones, estudios y análisis en dichas materias, que pueden ser extrapolables a otros países.



ENVÍO ELECTRÓNICO

Los artículos pueden enviarse en formato Word y por correo electrónico a las siguientes direcciones: jferreolive@gmail.com y publicaciones@inacipe.gob.mx



ESPECIFICACIONES

Los artículos deben ser textos originales que no hayan sido publicados en ningún otro medio; la primera página del documento incluirá el título del artículo, nombre completo, adscripción institucional y correo electrónico del o los autores, así como un resumen analítico en español e inglés (100 palabras aproximadamente) y de 5 a 7 palabras clave en los idiomas antes mencionados. La extensión será de mínimo 10 cuartillas y máximo de 50; esta cantidad, en casos extraordinarios, puede variar dependiendo de las observaciones en el dictamen correspondiente o por acuerdo entre el autor y los codirectores. Las referencias bibliográficas de los artículos deberán apegarse a las normas ISO 690:2010, consultables en <http://goo.gl/DuRX4x>



CALENDARIO

La fecha límite para la recepción de los artículos será de dos meses antes de la temporalidad de la publicación, por lo tanto, dado que la *Revista Penal México* es una revista semestral, la cual comprende los periodos de septiembre a febrero y de marzo a agosto, los trabajos se recibirán en julio, para el primer número del año, y en enero, para el segundo.



PROCESO DE DICTAMINACIÓN

Posteriormente, los artículos se someterán a un proceso de evaluación siguiendo el sistema doble ciego. Los autores recibirán información de la eventual aceptación o rechazo de sus trabajos mediante el resultado del dictamen, el cual puede ser “publicable”, “no publicable” o “publicable con observaciones”. Dicha información se hará llegar a los colaboradores un mes antes de la periodicidad de la revista, esto es, en agosto, para el primer número anual, y en febrero, para el segundo. La inclusión de los originales aceptados queda sujeta a la disponibilidad en el número de la publicación correspondiente.



DERECHOS

Es condición indispensable para la publicación que el autor o autores cedan a la revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si acaso surgieran peticiones del autor o de terceros para la reproducción o traducción completa o parcialmente de los artículos, será competencia del Consejo de Reacción la autorización de dicha solicitud. En este sentido, se deberá indicar que la obra ha sido publicada previamente en el correspondiente número de la revista.



DOMICILIO POSTAL

Los artículos se recibirán por correo electrónico y también en un disco e impreso, como respaldo, a la siguiente dirección postal: calle Magisterio Nacional núm. 113, Col. Tlalpan, Del. Tlalpan, C.P. 14000, Ciudad de México.



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal