



Revista

ISSN 2007-4700

Elle
MÉXICO

Número 13
Septiembre de 2017 •
febrero de 2018



Revista

Penal

MÉXICO

Número 13 •

Septiembre de 2017-febrero de 2018

México

ISSN 2007 4700



Cátedra de Derechos Humanos
Manuel de Lardizábal



Universidad
de Huelva



· INACIPE ·

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



REVISTA PENAL MÉXICO, año 7, núm. 13, 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 Gerardo Laveaga. 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 Ediciones Corunda S.A. de C.V., Tlaxcala 19, Col. San Francisco, Del. Magdalena Contreras, C.P. 10810, Ciudad de México. El tiraje consta de 1000 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

GERARDO LAVEAGA
*Director General del
Instituto Nacional de Ciencias Penales*

RAFAEL RUIZ MENA
Secretario General Académico

PABLO BERTHELY ARAIZA
Secretario General de Extensión

ALFONSO JESÚS MOSTALAC CECILIA
Director de Publicaciones

ALEJANDRA SILVA CARRERAS
Editora de la Revista Penal México

Número 13 •

Septiembre de 2017-febrero de 2018

México

ISSN 2007 4700

DIRECTORIO DE LA REVISTA PENAL MÉXICO

CODIRECTORES

JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ
Universidad de Huelva

GERARDO LAVEAGA
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

ALBERTO ELÍAS BELTRÁN
Titular de la Subprocuraduría Jurídica y de Asuntos Internacionales - En suplencia del Procurador 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

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 De La Salle Bajío

JESÚS ZAMORA PIERCE
Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C.

EDITORA DE LA REVISTA

ALEJANDRA SILVA CARRERAS
Instituto Nacional de Ciencias Penales

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
Universidad Autónoma de Tlaxcala

MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ
Academia Mexicana de Ciencias Penales y Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales (CEPOLCRIM)

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 Internacional de la Rioja

VICTOR MANUEL MACIAS CARO
Universidad de Huelva y Pablo de Olavide

DOCTRINA

Fernando A. N. Galvão da Rocha <i>La responsabilidad penal de la persona jurídica por crimen de corrupción en la propuesta del nuevo Código Penal brasileño.</i>	9
José Gómez Huerta Suárez <i>La prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado en México</i>	23
Andreas Hoyer <i>De la relación entre Derecho, Moral y Punibilidad</i>	35
Ricardo M. Mata y Martín <i>La privación penal de libertad en la Constitución de 1812. La cárcel en los debates y en la norma fundamental de Cádiz</i>	45
Joaquín Merino Herrera y Zaira Azucena Pérez Figueroa <i>Rasgos, causas y consecuencias de la política criminal del riesgo.</i>	59
Alejandro Nava Tovar <i>La política criminal y la palabra de los muertos. Un diálogo con la criminología cautelar de Zaffaroni.</i>	95
João Paulo Orsini Martinelli, José Danilo Tavares Lobato y Humberto Souza Santos <i>El Harm principle y su reflejo en el Derecho penal: una lectura a partir de Joel Feinberg</i>	103
José Manuel Paredes Castañón <i>Teoría política libertaria y política criminal</i>	123
David Pavón Herradón <i>Aproximación al concepto de pena en el ordenamiento Jurídico-penal Español.</i>	135
Guillermo Portilla Contreras <i>El Derecho penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural. La influencia de la identidad cultural en la teoría jurídica del delito</i>	149
Pablo Andrés Rojas Pichler <i>¿Puede cumplir la responsabilidad civil ex delicto una función preventiva frente a la delincuencia relacionada con la corrupción pública?: Reflexiones desde el sistema penal paraguayo</i>	173
Alembert Vera Rivera, Lyonel Calderón Tello y María del Carmen Vera Rivera de Calderón <i>Dogmática penal y responsabilidad civil: una necesaria reforma del art. 78 núm. 3 Código Orgánico Integral Penal del Ecuador.</i>	207



La responsabilidad penal de la persona jurídica por crimen de corrupción en la propuesta del nuevo Código Penal brasileño



Fernando A. N. Galvão da Rocha

Universidad Federal de Minas Gerais

RESUMEN: El presente trabajo aborda una de las cuestiones más discutidas en la actualidad, relativa a la instauración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cada vez más extendida en los Códigos Penales a nivel internacional. En concreto, se analiza dicha responsabilidad en el caso de los delitos de corrupción, desde el prisma de la propuesta prevista en el nuevo Código Penal en Brasil.

PALABRAS CLAVE: Corrupción, responsabilidad penal de las personas jurídicas, responsabilidad civil, Código Penal de Brasil, responsabilidad objetiva.

ABSTRACT: The present work addresses one of the most currently discussed issues, regarding the establishment of criminal liability of legal persons, increasingly widespread in the Penal Codes at the international level. Specifically, this responsibility is analyzed in the case of corruption offenses, from the prism of the proposal foreseen in the new Criminal Code in Brazil.

KEY WORDS: Corruption, criminal liability of legal persons, civil liability, Brazilian Criminal Code, strict liability.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Opción política. 3. Teoría del crimen y persona jurídica. 4. Responsabilidad indirecta. 5. Responsabilidad civil como referencia dogmática. 6. Responsabilidad restringida a las personas de derecho privado. 7. Responsabilidad restringida a algunos crímenes. 8. Responsabilidad objetiva. 9. Conclusiones. 10. Referencias bibliográficas.

Rec: 02-09-2018 | Fav: 28-02-2018

1. Introducción

La sociedad brasileña recientemente ha sido sorprendida con una verdadera avalancha de casos de corrupción, incluyendo partidos políticos y grandes empresas. Los valores ya recuperados por la “operación *lava jato*”¹ evidencian las dimensiones de un problema de magnitud hasta entonces inimaginables. Los costes sociales de la corrupción son muy significativos. Las estimativas calculadas por la Organización de las Naciones Unidas y por el Foro Económico Mundial indican que la corrupción cuesta cerca de 05% del Producto Interno Bruto de los países. Considerando el PIB brasileño del año 2016, que alcanzó los 6,266 billones de reales, se estima que la corrupción habría causado un perjuicio de alrededor de 313 mil millones de reales. Las estimativas de la Fiesp son bastante más conservadoras. Un estudio publicado en 2010 apunta que la corrupción desvía 2,3% del PIB brasileño. Considerando esos términos, el perjuicio sería de 144 mil millones de reales anuales.²

La corrupción no es un problema que se restringe a la cultura brasileña, es un fenómeno global que desafía la cooperación de los países y la integración de esfuerzos que pretenden establecer mecanismos para su prevención y su eficiente combate. Desde la década de 1990 es posible observar que la comunidad internacional pasó a preocuparse más con las consecuencias de la corrupción en los negocios internacionales. En ese sentido, el XV Congreso Internacional de Derecho Penal, realizado en la ciudad de Río de Janeiro en septiembre de 1994, aprobó enunciado según el cual *los sistemas penales nacionales deben, siempre que sea posible en el ámbito de su respectiva*

*constitución o ley básica, prever una serie de sanciones penales y de otras medidas a las entidades jurídicas y públicas.*³

En ese contexto, Brasil ha ratificado tres importantes tratados internacionales que lo incluyen en el esfuerzo mundial contra la corrupción: la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC),⁴ la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC)⁵ y la Convención sobre el Combate a la Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE).⁶ En ese último tratado, la responsabilización de las personas jurídicas beneficiadas con los actos de corrupción ha merecido atención especial.

La Convención sobre el Combate a la Corrupción de la OCDE trata de la responsabilización de las personas jurídicas en su art. 2º, pero no establece que tal responsabilización deba ser necesariamente criminal. Portugal y España, por ejemplo, han optado por incluir en sus códigos penales la previsión para la responsabilidad criminal de la persona jurídica beneficiada por actos de corrupción.⁷ Por ahora, en los términos de la Ley nº 13.846, de 01 de agosto de 2013, el derecho brasileño ha restringido la responsabilidad de las personas jurídicas beneficiadas por actos de corrupción al ámbito administrativo y civil.

Siguiendo la tendencia del Derecho mundial de instituir la responsabilización criminal de la persona jurídica beneficiada con la corrupción, el Proyecto de Ley del Senado nº 236/12, que propone un nuevo Código Penal brasileño, amplía las posibilidades de responsabilización penal de la persona jurídica para alcanzar los casos de corrupción y todos los casos de

¹ Según aclara el Ministerio Público Federal de Brasil: “La operación *Lava Jato* es la mayor investigación de corrupción y blanqueo de capitales que Brasil haya tenido. Se estima que el volumen de recursos desviados de los cofres de la Petrobras, mayor estatal del país, sea superior a mil millones de reales. A eso se suma la expresión económica y política de los presuntos participantes del esquema de corrupción que involucra la compañía. En el primer momento de la investigación, desplegada a partir de marzo de 2014, ante la Justicia Federal en Curitiba, han sido investigadas y procesadas cuatro organizaciones criminosas lideradas por operadores del mercado paralelo de cambio. Después, el Ministerio Público Federal ha recogido pruebas de un inmenso esquema criminoso de corrupción que incluye la Petrobras. En ese esquema, que dura por lo menos diez años, grandes empresas organizadas en cartel pagaban propina a altos ejecutivos de la estatal y otros agentes públicos. Los valores de las propinas variaban entre el 1% y el 5% del montante total de contratos bilionarios sobrevalorados. Ese soborno era distribuido por medio de operadores financieros del esquema, incluyendo operadores del mercado paralelo de cambio investigados en la primera etapa.” En <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>, acceso en 17.08.2017

² Dallagnol, Deltan. *A luta contra a corrupção*, p. 41.

³ *Revista brasileira de ciências criminais*, vol. 8, p. 129.

⁴ Promulgado por el Decreto nº 4.410, de 07 de octubre de 2002.

⁵ Promulgado por el Decreto nº 5.687, de 31 de enero de 2006.

⁶ Promulgado por el Decreto nº 3.678, de 30 de noviembre de 2000.

⁷ Código Penal Portugués – DL nº 48/95, art. 11 y Código Penal Español – LO nº 05/2010, art. 31 - bis.

crímenes contra la administración pública. En el proyecto, la responsabilidad penal de la persona jurídica encuentra previsión en los artículos 41 a 44 propuestos para el nuevo Código Penal, siendo que los tres últimos artículos establecen las penas que se aplicarán a las personas jurídicas. El art. 41, que tuvo inspiración en el art. 3° de la Ley n° 9.605/98, dispone que:

Art. 41. Las personas jurídicas de derecho privado serán responsabilizadas penalmente por los actos practicados contra la administración pública, el orden económico, el sistema financiero y el medio ambiente, en los casos en que la infracción sea cometida por decisión de su representante legal o contractual, o de su órgano colegiado, en interés o beneficio de su entidad.

En la legislación actualmente en vigor, la responsabilidad penal de la persona jurídica solamente existe en el subsistema del Derecho penal ambiental. Ante casos concretos ya ocurridos, se puede observar que muchos operadores del Derecho aún se muestran demasiado aferrados a los paradigmas tradicionales de la dogmática penal clásica para admitirla. En realidad, la responsabilización criminal de la persona jurídica nos desafía a realizar apenas un pequeño cambio de paradigmas, que no produce cualquier repercusión en la dogmática penal que permite distinguir la conducta punible de la persona física.

En el presente comentario pretendo sustentar que para responsabilizar criminalmente a una persona jurídica no es necesario hacer cualquier alteración en la dogmática penal de la teoría del crimen, así como que la opción política acogida en el Proyecto de Ley del Senado n° 236/2012, que pretende ampliar las posibilidades de utilización de tal especie de responsabilidad, se muestra conveniente y necesaria para una sociedad que pretende establecer un combate más eficiente a la corrupción y a las manifestaciones más relevantes de la criminalidad contemporánea.

2. Opción política

La cuestión esencial que incluye el tema de la responsabilidad penal de la persona jurídica ya ha sido

perfectamente comprendida por el Superior Tribunal de Justicia, en cuya jurisprudencia ha quedado consolidada la posibilidad jurídica de responsabilidad penal de la persona moral. La decisión, paradigma para el entendimiento consolidado, ha sido proferida en el Recurso Especial n° 564.960 - SC (2003/0107368-4), cuyo voto conductor ha sido redactado por el Ministro Gilson Dipp. Consta expresamente en el inciso III de la enmienda de la sentencia que “la responsabilización penal de la persona jurídica por la práctica de delitos ambientales resulta de una opción política”. Y esta es la premisa fundamental que debe ser observada para la comprensión del tema. La Constitución de la República, de manera expresa, admitió la posibilidad de responsabilizar criminalmente a una persona jurídica (§ 3° del art. 225), lo que ya ha sido reconocido por el Supremo Tribunal Federal, por decisión unánime en la sentencia relativa al juicio del RE 628582 AgR/RS. La institución de tal posibilidad deriva de opción política legítima y jurídicamente válida, que no encuentra impedimentos en razón de la naturaleza del ente moral.

No se puede olvidar que toda regla jurídica resulta de una opción entre varios caminos posibles y que, para la construcción normativa, la idea de *atenerse a los hechos* es mera ilusión.⁸ La ciencia jurídica interpreta la realidad observada y fundamenta la construcción del derecho positivo en razón de las opciones políticas que el legislador hace con el objetivo de producir efectos prácticos. Como materialización de *acciones estratégicas*, el derecho pretende promover la reglamentación de las relaciones intersubjetivas y la realización de determinados objetivos.⁹ El sistema normativo es siempre concebido a partir de opciones políticas sobre la forma más adecuada de resolver las situaciones de conflicto social. Dichas opciones, no obstante, no son inmutables. De acuerdo con las conveniencias de la sociedad, las opciones pueden ser revisadas y readaptadas a los intereses que se muestran prioritarios. La Justicia de los hombres, que *Beccaria* consideró como *Justicia Política*, no pasa de una relación que se establece entre una conducta y el estado variable de la sociedad que la interpreta. Las disposiciones del derecho positivo pueden ser alteradas en la medida en que otras opciones pasen a ser

⁸ Ross, Alf. *Sobre el derecho y la Justicia*, p. 309.

⁹ Habermas, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa II*, pp. 169 y ss.

La responsabilidad penal de la persona jurídica por crimen de corrupción

consideradas más ventajosas o necesarias al grupo social.¹⁰ El Derecho, como instrumento de control social, pretende realizar objetivos prácticos y se muestra variable de acuerdo con las necesidades y conveniencias de la política social adoptada por el Estado.¹¹

En el Código Penal brasileño de 1890, el legislador nacional se preocupó en resaltar que la responsabilidad es individual. En su artículo 25, el Código disponía que la responsabilidad penal es exclusivamente personal, siendo que en los crímenes en los que han tomado parte miembros de corporación, asociación o sociedad, la responsabilidad penal solamente recaerá sobre aquellos que participen del hecho criminoso. No obstante, en el párrafo único de su artículo 103, el Código ha previsto la posibilidad de la disolución de la persona jurídica cuando ella sea utilizada para la práctica del crimen que especifica. En ese contexto, la disolución de la persona jurídica podría ser entendida como un efecto de la condenación criminal. En la Consolidación de las Leyes Penales, aprobada por el Decreto n° 22.213, de 14 de diciembre de 1932, la misma paradoja se presentó. Los artículos 25 y 103 de la Consolidación repitieron las mismas disposiciones del Código de 1890.¹² El Código de 1940, por su vez, no trae cualquier dispositivo que mencione restricción de la responsabilidad penal a la persona física ni tampoco la posibilidad de responsabilizar a la persona jurídica. Lo mismo ocurrió en la oportunidad de la reforma producida por la Ley n° 7.209, de 1984. Si hasta ese momento la responsabilidad penal de la persona jurídica no había sido considerada una opción conveniente, eso no significa que la sociedad no pueda rever su posicionamiento. Tal revisión de paradigmas ha sido promovida por la propia Constitución de la República, que se ha posicionado expresamente en favor de la posibilidad de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Y no se justifica la resistencia de los que se apegan al paradigma anterior. En los días actuales, hasta la institución del casamiento ha sufrido revisión para acoger los casos de homoafectividad. Entonces, ¿por qué no sería posible revisar el antiguo

dogma de la irresponsabilidad penal de la persona jurídica?

Importa notar que la criminalidad y el crimen no son parte de una realidad natural, sino de una construcción jurídico-social que depende de los juicios valorativos que producen la cualidad de criminoso en la conducta en que se aplican e imponen responsabilidad a determinadas personas.¹³ Es la actividad de definición de lo que es criminoso o no, realizada por los componentes de las instancias que ejercen el poder de control social, lo que relaciona los individuos y sus conductas a la consideración de criminoso y de crimen. La responsabilidad penal, asimismo, resulta de un proceso político de opción a respecto de quién debe soportar la pena a ser impuesta por la violación de la norma jurídico-penal. Las definiciones de crimen y de responsable dependen de los intereses, de las creencias y de la cultura de los individuos que usufructúan de posición de predominio en la determinación de lo que es inadecuado y, en última instancia, de las *ideologías*.

Cabe a la política criminal, por lo tanto, elegir los intereses y las ideas directivas del tratamiento reservado al crimen, elaborar las estrategias para su combate, así como incrementar la ejecución de esas estrategias. Coherente con la opción política fundamental del Estado, la política criminal define lo que debe ser considerado comportamiento criminoso y cuáles son las estrategias más adecuadas para el combate a la criminalidad¹⁴, y en ese sentido, quién debe ser considerado responsable por el hecho lesivo al bien jurídico.

Cuando se discute el tema de la responsabilidad penal de la persona jurídica no se puede olvidar que la comprensión de la cuestión debe darse en el ámbito político. La consideración de lo que puede ser socialmente inadecuado y de quién será responsabilizado criminalmente depende siempre del *punto de vista* de aquellos que legítimamente ejercen el poder de imposición.¹⁵ La opción política sobre el tema ya ha sido hecha, y por aquellos que tenían legítimo poder para tanto. Los constituyentes de 1988 expresamente

¹⁰ Beccaria, Cesare Bonesana - Marquês de. *Dos delitos e das penas*, pp. 22 y 23.

¹¹ Ihering, Rudolf Von. *A finalidade do direito*, pp. 235 y 236.

¹² Pierangeli, José Henrique. *Códigos penais do Brasil*, pp. 271 y 330.

¹³ Thompson, Augusto Frederico G., *Quem são os criminosos?*, pp. 46 y 47 y Baratta, Alessandro. *Criminologia y dogmática penal, pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal*, p. 35.

¹⁴ Dias, Jorge de Figueiredo y Andrade, Manuel da Costa. *Criminologia*, p. 106.

¹⁵ El concepto de política, como forma especial de actividad humana, está estrechamente vinculado al de poder. El poder político se

admitieron la responsabilidad penal de la persona jurídica en el párrafo 3° del art. 225 de la carta constitucional. El punto de vista contrario a la responsabilización penal de la persona jurídica fue vencido en el debate institucional, según las reglas del juego democrático. La opción por la responsabilización fue incluida en el ordenamiento jurídico, lo que significa la preponderancia del entendimiento de la conveniencia y oportunidad de utilizar la responsabilidad penal de la persona jurídica como instrumento eficaz en el combate a la criminalidad.

Merece la pena además observar que las opciones políticas no son condicionadas por la dogmática jurídico-penal. Ese es un mito que es necesario superar. La dogmática no se construye según la naturaleza de las cosas, sino según los moldes valorativos predominantes o los objetivos que el poder político se propone alcanzar. Es cierto que la dogmática penal tradicional ha llegado a desarrollar elaboraciones teóricas bastante complejas y profundas. La intensa búsqueda por el perfeccionamiento de la racionalidad jurídico-represiva ha generado tal abstracción para el sistema punitivo que, hoy, se puede temer por su significativo alejamiento respecto a la realidad social en la que produce sus efectos. Sin embargo, la politización del problema de la criminalidad ha ampliado el campo de influencia y actuación de la política criminal. En el presente momento, la política criminal estableció nuevas relaciones con la dogmática y el sistema jurídico-penal. Si en el contexto tradicional las exigencias político-criminales deberían amoldarse a los requisitos conceptuales-sistemáticos de la noción de crimen, hodiernamente la política criminal se presenta con autonomía y transcendencia en relación a la dogmática y el sistema jurídico penal, siendo competente para demarcar los límites últimos de la punibilidad.¹⁶ La dogmática jurídica y sus premisas metodológicas no poseen valor absoluto, sino relativo, y estrictamente vinculadas a los fines que se desea

alcanzar en el ambiente social.¹⁷ Las teorías elaboradas para definir lo que se considera crimen y quién sería responsable serán siempre dependientes de los axiomas y principios de política criminal que se establecen en el contexto social, como piedras fundamentales, en dado momento histórico y cultural. En ese sentido, *Claus Roxin* aclara que la política criminal debe definir el ámbito de la incriminación así como los postulados de la dogmática jurídico-penal necesarios a la responsabilización criminal.¹⁸ Por supuesto, la dogmática jurídico-penal y la política criminal solo se prestan a combatir la criminalidad siempre que produzcan efectos recíprocos y relacionados.¹⁹ El derecho penal y la política criminal se completan y, de esa unidad cooperativa, resulta la opción política fundamental del Estado para el trato de la criminalidad.

La resistencia de aquellos de opinión contraria a la opción política consagrada en el texto constitucional y legal (en el caso del subsistema del derecho penal ambiental) es manifiestamente ilegítima. No se puede obedecer apenas a las leyes con las que estamos de acuerdo. Debemos siempre obediencia a la opción política válidamente consolidada en la Constitución y en las leyes.

El discurso de los que se resisten a la posibilidad de responsabilización criminal de la persona jurídica parece consistente cuando evidencia las dificultades de aplicación de la teoría del crimen y cuando denuncia una supuesta violación del principio político de la intranscendencia (o personalidad de las penas). El problema que incluye la aplicación de la teoría del crimen será examinado en el ítem a continuación. En lo que respecta a la supuesta violación del principio político-criminal, la mencionada decisión del STJ ha ofrecido respuesta cabal a la objeción. Ha quedado registrado en el ítem XI de la enmienda de la sentencia que en la responsabilidad penal de la persona jurídica “no hay ofensa al principio constitucional de que *ninguna pena pasará de la persona del condenado...*, pues es

verifica en las relaciones entre los hombres, de modo que los poderosos imponen la aceptación de cierto punto de vista y determinan el comportamiento de los no-poderosos. El hombre dispone de variadas formas de poder sobre su semejante y el poder político es solo una de esas formas. De la misma forma, no es posible comprender el Derecho desvinculado de su función organizadora del poder, pues solo el poder crea el deber. En ese sentido: Bobbio, Norberto. *Dicionário de política*, p. 954. y Telles Jr., Alcides. *Discurso, linguagem e Justiça*, p. 39.

¹⁶ Zaffaroni, Eugênio Raúl. *Tratado de derecho penal*, pp. 132 y 133. En ese mismo sentido: Bettiol, Giuseppe. *Direito penal da attitude interior*, p. 318.

¹⁷ Rusconi, Maximiliano A. *Sistema del hecho punible y política criminal*, p. 23.

¹⁸ Roxin, Claus. *Política criminal y estructura del delito*, p. 62. En el mismo sentido: Dias, Jorge de Figueiredo y Andrade, Manuel da Costa, *op. cit.*, p. 106.

¹⁹ Maurach, Reinhart. *Derecho penal*, p. 52.

La responsabilidad penal de la persona jurídica por crimen de corrupción

incontrovertible la existencia de dos personas distintas: una física - que de cualquier forma contribuye para la práctica del delito - y una jurídica, cada cual recibiendo la punición de forma individualizada, derivada de su actividad lesiva.” Desde luego, los argumentos que trabajan garantías dispuestas a la responsabilización de la persona física no pueden ser opuestos a la responsabilización de la persona jurídica.

3. Teoría del crimen y persona jurídica

La doctrina penal reconoce que el crimen presenta una naturaleza conceptual compleja. Identificar los elementos componentes de esta construcción teórica es tarea cuya importancia no se restringe a las necesidades de exposición sistemática de la materia, sino que también presenta gran repercusión práctica para la aplicación del derecho represivo. Es por medio del concepto analítico del crimen que el operador del derecho distingue el hecho punible entre los diversos hechos observados en la realidad social. El concepto analítico del crimen se ha consolidado en la doctrina penal como un hecho típico, ilícito y culpable. El modelo interpretativo de la realidad ofrecido por la teoría del crimen se presta a identificar la conducta de la persona física que es considerada por el Derecho Penal como prohibida. El modelo presupone trabajar con un método racional de verificación según el cual, inexistiendo cualesquiera de las cualidades reconocidas a la conducta prohibida, no se puede responsabilizar a la persona que la realiza.

Los argumentos contrarios a la responsabilización penal de la persona jurídica que aparentan mayor consistencia se fundamentan en la imposibilidad de aplicación de la teoría del crimen a la persona jurídica. Tales argumentos apenas sostienen lo que es obvio. La teoría del crimen ha sido totalmente concebida para aplicación en relación a la conducta realizada por una persona física y, por eso, no puede ser aplicada en relación a la actividad de la persona jurídica.

La concepción de la persona jurídica como una ficción es incompatible con el reconocimiento de la subjetividad jurídico-penal necesaria a la caracterización del crimen conforme el modelo analítico. No obstante, con base en la teoría de la realidad objetiva, que reconoce en la persona jurídica real capacidad de voluntad y acción, algunos adoctrinadores sustentan la aplicación de la teoría del crimen a la persona jurídica, reconociendo su capacidad de acción y de culpabilidad.²⁰ Para Klaus Tiedemann, si el derecho reconoce en la persona jurídica ente poseedor de personalidad jurídica que la habilita a ser titular de derechos y obligaciones, no hay obstáculos al reconocimiento de que la persona jurídica pueda ser autora de crimen.²¹ En ese mismo sentido, algunos adoctrinadores nacionales.²²

La concepción analítica del crimen, sin embargo, constituye modelo explicativo especialmente formulado para identificar la conducta humana punible. Las etapas metodológicas propuestas son referidas a las cualidades de la conducta humana y no a las actividades de la persona jurídica. Todos los intentos de “adaptar” la teoría del crimen a la realidad de la persona jurídica se muestran manifiestamente inconsistentes.

No se puede hablar en tipificar, en los moldes tradicionales, el *comportamiento* de la persona jurídica. La persona jurídica no tiene comportamiento, no desarrolla conducta. Solamente la persona física se expresa por medio de comportamientos. La persona jurídica desarrolla actividades y no se pueden considerar tales actividades como acciones, en el sentido jurídico-penal. Argumentando que la persona jurídica no puede ser sujeto activo de crimen, por no poseer capacidad de acción, muchos juristas nacionales repudian la posibilidad de la responsabilidad penal de la persona jurídica.²³ El razonamiento que rechaza la responsabilidad de la persona jurídica se fundamenta en la tradicional vinculación que fue establecida entre el sujeto activo del crimen y el sujeto pasivo de la pena. Ante la imposibilidad de que la persona jurídica

²⁰ Bacigalupo, Silvina. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, pp. 128-132.

²¹ Tiedemann, Klaus. *Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado*, p. 30.

²² Costa Neto, Nicolao Dino de Castro, et. al. *Crimes e infrações administrativas ambientais*, pp. 41 y 60; Araújo Júnior, João Marcelo de. *Societas delinquere potest*, pp. 89-94; Schecaira, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 87; e Sznick, Valdir. *Direito penal ambiental*, p. 63.

²³ En ese sentido: Kist, Ataidés. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, pp. 85-98; Sales, Sheila Jorge Selim de. *Do sujeito ativo*, pp. 27-36.

sea sujeto activo del crimen, no podría ser sujeto pasivo de la pena. Ese razonamiento, sin embargo, es meramente dogmático.

La construcción teórica de lo injusto trabaja con elementos subjetivos de la conducta que no pueden ser aplicados al examen de la actividad ilícita atribuida a la persona jurídica. Si bien son capaces de infringir las normas jurídicas a que están sometidas, las personas jurídicas no poseen elemento volitivo en sentido estricto. No se puede entender que la decisión de los directores o de los miembros del órgano colegiado de la persona jurídica pueda caracterizar una acción institucional con finalidad orientada para el ataque al bien jurídico y, por lo tanto, subsumida al concepto de dolo.²⁴ Dolo es un concepto jurídico-penal referido a la intención de la persona física (que presupone la representación mental que desarrolla sobre la realidad natural observada) y la persona jurídica no tiene intención.

La aplicación de la teoría del crimen a la persona jurídica enfrenta además importantes problemas relacionados a la culpabilidad. El concepto jurídico-penal de culpabilidad implica un juicio valorativo que se fundamenta en la exigibilidad de una conducta diversa y la persona jurídica no desarrolla esa conducta, por lo que no se puede exigir conducta diversa. El concepto de culpabilidad también se refiere a la conciencia de la persona física sobre la ilicitud de la conducta y la persona jurídica no puede tener vivencia del entendimiento sobre la ilicitud de cualquier hecho. Queda claro que no se puede utilizar el concepto de culpabilidad para responsabilizar directamente a la persona jurídica. El concepto de culpabilidad no ha sido elaborado para ser aplicado a las personas jurídicas. Ni siquiera la noción normativa-social de culpabilidad se presta a reprobar la persona jurídica, como sostienen algunos autores.²⁵ Para aplicación a la persona jurídica, el concepto de culpabilidad debería ser modificado en su esencia, pasando a presentar otro contenido que hasta el momento no ha sido identificado.²⁶ De cualquier forma, dicha alteración de contenido produciría un nuevo concepto jurídico. No sería más la culpabilidad, como se concibe en los días

actuales, sino otro concepto teórico que permitiría *reprobar* la persona jurídica.

El hecho es que no es posible utilizar las nociones del derecho penal clásico y su teoría del crimen para responsabilizar directamente a la persona jurídica. Las adaptaciones que se pretende realizar construyen, verdaderamente, una nueva teoría del crimen: una teoría específicamente elaborada para identificar a la persona jurídica responsable criminalmente.

En el voto conductor de la sentencia paradigma proferida en el Superior Tribunal de Justicia, con mucha felicidad el Sr. Ministro-relator aclara que es necesario superar la dogmática penal clásica para la implementación y aplicación de la responsabilización penal de la persona jurídica, concluyendo que “no cabe, de hecho, la aplicación de la teoría del crimen del delito tradicional a la persona jurídica, lo que no puede ser considerado un obstáculo a su responsabilización, pues el Derecho es una ciencia dinámica, cuyos conceptos jurídicos varían de acuerdo con un criterio normativo y no ontológico.”

De esa forma, no sería el caso de admitir que “si la persona jurídica tiene existencia propia en el ordenamiento jurídico y practica actos en el medio social a través de actuación de sus administradores, podrá venir a practicar conductas típicas y, por lo tanto, ser pasible de responsabilización penal.” La persona jurídica no práctica conducta típica, solamente la persona física puede practicar la conducta típica.

4. Responsabilidad indirecta

En el derecho penal, la fuente inmediata de conocimiento/producción de ilícito es la norma jurídico-penal que subyace al tipo penal incriminador. En el caso de las disposiciones incriminadoras del Código Penal, todos los tipos penales se refieren a las conductas humanas que violan la norma de protección al bien jurídico. No hay previsión típica referida a la actividad de la persona jurídica. Eso significa que solo la persona física puede satisfacer las exigencias típicas, en sus aspectos objetivos y subjetivos. La responsabilidad

²⁴ En este sentido: Schecaira, Sérgio Salomão, *op. cit.*, pp. 137 y 138.

²⁵ Costa Neto, Nicolao Dino de Castro, e outros, *op. cit.*, p. 60. Sostentan los autores que “la culpabilidad social de la empresa surge a partir del momento en que ella deja de cumplir con su función esperada por el ordenamiento jurídico y exigible de todas las empresas en igualdad de condiciones.”

²⁶ Fernández, Miguel Bajo. *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, p. 26.

La responsabilidad penal de la persona jurídica por crimen de corrupción

de la persona jurídica, por lo tanto, es siempre indirecta, derivada de la conducta de la persona física que actúa en su nombre y beneficio. Para establecer responsabilidad directa para la persona jurídica sería necesario construir una teoría del crimen propia para la persona jurídica, con tipos incriminadores referidos a la actividad lesiva o potencialmente lesiva al bien jurídico. En los términos de la propuesta constante del PLS n° 236/2012, la responsabilidad penal de la persona jurídica no se fundamenta en intervención que pueda ser reconocida como propia. Con observancia obligatoria de los tipos incriminadores, la responsabilidad penal propuesta para la persona jurídica será siempre indirecta.

Cabe notar que la responsabilidad indirecta, o por hecho practicado por tercero, no constituye ninguna novedad en derecho penal. En casos de concurso en el delito es posible responsabilizar a una persona que no ha violado directamente la norma jurídico-penal prohibitiva, sino que ha contribuido, de alguna forma, para la conducta violadora realizada por otra persona. Puede observarse como ejemplo un individuo que provee el arma para que un tercero practique un homicidio. La responsabilidad de aquel que contribuye para el crimen queda manifiestamente dependiente de la ejecución de la conducta criminosa por una tercera persona. No se puede olvidar que el art. 31 del CP dispone que “el ajuste, la determinación o instigación y el auxilio, salvo disposición expresa en contrario, no son punibles, si el crimen no llega, como mínimo, a ser intentado”. La responsabilidad de aquel que entrega el arma deriva de la voluntad del legislador que concibió la norma de extensión típica del art. 29 del CP y la relaciona a la violación de la norma prohibitiva del art. 121 del mismo estatuto. En ese caso, solamente se puede hablar de responsabilidad propia de aquel que entrega el arma en razón de la norma de extensión típica del art. 29. Sin embargo, aunque se verifique una responsabilidad por conducta propia (entrega del arma), tal responsabilidad depende de la actuación de tercero (inicio de la ejecución del homicidio).

Asimismo, en casos de autoría mediata siempre habrá responsabilidad penal dependiente del hecho practicado por tercero. Quien ejecuta la conducta material que viola la norma jurídica es el individuo

considerado *instrumento*, pero como él no posee responsabilidad y sirve a los propósitos del autor mediato, por voluntad de la ley la responsabilidad recae sobre el autor indirecto o mediato. La construcción teórica, ya antigua, reserva la denominación de autor a aquel que domina el hecho por medio del dominio de la voluntad y de la conducta del instrumento. La responsabilidad pesa sobre quien recibe la denominación de autor (aunque mediato), pero quien ejecuta materialmente la conducta prohibida es otro (el instrumento).²⁷ De acuerdo con el Código Penal brasileño, son hipótesis de autoría mediata el equívoco determinado por tercero, la coacción física o moral de carácter irresistible, la actuación en atención a orden no manifiestamente ilegal de superior jerárquico y la instigación o determinación al crimen de alguien no punible en virtud de condición o calidad personal. Aun en los crímenes culposos se puede reconocer la autoría mediata que genera la responsabilidad por el hecho practicado por tercero. Es un ejemplo el caso del padre que se descuida de la guardia de arma de fuego que es utilizada por el hijo menor para herir a otro niño.

En cualquier caso de concurso en el delito o de autoría mediata, no obstante, la responsabilidad de la persona física es siempre subjetiva. Es necesaria la apuración del dolo o de la culpa de la persona física para atender las exigencias subjetivas de la tipificación. Ya cuando se piensa en responsabilidad penal de la persona jurídica no es posible pensar en autoría, aunque mediata, de la persona moral. No siendo posible utilizar la teoría del crimen para identificar conducta punible de su parte, la responsabilidad de la persona jurídica por hecho practicado por persona física que actúa en su nombre y beneficio debe presentar otra fundamentación.

El art. 41 propuesto para el Código Penal dispone que *las personas jurídicas de derecho privado serán responsabilizadas penalmente por los actos practicados contra la administración pública, el orden económico, el sistema financiero y el medio ambiente, en los casos en que la infracción sea cometida por decisión de su representante legal o contractual, o de su órgano colegiado, en interés o beneficio de su entidad*. Se debe reconocer que tal disposición no establece que la persona jurídica sea autora de crimen,

²⁷ Dotti, René Ariel. *Curso de direito penal*, p. 350.

sino apenas que será responsable. La regla no produce cualquier efecto sobre la teoría del crimen, que ha sido construida con mucho sacrificio para identificar la conducta criminosa realizada por una persona física. No se trata de norma de extensión típica o de culpabilidad. No se trata de coautoría entre la persona jurídica y la persona física, sino de responsabilidad penal de la persona jurídica por una conducta realizada por la persona física, porque tal comportamiento se dio en nombre y beneficio de la persona jurídica. Es hipótesis de responsabilidad por el hecho de otro, pero que no posibilita investigar elementos subjetivos en la persona jurídica responsable.

De esa forma, queda claro que, para la responsabilización de la persona jurídica, se utiliza la teoría del crimen apenas para identificar la conducta típica realizada por la persona física, en nombre o beneficio del ente moral. Siempre dependiente de la intervención de la persona física, que responde criminalmente de manera subjetiva, la persona jurídica no presenta elemento subjetivo o consciencia de la ilicitud que viabilice la aplicación de la teoría del crimen. La responsabilidad de la persona física es subjetiva, pues deriva de la aplicación de la teoría del crimen con sus exigencias de naturaleza subjetiva. La responsabilidad de la persona jurídica, por otro lado, deriva de la relación objetiva que la relaciona a la persona física que realiza la conducta prohibida. La persona jurídica solo puede ser responsabilizada cuando haya intervención de persona física y el análisis de su conducta exige siempre examinar aspectos de naturaleza subjetiva. Considerando la persona jurídica aisladamente, los criterios para su responsabilidad son objetivos.

El camino adecuado para resolver el problema de la responsabilidad penal de la persona jurídica solamente podrá ser encontrado en las teorías de la responsabilidad y no en la teoría del crimen, que identifica la conducta prohibida realizada siempre por una persona física. La persona jurídica no puede ser autora de crimen, apenas responsable. En ese sentido, cabe observar que no hay cualquier dispositivo constitucional o legal que afirme ser la persona jurídica autora de crimen o que la misma realice *conducta* ofensiva al bien jurídico.

5. Responsabilidad civil como referencia dogmática

En esencia, el ilícito civil no se diferencia del ilícito penal. La responsabilidad, sea en ámbito civil o penal, deriva de violación al ordenamiento jurídico y el interés de evitar la ofensa al bien jurídico constituye el trazo común entre las dos formas de responsabilización.²⁸ Si el ordenamiento jurídico es un sistema armónico, cuyas características fundamentales son la unidad y la adecuación valorativa,²⁹ la construcción dogmática de la responsabilidad civil debe constituir referencia obligatoria para la comprensión de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Los diversos ramos del derecho siempre se interrelacionan, de modo que la responsabilidad jurídica tiene consecuencias distintas impuestas por el derecho civil y el penal.

El ordenamiento jurídico civil prevé algunos casos en que la responsabilidad no recae sobre el sujeto que realiza la conducta dañosa al bien jurídico, desvinculando el sujeto pasivo de la obligación del sujeto activo que realiza el acto ilícito. La responsabilidad de los padres por los actos ilícitos practicados por los hijos menores y la responsabilidad de la empresa por los actos de sus representantes y empleados constituyen ejemplos distintivos de tal desvinculación entre el sujeto activo de la violación al bien jurídico y el sujeto pasivo de la responsabilidad (art. 932, incisos I e III, del Código Civil). En el ámbito del derecho civil, es posible que una persona física realice el comportamiento que viola el sistema normativo y una persona jurídica sea identificada como responsable por soportar las consecuencias de la violación normativa. Se debe notar que en el derecho civil no se cuestiona la responsabilidad de la persona jurídica por acto practicado por su representante, aunque sea imposible encontrar en la persona jurídica elemento subjetivo de la conducta o consciencia de ilicitud. La responsabilidad civil de la persona jurídica es de naturaleza objetiva y tal hecho nunca constituye obstáculo a su responsabilización.

En esos términos también se debe entender la responsabilidad penal de la persona jurídica, conforme el art. 41 propuesto por el PLS n° 236/12 para el Código Penal. La persona física realiza la conducta típica

²⁸ Aguiar Dias, José de. *Da responsabilidade civil*, p. 42.

²⁹ Canaris, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, pp. 14, 20-22.

La responsabilidad penal de la persona jurídica por crimen de corrupción

que viola la norma que protege el bien jurídico y la persona jurídica podrá ser también considerada responsable de tal violación. El dispositivo propuesto establece norma de extensión de la responsabilidad, y no de la tipicidad o culpabilidad. En ese caso, el sujeto pasivo de la responsabilidad (persona jurídica) no es sujeto activo del crimen (persona física).

Cabe además resaltar que, en los términos del § 1º del art. 41 del PLS n° 236/12, la responsabilidad de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas, autoras, coautoras o partícipes del mismo hecho, ni es dependiente de la responsabilización de las mismas.

6. Responsabilidad restringida a las personas de derecho privado

La propuesta concebida por el PLS n° 236/12 para la ampliación de la responsabilidad penal de la persona jurídica encuentra dos importantes restricciones, siendo que la primera es relativa a la naturaleza de la persona jurídica que puede ser responsabilizada y la segunda, a los crímenes que permiten tal responsabilización.

En lo que respecta a la primera restricción, la propuesta ha sido muy feliz al restringir la posibilidad de la responsabilidad penal a las personas jurídicas de derecho privado, poniendo fin a una discusión que se había instaurado entre nosotros en razón de que la Ley n° 9.605/98 se había omitido sobre la cuestión.

En ese contexto, importa notar que no existe cualquier restricción para la responsabilización penal de los partidos políticos que, conforme el art. 1º de la Ley 9.096, de 19 de septiembre de 1995, constituyen personas jurídicas de derecho privado.

La posibilidad de responsabilizar personas jurídicas de Derecho Público constituye un tema que también provoca polémica en la doctrina. ¿Podría el Estado punir a sí mismo? ¿Sería posible que el ente estatal busque alcanzar algún beneficio con la práctica de un crimen? Esas indagaciones no obtienen respuestas uniformes en la doctrina.

Ya he sustentado la imposibilidad de la responsabilización penal de la persona jurídica de Derecho Público.³⁰ El argumento que me impresionó en esa época era el de que, en ese caso, ocurriría el ejercicio del derecho de punir contra su propio titular. El Estado no podría punir a sí mismo. Conforme Sergio Salomão Schecaira, tal punición constituiría un verdadero absurdo.³¹ No obstante, examinando la cuestión con más cuidado, pasé a entenderla de forma diversa, reconociendo que la fuerza del argumento es meramente retórica y no jurídica.³²

Considerando que no existe diferencia de esencia entre el ilícito civil y el penal, así como en la esfera civil no hay cualquier restricción para la responsabilización de la persona jurídica de Derecho Público, algunos doctrinadores ya sustentan la posibilidad de la responsabilidad penal de la persona jurídica de Derecho Público.³³ Los efectos patrimoniales derivados de la violación de la norma jurídica en el campo civil pueden ser soportados por la persona jurídica de Derecho Público, que posee el derecho de regreso contra el agente público que causó su responsabilización.

Como el Estado es el único titular del derecho de punir, a primera vista parece inadecuado concebir el ejercicio del derecho contra su propio titular. No obstante, esa solución simplifica demasiado las formas de actuación estatal. El sistema jurídico establece mecanismos de control de la actuación del propio Estado y es jurídicamente posible que el Poder Judicial aplique sanciones al propio Estado.

El argumento que sustenta la imposibilidad de que el ente estatal obtenga algún beneficio con la práctica del crimen ambiental también no resiste a un examen más cuidadoso. Tanto las personas jurídicas de Derecho Privado como las de Derecho Público solamente pueden ser constituidas y utilizadas para la realización de fines lícitos. Y el desvío de finalidad que se puede verificar en las actividades de la persona jurídica de Derecho Privado también puede ocurrir en las actividades de la persona jurídica de Derecho Público. Según nuestro ordenamiento jurídico, ninguna persona jurídica puede ser constituida o utilizada para la práctica de ilícito. Esta limitación, sin embargo, se

³⁰ Galvão, Fernando. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, pp. 75-79.

³¹ Schecaira, Sérgio Salomão. *op. cit.*, pp. 191 y 192.

³² Galvão, Fernando. *op. cit.*, pp. 103 y 108.

³³ Costa Neto, Nicolao Dino de Castro y otros. *Crimes e infrações administrativas ambientais*, pp. 70-72. Los autores trabajan con la perspectiva de que la persona jurídica sea autora del crimen (coautora necesaria de una persona física).

sitúa apenas en el ámbito formal. Si un agente público, actuando en razón de sus funciones, viola la norma incriminadora, la persona jurídica de Derecho Público también podrá ser responsabilizada. En ese caso, la persona jurídica tiene el derecho de regreso contra el agente público causador de su responsabilización.

Por lo tanto, es jurídicamente posible establecer responsabilización penal para las personas jurídicas de Derecho Privado y de Derecho Público (pertenecan ellas a la administración directa o indirecta). No obstante, adoptando una postura más cautelosa, el PLS n° 236/12 ha restringido la posibilidad de responsabilización a las personas jurídicas de derecho privado. La restricción materializa otra opción política que, en caso de aprobación, deberá ser obedecida.

Sin embargo, se hace necesario considerar que el artículo 41 propuesto por el PLS 236/12 (como también el art. 3° de la Ley n° 9.605/98), al prever que la infracción puede ser practicada por decisión del *representante legal* de la persona jurídica, se muestra contradictorio con la opción por responsabilizar apenas las personas jurídicas de derecho privado. Eso porque solamente las personas jurídicas de Derecho Público poseen la forma de representación definida en ley. Mejor sería retirar de la redacción del dispositivo la mención al *representante legal de la persona jurídica*.

También vale recordar que no todas las personas jurídicas que constituyen formas descentralizadas de prestación de servicios públicos son de Derecho Público. La administración indirecta es ejercida por medio de las autarquías, de las empresas públicas, de las sociedades de economía mixta y de las fundaciones instituidas por el Poder Público. Las autarquías son “entes administrativos autónomos, creados por ley específica, con personalidad jurídica de Derecho Público interno, patrimonio propio y atribuciones estatales específicas... La autarquía es una forma de descentralización administrativa, a través de la personificación de un *servicio* retirado de la Administración centralizada. Por esa razón, a la autarquía solo se le debe otorgar *servicio público típico*, y no actividades industriales o económicas, aun siendo de interés público.”³⁴ Queda claro que, con la autarquía, ocurre

un despliegue del propio Estado, una descentralización administrativa, que preserva las mismas prerrogativas y restricciones de la administración directa. En los términos del proyecto, no será posible responsabilizar penalmente a las autarquías. Las empresas públicas, las sociedades de economía mixta y las fundaciones instituidas por el Poder Público, a su vez, se denominan entidades “paraestatales” y no se confunden con el Estado. La propia denominación *paraestatal* deja claro que tales entidades no forman parte del Estado, coexistiendo paralelamente a él. La entidad paraestatal es persona jurídica de derecho privado³⁵ y, en los términos del PLS n° 236/12 podrá ser criminalmente responsabilizada.

Cabe todavía observar que no se puede responsabilizar penalmente a las personas que no tienen personalidad jurídica, como la masa de una quiebra o el espolio (art. 12, incisos III y V, del CPC).³⁶

7. Responsabilidad restricta a algunos crímenes

El PLS n° 236/12 tampoco ha sido muy feliz al restringir la responsabilidad penal de las personas jurídicas a los casos de crímenes contra la administración pública, el orden económico, el sistema financiero y el medio ambiente. Tal restricción considera la necesidad de que haya pertinencia entre las actividades de la persona jurídica y la ofensa a los bienes protegidos por la norma penal incriminadora.

La legitimidad de la responsabilización de la persona jurídica solamente se presenta cuando los recursos de la corporación estén estrictamente relacionados a la realización de la infracción penal. La opción política por responsabilizar el ente moral deriva del reconocimiento de que en la persona jurídica convergen fuerzas económicas que potencian la gravedad de la intervención criminosa y que tal hecho repercute efectos directos en la lesión o amenaza de lesión al bien jurídico. La respuesta penal es más intensa y la persona jurídica es responsabilizada justamente porque el ataque al bien jurídico es más importante. Si la conducta de la persona física se desvincula de la organización institucional, no utilizando las fuerzas

³⁴ Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*, p. 307.

³⁵ *Ibidem*, pp. 307 y 308.

³⁶ Freitas, Vladimir Passos y Freitas, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*, p. 71.

La responsabilidad penal de la persona jurídica por crimen de corrupción

mayores de la persona jurídica con sus recursos materiales o inmateriales, la conducta presenta menor gravedad y la responsabilidad se debe restringir a la persona física. En ese sentido, para que haya responsabilidad penal de la persona se hace necesario comprobar el nexo de causalidad entre la utilización de sus recursos y la infracción a la norma jurídico-penal.

Los intereses económicos de la empresa privada direccionan la utilización de sus recursos buscando el éxito y el mayor lucro a ser obtenido con el comportamiento criminoso. En los crímenes contra la administración pública, el orden económico, el sistema financiero y el medio ambiente la intervención de la persona jurídica potencializa de manera relevante la ofensa a los bienes jurídicos protegidos en beneficio de la actividad lucrativa de la empresa. Por eso, se justifica la responsabilización criminal de la empresa que lucra con la práctica criminosa.

La restricción también se justifica por la posibilidad de imponer a la corporación el efecto civil de indemnizar los daños causados por el crimen como efecto de la condenación (art. 91, inciso I, del actual CP y art. 93, inciso I, propuesto por el PLS n° 236/12). Con la responsabilización criminal apenas de las personas físicas que exteriorizan los intereses económicos de las empresas, la obligación de indemnizar los daños causados por el crimen puede ser deliberadamente impedida en sus efectos prácticos por aquellos que dominan la organización de la persona jurídica, en la medida en que las manifestaciones exteriores de la empresa queden a cargo de empleados sin poder económico suficiente. La condenación criminal de la persona jurídica dirige contra ella el efecto de indemnizar los daños causados por el crimen.

8. Responsabilidad objetiva

La responsabilidad penal de la persona jurídica solamente puede ser concebida en términos objetivos. La responsabilidad de la persona física, por otro lado, es siempre subjetiva. No obstante, muchos doctrinadores respetados sostienen que el Derecho Penal brasileño acoge dispositivos que imponen responsabilización penal objetiva para la persona física. Las referencias siempre recordadas son el art. 25 de la Ley n° 7.492/86, que trata de los crímenes contra el sistema financiero nacional; el art. 73, § 2°, de la Ley n° 4.728/65 – Ley de mercado de capitales; el art. 75

de la Ley n° 8.078/90 – Código del Consumidor; y el art. 2° de la Ley n° 9.605/98 – Ley de los crímenes ambientales. En ese mismo sentido y con clara inspiración en el artículo 2° de la Ley de los crímenes ambientales, el PLS n° 236/12 prevé situación jurídica especial para el director, el administrador, el miembro de consejo y de órgano técnico, el auditor, el gerente, el representante legal y mandatario de persona jurídica. ¿Tendría la propuesta el objetivo de instituir responsabilidad objetiva para tales personas físicas?

La cuestión se refiere a la comprensión del significado de las expresiones utilizadas por el legislador. ¿Sería posible entender que cuando el legislador utiliza la expresión *son responsables* o *incide en las penas conminadas* establece comando normativo que dispensa la satisfacción de los requisitos subjetivos impuestos por la teoría del crimen? La respuesta solo puede ser negativa.

Sin lugar a dudas, la interpretación de los dispositivos de la legislación ordinaria debe orientarse a partir de la referencia mayor que es la Constitución de la República. Si el sistema constitucional impone que la privación de la libertad individual deriva siempre de una responsabilidad subjetiva, de la satisfacción de las muchas exigencias impuestas por la teoría del crimen, el sentido jurídico a ser identificado en la norma infra constitucional debe ser conciliado con esa premisa mayor. La interpretación conforme la Constitución es la única que confiere legitimidad, validez y universalidad a la norma jurídica. El principio de la interpretación referida a la Constitución impone que, cuando el operador del Derecho se encuentra ante normas que contienen carácter ambiguo o que inducen a muchos significados, debe seguir la orientación que presente conformidad con las premisas constitucionales.

Es posible percibir que la severidad de las previsiones legales supra mencionadas se fundamenta en el hecho de que las personas allí mencionadas poseen un deber especial de actuar para proteger el bien jurídico. Tal deber especial de actuar deriva naturalmente de las peculiaridades propias a las funciones que ejercen. Sin embargo, la existencia de deber especial de actuar no se confunde con responsabilidad penal objetiva. La cuestión ha ido encontrando expresión lingüística cada vez más clara con las nuevas leyes y la propuesta presentada en el PLS n° 236 para la responsabilización de personas físicas que ejercen funciones relevantes en la empresa no deja dudas sobre

el establecimiento de la posición de garante para tales personas. El dispositivo propuesto tiene la siguiente redacción:

Art. 41...

§ 3º Quien, de cualquier forma, concurre para la práctica de los crímenes referidos en este artículo incide en las penas a ellos conminadas, en la medida de su culpabilidad, bien como el director, el administrador, el miembro de consejo y de órgano técnico, el auditor, el gerente, el representante legal o mandatario de persona jurídica, que, conociendo la conducta criminoso de otro, deja de impedir su práctica, cuando podría actuar para evitarla.

Un análisis cuidadoso permite constatar que tal disposición apenas establece el deber especial de actuar para las personas que desempeñan las funciones allí mencionadas, para fines exclusivos de caracterizar relación de causalidad omisiva. Esas personas han sido colocadas en la posición de garantizadas de la no ocurrencia del resultado lesivo contra los bienes jurídicos protegidos por los crímenes mencionados en el art. 41, lo que permite caracterizar los crímenes *comisivos por omisión*. La regla general de la omisión impropia establece que la omisión solamente será penalmente relevante cuando el que se omite tiene el deber especial de actuar para evitar el resultado lesivo y, concretamente pudiendo intervenir para salvar el bien jurídico, se omite. La imputación objetiva del resultado (violación de la norma) solamente se establece en la omisión ante la verificación de la posibilidad concreta de actuar de aquel que está especialmente obligado a defender el bien jurídico. El párrafo 3º del art. 41 propuesto por el proyecto se concilia perfectamente con lo dispuesto en el art. 13, § 2º, del Código Penal.

La relación jurídica de causalidad omisiva se construye con base en la noción de deber especial de actuar y no se trata de responsabilidad objetiva. La caracterización del hecho típico aún dependerá de la satisfacción de las exigencias subjetivas de la tipificación, así como de las demás exigencias de la teoría del crimen. Cuando el legislador afirma que determinadas personas físicas, por la naturaleza de las funciones que desempeñan, deben ser consideradas responsables, eso significa apenas atribución de la posición de garante que permite constatar la violación de la norma penal incriminadora por medio de conducta omisiva. En esos casos, la persona indicada en la disposición legal podrá violar la norma jurídica incriminadora

mediante comportamiento omisivo. En otras palabras, su omisión es penalmente relevante. No obstante, eso no significa que deba ser condenado y que recibirá pena por el simple hecho de ser director, administrador, miembro de consejo y de órgano técnico de persona jurídica. Aunque tales personas satisfagan las exigencias de la relación de causalidad normativa omisiva, todavía será necesario observar todos los demás requisitos de la teoría del crimen para establecer la responsabilidad penal.

9. Conclusiones

Dentro de los límites de este pequeño comentario, es posible resaltar que el Proyecto de Ley del Senado nº 236/12, al proponer la inserción en la parte general del Código Penal de los artículos 41 a 44 para responsabilizar criminalmente a la persona jurídica, se fundamenta en opción política válida y legítima ya acogida por la Constitución de la República para los crímenes ambientales. La opción se muestra conveniente para el combate a otras formas relevantes de criminalidad, en especial porque dirige hacia el patrimonio de la corporación la obligación de indemnizar los daños causados por el crimen.

No es necesario hacer cualquier alteración en la teoría del crimen para viabilizar la responsabilidad de la persona jurídica, pues la posibilidad de su responsabilización criminal no implica en el reconocimiento de *autoría* de crimen por parte de la corporación. En los términos de la Constitución de la República y del PLS nº 236/12, solo la persona física puede ser considerada autora o partícipe de crimen, siendo que la persona jurídica debe ser considerada como posible corresponsable por la práctica de crimen.

La responsabilidad penal de la persona jurídica es de naturaleza indirecta, por el hecho practicado por la persona física que actúa o se omite de manera penalmente típica, en su nombre e interés, aplicándose los mismos parámetros dogmáticos utilizados para la responsabilización civil de la persona jurídica.

10. Referencias bibliográficas

- Aguiar Dias, José de. *Da responsabilidade civil*. Río de Janeiro: Forense, vol. I e II, 1997.
- Araújo Júnior, João Marcelo de. "Societas delinquere

La responsabilidad penal de la persona jurídica por crimen de corrupción

- potest – revisão da legislação comparada e estado atual da doutrina”, en *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- Bacigalupo, Silvina. *Responsabilidade penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.
- Baratta, Alessandro. *Criminologia y dogmática penal, pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal*, en *Política criminal e reforma del sistema penal*. Bogotá: Temis, 1982.
- Beccaria, Cesare Bonesana - Marquês de. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Atena, 1956.
- Bettiol, Giuseppe. “Direito Penal da atitude interior”. en: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, vol. 442.
- Bobbio, Norberto. *Dicionário de política*. Brasília: UNB, 1994.
- Canaris, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1989.
- Costa Neto, Nicolao Dino de Castro, Belo Filho, Ney de Barros e Costa, Flávio Dino de Castro. *Crimes e infrações administrativas ambientais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.
- Dallagnol, Deltan. *A luta contra a corrupção: a lava jato e o futuro de um país marcado pela impunidade*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017.
- Dias, Jorge de Figueiredo e Andrade, Manuel da Costa. *Criminologia – o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1992.
- Dotti, Renê Ariel. *Curso de Direito Penal – parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- Fernández, Miguel Bajo. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho administrativo español”. En *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, coord. S. Mir Puig e D. M. Luzón Peña. Barcelona: José Maria Bosch editores, 1996.
- Freitas, Vladimir Passos e Freitas, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- Galvão, Fernando. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- _____, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 4ª ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017.
- Habermas, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa II – Crítica de la razón funcionalista*. Tradução de Manuel Jimenéz Redondo. Madrid: Taurus, 1987.
- Ihering, Rudolf Von. *A finalidade do direito*. Tradução de José Antônio Faria Corrêa. Rio de Janeiro: Ed. Rio, vol. I, 1979.
- Kist, Ataides. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: LED- Editora de Direito, 1999.
- Maurach, Reinhart. *Derecho Penal - parte general*. Atualizado por Heinz Zipf e traduzido por Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, vol.1, 1994.
- Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- Pierangelli, José Henrique. *Códigos penais do Brasil – evolução histórica*. Bauru: Jalovi, 1980.
- Ross, Alf. *Sobre el derecho y la Justicia*. Tradução de Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Eudeba, 1994.
- Roxin, Claus. *Política criminal y estructura del delito. – elementos de delito en la base a la política criminal*. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Hernán Hormazábal Malarée. Barcelona: PPU, 1992.
- Rusconi, Maximiliano A. *Sistema del hecho punible y política criminal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1995.
- Sales, Sheila Jorge Selim de. *Do sujeito ativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- Schecaira, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2003.
- Sznick, Valdir. *Direito penal ambiental*. São Paulo: Ícone, 2001.
- Telles Jr., Alcides. *Discurso, linguagem e Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- Thompson, Augusto Frederico G. *Quem são os criminosos?* Rio de Janeiro: Achiamé, 1983.
- Tiedemann, Klaus. “Responsabilidade penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 11, 1995.
- Zaffaroni, Eugênio Raúl. *Tratado de Derecho Penal - parte general*. Buenos Aires: Ediar, tomo III, 1981.
- XV Congresso Internacional de Direito Penal. Delitos contra o meio ambiente – aplicação da parte geral. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, n. 8, outubro-dezembro de 1994.

La prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado en México

José Gómez Huerta Suárez

Universidad Anáhuac del Sur

RESUMEN: El objetivo del presente trabajo, es mostrar cómo la esclavitud sigue presente hoy día, e incluso está aumentando, y, también, cuáles serían los desafíos en el derecho vigente, afectando a cuestiones de vida y de muerte de las y los individuos. Los gobiernos mexicanos del siglo XIX custodiaron una actitud proteccionista del indio sin sustento legal y jurídico. Sin embargo, los abusos, la humillación y el descuido con que los indígenas han sido tratados son propiciatorios de grandes descontentos. La condición de servidumbre en que han vivido y se hallan los indígenas es muy similar a la esclavitud. Los indios en México ya no son esclavos, pero lo parecen.

PALABRAS CLAVE: Esclavitud, derechos sociales, explotación.

ABSTRACT: This paper it's about slavery in Mexico legal history, focusing on the history of Mexico, which may be the direct antecedent of the new slavery that has arisen in the complex of human trafficking, especially of women and children for its sexual exploitation, along with forced labor and other modern forms of personal exploitation. This paper show, first, how slavery is still present today, and is even increasing, and also, what would be the challenges in current law, affecting issues of life and death of individuals. The Mexican governments of the 20th century guarded a protectionist attitude of the Indian without legal and legal support. However, the abuses, humiliation and carelessness with which the Indians have been treated are propitiators of great discontents. The condition of servitude in which the Indians have lived and are is very similar to slavery. The Indians in Mexico are no longer slaves, but they look it.

KEY WORDS: Slavery, social rights, exploitation.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La abolición de la esclavitud en México. 3. La esclavitud y el trabajo forzado de facto. 4. El problema de la esclavitud y el trabajo forzado en la actualidad: una discusión jurídico-social del fenómeno. 5. Bibliografía.

" A una mujer incomprensible: mi madre"

1. Introducción

A diferencia de otras colonias españolas o inglesas (como fue el caso de los Estados Unidos de América), México fue un país que se sumó, desde los inicios del movimiento independista, a los movimientos antiesclavistas. Los primeros ideólogos de la independencia proclamaron la libertad del hombre y el respeto a los derechos humanos. Sin embargo, la realidad es que tales acciones de carácter jurídico funcionaron únicamente en el marco jurídico, pues en el plano fáctico de los hechos, la realidad fue que la esclavitud y el trabajo forzado fue una práctica que sustentó la economía de los hacendados durante todo el siglo XIX e incluso durante la revolución.

Esto generó la conformación de una historia llena de grandes contradicciones que todavía pervive en la actualidad: la ley no siempre se ajusta a los hechos. Es por ello que a lo largo del presente texto se tratarán de advertir las contradicciones que se dieron en torno a la abolición de la esclavitud como un reconocimiento de los derechos de las personas en contraposición con las prácticas sociales (muchas veces aceptadas por el propio Estado) que avaló la venta de indígenas, el uso de esclavos y los trabajos forzados a lo largo de la vida independiente de México.

2. La abolición de la esclavitud en México

Con la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, votada por la Asamblea Nacional

Francesa en 1789, se proclamó la igualdad y la libertad de todos los hombres y se reivindicaron los derechos naturales e imprescindibles del hombre. Este documento, en efecto, suprimió la servidumbre y acordó la ciudadanía a todo hombre, de cualquier color, que llegara a la República y cumpliera con las condiciones requeridas por la Constitución. Sin embargo, no tocó el tema de la esclavitud.¹

No fue sino hasta que la Convención Nacional, el 16 pluvioso del año II (1790), que se rompieron las cadenas de los esclavos cuando se declaró "abolida la esclavitud de los negros en todas las colonias francesas. En consecuencia, decretó que todos los hombres, sin distinción de color, domiciliado en las colonias, son ciudadanos franceses y gozan de los derechos asegurados por la Constitución".² Pero esto no se hizo efectivo, pues la prosperidad del estado francés dependía de la mano de obra esclava, por lo que Napoleón Bonaparte apoyó, en *senatus* consulto del 19 de mayo de 1802, que los negros quedaran nuevamente encadenados.

Fue por ello, que el tema de la esclavitud no comenzó a ser discutido sino hasta el siglo XIX cuando las presiones antiesclavistas se presentaron en Inglaterra para que en 1807 se prohibiera el comercio de esclavos en las colonias. Gran Bretaña se puso a la cabeza del movimiento antiesclavista y a instancias suyas, los Estados europeos firmaron, en el Congreso de Viena (1815) la primera reprobación universal de la esclavitud.

No obstante lo anterior, España fue reticente a tomar una política antiesclavista drástica, y solo hasta el 23 de septiembre de 1817 firmó un tratado con

¹ F. C. Montague, La Asamblea Nacional y la difusión de la anarquía, en *La Revolución Francesa*, Monografías históricas, Barcelona, Ramón Sopena, s/f, pp. 338 y ss.

² Maurice Lengelle, *La Esclavitud*, p. 106.

Inglaterra en la que declaraba que el tráfico negros quedaba suprimido hasta el 30 de mayo de 1820.³ Después de esta fecha, señalaba el tratado, los capitanes capturados en el comercio de esclavos serían encarcelados en las Filipinas por diez años. Fue por eso que entre 1810 y 1817, muchos buques negreros españoles habían sido capturados por los ingleses y en muchas ocasiones las tripulaciones que se resistían eran aniquiladas. A partir de entonces, la Corona Española emitió la real cédula de 19 de diciembre de 1817 donde se dicta que:

[...] se prohíbe para siempre desde esta fecha á todos los vasallos de S. M. así de la península como de la América que vayan [sic] a comprar negros en las costas de África que están al norte del ecuador. Y desde el 30 de mayo de 1820 se prohíbe igualmente a los mismos que vayan á comprarlos en las costas de África que están al sur del ecuador: bajo pena de que los negros que fueren comprados en dichas costas sean declarados libres en el primer puerto español á que llegue la embarcación.⁴

En este tratado, ambos países se comprometían a que sus buques informarían sobre cualquier barco del que sospecharan que llevaba esclavos. Una cláusula estipulaba que a todos los súbditos españoles se les prohibiría la trata después del 20 de mayo de 1820. Otra disposición del tratado convenía que cuando se confiscase un buque, este debía venderse y ambos gobiernos compartirían ganancias; además los esclavos serían manumitidos y entregados a la ciudad que el tribunal mixto decidiese. Los ingleses aceptaron pagar cuatrocientos mil libras compensatorias a las pérdidas sufridas por España hasta la firma del tratado.⁵ Por cierto que el rey Fernando VII, con ese dinero, compró “al zar de Rusia cinco fragatas y tres buques de línea con los que pretendía enviar más soldados a recuperar sus dominios en Sudamérica”.⁶

Aunque en la Nueva España el negro no constituía un segmento mayoritario de la estructura social, Miguel Hidalgo y Costilla, precursor del movimiento independentista, decretó, el 6 de diciembre de 1810 que debían “poner remedio en lo más urgente [...] 1º Que todos los dueños de esclavos, deberán darles la libertad, dentro del término de diez días, so pena de muerte, la que se aplicará por la trasgresión de este artículo”.⁷

Por su parte, José María de Ansorena Caballero, intendente de Valladolid, emitió un bando en 1810 que cumplía con “las sabias y piadosas disposiciones” de Hidalgo y expresó que:

[...] prevengo a todos los dueños de esclavos y esclavas, que luego, inmediatamente que llegue a su noticia esta plausible orden superior, los pongan en libertad, otorgándoles las necesarias escrituras de atala horria (manumisión) (y si no lo hicieran así) los citados dueños de esclavos y esclavas, sufrirán irremisiblemente la pena capital y confiscación de todos sus bienes [...] Es también el ánimo piadoso de su Excelencia [el cura Hidalgo], quede totalmente abolida para siempre la paga de tributos para todo género de castas sean las que fueren.⁸

Asimismo el cura y juez eclesiástico de Carácua-ro, José María Morelos y Pavón, dictó un bando en 1810 que señalaba que se abolían las castas por lo que “[...] no se nombran en calidades de indios, mulatos, ni castas, sino todos generalmente americanos. Nadie pagará tributo, ni habrá esclavos en lo sucesivo, y todos los que los tengan, sus amos serán castigados”.⁹

Es importante destacar que para Morelos la segregación racial se manifestaba más en las llamadas castas, habida cuenta que él mismo perteneció a ellas ya que era mestizo de origen indio y negro, “aunque en sus declaraciones se califica él mismo de español, porque como he tenido ocasión de notar en otra parte,

³ Rolando Mellafé, *Breve historia de la esclavitud en América Latina*, Editorial Sep setentas, 1973, p. 148. Gonzalo Aguirre Beltrán, *La población negra en México*, México, FCE. (Col. Tierra Firme), p. 94.

⁴ José María Álvarez, *Instituciones de derecho civil de Castilla y de Indias*, México, UNAM, 1982, p. 118.

⁵ Hugh Thomas, *La trata de esclavos. Historia del tráfico de seres humanos de 1440 a 1870*, Barcelona, 1997, p. 593.

⁶ *Ibid.*, p. 593. Opción que como sabemos fracasó ante la rebelión de los conjurados masones andaluces de Sevilla y Cádiz, y el comandante del batallón de Asturias, Rafael Riego. Ya que Riego proclamó en el pueblo de las Cabezas de San Juan la Constitución de 1812. *Id.* Pedro Aguado Bleye y Cayetano Alcázar Molina, *Manual de historia de España. Madrid*, Espasa-Calpe, S. A. t. II, pp. 582 y ss.

⁷ Ernesto de la Torre, Moisés González Navarro y Stanley Ross, *Historia documental de México*. México, UNAM, 1964, t. II, p. 49. Felipe Tena Ramírez, *Leyes fundamentales de México*, México, Editorial Porrúa, S. A. 2002, p. 22.

⁸ *Ibid.*, p. 47. Dado por mandato de su Exca., José Guillermo. Machorro.

⁹ *Ibid.*, p. 55. Dado por Morelos en el Cuartel General del Aguacatillo, el 17 de noviembre de 1810.

La prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado en México

—nos dice Lucas Alamán— nadie en aquella época quería pertenecer a otra clase”.¹⁰

En agosto de 1811 se instaló en Zitácuaro la Suprema Junta Nacional Americana, igual que las juntas que se crearon en España, intentaba gobernar en la Nueva España a nombre y a falta del rey Fernando VII. Allí, Ignacio López Rayón, quien había sido designado por Hidalgo como su sucesor, elaboró un documento que llamó *Elementos constitucionales*. Sin analizar los varios temas que toca dicho documento y el hecho que López Rayón se arrepintiese de muchos de ellos, sin duda nos interesa el correspondiente al artículo 24, que dice: “Queda enteramente proscrita la esclavitud”.¹¹ Sin embargo, dicho documento no tuvo mayor trascendencia, pero nos muestra el interés que sobre la materia tuvieron los precursores de la independencia.

Posteriormente, José María Morelos, en Chilpancingo, reitera la abolición de la esclavitud en el decreto de 5 de octubre de 1813, donde dice el:

[...] Porque debe alejarse de la América la esclavitud y todo lo que ella huela, mando que los intendentes de provincia y demás magistrados velen sobre que se ponga en libertad a cuantos esclavos hayan quedado, [...] previniendo a las repúblicas y jueces no esclavicen a los hijos de los pueblos con servicios personales que sólo deben a la nación.¹²

Y poco después, en *Los Sentimientos de la Nación ó 23 puntos dados por Morelos para su constitución, en 1813*, señala en el artículo 15º, “que la esclavitud se prescriba para siempre, y lo mismo la distinción de castas, quedando todos iguales, y sólo distinguirá a un americano de otro, el vicio y la virtud”.¹³

Con lo anterior, el congreso constituyente no plasmó en la *Constitución de Apatzingán* el pensamiento de Hidalgo y de Morelos en esta materia y no se apreciaron estas propuestas que hubiesen significado el inicio jurídico de la abolición de la esclavitud en México.

Sin embargo, por otra parte, en las Cortes de Cádiz, varios representantes americanos propusieron la

abolición de la esclavitud, destaca el diputado novo hispano José Miguel Gurruti y Alcocer, quien señaló ante los diputados, el 25 de marzo de 1811, que:

[...] Contrariándose a la esclavitud el derecho natural, estando ya proscrita aun por las leyes civiles de las naciones cultas, pugnando con las máximas libertades de nuestro actual gobierno, siendo impolítica y desastrosa de que tenemos funestos y recientes ejemplares y no pasando de preocupación su decantada utilidad al servicio de las fincas de algunos hacendados, debe abolirse enteramente. Pero para no perjudicar en sus intereses a los actuales dueños de esclavos, se hará la abolición conforme a las proposiciones siguientes:¹⁴

Propuso que se prohibiese el comercio de esclavos “bajo pena de nulidad y pérdida del precio exhibido”, que “los esclavos actuales, para no defraudar a sus dueños el dinero que les costaron, permanecerán en su condición servil” pero aliviada. Que los hijos de esclavos no nacerán esclavos. Que los esclavos fueran tratados igual que los criados. Que los esclavos ganaran dinero por su trabajo. Que el esclavo que tenga dinero lo exhibirá a su amo para obtener su libertad. Que si el esclavo es viejo eso es suficiente para que se le libere. Que “si el esclavo se inutiliza por enfermedad o edad avanzada, dejará de ganar salario, pero el amo estará en la obligación de mantenerlo durante su inhabilidad, ora sea perpetua, ora sea temporal”.¹⁵

Por lo contrario, la Constitución de Cádiz no tomó en cuenta las propuestas de Alcocer, sin embargo dispuso en el artículo 5º. En el punto primero que son españoles “Todos los hombres libres nacidos y avecinados en los dominios de las Españas y los hijos de éstos”. Y en el punto cuarto que “Los libertos desde que adquieran la libertad en las Españas”. Y en el artículo 22º les otorga ciudadanía :

[...] A los españoles que por cualquier línea son habidos y reputados por originarios del África, les queda abierta la puerta de la virtud y el merecimiento para ser ciuda-

¹⁰ Lucas Alamán. *Historia de México*. México, Libros del Bachiller Sansón Carrasco, 1985. t. II, p. 203.

¹¹ Felipe Tena Ramírez, *op. cit.*, p. 26.

¹² Decreto del señor Morelos de 5 de octubre de 1813. *Cfr.* Ernesto de la Torre Villar, Morelos, biografía, México, Ed. Secretaría de Programación y Presupuesto. s/f. (1982).

¹³ *Ibid.*, pp. 110 y 111.

¹⁴ *Los Derechos del pueblo mexicano, Las Cortes de Cádiz*. México, 1979. t. XIII. Ed. Manuel Porrúa, S. A., pp. 213 y 214.

¹⁵ *Idem*.

danos: en consecuencia las Cortes concederán carta de ciudadano a los que hicieren servicios calificados a la patria, o a los que se distingan por su talento, aplicación y conducta, con la condición de que sean hijos de legítimo matrimonio de padres ingenuos, de que están casados con mujer ingenua, y avecindados en los dominios de las Españas, y que ejerzan alguna profesión, oficio o industria útil con un capital propio.¹⁶

Pero la aplicación de la Constitución de Cádiz en la Nueva España fue relativa ya que estuvo limitada en tiempo y en las zonas de influencia militar. Sin embargo, de alguna manera quedó implícita en el Plan de Iguala en el año de 1821, en el cual se proclama la independencia nacional, en el artículo 12.

Es indudable que México nació como un país que daba la libertad a los esclavos. Aunque para el año de 1820 la lucha insurgente no tenía fuerza y solo quedaban los caudillos Vicente Guerrero, Guadalupe Victoria y Pedro Alquisiras Asensio en pie de guerra, con pocas fuerzas y sin muchas perspectivas.

Agustín de Iturbide elaboró un plan similar al de la Profesa, el cual se fundaba en que el rey no había jurado libremente la Constitución. En el manifiesto de Liorna, Iturbide explica esos momentos políticos controvertidos:

[...] Por todas partes se hacían juntas clandestinas en las que se trataba del sistema de gobierno que debía adoptarse: entre los europeos y sus adictos, unos trabajaban por consolidar la Constitución, que mal obedecida y truncada era preludio de su poca duración; otros pensaban en reformarla, porque en efecto, tal cual la dictaron las Cortes de Cádiz, era inadaptable en lo que se llamó Nueva España; y otros suspiraban por el gobierno absoluto, apoyo de sus empleos y de sus fortunas, que ejercían con despotismo y adquirían monopolios. Las clases privilegiadas y los poderes fomentaban estos partidos. [...] Los americanos deseaban la independencia; pero no estaban acordes en el modo de hacerla, ni el gobierno que debía adoptarse.¹⁷

Iturbide se unió a los jefes insurgentes, a los realistas, a los obispos, al virrey y a las Cortes y presentó

un plan de independencia que sería sancionado en el pueblo de Iguala los días 1 y 2 de marzo de 1821.

Ante el hecho consumado, el nuevo capitán general y adelantado en sustitución del virrey Apodaca, Juan O'Donojú, que llegó a Nueva España el 30 de julio, se vio obligado a aceptar la independencia de la América mexicana. El 24 de agosto se celebraron los Tratados de Córdoba que la reconocían.

Más tarde, con base a las facultades extraordinarias de que estaba investido, el presidente de México, Vicente Guerrero, emite un decreto el 15 de septiembre de 1829, en el aniversario del inicio de la lucha por la independencia. En él, aludiendo a los derechos sagrados que la naturaleza le ha dado a los mexicanos, a los que la nación protege con leyes sabias y justas, de conformidad como lo expresaba el artículo 30 del Acta Constitutiva de la Nación Mexicana (puesta en vigencia por él, por lo que lo facultaba para emitir legislación), decreta:

1º. Que la esclavitud es abolida en la República, 2º. Que cuando las circunstancias del tesoro lo permitan, los dueños de esclavos serán indemnizados de la forma en cómo provean las leyes. Por lo que se manda que el decreto impreso, publicado y circulado de manera completa”.

A pesar de esto, los patronos tejanos y coahuilenses, que apuntaban, sobre todo los primeros, a la colonización del norte con base a la explotación esclavista, presionaron al presidente Guerrero y consiguieron la excepción de la regla de prohibición en esos casos, argumentando que se refería a la esclavitud relacionada con la dominación colonial y no a la derivada de la colonización norteamericana en México.¹⁸

Desde ese momento que se estableció una contradicción entre la normativa y la realidad de naciente México independiente; la nueva nación intentó fundamentar sus principios en la legislación francesa y norteamericana, defendió la libertad y, sin embargo, de facto, seguían perpetuándose diversas modalidades de trabajos forzados que se utilizaron durante la época colonial como fue la figura de la encomienda y las tiendas de raya y otras modalidades de esclavitud y trabajo forzado.

¹⁶ Felipe Tena Ramírez, *op. cit.*, pp. 60, 61 y 63.

¹⁷ Felipe Tena Ramírez. *Leyes Fundamentales de México*. México, Ed. Porrúa, S. A. 2000. p. 108.

¹⁸ Tomado de William Forrest Sprague, Vicente Guerrero: Mexican Liberator: A study in patriotism, Coahuila y Tejas-index, DEWITT COLONY TEXAS; Wallace L. McKeehan, All Rights Reserved, 1997-1999.

3. La esclavitud y el trabajo forzado de facto

A pesar de las políticas abolicionistas, durante la primera mitad del siglo XIX se inició lo que se ha llamado la “guerra de castas” en Yucatán. Este estado se había separado del pacto federal de 1837 a 1843, por la transformación que se dio al centralismo con las Siete Leyes constitucionales de 1836. Aunque desde los inicios del siglo hubo revueltas de indígenas, la época más estricta de la guerra comenzó en julio de 1847, cuando los indios mayas del sur y el oriente se lanzaron contra los blancos, indios y mestizos por motivos económicos, agrarios y sociales.

No obstante, desde los primeros años del siglo XIX, para castigar a los sublevados, el gobierno tomó represalias crueles contra ellos, y dispuso la venta de indios mayas rebeldes a Cuba para dedicarlos a los trabajos forzados. A pesar de la norma abolicionista, se argumentaba que era “más humano condenarlos a la servidumbre en país extranjero, que darles muerte, como antes se había hechos con millares de prisioneros”.¹⁹

Este viejo testimonio, que se apoyaba en Aristóteles, habría de ser la tesis que sustentaron para que, por ejemplo, “el coronel D. Manuel María Jiménez, en 1854, obtuvo el privilegio de exportar indios a la Isla de Cuba, ni más ni menos que si fuesen esclavos africanos [sic]”,²⁰ lo que luego devino en la extracción ilegal de indios belicosos y pacíficos que eran vendidos a los hacendados cubanos como esclavos. Esta venta no se suspendió sino hasta 1861.²¹

Fue por tales motivos que, el presidente interino constitucional de la República, Benito Juárez, decretó el 6 de mayo de 1861 la prohibición de extraer para el extranjero a los indígenas de Yucatán, “bajo cualquier título o denominación que sea”. Y además dispuso que los infractores:

Que conduzcan indígenas al extranjero y los que los faciliten, cualquiera que sean los medios de que se valgan,

serán condenados a la pena de muerte, decomisándoles las embarcaciones y demás vehículos de que se sirvan para aquel objeto; los que directa o indirectamente contribuyan a dicha extracción serán penados de uno a cinco años de presidio, según las circunstancias, doblándose la pena cuando los reos fueren autoridades ó empleados públicos.²²

Declara el decreto del gobierno que ningún contrato será válido en el extranjero, a los indígenas y los pertenecientes a la “raza mixta”. Añade que son “nulas y de ningún valor ni efecto las contrataciones de dicha especie que se hayan celebrado por el gobierno y las autoridades de Yucatán ó cualquiera otra persona”. Agrega que las denuncias a “cualquier acto o contravención de la presente ley”, serán gratificadas por el “erario”. Para la aplicación de las penas, declara que “los juicios se verificarán con los trámites y reglas que establece la ley de 6 de diciembre de 1856 para las causas sobre tráfico de negros en las costas de África”.²³

El ministro de Relaciones Exteriores, Francisco Zarco, escribió una nota diplomática, ese mismo día de mayo de 1861, dirigida al señor Alphonse Dubois de Saligny, enviado extraordinario y ministro plenipotenciario de Francia. En la mencionada nota el ministro mexicano señala que acompaña con la misma ejemplares del decreto en que se prohíbe la extracción para el extranjero de los indígenas de Yucatán.

El ministro Francisco Zarco subrayó, además, en ese escrito que mencionamos, el:

proceder inhumano de unos cuantos extranjeros y yucatecos que especulan con la sangre de sus hermanos, Por más sensible que sea revelar al mundo un proceder que viola las leyes divinas y humanas, el Gobierno de la República no puede consentir que, con infracción al código fundamental de los pactos que ligan con las naciones amigas, continúe haciéndose el tráfico de indígenas exportados a Cuba bajo contrataciones ilegales como opuestas

¹⁹ Justo Sierra O’ Reilly y Juan Suárez y Navarro. *La guerra de castas*. México, CONACULTA, 2002, p. 164.

²⁰ *Idem*.

²¹ Véase en Moisés González Navarro. “El trabajo forzoso en México 1821-1917”. *Historia mexicana*, núm. 108, abril-junio, 1978, pp. 588-615.

²² Manuel Dublán y José María Lozano. Disposición Colección de Leyes Mexicanas. <http://lynics.dgsca.unam.mx:8080/examples/servelet/dublán.SirveDublányLozanoIX.xml>.

²³ *Idem*.

a las leyes antiguas y modernas, tanto de España como de México.²⁴

En el seguimiento del curso cronológico de la historia de este tema nos encontramos que durante la intervención francesa en México de 1862 a 1867, se dio como consecuencia la imposición de un emperador apoyado por tropas francesas de Napoleón III y por algunos mexicanos conservadores. Consecuente con lo anterior, el nuevo gobierno dispuso en el Estatuto provisional del Imperio Mexicano, de 10 de abril de 1865, en el artículo 64 que: “No existiendo la esclavitud, ni de hechos ni de derecho en el territorio mexicano, cualquier individuo que lo pise es libre por sólo este hecho”.²⁵

Sin embargo, y no obstante esta disposición, Maximiliano de Habsburgo, como emperador de México, instauró la Junta de Colonización Imperial, donde se dieron varias discusiones en torno a los negros; en la sesión del 17 de junio de 1865, el señor Francisco Pimentel expresaba que:

O los negros vienen como hombres libres o como esclavos; si lo primero, serán inútiles y aun perniciosos; si lo segundo traerán consigo todos los males anexos a la esclavitud [...] No hay persona que conozca a los negros, que no venga en que necesitan una disciplina muy severa para que vivan en orden y trabajo.²⁶

Más la Junta de Colonización dio su conformidad para que los negros vinieran con sus amos y consecuentemente, el emperador dio una Ley de Colonización para poblar el territorio mexicano el 5 de septiembre de 1865. En el reglamento a la Ley implantaba que: “1º Con arreglo a las leyes del Imperio, todos los hombres de color son libres por el solo hecho de pisar el territorio mexicano”. Sin embargo, el artículo 2º establecía que los patrones celebrarían un contrato con “operarios de cualquier raza que sean” que los obligara a alimentarlos, vestirlos, alojarlos y asistirlos en sus enfermedades, “pero el operario se

obligará a la vez con su patrón, a ejecutar los trabajos a que sea destinado por el término de cinco años al menos y diez años a lo más”.

Y más aún, en el artículo 3º, ordenaba que el patrón se obligara a mantener a los hijos de los “operarios. En caso de muerte del padre, el patrón se considerará como tutor de los hijos y éstos permanecerán a su servicio hasta su mayoría de edad bajo las mismas condiciones que lo estaba el padre”.²⁷

Lo anterior fue propiciado ya que habían sido derrotados por el norte los sureños confederados y esclavistas. El emperador Maximiliano, para facilitarles su posible migración, apoyó estas leyes que de manera velada restablecían la esclavitud en México. Así, como también con el establecimiento de la Oficina de Colonización que ofrecía, entre otras cosas, la formación de “comunidades protestantes para la prosperidad de sus escuelas e iglesias”.²⁸ Aunque este proyecto no prosperó.

Por otro lado, a diferencia de la Constitución de 1824, que no estableció un capítulo especial para el tema de los derechos del hombre o derechos humanos, en la nueva carta se dedican 28 artículos al tema. El segundo artículo de manera expresa prohíbe la esclavitud y dispone que ningún hombre pueda ser encarcelado por cuestiones de deudas civiles. Otros derechos humanos reconocidos establecen que la educación debe ser libre; todo hombre puede abrazar la profesión, industria o trabajo que desee; el servicio personal debería recibir un pago justo; dentro de ciertos límites prevalecía la libertad de imprenta, de expresión y de asociación; la libertad de portar armas; se prohibieron los títulos de nobleza; se garantiza la libertad de tránsito dentro del país así como entrar o salir de él; no podrían erigirse tribunales especiales ni aplicarse leyes de manera retroactiva; se abolía la pena de muerte para crímenes políticos; se prohibían los monopolios; se garantiza el derecho de petición y de reunión; se abolían las costas judiciales; se establece que la expropiación sólo podría hacerse por causas de

²⁴ Benito Juárez. *Documentos, discursos y correspondencia*, Selección y notas de Jorge L. Tamayo. México, Secretaría de Patrimonio Nacional, 1965. El gobierno constitucional se empeña en evitar que se lleven indios mayas a Cuba. Nota diplomática del 6 de mayo de 1861. vol. 4, pp. 396 y 397.

²⁵ Felipe Tena Ramírez, *op. cit.*, p. 679.

²⁶ Benito Juárez. *Documentos, discursos y correspondencia*. México, Secretaría del Patrimonio Nacional, 1967, t. 10, pp. 204 y 205.

²⁷ *Ibid.*, Ley de colonización, vol. 10, pp. 222-224.

²⁸ A todos los que quieran establecerse en México, en Benito Juárez, *op. cit.*, vol. 10. pp.232-237.

La prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado en México

utilidad pública y previa indemnización.²⁹ Finalmente se establecía que las garantías individuales podrían suspenderse, con excepción de las que aseguran la vida del hombre, sólo en caso de invasión, perturbación grave de la paz pública, previo acuerdo del presidente de la República y el consejo de ministros con aprobación del Congreso, y sólo por tiempo limitado.³⁰

De esta forma en la historia de la esclavitud en México se mantuvieron formas y prácticas que no abolicieron del todo la situación; hecho que no concluyó con la caída del imperio de Maximiliano y la instauración de la república liberal, pues durante el régimen de Porfirio Díaz (1876-1880 y 1884-1910), muchos indios yaquis marcharon desplazados de Sonora a los campos henequeneros de Yucatán para servir en trabajos forzados.³¹

Así, entre 1885-1896 se desarrolló la llamada “Guerra Yaqui” en donde el indio José María Leyva Cajeme, se enfrentó al ejército federal con el objetivo de hacer valer sus derechos frente al estado liberal mexicano. Durante dicho movimiento los indios capturados eran transportados al estado de Yucatán con el objetivo de trabajar en las haciendas. Hombres, mujeres, niños y ancianos eran prendidos y “[...] Esa multitud de seres desgraciados se agrupaban estrechamente, formando una masa humana andrajosa, pestilente, hambrienta, pero estoica, abnegada y altiva, no exhalaba una sola queja ni imploraba un solo favor”.³²

Los yaquis alcanzaban a llegar a Yucatán a razón de 500 por mes, pero dos tercios morían en el primer año.³³

[...] Se les trata como muebles; son comprados y vendidos, no reciben jornales; pero los alimentan con frijoles, tortillas y pescado podrido. A veces son azotados hasta morir. Se les obliga a trabajar desde la madrugada hasta al anochecer bajo un sol abrasador, lo mismo que los [indios] mayas. A los hombres los encierran durante la

noche y a las mujeres las obligan a casarse con chinos o con mayas. [...] A las familias desintegradas al salir de Sonora, o en el camino, no se les permite que vuelvan a reunirse.³⁴

Pero no solo los yaquis llegaron a Yucatán o al Valle Nacional en Oaxaca para ser esclavizados. El periodista norteamericano John Kenneth Turner, en 1908, nos describe en su obra *México bárbaro*, sobre los indios que de todo el país iban a servir como esclavos en Valle Nacional, en las henequeneras y en los campos de café. “Una de las primera escenas que presenciamos en una finca henequenera —dice el autor citado—, fue la de un esclavo a quien azotaban: una paliza formal ante todos los peones reunidos”.³⁵ Escapaban algunos, pero no muchos lo lograban, había “una gratificación de \$10 por cada fugitivo capturado”.³⁶ “El precio corriente de cada hombre era de \$400 y esa cantidad me pedían los hacendados [...] —Si compra usted ahora es buena oportunidad—” le ofrecían los hacendados.³⁷

Finalmente, durante la primera etapa de la Revolución Mexicana (1910-1917) se dio fin al régimen de Porfirio Díaz y propició la formación del congreso constituyente de 1916. Venustiano Carranza, el primer jefe del Ejército Constitucionalista, en su mensaje y Proyecto de Constitución de 1 de diciembre de ese año, propuso en el artículo 2º que: “[...] Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos de otros países que entrasen a territorio nacional, alcanzarán por ese sólo hecho su libertad y la protección de las leyes”.³⁸

Debe señalarse que en el artículo 5º, párrafo quinto de la Constitución se prohíbe todo contrato, pacto o convenio que signifique el menoscabo, la pérdida o el sacrificio de la libertad de la persona, sea por razones laborales, educativas o religiosas. Destaca en esta Constitución el artículo 15 que señala que: “No se

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

³¹ Los yaquis son indios que viven a lo largo del río Yaqui en el Estado de Sonora, fueron hostilizados durante muchos años y asumieron una actitud rebelde hacia el gobierno. Durante la época de Díaz, miles fueron deportados a Yucatán.

³² José C. Valadés. *El porfirismo, historia de un régimen, (El crecimiento I) México*. UNAM, 1977. p. 107.

³³ John Kenneth Turner. *México Bárbaro*. México, CORDEMEX, S. A. de C. V. 1965. p. 16.

³⁴ *Ibid.*, p. 47.

³⁵ *Ibid.*, p. 20.

³⁶ *Ibid.*, p. 77.

³⁷ *Ibid.*, p. 14.

³⁸ Felipe Tena Ramírez, *op. cit.*, p. 764.

autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos. Ni para aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos”.³⁹

A pesar de ello y de la desaparición de la economía hacendaria, lo cierto es que esta práctica, estrictamente prohibida por la norma Constitucional actual y por las leyes penales sigue siendo una de las problemáticas que todavía aquejan al país. Y al igual que ocurría en los siglos anteriores, son los indígenas y los grupos vulnerables quienes se ven más afectados por este fenómeno.

4. El problema de la esclavitud y el trabajo forzado en la actualidad: una discusión jurídico-social del fenómeno

Al quedar consignado, en el artículo 2º de la Constitución de 1917, que “Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren en territorio nacional alcanzarán, por ese solo hecho, su libertad y la protección de las leyes”,⁴⁰ reformado el artículo el 14 de agosto de 2001 trasladándose el texto, al artículo 1º constitucional con la misma redacción, esto nos induce a revisar los antecedentes, las ideas, las controversias y los principios que hicieron posible llegar a esta conclusión y que se dieron a través de un arduo camino de injusticias, de referencias costumbristas y de prejuicios arraigados durante mucho tiempo.

Por otro lado, el trabajo forzoso está contemplado en el artículo 5o. párrafos 4o. y 5o. y el artículo 123 de la Constitución respectivamente. El artículo 5 de la Constitución mexicana expresa que el hombre puede dedicarse a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode siempre que sea lícito, es decir, que no vaya en contra del orden público, moral y de las buenas costumbres, cumpliéndose con los requisitos y condiciones consignados en la ley respectiva. Estas disposiciones están consagradas a su vez en la Ley Reglamentaria del artículo 123, Ley Federal del Trabajo, estos principios adquieren mayor relevancia cuando son consagrados como garantía constitucional. En el artículo 123 se regulan las relaciones

laborales de las personas que prestan un servicio ya sea material o intelectual. Encontramos en este art. el principio de igualdad al mencionarse para trabajo igual, salario igual. (En la Ley Federal del trabajo encontramos en los artículos 5, fracs., 56, 58, y otro principio de igualdad como “para trabajo igual, prestaciones iguales” lo encontramos en los artículos 82 y 84).

A pesar de esto, como ya se ha referido, el problema de la esclavitud subsiste; está inscrito en el pensamiento atávico del hombre y corresponde a creer al otro menos hombre, menos humano que uno mismo. El menosprecio, el agravio y la humillación a la mujer, el maltrato a la niñez y desprecio al minusválido son los síntomas de la perdurabilidad de esa tendencia, estas otras son formas de explotación humana: el trabajo forzoso y la servidumbre pueden ser consideradas formas contemporáneas de esclavitud.

Las discusiones sobre las razas y nacionalidades a menudo revelan la misma visión arbitraria en la que los hombres encuentran justificación para matarse o para esclavizar a los derrotados. Las guerras hacen esa contradicción entre las diferentes nacionalidades y las razas enemigas.

El perjuicio racial, el espíritu nacional diferente y superior. Las influencias más sutiles y persuasivas son las que mantienen los estereotipos y la credulidad con la cual los utilizamos hace que se conviertan en patrones de nuestra filosofía de la vida. Son estereotipos que se transmiten de generación en generación, de padre a hijo, con tanta fuerza que parecen naturales. Están dotados de una gran carga afectiva, fortalecen la tradición y quedan marcados en el imaginario colectivo. Los prejuicios en materia de color, raza, nacionalidad y religión guardan profundas relaciones con la esclavitud.

El elemento en común de estas dos figuras (la esclavitud y los trabajos forzados) es la explotación humana. Existe una relación analógica que puede expresarse en términos de género y especie en tanto que el trabajo forzoso de los migrantes puede ser contemplado como una forma contemporánea de esclavitud. En la actualidad, un total de 35.8 millones de hombres, mujeres y niños, están considerados como “esclavos modernos”, según el informe anual *The Global Slavery Index* publicado por la ONG Walk Free.

³⁹ Felipe Tena Ramírez, *op. cit.*, p. 822.

⁴⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la del 5 de febrero de 1857.

La prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado en México

El informe, que analiza el predominio, la vulnerabilidad y la respuesta gubernamental en 167 países, indica que la condición de esclavitud en el mundo ha aumentado un 20 % respecto a 2013. Trabajo forzado, tráfico de seres humanos, matrimonios forzados, explotación infantil. Muchas y muy diferentes son las formas de esclavitud que Walk Free ha analizado y, además, englobado en un solo concepto: “Esclavitud moderna”, es decir, cuando una persona posee el control de otra de tal manera que le priva de su libertad individual con la intención de sacar un beneficio.

Hoy en día México ocupa el puesto 111 con el 0.2182 % de su población sometida a esclavitud, esto significa que todavía hoy, al menos unos 266 mil personas se encuentran sometidas a alguna forma de explotación esclavista.⁴¹

Como señala Kevin Bales, la nueva esclavitud y la transformación de la antigua surge principalmente por tres factores:

El primero es la explosión demográfica que inundó los mercados laborales con millones de personas pobres y vulnerables pobres y vulnerables. El segundo es la revolución de la globalización económica y la agricultura modernizada que despojando de todo a los campesinos más pobres y los ha convertido en potenciales esclavos (...). El tercer factor es el caos de codicia, violencia y corrupción provocados por el cambio económico en numerosos países en vías de desarrollo, cambio que está destruyendo las normas sociales y los tradicionales lazos de responsabilidad que podían haber protegido a los potenciales esclavos.

Bales añade también, el uso de contratos ilegales, ya que el gobierno de Estados Unidos ha puesto énfasis en sanciones a las que están sujetos empresas que contraten a personas sin documentos en regla. Por eso entendemos que los inmigrantes tengan que ocultarse.

El término “esclavitud” ya está inserto en *Ley General para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos*. El artículo 11 impone la pena de 15 a 30 años a quien somete a alguna persona a esclavitud o la mantiene en ella. También ofrece una definición de esclavitud. Se

entiende por esclavitud el dominio de una persona sobre otra, dejándola sin capacidad de disponer libremente de su propia persona ni de sus bienes y se ejerciten sobre ella, de hecho, atributos del derecho de propiedad.

Prácticas similares a la esclavitud, tanto la servidumbre como los trabajos o servicios forzados son formas de explotación del trabajo ajeno análogas a la esclavitud, en la medida en que son procedimientos idóneos para someter a la víctima a una situación de disponibilidad total al autor bajo la imposición de la condición de trabajador. La servidumbre. *La Convención de Ginebra*, de 7 de septiembre de 1956, sobre la abolición de la esclavitud, la Trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la Esclavitud, amplió el campo de aplicación de la Convención de 1926 para perseguir también prácticas similares a la esclavitud. Contempla expresamente la “servidumbre”, concretamente, una modalidad frecuente en la práctica: la “servidumbre por deudas”. Esta se define como la situación en la que el deudor se compromete a prestar sus servicios personales como garantía de una deuda, siempre que los servicios prestados “equitativamente valorados” no se apliquen al pago de la deuda (es una deuda indebida o sujeta a condiciones leoninas), o cuando no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios (art. 1). La víctima percibe que está obligada a prestar el servicio o realizar la prestación laboral, y, por tanto, es un modo de imponer la condición de trabajador, sin libertad para cambiar esa condición.

Existe una definición de trabajo forzado en el art. 2.1 del Convenio n° 29 de la OIT sobre el Trabajo Forzoso de 1930: “todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”. Por otro lado, el artículo 22 de la *Ley General de Trata* en México, impone la pena de 10 a 20 años de prisión, a quien tenga o mantenga a una persona en trabajos forzados. También, ofrece tres tipos de trata cuando existe: “uso de la fuerza, la amenaza de la fuerza, coerción física, o amenazas de coerción física a esa persona o a otra persona, o bien utilizando la fuerza o la amenaza de la fuerza de una organización criminal”; otra es cuando hay “daño grave o amenaza de daño grave a esa persona que la ponga en

⁴¹ <http://www.globallslaveryindex.org/country/mexico/>

condiciones de vulnerabilidad”; y el que está relacionado con nuestro tema cuando existe “abuso o amenaza de la denuncia ante las autoridades de su situación migratoria irregular en el país o de cualquier otro abuso en la utilización de la ley o proceso legal, que provoca que el sujeto pasivo se someta a condiciones injustas o que atenten contra su dignidad”.

Inevitablemente, es así como la esclavitud pronto está legitimada conforme a la ley y se inscribe en la norma de acuerdo con el derecho que impone la costumbre. Al quedar establecida y regulada por el derecho se legaliza y se considera justificada.

Cuando hablamos de la palabra derecho, hacemos hincapié en un poder o facultad de actuar, un permiso para obrar en un determinado sentido o para exigir una conducta de otro sujeto. La función general del derecho consiste en la creación de restricciones al ejercicio inícuo e ilimitado del poder. El derecho se realizará en aquel orden social en el que esté reducida al mínimo la posibilidad de abuso de poder tanto por parte de los particulares como por parte del gobierno. El derecho surge cuando un hombre reclama algo como su derecho, lo reclama como suyo propio o como algo que se le debe.

Al poseer el hombre un derecho, siempre otro individuo o el Estado deberá asumir una conducta frente a esos derechos, de cumplir con determinadas obligaciones de *dare*, *hacere*, *non hacere* o *pati*. Cuando el Estado es tercero de esta relación por ser bilateral, debe siempre garantizarle a la persona el desarrollo necesario, para que pueda vivir en libertad y ejercer sus derechos humanos, sin que haya dentro del Estado un abuso del poder, debiéndose ejercer siempre presente la democracia. Para que la función y tarea estatal tenga observancia es necesario que existan normas constitucionales que avalen la eficacia y el respeto de los derechos humanos. La razón por la que los derechos humanos estén dentro de un orden jurídico del Estado se debe fundamentar en un sistema de valores, el cual no solo debe orientar, sino también de promover el desarrollo de los derechos.

Para el autor Peces-Barba “la realidad de los derechos humanos está marcada por la desigual distribución de los recursos, por la generalización en muchas zonas del mundo de situaciones de extrema pobreza, por las situaciones negativas para el derecho, el

desarrollo y los derechos económicos, sociales y culturales del proceso asimétrico de la globalización, y por el debilitamiento del Estado como garante de todos los derechos”.⁴²

La tutela jurisdiccional de los derechos humanos, es básica para que los hombres siendo verdaderos titulares de derecho, puedan acceder al ejercicio de los mismos, por medio de un sistema de órganos y vías idóneas que le garanticen su ejercicio. La función de lograr que el hombre tenga sus necesidades básicas cubiertas, para poder realmente desarrollarse con una buena base económica, cultural y social el Estado debería tenerla necesariamente en cuenta, como aquellos que realmente han alcanzado su verdadero desarrollo económico; porque son los que se deberían ocupar de dar las posibilidades a aquellos sectores que se encuentran marginados e inmersos en la miseria. Es una función para la cual tendría que cooperar toda la sociedad en unión y haciendo uso de su democracia, se debería tener en cuenta a los sectores que tienen mayor necesidad otorgándoles posibilidades de desarrollo, por ejemplo creándose mayores fuentes de trabajo.

Al ser los derechos humanos normas que existen, como en toda relación jurídica, los derechos del sujeto activo frente al sujeto pasivo. Uno es el de la obligación o prestación que tiene que cumplir (sujeto pasivo) para dar satisfacción al derecho del que es titular el sujeto activo. El hombre titular, del derecho humano, tiene enfrente un sujeto que debe cumplir con una obligación, esta obligación es de carácter esencial, es la relación de alteridad del sujeto activo frente al sujeto pasivo, el cual debe cumplir una obligación de *dare*, *prestare*, *hacere*, *non hacere* u omitir una determinada conducta. Las obligaciones a cargo del sujeto pasivo frente al derecho del sujeto activo son muy importantes, porque no hay derechos personales sin obligaciones correlativas. La importancia de las obligaciones para satisfacer los derechos del hombre se comprende cuando asumimos que la obligación no se cumple, el derecho recíproco se vuelve teórico. Por lo tanto debe haber algún medio o vía para exigir el cumplimiento de la obligación, para sancionar al sujeto pasivo incumplidor de su deber, o para repeler de alguna manera el incumplimiento. Podemos agrupar las obligaciones que dan reciprocidad

⁴² Gregorio Peces-Barba, Llamas Gascón, Fernández Liesa. *Textos básicos de derechos humanos*. Aranzadi, 2001, p. 273.

La prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado en México

a los derechos humanos en tres clases activo, o lo turben o dañen; son obligaciones de abstención. Cumplir una conducta de dar algo a favor del sujeto activo que es titular del derecho. Omitir conductas que lo violen o impidan ejercer ese derecho al sujeto. Cumplir una conducta de hacer algo a favor del mismo sujeto activo.

5. Bibliografía

- Aguado Bleye, Pedro y Alcázar Molina, Cayetano, *Manual de historia de España. Madrid*, Espasa-Calpe, S. A. t. II.
- Aguirre Beltrán, Gonzalo, *La población negra en México*, México, FCE. (Col. Tierra Firme).
- Alamán, Lucas Historia de México, México: Libros del Bachiller Sansón Carrasco, 1985.
- Álvarez, José María, *Instituciones de derecho civil de Castilla y de Indias*, México, UNAM, Estudio preliminar de Jorge Mario García Laguardia y María del Refugio González, 1982.
- _____, *Instituciones de derecho real de Castilla y de Indias*, México, UNAM, 1982.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la del 5 de febrero de 1857.*
- De la Torre, Ernesto, Moisés González Navarro y Stanley Ross, *Historia documental de México*, México, UNAM, 1964.
- De la Torre Villar, Ernesto. Morelos, México, Secretaría de Programación y Presupuesto, 1982.
- Dublán Manuel y José María Lozano, *Disposición Colección de Leyes Mexicanas*. <http://lyncis.dgsca.unam.mx:8080/examples/servlet/dublán.SirveDublandyLozanoIX.xml>.
- Forrest, William, Vicente Guerrero: *Mexican Liberator: A study in patriotism, Coahuila y Tejas-index, Dewitt Colony Texas*. EUA, Wallace L. McKeehan, 1999.
- F. C. Montague, *La Asamblea Nacional y la difusión de la anarquía, en La Revolución Francesa*. Barcelona, Monografías históricas, Ramón Sopena, s/f.
- González Navarro, Moisés, *El trabajo forzoso en México 1821-1917*. Historia mexicana, núm. 108, abril-junio, 1978.
- Hugh Thomas, *La trata de esclavos. Historia del tráfico de seres humanos de 1440 a 1870*, Barcelona, Planeta, 1997.
- Juárez, Benito, *Documentos, discursos y correspondencia*, Selección y notas de Jorge L. Tamayo. México: Secretaría de Patrimonio Nacional, 1965.
- Lengelle-Tardyla, Maurice, *La esclavitud moderna*, España, Bellaterra, 2002.
- Los Derechos del pueblo mexicano, *Las Cortes de Cádiz*, México, Porrúa, 1979.
- Mellafé, Rolando, *Breve historia de la esclavitud en América Latina*, Editorial Sep setentas, 1973.
- Peces-Barba, Gregorio, Llamas Gascón, Fernández Liesa, *Textos básicos de derechos humanos*, España, Aranzadi, 2001.
- Sierra Justo, O' Reilly y Juan Suárez y Navarro, *La guerra de castas*, México, CONACULTA, 2002.
- Tena Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México*, México, Porrúa, S. A. 2000.
- Turner, Jhon Kenneth, *México Bárbaro*, México, CORDEMEX, 1965.
- Valadés, José C., *El porfirismo, historia de un régimen*, (El crecimiento I) México, UNAM, 1977.

De la relación entre Derecho, Moral y Punibilidad

Andreas Hoyer

Universidad de Kiel

RESUMEN: *Conforme a la fórmula de Radbruch, en caso de haber un conflicto entre la seguridad jurídica y la justicia, la seguridad jurídica merece, en general, la prioridad, salvo que la contradicción del derecho positivo con la justicia alcance una magnitud tan insoportable que la ley tenga que retroceder ante la justicia, como derecho incorrecto. Pero, especialmente para las leyes penales rige el principio “nulla poena sine lege”, según el cual la punibilidad de un hecho tiene que estar establecida legalmente antes de que el hecho sea cometido. Como consecuencia de este principio, al derecho penal positivo le corresponde una prioridad frente a la justicia, aun más estricta que la que rige para el resto del derecho positivo. Por ello, no solamente elementos del tipo penal extremadamente injustos, sino también causas de justificación extremadamente injustas siguen rigiendo, en principio, en respeto a la seguridad jurídica producida por ellos. En contra del punto de vista de Robert Alexy, incluso una ley penal positiva extremadamente injusta solo puede ser tratada como inválida, si por medio de ello no amenaza producirse una pérdida esencial en seguridad jurídica, porque la ley penal afectada, en virtud de que exista un acatamiento y aplicación deficitarias, de todos modos casi no sea observada socialmente y, por ello, no produzca ningún aporte fiable en seguridad para la orientación dentro de la comunidad estatal.*

PALABRAS CLAVE: *Fórmula de Radbruch, Derecho, moral, punibilidad, nulla poena sine lege, causas de justificación, Derecho injusto, seguridad jurídica.*

ABSTRACT: *According to Radbruch's formula, the conflict between justice and the legal certainty should be solved in favour of the positive law, except for cases where the discrepancy between the positive law and justice reaches a level so unbearable that the law has to make way for justice because it has to be considered erroneous law. However, the 'nulla poena sine lege' principle applies in particular to criminal laws. According to this principle, the punishability of an act should be legally established before the act in question. As a consequence, the positive criminal law solves the conflict between justice and legal certainty in favour of the positive law in a more strict manner. Thus, not only extremely unjust elements of the offense, but also extremely unjust defenses are still applicable because of the legal certainty that they produce. Against this opinion of Robert Alexy, even an extremely unjust positive criminal law can only be considered invalid if that result does not appear to generate an essential loss of legal certainty because the criminal law in question it is nonetheless almost not enforced in a society, as a result of a deficient observance and application, and, thus, does not produce any reliable contribution to the legal certainty in the community.*

KEY WORDS: *Radbruch's formula, Law, morals, punishability, nulla poena sine lege, defenses, unjust law, legal certainty.*

SUMARIO: 1. El punto de vista de Alexy de la relación entre derecho penal positivo y moral. 2. Diferenciación entre elementos del tipo y causas de justificación. 3. Diferenciación entre presupuestos positivos y negativos de la punibilidad. 4. Las normas de un, en principio, Estado de Derecho y aquellas de un Estado de No-Derecho (injusto). 5. Diferenciación según el grado de injusticia de una norma penal. 6. Diferenciación según el grado de eficacia social de una norma penal. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

Rec: 25-06-2017 | Fav: 06-09-2017

1. El punto de vista de Alexy de la relación entre derecho penal positivo y moral

Alexy se ha ocupado de la relación entre Derecho, moral y punibilidad, en dos artículos, con motivo de la reelaboración jurídica de los homicidios cometidos por los llamados “Centinelas del Muro” de la frontera interna alemana, contra los así llamados “Fugitivos de la República”, de la República Democrática Alemana. Al respecto, Alexy, en su contribución del año 1993¹ –la anterior de esas dos–, analiza la “Sentencia de los centinelas del muro”, del BGH [Tribunal Supremo Federal], del 3 de noviembre de 1992, y, además, en su contribución aparecida cuatro años más tarde, es decir, en 1997,² la sentencia del BGH dictada contra los miembros del Consejo de Defensa Nacional de la RDA, del 26 de julio de 1994, así como la decisión del BVerfG [Tribunal Constitucional Federal], del 24 de octubre de 1996.

Si bien, entretanto, la resolución jurídica de los llamados casos de los centinelas del muro ha concluido hace mucho tiempo, ello se dio sin que a la vez hayan sido tratadas debidamente las explicaciones generales de Alexy, “sobre la relación entre derecho, moral y punibilidad” (así reza el subtítulo de la contribución mencionada en *supra*, nota 1) de ambos artículos; al menos no desde el punto de vista de la teoría del derecho y posiblemente a largo plazo tampoco desde la perspectiva de la práctica jurídica. Por ello, tampoco la siguiente investigación tratará nuevamente la

cuestión de cómo deberían haber sido juzgados de modo jurídicamente correcto los homicidios cometidos en la frontera interna alemana, sino solamente la cuestión de cómo se relaciona una “punibilidad” fundamentada o excluida por el “derecho” positivo con una “moral” cuyas normas se hallan en contradicción sustancial con aquellas del derecho positivo.

Al respecto, considerando el art. 103, II, GG (Ley Fundamental), la relación entre derecho penal positivo y moral no puede ser sopesada simplemente (al menos no a ciegas) según los mismos principios con los que podría parecer adecuado evaluar la relación entre el restante derecho positivo y la moral. Pues, según el texto del art. 103, II, GG, un hecho solo puede ser penado si la punibilidad estaba determinada “legalmente”, es decir, mediante un derecho positivo escrito, antes de que fuera cometido. Aun cuando el art. 103, II, GG, en contra de su tenor literal, fuera entendido como mero principio en el sentido de Alexy,³ es decir, como derecho “flexible”, abierto a ponderaciones, de ese principio se seguiría, de todos modos, que al derecho penal positivo, en razón de que se trata de normas que fundamentan y que excluyen la punibilidad, le correspondería una mayor importancia, con relación a la moral, que la que vale para el derecho positivo referido a las demás consecuencias jurídicas. Pues una norma constitucional que, según su tenor literal, rece tan inequívocamente y sin restricciones, no hay respecto de disposiciones sobre otras consecuencias jurídicas que no sean de la “punibilidad” de un

¹ Alexy, R. *Mauerschützen – Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1993.

² Alexy, R. Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996, Hamburg, Joachim Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften/Vandenhoeck & Ruprecht, 1997. [Nota del editor: existe traducción castellana publicada como “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín” en *Doxa*, n.º 23, 2000, pp.197-230].

³ Alexy, R. *Theorie der Grundrechte*. 5.ª ed., Berlín, Suhrkamp Verlag KG, 2006, p. 75 y ss. [Nota del editor: existe traducción castellana de la 1ª ed. publicada como *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993].

hecho, de modo que aquí también habría más espacio para normas morales junto al derecho positivo o en lugar de él.

Incluso si el art. 103, II, GG, siguiendo a Alexy, fuera interpretado como regla con una “cláusula de excepción” no escrita, clara y concluyentemente delineada,⁴ en la definición de esta cláusula de excepción debería ser tomado en cuenta que su alcance tiene que seguir siendo más estrecho que aquel de las restricciones a los derechos fundamentales que ya están dispuestas en el texto de la Constitución por reservas correspondientes. Pues Alexy considera admisible también una excepción a la protección de la confianza concedida por el art. 103, II, GG, solo “en circunstancias extremas”, cuando, si no, estaría lesionado en su ámbito central “el principio vinculado al Estado de Derecho de la justicia material”.⁵

En concreto, en confrontación con el Tribunal Constitucional Federal, Alexy propone excluir del art. 103, II, GG, una protección estricta de la confianza, solo bajo la condición de que “primero, no sean respetados ni la democracia ni la división de poderes ni los derechos fundamentales, y, segundo, bajo estas circunstancias sean creadas causas de justificación que amparen la injusticia extrema”⁶ [*“extremes Unrecht”*]. * Solo para la constelación de casos de excepción “de la especial causa de justificación de un Estado injusto [“Estado de No-Derecho”], que ampare la injusticia extrema”,⁷ sufre una restricción el ámbito de protección del art. 103, II, GG, restricción que permite tratar como inválida desde el inicio a esta causa de justificación, en correspondencia con la fórmula de Radbruch. “En todo caso sería vulnerado el art. 103, II, GG”, en cambio, conforme a Alexy, si, invocándose el “principio de la justicia material”, fuera “creado un nuevo tipo penal”⁸ –y su inexistencia hasta el presente en el derecho penal positivo

pareciera aun así extremadamente injusta también desde el punto de vista moral–.

Por contraposición, en lo que atañe a la (no) consideración de las causas de justificación extremadamente injustas, se debería diferenciar evidentemente según que se trate, en esa medida, de un derecho positivo dentro de un Estado injusto [Estado de No-Derecho] o de un Estado en el cual rijan la democracia y el principio de división de poderes, así como los derechos fundamentales. Pues, bajo estas condiciones, se debería poder confiar, en principio, en que también el derecho penal positivo satisfaría las exigencias de la justicia material,⁹ por lo cual el art. 103, II, GG, protegería una confianza fundamentada de ese modo, aun cuando, en casos excepcionales, se llegara alguna vez a un derecho positivo extremadamente injusto, dentro de un sistema estatal constituido, básicamente, como Estado de Derecho.

Los requisitos cualificados, bajo los cuales un derecho penal positivo extremadamente injusto, en correspondencia con la fórmula de Radbruch, pueda ser tratado desde el inicio como inválido, deberían consistir, según ello, en que, primero, en ese caso “sólo” se trate de una causa de justificación y, segundo, que sea una tal de un Estado de No-Derecho. En tanto se trate de otras consecuencias jurídicas que la de la punibilidad de un hecho y, por ello, el art. 103, II, GG, con todo, no sea determinante, la fórmula de Radbruch, en cambio, no puede llegar a ser aplicable, aun independientemente de estos dos requisitos cualificados y el ilícito extremo de carácter legal pueda ser clasificado, en correspondencia con ella, como No-Derecho. En lo que sigue serán analizados los dos requisitos cualificados ya mencionados, para una evaluación de leyes penales según los parámetros de la fórmula de Radbruch en vista de su justificación sustancial.

⁴ Alexy, R., supra nota 2, p. 23.

⁵ Alexy, R., supra nota 2, p. 25.

* Nota del traductor: La llamada “fórmula de Radbruch”, que Alexy abrevia como, *extremes Unrecht ist kein Recht* “ha sido traducida como “extrema injusticia no es derecho” (cfr. <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2109/AD-54.pdf?sequence=1> [enlace verificado el día 24 de mayo de 2017]). En alemán “salta a la vista” el juego de palabras que, en español, no llega a aflorar. “Unrecht” podría ser traducido también como “ilícito”; pero aun así no operaría como antónimo de “derecho”. La fórmula más literal rezaría: “el extremo no-derecho no es derecho”. Justicia e injusticia, en sentido estricto, se dice en alemán, “Gerechtigkeit/Ungerechtigkeit”. Pero en este texto el propio autor utiliza la expresión “Unrecht” como correspondiente a “injusticia”.

⁶ Alexy, R., supra nota 2, p. 20.

⁷ Alexy, R., supra nota 2, p. 23.

⁸ Alexy, R., supra nota 2, p. 30.

⁹ Alexy, R., supra nota 2, p. 24.

2. Diferenciación entre elementos del tipo y causas de justificación

En forma explícita, Alexy no ha querido adentrarse, en su contribución sobre la punibilidad de los “centinelas del muro”, “en el profundo y discutido problema dogmático-jurídico de la relación entre tipo y causa de justificación”,¹⁰ pero sí llegó a constatar, de todos modos, que la “diferencia entre tipo y causa de justificación no es de naturaleza meramente técnica”, sino que, mediante normas que fundamentan la punibilidad y que la excluyen se “expresaría con frecuencia dos principios opuestos”.¹¹ La tesis de que la distinción entre elementos negativos del tipo y causas de justificación “no es de naturaleza meramente técnica” tiene su representante más prominente, por lo demás, en el BVerfG: ciertamente no en su decisión del 24 de octubre de 1996, sino ya en su segunda sentencia sobre interrupción del embarazo, 12 del 28 de mayo de 1993.

En esa decisión, el BVerfG, como se sabe, objetó que el legislador, en el año 1992, mediante la Ley de Ayuda a las Embarazadas y a las Familias, hubiera clasificado como “no antijurídica”, es decir, como justificada, en el § 218a, I, StGB, anterior redacción, la interrupción de embarazo ejecutada después de un asesoramiento dado a la embarazada, a su petición, por un médico, dentro de las primeras doce semanas desde la concepción, en lugar de conformarse con que “las interrupciones de embarazos llevadas a cabo conforme al sistema del asesoramiento fueran exceptuadas de la conminación penal por medio de una exclusión del tipo”.¹² “Debido a la contundencia que le corresponde a una causa de justificación jurídico-penal para todo el ordenamiento jurídico”,¹³ sería imposible “limitarla, en sus efectos, al derecho penal”.¹⁴ “Si, en cambio, las interrupciones de embarazos, bajo determinados presupuestos, son excluidas del tipo penal, entonces eso significa, tan solo, que ellas no están conminadas con pena [...] En otros ámbitos

del ordenamiento jurídico, entonces, podrán ser dictadas regulaciones autónomas que partan de la base, en ese campo, de la antijuridicidad de la interrupción del embarazo”.¹⁶

Siguiendo estas explicaciones del Tribunal Constitucional Federal, la diferencia entre un elemento negativo del tipo –al como entretanto lo fijó el legislador en el § 218a, I, StGB, de la nueva redacción– y una causa de justificación –como la que estaba prevista en el § 218a, I, StGB, de la anterior redacción– reside, por tanto, en el diferente alcance de las consecuencias jurídicas derivadas de ello en cada caso: mientras que un elemento negativo del tipo solo se refiere a la punibilidad eventualmente excluida por él de un tipo determinado, una causa de justificación extiende su efecto legitimante de la conducta respectiva, en principio, hacia todo el ordenamiento jurídico.

Si sobre esta base, a partir de aquí es aplicada la fórmula de Radbruch, por un lado, a una causa de justificación (como la del § 218a, I, StGB, ant. red.), y, por otro lado, a una “mera” exclusión del tipo penal (como la del § 218a, I, StGB, en su actual red.), entonces, la causa de justificación, debido a su abarcadora “contundencia”,¹⁷ referida a todo el ordenamiento jurídico, ya en caso de una injusticia menos marcada por lo extremo tendría que ser víctima de la fórmula de Radbruch antes que una mera exclusión del tipo penal, que tiene por consecuencia solo una renuncia a reacciones jurídico-penales (como las más intensas de las que se dispone en el ordenamiento jurídico en su totalidad), pero que no puede producir una equiparación jurídica general de la conducta respectiva con una acorde al derecho, y que, por ello, deja espacio para una reprobación jurídica de esa conducta “en otros ámbitos del ordenamiento jurídico”.¹⁸ Por tanto, asumiendo que una regulación como la del § 218a, I, StGB, ant. red., fuera considerada como una injusticia extrema, en el sentido de la fórmula de Radbruch, entonces una mera exclusión del tipo con contenido de regulación por lo demás idéntico, como se regula

¹⁰ Alexy, R., supra nota 1, p. 31.

¹¹ Alexy, R., supra nota 1, p. 32.

¹² BVerfGE, t. 88, p. 203 y ss.

¹³ BVerfGE, supra nota 12, p. 300.

¹⁴ BVerfGE, supra nota 12, p. 299.

¹⁵ BVerfGE, supra nota 12, p. 273.

¹⁶ BVerfGE, supra nota 12, p. 274.

¹⁷ BVerfGE, supra nota 12, p. 299.

¹⁸ BVerfGE, supra nota 12, p. 274.

en el § 218a, I, StGB, nueva red, no necesariamente aún, por ello, tendría que ser valorada del mismo modo. Antes bien, desde el punto de vista de la lógica jurídica se podría defender absolutamente que un modelo del asesoramiento que opera con una exclusión de la tipicidad reciente sería extremadamente injusto, si la atipicidad de la interrupción del embarazo ejecutada después de un asesoramiento se extendiera hasta el comienzo de los dolores del parto, mientras que, respecto de una causa de justificación, originaría el mismo veredicto ya un plazo de 12 semanas desde la concepción.

Pero, entretanto, contradiría la finalidad de la fórmula de Radbruch que una exclusión de la punibilidad producida en el plano del tipo a pesar de la extrema injusticia de los presupuestos a los que estuviera ligada, siempre deba mantenerse, porque, debido al art. 103, II, GG, de ningún modo puede ser creado un nuevo tipo penal,¹⁹ mientras que una exclusión de la punibilidad producida en el plano de la justificación, aunque ligada a requisitos que, frente a aquello, fueran menos extremadamente injustos (en el sentido de la fórmula de Radbruch, pero siempre aún suficientemente injustos), puede ser tratada desde el inicio como ineficaz y, conforme a ello, también ser penada la conducta adecuada al tipo penal. Precisamente causa una impresión contraria al valor, en el sentido de la fórmula de Radbruch, si, por un lado, es negada la exclusión de la punibilidad dispuesta en el plano de la justificación para una conducta extremadamente merecedora de pena, pero, por otro lado, es respetada la exclusión de la punibilidad dispuesta en el plano del tipo para una conducta aún extremadamente merecedora de pena.

3. Diferenciación entre presupuestos positivos y negativos de la punibilidad

Sin embargo, posiblemente sucedería esa injusticia a causa de que ya en el plano del tipo se distinga entre presupuestos positivos y negativos de la punibilidad y, p. ej., aquel “tipo restante” que consiste exclusivamente en elementos positivos del tipo —el cual

subsiste tras la eliminación de un elemento negativo del tipo por medio de la fórmula de Radbruch— sea reconocido como eficaz y potencialmente fundante de la punibilidad. Si se considerase, dicho a modo de ejemplo, extremadamente injusto el elemento negativo del tipo derivado del § 218a, I, StGB, frente la punibilidad por interrupción del embarazo, en razón de que todo aborto fuera equiparable a un asesinato, entonces de la realización de los elementos positivos expresados en el § 218, I, StGB, siempre podría inferirse la punibilidad de una interrupción de embarazo. Para arribar a tal resultado uno tendría que defender el punto de vista de que el tipo restante que queda, de elementos positivos del tipo, después de rechazar un elemento negativo del tipo, no sería para nada uno “nuevo”, en contra del art. 103, II, GG, sin determinación legal correspondiente del tipo penal creado, sino que todos los elementos de este tipo restante estarían expresados en definitiva por escrito en el texto legal respectivo al momento del hecho (junto a aquellos elementos del tipo de los que, por su extrema injusticia, fue reducido el tipo total a releer en la ley).

Pero la diferenciación entre elementos positivos y negativos del tipo es de “naturaleza demasiado técnica”,²⁰ como para poder adosarle consecuencias jurídicas diferentes, *sub specie* art. 103, II, GG: Negativo, en el sentido de que restringe la punibilidad, es en el fondo todo elemento del tipo, dado que, sin el elemento respectivo, quedarían abarcados en el tipo restante más decursos del acontecer que si se le añade otro elemento.²¹ Por lo demás, es una mera cuestión de formulación, la de si el legislador o bien abarca, primero, en el tipo, por medio del § 218, I, StGB, todas las interrupciones de embarazo y luego, en el § 218a, I, StGB, agrega un elemento restrictivo, según el cual eso no regiría para las interrupciones de embarazo efectuadas por un médico dentro de un plazo de doce semanas desde la concepción, después de un asesoramiento a petición de la embarazada, o bien describe de antemano de manera tan estrecha la materia abarcada típicamente mediante elementos positivos, que ya no hace falta su restricción por elementos negativos del tipo. Un tipo total configurado mediante

¹⁹ Así, Alexy, R., *supra* nota 2, p. 30.

²⁰ Así, BGHSt, t. 39, pp. 1, 28.

²¹ Kaufmann, “Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung”, en JZ, 1955, pp. 37-38 y ss.

De la relación entre Derecho, Moral y Punibilidad

la inversión de los elementos negativos del tipo, expresados en el § 218a, I, StGB, en elementos positivos, podría rezar, p. ej., de la siguiente manera:

“Quien hace interrumpir un embarazo:

”1) después del transcurso de un plazo de doce semanas desde la concepción,

”2) contra la voluntad de la embarazada o sin una voluntad de ella configurada sobre la base de un asesoramiento,

”3) por medio de un amateur de la medicina, [...]”.

Expulsar al elemento negativo del tipo descrito en el § 218a, I, StGB, invocando una extrema injusticia sería equiparable al caso en que las tres alternativas del tipo surgidas de la reformulación en elementos positivos (n.º s. 1 a 3) fueran tratadas acumulativamente como inválidas desde el vamos; o bien fueran complementadas por una cuarta alternativa (equivalente en las consecuencias) que abarcase el caso en que el autor “4) hiciera interrumpir un embarazo de otra forma”. En cualquier caso, a partir de un n.º 4 así delineado se derivaría claramente que, en esa medida, se trataría de un nuevo tipo adicional, junto al creado por el legislador, lo cual –así, Alexy–²² en todo caso vulneraría el art. 103, II, GG.

Pero, si existe una vulneración tal, en tanto sea desechada una restricción del tipo formulada de manera exclusivamente positiva, tendrá que valer lo mismo también para desechar un elemento negativo del tipo y con mayor razón una causa de justificación (lo último, debido a la más amplia contrariedad a la ley que conlleva la anulación de una causa de justificación).

4. Las normas de un, en principio, Estado de Derecho y aquellas de un Estado de No-Derecho (injusto)

Por consiguiente, el art. 103, II, GG, vale en igual medida respecto de todos los presupuestos de la “punibilidad” de un hecho, sea que estos estén formulados positiva o negativamente, que se refieran al plano del tipo, de la justificación o incluso de la culpabilidad.

Pero el hecho de que el art. 103, II, GG, rija en esa medida por igual, no significa aún –para elementos de cualquiera de los tres planos– una validez absoluta. Antes bien, el art. 103, II, GG, se podría entender, con Alexy, en gran medida, como una regla que vale solo bajo determinadas condiciones;²³ ciertamente, ya no en caso de injusticia extrema de determinados presupuestos de la punibilidad que le privan parte de su validez, dado que, en caso contrario, al autor se lo privaría del principio adicional de confianza, que le concede el art. 103, II, GG, precisamente frente a una punibilidad no esperable desde el punto de vista del derecho positivo –a diferencia de lo que sucedería frente a otras consecuencias jurídicas–. Por tanto, la interpretación aconsejable del art. 103, II, GG, tiene que reconocerle al autor, por un lado, un “plus” de protección de la confianza, frente a la punibilidad no esperable con relación al principio de confianza frente a las demás consecuencias jurídicas. Pero, por otro lado, este principio de confianza no necesariamente tiene que ser ilimitado, sino que, dicho a modo de ejemplo, puede valer también bajo la condición de que el confiar valga para el derecho positivo de un Estado que garantice el principio democrático y la división de poderes, así como los derechos fundamentales.²⁴ En tanto se trate de normas particulares de derecho penal extremadamente injustas, dentro de un tal, en principio, Estado de Derecho, no se podría dispensar a sus normas de Derecho penal de la confianza, a pesar de ello, en contra de la fórmula de Radbruch, en consideración al art. 103, II, GG; en cambio, en tanto la injusticia extrema caracterice las normas de derecho penal de un Estado de No-Derecho (injusto) o bien normas extrapenales, el ámbito de protección del art. 103, II, GG, ya no estaría afectado, y, por consiguiente, la fórmula de Radbruch podría ser aplicada decididamente al derecho positivo extremadamente injusto.

Por tanto, si bien el art. 103, II, GG, garantiza una protección de la confianza cualificada precisamente respecto del derecho positivo de punibilidad contradictoria, justamente solo la garantizaría frente a la punibilidad dentro de un, en principio, Estado de Derecho. La existencia de un tal, en principio, Estado

²² Alexy, R., *supra* nota 2, p. 30.

²³ Alexy, R., *supra* nota 2, p. 24.

²⁴ Así, BVerfGE, t. 95, pp. 96-132.

de Derecho configura, siguiendo al BVerfG, la necesaria “base de confianza especial” para que todo destinatario de la norma pueda asumir lícitamente, sin más análisis, que todas las normas de derecho penal positivo del Estado respectivo satisfacen, en medida suficiente, las exigencias de la justicia material.²⁵ En cambio, en un Estado que no estuviera regido por la democracia, la división de poderes y la vigencia de los derechos fundamentales, de antemano habría que contar con un derecho positivo extremadamente injusto, de modo que faltaría el necesario soporte aparente del derecho para que rija una confianza irrestricta en la validez de su derecho penal positivo y, por ello, un eventual conflicto entre justicia material y derecho positivo podría ser resuelto haciendo caso omiso del art. 103, II, GG, por medio de la fórmula de Radbruch.

Alexy caracteriza como “razonable [...] que, en el no-reconocimiento de especiales causas de justificación de un régimen injusto, que ampara la injusticia extrema, no se aprecie una vulneración del art. 103, II, GG”.²⁶ En efecto, toda confianza merece protección tan solo en la medida en que se base en una apariencia objetiva (en un soporte de la confianza), que justifica la formación de una confianza bajo circunstancias de esa índole. Antes de que sea tratada la cuestión de si determinadas circunstancias dan derecho a confiar y sirven así como soporte de confianza, habría que aclarar qué clase de confianza está protegida, en definitiva, por el art. 103, II, GG, en aquellos casos en los que hay derecho a confiar.

En contra del criterio del BVerfG, no se trata, en mi opinión, de la confianza en que el derecho sancionado conforme al ordenamiento y socialmente eficaz, formulado por el Estado respectivo, se corresponda con las exigencias de la justicia material o que al menos no las contradiga de manera extrema: incluso un autor cuyo sentimiento de justicia le indique a él inequívocamente que una determinada norma penal que integre el derecho positivo de su Estado sea extremadamente injusta, siguiendo al BVerfG, en el caso de una constitución del Estado que se adecue, en principio, a una justicia material, está protegido por el art. 103, II, GG, ante una aplicación de la fórmula de Radbruch, y, por ello, puede comportarse en

correspondencia con esta norma, sin tener que temer por una pena. Contradiría diametralmente una diferenciación según la confianza respectivamente puesta en la justicia material (o bien, al menos, en una injusticia leve) del derecho positivo, si el art. 103, II, GG, protegiera, en un Estado de Derecho, incluso a aquel autor que ha comprendido acertadamente la injusticia extrema de una norma penal que se refiere a él, y que, en cambio, en un Estado de No-Derecho (injusto) no protegiera incluso a aquel autor al que le resulta completamente oculta la injusticia extrema de una norma penal de idéntico contenido.

Por tanto, el art. 103, II, GG, no diferencia según la confianza respectiva en que el derecho penal positivo también sea materialmente justo o, en todo caso, no sea extremadamente injusto. Pero si el art. 103, II, GG, así y todo, no presupone confianza en la justicia material (o en todo caso una injusticia leve) de las normas penales de derecho positivo, también sigue siendo irrelevante la cuestión de si existe –y, en su caso, en qué medida– una razón para que el autor tenga una confianza de esa índole. Allí donde no interesa, para la protección de una persona, su “buena fe” (su confianza de hecho), tampoco hará falta buscar un “sustento aparente de la confianza”, en la forma de una constitución del Estado en principio digna de confianza, como fundamento de esa buena fe, y diferenciar según eso.

5. Diferenciación según el grado de injusticia de una norma penal

En lugar de la confianza en que el derecho positivo también sea materialmente justo o al menos no sea extremadamente injusto, el art. 103, II, GG, más bien estabiliza la confianza en poder fiarse, en todo caso, de la validez del derecho positivo, con prescindencia de su eventual injusticia material, dado el caso incluso extremo. Por tanto, se trata de una confianza que se refiere a la autoridad del legislador de poder sancionar el derecho válido, en lugar de la confianza en la justicia material o en la moralidad del derecho sancionado por él. A partir del art. 103, II, GG, se deriva que, con relación al derecho positivo, a esta confianza

²⁵ BVerfGE, supra nota 24, p. 133.

²⁶ Alexy, R., supra nota 2, p. 20 ss.

en la autoridad del legislador le corresponde al menos una prioridad relativa aun más clara (si no quizá incluso una prioridad absoluta), frente a la moralidad del contenido de la ley, que con relación al restante derecho positivo.

Concederle a la “*auctoritas*”, con Hobbes, un rango prioritario absoluto frente a la “*veritas*” del derecho penal,²⁷ significaría interpretar al art. 103, II, GG, como regla, en el sentido de Alexy.²⁸ Si, en cambio, el art. 103, II, GG, debiera ser concebido como mero principio, solo se podrían realizar injerencias en este principio si se cumplen requisitos más calificados que los que, de todos modos, deben ser formulados en protección de la seguridad jurídica (art. 20, III, GG), para injerencias en la forma del derecho positivo, basadas en la justicia. Por tanto, el principio contrario de la justicia material, igualmente anclado en el principio del Estado de Derecho, tiene que prevalecer aun más claramente, respecto de la seguridad jurídica, que lo que es necesario en el ámbito extrapenal, para poder pasar por alto el ordenamiento y el rendimiento del derecho positivo en crear seguridad en la orientación. Así, p. ej., si, en el sentido del Tribunal Constitucional Federal, alcanza, para una eximición de la legislación de los funcionarios del Estado nacional-socialista dentro del gran número de derecho positivo válido, cuando ella pareciera extremadamente injusta en correspondencia con la fórmula de Radbruch,²⁹ entonces una injusticia extremadamente marcada de las exclusiones de la punibilidad en todo caso aún no serían suficientes para su eximición a la luz del principio constitucional establecido en el art. 103, II, GG.

Ahora bien, teóricamente siempre se podrá pensar y formular, con relación a cualquier norma ya extremadamente injusta una norma aun más extremadamente injusta, de modo que tampoco conduciría a un resultado declarar como de rango inferior al art. 103, II, GG, frente al principio de la justicia material, solo en caso de normas penales injustas del mayor extremo posible. Pues no hay un final en las posibilidades de incremento de injusticia material, así como no hay

un final de la secuencia de números, es decir, que la restricción del art. 103, II, GG, mediante una excepción de esa índole, va a dar necesariamente, de hecho, en el vacío.

6. Diferenciación según el grado de eficacia social de una norma penal

Por ello, en mi opinión, para restringir constructivamente la garantía constitucional en favor del derecho penal positivo expresada en el art. 103, II, GG, en interés de la justicia material, queda solo un camino: en lugar de requerir, del lado de la justicia material, tan “solo” una injusticia extrema de la norma penal en el sentido de la fórmula de Radbruch, tendrá que estar en juego, de la otra parte, justamente un “*minus*” de seguridad jurídica, para poder clasificar su afectación por la exclusión de una restricción de la punibilidad extremadamente injusta como de menor peso en relación con la justicia material resguardada por medio de ello. Según Alexy, incluso una norma individual sancionada formalmente conforme al ordenamiento solo forma parte de la gran cantidad de derecho positivo vigente en un ordenamiento, en tanto y en cuanto exhiba, como este, “un *minimum* de eficacia social o de chance de eficacia”.³⁰ Por tanto, respecto de la efectividad social de una norma de derecho positivo existen posibilidades de incrementación dentro de un continuo, que va desde aquel mínimo hasta un acatamiento de la norma casi absoluto o la imposición de una sanción en caso de su no acatamiento. Una norma socialmente eficaz en grado mínimo contribuye un poco a mantener el orden social que ella integra y a servir como modelo de orientación de decisiones de conducta propias y ajenas dentro de este ordenamiento, mientras que, en cambio, una norma reconocida en general lo hace en medida considerablemente mayor.

Una norma que socialmente queda en gran medida sin acatamiento y que en el caso de su no acatamiento no origina regularmente ninguna sanción tampoco

²⁷ Hobbes. Leviathan. Neuwied, Luchterhand, 1966, cap. n.º 26, p. 210 ss. [Nota del editor: existe traducción castellana publicada como *Leviatán*. Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1980].

²⁸ Alexy, R., supra nota 3, p. 76.

²⁹ En las consecuencias, se lo niega en BVerfGE, t. 6, pp. 132-198 ss.

³⁰ Alexy, R., *Begriff und Geltung des Rechts*, 4.ª ed., Friburgo-Múnich, Karl Alber, 2005, p. 147. [Nota del editor: existe traducción castellana publicada como *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona, Gedisa, 2004].

justifica una confianza particularmente firme en su fuerza de vigencia como derecho positivo y, en correspondencia con ello, genera poca seguridad jurídica. Por tanto, con relación a la medida menor de seguridad jurídica que es creada por una norma tal, su eventual injusticia extrema prepondera de modo especial; o bien, expresado a la inversa, se produciría solo una pérdida mínima en seguridad jurídica con relación a injusticia extrema de la norma evitada por medio de que esta norma sea excluida del sistema jurídico positivo restante, mediante la fórmula de Radbruch. Es decir, cuanto mayor sea, por un lado, el grado de efectividad social que le corresponda a una norma penal, tanto más extremadamente tendrá que estar marcada, por otro lado, su injusticia material, para compensar la pérdida en orden social co-constituido por esa norma y la seguridad de la orientación personal, ligadas al quebrantamiento del art. 103, II, GG.³¹

De este modo, dos normas penales de igual contenido y que aparecen, en cada caso, como inequívocamente injustas en lo material pueden ser evaluadas, sin embargo, de modo diferente, si una norma integra los pilares de un ordenamiento social que a grandes rasgos funciona y para cuya existencia en general es considerada imprescindible, mientras que la otra, así y todo, más bien es valorada como solo “escrita en papel” o bien como funcionalmente fácil de renunciar para el bien común estatal respectivo.

7. Conclusiones

Hoy en día –más de un cuarto de siglo después de la caída de la ex R.D.A. – realmente ya no es de interés práctico la cuestión de a qué consecuencias conduciría una ponderación de principios realizada según criterios de esta índole, especialmente en los “casos de los centinelas del muro” analizados por Alexy. Pero en todo caso parece de interés teórico, y en otros supuestos futuros quizá también de interés práctico, que la solución del “conflicto entre justicia y seguridad

jurídica” que Radbruch intentó desarrollar con su fórmula devenida en famosa, en contra de esta fórmula, dependa no solamente de cuán insostenible resulte “la contraposición del derecho positivo a la justicia”,³² sino también, por otro lado, de cuán insostenible sería para la continuidad de un orden social que funciona en lo esencial, y para su seguridad jurídica, que la ley cuya validez se investiga en concreto tuviese “como derecho incorrecto, que retroceder frente a la justicia”.

8. Bibliografía

- Alexy, Robert. *Mauerschützen – Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1993.
- _____, *Begriff und Geltung des Rechts*, 4.^a ed., Friburgo-Múnich, Karl Alber, 2005 [Nota del editor: existe traducción castellana publicada como *El concepto y la validez del derecho*, trad. Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 2004].
- _____, *Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996*, Hamburg, Joachim Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften/Vandenhoeck & Ruprecht, 1997. [Nota del editor: existe traducción castellana publicada como “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín”, trad. Daniel Oliver Lalana, en *Doxa*, n.º 23, 2000, pp.197-230].
- _____, *Theorie der Grundrechte*, 5.^a ed., Berlin, Suhrkamp Verlag KG, 2006 [Nota del editor: existe traducción castellana de la 1.^a ed. publicada como *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993].
- Hobbes, Thomas. *Leviathan*. Neuwied, Luchterhand, 1966 [Nota del editor: existe traducción castellana publicada como *Leviatán*, trad. Manuel Sánchez

³¹ Habla en favor de una tal diferenciación, además, el argumento de la efectividad dado por Alexy (supra nota 30, pp. 87 y ss.), un concepto de derecho no-positivo podría fortalecer la disposición a resistir por parte de la práctica jurídica, al menos frente a “un régimen injusto débil, especialmente en su fase inicial”: “Si un Estado de No-Derecho (injusto) acaba de ser establecido exitosamente, los conceptos jurídicos ya no podrían producir efectos”.

³² Radbruch, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, en *Gesamtausgabe*, t. 3, Heidelberg, C.F. Müller, 1990, pp. 83-89. [Nota del traductor: el trabajo de Radbruch citado aquí por el autor fue traducido al español, hace mucho tiempo].

De la relación entre Derecho, Moral y Punibilidad

Sarto, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1980].

Kaufmann, Armin. “Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung”. en *JZ*, 1955, pp. 37-41.

Radbruch, Gustav. “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”. en *Gesamtausgabe*, t. 3, Heidelberg, C. F. Müller, 1990 [Nota del traductor: el

trabajo de Radbruch citado aquí por el autor fue traducido al español, hace mucho tiempo, por María Isabel Azareto de Vásquez, publicado como pequeño opúsculo: *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, Abeledo-Perrot, 1962 (“Colección Nueva Teoría”).]

La privación penal de libertad en la Constitución de 1812. La cárcel en los debates y en la norma fundamental de Cádiz

Ricardo M. Mata y Martín

Catedrático de Derecho penal
Universidad de Valladolid

RESUMEN: En un momento particularmente significativo de tránsito del Antiguo Régimen hacia la configuración del Estado liberal, pero también momento cualificado en la perspectiva penal y penitenciaria, se presenta la obra de las Cortes de Cádiz y la Constitución en ellas aprobada. La cárcel trae una larga historia pero en el conclave de Cádiz la privación penal de libertad suscita un enorme interés en un periodo histórico en el que el valor de la libertad se encuentra en alza. Por ello se aborda el tratamiento de la privación penal de libertad en la preparación de la actividad de las cortes, en las discusiones parlamentarias que se suscitaron y la regulación de la misma en el texto constitucional ya sancionado. También se apunta la descripción de la situación material de las cárceles en aquel momento y algunos hitos penitenciarios posteriores a la misma Constitución de 1812.

PALABRAS CLAVE: Cortes de Cádiz, Constitución de 1812, cárcel, privación penal de libertad, Jovellanos, Lardizábal.

ABSTRACT: The labors of the Cadiz Courts are presented, which led to the approval of the Constitution at a particularly meaningful time during the transition from the Ancien Régime to the organization of the liberal State, but also at a key time from a criminal and penitentiary-related perspective. Prison has a long history, but criminal deprivation of liberty stimulated enormous interest at the Cadiz conclave throughout a period of history in which the value attached to liberty was on the rise. Thus, the treatment of criminal deprivation of liberty is approached in the preparations for the Cadiz Courts, in the parliamentary debates that took place and through its regulation in the previously approved constitutional text. A description of the actual conditions in prisons at that time is also noted as well as some milestones in prison life that followed the Constitution of 1812.

KEY WORDS: Cortes de Cádiz, Constitution of 1812, jail, criminal deprivation of freedom, Jovellanos, Lardizábal.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La situación precedente. 2.1. La legislación anterior. 2.2. El pensamiento penal ilustrado. 2.3. La situación real de los centros de reclusión. 3. La preparación de los trabajos constitucionales y el debate en cortes de su articulado. 3.1. Los trabajos de la Junta de Legislación. 3.2. Las discusiones y resoluciones de las Cortes previas a la Constitución. 4. El articulado de la Ley fundamental. 5. El tiempo posterior a la Constitución de 1812.

1. Introducción

Con el presente trabajo se quiere delinear el marco general del modelo por el cual resulta lícita la privación jurídica de libertad del individuo por parte del poder público en la obra de las Cortes constituyentes de Cádiz, ya por tanto a principios del siglo XIX. En todo momento histórico la sociedad dispone de distintas formas de actuación frente a los hechos socialmente dañados, de forma que el encierro y privación de libertad puede ser uno de los instrumentos más poderosos dirigidos frente a los hechos considerados delictivos. Sin embargo, en la historia y en la orientación fundamental de un periodo, el enfoque con el que se aplica la pérdida de libertad permite señalar una perspectiva propia y diferencial, que trataremos de reconocer en el sistema de la Constitución Española de 1812.

Debe tenerse en cuenta el particular interés que manifiesta a este respecto la Constitución gaditana, pues nos encontramos en una zona de transición entre el Antiguo Régimen y el Estado Liberal (con el alza del valor de la libertad) y en un momento, por otra parte, de cambio en el sistema de la privación de libertad que apunta ya a su consideración jurídica de auténtica pena y no solo como medida cautelar o de aseguramiento. El sistema de privación penal de libertad está en un lento pero efectivo proceso de evolución.

Para la aproximación al sistema de encarcelamiento nos vamos a valer de la comparación básica con la situación anterior al texto fundamental, de los precedentes inmediatos a la elaboración de la constitución, naturalmente del mismo articulado constitucional y de una referencia elemental a las medidas que de forma inmediatamente posterior a la misma Constitución van a aprobar las Cortes de Cádiz, siguiendo su programa liberal, en lo que hoy llamaríamos bloque de constitucionalidad.

2. La situación precedente

2.1. La legislación anterior

Como en la generalidad de las materias la normativa penitenciaria a finales del siglo XVIII se encontraba

dispersa en normas de muy distinta naturaleza y de procedencia temporal también muy variable y en ocasiones muy lejana (como en el caso de Las Partidas, siempre citadas para el principio fundamental que rige históricamente el sentido del encarcelamiento). Esta situación tan extendida había dado lugar a las recopilaciones (Nueva y Novísima) como un intento de ganar en certidumbre sobre las normas aplicables. Se trataba de un sistema compuesto por disposiciones históricas que daba lugar a una gran incertidumbre y complejidad en la justicia penal.

Existían en esta época algunos instrumentos jurídicos recientes dirigidos al campo penal. Podemos para este periodo señalar la Pragmática de 12 de marzo de 1771 de Carlos III, en la que se establece un principio general de clasificación de los delitos por su gravedad que permitirá señalar el destino de los reos bien a los presidios africanos (para los delitos menos graves), bien a los arsenales peninsulares de Cartagena, Ferrol y Cádiz (en el caso de los delitos más graves). También puede citarse la Consulta de Carlos III de 1776 al Consejo de Castilla,¹ instada a través de su Secretario de Estado y del Despacho General de Gracia y Justicia, Manuel de la Roda, en la que mostraba preocupación por ciertos aspectos relativos a las penas, como su proporcionalidad, la supresión o reducción de la pena de muerte, así como el empleo del tormento como medio de prueba.

Pero en materia penitenciaria existían algunas normas particulares de reciente aparición y con sentido peculiar, ya por tanto en el ámbito del cumplimiento de penas. Comenzado el siglo se había aprobado la Real Ordenanza para el gobierno de los Presidios de los Arsenales de Marina de 20 de marzo de 1804. Se trata de un ámbito muy determinado y con una finalidad utilitaria precisa que fundamenta la ejecución de la pena. Se ha valorado muy favorablemente la Ordenanza con una adecuada organización presidial, un sentido correccional general y un régimen de separación y clasificación adelantado. Sin embargo, situación histórica no permitió su continuidad y aprovechamiento, especialmente con el desastre naval de Trafalgar² que hizo desaparecer la marina de guerra –ámbito en el que se encuadraban estos

¹ Masferrer, A. “La ciencia del Derecho penal en la codificación decimonónica. Una aproximación panorámica a su contenido y rasgos fundamentales”, *Estudios de Historia de las Ciencias Criminales en España* (Alvarado Planas/Serrano Maillo, Editores). Dykinson 2007, p. 291-2.

² Sanz Delgado, E. *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*. Edisofer 2003, p. 189 y ss.

presidios— aunque se indica su influjo en la normativa posterior. Por otra parte también aparece en esta época previa el Reglamento de Presidios Peninsulares de 1807. Dedicado a la organización de los Presidios en las capitales, tomando como modelo el de Cádiz. Se destaca su quizá inferioridad técnica frente a la Ordenanza anterior y su recia disciplina pero a la vez el humanitarismo que se revelaba en la exigencia de corrección a los encargados de la custodia de los penados y la limitación de la jornada de trabajo.³ Pero especialmente se recuerda su carácter precursor para la Ordenanza General de Presidios de 1834, a través de la influencia de Abadía, que marcó la vida presidial durante casi un siglo. En estas y otras normas se detectan las dos líneas fundamentales que en lo penitenciario atravesarán todo el siglo XIX, la idea de corrección y la pretensión de una mayor humanidad en la ejecución de la reclusión.⁴

2.2. El pensamiento penal ilustrado

El siglo XVIII en el que a su final y comienzos del siguiente verá nacer los sistemas penitenciarios viene cargado de crítica social contra el abuso de poder manifestado en el uso del *ius puniendi* contra la libertad del ciudadano. El sistema penal es puesto en cuestión especialmente en Francia por los pensadores de la ilustración con participación intensa de la opinión pública.⁵ En este contexto es evidente el influjo del pensamiento penal ilustrado para el sistema de penas. Con la obra no estrictamente penal de Montesquieu se sientan las bases para el futuro desarrollo del pensamiento penal ilustrado en sus reflexiones sobre la sociedad política, especialmente con la admisión de fines preventivos para las penas y la declaración de la necesaria reforma de las leyes penales pues “la libertad del ciudadano depende principalmente de buenas

leyes criminales”.⁶ Con la arribada del pensamiento penal de la ilustración se produce un giro en la orientación del sistema penal. En realidad se propone una radical transformación de un Derecho y Proceso penal que no solo se entendía injusto, sino ineficaz, lento y con falta de atención a la humanidad en su aplicación. Como expresión del nuevo sistema penal se ha entendido la obra *Dei delitti e delle pene* (1764), de Cesare Bonnesana (Marqués de Beccaria), y la obra de Manuel de Lardizábal en el caso español.

Pueden destacarse, especialmente para nuestro tema, algunos puntos del programa penal de la ilustración. Por una parte está la necesaria certeza del Derecho. Frente al cúmulo y multiplicación incesante de normas penales procedentes de momentos históricos muy variados y alejados —lo que producía una gran incerteza, incluso sobre su vigencia, y desconocimiento, la ilustración proclamará la necesidad de pocas y claras leyes, lo que conducirá a las ideas de legalidad penal y de codificación. “¿Queréis prevenir los delitos? Haced que las leyes sean claras, sencillas”.⁷ “Solo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos; y esta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por un contrato social. Ningún Magistrado (que es parte de la sociedad) puede justamente infligir penas contra otro miembro de la sociedad... una pena aumentada más allá del límite fijado por las leyes es la pena justa más otra pena; por tanto, un Magistrado no puede bajo ningún pretexto de celo o de bien público aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente”.⁸

Para Beccaria⁹ tan solo la ley debe determinar los casos en que sea necesario el ingreso en prisión, sobre la base de fuertes indicios de criminalidad, pues se afecta a la libertad política. Igualmente se refiere a la situación de las cárceles en las que “se arroja confusamente en la misma caverna a los acusados y

³ *Ibidem*, pp. 197 y ss.

⁴ García Valdés, C. *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*. Edisofer 2006, p. 25.

⁵ Castán, N. “Du grand renfermement à la Révolution”. *Histoire des Galères, Bagnes et Prisons*. Bibliothèque Privat 1991, p. 60.

⁶ Ramos Vázquez, I. “El Derecho Penal de la Ilustración”. *Estudios de Historia de las Ciencias Criminales en España* (Alvarado Planas/Serrano Maillo, Editores). Dykinson 2007, pp. 43 y ss. De la misma manera empieza la obra de Manuel Lardizábal y Uribe, “Nada interesa mas á una nación, que el tener buenas leyes criminales, porque de ellas depende su libertad civil y en gran parte la buena constitución y seguridad del Estado”. *Discurso sobre las penas contrahido a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*. Madrid 1782, p. III. Edición facsimil, Vitoria 2001.

⁷ Beccaria, C. *De los delitos y de las penas*. Ediciones Orbis 1984, p.112.

⁸ *Ibidem*, p. 47

⁹ *Ibidem*, p. 52.

La privación penal de libertad en la Constitución de 1812

a los convictos”, y reclama su carácter restrictivo dada la infamia que produce y sus efectos reales, “porque la prisión es más bien un suplicio que una custodia”, aludiendo al auténtico sentido tradicional del encierro. Sentido que retoma al hablar de la suavidad de las penas, pues la privación de libertad no puede preceder a la sentencia, “salvo cuando la necesidad lo exija. La cárcel es, pues, la simple custodia de un ciudadano hasta que sea juzgado culpable”.¹⁰ Por este carácter preventivo y por su realidad de condiciones penosas, “El rigor de la cárcel debe ser solo el necesario para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos. El proceso mismo debe terminarse en el más breve tiempo posible”.¹¹

Pero también se plantea la mayor humanidad de las penas, de las sanciones del sistema criminal. Uno de los epígrafes del libro de Beccaria¹² se dedica a la suavidad de las penas, que debe combatir el exceso existente en la aplicación de las mismas. Pero en realidad todo el libro clama contra la severidad y crueldad innecesarias en muchas penas y su ejecución. En primer lugar conecta la innecesariedad de la crueldad con los fines de las penas. “el fin de las penas no es atormentar y afligir a un ser sensible, ni deshacer un delito ya cometido”. Como el fin tiene que ver con “impedir al reo hacer nuevos daños a sus conciudadanos, y apartar a los demás de cometer otros iguales”, las penas serán las que se acomoden mejor a esta finalidad. “deben, por tanto, ser elegidas aquellas penas y aquél método de infligirlas que, guardada la proporción, produzcan la impresión más eficaz y más duradera sobre los ánimos de los hombres, y la menos atormentadora sobre el cuerpo del reo”. Aparecen los fines preventivos que deben ser los buscados con la ejecución penal y no por tanto los intimidatorios con sus naturales excesos para lograr tal fin, por lo que no habiendo cedido su soberanía para estos excesos y siendo suficiente con que el mal de la pena supere al bien que nace del delito, todos los excesos y crueldades hacen que el *ius puniendi* se vuelva tiránico.

Como representantes de la Ilustración penal en España podemos señalar a Manuel de Lardizábal y a Jovellanos por lo que interesa destacar algunas referencias de estos autores para el tema que nos concierne. Lardizábal por su conocida obra sobre las penas y en el caso de Jovellanos por sus ocupaciones profesionales en la Justicia penal así como por la influencia directa en la obra constitucional gaditana a la que queremos hacer referencia.¹³ Gaspar Melchor de Jovellanos accede en 1768 a la plaza de Alcalde de la cuadra del crimen en la Audiencia de Sevilla, a la edad de 24 años, con funciones judiciales y también policiales y gubernativas. Durante su estancia en Sevilla, Jovellanos toma contacto con la materia penal y la misma práctica forense criminal. En su actividad judicial intenta limitar el tormento. Por otra parte colabora en el Informe sobre hospicios que hizo al Consejo de la Real Sociedad Patriótica en la ciudad y reino de Sevilla con fecha de 5 de septiembre de 1778. En el mismo se plantea una fundamentada y detallada respuesta a la consulta sobre el establecimiento de hospicios. La vida diaria en estos centros estará organizada para el abandono de la ociosidad, con ocupaciones continuas.¹⁴ Redacta asimismo, todavía durante su estancia en Sevilla, un informe sobre el estado de las cárceles que no ha llegado a conocerse.

Ya en Madrid, como miembro de la Sala de Alcaldes, redacta un informe solicitado por el Monarca sobre la necesidad de limitar los indultos y otros aspectos ante el aumento de la delincuencia. En cuanto a presidios y arsenales detecta una situación que no hace sino fomentar la corrupción de los penados. Trata de limitar el envío de sentenciados a los presidios para los casos más graves e incorregibles, mientras que para los delincuentes menos graves llama la atención sobre la necesidad de crear casas de corrección. “Quisiera ver erigidas unas casas de corrección, donde pudiese destinarlos por algún tiempo, aunque fuese rebajándoles sus condenas, para que acostumbándose allí a un trabajo más suave y menos forzado que el de los presidios, y

¹⁰ *Ibidem*, p. 81.

¹¹ *Idem*.

¹² *Idem*, pp. 68-70.

¹³ Sobre este personaje con mayor detenimiento puede verse su faceta penal en Mata y Martín, R. “Aproximación a Jovellanos penalista: Magistrado, Hospicios, prevención de la delincuencia y su influencia en la Constitución de 1812”. *Estudios penales en Homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes* (Fernández Teruelo, Director). Editoria Constitutio Criminalis Carolina, 2013, p. 425 y ss.

¹⁴ “Informe sobre hospicios que hizo al Consejo de la Real Sociedad Patriótica en la ciudad y reino de Sevilla”. *Obras completas. Tomo X. Escritos económicos*. Ayuntamiento de Gijón. Instituto Feijoo de Estudios del siglo XVIII, KRK ediciones, 2008, p. 455.

viviendo varios años bajo una disciplina más recogida y provechosa, pudiesen reformar sus costumbres, recibir mejores ideas, acostumbrarse al recogimiento y al trabajo, y finalmente convertirse en vecinos útiles. Pero tales establecimientos no existen”.¹⁵

Lardizábal considera a la ociosidad y mendicidad como las fuentes más fecundas de delitos y desórdenes en la exposición de su conocido *Discurso sobre las Penas contrahido a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma* de 1782. Con la experiencia de presidios y arsenales, de los cuales los exconvictos se vuelven peores e incorregibles, este autor señala la “indispensable necesidad que hay de casas de corrección, en las cuales se establezcan trabajos y castigos proporcionados a los delitos y delinquentes”.¹⁶ En Lardizábal se aprecia como la consecuencia del rechazo de algunas penas tradicionales y la admisión de un conjunto de fines para la pena, entre ellos el de corregir al delincuente, llevará a la necesidad de prestar atención a la materia penitenciaria. Lo cierto es que en aquel momento frente a la finalidad correctora relata una situación de cárceles y presidios en el mejor de los casos de acumulación de seres humanos y en el peor de depravación.¹⁷

2.3. La situación real de los centros de reclusión

En toda Europa será Howard el que destaque en manifestar y alentar la necesaria reforma de los centros de reclusión en el último tercio del siglo XVIII. El conocido filántropo inglés recorrerá en sucesivas ocasiones las prisiones europeas y morirá infectado de los males carcelarios en su visita a Crimea. En su infatigable labor pondrá de manifiesto el terrible estado de los lugares de reclusión y propondrá los remedios y las normas mínimas para hacer de estos encierros unos lugares más dignos. Pero sobretodo extenderá la idea de la necesidad de su mejora y reforma.

En 1773 inicia el recorrido de 40.000 millas por la “geografía del dolor”, empezando por Inglaterra y continuando en distintas etapas por Escocia, Irlanda, Francia, Holanda, Flandes, Alemania, Suiza, Italia, Dinamarca, Suecia, Rusia, Polonia, Malta, Turquía, Prusia o Livonia. Howard está de visita en España en 1783, entrando desde Portugal. Acude y visita cárceles, asilos y hospitales en Badajoz, Talavera, Toledo, Madrid, Valladolid, Burgos y Pamplona. En general la impresión que transmite de nuestro país no es desalentadora, pues dice que los mendigos son muy pocos o no existen y lo presos reciben mejor atención y los mantienen más limpios en las capitales de los respectivos reinos que en las ciudades de provincia.¹⁸ “En la mayor parte de las cárceles hay patios para los varones, con fuente o agua corriente en el centro y sombreros. Se práctica aquí la misma separación de sexos que observé en las prisiones portuguesas”. En ocasiones la imagen que se proporciona es excelente como la descripción que incluye de la casa de corrección de San Fernando en las proximidades de Madrid.

En Valladolid se encuentra a principios de abril de 1783 (probablemente entre el 3 y el 7). Señala la existencia en la ciudad de 4 Tribunales con sus cárceles, la de la diócesis (denominadas Cárcel de la Corona) para eclesiásticos, la del Tribunal de la Chancillería, la de la ciudad y la de la Inquisición. Howard visitará las cuatro.¹⁹ En la del obispo últimamente ha habido pocos o ningún preso. La de Chancillería cuenta con salas grandes para dormitorio y no tiene mazmorras y el 4 de abril de aquel año encerraba a 128 varones y 13 mujeres. En la prisión de la ciudad también están reunidos los reclusos en una habitación grande y allí si cuentan con calabozos. Visita uno de ellos húmedo y deprimente en el que se encuentra un desdichado encadenado. Alude a los largos tiempos que los encerrados deben permanecer antes de que se celebre el juicio. Incluso, gracias a las cartas de recomendación de Campomanes accede al Tribunal de la Inquisición,

¹⁵ Informe de la Real Sala de Alcaldes al Consejo de Castilla sobre Indultos Generales. *Obras de D. Gaspar Melchor de Jovellanos. Biblioteca de Autores Españoles*. Tomo XLVI. Madrid 1963, p. 453.

¹⁶ *Discurso sobre las penas contrahido a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*. Madrid 1782, pp. 197 y 206. Edición facsimil, Vitoria 2001.

¹⁷ Ramos Vázquez, I., *op. cit.*, p. 68.

¹⁸ Howard, J. *El estado de las prisiones de Inglaterra y Gales*. Estudio introductorio de Sergio García Ramirez. Fondo de Cultura Económica 2003, pp. 337 y 338. La edición original de la obra es de 1789.

¹⁹ *Ibidem*, p. 345.

La privación penal de libertad en la Constitución de 1812

en el que Magistrados y Secretarios le acompañan a la visita de la prisión. Sobrepasada la mitad del mes de abril de 1783 Howard sale de España y continúa su incansable actividad para reclamar la mejor atención a los hombres y mujeres privados de libertad.

Marcos Gutiérrez en su *Práctica Criminal de España*²⁰ presenta un panorama general de la legislación y situación de las cárceles y presidios hacia finales del siglo XVIII y principios del XIX. En primer término expone los excesos producidos en el recurso a la reclusión provisional. Señala que la legislación no determina claramente las condiciones para proceder a la prisión de alguien. “De aquí es que los interpretes con su acostumbrada osadía” cometan excesos, lo que ha conducido a que “Jueces inhumanos o ignorantes sean demasiados fáciles y aun precipitados para hacer conducir injustamente a las cárceles innumerables ciudadanos”. Sin embargo, según nuestra legislación no debe recurrirse a la prisión por delitos que no sean dignos de pena corporal o afflictiva²¹ y no pueden ser arrestados las personas sin orden del Soberano o de los Jueces que lo representan.²²

Respecto a las penas propiamente señala lo contraproducente del estado actual de las galeras, presidios y arsenales, recogiendo la crítica que ya hiciera Lardizábal. Así indica la perversión reinante en los presidios y arsenales que no pueden dar lugar a la corrección de los reclusos por las pésimas condiciones en las que se encuentran y el carácter degradante de los trabajos. En realidad salen en peores condiciones a las de su ingreso. Por ello propone la abolición de galeras, presidios y arsenales, sustituyéndolas por otras, salvo que se lograra una profunda reforma de las mismas.²³ Indica Marcos Gutiérrez²⁴ favorablemente la labor desarrollada por la Real Asociación de la Caridad a favor de los reclusos, proponiendo la construcción de una casa de corrección bajo el influjo del sistema de Filadelfia y el panóptico de Bentham. Se pretende seguir lo que denominan el método

dietético, con el silencio, el trabajo, los ejercicios de sólida piedad y la subordinación como los cinco medios para lograr la enmienda.

Como síntesis de la situación de la privación de libertad en España, expone la existencia de un adecuado y benéfico sistema legal, pero que acompañado de malas prácticas no permite aplicarlo en beneficio de los reos. “Hay pocas materias en nuestra legislación criminal sobre las que se hayan establecido más sabias, loables y humanas leyes que sobre las prisiones y, sin embargo, no hay lugares más espantosos, ni en que la humanidad sea más degradada, ni esté más expuesta al contagio del mal aire y de las enfermedades”.²⁵

Las malas prácticas que impiden los logros favorables en el sistema penal-carcelario comienzan con el mencionado abuso del envío de sujetos a la cárcel. Además la falta de salarios para los Alcaldes y sus subalternos hacen que estos exploten a los encerrados. Por otra parte la falta de separaciones entre los reclusos es uno de los grandes males. Sería necesario establecer separaciones según el estado de las causas, las pruebas existentes o los crímenes cometidos.²⁶ La ociosidad es otra de las lacras que padecen los reclusos que genera malos hábitos y conflictividad, sin que se adquieran las destrezas necesarias en la vida libre para evitar la reincidencia. El estado de salubridad de los edificios presenta también grandes deficiencias, con acumulación de muchos reos en la misma sala sin ventilación y con riesgo para su salud. Marcos Gutiérrez²⁷ propone unas edificaciones que cuenten con piezas elevadas para evitar la humedad, que estén bien ventiladas y que dispongan de grandes patios donde los reclusos puedan ejercitarse, así como el cumplimiento riguroso del mayor aseo y limpieza. Por último la falta de personal adecuado, en buena parte debido a la falta de recursos económicos, da lugar a malos tratos y condiciones vejatorias.

²⁰ El autor se refiere ya al siglo XIX y al reinado de Carlos IV, por lo que la situación es la propia de finales del siglo XVIII y comienzos del siguiente.

²¹ Marcos Gutiérrez, J. *Práctica Criminal de España*. T. I. 2a. ed. Madrid 1819, pp. 207 y 208.

²² *Ibidem*, p. 211.

²³ Marcos Gutiérrez, J. *Práctica Criminal de España*. T. III. Discurso sobre las penas. 4a. ed. Madrid 1826, p. 120.

²⁴ *Ibidem*, p. 126-131.

²⁵ Marcos Gutiérrez, J. *Práctica Criminal de España*, T. I. 2a. ed. Madrid 1819, p. 225.

²⁶ *Ibidem*, p. 228.

²⁷ *Ibidem*, pp. 216 y 221.

3. La preparación de los trabajos constitucionales y el debate en cortes de su articulado

3.1. Los trabajos de la Junta de Legislación

Tras la invasión francesa y la autoorganización a que da lugar, se forma la conocida Junta Central que reúne a individuos destacados de las Juntas Provinciales. En la mencionada Junta de la que forma parte Jovellanos, se forma la comisión de Cortes (creada por Decreto de la Junta de 8 de junio de 1809) que prepara la convocatoria de las mismas. Con el fin de coadyuvar al futuro trabajo de las Cortes se forma, a su vez, una Junta de Legislación (creada el 27 de septiembre de 1809), dependiente de la mencionada Comisión de Cortes.

Sin participar en su composición –preside la de Instrucción Pública– Jovellanos redacta la Instrucción en la que se establecen los objetivos y el funcionamiento de la Legislación.²⁸ De manera que Jovellanos indica que “tendrá por objeto meditar las mejoras que pueda recibir nuestra Legislación, así en las leyes fundamentales como en las positivas del Reino, y proponer los medios de asegurar su observancia”. Indica que la Junta debe estudiar separadamente los distintos ramos de la legislación. En materia penal hace una consideración previa sobre su importancia, de manera que “La Legislación criminal y el orden de sus juicios debe ocupar muy particularmente la atención de la Junta, considerando que la menor imperfección en esta materia puede destruir la libertad civil y política de los ciudadanos”. Se señala en este ámbito la necesidad de revisar las penas para determinar “qué penas convenga abolir, cuáles subrogar, cuáles mudar o moderar, y cuáles establecer de nuevo”.

En el terreno de la privación de libertad, en realidad como medida cautelar y no como pena, lo primero que se propone es desterrar excesos conocidos. “Como sea notorio que se han introducido no pocos abusos en la facultad de encarcelar, encerrar, aherrajar y apremiar a los reos, en la política interior de las cárceles y aun en la conducta de los alcaides, sotaalcaides y ministros de ellas, la Junta propondrá cuanto sea necesario para la reforma de estos abusos”.

Situación que bien conocía desde antiguo Jovellanos, cuyos propósitos llegaron a discutirse en las Cortes gaditanas.

Por otra parte deja establecidos los principios básicos que deben regir el sistema de encarcelamiento para respeto de los derechos del ciudadano. Recuerda que no se trata de un castigo sino de una medida provisional a la que se debe ajustar la legislación. Por ello fundamenta el carácter restrictivo de esta medida jurídica y su correcto ejercicio. “En cuanto a la facultad de encarcelar, la junta tendrá en cuenta los saludables principios generalmente reconocidos respecto a ella, esto es: que pues la encarcelación priva interinamente al ciudadano de su libertad y sus más preciosos derechos, no se debe ocurrir a ella sino contra los que están reputados por violadores de las leyes y turbadores de la seguridad de sus conciudadanos; que las cárceles no están establecidas para tormento de los reos, sino para su separación y custodia; y que cuanto no sea necesario a estos fines no solo es contrario al espíritu de una legislación justa y sabia, sino también a los derechos naturales del hombre”. Señala por tanto la naturaleza limitada del encarcelamiento tanto el punto de vista de los casos en los que se puede practicar como en cuanto a su contenido que no puede exceder de la finalidad custodia. Si se acompaña de otros contenidos en las normas se desatienden los mandatos de una legislación justa, si es la práctica la que se separa de los principios se contravienen los derechos del ser humano. También tendrán ocasión las Cortes de 1812 de ocuparse y establecer mandatos para el respeto a los principios fundamentales del encarcelamiento y de su correcta ejecución.

Complementariamente establece como objetivo la abolición de la tortura, “en cuyo favor gritan a una la razón y la humanidad”, de manera que se determinen los medios para suplir lo que denomina “tan cruel como falible especie de prueba”. Decisión, la de eliminar del ámbito del proceso criminal el tormento, que fue adoptada incluso con anterioridad a la aprobación de la nueva Constitución.

Tomás y Valiente²⁹ señala que la intención de Jovellanos no fue la preparación de una nueva Constitución y que la Junta de Legislación desbordó su cometido

²⁸ El texto completo de la Instrucción de la Junta de Legislación en Jovellanos, G. M. *Obras completas, XI Escritos Políticos*. Ayuntamiento de Gijón/Instituto Feijoo de Estudios del siglo XVIII/KRK Ediciones. 2006, pp. 264-270.

²⁹ *Génesis de la Constitución de 1812. De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución*. Prólogo de Marta Lorente Sariñena. Ugoiti editores 2011, p. 99 y ss.

La privación penal de libertad en la Constitución de 1812

inicial ante un encargo imposible de realizar y por la intencionalidad política de algunos de sus miembros. En todo caso admite y remarca la importancia decisiva de su actividad para la inminente tarea de formación de un único texto constitucional del país. “En ese proceso [constituyente] hubo una institución clave cuya breve vida y cuyos acuerdos supusieron un punto de inflexión: La Junta de Legislación”, “en la que nacieron decisiones condicionantes en puntos muy importantes de la próxima Constitución”.³⁰ Este autor reconoce la importancia de las decisiones ya adoptadas por Jovellanos en la instrucción para la Junta de Legislación, como en lo relativo a la supresión de las constituciones municipales. Opción de Jovellanos “ciertamente importante que no dejó de pesar en ulteriores decisiones asumidas por la Constitución de 1812”.³¹ Ya formadas las Cortes comprueba que en su seno se ha dado curso a un proyecto de Constitución sobre el que trabajarán los constituyentes. Se encarga a un miembro de la Comisión de Constitución de las nuevas Cortes que recoja el proyecto de Constitución que había adoptado la Junta.³²

3.2. Las discusiones y resoluciones de las Cortes previas a la Constitución

Desde el comienzo de la actividad de las Cortes no dejan de recibirse quejas (representaciones) sobre el abandono y retraso en las causas (procesos) que hace que los arrestados se encuentren en la cárcel durante meses y años sin que avance el enjuiciamiento de su caso, sin conocer la acusación o bien por razones injustas o incontrolables. En alguna ocasión se alude a

“los clamores de los infinitos presos que se hallan en las cárceles y castillos”³³ o que “las cárceles hierven de presos”,³⁴ que —como indica Salillas—³⁵ las cárceles estaban atestadas a pesar del ambiente de impunidad que reinaba en plena guerra de la independencia. Autor que nos dice que “No hicieron más que reunirse las Cortes y empezaron a llover quejas de todas partes y de tantos españoles injustamente lastimados”.³⁶

En las discusiones de las Cortes aparecen múltiples referencias a esta situación de caos y descontrol en el encarcelamiento de los ciudadanos. Bien porque se entiende que los Jueces son demasiado fáciles a la hora de dictar prisión,³⁷ es decir una “propensión al abuso de la prisión preventiva”.³⁸ También se sacan a relucir casos en los que no se conocía quien había arrestado a los que se encontraban en la cárcel y por tanto no se podía conocer la acusación.³⁹ Igualmente se destaca que “Hay presos militares sin saberse quién los prendió, por qué motivo, y á quienes después de largo tiempo no se les ha formado causa”.⁴⁰ En ocasiones se produce el encarcelamiento sin conocimiento del Juez. Se menciona en distintas ocasiones el caso de Jovellanos y de otros “que gimieron bajo el yugo del despotismo, porque no se les formaba causa con arreglo á las leyes y no se les ponía á disposición del tribunal competente”.⁴¹

Aparecen en las discusiones parlamentarias la necesidad de tutela de la seguridad y libertad de los ciudadanos ante este tipo de situaciones, en las que para algún diputado se juegan “derrocar los españoles el maléfico ídolo del despotismo, y asegurar el paladión de su libertad civil” (Sr. Mejía).⁴² También Argüelles indica que las prisiones arbitrarias han sido posibles al no existir “un medio fácil por el que los presos

³⁰ Tomás y Valiente, F. *Génesis de la Constitución de 1812. De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución*. Prólogo de Marta Lorente Sariñena. Ugoiti editores 2011, p. 65

³¹ *Ibidem*, p. 96.

³² Véase al respecto *Ibidem*, pp. 118 y 119.

³³ Diario de Sesiones de 26 de abril de 1811, Número 207, p. 939.

³⁴ *Ibidem*, p. 939.

³⁵ Salillas, R. *En las Cortes de Cádiz. Revelaciones acerca del estado político y social*. Biblioteca de las Cortes de Cádiz, Excmo. Ayuntamiento de Cádiz (s/f), p. 185 y ss.

³⁶ *Ibidem*, p. 203.

³⁷ Diario de Sesiones de 26 de abril de 1811, Número 207, p. 943

³⁸ Salillas, R. *op. cit.*, p. 205.

³⁹ Diario de Sesiones de 26 de abril de 1811, Número 207, p. 940.

⁴⁰ Diario de Sesiones de 7 de mayo de 1811, Número 218, p. 1029.

⁴¹ Diario de Sesiones de 29 de Abril de 1811, Número 210, p. 967. También se menciona lo referente a Jovellanos en el Diario de Sesiones de 26 de abril de 1811, Número 207, p. 945.

⁴² *Ibidem*, p. 966.

podrían reclamar contra el juez que dio injustamente el autor de prisión ó disimuló y sostuvo la que se hubiese hecho con ilegalidad”.⁴³ Oliveros manifiesta que “Los hombres entran en sociedad para que esta les asegure sus derechos; estos son la seguridad de las personas, la libertad de sus acciones y el goce de sus bienes: seguridad, libertad y propiedad”,⁴⁴ justamente el déficit que muestran los hechos que se acumulan ante las Cortes con privaciones de libertad arbitrarias. De manera que se trata de proteger la libertad del ciudadano frente a posibles abusos que la práctica muestra como habituales. “Algunos jueces inhumanos ó ignorantes son demasiados fáciles y aun precipitados para mandar la prisión del ciudadano. La libertad civil interesa, Señor, en que estas arbitrariedades se corten, determinándose los casos en los cuales deban expedirse y ejecutarse semejantes órdenes, y aun es preciso prevenir las fórmulas”.⁴⁵

En las discusiones de las Cortes gaditanas aparece un conocedor director de la situación de los encierros como miembro de la Real Asociación de la Caridad que trataba de mejorar las condiciones en las que vivían los reclusos.⁴⁶ El Sr. Oliveros⁴⁷ relata a la Asamblea como conviven en salas comunes sin separación alguna para todo tipo de reos, desde los más corrompidos y con más larga carrera criminal hasta los ingresados por los hechos más leves y primarios. Cuenta que “Hace años, Señor, que me he dedicado al cuidado y educación de los infelices que gimen en ellas, y soy testigo ocular de sus penas, angustias y miserias”.⁴⁸ Describe las estancias como lugares inmundos, oscuros y sin ventilación, de manera que para la noche bajaban todos a dormir juntos a calabozos subterráneos. En ellas en vez de casas de corrección encuentra escuela de vicios en el que se pieren el horror y el pudor hacia los grandes crímenes. La situación de los presidios resulta semejante en su

decadencia, siendo muy difícil que los allí encerrados hayan mejorado sus costumbres y vuelvan a la libertad como hombres útiles a la sociedad.

Como remedios ante la constante aparición de casos de abuso en la facultad de encerrar se proponen distintos medios. En primer término se trabaja en un Reglamento sobre el curso pronto y expedito de las causas criminales. En el Proyecto, con dictamen de la Comisión de Justicia,⁴⁹ su artículo 1 limita la facultad de encarcelar de la forma que lo hará posteriormente el mismo texto constitucional: “Ningún español podrá ser preso sino por delito que merezca ser castigado con pena capital, ó que sea *corporis afflictiva*”. Ante la constatación de los retrasos muy numerosos y prolongados de las causas que terminan afectando a los enviados preventivamente a prisión, se pretende limitar también la duración de los procesos: “Nada ofende tanto á la administración de justicia en el castigo de los crímenes como las largas y superfluas dilaciones en las causas; porque entonces una compasión mal entendida se pone entre la vindicta pública y el reo, y no se ve más que al desgraciado, particularmente si este se halla fuera del territorio en que se cometió el delito: por esto ninguna causa criminal podrá extenderse por más tiempo que el de ciento veinte días” (art. 10).

Se señala por otra parte como mejor remedio contra los abusos el Reglamento del Poder Judicial.⁵⁰ Argüelles, ardiente defensor de este mecanismo, señalará que “El reglamento para el poder judicial... es el verdadero medio de poner dique al torrente de la arbitrariedad”, de forma que el Congreso (las Cortes) no pueden dejar de abordar estas irregularidades y culminar su tarea “sin haber afianzado la seguridad personal, la libertad política y civil de los ciudadanos”.⁵¹ En el mismo proyecto se prohíbe la histórica institución de la prisión por deudas: “Nadie podrá ser preso

⁴³ *Ibidem*, p. 964.

⁴⁴ Diario de Sesiones de 26 de abril de 1811, Número 207, p. 941.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 943. Texto que, sorprendentemente, reproduce Marcos Gutiérrez en su *Práctica Criminal de España*.

⁴⁶ Lo recoge también Rafael Salillas. *En las Cortes de Cádiz. Revelaciones acerca del estado político y social*. Biblioteca de las Cortes de Cádiz, Excmo. Ayuntamiento de Cádiz (s/f), p. 201-2.

⁴⁷ Parece que se trata de Antonio de Oliveros, elegido Diputado por Extremadura. Canónigo de la Colegiata de San Isidro en Madrid. *En las Constituciones de la Real Asociación de la Caridad, establecida para el alivio de los pobres presos en las cárceles de Madrid (1799)*, p. 65, figura como uno de sus miembros.

⁴⁸ Diario de Sesiones de 26 de abril de 1811, Número 207, p. 942.

⁴⁹ Diario de Sesiones de 19 de abril de 1811, Número 200, p. 894.

⁵⁰ Diario de Sesiones de 26 de abril de 1811, Número 207, p. 940.

⁵¹ Diario de Sesiones de 7 de mayo de 1811, Número 218, p. 1032.

La privación penal de libertad en la Constitución de 1812

por deuda, aunque sea á favor del fisco, ni por las contribuciones; y estas y aquellas se exigirán de los bienes, pero sin prisión” (art. 25). Se retoma además la tradicional práctica de las visitas a las cárceles que quiere hacerse de forma especial por una delegación de las Cortes, al menos para el caso de Cádiz,⁵² propuesta efectuada por Argüelles y que fue respaldada por la Cámara.

En las discusiones sobre las cárceles a las que se las reconoce el tradicional carácter procesal (cautelar), sin embargo, aparece la prisión como pena en algunos supuestos que se considera indispensable su aplicación por distintos motivos.⁵³ Se constata en las discusiones de Cortes que existen penas de cárcel (privativas de libertad) de pequeña duración para hechos menores. Se manifiesta que para algunos delitos –generalmente como se ha indicado de escasa entidad– la propia ley establece como castigo cierto tiempo de cárcel, y pese a no merecer la imposición de la pena de muerte o afflictiva que no puede conllevar encierro, se quiere que conserven la imposición de la privación de libertad por exigirlo la pública tranquilidad y el buen orden. “Tampoco deben dejar de estar en su fuerza aquellas leyes que disponen la pena de cárcel, como la que prohíbe disparar arma de fuero, cohetes y todo lo que pueda causar incendio dentro de poblado; la que castiga con prisión a los reos por causas de juegos prohibidos”.⁵⁴ De manera que se produce también un debate sobre la conveniencia de utilizar la cárcel como penal correccional o no,⁵⁵ lo que nos transmite la idea de la falta de instalación completa de la pena de privación de libertad en el sistema penal y el inicio de la posible incorporación del encierro como específica sanción criminal.

Puede resultar también necesaria la privación de libertad para quien no posee bienes para sufrir la pena de multa, pues de otra manera “quedaría impune, no pudiéndosele prender, lo cual se contraría al orden social, á la vindicta pública, á la enmienda del delincuente y al escarmiento de los demás”.⁵⁶ Otras veces

se entiende necesaria la privación de libertad para evitar la fuga o impedir excesos o para apremiar a alguien a un acto al que injustamente se resiste (como para que declare en juicio como testigo lo que conoce).

Las Cortes aprueban la abolición del tormento y la práctica de “afligir y molestar a los reos, por los que ilegal y abusivamente llamaban apremios, prohíben los que se conocían con el nombre de esposas, perrillos, calabozos extraordinarios y otros”.⁵⁷ Es decir el tormento en sentido estricto pero también toda una serie de prácticas equivalentes que expresamente mencionará Argüelles en su propuesta final que quedará respaldada por el Congreso.

4. El articulado de la ley fundamental

La Constitución política de la Monarquía española es promulgada, como es bien sabido, el 19 de marzo de 1812. Interesa ahora destacar como lo relativo a la privación penal de libertad aparece en el Título V del texto fundamental, “De los Tribunales y de la Administración de Justicia en lo Civil y Criminal”. Es decir considerado y enmarcado en la actividad de los Tribunales de Justicia conforme a la tradicional concepción del encierro penal como medida cautelar con los detenidos a disposición de la autoridad judicial a la espera de su enjuiciamiento.

En el Capítulo III del mencionado Título se establecen los contenidos “De la administración de justicia en lo criminal”. Conectado con el sentido antes indicado se quiere que el proceso criminal sea sustanciado con rapidez, los delitos sean castigados con prontitud y por tanto se evite el lastre de la acumulación de presos en espera del juicio. En el mismo se estructura la privación de libertad desde la perspectiva constitucional abarcando tres momentos o aspectos distintos: el inicial del ingreso, el desarrollo del encierro y sus condiciones, así como, finalmente la sustanciación del proceso penal.

⁵² *Ibidem*, p. 1029, 1033 y 1035.

⁵³ Diario de Sesiones de 26 de abril de 1811, Número 207, p. 942 y ss.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 941.

⁵⁵ Ramos Vázquez, I. *La reforma penitenciaria en la historia contemporánea española*. Universidad de Jaén/ Dykinson SL., 2013, p. 144.

⁵⁶ Diario de Sesiones de 26 de abril de 1811, Número 207, p. 943.

⁵⁷ Diario de Sesiones de 22 de abril de 1811, p. 143, volumen 5. También expone el tema Rafael Salillas. *op. cit.*, p. 190 y ss. Se discutirá también una curiosa propuesta del Diputado Hermida sobre la posibilidad del tormento velut in cadáveres, para los condenados a muerte a fin de que descubran a los cómplices.

Así, en lo que concierne al primer momento relativo al ingreso en la cárcel, se imponen unos requisitos mínimos. El principio básico en esta materia es que el ciudadano no puede ser encerrado si no es (art. 287) por hecho que merezca según la ley ser castigado con pena corporal, (de manera que en cualquier estado de la causa en que aparezca que no puede imponerse pena corporal, se le debe poner en libertad al preso –art. 296–) y mediante mandamiento del juez por escrito. Efectivamente el ya mencionado art. 287 preceptúa que “Ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho, por el que merezca según la ley ser castigado con pena corporal, y así mismo un mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión”. Es decir, se establecen límites mínimos en la importancia del hecho cometido, necesarios para que se pueda decretar el ingreso en la cárcel (delito que merezca penal corporal). No cualquier hecho punible puede habilitar por tanto para el ingreso preventivo en la cárcel.

En relación a las condiciones anteriores, si no puede ser presentado previamente al Juez, se le ingresa en prisión en calidad de detenido, pero el Juez en ese caso le tomará declaración dentro de las 24 horas siguientes (art. 290). En el caso general tomada la declaración y formado el auto motivado por el Juez, se le entregará copia al Alcaide que debe insertarlo en el libro de presos (art. 293). Alcaide que según este mismo precepto no puede dar entrada a ningún preso sin el cumplimiento de estos requisitos y cuyo incumplimiento por su parte genera responsabilidad.

Respecto al desarrollo de ese ingreso en la cárcel se determinan también los principios generales. Ya como principio básico de funcionamiento del sistema de encarcelamiento se establece, de acuerdo a la tradición histórica y el conjunto de las normas penales, que “Se dispondrán las cárceles de manera que sirvan para asegurar y no para molestar a los presos” (art. 297). Por ello se establece el mandato al Alcaide de que “tendrá a los presos en buena custodia y separados los que el juez mande tener sin comunicación”, lo que expresa la especial relación de la privación penal de libertad con las medidas cautelares ordenadas por el Juez.

Conforme a la más asentada tradición se mantiene por tanto el principio tradicional de la cárcel como

lugar de aseguramiento y no de castigo. En nuestro Ordenamiento Jurídico al menos desde las Partidas (con reminiscencias del Derecho Romano), la cárcel pretende asegurar la ejecución de la pena que pueda ser impuesta al reo. Las Partidas, aunque se incluye entre las penas la de “echar algún hombre en hierros”, deja sentado que “la cárcel no es dada para escarmentar los yerros, mas para guardar los presos tan solamente en ella hasta que sean juzgados” (Partida Séptima, Título XXXI, Ley IV). Se repite constantemente la idea fundamental anterior, que se reflejará en el articulado constitucional, aunque en ocasiones se entiende como un principio relativo a la humanidad del encierro, cuando realmente se trata de un principio jurídico básico tradicional que orienta el encierro fundamentalmente hacia las medidas cautelares procesales anteriores a la ejecución de sentencia y, por tanto, aleja el encierro de la idea de pena o castigo establecido por el Ordenamiento Jurídico.

La preocupación por las condiciones del encierro penal lleva a establecer la prohibición de calabozos subterráneos y malsanos (también en el mismo art. 297), punto en el que se manifiesta el humanitarismo del derecho penal de la ilustración y del Estado liberal. Ya el art. 12 del Título III de la Real Orden de Presidios de Marina 1804⁵⁸ establecía la necesidad de que los calabozos fueran sanos aunque no excluía explícitamente que fueran subterráneos.

Se hace referencia en el articulado constitucional, de acuerdo a lo que también hemos visto se discutió previamente en la Cámara, a la visita a las cárceles, institución de naturaleza procesal cuya tradición se remonta al menos a los Reyes Católicos, mandado que una ley posterior precise el periodo de realización de la misma (“La ley determinará la frecuencia con que ha de hacerse la visita de cárceles, y no habrá preso alguno que deje de presentarse a ella bajo ningún pretexto”, art. 298).

Se establecen controles y garantías para una correcta ejecución del encarcelamiento, tanto desde el punto de vista del arresto por el poder gubernativo, como para la intervención judicial y también para la conducta de los encargados de la ejecución (alcaides). Con base en la discusiones de Cortes en las que hemos visto aparecen numerosos casos de detención sin control, se establece la responsabilidad de jueces y

⁵⁸ Sanz Delgado, E. *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*. Edisofer 2003, p. 196 y ss.

La privación penal de libertad en la Constitución de 1812

alcaldes como autores de un delito de detención arbitraria, que deberá incluirse como delito en el código criminal, para los que incumplieran los mandatos anteriores conforme a los que se debe proceder en el ámbito de la privación de libertad (“El juez y el alcaide que faltaren a lo dispuesto en los artículos precedentes serán castigados como reos de detención arbitraria, la que será comprendida como delito en el código criminal”, art. 299). Se refuerza así un sistema de garantías para la decisión y ejecución de la privación penal de libertad en el sistema penal.

En lo que sería la última parte de las abarcadas por el Capítulo III, se fijan también las nuevas directrices del proceso penal. Este ha de ser en adelante público (art. 302), excluyéndose el juramento sobre hechos propios (art. 291) así como el uso de tormento o apremios de ningún género (art. 303). Del anonimato anterior de la acusación se exige ahora que en las primeras veinticuatro horas se informe al reo de la causa de su prisión y el nombre del acusador (art. 300) al que también se le deben leer todos los documentos de la causa con las declaraciones de los testigos, identificando a estos (art. 301).

5. El tiempo posterior a la Constitución de 1812

Se puede entender que la aprobación de la Constitución de 1812 contiene un programa penal que comienza a ser desarrollado prontamente, se frena con la reinstauración del absolutismo en 1814, pero reaparece en 1820 con el llamado trienio liberal (en el que se aprobará el primer Código Penal español) y continuará con la progresiva instalación del régimen liberal tras la muerte de Fernando VII. El 21 de febrero de 1813 se aprueba la abolición de la Inquisición (con el sistema de encarcelamiento que acompañaba al Tribunal sobre el que pesaban severas acusaciones). Se suceden discusiones sobre el establecimiento de un Tribunal que sustituya a la Inquisición en las que se enfrentan los que achacan un buen número de males a las cárceles de la Inquisición y los que sostienen que se trata de exageraciones. En el ámbito del total sistema penal, mediante RD de 8 de septiembre

de 1813 queda abolida la pena de azotes como igualmente lo había sido el tormento y cualquier otro tipo de apremio al reo. Ya antes del texto constitucional, por Decreto de 24 de enero de 1812, se suprimía la pena de muerte mediante ejecución en la horca siendo sustituida por el garrote.⁵⁹

Pero incluso durante la restauración del régimen absoluto la monarquía no deja de recuperar algunas de las aportaciones de las Cortes de Cádiz, sigue la línea de la reforma y de realizar gestos hasta personales en materia penitenciaria. El Decreto por el que se derogaba la tortura y otros apremios fue reasumido mediante la Real Cédula de 25 de julio de 1814 en el que se incorporaba también un amplio proyecto de reforma y mejora de las cárceles y otros establecimientos.⁶⁰ La Real Cédula manda que se redacten los reglamentos “para fixar un sistema general de policía de cárceles, por el que se llenen los objetos de su establecimiento, y los delincuentes no sufran una pena anticipada”. Con base en esta resolución el Consejo de Castilla se hace cargo de la documentación que como consultas, trabajos o informes se han desarrollados desde finales del siglo anterior y se solicita una mayor información a Chancillerías y Audiencias. Hasta 1818 no puede concluirse esta labor de información que arroja una situación de instalaciones carcelarias ruinosas, envejecidas e insalubres.

La Gaceta de Madrid como diario oficial relata un episodio penitenciario sin duda singular y en el que es protagonista el mismo monarca⁶¹. Ya vuelto a su condición de rey absoluto, y sin duda persuadido del problema carcelario —no cabe entenderlo de otra manera— Fernando VII en persona se presenta bien temprano en la Cárcel Real el 7 de octubre de 1814. Tan de mañana y sorpresiva es la visita que todavía se encontraba en la cama el alcaide de la misma. Inicia una visita a las distintas dependencias en las que consuela y oye a los presos. Asiste también a una vista pública por el robo de una mula del que se acusa a unos vecinos de Vicálvaro. Después del juicio y ante la avanzada edad del acusado y el estado de abandono de su mujer e hijos el monarca otorga allí mismo el indulto. Lo mismo hará con tres varones y nueve mujeres encerrados en aquella cárcel, atendiendo a la menor gravedad de

⁵⁹ Diario de Sesiones de 22 de enero de 1812, p.2673.

⁶⁰ Ramos Vázquez, I. *op. cit.*, p. 148.

⁶¹ *Gaceta de Madrid*, num 136, de 8 de octubre de 1814, p. 2023.

sus delitos. El recorrido del monarca de la Cárcel Real es sin duda exhaustivo pues llega a una estancia de “encierro solitario” conocida como la Grillera. Ante el panorama de inmundicia del lugar Fernando VII ordena en aquel preciso momento que sea tabicado e inutilizado de manera que no quede ni memoria del mismo. En esa situación se le atribuye al monarca la declaración de que “los presos han de estar con la seguridad correspondiente á sus delitos; pero sin que la humanidad se resienta, ni se falte á la que le merecen sus dignos y amados vasallos, qualquiera que sea su suerte”. Pero, en realidad, esta no había sido la única visita. El 20 de julio del mismo año,⁶² unos meses antes por tanto, el Rey “se dignó visitar inopinadamente las Salas y cárceles de su Real Casa y Corte”, enterándose de los pormenores del establecimiento y dirigiendo unas palabras a los Alcaldes sobre la recta administración de la justicia.

Nuevamente en periodo constitucional se impulsa la elaboración de un proyecto para el arreglo y mejora de las cárceles del reino.⁶³ El celo por la reforma penitenciaria había sido excitado por la acción de las Asociaciones de Caridad,⁶⁴ por informes de la Sociedad Matritense y por obras del Magistrado Jacobo Villanova y Jordán que atendían especialmente a la arquitectura penitenciaria e introducía la filosofía penitenciaria de Bentham. El proyecto de ley que no llegó a su aprobación consignaba la necesidad de centros de nueva planta siguiendo el modelo del panóptico de Bentham. Esta idea de la continuidad y persistencia de la idea de la reforma penitenciaria se manifiesta de manera evidente en la Ordenanza General de los Presidios del reino (1834) —la norma penitenciaria de mayor duración temporal—, cuya elaboración se inició por una Comisión nombrada por Fernando VII en 1831 pero su aprobación se produjo con el incipiente estado liberal en el reinado de Isabel II.

En las mismas Cortes gaditanas se había propuesto la elaboración de un código criminal, formándose en 1811 una comisión dirigida a la reforma de la legislación penal. Pero incluso con la vuelta de Fernando VII al absolutismo no se abandonó la idea de

la formación de un código criminal según establece expresamente el Decreto Real de 2 de diciembre de 1819 y en el que se reconoce la necesidad del mismo especialmente para ganar en certeza de las normas y penas aplicables así como por razones de humanidad.⁶⁵ Ni se aparta tampoco la idea de la reforma penitenciaria, sino que al contrario irá en ascenso la conciencia de la necesidad de intervenir en la caótica situación de los centros de encierro.

La misma aprobación de un Código penal supuso la ruptura tanto con el procedimiento anterior de las normas como con la concepción del propio sistema normativo. Ahora era una Cámara en la que estaba representada la soberanía nacional la que alumbraba el texto de un nuevo y primer código penal, que por tanto ya no consistía en la mera acumulación de normas y resoluciones de distintas época y naturaleza, sino un único texto con la pretensión de establecer un contenido completo y sistemático.

El Código penal diferencia en el sistema de penas que establece entre las corporales y las no corporales, de acuerdo a la clasificación tradicional. Entre las corporales se considera la de presidio y la de reclusión en una casa de trabajo (art. 28 CP). Pueden ser consideradas ya estas como penas privativas de libertad. La de presidio llegaba como límite general a los 20 años y excepcionalmente hasta los 25. En el caso de la reclusión el límite era de los 15 años pero podía llegar a los 25.⁶⁶ Masferrer entiende que la pena privativa de libertad se generaliza a partir de la etapa liberal aunque rechaza por “simplista” la afirmación de Landrove de que alcanza el papel protagonista que en solitario habían ostentado antes la pena de muerte y las corporales, tanto porque ni aparecieron por primera vez en el siglo XIX las penas privativas de libertad ni la pena de muerte y corporales compendiaron en solitario el sistema punitivo del Antiguo Régimen.

Con la derogación del Código penal se vuelve a la legislación tradicional y esta no prevé de forma general la privación de libertad. Es rara la norma que establece prisión o reclusión por más de seis meses, lo que suponía una grave dificultad para su aplicación

⁶² *Gaceta de Madrid*, jueves 21 de julio de 1814, p. 829.

⁶³ Ramos Vázquez, I. *op. cit.*, p. 151.

⁶⁴ Sobre estas asociaciones de caridad de mujeres en la etapa estudiada, Martínez Galindo, G. “Las cárceles de mujeres en la época de la Constitución de Cádiz”. *Marginalidad, cárcel, las otras creencias: primeros desarrollos jurídicos de la “Pepa”* (Coord. Terradillos Basoco), 2008, p. 112 y ss.

⁶⁵ Antón Oneca, J. “Historia del Código Penal de 1822”. *ADCP*, T. 18 (1965), p. 266.

La privación penal de libertad en la Constitución de 1812

por los jueces así como la falta de centros adecuados para su ejecución.⁶⁷ Sin embargo los puntos básicos para la reforma penal y penitenciaria que recorrerá al completo el siglo XIX están ya presentes y se impulsan con las Cortes Constituyentes de Cádiz. De manera que “Podríamos concluir que existía, en

consecuencia, una tendencia unívoca hacia la reforma penal y penitenciaria, impulsada tanto por el humanismo y el utilitarismo propios del Antiguo Régimen, como por el humanismo liberal, que en este punto concreto se dieron la mano. Y en las cortes gaditanas pueden encontrarse suficientes ejemplos de ello”.⁶⁸

⁶⁶ “La ciencia del Derecho penal en la codificación decimonónica. Una aproximación panorámica a su contenido y rasgos fundamentales”. *Estudios de Historia de las Ciencias Criminales en España* (Alvarado Planas/Serrano Maillo, Editores). Dykinson 2007, p. 337 y 338.

⁶⁷ García Goyena, F. *Código criminal español según las leyes y práctica vigentes. Comentado y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés. Tomo I.* Madrid 1843, pp. 32 y 33.

⁶⁸ Ramos Vázquez, I. *op.cit.*, p. 135.

Rasgos, causas y consecuencias de la política criminal del riesgo

Joaquín Merino Herrera

INACIPE

Zaira Azucena Pérez Figueroa

INACIPE

RESUMEN: *La sociedad postindustrial ha cambiado la percepción sobre los esquemas de seguridad, de manera que en este contexto el concepto de riesgo tiene especial protagonismo; sobre todo cuando la evolución que distingue a la también denominada sociedad del riesgo trae consigo una serie de consecuencias negativas que pueden ser concebidas como la cara oscura del progreso, esto es, riesgos o amenazas de daño que pueden afectar considerablemente a la seguridad colectiva. Ello se convierte en un gran reto para el Derecho penal, pues a él se ha recurrido para atender estos requerimientos de seguridad. El principal problema radica en que, ante la esquizofrenia que provoca el miedo a la materialización del riesgo, se van creando fórmulas legislativas que se rigen por paradigmas preventivos y que no pocas veces trastocan los presupuestos del Estado de Derecho.*

PALABRAS CLAVE: *Política criminal, riesgo, sociedad del riesgo, globalización, Derecho penal, Derecho penal del riesgo, Derecho penal del enemigo, Derecho penal simbólico, delitos de peligro abstracto, prevención.*

ABSTRACT: *Postindustrial society has changed the perception of security schemes, so that in this context the concept of risk has a special leading role; especially when the evolution distinguishes the also called risk society, this brings a series of negative consequences that can be perceived of as the dark side of progress, this is, risks or threats of harm that can significantly affect collective security. This becomes a major challenge for the criminal law, because we have resorted to it to address these safety requirements. The main problem is that, due to the schizophrenia that is caused by the fear of the materialized risk, legislative formulas have been created which are governed by preventive paradigms and that often times disrupt the state of law's budget.*

KEY WORDS: *Criminal policy, risk, risk society, globalization, criminal law, criminal law of risk, criminal law of the enemy, symbolic crime law, abstract danger felonies, prevention.*

SUMARIO: 1. La acumulación de los peligros. 2. La globalización: un rasgo distintivo de la sociedad post-industrial. 3. Globalización y delincuencia organizada; 3.1. Corrupción: un coste-beneficio para la delincuencia organizada; 3.2. Delitos instrumentales para la permanencia de la delincuencia organizada. 4. La injerencia del Derecho penal ante la percepción del riesgo; 4.1. El Derecho penal simbólico sustentado en el discurso del peligro; 4.2. Particularidades del tratamiento penal del riesgo; 4.2.1. Una marcada inclinación al fortalecimiento de sectores delictivos ya existentes; 4.2.2. La protección penal de nuevos escenarios; 4.2.3. Inconvenientes del Derecho penal ambiental; 4.3. El Derecho penal del enemigo en el Derecho penal del riesgo. 5. Bibliografía.

Rec: 15-12-2016 | Fav: 30-01-2017

1. La acumulación de los peligros

Desde hace ya algún tiempo, el lenguaje del riesgo se ha convertido en una constante de nuestra vida cotidiana, lo cual resulta paradójico si se tiene en cuenta que el riesgo, en los términos que aquí interesan, entraña consecuencias no deseadas que se originan por nuestro permanente interés de evolucionar. Esto es, en la medida en que hemos avanzado en muchos y muy variados campos, se han ido generando una serie de repercusiones que en realidad pueden ser concebidas como la cara oscura del progreso y que no aparecen de forma aislada o esporádica, más bien han pasado a ser algo sistémico que, no pocas veces, suele justificarse con el mezquino eufemismo de “daños colaterales”; “daños colaterales del progreso”, “daños colaterales de las medidas para eliminar los peligros”, en definitiva, “daños colaterales por todo”. Es bien sabido que dicha expresión lo mismo es usada para mencionar catástrofes ocasionadas por acciones imprudentes, que para hacer referencia a devastaciones motivadas por actividades dolosas. Vaya por delante que ambos supuestos quedan abarcados por la noción actualizada de riesgo.

Del análisis de la cuestión se ha encargado el sociólogo alemán Ulrich Beck, cuya noción, esto es, la

de sociedad de riesgo, designa ese escenario con evidentes contradicciones, dado que a la par que confiere ventajas, genera y potencia peligros, es decir, una serie de amenazas de daño e inclusive daños que son producto de nuestras decisiones como civilización y que, de materializarse, en algunos casos provocarían devastaciones sobre los recursos más elementales de supervivencia,¹ en otros causarían desequilibrio en los esquemas democráticos o fundamentales de convivencia, mientras que, en otros más, directamente atentarían contra la vida.²⁻³ Al margen de las diferencias que presentan entre sí los también denominados macro-peligros,⁴ por regla general comparten que tendrían su origen en decisiones humanas y que respecto de ellos no sería posible predicar con solvencia su control.

Esa etapa de peligros habría sido identificada a partir de la segunda mitad del siglo anterior⁵ con la consolidación de una serie de avances en la ciencia y en la tecnología, pero, sobre todo, con el descubrimiento de los peligros generados a causa de dicha evolución,⁶ ante lo cual los mecanismos de seguridad diseñados para la fase industrial habrían sido superados, de suerte que la atención se enfocaría en crear esquemas de protección en sectores como la energía nuclear y su manejo, muchas producciones de la química y el

¹ Fundamental Beck, U., *Sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 1998; mismo autor, “De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo. Cuestiones de supervivencia, estructura social e ilustración ecológica”, *Revista de Occidente*, núm. 150, nov. 1993, pp. 19 y ss; *Políticas ecológicas en la edad del riesgo. Antídotos. La irresponsabilidad organizada*, El Roure, Barcelona, 1998.

² Cfr. Beck, U., *Sobre el terrorismo y la guerra*, Paidós, Barcelona, 2003, p. 19.

³ De hecho, es posible identificar supuestos en los que, como el terrorismo nuclear, podrían concurrir todas estas secuelas no deseadas.

⁴ Cfr. Beck, U., *Políticas ecológicas...*, *op. cit.*, pp. 129 y ss.

⁵ Cfr. Beck, U., “De la sociedad industrial...”, *op. cit.*, p. 23.

⁶ Dicho de otro modo: una etapa a partir de la cual es fácil detectar una serie de avances que así como han traído incontables beneficios en pro de la humanidad, su simple manejo o su utilización indebida han generado graves daños de forma masiva para la salud de las personas y para el medio ambiente.

deterioro del medio ambiente.⁷ En efecto, ámbitos como los anteriores fueron los que al inicio estimularon que se hablara de un cambio de paradigma en la forma de identificar y prevenir los peligros. Esto quiere decir que la sociedad del riesgo aglutina tanto el desarrollo de la sociedad industrial como el que caracteriza a la sociedad postindustrial, pero también que concentra efectos negativos que en unos casos estarían sujetos a control, mientras que en otros este sería un intento infructuoso. Así pues, como ya dijimos, la ausencia de control sería un dato que distingue a unos riesgos de los otros. Con mayor precisión: lo novedoso en la sociedad del riesgo mundial es que nuestras decisiones como civilización desatan problemas y peligros globales que contradicen radicalmente el lenguaje institucionalizado del control.⁸

A la ausencia de control se sumaría la multiplicación de las consecuencias, dado que los peligros que al principio motivaron hablar de la sociedad del riesgo ahora se acumulan con otros que se han venido detectando y que dan cuenta de un cambio cualitativo y cuantitativo en la noción de riesgo. En este sentido, es posible identificar un grupo de riesgos que en esencia surgen con la sociedad postindustrial, frente a otro que incluye supuestos que, aunque no deben su nacimiento a esta, en ella potencian sus consecuencias lesivas. En el primer caso, junto con los ya mencionados riesgos atómicos, ecológicos y los provenientes de la química, cabe considerar los riesgos que pueden derivar de la ingeniería genética, incluida la genética humana; las crisis financieras u otros problemas o ataques a los mercados internacionales; el correlato negativo de la consolidación de uniones económicas y políticas;⁹ las afectaciones a la salud que, a gran escala, pueden ocasionar los sistemas de producción de complejas estructuras y con gran capacidad de distribución;¹⁰ los riesgos derivados del empleo de

la ciencia informática, incluido, por supuesto, el riesgo digital global que amenaza a la libertad.¹¹⁻¹² Dentro del segundo bloque es posible catalogar a la permanente amenaza de la guerra y a la actuación de redes criminales de alcance internacional destinadas a actividades delictivas como el tráfico ilegal de estupefacientes y psicotrópicos; la fabricación, tráfico y acopio ilegales de armas, explosivos y de toda clase de armamento; la pornografía infantil; la trata de personas; la corrupción y el terrorismo.

Los ejemplos considerados en este segundo catálogo, salvo el relativo a la guerra, suelen incorporarse en el marco operativo de la criminalidad organizada, evidente aspecto que tiene importancia porque, precisamente, las ventajas que aporta la globalización y la interdependencia, en cuanto elementos objetivos de la sociedad postindustrial, también han sido aprovechados por esta clase de delincuencia asociativa para amplificar y perfeccionar su marco de actuación. De ello cabe extraer una diferencia genérica y fundamental, puesto que en esta segunda clasificación aparecen peligros cuyo nacimiento es *per se* negativo y, como veremos, lo que en realidad han hecho sus autores es potenciar sus efectos a partir de las ventajas que aporta la evolución, mientras que respecto de los que incluimos en la primera clasificación se puede decir que nacen con fines positivos, es decir, como la expresión misma de la civilización. Cuestión distinta es que el sentido de su utilización, por imprudencia o intencionalmente, haya tomado otro rumbo. De este modo, tiene lugar la extraña combinación de la involución propia de la criminalidad con los beneficios que trae consigo la evolución.

De la clasificación que acabamos de plantear, que pretende ser enunciativa y no limitativa, se desprende otra que tiene que ver con el fortalecimiento de los peligros que se producen a causa de la inercia misma

⁷ Cfr. Beck, U., “De la sociedad industrial...”, *op. cit.*, pp. 22 y ss.

⁸ Beck, U., *Sobre el terrorismo...*, *op. cit.*, p. 17.

⁹ Por ejemplo, la consolidación de la Unión Europea.

¹⁰ Como ocurre en el sector del consumo; sobre todo cuando se trata de alimentos y medicamentos.

¹¹ *Vid.* Beck, B., “El riesgo para la libertad. Cuando el Estado democrático, con la colaboración de las grandes corporaciones digitales, espía de forma global para optimizar su seguridad ante cualquier amenaza, ¿quién defenderá los derechos individuales?”, *El País. Opinión* [en línea], 29 de agosto de 2013. Disponible en: http://elpais.com/elpais/2013/08/14/opinion/1376502906_653929.html (citado el 3 de mayo de 2016).

¹² En este caso, debemos considerar el caso Snowden, que reveló públicamente lo que todos ya sabíamos: el control absoluto que, en la era del ciberespacio, tiene la Agencia de Seguridad Nacional de los Estados Unidos de América (*NSA National Security Agency*) sobre nuestras comunicaciones (conversaciones telefónicas, correos electrónicos y redes sociales). Por supuesto que ello incluye la vigilancia de todos los líderes del planeta (*Vid.* Entrevista: <https://www.theguardian.com/world/video/2013/jun/09/nsa-whistleblower-edward-snowden-interview-video>).

Rasgos, causas y consecuencias de la política criminal del riesgo

de la sociedad del riesgo, pero también con motivo de la ya mencionada combinación que se da entre ambos bloques. Un ejemplo del primer caso puede hallarse en las tecnologías de la información y la comunicación, y especialmente en internet, que se ha convertido en una red de conexión global que ofrece un escenario paralelo, con vida propia y en la que confluyen todas las manifestaciones de la evolución. Es innegable que las constantes transformaciones que sufre este ámbito de enlace universal tienen su correlato en muchos y muy variados sectores criminales, de manera que puede ser concebido como un espacio criminógeno que a la vez que crea nuevos comportamientos delictivos, sirve como instrumento para la comisión de otros que a su nacimiento ya formaban parte de la delincuencia clásica. El punto es que a la par que el ciberespacio ha venido evolucionando, ha amplificado, en extensión y materia, las posibilidades de lesión, quedando de esta forma afectados un gran número de bienes jurídicos, dentro de los que se encuentran, por ejemplo, la libertad, el patrimonio, la dignidad humana, la indemnidad sexual, la imagen o

identidad, el orden democrático, el secreto de las comunicaciones, la intimidad, los derechos de autor; en fin, la lista puede ser interminable.¹³ Se trata, en efecto, de un enorme catálogo de delitos que ha dado en denominarse ciberdelincuencia.¹⁴

Otro ejemplo de la potenciación que registran los peligros por la inercia de la sociedad del riesgo puede observarse en la percepción sobre el deterioro que ha sufrido el medio ambiente por muy diversos factores, pues, amén de que constituye uno de los argumentos que estimularon hablar de la sociedad del riesgo, la preocupación que ello despierta ha aumentado a tal punto que se hace alusión a una crisis ecológica y a la amenazadora catástrofe climática. De hecho, a las crisis naturales se les da la categoría de peligro global de la sociedad del riesgo mundial y, según esto, podrían derrocar en prioridad a otros riesgos.¹⁵ De sobra sabemos que en este contexto las formas de afectación son muy variadas y con dimensiones e intensidades distintas, de manera que, además del sinnúmero de actividades humanas —como deforestaciones y graves daños a la flora,¹⁶ a la fauna¹⁷ y al medio ambiente

¹³ Sobre ello *vid.*, entre otros, Miró Llinares, F., *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, 2012, Madrid; Del Rosal Blasco, B., “Criminalidad organizada y nuevas tecnologías: algunas consideraciones fenomenológicas y político-criminales”, AA. VV., *Criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, CGPJ, Madrid, 2001; Lira Arteaga, Ó., *Cibercriminalidad. Fundamentos de investigación en México*, INACIPE, 2014; Mata y Martín, R. M., *Delincuencia informática y Derecho penal*, EDISOFER, Madrid, 2001; Galán Muñoz, A., “Expansión e intensificación del Derecho penal de las nuevas tecnologías: un análisis crítico de las últimas reformas legislativas en materia de criminalidad informática”, *Derecho y proceso penal*, núm. 15, año 2006–1.

¹⁴ *Id.* Convenio sobre la ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001. En este instrumento jurídico quedan contempladas conductas como el acceso deliberado e ilegítimo a la totalidad o a una parte de un sistema informático [...] (art. 2); la intercepción deliberada e ilegítima, por medios técnicos, de datos informáticos comunicados en transmisiones no públicas efectuadas a un sistema informático, desde un sistema informático o dentro del mismo, incluidas las emisiones electromagnéticas procedentes de un sistema informático que contenga dichos datos [...] (art. 3); la comisión deliberada e ilegítima de actos que dañen, borren, deterioren, alteren o supriman datos informáticos [...] (art. 4); la obstaculización grave, deliberada e ilegítima del funcionamiento de un sistema informático mediante la introducción, transmisión, provocation de daños, borrado, deterioro, alteración o supresión de datos informáticos (art. 5); la producción, venta, obtención para su utilización, importación, difusión u otra forma de puesta a disposición de: i) Un dispositivo, incluido un programa informático, diseñado o adaptado principalmente para la comisión de cualquiera de los delitos previstos de conformidad con los anteriores artículos 2 a 5; ii) Una contraseña, un código de acceso o datos informáticos similares que permitan tener acceso a la totalidad o a una parte de un sistema informático, con el fin de que sean utilizados para la comisión de cualquiera de los delitos contemplados en los artículos 2 a 5; y b) la posesión de alguno de los elementos contemplados en los anteriores apartados [...] con el fin de que sean utilizados para cometer cualquiera de los delitos previstos en los artículos 2 a 5 [...] (art. 6); la comisión deliberada e ilegítima de la introducción, alteración, borrado o supresión de datos informáticos que dé lugar a datos no auténticos, con la intención de que sean tenidos en cuenta o utilizados a efectos legales como si se tratara de datos auténticos, con independencia de que los datos sean o no directamente legibles e inteligibles (art. 7); cualquier introducción, alteración, borrado o supresión de datos informáticos; [...] cualquier interferencia en el funcionamiento de un sistema informático, con la intención fraudulenta o delictiva de obtener ilegítimamente un beneficio económico para uno mismo o para otra persona (art. 8); pornografía infantil (art. 9); y delitos cometidos contra los derechos autor y afines (art. 10).

¹⁵ Cfr. Beck, U., *Sobre el terrorismo...*, *op. cit.*, pp. 19 y ss.

¹⁶ Un ejemplo puede encontrarse en la advertencia que se ha hecho sobre el declive de los árboles más grandes del planeta y las graves consecuencias que ello puede tener sobre el ecosistema, *vid.* Criado, M. A., “Los árboles más grandes del planeta se desvanecen”, *El País. Ciencia* [en línea], 22 de abril de 2016. Disponible en http://elpais.com/elpais/2016/04/22/ciencia/1461312729_887184.html (citado el 5 de mayo de 2016); *Id.* Cobo, V., “Las secuoyas milenarias de California, en peligro”, *El País. Sociedad* [en línea], 12 de abril de 2014. Disponible en: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/04/12/actualidad/1397264378_050188.html (citado el 5 de mayo de 2016).

¹⁷ En este sentido, dentro de una lista interminable, cabría tener en cuenta la alarma que saltó en 2006 por el hecho de que colonias enteras de abejas de miel desaparecieran sin dejar rastro y por las consecuencias que ello tendría sobre nuestra alimentación y forma de vida (*Id.* Ariza, L. M., “Esta abeja guarda un misterio” *El País. Semanal* [en línea], 29 de julio de 2013. Disponible en <http://elpais.com/>

en general— que ya de por sí han venido degradando o afectando los ecosistemas, el lenguaje del riesgo cambia cuando enfocamos nuestra preocupación en la amenaza del cambio climático.¹⁸

En este contexto, sin embargo, merece una valoración aparte la capacidad de la energía nuclear para ocasionar catástrofes ecológicas y toda clase de devastaciones. Y es que aunque sus aportaciones son innumerables en muchos campos —como, por ejemplo, en la medicina, la industria, la tecnológica y la ciencia en general—, también ha demostrado que cuando fallan los controles de su utilización provoca daños irreversibles para el medio ambiente, para la vida y para la salud de las personas. Además debemos considerar que esas secuelas altamente dañinas, si es que alguna vez son detectadas o si es que se reconoce su existencia, surgen a mediano o a muy largo plazo. Son muy gráficos a este respecto los desastres nucleares de Chernóbil y de Fukushima Daiichi, que no fueron sino accidentes que corroboraron lo dicho; esto es, que el manejo de la energía nuclear no admite signo alguno de imprudencia ni fallos en los procedimientos ni errores de cálculo; no al menos si se tienen en cuenta sus alcances, impacto sobre el medio ambiente e incalculables consecuencias sobre la vida en general.¹⁹

Pero la complejidad del problema no se reduce a prevenir el uso imprudente de la energía nuclear, porque también debemos atender el preocupante asunto de evitar que dicha energía sea empleada con la finalidad de causar intencionalmente catástrofes, devastaciones o para cometer atentados. No en vano la Comunidad internacional, ya desde hace algún tiempo, se ha venido encargando de la cuestión. Y creemos que no es producto de la causalidad el hecho de que los cálculos de Beck sobre el origen de la sociedad de riesgo coincidan en el tiempo con el comienzo de una serie de reuniones de los Estados para tratar lo relativo a un manejo moderado de la energía nuclear. A este respecto, resulta revelador el hecho de

que los miembros de las Naciones Unidas, tras las lamentables experiencias que dejó la Segunda Guerra Mundial, hicieran patente la necesidad de establecer controles internacionales estrictos y comunes que garantizaran el uso de la energía nuclear exclusivamente para fines pacíficos. El asunto fue tomado con tal seriedad —y no era para menos— que la primera Resolución de la Asamblea General, dentro de todas las resoluciones que este órgano ha emitido hasta el día de hoy, llevó como título “Creación de una Comisión que se encargue de estudiar los problemas surgidos con motivo del descubrimiento de la energía atómica”.²⁰

De lo anterior se desprende el carácter bidimensional del peligro, siendo que se da una fusión entre el potencial destructivo inherente a la energía atómica y su empleo con fines bélicos. Se trata, como se ha dejado ver, de dos peligros que son diferentes en los motivos de su surgimiento, pero que al combinarse producen una sinergia con gran capacidad de destrucción colectiva grave, inclusive con poder exterminador. Una lamentable alerta de ello quedó registrada con los bombardeos atómicos sobre Hiroshima y Nagasaki, y unas décadas después, particularmente con lo ocurrido en la ciudad de Chernóbil en 1986, pudimos constatar la trascendencia de las cosas.²¹ Si bien el primero de estos acontecimientos supuso un paradigma de la peor atrocidad del ser humano cometida contra el género humano, o mejor todavía, el aniquilamiento del hombre por parte del hombre, lo cierto es que el segundo representa, siquiera sea por su poder destructor, por las proporciones de radiactividad arrojadas a la atmósfera y por las secuelas a corto, a mediano y a largo plazo, el suceso nuclear más grave hasta nuestros días. Considerarlo tiene importancia dado que al menos permite intuir las consecuencias del empleo deliberado de energía nuclear como estrategia de guerra.

De este modo, adquieren todavía más fortaleza los argumentos que, desde el nacimiento de las Naciones

elpais/2013/07/26/eps/1374841035_395163.html (citado el 5 de mayo de 2016).

¹⁸ Esa preocupación por el cambio climático, por sus consecuencias y por buscar soluciones globales y conjuntas a las mismas encuentra reflejo en la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, hecha el 9 de mayo de 1992; en el Protocolo de esta misma Convención, hecho en Kioto el 11 de diciembre de 1997, así como en el más reciente Acuerdo de París de doce de diciembre de 2015.

¹⁹ Aunque otros desastres como el vertido de petróleo del buque ruso *Prestige* en las costas de Galicia, España, o como la grave contaminación del Golfo de México originada por el permanente derrame de desechos y por la explotación de gas y petróleo han ocasionado daños ecológicos severos, lo cierto es que no existe punto de comparación con las repercusiones que derivaron y pueden derivar de tales accidentes nucleares.

²⁰ Resolución 1(I), de 24 de enero de 1946, desarrollada durante la décimo séptima sesión plenaria.

²¹ Al respecto *vid.* Calveiro, P., *Violencias de estado*, Siglo XXI editores, México, 2012, pp. 36 y 37.

Rasgos, causas y consecuencias de la política criminal del riesgo

Unidas, han fundado la necesidad de articular una acción global que permita garantizar el uso de la energía atómica con fines pacíficos, lo que, por consiguiente, conduce a eliminar, de los armamentos nacionales, las armas atómicas y las demás armas capaces de causar destrucción colectiva grave de importancia. Con vaivenes, esa estrategia hasta ahora ha mantenido su vigencia, aunque parece que con resultados poco alentadores. Y es que, muy a pesar los esfuerzos multilaterales por frenar la carrera de armamentos nucleares,²² esta no solo no ha cesado sino que las armas nucleares se siguen perfeccionando y almacenando en los arsenales nacionales.²³ Ahora bien, la política internacional de desarme y de no proliferación de armas de destrucción en masa ni se circunscribe al armamento atómico ni se enfoca únicamente en los Estados como actores potencialmente peligrosos para la seguridad colectiva, ya que también dirige su atención a las armas químicas y biológicas y a los agentes no estatales; sobre todo a los terroristas. De hecho, así como se habla de terrorismo nuclear y radiológico,²⁴ se alude al terrorismo biológico y químico²⁵. Pero aún falta considerar que prevalece el temor de que los Estados brinden apoyo a los agentes no estatales para cometer estas formas de terrorismo,²⁶ aunque tampoco es descartable que sea el Estado mismo el que ordene o ejecute actos de terrorismo nuclear, biológico o químico. En resumen: en este contexto la amenaza es muy variada, multidimensional, difusa y difícilmente identificable.

El ciberespacio no es menos demostrativo de la sinergia que se produce a partir de la combinación de los peligros. Por ejemplo, internet se ha convertido en una plataforma para difundir a escala global contenidos ilícitos, racistas, xenófobos o de exaltación, reivindicación o promoción de la violencia en general y del terrorismo en particular. Además de emplear esta plataforma de interconexión mundial para hacer apología de sus actos, los terroristas se han servido de ella para incitar, financiar o planificar sus actividades, e incluso para reclutar terroristas.²⁷

Como es lógico, esa ubicuidad que confiere internet también ha sido aprovechada por otros sectores de la delincuencia organizada transnacional, tal y como lo demuestra el preocupante mercado virtual de la pornografía infantil²⁸ y el incesante ataque en masa a los derechos de autor y a la propiedad intelectual. Las cosas no cambian con respecto a la fabricación y comercio de instrumental médico y medicamentos ilegales, ya que la demanda de productos farmacéuticos a bajo coste y sin necesidad de receta; la salida de esta clase de productos de países con controles laxos o directamente inexistentes con destino a otros más estrictos; la divergencia entre legislaciones nacionales, lo cual no pocas veces se traduce en impunidad, y las posibilidades que ofrece internet y las transacciones globales de mercancías, son factores que al combinarse ofrecen importantes ganancias y, por lo tanto, hacen que este ámbito sea explotado por el crimen organizado.²⁹

²² Esos esfuerzos se proyectan, por ejemplo, en instrumentos jurídicos como el Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares (Vid. Anexo de la Resolución de la Asamblea General 2373 (XXII), de 12 de junio de 1968) y como el Tratado de prohibición completa de los ensayos nucleares, abierto a la firma el 24 de septiembre de 1996 (Vid. Resolución de la Asamblea General A/RES/50/245, de 17 de septiembre de 1996, así como el documento A/50/1027, de 26 de agosto de 1996).

²³ Sobre ello vid. Merino Herrera, J., *Marco estratégico de las Naciones Unidas contra el terrorismo. Medidas de tratamiento y persecución penal*, INACIPE/Tirant lo Blanch, México, 2015, pp. 157 y ss.

²⁴ Vid. Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, abierto a la firma el 14 de septiembre de 2005 (Vid. Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/59/290, de 13 de abril de 2005); Convención sobre la protección física de los materiales nucleares y las instalaciones nucleares.

²⁵ De la Asamblea General de las Naciones Unidas, vid. las resoluciones sobre “Medidas para evitar que la adquisición por terroristas de armas de destrucción en masa” A/RES/70/36, de 11 de diciembre de 2015; A/RES/64/38, de 12 de enero de 2010; A/RES/63/60, de 12 de enero de 2009; A/RES/62/33, de 8 de enero de 2008; A/RES/60/78, de 11 de enero de 2006; A/RES/61/86, de 18 de diciembre de 2006; A/RES/59/80, de 16 de diciembre de 2004, y A/RES/58/48, de 8 de diciembre de 2003. (Vid., del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, las resoluciones S/RES/1540 (2004), de 5 de noviembre de 2004; S/RES/1977 (2011), de 20 de abril de 2011).

²⁶ Tanto es así que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas recuerda la obligación de los Estados de abstenerse de suministrar cualquier tipo de apoyo a los agentes no estatales que traten de desarrollar, adquirir, fabricar, poseer, transportar, transferir o emplear armas nucleares, químicas o biológicas y sus sistemas vectores (Vid., por ejemplo, la resolución S/RES/1540 (2004), de 5 de noviembre de 2004).

²⁷ Sobre ello vid. Merino Herrera, J., *Al Qaeda: una compleja manifestación del terrorismo internacional*, INACIPE, México, 2015, pp. 18 y 19.

²⁸ En relación con ello, vid. Sanz Mulas, N., “Pornografía en Internet”, *Revista penal*, núm. 23, enero 2009, pp. 181 y ss.

²⁹ Sobre ello, vid. Jordá Sanz, C./Giménez-Salinas Framis, A. “El tráfico ilícito de medicamentos. Un nuevo mercado ilegal para el crimen organizado”. *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología* [en línea] 17-10-2015, (citado el 9 de abril de 2016). Disponible en: <http://criminolnet.ugr.es/recpc/17/recpc17-10.pdf>

La trata de personas ha corrido la misma suerte, pues es bien conocido que internet se ha convertido en un escenario que facilita la captación, la coacción, promoción e intercambio de información para estos fines; sobre todo contra mujeres y niñas. Es más, en este contexto se hace referencia a la ciberviolencia contra las mujeres y niñas, y no solamente con motivo de la trata de personas sino a causa de toda clase de violencia, como amenazas de muerte o de violación, persecución o acoso sexual en línea, agravio público, etcétera. El punto es que con la proliferación de internet, la violencia en línea contra las mujeres ha adquirido una dimensión mundial.³⁰ Ni que decir tiene de las estafas, del tráfico ilícito de bienes culturales o del lavado de dinero, que también han encontrado un elaborado caldo de cultivo en esta red digital de alcance global.³¹ Ciertamente el catálogo puede ser interminable.

2. La globalización: un rasgo distintivo de la sociedad postindustrial

La sociedad de riesgo se confecciona, también, sobre la base de objetivos económicos que están condicionados por escenarios sumamente complejos y con transformaciones repentinas de forma constante y sustancial, dado que así lo demandan la globalización y la integración supranacional, pero no solo a propósito de la influencia producida en todos los ámbitos por los avances tecnológicos, sino porque precisamente estos últimos estimulan la interdependencia de las sociedades en variados aspectos. Prueba de ello son los intercambios comerciales y científicos, cuyo máximo

desarrollo se ve reflejado en los mercados comunes como el que ha conformado la Unión Europea, que se desenvuelve en un libre tráfico de personas, capitales, mercancías, bienes y servicios, con la correspondiente eliminación de fronteras entre los países miembros. En definitiva, la globalización y la integración supranacional se constituyen como dos fenómenos típicos e impulsores de las sociedades postindustriales.³²

Se puede decir que lo novedoso de la globalización no se halla en su existencia, sino en sus dimensiones, tendencias, consecuencias y en los recursos, medios o instrumentos que le imprimen impulso. Muy a pesar de que se trata de un proceso originariamente económico, ha terminado alcanzando a otros ámbitos a escala mundial, de tal suerte que además de influir en diversos procesos universales, en ellos evoluciona con los ritmos, exigencias y las características propias de cada uno de dichos procesos. Se trata, en efecto, de procesos que no son económicos, que son simultáneos en su desarrollo a la dimensión económica y que representan vertientes de la globalización con vida independiente. En esa medida, es fácil corroborar dos aspectos fundamentales de la globalización, como lo son, de una parte, su manifiesta propagación internacional y, de la otra, su carácter multidimensional. La primera de estas dos características es evidente y, de hecho, cuando se hace referencia a la globalización se suele invocar expresiones como “mundialización”, “proceso contemporáneo de internacionalización”,³³ “de internacionalización de la economía mundial”,³⁴ “proceso mundial planetario”,³⁵ “actual configuración de las relaciones planetarias”,³⁶ “integración mundial de la economía”³⁷ o, con más acierto, “carácter

³⁰ Vid. United Nations Broadband Commission for Digital Development. Working Group on Broadband and Gender, *Cyber Violence Against Women and Girls. A World-wide Wake-up Call*, 2015 [en línea] Disponible en: http://www2.unwomen.org/~media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2015/cyber_violence_gender%20report.pdf?v=1&d=20150924T151535 (citado 5 de marzo de 2016).

³¹ Vid. Merino Herrera, J./Paino Rodríguez, F., *Delincuencia organizada*, Universidad Complutense de Madrid, pp. 148 y ss.

³² Cfr. Silva Sánchez, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales*, Aldelf, Argentina, 2006, pp. 83 y ss, en particular, 83 y 88; Giddens, A./ Sutton, P.W., *Conceptos esenciales de Sociología*, Madrid, Alianza editorial, 2015, p. 23; Chirico, J., *Globalization. Prospects and problems*, Washington, SAGE, 2014, pp. 9-11; Calveiro, P., *Violencias... op. cit.*, pp. 47 y ss.

³³ Comisión Económica para América Latina y el Caribe, “Globalización y desarrollo”, *Vigésimo noveno periodo de sesiones*, Naciones Unidas, Brasilia, Brasil, del 6 al 10 de mayo de 2002, p. 17.

³⁴ *Notas de la CEPAL*, mayo, 2002, núm. 22, p. 1.

³⁵ Fazio Vengoa, H., “La globalización: ¿Un fenómeno elusivo?”, *Historia Crítica*, núm. 23, 2003, p. 14.

³⁶ Cfr. Gutiérrez Francés, M., “Las altas tecnologías de la información al servicio del blanqueo de capitales transnacional”, AA. VV., *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario, vol. II*, Universidad de Salamanca, edición a cargo de Ferré Olivé, Salamanca, 2002, p. 194.

³⁷ Dowrick, S. / Delong, J. B., *Globalisation and Convergence*. Paper for NBER Conference on Globalisation in Historical Perspective, Santa Barbara, California, [en línea], may 4-5, 2001. p. 4.

Rasgos, causas y consecuencias de la política criminal del riesgo

indeterminado, ingobernable y autopropulsado de los asuntos mundiales”.³⁸

El carácter multidimensional de la globalización se deduce de lo expuesto e implica ir más allá de interpretar a este fenómeno como un movimiento simple, homogéneo y lineal,³⁹ para reconocer su pluralidad en el sentido de que su evolución ni es solamente económica ni se limita, a partir de ahí, a causar influencia e incidir en los entornos económicos, sino que, además, se extiende a otros ámbitos en los que se manifiesta y desarrolla procesos con vida independiente. Tal vez por eso se diga que la noción de globalización se ha convertido en una metáfora poderosa para describir numerosos procesos universales en curso.⁴⁰ Esto es, aunque las dimensiones económicas de la globalización son muy destacadas, estas se desarrollan concomitantemente a procesos no económicos, que tienen su propia dinámica y cuyo desarrollo, por ende, no obedece a un determinismo económico.⁴¹ Ocuparse, pues, de este fenómeno, exige considerar otras manifestaciones diferentes a las económicas con existencia autónoma,⁴² es decir, con su propio ritmo, intensidad, espacialidad y temporalidad, que interactúan en un mismo escenario del que no pueden desprenderse y en el que se retroalimentan recíprocamente,⁴³ de forma tal que es probable que lo más adecuado sea concebir a la globalización como una creciente gravitación de los procesos financieros, económicos, ambientales, políticos, sociales y culturales de alcance mundial en los de carácter regional, nacional y local.⁴⁴

Sin embargo, esta atmósfera de constante transformación y que ha penetrado en todos los ámbitos y a todas las escalas tiene su parte negativa,⁴⁵⁻⁴⁶ lo cual se proyecta en cada uno de los procesos que se desenvuelven en ella y en el proceso general de interconexión global que la compone. En ello tiene especial protagonismo la criminalidad, porque también en este sentido cada sector tiene su propia vida y, por lo tanto, sus propias necesidades, de modo que, siguiendo el lenguaje del riesgo y la preocupación que este despierta, se van creando esquemas de protección que no ponen muchos reparos en solicitar la injerencia de la represión penal. Esto es tanto como decir que al tiempo que se perciben los peligros, se dilatan los sistemas penales, lo que en algunos casos se refleja en la creación de nuevos supuestos de incriminación —ya sea porque atienden nuevas realidades, ya porque vienen a sustituir lo que antes quedaba bajo resguardo de otras ramas del Derecho—, mientras que en otros por diferentes vías se expanden los marcos de regulación penal ya existentes.

Así, nos encontramos con una realidad que, cuando no es aprovechada por la criminalidad para mejorar su marco operativo, propagarse, obtener beneficios o facilitar su actuación, por lo menos potencia los efectos lesivos de las actividades dolosas o imprudentes que se pretende evitar. Aquí conviven sectores delictivos que forman parte de la delincuencia clásica y de esa criminalidad que se ha ido gestando en la sociedad postindustrial. Al respecto ya señalamos que en el primer caso es posible incorporar a la delincuencia organizada transnacional en sus múltiples

³⁸ Bauman, Z., *La globalización. Consecuencias humanas*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, p. 80.

³⁹ Cfr. Méndez Morillo-Velarde, L./Pérez Camos, A./ San Martín Mazzucconi, C., *Globalización, Derechos humanos y sociedad de la información*, Madrid, Cátedra, 2009, pp. 333 y ss; Lallement, M., “Globalización: ¿Qué podemos decir de ella?”, *Cuadernos de relaciones laborales*, núm. 19, 2001, pp. 33 y 41; Fazio Vengoa, H., “La globalización...”, *op. cit.*, pp. 5 y ss.

⁴⁰ Boiser, S., “¿Hay espacio para el desarrollo local en la globalización?”, *Revista de la CEPAL*, núm. 86, agosto 2005, p. 48.

⁴¹ Comisión Económica para América Latina y el Caribe, “Globalización y desarrollo...”, *op. cit.*, p. 17.

⁴² Así, se habla de las dimensiones de las técnicas de la comunicación, las dimensiones ecológicas, las económicas, las de organización del trabajo, las culturales, las de la sociedad civil, etcétera (Beck, U., *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona, 1998, p. 40).

⁴³ Fazio Vengoa, H., “La globalización...”, *op. cit.*, p. 5.

⁴⁴ Comisión Económica para América Latina y el Caribe, “Globalización y desarrollo...”, *op. cit.*, p. 17. En idéntico sentido, *vid.* Held, *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Cambridge, Polity Press, 1995, pp. 61 y ss. Dice Beck que la globalización significa procesos en virtud de los cuales los Estados nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios (Beck, U., *¿Qué es la globalización?...*, *op. cit.*, p. 29).

⁴⁵ De hecho, se habla de una globalización positiva y de una globalización negativa (extensamente, Castells, M., *La era de la información. Economía, sociedad y cultura. Fin de milenio*, Siglo XXI, 2001). Así, junto con los agujeros negros del capitalismo informacional, el aumento de la desigualdad, la pobreza y la miseria en buena parte del mundo, se refiere, por ejemplo, a los mercados ilegales de las drogas, prostitución y tráfico de personas.

⁴⁶ En sentido crítico, sobre los rasgos y efectos de la globalización *vid.* Bauman, Z., *La globalización...*, *op. cit.*

vertientes, esto es, terrorismo, trata de personas, corrupción, pornografía infantil, tráfico ilícito de estupefacientes y psicotrópicos, así como fabricación, tráfico y acopio de armas y explosivos, en tanto que en el segundo, sin descartar en ello la participación de la criminalidad organizada, debemos referirnos a los delitos medioambientales; a los delitos de riesgo catastrófico; a los relativos al orden socioeconómico, con especial protagonismo del lavado de dinero, y a los delitos contra la salud, sobre todo aquellos de responsabilidad penal por el producto y otros que tienen que ver con el mercado ilegal de medicamentos o de productos para el consumo. A pesar de sus diferencias, pues los primeros, como ha quedado asentado, forman parte de la delincuencia tradicional, mientras que los segundos se integran en lo que ha sido denominado Derecho penal de riesgo, comparten que, dados sus objetivos, se construyen sobre la base de criterios preventivos y, en esta medida, no es poco común que la cuestión derive en lo que se identifica como Derecho penal del enemigo.

3. Globalización y delincuencia organizada

El mejoramiento que ha mostrado el marco operativo de la criminalidad organizada responde a gran variedad de factores, dentro de los que debe destacarse, porque ciertamente es ineludible, el relativo a la globalización.⁴⁷ En este sentido, ya hemos dejado ver que, de la misma forma que este fenómeno ha aportado múltiples beneficios por lo que se refiere a innovaciones de infraestructura tecnológica, comunicativa, económica, cultural y política, de tal manera que ahora es posible establecer una red de interrelación mundial, implica aspectos negativos, paradojas y contradicciones.⁴⁸⁻⁴⁹

Esta situación se hace patente con el impulso que este escenario de interrelación, de intercambio y de comunicación ha dado a la delincuencia organizada desde muy variados ángulos.⁵⁰ Tanto es así que ahora lo conveniente es referirse a redes criminales⁵¹ que han explotado la modernidad y que, precisamente con semejante soporte, han construido complejos sistemas multidimensionales que permiten repartir todas las vertientes de su programa criminal a través de nudos principales y alternativos o periféricos que unen o comunican muchos y muy variados vínculos. Se trata de sofisticadas multinacionales del crimen que conectan grupos, organizaciones o individuos con funciones bien definidas y necesariamente complementarias para culminar un muy elaborado ciclo delictivo. Esto significa que el programa criminal no se agota con el desarrollo, en uno o varios ámbitos, de las actividades delictivas de las que se extraen los recursos, puesto que es indispensable que la procedencia ilícita de los mismos se vaya difuminando hasta que terminen integrándose sin rastro en los canales financieros legales. Ello exige diversificar a los actores,⁵² de modo que lo común es que en el aparato organizativo interactúen individuos, grupos u organizaciones con roles asignados en la matriz criminal; empresas pantalla; asesores financieros, jurídicos o empresariales; funcionarios o empleados corruptos de todos los niveles y sectores, así como paraísos fiscales o países factibles tanto para activar el proceso de lavado de dinero como para invertirlo hasta su limpieza total.⁵³

Así pues, la actuación en red se explica a partir de la “horizontalidad”, lo cual se traduce en mayor expansión de la estrategia y en la “heterogeneidad” de los componentes, es decir, en un incremento considerable en las posibilidades de que el aparato organizativo abarque cada vez más territorios y ámbitos

⁴⁷ Cfr. Silva Sánchez, J. M., *La expansión...*, op. cit., pp. 83 y ss; Oliveri Albisu, I., “Globalización, desigualdad y racismo: implicaciones en el ámbito educativo e investigador”, *Eguzkilore*, núm. extraordinario 8, diciembre 1995, pp. 231 y ss.

⁴⁸ Al respecto vid. Bauman, Z., *La globalización...*, op. cit.; Castells, M., *La era de la información...*, op. cit.

⁴⁹ Cfr. Anarte Borralló, E., “Conjeturas sobre la delincuencia organizada”, AA. VV., en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva / Anarte Borralló E., y Ferré Olivé, J. C., Huelva, 1999, pp. 16 y ss. También así David, P.R., *Globalización, prevención del delito y justicia penal*, Zavalia, Buenos Aires, 1999, p. 28, cuando se refiere a las zonas grises de la globalización [...] donde moran, según refiere, los empresarios de la prostitución, las guerrillas, las drogas y cuyos productos van también a engrosar, directa o indirectamente, el patrimonio financiero de los súper-poderosos.

⁵⁰ Como recordaba Kofi A. Annan en el Prefacio de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos: “los grupos delictivos no han perdido el tiempo en sacar partido de la economía mundializada actual y de la tecnología sofisticada que la acompaña”.

⁵¹ En torno al concepto de red criminal (terrorista), vid. Merino Herrera, J., *Al Qaeda...*, op. cit., pp. 79 y ss.

⁵² Como también lo hace patente Chirico, J., *Globalization...*, op. cit., pp. 383 y ss.

⁵³ Vid. United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), *The Threat of transnational organized crime*, UNODC, pp. 29 y ss.

Rasgos, causas y consecuencias de la política criminal del riesgo

de actuación, cuestión que se concreta en el elemento “ubicuidad” y que, automáticamente, conduce al rasgo de “flexibilidad”, siendo que lo común es que la estructura criminal se provea de los recursos materiales y humanos que exija el entorno en que opere. En esta medida, entra en juego el carácter multicultural –y, por lo tanto, también el relativo a la heterogeneidad– de la organización y el hecho de que en ella se integren personas con funciones bien definidas y con formación y conocimientos distintos. De ahí se extrae una gran capacidad de operar de acuerdo a las circunstancias y exigencias del lugar en que se tenga presencia, pero también para evadir la persecución policial o para corromper autoridades.

Lo anterior quiere decir que la incidencia de la globalización en la criminalidad organizada no se circunscribe a facilitar los medios para el establecimiento de un grupo conformado por miembros de varias nacionalidades ni a la distribución de sus actividades en unos cuantos países, sino que afecta a todos los continentes,⁵⁴ con independencia de que solo en algunos se actúe de manera permanente o con mayor frecuencia. Que la delincuencia organizada opere o no en determinados territorios o que lo haga de una u otra forma en otros, dependerá de múltiples factores.⁵⁵ En relación con ello, no debe pasarse por alto que sus objetivos se mueven, sobre todo, en clave empresarial o lucrativa, lo que conlleva la búsqueda de escenarios que aporten beneficios económicos en diversos sentidos, esto es, ya sea que resulten idóneos para la ejecución de los delitos que aportan las ganancias, ya que permitan incorporar o acomodar las ganancias ilegales en la economía legal, ya que sirvan para diversificar la colocación de los bienes con el objeto de ocultar su origen ilícito, ya que sean elegidos para invertir

los recursos que han sido blanqueados. De igual forma, debe considerarse las facilidades que ofrezca cada entorno para el desarrollo de la actividad delictiva pretendida y los niveles de control que se pueda tener sobre las autoridades o, en su caso, las posibilidades de evadir o evitar la persecución policial.

Por consiguiente, la base operativa de la criminalidad organizada ya no se ubica en un lugar específico y, desde luego, en la medida en que el tiempo avanza, va perfeccionando su coordinación, control y la variabilidad de sus extensiones, miembros y actividades, lo que dificulta su investigación y persecución penal⁵⁶. De este modo, al combinarse su alcance global con su carácter multicultural y con la diversidad de intervinientes de diferentes perfiles y formación que integra en su esquema de actuación, el resultado no puede ser otro que la conformación de estructuras con capacidad de adecuación a cualquier escenario y a cambios espontáneos y cualitativos. Son, en los términos anteriormente expuestos, aparatos organizativos flexibles, es decir, que están diseñados para adaptarse a las particularidades, condiciones y amenazas del entorno en que se propongan actuar, actúen o tengan presencia.

Todo lo anterior conlleva la obtención de importantes beneficios económicos y de poderío que, seguramente, se intensificarán en países que carecen de políticas bien definidas para atender el problema de la criminalidad y en los que la corrupción tiene tal arraigo que la delincuencia organizada no solo convive con las instituciones gubernamentales sino que define su rumbo.⁵⁷ Por si no bastara con eso, la dinámica y expansionismo del crimen organizado puede encontrarse con la ausencia de una base normativa sólida que lo sancione y con otras tantas deficiencias

⁵⁴ Con razón a estos efectos se utiliza la expresión “delito global” (Así Zúñiga Rodríguez, L., “Criminalidad organizada, Derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis”, AA. VV., en *El desafío de la criminalidad organizada* (coordinado por Sanz Mulas, N.), Comares, Granada, 2006, pp. 52 y ss).

⁵⁵ En este sentido, Lane, J. E., *Globalization and politics. Promises and Dangers*, Suecia, ASHGATE, pp. 70-71.

⁵⁶ Como explica Herrero Herrero, C., *Criminología. Parte General y parte especial*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 568, el desarrollo de las comunicaciones internacionales y el transporte ha posibilitado la acción conjunta de delincuentes con los mismos intereses, pertenecientes a múltiples y diversos Estados y naciones, que así pueden acrecentar beneficios por la multiplicación de clientes, fortalecer la eficacia de propósitos e intensificar las posibilidades de impunidad. Una vez más, la delincuencia organizada acompaña los pasos, se adapta a la dinámica de las sociedades o asociaciones legales.

⁵⁷ En este sentido, Zúñiga Rodríguez, L., “Criminalidad organizada...”, *op. cit.*, pp. 52 y ss, que deja ver cómo la criminalidad organizada necesita de poder político para asegurar la impunidad de sus servidores y para aumentar su capacidad de influencia en la sociedad.

policiales y administrativas.⁵⁸⁻⁵⁹ Más aún: el proceso de internacionalización del capital y de unificación de las economías que soportan su infraestructura aumenta su poder, de tal suerte que, irónicamente, en muchos de los casos alcanza mayor entidad en comparación con determinados Estados.⁶⁰ En fin, en la actualidad las organizaciones criminales deben sus beneficios y expansión, en gran medida, al proceso de globalización que recae sobre ellas.⁶¹

3.1. *Corrupción: un coste-beneficio para la delincuencia organizada*

Por donde se mire, para la delincuencia organizada la corrupción es una inversión, un coste beneficio para bloquear los mecanismos de control o recibir protección por parte de servidores públicos corruptos, pero también un gasto de producción de bien o servicio para ocultar los recursos de procedencia ilícita, para garantizar la participación en negocios relacionados

con las finanzas públicas e inclusive para influir en las decisiones gubernamentales más relevantes. Fáclicamente se trata de un mercado del que se sirven quienes aparentan representar los intereses del Estado y quienes tienen los medios para comprar esa simulación. Si bien la delincuencia organizada tiene como principal pilar su infraestructura financiera, cuando ese poder económico se combina con la corrupción se produce una sinergia que acoraza el engranaje criminal. Está claro que los niveles de protección e impunidad dependerán de las facilidades que ofrezca cada escenario, de lo que resulta que la clave se halla en los candados que encuentren los miembros de las organizaciones criminales para entrar en las instituciones. Dicho en otros términos: la cuestión no radica en que el corrupto quiera contaminar o corroer nuestras instituciones, sino en que existen simuladores (corruptos) que les abren la puerta para que definan el rumbo de nuestras vidas y de nuestros recursos. Así, el Estado de Derecho se convierte en una promesa vacía, lo que se traduce en una devastadora crisis de confianza en la

⁵⁸ Cfr. Medina Ariza, J. J., “Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado”, AA VV, en *Delincuencia organizada. Aspecto penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva / Anarte Borralló, E., y Ferré Olivé, J. C., Huelva, 1999, p. 127; Fabián Caparros, E. A., *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 37; Cárdenas, J./Mijangos, M. de la L., *Estado de Derecho y corrupción*, Porrúa/UNAM, México, 2005, p. 242; Pérez Cepeda, A. I., “Política criminal internacional contra la corrupción”, AA. VV., en *El Derecho penal y la política criminal frente a la Corrupción*, Coordinado por Fabián Caparros, E. A./ Ontiveros Alonso, M./Rodríguez García, N., INACIPE/UBIJUS/Universidad de Salamanca, México, 2012, pp. 199, 200 y 206.

⁵⁹ De ahí que se hagan esfuerzos internacionales por unificar criterios en la lucha contra la delincuencia organizada y por garantizar que los Estados incluyan en sus legislaciones locales medidas que permitan prevenir y reprimir las manifestaciones de esta clase de delincuencia asociativa, pero también que sirvan para coordinar la cooperación internacional en este contexto. En este sentido, cabe considerar, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos; la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción; Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, y Las 40 recomendaciones del Grupo de Acción Financiera. Esa voluntad de armonizar las legislaciones también se hace patente en ámbitos regionales, tal y como lo demuestra la concertación de la Convención del Consejo de Europa n° 198, sobre el blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y sobre financiación del terrorismo, así como la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada.

⁶⁰ En este sentido, Gracia Martín, L., *El horizonte del finalismo y el Derecho penal del enemigo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 169 – 171; mismo autor, Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo. Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología. [en línea]. 07-02-2005 [citado el 8 de abril de 2016], pp. 02: 20. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf> Como refieren Cárdenas, J./Mijangos, M. de la L., *Estado de Derecho...*, op. cit., p. 242: ante la inmensidad de los recursos que maneja el crimen organizado, su capacidad para introducirse en la política nacional es proporcional a su tamaño económico, puede no solo corromper a la economías nacionales sino desestabilizar a los Estados nacionales, sobre todo a aquellos que no tienen fortaleza institucional para resistir estos embates.

⁶¹ Desde distintas perspectivas, vid. Anarte Borralló, “Conjeturas...”, op. cit., p. 17 y ss; Cunjama López, D./Ordaz Hernández, D., “Globalización y delincuencia organizada transnacional: una perspectiva criminológica”, AA. VV., en *Directrices criminológicas y jurídicas para el tratamiento de la delincuencia organizada transnacional en el continente americano* (coordinado por Rodríguez Valencia, A./Vizcaíno Zamora, Á.), INACIPE, México, 2013, pp. 17 y ss; Merino Herrera, J./Paíno Rodríguez, J., *Delincuencia organizada...* op. cit., sobre todo pp. 40 y 41; Zúñiga Rodríguez, L., “Criminalidad organizada...”, op. cit., pp. 52 y ss; Bottke, W., “Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania”, *Revista penal*, núm. 2, 1998 (traducción de Arroyo Alfonso, S.), pp. 2 y ss; Blanco Cordero, I / Sánchez García de Paz, I., “Principales Instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la Ley penal en el espacio”, *Revista penal*, núm. 6, pp. 3 y ss; Blanco Cordero, I., “Criminalidad organizada y mercados ilegales”, *Eguzkilore*, núm. 11, San Sebastián, diciembre 1997, pp. 214 y ss; López Sánchez, J., “La delincuencia organizada como amenaza estratégica”, AA. VV., en *La criminalidad organizada* (dirigido por González Rus), México, 2013, pp. 329 y ss.

Rasgos, causas y consecuencias de la política criminal del riesgo

rectitud e imparcialidad de la administración pública y de las propias instituciones democráticas.⁶²

En el caso de México, las consecuencias no quedan en afectaciones graves a los recursos públicos ni en aspectos tan relevantes como en el entorpecimiento del correcto desempeño de la función pública, sino que, además, en el hecho de que ese uso desviado del poder nos cobra a diario la factura más alta, esto es, la vida, la libertad, el patrimonio y el derecho a vivir libres de temor. En efecto, con profunda tristeza debemos reconocer que el secuestro, el terrorismo, la extorsión, la trata de personas y el homicidio, solo por citar algunos ejemplos, se han convertido en la práctica cotidiana de la delincuencia organizada que opera en nuestro país, lo cual no hubiera llegado hasta los extremos que conocemos sin la contribución de servidores públicos corruptos.

Por mucho que se sostenga con solvencia que el fenómeno de la corrupción ha afectado a todos los países,⁶³ es evidente que en aquellos en ciernes de desarrollo golpea con tal contundencia que ni siquiera permite sentar las bases para el crecimiento⁶⁴ y, menos aún, cuando en ello se involucra la criminalidad organizada. En este caso, la penetración ha llegado al extremo de que es posible hablar de delincuencia organizada desde los aparatos de gobierno; y por supuesto que México no es ajeno a esta realidad.⁶⁵ En contra de dicha afirmación se podrá decir que nuestro marco jurídico se ha fortalecido hasta el punto de que, junto con el reproche penal y el de carácter administrativo por las manifestaciones del uso desviado de poder, se cuenta con logrados esquemas de

fiscalización y ahora ya con una Fiscalía especializada en el combate a la corrupción,⁶⁶ pero, sobre todo, con un Sistema Nacional Anticorrupción,⁶⁷⁻⁶⁸ aspectos que demostrarían que el Estado mexicano en su conjunto rechaza todo acto de corrupción y, por lo tanto, lo esperable es que ahí donde esta aparezca se aplique la sanción que corresponda. Ese planteamiento, sin embargo, sería insuficiente, no sería más que un simple discurso, o si se prefiere, demagogia pura, porque la mera postulación de la ley no supone, por lo menos en países como México, su efectiva aplicación. La verdad es que el crimen organizado ha impregnado nuestras instituciones a tal grado que la ley no es sino una puesta en escena que tiene como protagonistas a servidores públicos de todos los niveles y ámbitos de gobierno.⁶⁹ Liberación de presos por hombres armados; fugas de cárceles de máxima seguridad; políticos vinculados con cárteles que, cuando no sirven como testaferros o lacayos de los criminales, se convierten en su voz en la toma de decisiones, o lo que es igual, integrantes de organizaciones criminales infiltrados en los sectores políticos; comandos armados en las calles; los conocidos levantones; mujeres y hombres ejecutados todos los días, incluidos niños y niñas; la multiplicación de fosas comunes clandestinas; datos imprecisos sobre las personas desaparecidas; el conocido cobro por el derecho de piso a los ojos de autoridades impasibles o que no actúan por temor; acciones disuasorias de la denuncia o directamente intimidaciones para evitarla; inclusión de miembros de los cuerpos de seguridad del Estado en la nómina de la organización criminal a cambio de protección, de que

⁶² Marinucci G./ Dolcini, E., "Derecho penal mínimo y nuevas formas de criminalidad", *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª Época, núm. 9, 2002, p. 150. En el mismo sentido, Virgolini, J. E. S., *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 240.

⁶³ Así Malem Seña, J., *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Gedisa, Barcelona, 2000, p. 16 y ss; Cárdenas, J./Mijangos, M. de la L., *Estado de Derecho...*, *op. cit.*, p. 47; Zúñiga Rodríguez, L., "Criminalidad organizada...", *op. cit.*, p. 55; Pérez Cepeda, A. I., "Política criminal internacional contra la corrupción...", *op. cit.*, pp. 198, 199 y 206: cuarto párrafo del Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. Un indicador sobre la percepción de la corrupción puede encontrarse en Transparency International. Corruption Perceptions Index 2015 [en línea] [citado el 25 de abril]. Disponible en: https://www.transparency.org/whatwedo/publication/cpi_2015

⁶⁴ Con respecto a ello, Kofi A. Annan expresaba en el Prefacio de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción: Este fenómeno [...] se da en todos los países —grandes y pequeños, ricos y pobres— pero sus efectos son especialmente devastadores en el mundo en desarrollo. La corrupción afecta infinitamente más a los pobres porque desvía los fondos destinados al desarrollo, socava la capacidad de los gobiernos de ofrecer servicios básicos, alimenta la desigualdad y la injusticia y desalienta la inversión y las ayudas extranjeras. La corrupción es un factor clave del bajo rendimiento y un obstáculo muy importante para el alivio de la pobreza y el desarrollo.

⁶⁵ Calveiro, P., *Violencias...* *op. cit.*, pp. 207 y ss.

⁶⁶ *Vid.* Segundo párrafo de la fracción VI del artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁶⁷ *Vid.* Artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁶⁸ Cfr. Kaiser, Max, *El combate a la corrupción: la gran tarea pendiente en México*, Porrúa, México, 2015.

⁶⁹ En torno a ello *vid.* Buscaglia, Edgardo, *Vacios de poder en México*, Debate, México, 2013, pp. 107 y ss.

operen para ella desde el interior de las instituciones públicas y de concesiones u otros beneficios que tienen que ver con los recursos públicos, son solo algunos indicadores que ponen en evidencia la crónica situación que sufre nuestro país.

Semejante realidad criminológica rompe con el esquema clásico de opacidad y hermetismo que busca mantener la delincuencia organizada con el recurso de la corrupción, de suerte que es posible asumir que en nuestro país impera un régimen de terror. Efectivamente, el panorama actual sugiere que la corrupción entraña un lenguaje común que engrasa la colaboración de servidores públicos con el aparato organizativo, cuestión que en principio podría resultar evidente si no fuera porque ello implica algo sistémico que, cuando no impone la contribución con el programa criminal, elimina toda sospecha de peligro sobre él. En este contexto, por lo tanto, la corrupción no es utilizada para conseguir aliados que permitan disminuir los fuertes embates del mecanismo institucional encargado de la persecución del delito –pues quizás eso sea lo que menos acapare la atención de los líderes criminales–, más bien sirve como instrumento para hacer que perdure el debilitamiento del sistema y a la vez para mantener el control y la ubicuidad de la

organización. Esto significa que la delincuencia organizada, apoyándose también en tácticas terroristas, transmite el mensaje de que quien no se ciña a la suplantación del Estado, más tarde o más temprano, será suprimido. En suma, el empleo de la violencia terrorista no solamente se orienta a imprimir miedo, inseguridad o incertidumbre de forma generalizada y a mostrar poderío, sino a mantener el *statu quo*.⁷⁰ Sobre todo a estos efectos, llamar a las cosas por su nombre tiene particular importancia.⁷¹

En otros entornos, sin embargo, la situación cambia; principalmente en aquellos con mecanismos institucionales de mayor consolidación democrática o cuando menos no tan permeados por la delincuencia organizada y por los niveles de corrupción descritos. En dichos escenarios lo común es que, para disminuir las acometidas de los cuerpos de seguridad, las organizaciones criminales opten por contar con aliados, de ahí que intenten por todos los medios sustituir la violencia y el aislamiento operativo por el recurso de la corrupción, pues queda claro que ello siempre traerá más ventajas que inconvenientes. La razón es muy sencilla: el empleo de la violencia es visible desde el exterior, alarma a la opinión pública y obliga a las autoridades a reaccionar con dureza, mientras que la

⁷⁰ En este sentido, *vid.* Merino Herrera, J., “Una aproximación al concepto de terrorismo”, AA. VV., en *Estudios penales en Homenaje al Profesor Javier Alba Muñoz*, coordinado por Hernández-Romo Valencia, P./Ochoa Romero, R. A., Tirant lo Blanch, México, 2013, pp. 378 y 379; De la Corte Ibáñez, L./Giménez-Salinas Framis, A., *Crimen.org*, Ariel, Barcelona, 2010, pp. 324 y 325; Dondé Matute, J., “Delincuencia organizada y terrorismo en México”, *Terrorismo y Derecho penal*, CEDPAL, Colombia, 2015, pp. 220 y ss. *Mutatis mutandis*, también en este contexto Reinares identifica violencia terrorista cuando, entre otras cosas, refiere que los grandes cárteles latinoamericanos vienen utilizando la violencia terrorista para mejor proteger sus negocios ilegales, recurriendo a bandas de asesinos profesionales, miembros de algunos grupos guerrilleros con los que han mantenido en el pasado arreglos mutuamente beneficiosos o activistas excedentes de ciertas formaciones insurgentes europeas (Reinares, F., *Terrorismo y antiterrorismo*, Paidós, Barcelona, 1998, p. 193). *Vid.*, asimismo, Montemayor C., *Narcoterrorismo en México* [en línea] 22 de septiembre de 2008 [citado el 5 de abril de 2016] Disponible en <http://www.jornada.unam.mx/2008/09/23/index.php?section=opinion&article=010a1pol>

⁷¹ A pesar de la evidencia, no faltan las voces que han negado la existencia de tácticas terroristas, es decir, de terrorismo practicado por la criminalidad organizada en México. Algunas han atendido, como es lógico, a intereses políticos, sin embargo otras, de las que ciertamente se esperaría planteamientos objetivos y, por ende, constructivos, han rechazado que la situación que vive nuestro país encaje en la noción de actos terroristas (En este sentido, *vid.* El crimen organizado inyecta miedo pero ¿hay narcoterrorismo en México? [en línea] 16 de agosto de 2010 [citado el 5 de abril de 2016] Disponible en: <http://mexico.cnn.com/nacional/2010/08/16/el-crimen-organizado-inyecta-miedo-pero-hay-narcoterrorismo-en-mexico>). Frente a dicho aserto debemos decir que las cosas han llegado al extremo que ya no cabe circunscribir la cuestión al término “narcoterrorismo”, y ello, siquiera sea porque las organizaciones criminales que operan en nuestro país no solo se dedican al mercado ilegal de narcóticos, siendo que han amplificado su marco de actuación a múltiples sectores delictivos, y precisamente la estrategia del terror es empleada para proteger los territorios enteros o las entidades federativas que están bajo su control. Los graves atentados con granadas perpetrados el 15 de septiembre de 2008 en Morelia que provocaron la muerte de ocho personas y que causaron lesiones por lo menos a cien; la no infrecuente utilización de coches bomba con resultado de muerte; los incendios generados en 2010 sobre el Casino *Royale* en Monterrey, hechos en los que perdieron la vida más de 50 personas; los ataques que, en 2013, tuvieron lugar contra subestaciones eléctricas que dejaron sin energía a gran parte de la población y que se conjugaron con los intentos de incendiar gasolineras; los incidentes que, en 2015, paralizaron la Ciudad de Guadalajara con motivo de 39 bloqueos atribuidos a grupos armados, en los que, además, se derribó un helicóptero de la SEDENA y que tuvieron un lamentable resultado de siete muertos y diecinueve personas heridas, son solamente algunas manifestaciones de la violencia terrorista que registra la realidad mexicana y que se mueven en un escenario en el que los mensajes y advertencias que se plasman en las denominadas narco-mantas vienen acompañados de ejecuciones sistemáticas, cuerpos de hombres decapitados colgados en las calles, cabezas humanas como mensajes a los ojos de la población, levantones o extorsiones.

Rasgos, causas y consecuencias de la política criminal del riesgo

corrupción es por naturaleza propia silenciosa,⁷² favorece la mimetización, permite conseguir el objetivo deseado con menores riesgos y controla las instituciones desde su interior.⁷³ De este modo, la corrupción debe entenderse como un coste de producción de bien o servicio que variará por diferentes factores, empezando por las facilidades que ofrezca el mercado en el que, por un lado, se encuentran quienes venden la corrupción y, por el otro, quienes la compran, o si se prefiere, un intercambio ilegal en el que se procura maximizar ventajas y reducir los riesgos.⁷⁴

La estrategia prosperará en función de las oportunidades que se concedan con respecto a los niveles de control del escenario en que se actúe y a la finalidad que en este se persiga; al grado de contaminación corruptora del sistema; a la jerarquía del funcionario y a su poder discrecional; a la clase de servidores públicos que se pretende llegar –jueces, policías, investigadores, fiscales y políticos en general–; a la importancia de los negocios, a las ganancias que se obtendrán al concretarse dichos negocios y las mediaciones de la política en los mismos⁷⁵; a las deficiencias legislativas, en fin, a una serie de variantes que garantizan el blindaje del programa criminal y que, en consecuencia, originan el debilitamiento de las instituciones. Queda claro que se obtendrán mejores resultados y con menos complicaciones en aquellos escenarios en donde la corrupción es algo sistémico.

De cualquier forma, se trata de comportamientos delictivos impulsados por la racionalidad económica, que tienden a hacer uso de los mismos

instrumentos típicos de la criminalidad económica, comenzando precisamente por la corrupción.⁷⁶ A mayor acumulación económica, mayor potencial corruptor para fortalecer las actividades ilícitas, para expandirlas y para diversificarlas, lo que supone profundas repercusiones de carácter empresarial, financiero, económico y social.⁷⁷ En este sentido, además debe tenerse en cuenta que con el paso del tiempo los mecanismos corruptores se han perfeccionado, han proliferado y han ampliado sus alcances, lo que significa que, al tiempo que lo convencional ha mejorado, han surgido escenarios que no solamente abren nuevas oportunidades para prácticas corruptas, sino que confieren a estas una dimensión internacional e inclusive global.

Sin duda, esas dimensiones se deben al impulso que ha dado la globalización a las prácticas convencionales de la criminalidad organizada y a los nuevos escenarios que en este sentido se han abierto. Ciertamente, la arena global acorta las distancias entre los distintos ámbitos de actuación de esta clase de organizaciones criminales, siendo que su actuación en red se diseña, sobre la base de la ganancia económica perseguida, para invertir menos, con poco riesgo y rentabilizar lo más que se pueda. Como dice Zúñiga Rodríguez, la estrategia de la criminalidad organizada consiste en ubicar sus funciones de gestión y producción en zonas de bajo coste y bajo riesgo, controlando de manera relativa el entorno institucional, fundamentalmente por medio de corrupción, mientras que buscan los mercados preferentes en las zonas

⁷² Como deja ver Reinales, son formas de violencia contra personas o cosas cuyos ejecutores no reclaman publicidad de las mismas e incluso tratan de ocultarlas en la medida de lo posible [...] (Reinales, F., *Terrorismo...*, *op. cit.*, p.17).

⁷³ Foffani L., “Criminalidad organizada y criminalidad económica”, *Revista penal*, núm. 7, enero de 2001, p. 59.

⁷⁴ Ferré Olivé, J. C., “Cooperación policial y judicial en materia de delitos financieros, fraude y corrupción: problemas de extradición”, AA VV., en *Cooperación policial y judicial en materia de delitos financieros, fraude y corrupción*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002, pág. 13. Con respecto a ello señala este autor que, dentro de las prácticas más comunes, podrían considerarse el hecho de evitar detenciones, juicios, condenas; favorecimiento a ciertos sectores empresariales en perjuicio de otros; el refugio de mandatarios y funcionarios públicos corruptos provenientes de países en vías de desarrollo o desarrollados incluso; la transferencia de dinero de procedencia ilícita a paraísos fiscales o a entidades bancarias de Estados que se muestran indiferentes sobre el origen de los fondos; la realización de actos ejecutivos del delito en otro Estado procurando diluir las pruebas de los hechos corruptos, son solo algunos ejemplos de las prácticas más comunes.

⁷⁵ Virgolini, J. E. S., *Crímenes excelentes...*, *op. cit.*, p. 240.

⁷⁶ Foffani Luigi, “Criminalidad organizada...”, *op. cit.*, p. 59.

⁷⁷ Evidentes consecuencias que se subrayan en el preámbulo de distintos instrumentos jurídicos internacionales, como ocurre con la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, con la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, con el Convención penal sobre corrupción y con la Convención interamericana contra la corrupción. Destacan también estas repercusiones, por ejemplo, Malem Seña, J., *Globalización...*, cit., pp. 61 y ss, 117 y ss y 177 y ss; Cárdenas, J./Mijangos, M. de la L., *Estado de Derecho...*, *op. cit.*, sobre todo pp. 51 y ss, 66 y ss ; Pérez Cepeda, A. I., “Política criminal...”, *op. cit.*, pp. 203 y ss; Foffani Luigi, “Criminalidad organizada...”, *op. cit.*, p. 60, que especialmente se refiere a la peculiar lesividad macroeconómica de la criminalidad organizada.

de demanda más rica, a fin de cobrar precios más altos.⁷⁸⁻⁷⁹ La clave está en reducir los gastos de seguridad y producción, preparación u obtención de lo que constituye la fuente de ingresos y cobrar la ilegalidad y el alto riesgo en los entornos más estrictos y de gran demanda. Aquí quedan incluidos sectores como el narcotráfico, el tráfico de armas, municiones, armamento y explosivos, tráfico de órganos, tráfico ilegal de medicamentos o de productos para el consumo, trata de personas, tráfico de arte, pornografía infantil, comercio de cosas robadas, entre otros.

3.2. *Delitos instrumentales para la permanencia de la delincuencia organizada*

La expresión “delitos estructuralmente instrumentales”⁸⁰ parece indicar una categoría de delitos que sirven para mantener y fortalecer el esquema operativo de los grupos de la delincuencia organizada, pero también para evitar obstáculos que pongan en peligro su programa criminal. Especialmente, se trata de los comportamientos típicos de pertenencia a una organización delictiva, de corrupción y de lavado de dinero, en los que, en efecto, se soporta la estructura planificada para la ejecución de los delitos finales, es decir, aquellos que producen el beneficio material directo o, como lo hemos señalado, los que forman parte de la matriz criminal. En la primera de dichas actividades instrumentales se encuentra un dato definitorio de la delincuencia organizada, lo que no responde en lo fundamental al hecho de que alguien se sume a un proyecto criminal de actuación conjunta, pues queda claro que existen otras formas de criminalidad asociativa, sino más bien a que la persona se integre en un aparato organizativo que trascienda a límites temporales, que tenga ciertas características y con determinados fines delictivos. Ahora, sin embargo, con motivo del expansionismo que han mostrado las organizaciones criminales dicha integración está pensada para abarcar funciones tan variadas como complejas,

y por esa razón serán asignadas a personas con formaciones y nacionalidades distintas. No hay que olvidar que la horizontalidad de la actuación en red amplifica el marco de actuación a escala mundial, precisándose por ello de un componente multicultural y flexible.

De igual forma, debe recordarse que la corrupción implica una inversión para este tipo de criminalidad que persigue un lucro, de ahí que los recursos obtenidos deban incorporarse a los flujos financieros o económicos legales para difuminar su procedencia ilícita. Así, corrupción y blanqueo de capitales se fusionan en una estrategia diseñada para explotar los tejidos de los mercados globales, el desarrollo en materia de telecomunicaciones, la consecuente flexibilización o ausencia de las fronteras con el mundo virtual, la deslocalización que origina la transnacionalización de la economía y otros tantos beneficios que trae consigo la globalización. El alcance global combinado con la diversificación de oportunidades que derivan de la apertura de los mercados, del comercio en general y del sistema financiero sitúa a las organizaciones criminales en la economía legal y, por consiguiente, multiplica sus ganancias, incrementa su poder corruptor y reduce el riesgo de eventuales decomisos.

La diversificación que se da en este sentido permite seleccionar el entorno adecuado para cada parte del andamiaje delictivo, sin que la estrategia se conforme, como ya dejamos ver, con el cumplimiento de la actividad matriz y las ganancias que de ella se obtienen, dado que después habrá que acomodar los beneficios en los circuitos legales o por lo menos ocultarlos de tal manera que sean puestos a buen recaudo. Esto es posible en un escenario que ha multiplicado tanto los actores internacionales como las relaciones comerciales y que, por la inercia de las cosas, ha fomentado la corrupción, de modo que en él conviven las prácticas corruptas tradicionales y otras que tienen su carta de naturaleza en el contexto globalizador. De ello se extrae que el fenómeno de la corrupción va más allá de servidores públicos y operadores del sector privado que se circunscriben a un ámbito local,

⁷⁸ Zuñiga Rodríguez, L., “Criminalidad organizada...”, *op. cit.*, p. 53. En el mismo sentido, De la Corte Ibáñez, L./Giménez-Salinas Framis, A., *Crimen.org...*, *op. cit.*, pp. 230 y 231.

⁷⁹ Ocurre lo mismo que con las multinacionales que aparentan conducirse por la legalidad, pues, como todos sabemos, estas hacen los gastos de producción y de mano de obra en lugares más permisivos, para luego vender el producto final en sociedades donde se pueda pagar los precios elevados que ya incluyen esos gastos de producción –como explotación laboral y corrupción– y la ganancia prevista.

⁸⁰ Expresión utilizada en la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Compendio de casos de delincuencia organizada. Recopilación comentada de casos y experiencias adquiridas*, Nueva York, 2012, pp. 9 y 10.

Rasgos, causas y consecuencias de la política criminal del riesgo

pues el marco de actuación global de ámbitos como la delincuencia organizada origina que la corrupción también se mueva a esta misma escala. Con razón se habla de “corrupción internacional”,⁸¹ y en ello el crimen organizado tiene especial protagonismo. Porque su estrategia no se reduce a la búsqueda de protección por parte de servidores públicos corruptos encargados de su persecución penal ni a recibir de estos todas las facilidades y apoyo para lavar el dinero en un país determinado, pues se extiende a contar con asesores, aliados u operadores vinculados con el sistema bancario y financiero o con otros sectores comerciales, de inversión e incluso políticos, de representación de organismos públicos internacionales o de ejercicio de funciones públicas para un país extranjero.⁸²

Un fenómeno que favorece prácticas corruptas en todos los ámbitos y a todos los niveles es el relativo a las asimetrías, sobre todo el que se ha gestado en el contexto internacional. A esta escala es más fácil apreciar marcadas diferencias, inclusive se sostiene que a nivel internacional las asimetrías en muchos ámbitos son más profundas y más graves que a nivel nacional.⁸³ Particularmente se trata de las diferencias que cabe detectar en los rubros económicos, culturales, sociales, políticos o jurídicos,⁸⁴ lo cual tiene relevancia por cuanto la delincuencia organizada, como lo hace la delincuencia económica en general, ha sacado partido de tales asimetrías. En este sentido, se buscan entornos que permitan operar con mayor libertad, ámbitos con legislaciones más limitadas, quizás sin regulación *ad hoc*, y en los que la persecución del delito sea más controlable mediante la corrupción. En esta medida, por lo tanto, se recurre a un blindaje local contra la investigación del delito y se explota un escenario que ofrece oportunidades económicas en

diversos sentidos.⁸⁵ Expresado de otra forma: legislaciones laxas, sistemas permisivos, preponderantemente con motivo de prácticas corruptas, y una serie de condiciones que flexibilizan la economía, el sistema financiero y las relaciones comerciales, son aspectos que, al confluir en un mismo punto, crean un caldo de cultivo para la actuación de la delincuencia organizada. Ello tiene aplicación tanto para los delitos que producen el beneficio material directo como para lavar los recursos de procedencia ilícita y para realizar otras tantas transacciones comerciales corruptas.

De este modo, la criminalidad organizada ha explotado los avances que el proceso de globalización ha traído en todos los campos, al tiempo que ha sacado partido de las repercusiones que dicho proceso ha tenido sobre ciertos países. En efecto, la marcada disparidad que se presenta en materia de persecución penal de la delincuencia organizada, contrasta con la evolución que esta ha mostrado en su marco de actuación. Esto quiere decir que el problema se agudiza cuando la divergencia legislativa, las carencias en las legislaciones locales y la corrupción se combinan con el desarrollo de las telecomunicaciones y la interconexión global de los sistemas financieros o bancarios. A nadie escapa que ahora a través del ciberespacio es posible transferir enormes cantidades de dinero de un extremo a otro de la aldea global. Sobre todo esto tiene relevancia a los efectos del lavado de dinero,⁸⁶ porque lleva un complejo procedimiento que inicia por la colocación o introducción de los recursos obtenidos de forma ilegal, lo que por supuesto se hace en escenarios controlables, para después diversificar o enmascarar dicha colocación hasta invertir (integrar) los bienes en diversos puntos de la economía legal.⁸⁷ A estos efectos, resultan muy atractivos los paraísos

⁸¹ Cfr. Malem Seña, J., *Globalización...*, *op. cit.*, pp. 17 y ss; Cárdenas, J./Mijangos, M. de la L., *Estado de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 67, 68, 241 y 242.

⁸² En similar sentido, Pérez Cepeda, A. I., “Política criminal...”, *op. cit.*, p. 198, cuando señala que junto a los factores clásicos que tradicionalmente se han apuntado como favorecedores de prácticas corruptas [...], en los últimos tiempos han aparecido otros relacionados con la emergencia de instituciones y organizaciones internacionales, que ha hecho surgir toda una categoría de funcionarios o empleados públicos no pertenecientes a los Estados, pero con competencias y capacidad de adopción de importantes decisiones susceptibles de desviación, y aquellos íntimamente relacionados con el proceso globalizador.

⁸³ Malem Seña, J., *Globalización...*, *op. cit.*, p. 17.

⁸⁴ Cfr. Malem Seña, J., *Globalización...*, *op. cit.*, p. 17; Cárdenas, J./Mijangos, M. de la L., *Estado de Derecho...*, *op. cit.*, p. 67; Pérez Cepeda, A. I., “Política criminal...”, *op. cit.*, p. 199.

⁸⁵ *Idem*.

⁸⁶ De hecho, se hace referencia al ciberblanqueo de capitales (*Vid.* Llinares, F., *El cibercrimen...*, *op. cit.*, pp. 83 y 84).

⁸⁷ Cfr. Callegari, A. L., *Lavado de activos*, Ara, 2009, Perú, pp. 32 y ss; Buscaglia, E., *Lavado de dinero y corrupción política. El arte de la delincuencia organizada internacional*, Debate, México, 2015, pp. 48 y 49; De la Corte Ibáñez, L./Giménez-Salinas Framis, A., *Crimen. org...*, *op. cit.*, pp. 292 y 293.

fiscales, pues, como todos sabemos, crean sistemas que favorecen la inversión de fondos procedentes de actividades delictivas y, por ende, el ocultamiento de los mismos. Su opacidad y el rechazo a la colaboración internacional en la lucha contra la criminalidad económica, hace que sean identificados como centros *offshore*.⁸⁸

4. La injerencia del Derecho penal ante la percepción del riesgo

El cuadro presentado hasta ahora dibuja un escenario mundial sometido a continuos cambios con altas dosis de peligro, un diagnóstico que plantea la existencia de una serie de riesgos que, progresivamente y por distintas causas, se han venido acumulando en un mismo entorno de alcance global. Por regla general, la protección frente a ello se busca en el empleo del Derecho penal, cuestión que por otra parte no debe ser rechazada en bloque, pues, como ha quedado sentado, hay peligros cuya realización en cualquier caso afecta bienes jurídicos que demandan salvaguarda penal, muchos de ellos de interés colectivo. Esto significa que en las regulaciones penales contemporáneas al menos conviven sectores delictivos de la delincuencia convencional y otros que quedan comprendidos bajo la rúbrica del denominado Derecho penal del riesgo.⁸⁹ A pesar de sus diferencias, guardan en común que, dada la realidad criminológica descrita, vienen marcados por la propagación de tipos penales que, en su configuración, son de naturaleza preventiva. Con esto no estamos afirmando que los tipos penales de resultado de lesión hayan desaparecido de los textos punitivos, simplemente queremos resaltar que la tendencia apunta a la construcción de tipos penales de peligro abstracto; sobre todo en aquellos supuestos considerados especialmente graves y en los

delitos característicos del Derecho penal del riesgo. Sirva como ejemplo del primer caso, la tipificación penal de la delincuencia organizada y el tráfico y acopio de armas, mientras que en el segundo cabe considerar los delitos de prevención de riesgo catastrófico, diversos delitos medioambientales y otros tantos delitos socioeconómicos.

En este caso rige la categoría de la secuela no deseada⁹⁰ y, en consecuencia, la tendencia a ampliar y a fortalecer los esquemas de prevención, en lo cual, como se verá más adelante, ha tenido especial protagonismo el Derecho penal, puesto que no han sido pocos los sectores cuya protección se le ha encomendado, incrementándose, por la naturaleza de las cosas y los objetivos perseguidos, la probabilidad de que resulten vulnerados los límites al *ius puniendi*. Porque el desenlace para la evitación de los peligros que caracterizan a la etapa postindustrial no puede ser otro que la multiplicación o el uso abusivo de los tipos penales de peligro abstracto. Esto quiere decir que la criminalización en estadios previos para evitar peligros remotos ha venido ganando terreno a los tipos penales de lesión y de peligro concreto. Más aún: parece que ha perdido su vigencia el presupuesto del Estado democrático de Derecho consistente en recurrir de forma excepcional y en supuestos muy específicos a la técnica legislativa de los tipos penales de peligro abstracto.

Con lo anterior no se está desconociendo la realidad que plantea la sociedad del riesgo; de hecho, desde el inicio dimos cuenta de ello. Sencillamente, lo que se quiere indicar es el problema al que se enfrenta el Derecho penal al momento en que con él se pretende atender una serie de requerimientos de las sociedades modernas que no pocas veces conducen a sacrificar los principios que lo informan,⁹¹ lo que viene dado, en buena parte, a causa de la administrativización del Derecho penal,⁹² es decir, esa preocupante

⁸⁸ Pérez Cepeda, A. I., "Política criminal...", *op. cit.*, p. 200. En idéntico sentido, De la Corte Ibáñez, L./Giménez-Salinas Framis, A., *Crimen.org...*, *op. cit.*, pp. 292 y 293.

⁸⁹ *Vid.*, sobre ello, Jakobs, G., *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 40-42.

⁹⁰ Cfr. Beck, U., *¿Qué es la globalización...*, *op. cit.*, p. 49.

⁹¹ Nos referimos, por ejemplo, a los principios de mínima intervención, de legalidad, del hecho, de ofensividad, de culpabilidad y de proporcionalidad.

⁹² *Vid.* Silva Sánchez, J. M., *La expansión...*, *op. cit.*, pp. 131 y ss; Feijoo Sánchez, B., "Sobre la "administrativización" del Derecho penal en la "sociedad del riesgo". Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI", AA. VV., en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*, Colex, 2006, pp. 137 y ss. También a ello hace referencia Mir Puig, S., "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*", AA. VV., en *Estudios penales y criminológicos XIV*, Santiago de Compostela, 1991, p. 213.

Rasgos, causas y consecuencias de la política criminal del riesgo

tendencia a atribuir al Derecho penal funciones que deben asignarse al Derecho administrativo sancionador –como ocurre con algunos supuestos destinados a la protección penal del medio ambiente–, de manera que se desnaturaliza su sentido para convertirlo en un Derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales,⁹³ o si se quiere, en un sistema de gestión primaria de los problemas sociales.⁹⁴ En esta medida, el principio de mínima intervención anuncia su decadencia.

4.1. El Derecho penal simbólico sustentado en el discurso del peligro

Pese a todo, conviene subrayar que el Derecho penal no debe ser ajeno a la constante transformación de las sociedades y de los ámbitos que requieren protección, lo cual, por otra parte, no implica que deba adoptarse una política criminal exclusivista, que pretenda convencer de que el remedio para la crónica situación que sufre la sociedad mexicana se halla en la punición exacerbada y en la expansión absurda y populista de los esquemas de represión penal. Es momento de asumir que una política criminal evolucionada no se explica con la hipertrofia del Derecho penal; por el contrario, el abuso en el empleo del Derecho penal no hace más que demostrar el claro retroceso que tenemos al momento de concebir el sentido y los límites de la política criminal. Además, debemos reconocer que el inflacionismo del Derecho penal, fertilizado con el discurso político de los muy graves problemas de criminalidad que todos conocemos, no ha logrado frenar los preocupantes índices que registran los delitos que más daño hacen a la sociedad.⁹⁵ Es urgente entender por eso que el Derecho penal no es Derecho de policía, es decir, que no está llamado a subsanar las claras deficiencias de nuestras agencias de inteligencia y de nuestros sistemas de investigación y

prevención del delito, esto es, no es asunto del Derecho penal ocuparse de la impunidad que impera en la realidad mexicana, o mejor todavía, el Derecho penal no podrá jamás con mecanismos institucionales impregnados de corrupción. En fin, mientras más fuertes sean los vínculos entre la criminalidad y los servidores públicos y entre estos y la corrupción, más sólidos serán los obstáculos para la prevención de la delincuencia.

Precisamente la lógica del riesgo mira de inmediato hacia las virtudes que se suelen atribuir al Derecho penal, sin embargo ello, paradójicamente, es impulsado por un aspecto positivo que termina degenerando hasta confluir en el Derecho penal simbólico.⁹⁶ Nos referimos a la conciencia social motivada por la sensación e identificación extendida de los riesgos, que se presenta como otra característica por la que podría distinguirse la sociedad de riesgo mundial; cuando menos cabe esperar que en esta surja, con motivo de la percepción pública de los riesgos, una sociedad autocrítica.⁹⁷ Obviamente, esta conciencia social conduce a la búsqueda e implementación de mecanismos preventivos, a la elección, en la medida de lo posible, de alternativas que eviten hechos consumados de imposible reparación; en definitiva, a la intención de anticiparse a la realización de los problemas, y ahí es donde se proyecta un extremo negativo y preocupante. A nadie es ajeno que el discurso (político) del riesgo se ha convertido en una oportunidad nada despreciable para fertilizar el terreno del protagonismo político a través de la trillada y pérvida salida al Derecho penal.

Entre la conciencia social sobre la existencia de los riesgos y el Derecho penal simbólico hay un punto intermedio que transforma el sentido positivo de las cosas. Concretamente, se trata de la sensación de inseguridad que, en buena medida, se debe a la conciencia social sobre la falta de capacidad, de recursos o de

⁹³ Silva Sánchez, J. M., *La expansión... op. cit.*, p. 134.

⁹⁴ Fejoo Sánchez, B., "Sobre la "administrativización... op. cit.", p. 138.

⁹⁵ Esto es, terrorismo; los delitos contra la salud; los delitos de secuestro; los delitos cometidos por servidores públicos, como ocurre, por ejemplo, con los delitos de ejercicio indebido de servicio público, de abuso de autoridad, de desaparición forzada de personas, con los delitos de intimidación, de ejercicio abusivo de funciones, de tráfico de influencia, de cohecho, de peculado y de enriquecimiento ilícito; los delitos de tráfico, acopio y portación de armas y explosivos; los delitos de robo de vehículo, etc. En fin, la lista puede ser interminable.

⁹⁶ Sobre el concepto de Derecho penal simbólico *vid.*, entre otros, Merino Herrera, J. *La protección de testigos en el marco de la persecución penal de la delincuencia organizada*, INACIPE/BOSH, México, 2013, pp. 28 y ss; Cancio Meliá, M., "De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?", en *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Navarra, 2006, pp. 93 y ss; Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, B de F Ltda., Buenos Aires, 2010, pp. 482 y ss.

⁹⁷ Beck, U., *¿Qué es la globalización?... op. cit.*, p. 142.

conocimientos para seguir muy de cerca y abarcar los agitados y constantes avances de la ciencia, de la tecnología y de otros campos, pero también para controlar, al mismo ritmo de la creación de tales adelantos, los problemas o consecuencias lesivas que de ellos derivan,⁹⁸ en lo que tiene un papel fundamental el rubro de la delincuencia dolosa y, particularmente, la delincuencia organizada, sin que estemos dejando de lado otros delitos de carácter doloso o inclusive imprudentes que encajan en el Derecho penal del riesgo.

De lo anterior resulta que el punto decisivo de la discusión no lo es tanto la constatación de los riesgos postindustriales ni la preocupación por la inexistencia de una conciencia generalizada que conduzca a tomar medidas destinadas a prevenirlos; más bien radica en la legitimidad de esas medidas empleadas para sancionar y, sobre todo, para evitar que esos peligros, considerados como inminentes lesiones futuras e incluso daños consumados, permanezcan o avancen todavía más.⁹⁹ Tan se tiene conciencia de esta nueva realidad, que la sociedad o algunos sectores de la misma, estimulados por la sensación de inseguridad que

produce el miedo al delito en distintas áreas y dimensiones de las estructuras sociales modernas,¹⁰⁰ exigen de las autoridades intervenciones inmediatas y eficaces que les garanticen protección. Así, la sensación de inseguridad,¹⁰¹ como dimensión subjetiva de la sociedad de riesgo,¹⁰² se convierte en un elemento justificativo de la demanda creciente de seguridad, pasando la seguridad, en consecuencia, a ser un objetivo social primordial¹⁰³ que se traslada con idéntica intensidad –por no decir obcecación– al legislador; para que luego este no tarde mucho en proyectarla en el ordenamiento penal,¹⁰⁴ muy a pesar de los altos costes que ello pueda suponer para el Estado de Derecho.¹⁰⁵ La balanza se inclina, pues, antes que por la seguridad jurídica, por la seguridad solicitada por la sociedad.

Si la cuestión se analiza desde la perspectiva de la represión penal de la delincuencia organizada, con seguridad se llegará a la conclusión de que en buena parte de los casos la injerencia penal está justificada, aunque ello tampoco quiere decir que deban suscribirse todos los rasgos que la misma presenta. En este contexto, la prevención a partir de la configuración

⁹⁸ Un reflejo de esto cabría encontrarlo en las ventajas que, por distintas razones, suele tener la dinámica de la modernidad sobre el Derecho, siendo una de las principales causas de esta superación el insuficiente entendimiento de los especialistas sobre la materia que en su caso sea motivo de análisis. Por ende, si en los foros científicos no existen ni conocimientos suficientes ni puntos coincidentes para atender las demandas de la sociedad de riesgo, no tendría por qué sorprender el hecho de que el legislador no se halle en condiciones de dar solución a los conflictos que plantea este modelo social postindustrial, lo que, por otra parte, tampoco implica que estemos haciendo a un lado la dejadez que con frecuencia demuestra el legislador en su trabajo.

⁹⁹ No se pone en duda que la seguridad sea un derecho humano y, por lo tanto, que sea legítimo buscar protección frente a los peligros, lo que ya no resulta pacífico es asumir si las formas que adopta el Derecho penal para esos fines preventivos cumplen con los presupuestos de un Estado genuinamente democrático, o si este acepta todas las manifestaciones que muestran esquemas como el relativo al Derecho penal del riesgo (Sobre ello, *vid.* Kindhäuser, U., “Los peligros del Derecho penal en la sociedad del riesgo”, AA. VV., en *Seguridad ciudadana y sistema penal*, Anuario Alerta Informativa, agosto 2014, Perú, pp. 13 y ss).

¹⁰⁰ En este caso, no solamente estamos teniendo en cuenta los delitos que se han incorporado a partir de los nuevos riesgos, sino toda la criminalidad que nazca o se desarrolle en las sociedades postindustriales.

¹⁰¹ Sobre dicho concepto *vid.*, extensamente, Böhm, L., “Políticas de seguridad y neoliberalismo”, en *Delincuencia, finanzas y globalización*, Centro de Investigaciones Sociológicas, España, 2013, pp. 310 y ss.

¹⁰² De hecho, la sociedad del riesgo también es identificada como sociedad de la inseguridad sentida o como la sociedad del miedo (*Vid.* Silva Sánchez, J. M., *La Expansión...*, *op. cit.*, p. 20).

¹⁰³ En este sentido, López Barja de Quiroga, J., “El papel del Derecho penal en la segunda modernidad”, AA. VV., en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en Homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García*, Colex, Madrid, 2006, pp. 329 y 332; Mendoza Buergo, B., *El Derecho penal en la Sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 21 y ss y 31 y 32.

¹⁰⁴ Por eso lleva razón Jakobs cuando refiere que el Derecho penal, en cuanto sistema social parcial, constituye una tarjeta de presentación de la sociedad altamente expresiva. Bajo esta perspectiva, el Derecho penal es el reflejo mismo, si bien parcial, de la sociedad que, en este caso, daría cuenta de una constante intención por convertir en delito todas las peticiones sociales que en este sentido se propongan. Sin embargo, Jakobs sostiene también que, del mismo modo que se puede pedir al Derecho penal que realice esfuerzos para asumir nuevos problemas sociales hasta que el sistema jurídico alcance una complejidad adecuada con referencia al sistema social, el Derecho penal puede recordar a la sociedad que se deben tener en cuenta ciertas máximas que se consideran indisponibles (Jakobs, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducción de Cancio Meliá, M. y Feijoo Sánchez, B., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 14 y ss).

¹⁰⁵ En este sentido Silva Sánchez, J. M., *La expansión...*, *op. cit.*, p. 32, cuando señala que, al plantearse esta demanda ni siquiera importa que sea preciso modificar las garantías clásicas del Estado de Derecho: al contrario, estas se ven a veces denostadas como demasiado rígidas y se abona a su flexibilización. Como ejemplo de esta tendencia, este autor alude a la demanda de criminalización en materia medio-ambiental, económica, de corrupción política, en el ámbito sexual, el de violencia familiar, etc.

Rasgos, causas y consecuencias de la política criminal del riesgo

formal de los tipos penales se combina con sanciones penales incompatibles con nuestros principios democráticos, de manera que, de entrada, se ve vulnerado el principio de proporcionalidad. Un reflejo de ello lo encontramos en la recientemente reformada Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada¹⁰⁶ y en la no menos represiva Ley antisequestro. En el primer caso, solo por poner algún ejemplo, no se hace una compensación en la pena por el adelantamiento de las barreras de defensa estatales que se produce al sancionar la integración en una organización criminal, lo que se traduce en la intención de neutralizar por todos los extremos, esto es, sancionando etapas de planificación del delito con excepcional rigor,¹⁰⁷ de lo que resulta que se neutraliza en la actuación y a través de la pena privativa de libertad. Por lo que corresponde al segundo de los supuestos, es evidente que los marcos punitivos directamente instrumentan penas vitalicias maquilladas.¹⁰⁸ A pesar de la extralimitación que muestran ambos marcos de regulación, ni siquiera se ha conseguido reducir a niveles esperanzadores los índices delictivos que abarcan.¹⁰⁹ Ni recurriendo al Derecho penal del enemigo, impulsado por las demandas sociales y en unos casos por ciertos acontecimientos que han tenido impacto mediático, mientras que en otros a causa de la insostenible situación que se vive en regiones enteras del país, se han logrado resultados que permitan concluir la eficacia y efectividad del Derecho penal. Parece que en este caso se apuesta más por convencer a la ciudadanía de que se está atendiendo el problema, cuando la realidad es difícil ocultarla. Como refiere Bauman, la espectacularidad –versatilidad, severidad y presteza– de las operaciones punitivas es más importante que su eficacia, la cual, dada la desidia de la atención pública y el

corto alcance de su memoria, rara vez se pone a prueba.¹¹⁰ Tampoco es que todo esté perdido, pues queda claro que en la medida en que se fortalezca nuestra cultura democrática, habrá menos posibilidades de que se nos olviden tanto los fracasos anteriores como las promesas políticas que nunca se materializaron.

No obstante, en el marco de la represión penal de la delincuencia organizada tiene lugar una situación al menos llamativa, pues resulta que en este contexto el populismo punitivo todavía no ha recaído en materia anticorrupción. Y es que por alguna extraña razón hasta la fecha no se ha dado cumplimiento a los compromisos que hemos contraído en el plano internacional en el sentido de incluir a todas las manifestaciones de la corrupción dentro del catálogo de delitos que configuran a la delincuencia organizada. Si bien se ha puesto especial interés en un muy variado grupo de delitos –como ocurre con la combinación que se da entre delincuencia organizada y las operaciones con recursos de procedencia ilícita¹¹¹–, parece que el fenómeno de la corrupción, como sector delictivo instrumental del crimen organizado, no es considerado por el legislador penal mexicano como un problema crónico y verdaderamente grave que deba ser sometido a un régimen de excepción. Ciertamente, esta carencia es preocupante. Porque además la visión de las cosas no solo debe orientarse a la connivencia de las autoridades con los miembros de la delincuencia organizada, sino también a la instrumentalización de las instituciones por parte de servidores públicos (simuladores) que, con el pretexto de conformar equipos de trabajo, crean un blindaje que, cuando no les permite lucrarse del servicio público a manos llenas con impunidad absoluta, por lo menos les garantiza perpetuar los favoritismos y otras tantas actividades ilícitas

¹⁰⁶ Vid. Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, *Diario oficial de la Federación* de 16 de junio de 2016.

¹⁰⁷ En este caso, nos estamos refiriendo al artículo 2 de esta Ley federal especial, en relación con su artículo 4, de los que se extraen las sanciones penales destinadas al delito de pertenencia a una organización criminal de las características de la delincuencia organizada. Sobre todo el rigor punitivo incrementa si se trata de delitos contra la salud, operaciones con recursos de procedencia ilícita, secuestro, trata de personas y delitos de robo de hidrocarburos.

¹⁰⁸ Vid., por ejemplo, artículos 9, 10 y 11 de la Ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁰⁹ Según los datos proporcionados por el Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, entre el 2010 y el 2015, el homicidio doloso se redujo en un 36%; el delito de extorsión disminuyó un 17%; y el secuestro descendió un 13%. Sin embargo, debemos dudar de esta aparente depreciación en esos delitos, pues en los últimos años la cifra negra se ha mantenido por encima del 90%, según la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública, elaborada por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI).

¹¹⁰ Bauman, Z., *La globalización...*, op. cit., p. 155.

¹¹¹ Vid. artículo 2° de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

que erosionan nuestras instituciones desde adentro. No hay peor devastación para el Estado social y democrático de Derecho que esta forma de delincuencia organizada desde los aparatos de gobierno. Ante ello, jamás habrá legislación anticorrupción o de cualquier especie que funcione. Por lo tanto, es apremiante que, ante la aterradora situación que vive nuestro país en materia de corrupción, se neutralice la planificación de todas sus manifestaciones, esto es, desde el momento en que el servidor público se frota las manos para lucrarse y empieza a mover sus piezas con ese fin. Si es que hay algo que le ha hecho daño a México es, precisamente, el cacicazgo político que, prácticamente, hereda los puestos públicos por encima del esquema meritório que debe regir la actividad del servicio público.

Por razones como las anteriores, no es posible predicar que hemos satisfecho la obligación jurídica internacional que deriva de la firma y ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional.

Tal y como ocurre con el marco de regulación de la delincuencia organizada, el Derecho penal de riesgo viene marcado por una tendencia a la prevención que, en lo fundamental, se recarga en tipos penales destinados a abarcar conductas abstractamente peligrosas para proteger bienes jurídicos de interés colectivo. Tampoco en este caso se ausenta la controversia doctrinal y, preponderantemente, cuando se trata de ámbitos como los relacionados con la protección penal del medio ambiente, de la salud pública o del orden económico –licitud de los bienes en el mercado, libre competencia, mercado de capital, promoción de la posición del mercado, entre otros–. En este sentido, aparecen voces que definitivamente rechazan en bloque los supuestos de incriminación que a estos efectos se estructuran,¹¹² a diferencia de otros que abonan la idea de que, en lugar de cuestionar de forma generalizada la legitimidad de este Derecho penal

moderno –así denominado–, lo conveniente es hacer un estudio pormenorizado de cada delito o sector criminal en él contenido, y a partir de ahí determinar tanto su legitimidad desde el punto de vista del Estado de Derecho como su auténtica necesidad y, por supuesto, su eficacia para atender los requerimientos penales que plantean las sociedades postindustriales.¹¹³ A esta discusión se suma la opinión de quien, asumiendo el fenómeno de la administrativización del Derecho penal que se materializa en sectores delictivos como los mencionados, plantea, como menor de los males, la flexibilización de los límites al poder punitivo del Estado a cambio de que no se aplique pena privativa de libertad.¹¹⁴

El punto neurálgico de la discusión radica en determinar si el Derecho penal de corte democrático puede brindar protección a través de esos ámbitos de regulación. En relación con ello, conviene tener en cuenta la opinión de quienes no conciben dicha salvaguarda penal sin que deban sacrificarse los presupuestos del Derecho penal del Estado de Derecho. En esta medida, cuando menos se verían vulnerados principios como el de mínima intervención, como el de legalidad, como el de culpabilidad y como el de proporcionalidad, poniéndose de esta forma en evidencia que al Derecho penal se encomienda una función para la que no está diseñado y que, en todo caso, sería materia del Derecho administrativo sancionador. Particularmente así ocurriría con el medio ambiente y la economía, cuya protección penal, dado su paradigma preventivo y la complejidad de los supuestos a abarcar, exigiría un amoldamiento muy forzado para la incriminación de los hechos que generan afectación, lo que, por ende, obligaría a flexibilizar la rigurosidad de los criterios de imputación y de los principios político-criminales determinados por el Estado liberal. Así, cabe entender que toda muestra de flexibilización que pueda darse en este sentido sale del modelo garantista

¹¹² *Id.*, entre otros, Kindhäuser, U., “Los peligros del Derecho penal en la sociedad del riesgo...”, *op. cit.*, pp. 17 y ss; Hassemmer, W., “Rasgos y crisis del Derecho penal moderno”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, t. XLV, Fasc. I, enero-abril, 1992, pp. 238 y ss; Prittwitz, C., “Sociedad de riesgo y Derecho penal”, AA. VV., en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, coordinado por Arroyo Zapatero/Neumann/Nieto Martín, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 259 y ss; Herzog, F., “Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo”, *Revista penal*, núm. 4, 1999, pp. 54 y ss; Herzog, F., “Sociedad del riesgo, Derecho penal del riesgo, regulación del riesgo”, AA. VV., en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, coordinado por Arroyo Zapatero/Neumann/Nieto Martín, traducción de Demetrio Crespo, traducción de Nieto Martín/Demetrio Crespo, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 249 y ss; Herzog, F., “Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales”, *Poder Judicial*, 29º época, núm. 32, dic-1993, pp. 79 y ss.

¹¹³ En este sentido, Feijoo Sánchez, B., “Sobre la “administrativización...”, *op. cit.*, pp. 149 y ss.

¹¹⁴ Extensamente, Silva Sánchez, J. M., *La Expansión...*, *op. cit.*, pp. 131 y ss.

Rasgos, causas y consecuencias de la política criminal del riesgo

para colocarse en el terreno de la arbitrariedad, y ello, sin perjuicio de que se cuestione la efectividad de dichas medidas penales. Desde esta perspectiva, pues, parece que la transgresión de esos principios político-criminales ni siquiera cumpliría con el propósito de sus impulsores.

Dentro de estas expresiones críticas tiene importancia considerar aquella según la cual el Derecho penal del riesgo representaría la instrumentalización misma del Derecho penal. Más concretamente, el Derecho penal de riesgo implicaría una fórmula política para apaciguar, de forma inmediata y sin muchas complicaciones, las permanentes y crecientes exigencias sociales de seguridad que son motivadas por la percepción social de los riesgos; sobre todo la atención (política) se enfocaría en aquellas demandas sociales impulsadas por acontecimientos desencadenantes de escándalos públicos, lo que en todo caso vendría a traducirse de manera automática en leyes más severas, de protección e intervención anticipada del orden penal.¹¹⁵ Así pues, el legislador, actuando bajo presión (social, económica, política, de infraestructura y otras presiones propias de intereses contradictorios), sin someter a discusión cuestiones estructurales de las materias objeto de regulación¹¹⁶ y, por ende, dejando de lado fundamentos del Derecho penal tan elementales como la precisión y la permanencia de las definiciones del ámbito criminal (principio de legalidad), se preocupa, antes que por la legalidad, por la oportunidad de la intervención jurídica, que suele aparecer con gran anterioridad a la lesión del bien jurídico, poniendo con ello en evidencia la intensificación del control del Estado. En resumen: se ha llegado a un punto en el que las fuerzas políticas, en su intención de contener los riesgos, han perdido de vista los pilares que vertebran el Derecho penal de confección liberal,¹¹⁷ y han optado, en lugar de ello,

por la ampliación (expansión) del orden penal y por su utilización a modo de coartada en el debate político para, de forma rápida, sin grandes planes y con pocos gastos en los presupuestos, demostrar que se tiene conciencia de la existencia de un determinado problema.¹¹⁸

Ahí es en donde se hallaría una fuente generadora de las graves consecuencias que se producen sobre los pilares básicos del Derecho penal del Estado de Derecho, vulneraciones que se desarrollarían en cadena, es decir, para cumplir con un objetivo inicial, que no es otro que el relativo al utilitarismo político del Derecho penal, el legislador se decantaría por ignorar una serie de presupuestos, exigencias y principios que informan el Estado de Derecho, lo que originaría la violación de otros más y así sucesivamente hasta llegar a una adecuación sectorial del sistema penal a los fines populistas pretendidos. En otras palabras: una finalidad prioritaria que, al no ser consecuente con un ordenamiento penal propio de un Estado de libertades, obliga a que la estructura del mismo, en su verdadera esencia, tenga que ser modificada en aquellos extremos que no concuerdan con el fin político pretendido. Ello quiere decir que se produce, como ya hemos dejado ver, un efecto dominó, ya que cualquier afectación que en la creación legislativa se genere sobre el principio de mínima intervención, el principio de legalidad, el principio del hecho, el principio de ofensividad o el principio de culpabilidad, como mínimo, trastocará el principio de proporcionalidad.

4.2. Particularidades del tratamiento penal del riesgo

El panorama planteado da cuenta de una expansión del Derecho penal que se corporeiza en aspectos

¹¹⁵ Así Herzog, F., "Límites del Derecho penal...", *op. cit.*, p. 81, que, en este sentido, toma como punto de referencia el medio ambiente, pues, según sostiene, basta con que surja un escándalo ecológico para que se hagan masivas demandas sociales de regulación penal para protegerlo. El problema, según Herzog, reside en el hecho de que esas exigencias de incriminación son de inmediato satisfechas por el legislador, sin que este se preocupe tanto por la solución real del conflicto como por el protagonismo político, convirtiéndose todo ello en un espectáculo público que permite dar la impresión de que el problema ha sido resuelto o de que se atienden los requerimientos sociales y se está trabajando.

¹¹⁶ En contra de ello, Herzog entiende que el control jurídico penal de los riesgos sociales debe ser debatido en las relaciones institucionales y con criterios objetivos, relaciones que se deslinden claramente de las exigencias cotidianas de la política interna, ya que el contenido del Derecho penal debe ser precisado no sobre la base de relaciones políticas de fuerza, situaciones de opinión pública, compromisos de coaliciones y campañas electorales. Ello tiene asimismo consecuencias fatales para la certeza, estabilidad y limitación del Derecho penal ("Límites del Derecho penal...", *op. cit.*, pp. 83 y 84).

¹¹⁷ Cfr. Herzog, F., "Límites del Derecho penal...", *op. cit.*, pp. 81 y 82.

¹¹⁸ Herzog, F., "Límites del Derecho penal...", *op. cit.*, p. 87.

cuantitativos y cualitativos. A este respecto, se puede decir que, como punto de partida, se fortalecen sectores delictivos tradicionales o ya existentes, mediante transformaciones o ajustes que van desde la agravación de la pena, pasando por modificaciones en la estructura de los tipos penales y por la multiplicación de verbos típicos de un mismo ámbito, hasta la reubicación de marcos de regulación enteros en textos legales específicos –v. gr. terrorismo, secuestro, trata de personas, operaciones con recursos de procedencia ilícita y delincuencia organizada–. Resulta común, de igual forma, que se incorporen en los textos punitivos nuevos tipos penales destinados a atender realidades que se crean con motivo de la dinámica de la modernidad –v. gr. ciberataques o cibercrímenes puros–, tendencia que se conjuga con el hecho de que se dé importancia a ciertos bienes jurídicos que, aunque ya eran reconocidos en el pasado, las circunstancias no demandaban su rigurosa salvaguarda, porque se trataba de recursos abundantes que entonces no eran considerados escasos como ahora, creándose, consecuentemente, mayor conciencia social sobre la necesidad de su conservación, tal y como ocurre con el medio ambiente y la necesidad de evitar su deterioro.¹¹⁹ Tampoco es infrecuente que, en contraposición con la concepción clásica del principio de legalidad, y concretamente con la del principio de taxatividad penal, incrementen los tipos penales en blanco y se creen redacciones típicas de muy forzada delimitación, lo cual se aglutina con el hecho de que cada vez más se incorporen en los textos punitivos delitos de peligro abstracto, muchos de ellos ligados a estructuras típicas de mera actividad, con lo que se amplían

los espacios de riesgo penalmente relevantes. Ello se combina, como es lógico, con una marcada tendencia a la protección de bienes jurídicos colectivos o universales de vago contenido¹²⁰ –v. gr. medio ambiente, orden socioeconómico, estabilidad y sano desarrollo de la economía, seguridad nacional, seguridad pública–, con lo que se difumina cada vez más el modelo ideal de salvaguarda de bienes jurídicos individuales o concretos.¹²¹ Y todo lo anterior, al margen de otras reformas o inserciones que inciden en casos específicos de la Parte especial, como sucede con la incorporación de actos preparatorios específicamente delimitados –v. gr. delincuencia organizada, terrorismo y delitos contra la seguridad de la nación en general–. En resumidos términos: todo apunta al desmoronamiento del Derecho penal de intervención mínima, que cede lugar, fundamentalmente cuando se trata de delincuencia particularmente grave y de aquella que se vincula a la sociedad del riesgo, a un Derecho penal cada vez más intervencionista.

Este notable proceso expansionista se atribuye a que existe una concepción casi unánime del Derecho penal que no escatima en valorarlo como un instrumento de protección a los ciudadanos, aunque también como un medio de defensa de estos frente a la intervención coactiva del Estado.¹²² Pero ambos objetivos no suponen algo novedoso; por el contrario, parece que, como modelo ideal, en el Derecho penal generalmente se ha tendido a encontrar esa ambivalencia, esto es, por una parte, proteger bienes jurídicos particularmente sensibles para el núcleo social y, por la otra, determinar los límites al poder punitivo del Estado con respecto a los ciudadanos.¹²³ Lo que

¹¹⁹ Vid. Silva Sánchez, J. M., *La Expansión...*, op. cit., p. 11; Herzog, F., “Límites del Derecho penal...”, op. cit., pp. 80 y ss; Mendoza Buergo, B., *El Derecho penal...*, op. cit., pp. 70 y ss.

¹²⁰ Mendoza Buergo, B., *El Derecho penal...*, op. cit., pp. 44, 68 y ss, 156 y ss. Según refiere esta autora, el análisis de la cuestión ha de partir del hecho de que quienes, desde el Derecho penal, han aceptado o asumido el *topos* sociedad del riesgo, consideran o suponen que esta trae consigo determinadas consecuencias que hacen aparecer caracteres de una específica política criminal en la sociedad del riesgo y, ulteriormente, también, un específico Derecho penal de tal sociedad. Tal política criminal se caracteriza por una tendencia al Derecho penal preventivo con un acentuado adelantamiento de la protección penal, lo que conlleva por una parte, un frecuente recurso a la formulación de delitos de peligro –en buena medida de peligro abstracto– así como la configuración de nuevos bienes jurídicos universales de vago contenido, por otra.

¹²¹ En este sentido, vid., entre otros, Silva Sánchez, J. M., *La Expansión del Derecho penal...*, op. cit., pp. 4, 5, 32, 109 y 132 y ss; Díez Ripollés, J. L. “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología* [en línea], núm. 07-01 (2005). Disponible en: <http://criminet.urg.es/recpc>, p. 5; Durán Migliardi, M., “El Derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho penal”, AA VV, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 1, coordinado por Cancio Meliá / Gómez – Jara Díez, EDISOFER / EUROS EDITORES / B de F Ltda., Buenos Aires, 2006, pp. 725 y ss; Anarte Borralló, E., “Conjeturas...”, op. cit., p. 51; Cancio Meliá, M., “De nuevo...”, op. cit., pp. 90 y 91; Mendoza Buergo, B., *El Derecho penal...*, op. cit., pp. 78 y ss.

¹²² Cfr. Silva Sánchez, J. M., *La Expansión del Derecho penal...*, op. cit., pp. 10 y 48.

¹²³ En el mismo sentido, Roxin, C., *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Tirant lo blanch, Valen-

Rasgos, causas y consecuencias de la política criminal del riesgo

ocurre es que esa instrumentalización se intensifica en el primero de los supuestos, desplazando al segundo allí donde la dinámica del modelo de las sociedades avanzadas demanda nuevas áreas de protección o el incremento punitivo sobre conductas criminales ya contempladas.

4.2.1. Una marcada inclinación al fortalecimiento de sectores delictivos ya existentes

Un caso paradigmático de este rasgo político-criminal puede encontrarse en el marco de regulación penal antiterrorista. Y es que en este contexto ha regido una tendencia a la ampliación de los supuestos de incriminación, a la criminalización en estadios previos a la lesión del bien jurídico y a la intensificación del rigor punitivo, que se conjuga con el traslado de delitos a capítulos específicos con cambios significativos. En particular, desde su incorporación en el texto punitivo federal,¹²⁴ el tipo básico de terrorismo ha conservado la misma pena máxima de 40 años de prisión, a diferencia de la mínima que se ha ido elevando hasta quedar en 15 años.¹²⁵ A la par ha sido objeto de adecuaciones o adiciones que engrosan los instrumentos o medios para su comisión, que insertan agravantes específicas,¹²⁶ que reorientan los elementos teleológicos que lo configuran¹²⁷ y que introducen modalidades delictivas, como ha ocurrido con las amenazas

de carácter terrorista,¹²⁸ con los actos preparatorios a la comisión del delito,¹²⁹ con la financiación del terrorismo¹³⁰ y con el terrorismo internacional y sus manifestaciones,¹³¹ sin perjuicio de que cada uno de estos dos últimos tenga asignado su propio capítulo y de que hayan sufrido modificaciones con el paso del tiempo.¹³²

Otro tanto puede decirse del tratamiento penal de los delitos de trata de personas y de los relativos al secuestro, porque ambos sectores delictivos, después de estar previstos en los códigos penales, ahora en cada caso quedan contemplados en leyes generales que recogen un conjunto de comportamientos delictivos que, en la misma línea de la estrategia antiterrorista, en diversos sentidos son sometidos al Derecho penal del enemigo.¹³³ Esa propensión al incremento en la severidad tampoco se ausenta en las conductas de operaciones con recursos de procedencia ilícita, lo cual se aprecia con la agravación del marco punitivo que se aplica sobre ellas de forma estandarizada, pero también con el acrecentamiento de las formas de comisión y con el debilitamiento de las exigencias que las configuran.¹³⁴ En este último sentido, hay que recordar que los elementos tendenciales que, antes de la reforma de 2014, precisaba la redacción típica para la materialización del delito, se convirtieron en verbos típicos, lo que supuso una relajación en las exigencias para atribuir responsabilidad penal.¹³⁵

cia, 2000, p. 44. Puede verse también, Cobo del Rosal, M. / Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 67 y ss y 315 y ss; Sainz Cantero, J. A., *La Ciencia del Derecho penal y su evolución*, Bosch, Barcelona, 1970, p. 13; Jescheck, H. H./ Weigend, T. *Tratado de Derecho penal. Parte general*, traducción de Olmedo Cardenete, M. Comares, 2002, pp. 1 y ss; Welzel, H., *Derecho penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1997, pp. 1 y ss; Maurach R. / Zipf H., *Derecho penal. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1994, pp. 3 y ss y 153 y ss.

¹²⁴ Vid. *Diario Oficial de la Federación* de 29 de julio de 1970.

¹²⁵ Vid. artículos 139 del Código Penal Federal.

¹²⁶ Vid. segundo apartado del artículo 139 del Código Penal Federal.

¹²⁷ La primera fórmula legislativa que se introdujo en nuestra legislación penal hacía depender la configuración del tipo penal de la verificación en el hecho de los elementos subjetivos específicos (tendenciales) alternativos derivados en “perturbar la paz pública”, “tratar menoscabar la autoridad del Estado” o “presionar a la autoridad para que tome una determinación”; sin embargo, con la reforma de 2007 se eliminaron los dos primeros y este último se dejó como alternativo del consistente en “atentar contra la seguridad nacional”. En el texto vigente, tras la reforma de 2014, se conserva el elemento finalístico de atentar con la seguridad nacional y se reestructura la redacción para insertar las finalidades alternativas de “presionar a la autoridad o a un particular, u obligar a este para que tome una determinación”.

¹²⁸ Vid. artículo 139 Ter del Código Penal.

¹²⁹ Vid. fracción II del apartado primero del artículo 139 del Código Penal Federal.

¹³⁰ Vid. artículo 139 Quáter del Código penal federal.

¹³¹ Vid. artículos 148 Bis, 148 Ter y 148 Quáter del Código Penal Federal.

¹³² Vid. *Diario Oficial de la Federación* de 28 de junio de 2007 y de 14 de marzo de 2014.

¹³³ Vid. Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos (*Diario Oficial de la Federación* de 14 de junio de 2012); Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (*Diario Oficial de la Federación* de 30 de noviembre de 2010).

¹³⁴ Vid. artículo 400 Bis. del Código Penal Federal.

¹³⁵ Vid. *Diario Oficial de la Federación* de 28 de junio de 1989, de 13 de mayo de 1996 y de 14 de marzo de 2014.

4.2.2. La protección penal de nuevos escenarios

La expansión que, en los términos expuestos, se produce a causa de la intención de fortalecer sectores delictivos que ya forman parte de nuestra tradición jurídica, tiene su correlato en ámbitos de regulación que se destinan a nuevas realidades criminológicas. Un ejemplo de lo anterior puede hallarse en la conformación de esquemas de incriminación que atienden los requerimientos de la inercia de la modernidad, tal y como sucede con el fenómeno de la cibercriminalidad, o si se quiere, con los delitos característicos del ciberespacio. Se trata, como refiere la doctrina, de cibercrimen, concepto que permite englobar todas las tipologías de comportamientos que deben incluirse en un escenario que no se concreta al uso de ordenadores para la comisión de delitos, toda vez que ha evolucionado de tal manera que va más allá de abarcar las actividades delictivas que se cometen con la utilización de internet, para demostrar que, ahora, también es posible hablar de una generación en la que los delitos están absolutamente determinados por el uso de internet y las tecnologías de la información y la comunicación.¹³⁶ Así, parece conveniente adoptar una concepción amplia de cibercrimen, lo que entraña incluir cualquier conducta delictiva realizada en el ciberespacio, esto es, comportamientos cuyo contenido ilícito es nuevo y se relaciona directamente con los nuevos intereses o bienes sociales existentes en el ciberespacio, así como aquellos tradicionalmente ilícitos en los que únicamente cambia que ahora se llevan a cabo por medio de internet.¹³⁷

Del primer bloque resulta una categoría que es identificada como cibercrímenes o ciberataques puros, en la que quedan clasificadas conductas como las de *hacking* o acceso ilícito a sistemas y equipos de informática. En lo esencial, con la expresión *hacking*

se hace referencia al acceso remoto por medio de internet a sistemas o equipos de informática sin la autorización del titular de los mismos y, principalmente, cuando dicha intromisión se hace en forma de *cracking*, lo que quiere decir que el *cracker* entra al sistema para realizar en él cualquier tipo de daño o eliminar o modificar su información¹³⁸. Algunos comportamientos que encajan en esa modalidad de *cracking* quedan previstos en los artículos 211 bis 1, 211 bis 2 y 211 bis 4 del Código Penal Federal, en cuyos párrafos iniciales se abarcan las acciones típicas de “modificar”, “destruir” o “provocar la pérdida” de información contenida en sistemas o equipos de informática protegidos por algún mecanismo de seguridad. En este caso, la pena se modulará en función de la procedencia o del titular del sistema o equipo sobre el que recaiga la conducta, es decir, si es de un particular,¹³⁹ si pertenece al Estado¹⁴⁰ o bien si corresponde a las instituciones que integran el sistema financiero.¹⁴¹

Junto con ello, en nuestra regulación penal federal de la cibercriminalidad se incluyen otras conductas delictivas que bien podrían catalogarse en lo que se denomina *hacking* blanco, expresión con la que se identifica a la actividad del *hacker* que únicamente pretendería ingresar al sistema o equipo de informática sin la intención de sabotear o utilizar la información.¹⁴² Así es posible deducirlo de la fórmula legal que se integra en el párrafo segundo de los artículos 211 bis 1, 211 bis 2 y 211 bis 4 del Código penal federal, por cuanto se tipifican las actividades de “conocer” o “copiar” la información contenida en sistemas o equipos de informática protegidos por algún mecanismo de seguridad. Aquí también se gradúa la sanción penal atendiendo a la procedencia o titular del sistema o equipo sobre el que recaiga la acción. En esta medida, cabe interpretar que bastará con ingresar

¹³⁶ *Ibidem*, p. 37.

¹³⁷ *Ibidem*, pp. 40 y 48.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 54.

¹³⁹ En este caso, la pena va de seis meses a dos años de prisión.

¹⁴⁰ El marco punitivo a aplicar es de uno a cuatro años de prisión; sin embargo, el rigor punitivo se intensifica con un marco penal que va de “cuatro a diez años de prisión” cuando, sin autorización, se conozca, obtenga, copie o utilice información contenida en cualquier sistema, equipo o medio de almacenamiento informáticos de seguridad pública, protegido por algún medio de seguridad. Además de la inhabilitación y destitución de los servidores públicos dedicados a la seguridad pública, las sanciones se duplican cuando la “conducta obstruya, entorpezca, obstaculice, limite o imposibilite la procuración o impartición de justicia, o recaiga sobre los registros relacionados con un procedimiento penal resguardados por las autoridades competentes”.

¹⁴¹ En este caso el marco penal es de seis meses a cuatro años de prisión.

¹⁴² Miró Llinares, F., *El cibercrimen...*, op. cit., p. 54.

Rasgos, causas y consecuencias de la política criminal del riesgo

al sistema o equipo sin autorización y superando o rompiendo los candados de seguridad del mismo para colmar las exigencias del verbo típico “conocer”, sin que sea necesario, por consiguiente, que ello responda a una intención adicional de copiarla, extraerla, destruirla, modificarla, perderla o causarle cualquier otro daño. Esto no quita que pueda obtenerse la información para darla a “conocer” a otra persona o por encargo de esta, lo que entraña que serán autores tanto el *hacker* como la persona que, aun y cuando no haya ingresado al sistema o equipo informático, tenga acceso a dicha información con pleno conocimiento de la ilegalidad del hecho. Llega más lejos, sin embargo, el verbo típico “copiar”, porque para “copiar” es necesario “ingresar” al sistema o equipo de informática vulnerando el mecanismo de seguridad; además de que el respaldo que con esta finalidad se haga incrementa el riesgo de distribución de la información o las posibilidades de su empleo con fines ilícitos o para provecho propio o ajeno.

Este marco de represión penal, que también incluye otras conductas delictivas que pueden ser ejecutadas por quienes están autorizados para acceder a los sistemas o equipos de informática,¹⁴³ se combina con otro sector de la cibercriminalidad que, como adelantamos, se manifiesta a través de conductas delictivas cuyos autores encuentran en la red otro medio para cometerlos, de lo que se extrae una categorización de los denominados ciberataques réplica, de un lado, y los ciberataques de contenido, del otro. En la primera clasificación es posible incluir supuestos de la delincuencia convencional como fraudes, amenazas, suplantación de la identidad, espionaje, blanqueo de capitales, extorsión o acoso, mientras que en la segunda se podrían considerar ejemplos como la pornografía infantil y los delitos cometidos contra los derechos de autor.¹⁴⁴ Por lo que toca a la pornografía infantil, cabe observar que el artículo 202 del Código penal federal tiene en cuenta, aunque con una muy lamentable redacción, que los actos sexuales o de exhibicionismo corporal con fines lascivos o sexuales, reales o simulados, que contempla, pueden

ser videograbados, fotografiados, filmados, exhibidos o descritos mediante la transmisión de datos en red pública o privada de telecomunicaciones, sistemas de cómputo, electrónicos o sucedáneos. En lo que atañe a los delitos en materia de derechos de autor, debemos señalar que, si bien los artículos 424, 424 bis, 424 ter, 425 y 427 recogen una serie de delitos convencionales, queda claro que su planificación y desarrollo puede llevarse a cabo a través de las tecnologías de la información y la comunicación. Quizás sean más puros en el marco del cibercrimen, el delito de “fabricación” con fin de lucro de un dispositivo o sistema cuya finalidad sea desactivar dispositivos electrónicos de protección de un programa de computación¹⁴⁵, los delitos de “fabricación”, “importación”, “venta” o “arrendamiento” de un dispositivo o sistema para descifrar una señal de satélite cifrada portadora de programas, sin autorización del distribuidor legítimo de dicha señal, así como la realización de cualquier acto con esta misma finalidad.¹⁴⁶

4.2.3. Inconvenientes del Derecho penal ambiental

Un ámbito característico del Derecho penal de riesgo que no goza de una acogida pacífica es el relativo a la protección penal del medio ambiente. Los razonamientos que se pronuncian en contra de esta tendencia político-criminal plantean una serie de observaciones que tienen que ver, si bien con las carencias dogmáticas del Derecho penal del Estado de Derecho para afrontar los problemas generados por los nuevos riesgos, de igual forma con la ineficacia de la intervención penal en la salvaguarda de los bienes jurídicos que pueden verse lesionados en este escenario de surgimiento, desarrollo y propagación de peligros.¹⁴⁷ A la falta de rendimiento del Derecho penal de riesgo y, por ende, a la ausencia de la seguridad para la cual este se destina, tendremos que sumar que esta intervención penal ineficaz puede presentar efectos colaterales, pues, dado que no se atajan las causas estructurales —o más acertadamente sistémicas— que conducen al fracaso del Derecho penal

¹⁴³ *Vid.* artículo 211 bis 3 y 211 bis 5 del Código Penal Federal.

¹⁴⁴ *Vid.* Miró Llinares, F., *El cibercrimen...*, *op. cit.*, pp. 49 y ss.

¹⁴⁵ *Vid.* fracción II del artículo 424 bis del Código Penal Federal.

¹⁴⁶ *Vid.* artículo 426 del Código Penal Federal.

¹⁴⁷ En este sentido, Hassemmer, W., “Perspectivas del Derecho penal del futuro”, *Revista Penal*, núm. 1, 1998, pp. 37 y ss., principalmente 39–41; mismo autor “Rasgos y crisis...”, *op. cit.*, p. 245; Prittitz, C., “Sociedad de riesgo...”, *op. cit.* p. 263 y 264.

como solución, las pretendidas mejoras que en él se efectúan socavan paulatinamente su perfil constitucional.¹⁴⁸ Resulta entonces que la legitimidad de la reacción mediante el Derecho penal para evitar lesiones futuras se vería anulada o al menos limitada por la ilegitimidad de la medida penal aplicada para conseguir esa protección. Dicho de otro modo: no basta con la constatación de que se trate de una conducta potencialmente lesiva, sino que, además, tendrá que existir la garantía de la eficacia del Derecho penal para evitarla sobre la base de los presupuestos del Estado de Derecho, de lo contrario la injerencia penal no quedaría justificada.

Lo anterior no es sino la consecuencia del proceso de administrativización al que ha sido sometido el Derecho penal en sectores como el de la salvaguarda penal del medioambiente, de lo que por lo menos cabe esperar la trasgresión del principio de mínima intervención. Uno de los rasgos de la degeneración que se ha venido dando en los ordenamientos penales radica en el hecho de que, lejos de aspirar a su carácter fragmentario, el Derecho penal moderno (de riesgo) tiende cada vez más a la expansión,¹⁴⁹ cuestión que, en gran parte, responde a una permanente inclinación por identificar en él la solución de todos los conflictos (sociales, políticos o de cualquier clase), de tal suerte que el principio de subsidiariedad sufre una grave vulneración, pues el Derecho penal ha pasado de estar legitimado como *ultima ratio*,¹⁵⁰ a convertirse en la primera o sola *ratio* y, ya de paso, en una plataforma nada despreciable para adquirir protagonismo político.¹⁵¹

No es infrecuente que, con motivo de los objetivos (de prevención) perseguidos en este caso con la injerencia penal y dados los criterios que sirven para medir las afectaciones al medioambiente, el principio de legalidad termine siendo sacrificado en su vertiente de taxatividad penal y en lo que atañe al principio de reserva de ley.

Con respecto a los problemas que en general se presentan desde el punto de vista de la taxatividad penal, podemos decir que en esta cascada de repercusiones para el Derecho penal del Estado de Derecho, que sería producto, como dijimos, del amoldamiento de este a la dinámica del riesgo, adquiere gran protagonismo la criminalización excesivamente amplia y generalizada, que se sumaría a la ya de por sí cuestionable configuración del auténtico peligro que justifica la incriminación de ciertas conductas. Por lo tanto, la cuestión no se reduciría a la excesiva introducción de delitos de peligro abstracto con puestas en peligro no muy bien definidas y difícilmente demostrables, sino que se extendería a descripciones carentes de precisión que serían planeadas para abarcar el mayor número de supuestos análogos posibles. En oposición a ello, se invoca la rigurosidad del principio de taxatividad penal que, según se expone, es enemiga de un Derecho penal flexible, abierto al futuro y capaz de reaccionar ante situaciones cambiantes. Eso no requiere, sin embargo, que el legislador introduzca términos imprecisos, basta con que utilice unos términos tan flexibles y amplios que puedan ser utilizados en todas las ocasiones y para dar respuesta a los continuos problemas sociales que surjan.¹⁵²

La cuestión se agudiza en supuestos como los que recoge el primer párrafo del artículo 414 del Código penal federal, puesto que la muy cuestionable sintaxis que muestra este precepto ni siquiera permite determinar si se trata de delitos de peligro abstracto o de peligro concreto sobre el medio ambiente —los recursos naturales, la flora, la fauna, el ambiente, los ecosistemas, la calidad del agua, el suelo o el subsuelo—, o si, por el contrario, deberá verificarse en el hecho un daño objetivamente determinable. De ahí se desprende un acto de arbitrariedad que genera incertidumbre jurídica y que abre la puerta para trastocar la taxatividad concreta que se consagra en el párrafo tercero del artículo 14 de la Constitución general, y ello, como

¹⁴⁸ Prittwitz, C., “Sociedad de riesgo..., *op. cit.*, p. 264.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 261.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 284.

¹⁵¹ Cfr. Hassemer, W., “Rasgos y crisis..., *op. cit.*, pp. 240 y 243; Albrecht, P. A., “El Derecho penal en la intervención de la Política populista”, A.A. V.V., en *La insostenible situación del Derecho penal*, traducido por Robles Planas, Comares, Granada, 2000, pp. 478-480; Arnold, J., “La superación del pasado de la RDA ante las barreras del Derecho penal del Estado de Derecho”, AA VV., en *La insostenible situación del Derecho penal*, traducido por Robles Planas, Comares, Granada, 2000, pp. 310-312; Herzog, F., “Sociedad del riesgo..., *op. cit.*, p. 249; mismo autor, “Límites del Derecho penal..., *op. cit.*, pp. 81, 82, 83 y 87; Castanheira Neves, Rita, “O ambiente no direito penal: a acumulacao e a acessoriedade” en *Direito penal hoje. Novos Desafios e novas respostas*, Coimbra, Portugal, 2009, pp. 291 y ss.

¹⁵² Hassemer, W., “Rasgos y crisis..., *op. cit.*, pp. 245 y 248.

consecuencia de la transgresión por parte del legislador penal al principio de taxatividad abstracta, esto es, a la máxima que le impone la obligación de imprimir tal claridad a la creación legislativa de carácter penal que evite la discrecionalidad o flexibilidad en su aplicación. De hecho, no es posible descartar que tan lamentable redacción se deba a la inercia misma de trasladar los criterios del Derecho administrativo sancionador al Derecho penal.

Ahora bien, si se hace una interpretación muy forzada de las cosas, lo cual, como sabemos, es incompatible con el Derecho penal característico del Estado de Derecho, y si al mismo tiempo se extraen conclusiones del contenido del segundo párrafo del mencionado artículo 414 del Código Penal Federal, pero sí, además, se intenta descifrar el patrón no poco intrincado que adoptan los artículos 415 y 416 de este mismo texto punitivo federal, es posible inferir, si bien con reservas, que el legislador penal pretendió expresar que las actividades de “producción, “almacenamiento”, “tráfico”, “importación” o “exportación”, “transporte”, “abandono”, “desecho”, “descarga” o “cualquier otra que se realice con sustancias consideradas peligrosas por sus características corrosivas, reactivas, explosivas, tóxicas, inflamables, radioactivas u otras análogas”, deberán, para consumarse, causar un “daño a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a los ecosistemas, a la calidad del agua, al suelo, al subsuelo o al ambiente”, lo que también se extiende a las modalidades de “ordenar” o “autorizar” dichas conductas. Ocurre, sin embargo —y conviene insistir en ello—, que dicho intento de plantear analogías de cualquier especie y extraer deducciones es infructuoso ante las exigencias derivadas del principio de legalidad en su vertiente de taxatividad penal.

Especialmente las posibles hipótesis de daño sobre “los recursos naturales, la fauna, la flora, los ecosistemas o el ambiente” que contempla el artículo 415 del Código Penal Federal, se distribuyen en dos fracciones; en la primera se abarcan las conductas de “emitir”, “despedir” o “descargar en la atmósfera” “gases, humos, polvos o contaminantes”, en tanto que en la segunda se tipifican las actividades de “generar emisiones

de ruido, vibraciones, energía térmica o lumínica”. El artículo 416 del mismo texto punitivo federal, por su parte, pune las conductas de “descargar”, “depositar” o “infiltrar” aguas residuales, líquidos químicos o bioquímicos, desechos o contaminantes que también produzcan daño en los suelos, subsuelos, aguas marinas, ríos, cuencas, vasos o demás depósitos o corrientes de agua. Cabe agregar que ambos artículos siguen la fórmula legislativa del referido artículo 414 en el sentido de sancionar a título de autoría a quienes ordenen o autoricen los comportamientos señalados, de la misma forma que comparten con este que prevén figuras típicas de peligro.

Pero, con independencia de la clasificación que se haga de dichas modalidades atendiendo a la afectación al bien jurídico, un problema más se presenta a la hora de intentar determinar aspectos como el relativo al daño o al peligro al ambiente, a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, al suelo o al subsuelo, aguas marinas, cuencas, ríos, vasos o demás depósitos o corrientes de agua, porque tampoco puede asegurarse que las acciones que puedan darse en este sentido tengan la entidad suficiente como para afectar el ambiente en forma de peligro o en su vertiente de lesión.¹⁵³ Al margen de que se asuma que bastará con conductas de mera actividad o, en su caso, con peligros o lesiones definidos, habría que concretar, sobre la base de la garantía criminal, qué implica la afectación al medio ambiente y cuáles son los criterios que sirven como directriz a estos efectos. Y es que de cualquier forma no será suficiente con la existencia del bien jurídico supraindividual, puesto que, además, deberá agotarse el presupuesto de lesividad u ofensividad, que es, como sabemos, el que marca la pauta para individualizar la afectación que pueda corroborarse en el hecho específico, de lo contrario estaríamos ante delitos bagatela que justificarían la sanción no por el hecho cometido sino por lo que puedan realizar otros en el futuro, es decir, por las repeticiones de dichas conductas que entonces sí podrían afectar el ambiente,¹⁵⁴ cuestión que trae como consecuencia la transgresión al principio de culpabilidad y, por lo tanto, toda sanción de carácter penal será desproporcionada. En este

¹⁵³ Sobre el concepto de medio ambiente *vid.* Ochoa Figueroa, A., “Medioambiente como bien jurídico protegido. ¿Visión antropocéntrica o ecocéntrica?”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3ª época, núm. 11, pp. 253 y ss, sobre todo pp. 273 y ss, que además suscribe la intervención del Derecho penal para brindar protección al medio ambiente.

¹⁵⁴ Se refiere Prittitz, C., “Sociedad de riesgo...”, *op. cit.* pp. 262 y 263 al efecto acumulación.

último sentido, conviene considerar la expresión dogmática que se desarrolla en los siguientes términos:

[...] Los vertidos de una empresa –de una sola– por mucho que superen ampliamente los grados de concentración de metales pesados establecidos en la normativa administrativa, no tienen por qué poner en peligro –por ellos solos– el equilibrio de los sistemas naturales. Si solo se tratara de los vertidos de una empresa, no existiría problema medioambiental. El problema se deriva de la generalización de vertidos con ciertos grados de concentración de metales. En esta medida, es lógico que desde la perspectiva global del Derecho administrativo sancionador se estime pertinente la intervención y la sanción. Pues la sumación de vertidos tendría –tiene– un inadmisibles efecto lesivo. Pero, de nuevo, no resulta justificada la sanción penal de la conducta aislada que, por sí sola, no pone realmente en peligro el bien jurídico que se afirma proteger.¹⁵⁵

A la no muy clara determinación de la afectación que en este contexto pueda causarse sobre el bien jurídico, lo que implica el sacrificio del principio de ofensividad, se suma el hecho de que el cálculo de dicha afectación y otros elementos normativos de los tipos penales mencionados hacen depender su interpretación, aún y cuando se trata de elementos esenciales para su configuración –siquiera sea porque en ellos se halla el núcleo esencial de la prohibición–, de normas que carecen de procesos legislativos ordinarios, siendo que emanan, nada más y nada menos, del Poder Ejecutivo y, sobre todo en este caso, de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales. Así pues, para interpretar expresiones como la de “ilícitamente o aplicar medidas de prevención o seguridad” será

necesario acudir a normas oficiales mexicanas, lo que también ocurre al momento de pretender definir en qué medida se ha producido un daño o una puesta en peligro al ambiente.¹⁵⁶ Con esto se produce, en efecto, una clara vulneración a los principios de exacta aplicación y reserva de ley en materia penal contenidos, respectivamente, en los artículos 14, tercer párrafo y 73, fracción XXI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de los que se extrae la garantía de seguridad jurídica de que las leyes penales provengan del órgano legislativo establecido al efecto y describan con claridad y precisión la conducta y las sanciones correspondientes, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, términos, plazos, por lo que es indispensable que tanto los delitos como las sanciones estén previstos en una ley en sentido formal y material, con lo cual se proscriben las denominadas “normas penales en blanco” o “de reenvío”.¹⁵⁷

Parece que frente a lo anterior nuestros más altos Tribunales se han decantado por ceder espacio al pragmatismo a cambio del sacrificio del Estado de Derecho. Por lo menos, así lo sugiere el hecho de que desde esta perspectiva se sostenga que, ante la multiplicidad de formas de agresión a los ecosistemas, no queda más remedio que renunciar a un Derecho penal absolutamente autónomo para buscar apoyo en normas extrapenales,¹⁵⁸ cuestión que en principio no plantearía problema alguno si no fuera porque esa remisión, en gran medida, se hace a normas oficiales mexicanas.¹⁵⁹ En estas condiciones solamente es posible asumir que el principio de reserva de ley se impone a todo intento de justificar la arbitrariedad con argumentos tan frágiles como el carácter tecnológico y científico que tiene la norma ambiental o como el

¹⁵⁵ Silva Sánchez, J. M., *La Expansión...*, *op. cit.*, p. 141.

¹⁵⁶ *Vid.*, por ejemplo, artículos 5, 36, 37, 108, 109, 111, 113, 118, 119, 123, 139, 140, 150 y 156 de la Ley general del equilibrio ecológico y la protección al ambiente.

¹⁵⁷ Primera Sala, Tesis 1ª/J. 5/2008, Jurisprudencia constitucional, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVII, febrero de 2008, pág. 129. En el mismo sentido, Greco, L., “A Relação entre o direito penal e o direito administrativo”, en *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*, Temis, Colombia, 2012, pp. 229 y ss.

¹⁵⁸ *Vid.* Primera Sala, Tesis 1ª/J. 22/2012, Jurisprudencia administrativa, penal, Décima Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XIV, noviembre de 2012, Tomo 1, pág. 609.

¹⁵⁹ La necesidad de remitirnos a otras normas oficiales mexicanas puede ser atribuible a las características del Derecho penal que lo hacen insuficiente para confrontar la sociedad del riesgo en materia ambiental. En este sentido, Prittwitz afirma que a diferencia de la sociedad del riesgo, el Derecho penal está dirigido a individuos, reacciona contra comportamientos desviados, entre otras características, por ello su uso es insuficiente y esta es una de las razones por las que se recae en supuestos de leyes penales en blanco (Cfr. Prittwitz, Cornelius, “La función del Derecho penal en la sociedad globalizada del riesgo”, en *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*, Temis, Bogotá, 2012, pp. 59 y ss).

Rasgos, causas y consecuencias de la política criminal del riesgo

relativo a los constantes cambios que pueden darse en el campo ambiental.¹⁶⁰ En definitiva, el hecho de invocar la funcionalidad de la medida no la despoja de su ilegitimidad.

4.3. El Derecho penal del enemigo en el Derecho penal del riesgo

Lo ilegítimo no se encuentra, pues, en el hecho de instaurar medidas que ofrezcan protección frente a los peligros que se acumulan en la sociedad post-industrial, siendo que ello, como ha quedado sentado, constituye un derecho de la sociedad; más bien la parte problemática inicia al momento de seleccionar las formas que deben adoptar esos mecanismos de protección y los ámbitos que son requeridos para semejante función. Es por demás evidente que la delincuencia organizada en general y los delitos contra la salud, la trata de personas, la pornografía infantil, el terrorismo y su financiación, el tráfico y acopio de armas y la fabricación de armas exterminadoras de la especie humana, son supuestos que deben ser materia del Derecho penal, sin embargo los inconvenientes se presentan a la hora de analizar las particularidades que muestra la creación legislativa destinada a reprimirlos.

Gran parte de los ejemplos señalados hasta ahora comparten que, sobre todo por el paradigma preventivo que los rige, por lo menos entran en pugna con el Derecho penal, de modo que, si bien con intensidades diferentes, configuran lo que ha dado en denominarse Derecho penal del enemigo.¹⁶¹ En relación con ello, debe recordarse que en dicha noción se engloban aquellas medidas que suelen destinarse a la prevención, persecución y castigo de las manifestaciones de los sectores delictivos que son considerados

especialmente graves. No debe pasarse por alto, sin embargo, que un parámetro para establecer si se está o no en presencia del Derecho penal del enemigo lo fijan los principios que informan el Derecho penal propio del Estado de Derecho, lo cual permite asumir que cualquier acción estatal que pueda entrar en pugna con los límites al poder punitivo del Estado, en automático se traslada al terreno del Derecho penal del enemigo.

Con esto queremos enfatizar que no es preciso mirar a los supuestos paradigmáticos del Derecho de excepción, esto es, una vez más, delincuencia organizada, terrorismo, delitos contra la salud, tráfico y acopio de armas o secuestro, por ejemplo, para constatar las manifestaciones del Derecho penal del enemigo, puesto que todo rasgo de extralimitación implica, a nuestro juicio, una contaminación de los esquemas de represión penal, asunto que justamente *Jakobs* ha denunciado en sus formulaciones sobre este tema. De ello se sigue que las figuras típicas destinadas a la protección penal del medio ambiente no escapan de impregnarse de arbitrariedad y, por ende, derivan en el Derecho penal del enemigo. Si se quiere ser consecuente con la evolución que hemos pretendido en materia de derechos humanos y libertades públicas, no debería suscribirse la flexibilización de los presupuestos del Estado de Derecho; porque además estos, es decir, el principio de legalidad, el principio de hecho, el principio de ofensividad, el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad, el principio de igualdad jurídica, entre otros, no admiten, no desde la perspectiva de un Derecho penal genuinamente democrático, relajación alguna.

Lo anterior puede explicarse si decimos que, para dar cumplimiento a los requerimientos sociales de protección penal del medio ambiente, y en función de las finalidades políticas, se rijan estas por criterios

¹⁶⁰ En este sentido, Primera Sala, Tesis 1ª/J. 21/2012, Jurisprudencia administrativa, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XIV, noviembre de 2012, Tomo 1, p. 610; Primera Sala, Tesis 1ª/J. 22/2012, Jurisprudencia administrativa, penal, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XIV, noviembre de 2012, Tomo 1, p. 609.

¹⁶¹ Fundamental *Jakobs*, G., "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", *Estudios de Derecho penal*, traducido por Peñaranda Ramos, E. / Suárez González, C. / Cancio Meliá, M., Civitas, Madrid, 1997, pp. 294 y ss; mismo autor, *Dogmática... op. cit.*, pp. 42 y ss; mismo autor, "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", en *Derecho penal del Enemigo*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 23 y ss; mismo autor, "La Ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente", AA VV., en *Escuela de verano del Poder Judicial. Galicia 1999*, traducción de Manso Porto, CGPJ, 2000, pp. 119 y ss; mismo autor, "¿Terroristas como personas en Derecho?" AA VV., en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 2, coordinado por Cancio Meliá / Gómez - Jara Díez, EDISOFER / EUROS EDITORES / B de F Ltda., Buenos Aires, 2006, pp. 77 y ss; mismo autor, "¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad" AA VV., en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 2, coordinado por Cancio Meliá/Gómez - Jara Díez, EDISOFER / EUROS EDITORES / B de F Ltda., Buenos Aires, 2006, pp. 93 y ss; *Jakobs*, G./Polaino-Orts, M., *Criminalidad organizada. Formas de combate mediante el Derecho penal*, Flores Editor, México, 2013.

populistas o por intenciones resolutivas, pero también atendiendo a las particularidades de los hechos que en el contexto de la sociedad de riesgo se identifican como típicos, el Derecho penal sufre una transformación; más exactamente, es modificado de tal manera que sus sólidos candados de confección liberal se abren para permitir la entrada a objetivos eminentemente preventivos que encuentran como válvula de escape los tipos penales. De este modo, la prevención que, preponderantemente, debe atribuirse a la pena, cuya aparición debe venir precedida de la acreditación de los principios de legalidad, del hecho y de ofensividad, los cuales, a su vez, arrojan elementos suficientes o, si se quiere, más aproximados para la configuración de la culpabilidad por el hecho cometido, la cual, por su parte, constituye la medida para graduar la reacción punitiva tras el delito de resultado material o, cuando menos, de peligro —concreto o abstracto— objetivamente constatable; son máximas que pierden fuerza e incluso que en algunos casos han desaparecido cuando se trata de dar respuestas políticas inmediatas a las demandas sociales. Dicho esto en otros términos: la prevención se pretende buscar, en el marco de regulación propio del Derecho penal medioambiental, en la estructura de los tipos penales que, no pocas veces, se centran en la eliminación de cualquier posibilidad de lesión futura. La tendencia político—criminal se orienta, en efecto, al futuro y no a conductas verificables en su consumación y en su afectación a bien jurídico alguno. En fin, en esta medida, el Derecho penal adquiere un carácter manifiestamente preventivo, paradigma dominante que tampoco permite asegurar la constatación de los principios de proporcionalidad e igualdad.¹⁶²

Esa marcada tendencia a sancionar acontecimientos futuros, esto es, a regirse por paradigmas preventivos, origina que los tipos penales diseñados al efecto exijan para su configuración una muy dudosa exteriorización, de modo que su consumación viene dada, antes que por una lesión o, en su caso, por un peligro concreto y claramente determinable, por un peligro que solo represente, sobre la base de la experiencia, el estímulo que llevó al legislador a incriminar (peligro

abstracto). De esta manera, el legislador se decanta por la ampliación del ámbito de lo punible lo más que se pueda y, junto con ello, por la subjetivización, por la orientación al autor, por etiquetarlo, como lo sostiene *Jakobs*, como un enemigo del bien jurídico, lo que no hace sino abrir la puerta para que su esfera privada quede exenta de control,¹⁶³ pues una anticipación de la punibilidad en semejantes condiciones ya se encarga de ignorar en cadena los presupuestos del Derecho penal del Estado de Derecho, siendo que cualquier vulneración que, en la construcción legislativa, se produzca sobre el principio de legalidad, el principio del hecho o el principio de ofensividad incidirá, por efecto dominó, en el principio de culpabilidad y, por ende, la sanción penal será desproporcionada.

Por otra parte, debemos señalar que una manifestación representativa de la combinación que se produce entre Derecho penal de riesgo y delincuencia convencional grave que, además, se ajusta a los perfiles del Derecho penal del enemigo, puede encontrarse en las operaciones con recursos de procedencia ilícita que se desarrollan con el soporte de una organización delictiva característica de la criminalidad organizada, y ello, siquiera sea porque el también llamado lavado de dinero o blanqueo de capitales queda incorporado dentro del catálogo de delitos que configuran a la delincuencia organizada, pero no solamente eso, porque ha de tenerse en cuenta que la reciente reforma de que fue objeto la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada colocó a dicho delito fin o predicado dentro de los supuestos respecto de los cuales la pena por la simple pertenencia a la organización criminal sufre un incremento considerable que va de 20 a 40 años de prisión para los hombres clave de la organización, mientras que para los demás integrantes destina un marco punitivo de 10 a 20 años de prisión.

Se articula de este modo una estrategia esencialmente preventiva, por cuanto la criminalización en estadios previos que se desprende del tipo penal de peligro abstracto de imbricación en la delincuencia organizada, mismo que, en principio, brindaría salvaguarda a un bien jurídico de interés colectivo como la seguridad pública, se fusiona con un tipo penal que

¹⁶² Así Hassemer, W., “Rasgos y crisis...”, *op. cit.*, p. 239, quien destaca el fin preventivo por el que se ve dominado el Derecho penal en materias como el terrorismo y las drogas.

¹⁶³ Cfr. *Jakobs, G.*, “Criminalización...”, *op. cit.*, pp. 294 y 295.

Rasgos, causas y consecuencias de la política criminal del riesgo

igualmente fija como objeto de protección un bien jurídico supraindividual.¹⁶⁴ Así pues, la estrategia legislativa se enfoca en evitar la ejecución de un delito de naturaleza eminentemente preventiva, sin perjuicio, claro está, de la neutralización que viene dada desde el punto de vista de la reacción penal, pues no hay que olvidar que la sanción penal se ceñirá a las reglas del concurso real de los delitos en caso de verificarse la realización de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

Pero el escenario no mejora cuando constatamos que la punición de los actos preparatorios a la comisión del delito, que debe regirse por un sistema de *numerus clausus*, ha venido ganando terreno de forma preocupante. Por ejemplo, a la por demás arbitraria figura de apología, como forma de provocación del delito, prevista y sancionada por el artículo 208 del Código Penal Federal, que ha venido conviviendo con tipos penales como el de conspiración e instigación que describen los artículos 141 y 142 del mismo Código Penal Federal, se suman todos los delitos que se recogen en el catálogo que integra el artículo 2 de la Ley federal contra la Delincuencia Organizada, pues hay que recordar que, dentro del paquete de reformas de que fue objeto esta Ley especial,¹⁶⁵ se encuentra la adición del artículo 2° Bis que, precisamente, dedica una sanción penal para quienes resuelvan de concierto “cometer esos delitos fin y acuerden los medios de llevar a cabo su determinación”.

5. Bibliografía

Albrecht, P. A., “El Derecho penal en la intervención de la Política populista”, A.A. V.V., en *La insostenible situación del Derecho penal*, traducido por Robles Planas, Comares, Granada, 2000.

Anarte Borralló, E., “Conjeturas sobre la delincuencia organizada”, AA. VV., en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva / Anarte Borralló E., y Ferré Olivé, J. C., Huelva, 1999.

Arnold, J., “La superación del pasado de la RDA ante las barreras del Derecho penal del Estado de

Derecho”, AA VV., en *La insostenible situación del Derecho penal*, traducido por Robles Planas, Comares, Granada, 2000.

Bauman, Z., *La globalización. Consecuencias humanas*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.

Beck, U., “El riesgo para la libertad. Cuando el Estado democrático, con la colaboración de las grandes corporaciones digitales, espía de forma global para optimizar su seguridad ante cualquier amenaza, ¿quién defenderá los derechos individuales?”, *El País. Opinión* [en línea], 29 de agosto de 2013. Disponible en: http://elpais.com/elpais/2013/08/14/opinion/1376502906_653929.html (citado el 3 de mayo de 2016).

_____, “De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo. Cuestiones de supervivencia, estructura social e ilustración ecológica”, *Revista de Occidente*, núm. 150, nov. 1993.

_____, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo. Antídotos. La irresponsabilidad organizada*, El Roure, Barcelona, 1998.

_____, *Sobre el terrorismo y la guerra*, Paidós, Barcelona, 2003.

_____, *Sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 1998.

_____, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona, 1998.

Blanco Cordero, I., “Criminalidad organizada y mercados ilegales”, *Eguzkilore*, núm. 11, San Sebastián, diciembre 1997.

Böhm, L., “Políticas de seguridad y neoliberalismo”, en *Delincuencia, finanzas y globalización*, Centro de Investigaciones Sociológicas, España, 2013.

Bottke, W., “Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania”, *Revista penal*, núm. 2, 1998 (traducción de Arroyo Alfonso, S.).

Buscaglia, E., *Lavado de dinero y corrupción política. El arte de la delincuencia organizada internacional*, Debate, México, 2015.

_____, *Vacios de poder en México*, Debate, México, 2013.

Callegari, A. L., *Lavado de activos*, Ara, Perú, 2009.

Calveiro, P., *Violencias de estado*, Siglo XXI editores, México, 2012.

¹⁶⁴ Sobre ello *vid.* Merino Herrera, J., “Estrategias de persecución penal contra la financiación del terrorismo”, *Revista penal México*, núm. 8, agosto 2015, pp. 119 y ss.

¹⁶⁵ *Vid.* Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, *Diario Oficial de la Federación* de 16 de junio de 2016.

- Cancio Meliá, M., “De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?”, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Navarra, 2006.
- Castanheira Neves, R., “O ambiente no direito penal: a acumulacao e a acessoriedade”, en *Direito penal hoje. Novos Desafios e novas respostas*, Coimbra, Portugal, 2009.
- Cárdenas, J./Mijangos, M. de la L., *Estado de Derecho y corrupción*, Porrúa/UNAM, México, 2005.
- Castells, M., *La era de la información. Economía, sociedad y cultura. Fin de milenio*, Siglo XXI, 2001.
- Chirico, J., *Globalization. Prospects and problems*, Washington, SAGE, 2014.
- Cobo del Rosal, M. / Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Cunjama López, D./Ordaz Hernández, D., “Globalización y delincuencia organizada transnacional: una perspectiva criminológica”, AA. VV., en *Directrices criminológicas y jurídicas para el tratamiento de la delincuencia organizada transnacional en el continente americano* (coordinado por Rodríguez Valencia, A./Vizcaino Zamora, Á.), INACIPE, México, 2013.
- David, P.R., *Globalización, prevención del delito y justicia penal*, Zavalia, Buenos Aires, 1999.
- De la Corte Ibáñez, L./Giménez-Salinas Framis, A., *Crimen.org*, Ariel, Barcelona, 2010.
- Del Rosal Blasco, B., “Criminalidad organizada y nuevas tecnologías: algunas consideraciones fenomenológicas y político-criminales”, AA. VV., *Criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, CGPJ, Madrid, 2001.
- Díez Ripollés, J. L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología* [en línea], núm. 07-01 (2005). Disponible en: <http://criminnet.urg.es/recpc>.
- Dondé Matute, J., “Delincuencia organizada y terrorismo en México” en *Terrorismo y Derecho penal*, CEDPAL, Colombia, 2015.
- Dowrick, S. / Delong, J. B., Globalisation and Convergence. Paper for NBER Conference on Globalisation in Historical Perspective, Santa Barbara, California, [en línea], may 4-5, 2001.
- Durán Migliardi, M., “El Derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho penal”, AA VV, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 1, coordinado por Cancio Meliá / Gómez – Jara Díez, EDISOFER / EUROS EDITORES / B de F Ltda., Buenos Aires, 2006.
- Fabián Caparros, E. A., *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- Fazio Vengoa, H., “La globalización: ¿Un fenómeno elusivo?”, *Historia Crítica*, núm. 23, 2003.
- Feijoo Sánchez, B., “Sobre la “administrativización” del Derecho penal en la “sociedad del riesgo”. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI”, AA. VV., en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*, Collex, 2006.
- Foffani L., “Criminalidad organizada y criminalidad económica”, *Revista penal*, núm. 7, enero de 2001.
- Galán Muñoz, A., “Expansión e intensificación del Derecho penal de las nuevas tecnologías: un análisis crítico de las últimas reformas legislativas en materia de criminalidad informática”, *Derecho y proceso penal*, núm. 15, año 2006-1.
- Giddens, A./ Sutton, P.W, *Conceptos esenciales de Sociología*, Madrid, Alianza editorial, 2015.
- Gracia Martín, L., “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo”. *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*. [en línea], 07-02-2005 [citado el 8 de abril de 2016]. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>
- Gracia Martín, L., *El horizonte del finalismo y el Derecho penal del enemigo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- Gracia Martín, L., “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo”. *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*. [en línea], 07-02-2005 [citado el 8 de abril de 2016]. Disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>
- Greco, L., “A Relação entre o direito penal e o direito administrativo”, en *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*, Temis, Colombia, 2012.
- Gutiérrez Francés, M., “Las altas tecnologías de la información al servicio del blanqueo de capitales transnacional”, AA. VV., *Blanqueo de dinero y*

Rasgos, causas y consecuencias de la política criminal del riesgo

- corrupción en el sistema bancario, vol. II*, Universidad de Salamanca, edición a cargo de Ferré Olivé, Salamanca, 2002.
- Hassemer, W., “Rasgos y crisis del Derecho penal moderno”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, t. XLV, Fasc. I, enero-abril, 1992.
- Held, *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Cambridge, Polity Press, 1995.
- Herrero Herrero, C., *Criminología. Parte General y parte especial*, Dykinson, Madrid, 2001.
- Herzog, F., “Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo”, *Revista penal*, núm. 4, 1999.
- _____, “Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales”, *Poder Judicial*, 29ª época, núm. 32, dic-1993.
- _____, “Sociedad del riesgo, Derecho penal del riesgo, regulación del riesgo”, AA. VV., en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, coordinado por Arroyo Zapatero/Neumann/Nieto Martín, trad. de Demetrio Crespo, Nieto Martín/Demetrio Crespo, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.
- Jakobs, G., “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, AA VV., en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 2, coordinado por Cancio Meliá/Gómez – Jara Díez, EDISOFER / EUROS EDITORES / B de F Ltda., Buenos Aires, 2006.
- _____, “¿Terroristas como personas en Derecho?”, AA VV., en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 2, coordinado por Cancio Meliá / Gómez – Jara Díez, EDISOFER / EUROS EDITORES / B de F Ltda., Buenos Aires, 2006.
- _____, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, *Estudios de Derecho penal*, traducido por Peñaranda Ramos, E. / Suárez González, C. / Cancio Meliá, M, Civitas, Madrid, 1997.
- _____, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en *Derecho penal del Enemigo*, Civitas, Madrid, 2006.
- _____, *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.
- _____, “La Ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, AA VV., en *Escuela de verano del Poder Judicial. Galicia 1999*, traducción de Manso Porto, CGPJ, 2000.
- _____, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducción de Cancio Meliá, M. y Feijoo Sánchez, B., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- Jakobs, G./Polaino-Orts, M., *Criminalidad organizada. Formas de combate mediante el Derecho penal*, Flores Editor, México, 2013.
- Jescheck, H. H./ Weigend, T. *Tratado de Derecho penal. Parte general*, traducción de Olmedo Cardenete, M. Comares, 2002.
- Jordá Sanz, C./Giménez-Salinas Framis, A., “El tráfico ilícito de medicamentos. Un nuevo mercado ilegal para el crimen organizado”. *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología* [en línea], 17-10-2015, [citado el 9 de abril de 2016]. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-10.pdf>
- Kaiser, Max, *El combate a la corrupción: la gran tarea pendiente en México*, Porrúa, México, 2015.
- Kindhäuser, U., “Los peligros del Derecho penal en la sociedad del riesgo”, AA. VV., en *Seguridad ciudadana y sistema penal*, Anuario Alerta Informativa, agosto 2014, Perú.
- Lallement, M., “Globalización: ¿Qué podemos decir de ella?”, *Cuadernos de relaciones laborales*, núm. 19, 2001.
- Lane, J. E., *Globalization and politics. Promises and Dangers*, Suecia, ASHGATE.
- Lira Arteaga, Ó, *Cibercriminalidad. Fundamentos de investigación en México*, INACIPE, 2014.
- López Barja de Quiroga, J., “El papel del Derecho penal en la segunda modernidad”, AA. VV., en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en Homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García*, Colex, Madrid, 2006.
- López Sánchez, J., “La delincuencia organizada como amenaza estratégica”, AA. VV., en *La criminalidad organizada* (dirigido por González Rus), México, 2013.
- Malem Seña, J., *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Gedisa, Barcelona, 2000.
- Marinucci G./ Dolcini, E., “Derecho penal mínimo y nuevas formas de criminalidad”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª Época, núm. 9, 2002.
- Mata y Martín, R. M., *Delincuencia informática y Derecho penal*, EDISOFER, Madrid, 2001.
- Maurach R. / Zipf H., *Derecho penal. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1994.

- Medina Ariza, J. J., “Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado”, A.A. VV, en *Delincuencia organizada. Aspecto penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva / Anarte Borralló, E., y Ferré Olivé, J. C., Huelva, 1999.
- Mélenz Morillo-Velarde, L./Pérez Camos, A./ San Martín Mazzucconi, C., *Globalización, Derechos humanos y sociedad de la información*, Madrid, Cátedra, 2009.
- Mendoza Buergo, B., *El Derecho penal en la Sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001.
- Merino Herrera, J. *La protección de testigos en el marco de la persecución penal de la delincuencia organizada*, INACIPE/BOSH, México, 2013.
- _____, *Marco estratégico de las Naciones Unidas contra el terrorismo. Medidas de tratamiento y persecución penal*, INACIPE/Tirant lo Blanch, México, 2015.
- _____, *Al Qaeda: una compleja manifestación del terrorismo internacional*, INACIPE, México, 2015.
- _____, “Estrategias de persecución penal contra la financiación del terrorismo”, *Revista penal México*, núm. 8, agosto 2015.
- _____, “Una aproximación al concepto de terrorismo”, A.A. VV., en *Estudios penales en Homenaje al Profesor Javier Alba Muñoz*, coordinado por Hernández-Romo Valencia, P./Ochoa Romero, R. A., Tirant lo Blanch, México, 2013.
- Merino Herrera, J./Paíno Rodríguez, F., *Delincuencia organizada*, Universidad Complutense de Madrid.
- Mir Puig, S., “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*”, A.A. VV. en *Estudios penales y criminológicos XIV*, Santiago de Compostela, 1991.
- Miró Llinares, F., *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, 2012, Madrid.
- Oliveri Albisu, I., “Globalización, desigualdad y racismo: implicaciones en el ámbito educativo e investigador”, *Eguzkilore*, núm. extraordinario 8, diciembre 1995.
- Pérez Cepeda, A. I., “Política criminal internacional contra la corrupción”, A.A. VV., en *El Derecho penal y la política criminal frente a la Corrupción*, Coordinado por Fabián Caparrós, E. A./Ontiveros Alonso, M./Rodríguez García, N., INACIPE/UBIJUS/Universidad de Salamanca, México, 2012.
- Prittwitz, C., “Sociedad de riesgo y Derecho penal”, A.A. VV., en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, coordinado por Arroyo Zapatero/Neumann/Nieto Martín, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.
- _____, “La función del Derecho penal en la sociedad globalizada del riesgo”, en *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*, Temis, Bogotá, 2012.
- Reinares, F., *Terrorismo y antiterrorismo*, Paidós, Barcelona, 1998.
- Roxin, C., *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.
- Sainz Cantero, J. A., *La Ciencia del Derecho penal y su evolución*, Bosch, Barcelona, 1970.
- Sanz Mulas, N., “Pornografía en Internet”, *Revista penal*, núm. 23, enero 2009.
- Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, B de F Ltda., Buenos Aires, 2010.
- _____, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Aldelf, Argentina, 2006.
- Virgolini, J. E. S., *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- Welzel, H., *Derecho penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1997.
- Zuñiga Rodríguez, L., “Criminalidad organizada, Derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis”, A.A. VV., en *El desafío de la criminalidad organizada* (coordinado por Sanz Mulas, N.), Comares, Granada, 2006.



La política criminal y la palabra de los muertos. Un diálogo con la criminología cautelar de Zaffaroni



Alejandro Nava Tovar

Doctor en Filosofía por la UAM

RESUMEN: Este artículo plantea una reflexión crítica en torno a la criminología cautelar, llevada a cabo a partir de un diálogo con la gran obra *La palabra de los muertos* de Zaffaroni. Para ello en este artículo planteo tres preguntas —acompañadas de tres corolarios a cada pregunta— en las que reflexionaré sobre la violencia del Estado, la irracionalidad de la criminología mediática, la exclusión social y la necesidad de girar hacia una criminología cautelar y protectora de los derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: Criminología, Política criminal, Derechos humanos, Estado de excepción.

ABSTRACT: This paper presents a critical reflection on precautionary criminology, carried out from a dialogue with the well-regarded work *The Word of the Dead* by Zaffaroni. Therefore, in this article I pose three questions —accompanied by three corollaries each question— that reflect on the State sanctioned-violence, the irrationality of media criminology, social exclusion and, thus, the need to turn to a protective of human rights and precautionary reflexive criminology.

KEY WORDS: Criminology, Criminal Policy, Human Rights, State of Exception.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. ¿De qué nos hablan los muertos por las fuerzas del Estado? 3. ¿Quién define a los muertos producidos por la intervención del Estado? 4. ¿Quién puede tomar en serio a la palabra de los muertos qua testimonio? 5. Conclusiones. 6. Fuentes de consulta.

1. Introducción

En 2011 Eugenio Raúl Zaffaroni publicó sus conferencias de criminología cautelar bajo el título *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*.¹ En la denuncia de los crímenes de Estado y sus impulsos genocidas Zaffaroni encontró una prueba evidente de dichos crímenes: los muertos. A pesar de que buena parte de los manuales de criminología tradicionales omiten a los muertos por acciones u omisiones de las agencias estatales, Zaffaroni encuentra en los muertos la prueba de una política criminal propia de un Estado fáctico de excepción. A partir de la lectura de estas conferencias de criminología cautelar –y de otras obras donde el imaginario criminológico de Zaffaroni ha sido desarrollado– plantearé tres preguntas a las cuales responderé con una respuesta breve y tres corolarios. Estas preguntas de cierta forma ya fueron planteadas y respondidas por Zaffaroni; no obstante, intentaré dar otro tipo de respuestas a preguntas desde la situación de nuestro país, en calidad de médium con los muertos, para explicar así esta anatomía política de excepción.

2. ¿De qué nos hablan los muertos por las fuerzas del Estado?

Al parecer, los muertos por acciones de las fuerzas estatales son un indicador del Estado de excepción (*Ausnahmestand*)² como paradigma gubernamental, no como algo declarado jurídicamente, pues no necesita serlo. En los últimos años la obra de Giorgio Agamben ha servido como base para el estudio del estado de excepción como paradigma de gobierno y la biopolítica hacia los viejos y nuevos *homo sacer*.³ El pensamiento de Agamben, que recorre el decisionismo jurídico de Carl Schmitt al mismo tiempo que la arqueología del poder trazada por el proyecto de Foucault, usualmente es visto como una forma de

pensamiento pesimista sobre la potencial amenaza del poder del Estado sobre la *nuda vida* de los sujetos. Sin embargo, lo que planteo ahora es que el estado de excepción no tiene que establecerse legalmente para comprobar sus efectos en ciertos territorios y a cierta parte de la población, ya que dicho estado “no necesita actualizarse siguiendo las reglas constitucionales; si así fuera dejaría de ser un estado de excepción”.⁴ Los siguientes apartados explicarán mis argumentos:

A) Palabras criminológicas. Si bien el nacimiento de la criminología como *ciencia de la experiencia* (*Erfahrungswissenschaft*) comienza a finales del siglo diecinueve con la designación de dicho concepto por parte de Paul Topinard (1879), y utilizado como concepto fundacional por el jurista italiano Raffaele Garofalo en su obra *Criminologia* de 1885,⁵ lo cierto es que desde antes la reflexión en torno a la conducta desviada y la respectiva reacción estatal y social ya habían sido estudiadas de forma no sistemática por juristas, filósofos políticos y demonólogos. La criminología existía desde antes de que el concepto fuera acuñado por Topinard. El poder político siempre implica un poder punitivo, y este poder punitivo siempre aspirará a tener un discurso legitimador. Los discursos legitimadores del poder punitivo no solo están asociados a una criminología reflexiva y al garantismo penal, sino también a subsistemas penales autoritarios y antidemocráticos, como los subsistemas penales de policía y de excepción.

B) Subsistemas penales de policía y de excepción. A primera vista hablar de subsistemas penales de policía y de excepción parecería algo contradictorio dentro de un Estado de derecho, ya que esta forma penal parece ir más allá de las fronteras de lo jurídico. De hecho, el derecho penal del enemigo (*Feindstrafrecht*) sigue siendo en la moderna dogmática penal objeto de un apasionado debate sobre si el pensamiento de Schmitt está detrás de Gunther Jakobs,⁶ algo que no aparece en su texto fundacional, titulado

¹ Zaffaroni, E. R. (2011).

² Schmitt, C. (2004): 13.

³ Agamben, G. (2010).

⁴ Tenorio, F. (2015): 554.

⁵ Kaiser, G. (1997): 1.

⁶ Una visión bien informada y crítica de los orígenes del derecho penal del enemigo y de la relación con Schmitt se encuentra en Polaino-Orts, M. (2013): 35-87.

“Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico.⁷ Es precisamente Luigi Ferrajoli, teórico del garantismo penal, quien reconoce en el sistema penal italiano la operación de subsistemas penales de policía⁸ y de excepción,⁹ los cuales suspenden al sistema principal para contener emergencias sociales o buscar efectos disuasivos en la sociedad. Dichos subsistemas operan con medidas violatorias de los derechos humanos, tales como la tortura, la desaparición de personas, ejecuciones sin proceso e incluso asesinatos de grupos enteros, los cuales se dan de forma continuada en espacios tanto civilizados y no civilizados. Esto hace que muchos de los muertos nos hablen acerca de un uso desproporcional e irracional del poder estatal del que fueron víctimas. Sobre estos crímenes de Estado Wayne Morrison y Zaffaroni tienen algo que decirnos ahora.

C) Masacres por goteo. A partir de las investigaciones de Stanley Cohen,¹⁰ Alex Alvarez¹¹ y Wayne Morrison,¹² Zaffaroni se ha referido a un tipo especial de crímenes que son llevados a cabo en sociedades aparentemente civilizadas, como la nuestra. Este tipo de crímenes no son otra cosa que masacres por goteo. Las masacres por goteo son producidas cuando los aparatos policíacos y militares llevan a cabo ejecuciones sin proceso, ya sea en acciones de asalto o en la forma de escuadrones de la muerte, cuando los cuerpos de seguridad de las cárceles se muestran incapaces de impedir motines sangrientos o cuando ciertas organizaciones criminales crean sus propios campos de concentración, como los que han sido encontrados recientemente en México. Este tipo de crímenes han sido ignorados por parte del discurso criminológico oficial, más centrado en *serial killers* y crímenes menores. Estas masacres, sin embargo, gozan de legitimidad por parte de sectores considerables de la sociedad civil. La forma en como esta legitimidad es producida nos llevará a la segunda pregunta, referida a saber quién define a los muertos.

3. ¿Quién define a los muertos producidos por la intervención del Estado?

La criminología mediática. En alguna parte de *Vigilar y castigar* Foucault afirma que “nuestra sociedad no es la del espectáculo, sino de la vigilancia”.¹³ No tengo la certeza de si al momento de escribir esas líneas Foucault pensaba en *La sociedad del espectáculo* de Guy Debord,¹⁴ pero sí tengo la certeza de que está equivocado por lo menos en lo que respecta a estos tiempos en los que el poder punitivo hace uso del espectáculo mediático para mandar mensajes a la sociedad en aras de la seguridad. La criminología mediática selecciona con cuidado a los sujetos a excluir o neutralizar, en la forma de anormales, víctimas y verdugos. La criminología mediática crea el estereotipo de un *ellos peligroso* al que se le suspenden o niegan de facto sus derechos fundamentales para calmar el pánico social. Esto nos lleva a la creación de nuevos outsiders:

A) Los nuevos outsiders: los excluidos como criminales. Durante buena parte del Siglo XX el enfoque clínico criminológico sirvió para justificar la discriminación hacia diversos grupos. Cesare Lombroso bien podría considerarse el abuelo-fundador de la biopolítica si los seguidores de Foucault y Agamben tuviesen conocimiento de la historia del pensamiento criminológico. El imaginario clínico partía de toda una serie de supuestos biológico-psicológicos para fundamentar un determinismo peligrosista. Para ello, era frecuente el desarrollo de perfiles criminales y estudios psicológicos sobre las causas del crimen. En México, a falta de asesinos con un perfil propio de personajes de plataformas de contenido por streaming, hemos tenido que conformarnos con “las poquiachis”, “la mataviejitas” o “el caníbal de la Guerrero”. Pues bien, en los últimos años la criminología mediática ha reconfigurado a los nuevos sujetos peligrosos, esta vez definidos en un primer momento por su clase social, color de piel y ahora por los nombres

⁷ Jakobs, G. (1985).

⁸ Ferrajoli, L. (1995): 763-806.

⁹ *Ibidem*, (1995): 807-848.

¹⁰ Cohen, S. (2001).

¹¹ Alvarez, A. (2010).

¹² Morrison, W. (2012).

¹³ Foucault, M. (2013): 250.

¹⁴ Debord, G. (1970).

La política criminal y la palabra de los muertos. Un diálogo con la criminología cautelara de Zaffaroni

que constan en sus actas de nacimiento: los “Kevin” y “Brayan”, así como a sus contrapartes femeninas, las “Tiffany” y “Kimberly”.

La criminología mediática ha sabido echar mano del racismo y clasismo del imaginario social para reavivar las tesis de Howard Becker de la teoría del etiquetado¹⁵ con el objetivo de crear mediáticamente perfiles criminales, susceptibles de considerarse *vidas sin el valor de vidas* (*Lebensunwerten Lebens*).¹⁶ Las constantes noticias amarillistas muestran a diario crímenes visibles y grotescos llevados a cabo por sujetos pobres, crímenes que provocan en la sociedad un desprecio total hacia la vida de los delincuentes, hasta tal punto que cuando se muestran masacres por goteo o ejecuciones por parte de un vengador anónimo al más puro estilo de las películas de Mario Almada, buena parte de la sociedad suele celebrar estas violentas masacres como una batalla más ganada en esta guerra en contra del crimen; por regla general, el criminal suele ser un hombre de bajos recursos que vive en zonas marginales, creyente fervoroso de San Judas, con calzado deportivo del basquetbolista Michael Jordan, de tez morena, portador acaso de una motoneta, atrapado en el ambiente violento en el cual creció y de una visión del mundo en la que la muerte se ha normalizado, y si es joven probablemente tendrá el nombre de alguna serie americana juvenil de la década de los 90.

Por otra parte, así como los medios crean un estereotipo del delincuente-enemigo al que debe eliminarse con todos los medios legales y extralegales, también es creado un estereotipo policial-militar, cargado de prejuicios clasistas y raciales por parte de un sector considerable de la clase media. De este modo es impuesto un etiquetamiento negativo al sector policial,

concibiéndolo como lleno de personas corruptas, violentas, incultas y con un estatus de infrahumanos.¹⁷ Estos estereotipos negativos se ven alimentados no solo por la evidencia empírica de acciones reprobables de algunos miembros de los cuerpos policíacos, sino por las series de entretenimiento, las cuales crean una imagen indeseable de este sector estigmatizado.

Finalmente, la criminología mediática también explota al sector victimizado, que termina por justificar medidas excepcionales en contra del “enemigo”. Es lamentable ver cómo las víctimas de delitos son utilizadas por los medios para mostrar su desprecio hacia los delincuentes y justificar así políticas de excepción como la *tolerancia cero*, basada en “*Broken Windows*” de James Wilson y George Kelling,¹⁸ y retomada por el alcalde neoyorquino Rudolph Giuliani en Nueva York durante la década de los noventa. De esta manera la criminología mediática contribuye a reforzar un imaginario bélico y atroz en el imaginario social que suele reforzarse con otros factores culturales y sociales, como el creciente proceso de gentrificación.

B) Gentrificación como proceso de exclusión. La renovación de ciertas zonas populares de la ciudad de México, y su consiguiente revalorización económica, han dado lugar a un proceso creciente de gentrificación.¹⁹ Esta renovación, la cual incluye la oferta de servicios culturales supuestamente alternativos, implica procesos de expulsión de las personas que vivían originalmente en esas zonas, orillándolos a irse a lugares periféricos, no civilizados, donde la inseguridad y violencia se dan en un grado mayor. Los nuevos vecinos suelen ver con desagrado a las personas originarias, pues su pobreza, color de piel y falta de sensibilidad cultural y contracultural²⁰ representan

¹⁵ Becker, H. (2009).

¹⁶ La expresión *vidas indignas de ser vividas*, acuñada por el psiquiatra Alfred Hoche y el jurista Karl Binding, estaba referida a la *Aktion T4*, un programa de eutanasia involuntaria para todos aquellos niños y adultos cuyas vidas fuesen consideradas vidas indignas de ser vividas. Al término de la Segunda Guerra Mundial fue llevado a cabo el *Juicio de los médicos* (*Nürnberger Ärzteprozess*), en el cual veintitrés doctores y oficiales nazis fueron juzgados, y algunos de ellos como Viktor Brack y Karl Brandt fueron sentenciados a muerte. Sobre este concepto, Binding, K. y Hoche, A. (2009).

¹⁷ Me he referido con mayor detalle a este tipo de etiquetamiento en Nava, A. (2014): 167-182.

¹⁸ Wilson, J. y Kelling, G. (1982).

¹⁹ Sobre el origen de este concepto véase Glass, R. (1964): 12-41.

²⁰ Joseph Heath y Andrew Potter señalaron, con audacia, los efectos perversos del discurso contracultural en el sentido de que una “gran parte de lo que se considera radical, revolucionario, subversivo o transgresor no lo es en absoluto”. Pero no sólo eso: también mostraron la estrategia de marketing contracultural, consistente en que se ha usado “no sólo para vender productos comerciales normales y corrientes, sino para vender un mito sobre el funcionamiento de nuestra cultura.” (Heath, J. y Potter, A. (2005): 330. En este sentido, ciertas concepciones contraculturales sobre la oferta artística y musical “indie”, así como la apertura de “formas alternativas de vida de primer mundo” en algunas zonas de la ciudad de México han contribuido a inflar de manera desproporcional la oferta inmobiliaria, expulsando así a los residentes originarios. Es decir, con música de Radiohead de fondo en algún restaurante vegetariano “pet friendly”, naturalmente adornado con un mobiliario “vintage” y con parking para bicicletas, los precios de las rentas de viviendas en algunas colonias han sido declarados impa-

resistencia hacia la creación de formas de vida alternativas, propias del primer mundo.

En países en los que la distribución de la riqueza es muy desigual, es frecuente que los índices de victimización aumenten en las zonas de concentración urbana más excluidas, mientras que las zonas más lujosas pueden reclamar una mayor seguridad pública, o hasta pagar costosos servicios de seguridad privada. En el caso de que una víctima del delito sea parte de las clases sociales más fuertes económicamente, la exigencia de justicia aumentará hacia esta, mientras que las exigencias de las víctimas de los sectores desaventajados quedarán en el olvido, esto es, archivadas en algún librero del ministerio local de justicia. El auge de la gentrificación provoca desplazamientos sociales de sectores desfavorecidos a zonas marginales en las que el Estado suspende sus funciones y deja a los ciudadanos en manos de la violencia de poderes privados salvajes,²¹ dando lugar así a muertos en el ámbito civil por omisión. Sé que el discurso gentrificador forma parte del lenguaje de ciertos grupos progresistas, pero no ver sus efectos negativos de exclusión implica pasar por alto la rígida segregación clasista hacia los habitantes originarios de ciertas zonas, quienes ahora formarán parte de nuevas comunidades desplazadas.

C. Norbert Elías en Ecatepec. En *Parias Urbanos* Loïc Wacquant lleva de forma imaginaria a Norbert Elías al gueto negro para comprender mejor la relación entre raza y clase en las metrópolis americanas, ubicando así a la “violencia y el miedo en el epicentro de la experiencia de la modernidad”.²² Yo quisiera hacer algo similar ahora para pensar el proceso civilizatorio y sus respectivos arrebatos de descivilización desde Ecatepec. Al igual que con los hiperguetos americanos, lo que pasa en zonas como Ecatepec puede explicarse a través de tres procesos: en primer lugar, *la desaparición de la vida cotidiana*, esto es, una transformación de las rutinas habituales de la población debido a los brotes interminables de violencia, como el no salir después de cierta hora de la noche; en segundo lugar, *la desdiferenciación social*, esto es, la desaparición de servicios públicos mínimos y el

amontonamiento de viviendas deficientes en las periferias; finalmente, en tercer lugar, *la informalización económica*, esto es, ante la falta de empleos formales cercanos se da un proceso de venta de productos ilegales y otro tipo de actividades de la misma índole, las cuales proveen de un ingreso a los jóvenes que han sido olvidados por el Estado y excluidos por el mercado.

A la vista de estos procesos podemos encontrar en zonas como Ecatepec una retirada del Estado y una informalización económica que impacta de forma violenta al mundo de la vida de las personas que viven ahí. En los espacios no civilizados periféricos el Estado suspende su autoridad y su violencia conservadora-punitiva, para dar lugar así, en términos de Walter Benjamin, al surgimiento de brotes de violencias fundadoras (*rechtsetzenden Gewalten*)²³ en la forma de grupos delictivos, quienes, en calidad de pequeños soberanos de facto, imponen a los demás ciudadanos sus leyes de excepción, hasta que otros sujetos ejerzan sus respectivos actos de violencia fundadora, mediante linchamientos, ejecuciones a manos de vengadores anónimos o incluso el uso de los cuerpos mutilados de los delincuentes como mensajes disuasorios hacia los otros posibles delincuentes.

La violencia en Ecatepec, sin embargo, es una violencia que se da en espacios periféricos y por tanto la indiferencia social del Estado y la sociedad civil no es de sorprender, hasta que estas formas de violencia llegan a los “espacios civilizados” (cuando el “espacio civilizado es invadido”, diría Morrison).²⁴ Por esta razón, cuando la violencia llega a las zonas gentrificadas o a zonas de alto nivel económico el pánico moral, de la mano de la criminología mediática, lleva a las clases medias a exigir medidas punitivas extremas hacia *ellos*, es decir hacia los “Kevin y Bryan”. Un rasgo común y potente de la criminología mediática es que es capaz de unir a las formas más variadas de ciudadanía para pedir mayor seguridad y castigo para los parias urbanos. De esta manera las campañas por la ley y el orden terminan por justificar subsistemas penales de excepción. Después de todo,

gables para quienes antes vivían en ellas, a pesar de que el reciente terremoto ocurrido en septiembre ha detenido momentáneamente el movimiento de esta burbuja inmobiliaria.

²¹ Una tipología de estos poderes en Ferrajoli, L. (2000): 126-131.

²² Wacquant, L. (2001): 104-119.

²³ Benjamin, W. (1999): 186.

²⁴ Morrison, W. (2012): 21.

sigo imaginando qué habría rescrito Elias de *El proceso de la civilización*²⁵ si hubiese visitado zonas como Ecatepec.

4. ¿Quién puede tomar en serio a la palabra de los muertos qua testimonio?

La criminología cautelar y una sociedad incluyente. Si bien no coincido con aquellos discursos de la criminología crítica que culpan al capitalismo/neoliberalismo de todos y cada uno de los delitos y conductas antisociales, no me cabe la menor duda que el puño de hierro hacia los jóvenes excluidos tiene un mayor potencial explicativo que cualquier otra forma de explicación sobre la conducta criminal. Esto nos lleva a considerar a la criminología cautelar como la candidata idónea para escuchar el testimonio de los muertos. Esto será explicado en los siguientes tres apartados

A) La disminución del poder punitivo. Desde la *Cautela Criminal* de Friedrich Spee, escrita en 1631 y traducida al español en 2017 —obra que será objeto de un análisis más detallado de mi parte en otra ocasión—,²⁶ hasta los últimos trabajos de Wacquant, Morrison y Zaffaroni, la contención del poder punitivo es una exigencia fundamental para el quehacer criminológico. Por desgracia, el discurso cautelar no goza de buena salud democrática en estos tiempos. A mediados de 2017 fue publicada *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal* de Roberto Gargarella,²⁷ quien en el núcleo de esta interesante y rica obra considera que es un invento que la gente vaya a pedir siempre penas máximas hacia los delincuentes: “[A]quellos de nosotros a quienes nos interesa extender el espacio para la democracia dentro del derecho penal queremos oír más la voz directa del pueblo: abogamos por un mayor papel de la ciudadanía en la creación, interpretación y aplicación del derecho penal”. El problema que tengo con

los argumentos de Gargarella es que no sé si al momento de escribir esta obra tenía en mente a todos los países latinoamericanos al momento de pensar en esta refundación de corte republicana, pues en la esfera pública las exigencias de mayores penas están por doquier. Una mirada a lo que escribe un buen número de ciudadanos en redes sociales cuando muere un delincuente en manos de un vengador anónimo o por un policía serviría para explicar mejor mis argumentos. Tal vez me equivoque y en países como Argentina la democracia deliberativa pasa por un momento de plenitud.

Sin ánimo de entrar en los debates a veces un tanto estériles sobre el abolicionismo o maximalismo penales, o sobre los relativos a los límites de la violencia estructural, considero que el poder punitivo en sociedades como la nuestra debe ser sometido a una profunda revisión, tanto en sus niveles de fundamentación discursiva como en sus delimitaciones legales y prácticas policiales. La actual política criminal por una parte lleva a cabo acciones de excepción frente a emergencias públicas que afectan a los espacios civilizados, pero por otra parte suspende su actuar en zonas no civilizadas, dando lugar así a la irrupción de violencias fundadoras dentro del Estado mismo. Afortunadamente hay grupos hispanoamericanos de especialistas en criminología que han develado la irracionalidad del sistema penal.²⁸

B) Políticas de inclusión social. La inclusión del *ellos* pobre en la sociedad excluyente se muestra como misión imposible en las sociedades modernas, en virtud de la ineffectividad de políticas de inclusión económica y cultural de los jóvenes pobres. El sonambulismo ético hacia la desgracia de los jóvenes pobres ha contribuido a que el proceso de criminalización de las aparentemente *vidas sin el valor de vidas* constituya acaso el mejor ejemplo de profecía que se cumple a sí misma de Robert Merton en las ciencias sociales.²⁹ La crisis del Estado de bienestar ha traído consigo una política criminal que prefiere

²⁵ Elias, N. (1976).

²⁶ Spee, Friedrich (2017).

²⁷ Gargarella, R. (2017): 184.

²⁸ Pienso que el proyecto editorial de la editorial Anthropos con el Observatori del Sistema Penal y els Drets Humans de la Universitat de Barcelona, coordinado por Roberto Bergalli e Iñaki Rivera Beiras ha contribuido de forma decisiva a pensar la cuestión criminal desde un enfoque interdisciplinario, tal vez sin parangón alguno en la literatura hispanoamericana. Mi lectura filosófica de la criminología, la sociología del castigo y de la política criminal sería imposible sin la contribución editorial de Bergalli y Rivera.

²⁹ Ya desde 1949 Merton explicaba, sin dotes metafísicos, que “[L]a especiosa validez de la profecía que se cumple a sí misma perpetúa el reinado del error, pues el profeta citará el curso real de los acontecimientos como prueba de que tenía razón desde el principio [...] Tales

violación de derechos humanos que aseguran derechos prestacionales. Esto solo les da a los teóricos radicales de la política la oportunidad de seguir considerando al sistema penal una herramienta más del poder desnudo. En este aspecto creo que la sociología del castigo ha tenido una función positiva, en tanto “nos enseña que una política que intenta promover la conducta disciplinada y el control social se concentrará, no en castigar a los transgresores sino en socializar e integrar a los jóvenes, un trabajo de justicia social y educación moral más que de política penal”.³⁰ Si bien desde el trabajo clásico de Rusche y Kirchheimer quedó expuesta la relación entre la estructura económica y las penas,³¹ debe mantenerse el énfasis en la comprensión de los delitos y las penas desde una perspectiva cultural y social más que positivista y mediática, para comprender así la importancia de la inclusión social y hasta los derechos prestacionales para reducir los niveles de violencia y crímenes cometidos en la sociedad.

C) Una nueva sensibilidad a partir de la palabra de los muertos. Finalmente quisiera mencionar el tema de la sensibilidad a partir de lo que los muertos nos han dicho sobre la actual situación de violencia que sucede en nuestra sociedad. La crisis de violencia de las últimas décadas debe contribuir a replantear los procesos de criminalización, victimización y desbordamiento de la violencia estatal. Pienso, por ejemplo, en promover una cultura crítica de la legalidad y de los derechos humanos, la cual sensibilice a la sociedad respecto de por qué el nuevo sistema penal tiene entre sus propósitos normativos la reducción del número de individuos sujetos a condena de prisión, sin que esto sea percibido como impunidad o violación a los derechos humanos de las víctimas. Esto no es sencillo en una sociedad donde el resentimiento provoca pulsiones punitivas irracionales en el imaginario social y donde los legisladores se aprovechan de ello para promulgar leyes polémicas. El debate sobre la recién aprobada *Ley de seguridad interior* bien vale como muestra de ello. La criminología cautelara requiere de una cultura reflexiva de la legalidad y de los derechos humanos para enfrentar a las masacres por

goteo del sistema punitivo, y dicha cultura requiere de una sociedad más sensible e informada respecto a la cuestión criminal.

5. Conclusiones

No sé si realmente fui un buen médium con el testimonio de los muertos de nuestra sociedad o si solo terminé por hacer un diálogo más con la obra de Zaffaroni, con la que tengo una deuda no siempre confesa. Lo que realmente importa aquí es que *La palabra de los muertos* me ha permitido reflexionar, a través de estas tres preguntas, en torno a la violencia institucional que amenaza a nuestro Estado de derecho y a los derechos humanos de los ciudadanos, legitimada a través de los medios de comunicación amarillistas y la indiferencia moral. La criminología cautelara plantea retos sobre cómo afrontar el problema de la violencia del sistema penal y las violaciones a los derechos humanos tanto de los delincuentes como de las víctimas a partir de quienes han muerto por acciones u omisiones estatales. Esto implica reconocer los usos ilegítimos del derecho penal frente a las emergencias sociales y los ciudadanos que son enemigos, en nuestra sociedad no son otros que los parias urbanos, enemigos ante los que tiene una guerra perdida de seguir así. Otro de los retos del nuevo sistema acusatorio reside en convencer a la sociedad de la que la violencia del Estado no es ni debe ser la solución a todos los problemas sociales en los que el derecho penal está relacionado. Finalmente, este ensayo me ha permitido, nuevamente, repensar la filosofía política y jurídica a partir de la cuestión criminal, algo que me ayuda a no caer en normativismos *naïve* y a continuar mi diálogo con la obra de Zaffaroni, de gran apoyo en tiempos en los que, a veces, no sé bien a dónde vamos como sociedad.

6. Fuentes de consulta

Agamben, G. (2010). *Estado de excepción*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora.

son las perversidades de la lógica social.

Es la profecía que se cumple a sí misma la que explica en gran parte la dinámica del conflicto racial y étnico en los Estados Unidos de hoy”. Véase Merton, R. (2013): 507.

³⁰ Garland, D. (2006): 338.

³¹ Rusche, G. y Kirchheimer, O. (1939).

- Alvarez, Alex. (2010). *Genocidal Crimes*. Londres: Routledge.
- Becker, H. (2009). *Outsiders. Hacia una sociología de la desviación*. Ciudad de México: Siglo XXI.
- Benjamin, W. (1999). "Zur Kritik der Gewalt", en *Walter Benjamin Gesammelte Schriften, vol. II. I.* Tiedemann, R./Schweppenhäuser, H. (eds.), Fráncfort del Meno: Suhrkamp.
- Binding, K. y Hoche A. (2009). *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida*. Buenos Aires: Ediar.
- Cohen, S. (2001). *States of Denial. Knowing about Atrocities and Suffering*. Oxford. Polity Press.
- Debord, G. (1970). *The Society of Spectacle*. Detroit: Black & Red.
- Elias, N. (1976). *Über den Prozeß der Zivilisation - Soziogenetische und psychogenetische Untersuchungen. 2 Bände in Kasette*. Fráncfort: Suhrkamp.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- _____, (2000). *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: UEC.
- Foucault, M. (2013). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Ciudad de México: Siglo XXI.
- Gargarella, R. (2017). *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Garland, D. (2006). *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. Ciudad de México: Siglo XXI.
- Glass, R. *London: Aspects of Change*. Londres: MacGibbon & Kee.
- Heath, J. y Potter, A. (2005). *The Rebel Sell. Why the Culture Can't Be Jammed*. West Sussex: Capstone.
- Jakobs, G. (1985). "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*.
- Kaiser, G. (1997). *Kriminologie*. Heidelberg: C F. Müller.
- Merton, R. (2013). *Teoría y estructura sociales*. Ciudad de México: FCE.
- Morrison, W. (2012). *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*. Barcelona: Anthropos.
- Nava, A. (2014). "Hacia una crítica del derecho penal del enemigo y de la criminología mediática: consecuencias locales de la actual política criminal global", en *Democracia y violencia entre lo global y lo local/ Demokratie und Gewalt zwischen dem Globalen und Lokalen*. Borsó, V. Leyva, G. y Temelli, Y. (eds.). Düsseldorf: Düsseldorf University Press.
- Polaino-Orts, M. (2013). *El derecho penal del enemigo ante el Estado de derecho*. Ciudad de México: Editorial Flores.
- Rusche, G. y Kirchheimer, O. (1939). *Punishment and Social Structure*. Nueva York: Columbia University Press.
- Schmitt, C. (2004). *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*. Berlín: Duncker & Humblot.
- Spee, Friedrich (2017). *Cautio Criminalis. Cautela criminal*. Buenos Aires: Ediar.
- Tenorio, F. (2015). "Matar para vivir. Ensayo sobre el carácter creativo y conservador de la violencia". En *El sistema de justicia penal y nuevas formas de observar la cuestión criminal. Ensayos en honor a Massimo Pavarini*. Tenorio, F. (ed.). Ciudad de México: INACIPE.
- Wacquant, Loïc (2001). *Parias urbanos. Marginalidad en la ciudad a comienzos de milenio*. Buenos Aires: Manantial.
- Wilson, J. y Kelling, G. (1982). "Broken Windows: The Police and Neighborhood Safety", en *The Atlantic Monthly*.
- Zaffaroni, E. R. (2011). *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*. Buenos Aires: Ediar.



El Harm principle y su reflejo en el Derecho penal: una lectura a partir de Joel Feinberg*



João Paulo Orsini Martinelli
José Danilo Tavares Lobato
Humberto Souza Santos

Universidade de São Paulo, Brasil
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Universidade Cândido Mendes, Brasil

RESUMEN: *A partir de la doctrina de Joel Feinberg, el presente artículo reflexiona sobre el harm principle, principio de la filosofía ética propio de los países de Common Law. La base del estudio es la obra The Moral Limits of Criminal Law, compuesta por cuatro volúmenes, en la que Feinberg aborda posibles comportamientos indeseados por la sociedad y la legitimidad del Estado para prohibirlos y castigarlos por medio del derecho penal. Se señalan críticas relevantes a las ideas de Feinberg y, en la parte final, se pone en relación la teoría del bien jurídico, típica del sistema romano-germánico, con el concepto del harm principle, con el fin de analizar cómo un sistema puede complementar al otro.*

PALABRAS CLAVE: *Harm principle, lesión, bien jurídico, Joel Feinberg, utilitarismo.*

ABSTRACT: *This article discusses the harm principle, the principle of ethical philosophy, typical of Common Law countries, with emphasis on the doctrine of Joel Feinberg, whose work devoted to its application in criminal law. The basis of the study is the work "The Moral Limits of Criminal Law", consisting of four volumes, in which Feinberg addresses potential undesirable behaviors by society and the legitimacy of the state to prohibit them and punish them by criminal law. Also important critiques are pointed to Feinberg's doctrine ideas and suggestions to remove the harm concept of mere welfare of the individual. At the end, the study approaches the theory of the legal interest, typical at Roman-Germanic system, to the concept of harm principle in order to demonstrate how a system can complement each other.*

KEY WORDS: *Charm principle, harm, legal interest, Joel Feinberg, utilitarianism.*

SUMARIO: *1. Introducción. 2. El concepto del harm principle. 3. La doctrina del harm principle en Joel Feinberg. 4. Críticas a la doctrina de Joel Feinberg. 5. El harm principle y la teoría del bien jurídico: distinción, semejanzas y posibles interconexiones. 6. Conclusión. 7. Bibliografía.*

Rec: 26-09-2017 | Fav: 18-10-2017

* Traducción del original portugués de José Ángel Brandariz García (Universidad de A Coruña).

1. Introducción

El sistema jurídico-penal de tradición romano-germánica emplea el bien jurídico como razón legitimadora de la criminalización de comportamientos considerados lesivos o peligrosos. El legislador elige el interés que merece “tutela” penal y describe una conducta que considera lesiva o peligrosa para tal interés, conminándola con la correspondiente pena. De este modo se estructura la parte especial del Código Penal brasileño, que se divide de acuerdo con los intereses y bienes jurídicos seleccionados por el legislador. La parte especial está formada por títulos que, a su vez, se componen de capítulos, ordenados, en términos generales, tomando como referencia los intereses y bienes jurídicos.

El derecho penal fundado en la teoría del bien jurídico debe obedecer a ciertos principios de limitación del poder punitivo del Estado, entre los que destacan los de lesividad, proporcionalidad, subsidiariedad y culpabilidad. Cabe señalar que tales principios tienen al bien jurídico como referencia, de modo que el comportamiento humano inculpa debe ser lesivo o peligroso para dicho bien, la pena debe ser proporcional a la lesión, si hubiese otra forma de proteger el bien jurídico el derecho penal perdería su legitimidad y la relación entre el agente y el bien jurídico debe implicar dolo o imprudencia.

Con la constatación de que se están reconociendo nuevos intereses sociales como merecedores de protección penal, surgen algunas cuestiones interesantes sobre el uso tradicional de la teoría del bien jurídico. Mientras que algunas de esas cuestiones se refieren a la posibilidad de que intereses colectivos o difusos se conviertan en bienes jurídico-penales, otras versan sobre el conflicto entre los nuevos intereses y los valores tradicionales, como v.gr. la vida humana. A modo de referencia, pueden señalarse conflictos que afectan al orden tributario, al sistema financiero, a la transfusión coactiva de sangre a los Testigos de Jehová, a la interrupción del tratamiento de pacientes en estado terminal y al uso de drogas.

Ante estos desafíos, la teoría del bien jurídico no ha dado buenos resultados. Esa incapacidad de dar respuesta a los nuevos tiempos se refleja tanto en el

ámbito teórico como en el práctico. Por esta razón, aquí se propone asistir a la teoría del bien jurídico partiendo de un principio de la filosofía ética propio del sistema de *Common Law*. Los fundamentos que aporta la doctrina del *harm principle* son útiles para complementar la teoría del bien jurídico en la resolución de conflictos que impliquen tanto bienes supra-individuales como cuestiones éticas.

2. El concepto del *harm principle*

Cuando se busca el término *harm* en el diccionario, se encuentran diversos conceptos. Según el diccionario Oxford, *harm* puede significar lesión física, daño material, peligro o efecto nocivo, real o potencial.¹ El diccionario Cambridge conceptúa el término como daño o lesión, física o de otra naturaleza.² El diccionario Merriam-Webster, por su parte, incluye algunos sinónimos de *harm*: daño, lesión, herida.³ En síntesis, el *harm principle* indica que el comportamiento reprochable por el derecho penal necesariamente debe representar un perjuicio tangible y considerable para un interés socialmente relevante.⁴

Limitando su concepto a la esfera del Derecho penal, el *harm* se aproxima mucho al concepto de lesión aplicado a la teoría del bien jurídico. Ya hace tiempo que la doctrina del derecho penal defiende la exigencia de peligro o lesión al bien jurídico para la criminalización de un comportamiento, lo que deslegitima que una conducta se eleve a la condición de delito simplemente por un deseo o capricho del legislador. De este modo, criminalizar una conducta que ni siquiera produzca riesgo es una actitud de arbitrariedad manifiesta por parte del Estado. De acuerdo con los principios de lesividad y subsidiariedad, solo puede criminalizarse la conducta que represente daño o peligro de daño para un bien jurídico penalmente relevante, y únicamente cuando no haya otro medio de control social para solucionar el conflicto.

La doctrina acostumbra a clasificar a los delitos de acuerdo con la necesidad de daño efectivo o mero peligro para la consumación del delito. Un delito puede ser de lesión o de peligro de acuerdo con la

¹ <http://oxforddictionaries.com/definition/english/harm?q=harm>.

² http://dictionary.cambridge.org/dictionary/british/harm_1?q=harm

³ <http://www.merriam-webster.com/dictionary/harm>

⁴ Garner, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. 8a. ed., 2004, p. 2099.

descripción típica. Delitos de lesión son los que requieren lesión efectiva del bien jurídico tutelado por la norma. En esos casos, el tipo describe un comportamiento por medio del cual el interés protegido sufre una modificación no deseada por su titular. En los delitos de peligro, por el contrario, el legislador no espera al daño efectivo, esto es, el momento de consumación se anticipa a la fase anterior a la verificación de la lesión. En tales tipos, el comportamiento descrito representa la exposición del bien jurídico al mero riesgo de lesión. En los delitos de lesión, la exposición dolosa al peligro que no genera un resultado lesivo por motivos ajenos a la voluntad del autor configura una tentativa. Frente a ello, en los delitos de peligro, el ilícito queda consumado incluso sin lesión del bien jurídico, ya que para la configuración de la conducta típica basta la posibilidad de su verificación.

De este modo, es evidente que para criminalizar una conducta en el sistema romano-germánico es necesario establecer unos presupuestos mínimos. No todos los comportamientos humanos son susceptibles de reproche penal, del mismo modo que no todo peligro o lesión es suficiente para justificar una sanción penal.

Por ello, de acuerdo con estos requisitos, algunos tipos de comportamiento no pueden ser objeto del Derecho penal. Es lo que sucede, por ejemplo, con los meramente inmorales y con los que suponen una lesión únicamente para el propio sujeto. Los comportamientos meramente inmorales solo afectan al sentimiento de un grupo de personas, sin producir ninguna lesión digna de consideración. Las conductas que solo se refieren al propio sujeto son las que no afectan más que a la persona que realiza el acto, es decir, son autolesiones. En esos casos, solo queda analizar si hay bienes indisponibles cuya tutela legítima que el Estado desatienda la voluntad de su titular.

El *harm principle* tiene una importancia fundamental para el análisis de los procesos de criminalización. Sus directrices imponen límites al poder punitivo del Estado, con lo que evitan la intervención excesiva en la vida privada. Cuando el derecho penal impone patrones de comportamiento, la única preocupación debe ser evitar perjuicios considerables a

intereses ajenos. Las prohibiciones no pueden crear parámetros de comportamiento definidos por la voluntad y el capricho del legislador. El derecho penal no puede servir como instrumento de imposición de comportamientos orientados únicamente por convicciones morales, ya que cada persona puede realizar la conducta que quiera, en la medida en que no perjudique intereses ajenos.

En su clásica obra *On Liberty*, Stuart Mill sintetiza la idea del *harm principle* considerando la libertad humana como factor determinante en la orientación de la política de prohibición de comportamientos.⁵

El principio afirma que el único fin para el que la humanidad está autorizada, individual o colectivamente, a interferir en la libertad de acción de cualquier miembro de la comunidad es la autoprotección. El único objetivo por el que puede ejercerse correctamente el poder sobre los miembros de una comunidad civilizada contra su propia voluntad es prevenir el daño a terceros. El propio bien de la persona, físico o moral, no es una autorización suficiente.⁶

Se trata de un principio de cuño liberal, que determina la intervención del Estado sobre la libertad individual solo cuando el comportamiento sea susceptible de provocar daños ajenos. En el caso de las autolesiones, se debe preservar la libertad individual, excepto cuando la persona no posee una autonomía plena. Para evitar autolesiones sin un consentimiento válido, existe la posibilidad de interferencia estatal, ya que está ausente la libertad plena de elección de un comportamiento lesivo. Se trata de una hipótesis de paternalismo legitimado. En tal caso, falta la capacidad de consentir los perjuicios causados a uno mismo.⁷

El *harm principle* otorga valor a la libertad humana y a las opciones individuales. Al Estado le corresponde impedir el daño a terceros y las autolesiones realizadas por quien no tiene capacidad de discernimiento. La autonomía de la voluntad tiene gran valor, pues su concurrencia priva de legitimidad al Estado para interferir en el comportamiento autolesivo de quien puede decidir libremente. Frente a ello, la ausencia de autonomía para decidir legítima la interferencia estatal, cuando se trata de una lesión a uno mismo realizada sin libertad.

⁵ Mill, John Stuart. *On liberty*. London/New York: Penguin Classics, 1985, p. 67.

⁶ *Ibidem*, p. 13.

⁷ Dworkin, Gerald. "Paternalism", en: Feinberg, J.; Gross, H. (eds.) *Philosophy of Law*. Encino: Dickenson Publishing, 1975, p. 232.

El *Harm principle* y su reflejo en el Derecho penal: una lectura a partir de Joel Feinberg

La libertad individual debe respetarse cuando el agente está en condiciones de emplearla adecuadamente. Con frecuencia se habla en este punto de dos modalidades diferentes: la libertad positiva y la libertad negativa. Por libertad positiva se entiende la capacidad de controlarse a uno mismo, por medio de la autoimposición de reglas de comportamiento; por libertad negativa se entiende, en cambio, la ausencia de interferencias externas a la persona, como la coerción o cualquier otro medio que dificulte, o incluso imposibilite, la realización de la conducta.⁸

El Estado está legitimado para intervenir en las situaciones en las que el titular del interés tutelado no tenga condiciones para consentir. Cuando haya capacidad plena de consentimiento, se debe reconocer el derecho a la libertad de prescindir de la tutela del Estado. Al margen de estos casos, la prohibición de conductas no pasa de imposición o valoración meramente moral de patrones de comportamiento. El *harm principle* funciona como un freno a la criminalización de conductas que representen meras inmoralidades, es decir, conductas que no produzcan peligro o lesión a intereses de terceros.

La cuestión fundamental que debe discutirse se refiere al concepto y alcance del término *harm*. Diversos autores, comenzando por Stuart Mill, se han venido ocupando del tema. La mayor o menor extensión de los límites de criminalización depende de la aceptación del concepto de ofensa o lesión. Feinberg, objeto central de este estudio, es quien más se ha ocupado de esta cuestión. Su obra *The Moral Limits of Criminal Law* se estructura en cuatro volúmenes. Cada uno de ellos se refiere a un tópico del *harm principle*, de acuerdo con su concepción de la legitimidad de los procesos de criminalización.

3. La doctrina del *harm principle* en Joel Feinberg

Desde el clásico *On Liberty*, de Stuart Mill, publicado en 1859, la doctrina jurídico-filosófica de matriz

anglosajona se ha esforzado en desarrollar, como criterio de limitación a la intervención penal del Estado, la idea de que una conducta, para ser prohibida, debe implicar necesariamente una lesión o un daño. Ese recorrido jurídico-filosófico ha venido conformando el denominado *harm principle*, que actualmente sirve como directriz capaz de evidenciar la legitimidad de la prohibición de determinados comportamientos y, en consecuencia, de la imposición de las penas correspondientes.

Casi un siglo y medio después de Stuart Mill, esa idea se trabajó por parte de Feinberg en la extensa obra en cuatro volúmenes *The Moral Limits of the Criminal Law*, publicada entre 1984 y 1988, con el objetivo de señalar y analizar las especies de conducta que podrían ser legítima y justificadamente criminalizadas por el Estado. En ella, Feinberg concluye que el estado solo puede interferir en el comportamiento de los individuos de modo moralmente justificable cuando esa interferencia resulte razonablemente necesaria para prevenir daños o graves riesgos de daños a personas distintas al sujeto sobre el que recae la intervención.⁹ Por daños se entienden las lesiones y perjuicios causados a los intereses de otras personas, incluyendo lo que tradicionalmente entendemos como bienes jurídicos colectivos, en un contexto en que la protección debe servir, en última instancia, para proteger a los propios individuos miembros de la comunidad.¹⁰

El primer volumen de *The Moral Limits of the Criminal Law* se publicó en 1984, bajo el título "*Harm to Others*", y se dedica a la determinación conceptual de la lesión. Feinberg reconoce la ambigüedad del término, que puede entenderse al menos en tres sentidos. El primero incide sobre cosas, como v.gr. el cristal de una ventana o el jardín de una casa. En estos casos, Feinberg prefiere utilizar el término "daño".¹¹ El segundo se refiere a la frustración de intereses, que se produce como consecuencia de la interferencia de una persona en los planes de otra.¹² El tercero, por su parte, es la vulneración del derecho de otra persona

⁸ Dworkin, Gerald. Positive and negative freedom, en Audi, Robert. *Cambridge Dictionary of Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 726.

⁹ Feinberg, Joel. *Harm to others*. New York: Oxford University Press, 1984, pp. 04 y 05.

¹⁰ Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I*. München: Verlag C.H. Beck, 2006, p. 55.

¹¹ Feinberg, Joel. *op. cit.*, p. 32.

¹² *Ibidem*, pp. 33 y 34.

como consecuencia de un comportamiento injustificable contrario al orden jurídico.¹³ El derecho penal, según Feinberg, se fundamenta en la fusión de estos dos últimos sentidos, es decir, de la frustración de intereses caracterizados como ilegales y de ilegalidades que se muestran como frustraciones de los intereses de otro.¹⁴

En este contexto, la incidencia del *harm principle* depende de la noción de “normalidad” para justificar la protección concedida al Estado, cuya fuerza coercitiva tiene legitimidad únicamente para proteger los intereses de personas que sean normalmente vulnerables. Esto conduce al análisis cuantitativo de ese grado de vulnerabilidad. Si tal grado de vulnerabilidad fuese elevado, las circunstancias del caso concreto indicarían si el Estado puede o no interferir en el comportamiento del individuo. Frente a ello, si la molestia causada por la conducta estuviese por debajo de los patrones de normalidad, lo que implica una mayor tolerabilidad, la persona afectada debe recurrir a otros medios no coercitivos, ya que meras frustraciones no deben convertirse en ofensas penalmente tuteladas.¹⁵

Feinberg señala que el interés de una persona puede ser afectado mediante una vulneración, una invasión, un menoscabo, un retroceso, la provocación de perjuicios, la imposibilidad de realización, la evitación o la destrucción de los intereses, que son comportamientos a través de los que el ejercicio de un derecho o la realización de un interés de una tercera persona se ve entorpecidos, con lo que se frustran sus planes vitales.¹⁶ Para identificar qué serían realmente estos intereses, Feinberg recurre a una lista de lo que la jurisprudencia estadounidense destaca como intereses que deben ser salvaguardados por la ley, como los intereses de la personalidad, de la propiedad, de la reputación, de las relaciones domésticas, de la privacidad,¹⁷ entre otros. También se reconocen los intereses públicos. Entre ellos se encuentran, en

primer lugar, los que afectan directamente a las personas de forma colectiva, como la salud, la seguridad o la tranquilidad y, en segundo lugar, los que se refieren a la estructura del Estado, que no afectan directamente a los individuos, como la recaudación de tributos, la buena conducción de los procesos judiciales, la disciplina de las fuerzas armadas, etc. En estos casos, la vulneración de las normas llevada a cabo por una persona aislada no provoca lesión a otros, pero su repetición reiterada afecta al bienestar social y hace inviable la vida en sociedad.¹⁸

Feinberg admite, empero, situaciones en las que el interés del tercero puede ser menoscabado de forma moralmente admisible y lícita, como en el caso de las circunstancias de justificación y exculpación.¹⁹ Junto a ello, hace una distinción entre derechos morales y legales. En su opinión, derechos morales son aquellos que no son siempre exigibles por ley, pero que cuando lo son se convierten también en derechos legales.²⁰ Desde esa perspectiva, solo derechos morales que se presenten, al mismo tiempo, como derechos legales pueden ser exigibles al Estado, que debe garantizar a todos los individuos un patrón mínimo de bienestar. Como consecuencia de la obligación del Estado de asegurar un patrón mínimo de bienestar, cualquier individuo puede oponerse a la vulneración del derecho de bienestar, aunque Feinberg reconoce que es imposible para el legislador identificar qué significa bienestar para cada individuo, ya que cada uno tiene su propia conciencia y personalidad.²¹ Por ello, corresponde al Estado otorgar al sujeto el derecho de elegir lo mejor para su bienestar.²²

Bajo la perspectiva de la libertad de elección, Feinberg admite la posibilidad de que el individuo consienta la frustración de su propio interés. Sustentándose en el principio *volenti non fit iniuria*, es decir, que “no se causa daño a quien consiente”, el autor explica que consentir una determinada conducta significa hacerse parte de ella. En consecuencia, el resultado

¹³ *Ibidem*, pp. 34 y 35.

¹⁴ *Ibidem*, p. 36.

¹⁵ *Ibidem*, p. 50.

¹⁶ *Ibidem*, p. 51.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 04-05, 61.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 63 y 64.

¹⁹ *Ibidem*, p. 109.

²⁰ *Ibidem*, p. 110.

²¹ *Ibidem*, p. 112.

²² *Ibidem*, p. 113.

El Harm principle y su reflejo en el Derecho penal: una lectura a partir de Joel Feinberg

que se deriva del comportamiento lesivo también es responsabilidad de quien consiente.²³

El principio *volenti non fit iniuria*, con todo, solo puede aplicarse en los casos en que el consentimiento sea completo y voluntario. Esto significa que solo opera cuando no concurren amenaza, fraude o manipulación, es decir, ocultación o alteración de datos importantes relativos al hecho. Si el consentimiento fuese deficiente, la intervención en la esfera de la libertad del individuo sustentada en el principio del daño (*harm principle*) estará justificada, lo que complementa el postulado *volenti non fit iniuria*.²⁴ De acuerdo con este planteamiento, una persona solo puede ser considerada víctima cuando sufre un daño no consentido realizado por un tercero.²⁵ En consecuencia, nadie es víctima de su propia conducta, aunque le perjudique, y lo propio sucede con los daños que provienen de comportamientos de terceros respecto de los que existió consentimiento válido. Por ello, Feinberg entiende que es posible la existencia de un delito sin víctima, bien en los casos en que el resultado lesivo solo afecta a quien cometió la conducta, bien en aquellos en que existe consentimiento válido sobre los peligros producidos por el comportamiento de un tercero.²⁶

En 1985, Feinberg publicó el segundo volumen de *The Moral Limits of the Criminal Law*, titulado “*Offense to others*”. En esa obra pretende analizar el concepto de “ofensa” e indicar sus consecuencias para el derecho penal. Feinberg desarrolla el concepto del *offense principle*, principio de la ofensa, que no se confunde con el *harm principle*,²⁷ y permite al legislador conminar infracciones que, aunque no se supongan la verificación de un daño, son suficientemente serias como para exigir una prevención eficiente y necesaria.²⁸ Sus penas, no obstante, deben ser menos graves que en el caso de los daños, dándose preferencia a la multa en vez de a la prisión y, en el caso de

la prisión, con una duración de días, no de meses o años.²⁹ Además, este tipo de intervención penal debe seguir algunos criterios; en primer lugar, corresponde analizar si concurren la seriedad, la razonabilidad y el interés social. En segundo lugar, la intervención debe depender de la extensión y duración del menoscabo, del valor social de la restricción de la conducta infractora, de la eficacia de la norma para disminuir o evitar la ofensa, etc.³⁰ Feinberg describe seis grupos de casos en los que una molestia –situaciones concretas que generan incomodidades para los individuos– puede caracterizarse como ofensa. El primero es el ataque al sentido común. El segundo es el disgusto o la reprobación. El tercero es la colisión con los sentimientos morales, religiosos o patrióticos. El cuarto es la vergüenza o la ansiedad. El quinto es la irritación, la incomodidad y la frustración. El sexto es el miedo, la humillación, el resentimiento y la rabia.³¹

El derecho a la privacidad surge, por lo tanto, como protección relevante de los individuos frente a las situaciones indeseables. Según Feinberg, el derecho a la privacidad puede sintetizarse como el derecho de estar solo, pero también se caracteriza por la no interferencia de tercero en la elección del individuo que opta por estar solo.³² La extensión de la privacidad y de la autonomía personal se vuelve, en consecuencia, uno de los principales problemas legislativos cuando se considera qué conductas ofensivas merecen alcanzar rango penal, ya que la criminalización de un comportamiento es la forma más violenta de intromisión del Estado en la vida del individuo.³³

Feinberg defiende que, atendidos algunos requisitos, la seriedad de la ofensa se ve confirmada. El primero de ellos es la duración del repudio que genera la conducta, así como su extensión general entre los individuos que tienen un nivel de tolerancia medio. El segundo se refiere a la facilidad de evitar situaciones ofensivas. El tercero consiste en saber si el

²³ *Ibidem*, p. 115.

²⁴ *Ibidem*, p. 116.

²⁵ *Ibidem*, pp. 117-118.

²⁶ *Idem*.

²⁷ Feinberg, Joel. *Offense to others*. New York: Oxford University Press, 1985, p. 01.

²⁸ *Ibidem*, p. 02.

²⁹ *Ibidem*, p. 04.

³⁰ *Ibidem*, pp. 07-10.

³¹ *Ibidem*, pp. 10-13.

³² *Ibidem*, pp. 22-24.

³³ *Ibidem*, p. 24.

individuo ofendido asumió, de algún modo, el riesgo de la ofensa, ya que el principio *volenti non fit iniuria* incide tanto sobre el principio del daño (*harm principle*) como sobre el principio de la ofensa (*offense principle*).³⁴ La seriedad de la ofensa también varía en función del alcance de la conducta, entendida conforme a un patrón medio de tolerancia. De este modo, en caso de que se constate que un comportamiento puede constituir una ofensa para cualquier individuo que lo presencie, habrá motivos para que la ley prevea una prohibición de carácter universal.³⁵

La seriedad de una ofensa puede determinarse por: a) su magnitud, en el sentido de intensidad, duración y extensión; b) su evitabilidad razonable, esto es, que no exigiría gran esfuerzo; c) su voluntariedad, es decir, hasta qué punto el ofendido colaboró con la conducta ofensiva; d) su tolerancia normal, lo que excluye del análisis a los individuos que huyen del patrón de normalidad. La tolerancia de la ofensa no es, para Feinberg, un criterio válido, ya que cada individuo tiene su propio nivel de sensibilidad y tolerancia, que no puede determinarse por parte del Estado.³⁶ La razonabilidad de la ofensa exige, en primer lugar, la importancia del comportamiento para quien lo realiza, lo que significa que cuanto más relevante sea para el agente lograr sus propósitos, más razonable debe considerarse su ofensividad. En segundo lugar, es necesario verificar el valor social de la conducta. Cuanto mayor sea la utilidad social del comportamiento llevado a cabo, mayor será su ofensividad. En tercer lugar, debe analizarse si la ofensa se derivó de una expresión libre, no en el sentido de la propia opinión, ya que esta no reúne una ofensividad susceptible de prohibición, sino en el de la manera en que se externalizó. En cuarto lugar, es necesario examinar las oportunidades del comportamiento del individuo, puesto

que cuan menores fuesen las posibilidades de actuar de otro modo menor peso tendrá la ofensa. En quinto lugar, debe ponderarse si la maldad fue el motivo que condujo al individuo a realizar el comportamiento considerado ofensivo.³⁷ En sexto lugar, se impone el examen de la naturaleza de las expectativas comportamentales del lugar en el que se llevó a cabo la conducta, ya que cuanto más frecuente sea su realización en el lugar en que ocurrió menor será el grado de ofensividad. No debe perderse de vista que Feinberg enfatiza que las meras molestias no poseen un grado de ofensividad suficiente como para legitimar una intervención penal, de modo que, por no ser alcanzadas por el principio de la ofensa, deben solucionarse de otro modo.³⁸

Feinberg publicó el tercer volumen de *The Moral Limits of the Criminal Law* en 1986, con el título de *"Harm to Self"*. En esa obra se desarrolló su definición del paternalismo, exponiendo las circunstancias en la que estaría justificado.³⁹ Partiendo del concepto de liberalismo, Feinberg compara los significados del término paternalismo con otros principios limitadores de la libertad de comportamiento, y concluye que solo el *harm principle* y el *offense principle* presentan motivos suficientemente sólidos y relevantes para la coerción penal del Estado.⁴⁰ El autor sostiene que en un Estado liberal ningún otro principio limitador de la libertad tiene la propiedad moral necesaria para legitimar la intervención del derecho penal, y distingue dos grandes clases de paternalismo: paternalismo presumiblemente reprochable, y paternalismo presumiblemente no reprochable. El primero es aquel en el que se trata a los adultos como niños, o se trata a los niños de mayor edad como si fuesen más pequeños, con el objetivo de lograr el bien del propio individuo. Todo ello con independencia de que el individuo protegido

³⁴ *Ibidem*, p. 26.

³⁵ *Ibidem*, p. 27.

³⁶ *Ibidem*, p. 42.

³⁷ *Ibidem*, p. 44.

³⁸ *Ibidem*, pp. 90-94.

³⁹ En Brasil, para una comprensión del paternalismo jurídico, vid. Carvalho, Gisele Mendes de. Delitos relativos à prostituição no Código Penal brasileiro: proteção da dignidade humana ou paternalismo jurídico?. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. n. 12, v. 7, 2010, 177-211; Carvalho, Érika Mendes de y Carvalho, Gisele Mendes de. Direito Penal, paternalismo jurídico e tráfico de pessoas para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual. En: Borges, Paulo César Corrêa (ed.). *Tráfico de pessoas para exploração sexual: prostituição e trabalho sexual escravo*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2013, pp. 61-91; Estellita, Heloisa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. *Boletim IBCCRIM*. n. 179, v. 15, 2007, pp. 17-19; Silveira, Renato de Mello Jorge. Tipificação criminal da violência de gênero: paternalismo legal ou moralismo penal. *Boletim IBCCRIM*. n. 166, v. 14, 2006. pp. 7 y 8.

⁴⁰ Feinberg, Joel. *Harm to self, op. cit.*, p. 03.

El Harm principle y su reflejo en el Derecho penal: una lectura a partir de Joel Feinberg

quiera recibir tal tratamiento, lo que el autor denomina paternalismo benevolente. Con todo, en caso de que se pretenda lograr, además del bien del individuo protegido, el bien de terceros, con independencia de su deseo, se estaría ante el llamado paternalismo no benevolente. Por lo demás, el paternalismo presumiblemente no reprochable es el que se refiere a la defensa de personas relativamente vulnerables a peligros externos, incluyendo lesiones de otros individuos en las que el protegido no consiente voluntariamente, como en el caso de la protección de los padres respecto de sus hijos menores.⁴¹

Feinberg afirma que el presupuesto para caracterizar un acto como paternalista es su orientación al bien del individuo, con independencia del deseo de ser protegido.⁴² A partir de este punto, presenta clasificaciones de leyes paternalistas. La primera se fundamenta en la especie de conducta que el Estado, por medio de la coerción legal, exige al individuo. De acuerdo con este criterio, el paternalismo se divide en activo y pasivo. El paternalismo activo requiere que el individuo realice un comportamiento orientado a alcanzar un beneficio y a evitar un mal. El pasivo, por su parte, busca un beneficio y la evitación de un mal no por medio de la exigencia de un determinado comportamiento del individuo, sino mediante la prohibición de la realización de una determinada conducta. La segunda clasificación se refiere a la cantidad de objetivos que se pretende alcanzar por medio de la intervención estatal.⁴³ A modo de referencia, si la pretensión de la ley fuese proteger al individuo simultáneamente contra lesiones llevadas a cabo por terceros y por sí mismo o, incluso, lograr otros resultados, se dará el paternalismo mixto o ecléctico —*mixed paternalism*.⁴⁴ Frente a ello, si el objetivo de la norma fuese solamente evitar lesiones consentidas que sean cometidas por otros, o por uno mismo, estaremos ante el

paternalismo genuino o puro —*unmixed paternalism*.⁴⁵ La tercera clasificación se centra en el objetivo que la ley paternalista pretende alcanzar. Si el fin de la restricción de la libertad fuese la mejora de la condición del individuo, se dará el paternalismo de promoción del beneficio, o *benefit-promoting paternalism*.⁴⁶ Por el contrario, si la pretensión de la intervención fuese evitar una lesión al individuo, se dará un caso de paternalismo de prevención de lesión, o *harm-preventing paternalism*.⁴⁷ La cuarta clasificación se centra en las partes implicadas en la norma paternalista. Si una ley paternalista fuese aplicable a las dos partes implicadas, caso en el que un individuo consiente o solicita a otro que le cause una lesión, se da el denominado paternalismo indirecto.⁴⁸ Este tipo de paternalismo está presente cuando una persona solicita o consiente la lesión, y otra actúa para causarla.⁴⁹ En los casos en que la norma paternalista recae únicamente sobre una parte, como v.gr. la obligación de usar un cinturón de seguridad en los coches, se llama paternalismo directo, ya que el bien que se busca para el individuo no depende de la conducta de otra persona, sino únicamente de aquel al que se pretende proteger.⁵⁰ La quinta clasificación se ocupa de la cualidad del individuo sobre el que incide la restricción de la libertad, lo que caracteriza el paternalismo como rígido o *hard* en las intervenciones penales fundadas en la necesidad de proteger a adultos competentes contra comportamientos consonantes con su voluntad.⁵¹ A pesar de la anuencia de quien sufrirá la lesión, el propósito es evitar consecuencias perjudiciales a los individuos.⁵² Frente a ello, el paternalismo será moderado o *soft* cuando, ante la ausencia de aceptación por parte de quien será lesionado, se previenen comportamientos lesivos o, incluso, si la intervención fuese temporalmente necesaria para determinar la efectiva libertad de la voluntad.⁵³ En consecuencia, Feinberg se

⁴¹ *Ibidem*, p. 05.

⁴² *Ibidem*, p. 07.

⁴³ *Ibidem*, p. 08.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 08 y 09.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 09.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 09 y 10.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 10.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 09 y 10.

⁵¹ *Ibidem*, p. 12.

⁵² *Idem*.

⁵³ *Idem*.

pregunta si el paternalismo moderado es una verdadera forma de paternalismo o si, por el contrario, sería un principio anti-paternalista.⁵⁴ En esta línea, afirma que, por establecer límites a la aceptación de una intervención penal paternalista, el paternalismo moderado no puede entenderse como una forma completa de paternalismo, sino como un principio de restricción de la libertad que solo se legitima por proteger al individuo de conductas externas e involuntarias, lo que permite considerarlo como una forma de antipaternalismo moderado.⁵⁵

La norma paternalista puede ver modificado con posterioridad su fundamento, es decir, la cualidad básica que la justificó en el momento de su elaboración puede alterarse con el paso del tiempo.⁵⁶ Feinberg explica que las normas paternalistas generalmente presentan varios fundamentos, al margen de la protección del individuo que sufre la restricción, en particular cuando la protección de los intereses de una mayoría está vinculada a la protección de la minoría. Por otro lado, existen circunstancias que se sitúan en el límite entre los intereses del propio individuo y los de terceros, denominadas “umbral de la protección”.⁵⁷ El suicidio de un padre de familia, por ejemplo, puede ser un problema exclusivo del sujeto o de toda la unidad familiar, en caso de que dependa de los ingresos salariales del suicida para sobrevivir.⁵⁸ Del mismo modo, la falta de uso del cinturón de seguridad puede verse como algo que afecta al conductor accidentado o un problema de salud pública, ya que los costes del tratamiento podrían reducirse en caso de evitarse las lesiones más graves.⁵⁹ Por ello, Feinberg afirma que no se puede ser taxativo en el rechazo del paternalismo, o de cualquier otro principio que pretenda restringir la libertad, ya que su legitimidad varía en función de las consecuencias, esto es, de la mayor o menor amplitud del sentido de la lesión.⁶⁰

Para Feinberg, es necesario elaborar una definición de autonomía que no funcione solo como un argumento de equilibrio entre cuestiones en conflicto, sino como un verdadero “triumfo”.⁶¹ A estos efectos, se necesitan argumentos morales más contundentes que el mero “cálculo” del resultado de la eventual lesión y de la interferencia en la libertad.⁶² En este sentido, Feinberg identifica cuatro significados diferentes de autonomía, que están estrechamente relacionados. El primero es la autonomía como capacidad, según el cual el individuo autónomo posee la habilidad de autogobernarse tomando elecciones racionales.⁶³ El segundo se refiere a la autonomía como condición, entendida por Feinberg como el conjunto de virtudes que determinan al individuo al autogobierno.⁶⁴ Estas virtudes son:⁶⁵ 1) imposibilidad del ejercicio de la posesión sobre otro individuo, ya que solo es admisible la posesión sobre uno mismo; 2) autenticidad, entendida en el sentido de que los deseos, voluntades y sentimientos del individuo autónomo son, en general, suyos, de modo que el individuo no funciona como un mero portavoz o representante de otro; 3) auto-normación, es decir, la capacidad de crear las propias reglas morales; 4) capacidad de que el individuo tenga, además de preferencias y opiniones que sean auténticamente suyas, convicciones morales y principios genuinamente propios; 5) fidelidad a las propias convicciones, es decir, autenticidad moral que orienta al individuo a ser fiel a sus propios principios en la conducción de su vida; 6) responsabilidad sobre uno mismo; dicho de otro modo, quien hace una elección voluntaria debe responder de sus consecuencias, lo que constituye una idea central de la autonomía. El tercer significado de autonomía consiste en el ideal de un individuo realmente autónomo, con capacidad de autodeterminación completa, y que sea consonante con la exigencia correspondiente a su posición como

⁵⁴ *Ibidem*, p. 13.

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 17.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 22 y 23.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 23.

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 23-25.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 25.

⁶¹ *Ibidem*, p. 26.

⁶² *Idem*.

⁶³ *Ibidem*, pp. 28-31.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 32.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 32-44.

El Harm principle y su reflejo en el Derecho penal: una lectura a partir de Joel Feinberg

miembro de la comunidad.⁶⁶ El cuarto significado de la autonomía la presenta como un derecho.⁶⁷ Este entendimiento equipara el derecho de autonomía del individuo al de soberanía del Estado. Del mismo modo que no se permite la interferencia en la organización de un Estado, en su cultura o en sus relaciones, salvo en casos extremos —como v.gr. el exterminio de su población civil— nadie puede intervenir en el comportamiento del individuo con la intención de protegerlo, a no ser en situaciones extremas.⁶⁸ Por otro lado, igual que un Estado soberano tiene dominio sobre un ámbito territorial, delimitado por extensión y coordenadas, que no puede invadirse, el individuo tiene dominio sobre su propio cuerpo. No obstante, la soberanía del individuo supera el dominio sobre su propio cuerpo, ya que puede imaginarse su violación sin que se toque realmente el cuerpo, como cuando alguien muestra una escena indeseable, emite un olor desagradable o produce sonidos inconvenientes sin autorización.⁶⁹ La invasión de la privacidad también es una forma de violar la soberanía del individuo sin alcanzar su “territorio”, es decir, su cuerpo. Feinberg cuestiona, en ese caso, cuáles serían exactamente los “límites territoriales” del individuo, ya que el concepto de paternalismo depende del establecimiento de esa frontera, para identificar en qué casos es legítima la interferencia en la libertad individual.⁷⁰

Feinberg se pregunta, igualmente, qué sería el “bien propio” del individuo. La respuesta a la que llega se sustenta en un concepto directamente relacionado con los intereses personales, que varían entre los diferentes individuos.⁷¹ En este punto, el autor aclara que pueden darse cuatro sentidos al “bien propio” del individuo: 1) el derecho de ejercer la autonomía, en la medida en que esta promueva el bien del individuo; 2) el ejercicio de la autonomía debe respetarse aunque se produzca alguna forma de lesión al individuo, en especial, cuando la intervención sobre la libertad sea más perjudicial que la propia lesión; 3)

con independencia del perjuicio que pueda causar, la manifestación de la autonomía individual es más importante que el propio bienestar del individuo; 4) en los casos en que el interés del individuo y el ejercicio de su autonomía no coincidan, debe decidirse intuitivamente qué será mejor para el sujeto, de modo que no existe, en principio, un criterio de prioridad, ni en relación con su autonomía ni con su bienestar.⁷²

Cabe señalar que la soberanía del individuo debe respetarse dentro de ciertos límites, que se ven representados por los casos de vicios de la voluntad. La primera posibilidad de vicio de la voluntad es la compulsión, es decir, la conducta que, como consecuencia de un impulso, lleva al individuo a asumir un riesgo sin una mínima reflexión. El segundo caso es la coerción, que consiste en una presión externa sufrida por el individuo. El tercero se refiere a perturbaciones psicológicas, como neurosis, inhibiciones, obsesiones, entre otras. El cuarto es el error, que puede provocarse —o no— mediante engaño.⁷³

El cuarto y último volumen de *The Moral Limits of the Criminal Law* fue publicado por Feinberg en 1988, con el título de *Harmless wrongdoing*. En este volumen se estudia la legitimidad de la criminalización de comportamientos que, siendo moralmente injustos, no producen lesiones, así como conductas lesivas cubiertas por la regularidad jurídica, como v.gr. el consentimiento del ofendido. Feinberg se refiere a tales casos utilizando el término *wrong*, y su criminalización se ve como moralismo legal, que debe rechazarse por parte de un Estado sustentado en preceptos liberales.⁷⁴ Para Feinberg, el moralismo legal pretende, en términos generales, mantener un medio de vida tradicional, imponer la moralidad, evitar beneficios injustos y perfeccionar el carácter humano, mientras que, en términos estrictos, incluye la imposición, por medio de la norma, de un determinado tipo de moralidad.⁷⁵ Feinberg diferencia el moralismo legal entre puro e impuro. El primero consiste en la imposición

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 44-47.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 47.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 49-51.

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 52-54.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 56-57.

⁷¹ *Ibidem*, p. 57.

⁷² *Ibidem*, pp. 57-62.

⁷³ *Ibidem*, pp. 189-228.

⁷⁴ Feinberg, Joel. *Harmless wrongdoing*. New York: Oxford University Press, 1986, pp. XXVII-XXIX.

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 03-05.

de una prohibición respecto de un comportamiento que se considera en sí mismo equivocado, mientras que el segundo comporta una prohibición que intenta evitar otros tipos de daños, además de la inmoralidad correspondiente.⁷⁶ Hay un cierto número de casos en los que el moralismo legal tiene cuantiosos defensores. Incluso aunque opere como un principio limitador de la libertad en casos de conductas no lesivas o inofensivas, es posible que un determinado mal suscite una desaprobación general. En estos casos, concurren razones para criminalizar tales comportamientos, lo que hace más difícil cuestionar las opciones políticas de la mayoría.

Con todo, Feinberg señala que el derecho penal no puede intervenir respecto de comportamientos inmorales que no susciten la reprobación del propio ofendido, aunque en determinadas situaciones un patrón de estilo de vida se ve amenazado de tal modo que su criminalización se vuelve legítima. Son casos en los que las conductas inmorales pueden transformar las estructuras de toda una sociedad, lo que constituye un mal en sí mismo, y fundamentan prohibiciones que constituyen, en realidad, formas de moralismo puro.⁷⁷ Feinberg afirma que las transformaciones sociales son positivas y contribuyen al desarrollo de una comunidad, pero no pueden tolerarse conductas malvadas que afectan inesperadamente a las expectativas de los individuos,⁷⁸ ya que los miembros de una comunidad se identifican sólidamente con sus reglas, y los valores de la comunidad integran la propia identidad de sus componentes.⁷⁹

De acuerdo con el autor, en los casos en que los intereses del individuo difieren de los de la mayoría, esos intereses deben respetarse en la medida en que no entren en conflicto con los valores fundamentales de la sociedad.⁸⁰ La razón de ello es que vulnerar un interés de la sociedad equivale a vulnerar indirectamente los intereses de las demás personas que son miembros de esta sociedad, lo que permite al Estado prohibir tales comportamientos.⁸¹ No obstante, no

puede proscribirse cualquier interés contrario a los de la sociedad, sino solo el que produzca un menoscabo moral. Dicho de otro modo, se trata de una moralidad entendida como sistema de normas racionales aplicable a cualquier nación y comunidad, que puede presentarse incluso como un patrón para la crítica de las normas convencionales establecidas en determinado marco temporal, o en la propia comunidad de pertenencia.⁸² Del mismo modo, Feinberg defiende la criminalización de la explotación de un individuo por parte de otro.

El término explotación se entiende como la relación en que un individuo “manipula” o “utiliza” a alguien por medio de la fuerza, o se aprovecha de alguna debilidad del explotado.⁸³ Con base en esta definición, Feinberg defiende la reprobación de quien coacciona o manipula a la víctima, mediante abuso de confianza o aprovechamiento de circunstancias de necesidad o de debilidades individuales, de modo que el explotador actúa como un parásito, explotando las fuerzas de otros individuos sin tener necesariamente que lesionarlos, pero haciendo de los beneficios derivados de esa forma de actuar su medio de vida.⁸⁴

Feinberg describe diferentes formas en la que puede presentarse la explotación. Un individuo puede explotar a otro sin causarle un menoscabo o una lesión, como v.gr. una mujer que seduce a un hombre para que atienda a sus deseos, lo que no significa explotación en sentido peyorativo. La explotación en sentido peyorativo se da cuando un individuo explota a otro para obtener un beneficio injusto y le causa un perjuicio, aunque el explotado consiga —aparentemente— algún beneficio. También hay explotación, en sentido peyorativo, cuando el agente emplea coerción, fraude, manipulación, cuando abusa de una condición de desigualdad o de generosidad, o cuando manipula un acto benevolente, pone una trampa a la víctima o la pone en una condición de sumisión. La prohibición de la sumisión, de acuerdo con Feinberg, está legitimada por el moralismo legal en sentido

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 08 y 09.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 35-38.

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 67-80.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 118-120.

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ *Idem*.

⁸² *Ibidem*, p. 173.

⁸³ *Ibidem*, pp. 177-179.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 195.

estricto, ya que constituye un perjuicio que merece combatirse.⁸⁵

Feinberg apunta que el principio de la explotación surge como última esperanza de los moralistas para legitimar la criminalización, en el marco de un Estado liberal, de comportamientos considerados no lesivos o no ofensivos. La razón de ello es que la injusticia del beneficio obtenido en perjuicio del individuo explotado autorizaría la prohibición de la conducta del explotador por el moralismo legal en sentido amplio. Aunque el comportamiento del explotador no puede ser, por sí mismo, considerado criminal, conforme a los criterios del moralismo en sentido estricto, Feinberg destaca que puede criminalizarse como consecuencia del resultado injusto que de él se deriva, y que se ve alcanzado por el moralismo en sentido amplio. En este punto, Feinberg justifica la criminalización de conductas que, aunque no sean lesivas u ofensivas, se consideran injustas desde una perspectiva ética.⁸⁶

4. Críticas a la doctrina de Joel Feinberg

A pesar de la valiosa contribución de Feinberg a la discusión sobre los límites del Derecho Penal, su obra ha generado sólidas divergencias. En un sentido crítico con sus ideas, Holtug considera imposible especificar una versión plausible del principio del daño (*harm principle*), en caso de que el concepto de daño se centre en el bienestar del individuo, es decir, en la idea de que la vida del sujeto afectado empeora como consecuencia de la conducta realizada.⁸⁷ En su opinión, la elección sobre el *quantum* de bienestar que se requiere para quedar al margen del límite del sufrimiento es arbitraria.⁸⁸ Holtug considera igualmente problemático conceptualizar la lesión con base en la variación del bienestar, ya sea en términos de reducción, ganancia o pérdida de bienestar, aunque se

preste atención a la noción de bienestar positivo como estado mental agradable, y de bienestar negativo como estado mental desagradable.⁸⁹ En el caso de disminución del bienestar –cuando se considere la situación personal específica en el momento del hecho– puede suceder que el individuo no sufra una disminución relevante de su bienestar, si v.gr. ese *quantum* de bienestar ya era previamente reducido.⁹⁰ Por otra parte, si se considerase una disminución tomando como referencia la situación de debería ser “normal” para el ser humano, podría concluirse que, a pesar de que el individuo haya sufrido una lesión con la consiguiente reducción de su bienestar, aún estaría mejor que antes. En tal sentido, basta con que su nivel de bienestar ya esté previamente por debajo del límite adecuado a la situación “normal” del ser humano y que, a pesar de que haya mejorado, aún continúe siendo inferior a ese límite.⁹¹

Holtug rechaza una definición de lesión con base en una cualidad de bienestar evaluada de acuerdo con los intereses del individuo,⁹² es decir, sus deseos y objetivos. La razón de ello es que considera posible tanto legitimar la intervención del Estado en situaciones que no contradigan un deseo u objetivo personal,⁹³ cuanto declarar la ilegitimidad de la intervención en determinados casos de contradicción real de sus intereses, como en el supuesto de la publicación del libro “Versos satánicos” del escritor Salman Rushdie, que puede considerarse como vulneradora de intereses, esto es, de los deseos y objetivos de los musulmanes de promover sus creencias religiosas en la sociedad.⁹⁴

Holtug entiende que admitir un concepto moral de lesión implica la necesidad de incorporar una teoría moral compatible con, y capaz de justificar, el *harm principle*, sobre todo porque será preciso verificar si, bajo esta perspectiva, la lesión afecta derechos deontológicos o consecuencialistas.⁹⁵ En este sentido, Holtug añade que no puede asumirse como una versión

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 200-210.

⁸⁶ *Ibidem*, pp. 223-230.

⁸⁷ Holtug, Nils. *The harm principle, Ethical Theory and Moral Practice* 5, n. 4. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2002, p. 365.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 366.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 364.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 369.

⁹¹ *Idem*.

⁹² *Ibidem*, p. 373.

⁹³ *Ibidem*, p. 374.

⁹⁴ *Idem*.

⁹⁵ *Idem*.

interesante del principio del daño, o incluso como una versión más, la que considera que el Estado solo puede intervenir en la vida del individuo contra su voluntad si con ello maximiza la utilidad.⁹⁶ El autor advierte que hay que ser precavidos a la hora de sostener una versión utilitarista del *harm principle* con base en el argumento de que el Estado solo puede interferir en la vida del individuo contra su voluntad cuando tal interferencia sirva para prevenir o reducir la probabilidad de vulneración de derechos que otras personas tendrían, en caso de darse un proceso optimizado de decisión.⁹⁷ Entre estos derechos estarían, por ejemplo, el de no ser asesinado, injuriado, robado, etc., de forma que la lesión consistiría en la violación de tales derechos.⁹⁸

Holtug expone que un concepto moralizado de lesión supone que esta implique necesariamente una actuación equivocada, mientras que la violación de los derechos a los que se refiere ese argumento no necesita caracterizarse como una equivocación.⁹⁹ Al margen de ello, tales derechos se seleccionan con base en su capacidad general de promover la utilidad, pero no de promoverla en cada ocasión específica.¹⁰⁰ Con todo, admite que el concepto de un derecho implique una idea moral, de modo que se hable de un concepto de lesión “casi moralizado”.¹⁰¹ Por otra parte, Holtug defiende que no solo se analice el status de los derechos incluidos en esa versión del principio del daño, sino también el correspondiente al propio principio.¹⁰² La razón de ello es que la adhesión al *harm principle* no siempre resulta útil, lo que lo desautoriza como criterio rector desde la perspectiva utilitarista.¹⁰³ Otra alternativa sería pensar el *harm principle* solo como parte de un proceso de decisión, que se justificaría

en la medida en que el Estado promoviese la utilidad de forma más efectiva a partir de su adhesión a ese principio, sin dispensar el uso de otro proceso de decisión.¹⁰⁴ Para Holtug, un proceso de decisión que permita al Estado renunciar ocasionalmente al *harm principle* es probablemente más eficaz en términos utilitarios que un proceso inflexible que incluya solamente tal principio, como ocurre v.gr. en las intervenciones estatales que pretenden prevenir que el individuo se cause graves lesiones a sí mismo.¹⁰⁵ Por lo que hace a la posibilidad de trabajar con un concepto moral de lesión, Holtug critica que ese concepto se justifique a partir de la autonomía del individuo.¹⁰⁶ El autor señala que no parece acertado entender que el Estado solo puede interferir en la vida de un individuo contra su voluntad para prevenir o reducir la probabilidad de que vulnere derechos negativos de otra persona.¹⁰⁷ Holtug explica que cuando un sujeto mata o injuria a otro, vulnera sus derechos negativos.¹⁰⁸ Ese individuo anula los planes y valores de la víctima, es decir, su autonomía.¹⁰⁹ En la medida en que cancela su autonomía, la trata como si fuese un mero instrumento e invade sus derechos, causándole un daño.¹¹⁰

De este modo, como al individuo no se le permite vulnerar los derechos negativos de otra persona, al Estado le corresponde prevenir tales vulneraciones, aunque ello implique tratar al sujeto infractor como un instrumento.¹¹¹ En este caso, el Estado no vulnera los derechos negativos del individuo. La limitación, total o parcial, de dichos derechos se debe a la necesidad de que el Estado coaccione al sujeto infractor, como una forma de prevenir que vulnere los derechos negativos de los demás.¹¹² Con todo, el Estado no puede coaccionar a nadie más que a ese

⁹⁶ *Ibidem*, p. 380.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 381.

⁹⁸ *Idem*.

⁹⁹ *Idem*.

¹⁰⁰ *Idem*.

¹⁰¹ *Idem*.

¹⁰² *Idem*.

¹⁰³ *Idem*.

¹⁰⁴ *Idem*.

¹⁰⁵ *Ibidem*, pp. 381 y 382.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 382.

¹⁰⁷ *Idem*.

¹⁰⁸ *Idem*.

¹⁰⁹ *Idem*.

¹¹⁰ *Idem*.

¹¹¹ *Ibidem*, pp. 382 y 383.

¹¹² *Idem*.

individuo, ya que fue el único que perdió su derecho de no-intervención.¹¹³ En casos como este, el Estado no vulnera los derechos negativos de ese individuo al coaccionarlo. Holtug argumenta que no es necesario que tales derechos se construyan en el marco de una lectura consecuencialista,¹¹⁴ ya que para justificar la coerción no se requiere una interpretación según la cual la vulneración estatal de los derechos de ese sujeto se compensa con su vulneración de un derecho similar de otro.¹¹⁵ Tan es así, que algunos libertarios construyen derechos negativos a partir de un punto de vista ontológico, señalando que la vulneración de los derechos negativos de una persona para promover el bien común sería tratar a ese individuo como un mero instrumento.¹¹⁶ En consecuencia, desde la óptica de los derechos deontológicos, los libertarios reducen la constelación de casos en que el Estado puede justificar la coerción de los individuos, ya que no está autorizado a vulnerar un derecho individual simplemente para promover un bien.¹¹⁷

Sin embargo, el campo de autoridad del Estado finalmente no se reduce, sino que se extiende. No en vano, si se atribuye a los derechos negativos el status de deontológicos, la intervención del Estado puede justificarse con la idea de prevenir vulneraciones a los derechos negativos, incluso en los casos en que tales vulneraciones se orienten a producir un optimum, es decir, una condición más favorable.¹¹⁸

Por lo demás, Holtug explica que si los derechos deontológicos se interpretasen como absolutos, se acogería un concepto moralizado de daño. No en vano, los derechos deontológicos absolutos llevan a concluir que el Estado solo puede emplear la coacción para prevenir comportamientos maliciosos (*wrongdoings*). Por otra parte, pretender lo contrario, es decir, que tales derechos tengan un límite, significa admitir que, en determinados casos, aunque una persona no haya vulnerado un derecho negativo, el *harm*

principle no excluirá la coerción. Holtug destaca, no obstante, que todavía subsistirá un componente moral en el daño, ya que este siempre implica un comportamiento que, aunque no sea lesivo, será al menos perjudicial.¹¹⁹

Holtug sostiene, en consecuencia, que si los derechos negativos se establecen para proteger la autonomía, es posible explicar las razones por las que un Estado paternalista es inadmisibles. Al coaccionar a una persona, incluso aunque sea para proteger sus intereses más valiosos, el Estado anula sus deseos y, con ello, la trata como un mero instrumento. Holtug aclara que si la autonomía personal es un valor tan sensible, debe reforzarse no solo mediante el respeto a los derechos negativos, sino también a los positivos, ya que, para que el individuo organice su vida de acuerdo con sus propios planes y valores, deben garantizarse las condiciones de vida necesarias, en caso de que el individuo no pudiese garantizarlas por sus propios medios.¹²⁰ Por ello, los derechos negativos, afirma Holtug, solo conforman la mitad del marco de referencia.¹²¹

Holtug llega a la conclusión de que un sentido del daño centrado en el bienestar, en la cantidad de bienestar, en el bienestar negativo, en las disminuciones del bienestar, en las cualidades del bienestar, o en la introducción de un componente moral, no es suficiente para llegar a una versión plausible del principio del daño.¹²² El autor admite que no se excluye la posibilidad de que el *harm principle* ejerza, de alguna forma, un papel en la moralidad como parte de un proceso de decisión, lo que sería mucho más limitado que el rol que le atribuyen habitualmente sus proponentes.¹²³

Holtug no ha sido el único que ha expresado sus reservas en relación con el pensamiento de Feinberg. También Von Hirsch destaca sus puntos débiles, en especial por lo que se refiere a su tendencia subjetivista. De acuerdo con Von Hirsch, el pensamiento de

¹¹³ *Ibidem*, p. 383.

¹¹⁴ *Idem*.

¹¹⁵ *Idem*.

¹¹⁶ *Idem*.

¹¹⁷ *Idem*.

¹¹⁸ *Idem*.

¹¹⁹ *Idem*.

¹²⁰ *Ibidem*, pp. 383 y 384.

¹²¹ *Ibidem*, p. 384.

¹²² *Ibidem*, p. 387.

¹²³ *Idem*.

Feinberg califica como ofensivas determinadas conductas con base únicamente en la percepción social de que se trata de comportamientos dañinos, es decir, en el mero sentimiento de rechazo por parte de los miembros de la comunidad. Esto produce una falta de criterios que permitan cualificar como injusta la provocación de esos sentimientos de rechazo.¹²⁴ Para Von Hirsch, lo importante no es limitarse a la mera verificación de sentimientos de rechazo, sino que hay que recurrir también a la existencia de una base normativa que permita afirmar que esos sentimientos no pueden despertarse en otras personas.¹²⁵ En efecto, en determinadas circunstancias, esas conductas constituyen una falta de consideración o de respeto, pero no pueden clasificarse como *harm*, es decir, como daño, aunque puedan servir como fundamento para la criminalización de conductas.¹²⁶

Kahlo, por su parte, está en desacuerdo con Feinberg por lo que se refiere a los fundamentos metodológicos. Entiende que Feinberg parte de convicciones y representaciones morales que asume como reconocidas y predominantes en la sociedad, y ni siquiera recurre a los presupuestos teóricos de la concepción de Stuart Mill. De hecho, cuando la cita expresamente es para manifestar que no la está siguiendo, y que el desarrollo de su planteamiento es compatible con todos los teoremas jurídicos posibles, desde el utilitarismo hasta las concepciones de Kant y Rawls.¹²⁷ Ello lleva a Kahlo a concluir que la concepción de Feinberg, ya desde una perspectiva metodológica, es poco convincente y, por ello, científicamente inconsistente, ya que sus puntos de vista carecen de fundamento y de sustento argumentativo.¹²⁸

Otro autor que se muestra en desacuerdo con la doctrina de Feinberg es Ripstein, que propone el principio de la soberanía (*sovereignty principle*) en lugar del *harm principle*. Parte de la concepción de la libertad, que denomina “libertad como independencia”. Según esta concepción, una persona es libre si es independiente, es decir, si tiene medios para

decidir qué es mejor para ella misma y para usar sus facultades. En la medida en que otra persona decida por ella, se vuelve dependiente, y su soberanía queda comprometida.¹²⁹ Esa concepción, de cuño liberal, desautoriza la intervención del Estado cuando los comportamientos humanos no comprometan la libertad de los demás, incluso aunque sean autolesivos, o heterolesivos con consentimiento del ofendido.

En consecuencia, puede comprobarse que la doctrina de Feinberg no es inmune a las críticas y presenta ciertas carencias, lo que no significa que todos los cuestionamientos sean dignos de consideración. La crítica de Von Hirsch, por ejemplo, según la cual la concepción del *harm principle* de Feinberg asume una tendencia subjetivista, que hace que solo algunas conductas sean consideradas como ofensivas, y no delinea criterios que permitan cualificar el injusto, es difícilmente rebatible. Con todo, la crítica se hizo sin tener en cuenta el carácter selectivo del derecho penal que, como sistema jurídico, materializa una decisión política. Cabe señalar que las concepciones de bien jurídico, a las que se ha hecho ya referencia, y el propio proceso de criminalización primaria, padecen el mismo mal señalado por Von Hirsch. En realidad, esperar que el *harm principle* cumpla por sí solo la tarea de limitar el poder criminalizador del legislador, algo que la sofisticada dogmática jurídico-penal de matriz romano-germánica tiene enormes dificultades para lograr por sí misma, significa esperar demasiado de sus capacidades y malinterpretar el papel que puede jugar en las discusiones que se dan en nuestro sistema.

5. El *harm principle* y la teoría del bien jurídico: distinción, semejanzas y posibles interconexiones

La comprensión del *harm principle* exige distinguir el sistema de *Common Law* del sistema romano

¹²⁴ Von Hirsch, Andrew. Concepto de bien jurídico y el “principio de daño”, en Hefendehl, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 49.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 49.

¹²⁶ *Idem*.

¹²⁷ Kahlo, Michael. Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal. En: Hefendehl, Roland (ed.). *La teoría, op. cit.*, p. 60.

¹²⁸ *Ibidem*, pp. 60 y 61.

¹²⁹ Kant, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, pp. 68-70.

El Harm principle y su reflejo en el Derecho penal: una lectura a partir de Joel Feinberg

-germánico. Este último fundamenta las decisiones de criminalización en la teoría del bien jurídico. Europa continental sigue la tradición romano-germánica de criminalizar comportamientos con la finalidad de tutelar un interés determinado, con independencia de su naturaleza (individual o difusa). Es el sistema, por ejemplo, de las legislaciones española, italiana, portuguesa y de los países de América Latina, como Brasil y Argentina. La principal referencia de la tutela del bien jurídico es la ley escrita, que describe un comportamiento peligroso o lesivo para un determinado interés social. De este modo, se parte de la interpretación de la norma conforme al bien jurídico tutelado, ya que este es el núcleo del concepto material de delito.

Desde las primeras construcciones iniciadas por la Escuela Clásica italiana, hasta las elaboraciones más complejas de la doctrina alemana del s. XX, el bien jurídico se ha entendido, por la mayor parte de los penalistas, como un interés humano que debe protegerse frente a lesiones de terceros.¹³⁰ Desde un punto de vista dogmático, el bien jurídico es el interés tutelado por la norma penal, anterior a la propia prohibición. Extrapolar el contenido de la norma implica exceder el poder punitivo atribuido por el legislador.¹³¹ Desde la perspectiva político-criminal, el bien jurídico delimita el poder punitivo del Estado para atender a la finalidad del derecho penal de proteger los intereses más relevantes frente a daños o peligro de daños, y siempre que otro modo de control social no resulte eficaz. No obstante, por muy relevante que sea el interés, solo tendrá entidad penal si tuviese referencia en la protección de la persona humana.¹³² Cabe recordar, en relación con ello, que el derecho del nacionalsocialismo proclamó un sistema criminal sustentado en la analogía y en el bien

jurídico del sano sentimiento del pueblo.¹³³ En síntesis, el bien jurídico tiene cuatro funciones esenciales: garantizar y limitar el poder punitivo del Estado, interpretar la norma penal, individualizar la pena y sistematizar la ley penal.¹³⁴

Una de las grandes diferencias entre los dos sistemas está en las fuentes. Las fuentes del *Common Law* son las decisiones judiciales y los casos precedentes (*binding precedent o case law*). Las leyes escritas tienen poder de derogar las reglas estipuladas por los precedentes; no obstante, su evolución depende de la capacidad del juez de reflexionar sobre la decisión del precedente y sobre la posible aplicación al caso concreto.¹³⁵ En palabras de Cotterrell,¹³⁶ “el *Common Law* es esencialmente pragmático y, sobre todo, empírico. Está centrado en los casos particulares y busca soluciones que, intuitivamente, son más justas”.

En comparación con el sistema cerrado de tradición romano-germánica, el *Common Law* es un sistema más abierto. Esa apertura permite que el intérprete desarrolle nuevas reglas, de acuerdo con la ratio *decidendi* de los juzgados.¹³⁷ Un caso semejante a otro ya juzgado puede tener una solución igual, parecida o incluso diferente, dependiendo del contexto de los hechos y de las circunstancias en que los casos sucedieron. El *Common Law* permite el cambio y la innovación en el proceso como un todo, enfatizándose la importancia de la continuidad y estabilidad del orden jurídico. El sistema posee una metodología normativa y prescriptiva, por la que el juzgador se sirve de la tradición (casos precedentes) y de los valores aplicados dentro de los límites perseguidos por el sistema normativo. La tradición tiene un carácter decisivo en el *Common Law*, lo que implica un repertorio completo de técnicas de selección, mantenimiento, transmisión y mutación de las decisiones sustantivas: implica una

¹³⁰ Para entender mejor la cuestión del bien jurídico, vid. la compilación de algunos de los trabajos más importantes de la doctrina alemana, traducidos al portugués: Greco, Luis, Tortima, Fernanda Lara (eds.). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

¹³¹ Jescheck, Hans-Heinrich, Weigend, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 274.

¹³² Cf. Lobato, José Danilo Tavares Lobato. O meio ambiente como bem jurídico e as dificuldades de sua tutela pelo direito penal. *Li-berdades*. São Paulo: IBCCRIM, v 5, sept/dic, 2010, pp. 55-58; *Direito penal ambiental e seus fundamentos – Parte geral*. Curitiba: Juruá, 2011, pp. 67-71.

¹³³ Hassemer, Winfried; Kargl, Walter. *NomosKommentar - Strafgesetzbuch*. Tomo I. 2ª ed. Kindhäuser, Neumann e Paeffgen (eds). Nomos: Baden-Baden, 2005, p. 156.

¹³⁴ Prado, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: RT, 1997, pp. 48-49.

¹³⁵ Tinoco Pastrana, Angel. *Fundamentos del sistema judicial penal en el Common Law*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2001, p. 37.

¹³⁶ Cotterrell, Roger. *Common Law approaches to the relationship between law and morality. Ethical Theory and Moral Practice*. V. 03. nº 1. 2000, p. 10.

¹³⁷ Soares, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução do direito dos EUA*. São Paulo: RT, 1999, p. 54.

evaluación consciente de lo que sirve (o no) y de lo que debe persistir (o no).¹³⁸

El método del *Common Law*, en su forma tradicional, se sustenta en la imposibilidad de traducir la experiencia de la comunidad en formato normativo, lo que permite que el juez tome en consideración el contexto de la norma, por medio de los testigos, las pruebas y las argumentaciones de los litigantes. En otras palabras, el sistema parte del presupuesto de que la capacidad de rendimiento de la ley es limitada, y nunca se ajustará correctamente a las grandes transformaciones sociales. Para Cotterrell, el método del *Common Law*, a pesar de sus problemas, como consecuencia de su empiricismo ofrece algunas ventajas a la hora de afrontar cuestiones morales contemporáneas, ya que es un sistema jurídico que permite la adaptación de la ley a las complejidades del juicio correspondiente y a las mutaciones de las prácticas morales. El método empírico –caso por caso– puede reconocer la diversidad de las esferas de valores, e impedir la imposición de una “verdad” moral uniforme.¹³⁹ Dicho de otro modo, el sistema del *Common Law* tiene la ventaja de permitir discutir el caso concreto, y modificar el paradigma establecido a las variaciones valorativas de la sociedad.

Con todo, debe haber un límite de actuación bien definido y con reglas claras de jurisprudencia, ya que el juez no puede asumir las funciones de juzgar y legislar simultáneamente.¹⁴⁰ En la actualidad, la teoría del bien jurídico se ve cada vez más influenciada, de forma inconsciente, por parte del sistema del *Common Law*. Puede verse esa recepción, por ejemplo, en el hecho de que la tipicidad requiere cada vez más una conducta efectivamente peligrosa o lesiva, de modo que no basta con que el comportamiento sea formalmente típico. Hoy el análisis de la tipicidad material exige la interpretación de los hechos en conjunto con la norma, esto es, no queda limitado al examen de un mero silogismo entre la descripción típica y el hecho. El riesgo efectivo para el bien jurídico debe tomarse

en consideración para la formación de la propia tipicidad.

Como explica Kahlo, el *harm principle* no es una categoría equivalente al concepto de bien jurídico. El bien jurídico se describe como un concepto relacional, como una relación considerada positiva, valiosa, con un bien, algo que está entre una realidad y un sujeto. Tal relación se orienta sustancialmente a la realización de la libertad externa de la persona como sujeto de derecho, es decir, de su autonomía, que no puede desarrollarse en una relación separada y exclusiva del individuo consigo mismo, sino que viene determinada e influenciada por las relaciones con otras personas. En este sentido, las acciones de esas otras personas pueden respetar la relación entendida como bien jurídico y, con ello, al portador de ese bien, pero también pueden atacarla mediante actos lesivos o peligrosos y, en tal medida, contrarios a Derecho.¹⁴¹ El *harm principle* se contempla, entonces, como uno más de los presupuestos que otorgan legitimidad a la criminalización, que ni siquiera se requiere para justificar la prohibición penal de una conducta. Con todo, Kahlo señala que el *harm principle* se ocupa de estados lesivos, de forma que su base positiva, concebida expresamente por Feinberg bajo la noción de interés, puede equipararse a la teoría del bien jurídico, pero para ello es necesario definir de manera más precisa y selectiva el concepto de interés, a los efectos de posibilitar una función crítica del *harm principle*.¹⁴² En realidad, en el lenguaje jurídico anglo-americano está ausente un concepto que funcione como sinónimo de bien jurídico, es decir, un concepto que alcance el ámbito de la legitimación.¹⁴³ Esa ausencia ha llevado a este sistema jurídico a elaborar diferentes principios que puedan servir como criterio de evaluación de la legitimidad de las normas penales.¹⁴⁴ En consecuencia, estos principios se presentan como un filtro de legitimación que, en términos generales, alcanza a todas las normas de derecho penal y parte del presupuesto de que un comportamiento

¹³⁸ Hutchinson, Allan C. *Evolution and the Common Law*. New York: Cambridge University Press, 2005. pp. 04-06.

¹³⁹ Cotterrell, *op. cit.*, pp. 23 y 24.

¹⁴⁰ Posner, Richard A. *The Problematics of Moral and Legal Theory*. London: Cambridge, 1999, p. 91.

¹⁴¹ Kahlo, Michael, *op. cit.*, p. 55.

¹⁴² *Ibidem*. p. 61.

¹⁴³ Seher, Gerhard. La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico. En: Hefendehl, Roland (ed.). *La teoría...cit.*, p. 78.

¹⁴⁴ *Ibidem*. p. 78.

El *Harm principle* y su reflejo en el Derecho penal: una lectura a partir de Joel Feinberg

solo puede ser merecedor de pena cuando constituya un injusto.¹⁴⁵

Por otra parte, Von Hirsch sostiene que, cuando se entiende el concepto de daño o lesión, que es central para el *harm principle*, como el perjuicio a un recurso sobre el que una persona tiene una pretensión o un derecho, se incluyen en esa definición los diversos aspectos que el debate de la doctrina alemana otorga al concepto fundamental de bien jurídico, de modo que sería posible construir a partir del *harm principle* algo semejante a un bien jurídico.¹⁴⁶ La derivación del bien jurídico a partir del *harm principle* podría contribuir al debate de la teoría del bien jurídico. Así lo entiende Von Hirsch, que argumenta que la definición del *harm to others* como una interferencia en los recursos sobre los que otras personas tienen pretensiones o derechos, sirve tanto para constituir como para limitar el concepto de bien jurídico.¹⁴⁷

Como el *harm principle* parte de que los daños debe entenderse como perjuicios a los intereses de otro individuo, la lesividad a otras personas debe verse a partir de una perspectiva individualista, como lesiones a personas de carne y hueso.¹⁴⁸ Cabe señalar que, aunque sea evidente esa prioridad de los intereses individuales, el *harm principle* permite la prohibición de conductas colectivamente lesivas, pudiendo abarcar conductas lesivas de bienes jurídicos colectivos sin dejar de exigir que la ratio de esos bienes colectivos se sustente en la protección de la calidad de vida de los seres humanos, ya que la prioridad son los intereses personales.¹⁴⁹ Ese énfasis en la lesión a los intereses de terceros, afirma Von Hirsch, puede contribuir a demarcar la diferencia entre el perjuicio a los intereses de terceros y a los intereses del propio agente, distinción también reconocida dentro de la teoría del

bien jurídico –aunque no se le haya prestado suficiente atención–,¹⁵⁰ como ocurre, por ejemplo, en la discusión sobre la criminalización de las drogas, en donde los daños para la salud que se derivan del consumo de estupefacientes son autoinfligidos por los propios consumidores y tienen poco que ver con la causación de un perjuicio a intereses de terceros.¹⁵¹

Sobre la posibilidad de legitimar las normas penales a partir de los principios, Seher apunta que el debate jurídico-penal actual espera demasiado del bien jurídico.¹⁵² No llega a defender que se abandone tal noción, ya que la considera una herramienta adecuada, por su función crítica.¹⁵³ No obstante, entiende equivocada la concepción habitual que parte de la noción de bien jurídico como “algo” determinado,¹⁵⁴ de modo que la legitimación de las normas penales debe establecerse en función de proteger ese “algo”.¹⁵⁵ En su opinión, el procedimiento debe darse de manera inversa, en el sentido de que, una vez propuesta la protección penal de un determinado hecho, que puede ser un interés, un recurso, un valor, etc., debe demostrarse, plausiblemente, mediante principios éticos de carácter crítico, que ese hecho merece protección.¹⁵⁶ Si se confirma tal merecimiento, se podrá afirmar, como conclusión de esa argumentación fundada en principios, que ese hecho constituye un bien jurídico en el sentido del derecho penal.¹⁵⁷ Seher aclara que el concepto de bien jurídico no debe ser un instrumento de legitimación de normas, sino un producto de esos principios,¹⁵⁸ y explica que tal posición no priva de valor al bien jurídico, sino que hace más precisos sus contornos. A partir de estos presupuestos, el bien jurídico puede entenderse como un hecho, sea materializado en un interés, en un recurso o en un valor reconocido legítimamente como merecedor de protección

¹⁴⁵ *Ibidem*. p. 78.

¹⁴⁶ Von Hirsch, Andrew, *op. cit.*, p. 43.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 44.

¹⁴⁸ *Ibidem*, pp. 44 y 45.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 45.

¹⁵⁰ *Idem*.

¹⁵¹ *Idem*.

¹⁵² Seher, Gerhard, *op. cit.*, p. 91.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 91.

¹⁵⁴ *Idem*.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 92.

¹⁵⁶ *Idem*.

¹⁵⁷ *Idem*.

¹⁵⁸ *Idem*.

penal, de acuerdo con una discusión fundada en principios.¹⁵⁹ Seher defiende, en suma, que el concepto de bien jurídico entendido en ese sentido expresa el status jurídico-penal cualificado de determinadas realidades, manteniéndose su contenido crítico.¹⁶⁰

No nos parece, sin embargo, que con ello se impida que el bien jurídico tenga una existencia pre-típica. La enseñanza de Polaino Navarrete, en el sentido de que el entendimiento del bien jurídico debe partir de un sustrato sustancial preexistente al legislador,¹⁶¹ no es completamente incompatible con la concepción de Seher. Por ello, el cambio metodológico propuesto tendría una mayor capacidad de rendimiento si también se exigiese el sustrato sustancial pre-típico, por muy sólidos que sean los fundamentos argumentativos del legislador para criminalizar determinados comportamientos.

Sin llegar al mismo nivel argumentativo que Seher, que asume la legitimación de normas basada en principios, Roxin observa que la idea de Feinberg de que las simples violaciones a la moral, así como las autolesiones, y sus respectivos efectos, no deben criminalizarse, es semejante a la idea presente en el concepto de bien jurídico.¹⁶² Para Roxin, la concepción de Feinberg de que el principio de ofensa u *offense principle*, entendido como afectación que está por debajo del nivel del daño y que solo puede criminalizarse de acuerdo con presupuestos específicamente cualificados, presenta una diferenciación que se aproxima a los puntos de vista suscitados en el debate en relación con la protección de los sentimientos y el concepto de bien jurídico.¹⁶³ Esas conexiones conducen a Roxin a entender que los estudios sobre el bien jurídico no pueden desatender los trabajos desarrollados en el derecho anglo-americano.¹⁶⁴

6. Conclusión

La distancia entre el sistema de *Common Law* y el europeo continental ha ido reduciéndose progresivamente en las diferentes esferas del saber jurídico.

Cada vez más, ambos sistemas se alejan de sus modelos utópicos. Se vive un momento en el que hay influencias directas e indirectas recíprocas. Por lo que hace al debate de esta investigación, en el seno de la doctrina ius-filosófica europea ya ha surgido la idea de que el diálogo entre los diferentes modelos se hace necesario, como forma de avanzar en la construcción de una estructura jurídica que racionalice el poder punitivo del Estado. Aunque la doctrina anglosajona busque el diálogo en menor medida, por razones pragmáticas, el sistema de *Common Law* se ha ido adaptando. En otras palabras, es un camino que debe recorrerse, irremisiblemente. En este sentido, conocer la obra de Feinberg y las críticas que se le han formulado es un buen comienzo para hacer avanzar el debate sobre el bien jurídico, cuya interpretación crítica se encuentra en crisis y demanda una urgente reformulación, para que pueda establecer límites claros al poder de incriminar del legislador y enfrentar el actual movimiento de expansión sin criterios del derecho penal.

7. Bibliografía

- Carvalho, Gisele Mendes de. Delitos relativos à prostituição no Código Penal brasileiro: proteção da dignidade humana ou paternalismo jurídico? *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. n. 12, v. 7, 2010, 177-211.
- Carvalho, Érika Mendes de; Carvalho, Gisele Mendes de. “Direito Penal, paternalismo jurídico e tráfico de pessoas para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual”. En: Borges, Paulo César Corrêa (ed.). *Tráfico de pessoas para exploração sexual: prostituição e trabalho sexual escravo*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2013, pp. 61-91.
- Cotterrell, Roger. “Common Law approaches to the relationship between law and morality”. *Ethical Theory and Moral Practice*. Vol. 03, n. 1, 2000.
- Dworkin, Gerald. Paternalism. En: Feinberg, J.; Gross, H., (eds.) *Philosophy of Law*. Encino: Dickenson Publishing. 1975, pp. 230-239.

¹⁵⁹ *Ibidem*. p. 92.

¹⁶⁰ *Idem*.

¹⁶¹ Polaino Navarrete, Miguel. *El Injusto Típico en la Teoría del Delito*. Mave Editor: Buenos Aires, 2000, p. 335.

¹⁶² Roxin, Claus, *op.cit.*, p. 55.

¹⁶³ *Ibidem*. p. 55.

¹⁶⁴ *Idem*.

El Harm principle y su reflejo en el Derecho penal: una lectura a partir de Joel Feinberg

- _____, "Positive and negative freedom", en AU-
DI, Robert. *Cambridge Dictionary of Philosophy*.
Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- Estellita, Heloisa. "Paternalismo, moralismo e direi-
to penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito
positivo". *Boletim IBCCRIM*. n. 179, v. 15, 2007,
pp. 17-19.
- Feinberg, Joel. *Harm to others*. New York: Oxford.
1984.
- _____, *Offense to others*. New York: Oxford. 1985.
- _____, *Harm to self*. New York: Oxford. 1986.
- _____, *Harmless wrongdoing*. New York: Oxford.
1987.
- Garner, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. 8ª ed. 2004.
- Greco, Luis, Tortima, Fernanda Lara (eds.). *O Bem
Jurídico como Limitação do Poder Estatal de In-
criminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- Hassemer, Winfried; Kargl, Walter. *NomosKommen-
tar – Strafgesetzbuch*. Tomo I. 2ª ed. Kindhäuser,
Neumann e Paeffgen (eds.). Nomos: Baden-Ba-
den, 2005.
- Holtug, Nils. "The harm principle". En: *Ethical
Theory and Moral Practice* 5, n. 4. Dordrecht:
Kluwer Academic Publishers, 357-389, dic. 2002.
- Hutchinson, Allan C. *Evolution and the Common
Law*. New York: Cambridge University Press.
2005.
- Jeschek, Hans-Heinrich, Weigend, Thomas. *Lehr-
buch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*. Berlin:
Duncker & Humblot, 1996.
- Kahlo, "Sobre la relación entre el concepto de bien
jurídico y la imputación objetiva en derecho penal.
En: Hefendehl, Roland. (ed.)" *La teoría del bien
jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho
penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid:
Marcial Pons, 2007.
- Kant, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos
Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições
70, 2007.
- Lobato, José Danilo Tavares Lobato. *Direito penal
ambiental e seus fundamentos – Parte geral*. Curi-
tiba: Juruá, 2011.
- _____, "O meio ambiente como bem jurídico e
as dificuldades de sua tutela pelo direito penal".
Liberdades. São Paulo: IBCCRIM, v 5, sept/dic,
2010.
- Mill, John Stuart. *On liberty* (1859). London/New
York: Penguin Classics, 1985.
- _____, *On Liberty* (1859), Kitchener: Batoche
Books, 2001.
- Polaino Navarrete, Miguel. *El Injusto Típico en la Teo-
ría del Delito*. Mave Editor: Buenos Aires, 2000.
- Posner, Richard A. *The Problematics of Moral and
Legal Theory*. London: Cambridge, 1999.
- Prado, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Consti-
tuição*. São Paulo: RT, 1997.
- Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I. 4ª
ed. München: C.H. Beck, 2006.
- Seher. "La legitimación de normas penales basadas
en principios y el concepto de bien jurídico". En:
Hefendehl, Roland (ed.) *La teoría del bien jurí-
dico. Fundamento de legitimación del Derecho
penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid:
Marcial Pons, 2007.
- Silveira, Renato de Mello Jorge. Tipificação crimi-
nal da violência de gênero: paternalismo legal ou
moralismo penal. *Boletim IBCCRIM*. n. 166, v. 14,
2006, pp. 7 y 8.
- Soares, Guido Fernando Silva. *Common Law: Intro-
dução do direito dos EUA*. São Paulo: RT, 1999.
- Tinoco Pastrana, Angel. *Fundamentos del sistema ju-
dicial penal en el Common Law*. Sevilla: Universi-
dad de Sevilla, 2001.
- Von Hirsch. Concepto de bien jurídico y el "principio
de daño". En: Hefendehl, Roland. (ed.) *La teoría
del bien jurídico. Fundamento de legitimación del
Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*
Madrid: Marcial Pons, 2007.

Webgrafía:

- <http://oxforddictionaries.com/definition/english/> (Ac-
ceso: 20.02.2013)
- <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/british/>
(Acceso: 20.03.2013)
- <http://www.merriam-webster.com/dictionary/> (Acce-
so: 20.03.2013)



Teoría política libertaria y política criminal



José Manuel Paredes Castañón

Universidad de Oviedo

RESUMEN: *¿En qué casos podría llegar a considerarse justificada desde la perspectiva de una teoría política libertaria la práctica estatal de prohibir acciones y sancionar a sus autores (por infractores)? Esta es la pregunta con la que se inicia el presente trabajo y también la cuestión que guía el contenido del mismo. La teoría política libertaria no sostiene un modelo de sociedad justa sino únicamente una teoría normativa acerca de las condiciones en las que surge, de forma moralmente justificada, la autoridad política, por lo que en este trabajo se pretende poner de manifiesto su trascendencia como teoría política en sede criminal.*

PALABRAS CLAVE: *Teoría política libertaria, Derecho penal, política criminal, moralidad, justicia.*

ABSTRACT: *In what cases could the state practice of prohibiting actions and punishing the perpetrators (as offenders) be considered justified from the perspective of a libertarian political theory? This is the question with which the present work begins and also the question that guides the content of it. The libertarian political theory does not support a fair society model but only a normative theory about the conditions in which political authority arises, in a morally justified way, so that in this work, it is intended to show its transcendence as political theory in a criminal subject.*

KEY WORDS: *Libertarian political theory, criminal law, criminal policy, morality, justice.*

SUMARIO: *1. Introducción. 2. Política libertaria. 3. Teoría política anarquista y el concepto de sanción. 4. El Estado mínimo. 5. Bienes jurídicos y justificación de sanciones. 6. Conclusiones.*

Rec: 02-10-2017 | Fav: 15-11-2017

En lo que sigue, exploraré la siguiente cuestión: ¿en qué casos podría llegar a considerarse justificada¹ desde la perspectiva de una teoría política libertaria la práctica estatal de prohibir acciones y sancionar a sus autores (por infractores)?

1. Introducción

La práctica de sancionar se basa en un juicio que una institución realiza acerca de la valoración que le merece la acción de un determinado sujeto moral. El juicio es realizado por parte de la institución sobre la base de tres normas: la norma que le confiere a la institución la competencia para juzgar, a tenor de la cual se pretende que la institución tendría (no solo el poder, sino también) la autoridad para juzgar; la norma que sirve como criterio para el enjuiciamiento (la norma de conducta), la que declara que el sujeto enjuiciado tenía el deber de hacer/ no hacer una determinada clase de acciones; y la norma que establece la sanción que corresponde con una infracción dada. Se pretende, pues, que la norma de conducta, que opera como baremo de juicio, cumpla una función de motivación: cree una razón para actuar relevante para la toma de decisiones por parte del sujeto moral destinatario. Pero no cualquier clase de razón para actuar, sino una que se pretende que posee la peculiar característica de poseer “autoridad”. Autoridad que se traduciría en dos consecuencias: se trataría de una razón para actuar que habría de operar independientemente de su contenido, simplemente en razón de su origen (en la norma jurídica de conducta); y, además, se trataría de una razón perentoria, que obligaría a “renunciar al propio juicio” acerca de la racionalidad práctica y a reconocer la prevalencia del juicio de razón práctica plasmado en la norma de conducta sobre el propio.²

El acto del juicio de responsabilidad es, pues, un acto comunicativo por parte de la institución, dirigido al sujeto enjuiciado, pero también al conjunto de los destinatarios de la norma transgredida. Dicho acto de

habla tiene por contenido una valoración negativa de la acción realizada y el reproche moral consiguiente al sujeto, por ser considerado moralmente responsable de dicha acción y de la infracción que conlleva. Y, por lo tanto, como alguien que cuestiona la pretensión de corrección moral que los creadores de la norma jurídica de conducta sostienen que la misma conlleva.³ Así pues, la especificidad de la práctica de sancionar (que la distancia de otras formas de coerción —un atraco— pero también de otras modalidades de actos del poder político —una actuación policial por vía de hecho, un acto de guerra) estriba en la pretensión de que la sanción lleva aparejado un juicio moral sobre la acción del sujeto moral enjuiciado, dotado de autoridad suficiente como para resultar intersubjetivamente aceptable. Sin pretensión de corrección moral no existen, pues, ni infracción ni sanción propiamente dichas.

2. Política libertaria

La pregunta que la teoría política libertaria viene a suscitar es, precisamente, la de si dicha pretensión de corrección moral puede estar verdaderamente justificada: si los deberes impuestos por las normas prohibitivas pueden llegar a gozar efectivamente de autoridad propia que sea, al tiempo, independiente de su contenido (es decir, no por la calidad moral de aquellas acciones que prescriben, sino por el origen jurídico de la prescripción) y moralmente vinculante para todos los destinatarios de la norma.

Desde luego, el debate únicamente surge cuando se parte —como aquí se hace— de dos presupuestos: de una parte, del valor de la autonomía moral de cada sujeto; y, de otra, de la tesis (metaética) de que no existe manera alguna de construir una teoría moral sustantiva que resulte, *per se* (es decir, por su contenido o por su origen), vinculante para cualquier sujeto moral, con independencia de las creencias que este albergue y de su propio modelo de vida

¹ Políticamente justificada: de manera que dicha práctica dé lugar a decisiones políticamente legítimas, capaces de suscitar una obediencia racional.

² Cfr. Raz, *La autoridad del Derecho*, trad. Tamayo y Salmorán, 2ª ed., UNAM, 1985, pp. 45 ss.; Raz, *Razón práctica y normas*, trad. Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 83-87, 176-177, 198 y ss.

³ Parto de la base de que, esté o no verdaderamente justificada desde un punto de vista moral tal pretensión, lo que parece indudable es que uno de los rasgos que caracterizan al Derecho es su pretensión de ser reconocido como guía autorizada de conductas y como moralmente correcto. Que ello es lo que diferencia, en el plano comunicativo, a una norma que se pretenda jurídica de cualquier otro acto de puro poder (Raz, *Autoridad*, 1982, pp. 45 y ss.; Raz, *La ética en el ámbito público*, trad. Melón, Gedisa, 2001, pp. 232-236).

buena. El primero de tales presupuestos es hoy generalmente aceptado. Por lo que hace al segundo, es cierto que resulta mucho más polémico. No obstante, pienso (aunque no intentaré argumentarlo aquí)⁴ que hay buenas razones para aceptarlo también: para negar que exista algún “punto de vista objetivo” (arquímideo) desde el que formular normas morales vinculantes para cualquier ser racional, o bien algún procedimiento que conduzca al mismo resultado. Que, en definitiva, una “concepción política” de la justicia (esto es, aquella teoría moral en la que el Estado puede sustentar la pretensión de corrección de las normas jurídicas que dicta) ha de basarse necesariamente en el “consenso por superposición” entre las diferentes “concepciones comprensivas” de la justicia que mantienen los diferentes individuos y grupos sociales que forman parte del sujeto soberano (en democracia, del pueblo),⁵ y no en alguna particularmente privilegiada, por razón de su contenido o de su origen.

Si todo esto es así, entonces parece impecable el razonamiento de Robert Paul Wolff: si rechazamos la posibilidad de una ética normativa que resulte siempre colectivamente vinculante por su contenido u

origen,⁶ y aceptamos, en cambio, el valor moral absoluto (frente al Estado, cuando menos)⁷ de la autonomía moral del sujeto, entonces prácticamente no puede haber supuestos en los que se reconozca al Derecho autoridad moral propia, ya que dicha autoridad ha de ir (prácticamente siempre)⁸ en detrimento de la autonomía del sujeto. Porque un sujeto moral que adopta como razón para la acción una que le proporciona la norma jurídica de conducta única o principalmente (no porque considere que su contenido es moralmente valioso, sino, con independencia de ello) porque le ha sido proporcionada por un tercero, está renunciando a parte de su autonomía moral, en beneficio de ese tercero.⁹

De este modo, el hecho de que la decisión haya sido adoptada con el apoyo de la mayoría de los miembros del grupo (excepto si es por unanimidad) no le otorgaría autoridad alguna. Pues, si se toma en serio la autonomía moral de los sujetos, una decisión mayoritaria solo goza de autoridad si estos, previamente, han consentido expresamente (recuérdese: mediante decisión unánime o mediante pacto expreso de sumisión) en someterse a la misma. Mas no en otro caso.¹⁰ En el mismo sentido, desde luego, tampoco la

⁴ Lo he hecho ya en Paredes Castañón, *La justificación de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 141-148.

⁵ Rawls, *El liberalismo político*, trad. Domènech, Crítica, 1996 (reimpr. 2003), pp. 41-45, 165 ss.

⁶ Wolff, *The Autonomy of Reason*, Harper & Row, 1973, pp. 223-226.

⁷ Es decir, si negamos que el Estado pueda aducir razones morales independientes para limitar la autonomía moral de los individuos para perseguir su propio modelo de vida buena. O, en otras palabras, si asumimos que la única razón de ser que podría justificar la coerción estatal es de índole instrumental: como herramienta para maximizar la igual autonomía moral de los individuos pertenecientes al sujeto soberano: Paredes Castañón, *Justificación*, 2013, pp. 153 y ss.

⁸ En concreto, hay tres supuestos en los que la autonomía moral resultaría compatible con reconocer la autoridad moral de un tercero (aquí, el Derecho) para sustituir el propio juicio y proporcionar razones para la acción perentorias y con una fuerza independiente de su contenido. El primero de tales supuestos sería el caso del sometimiento a normas jurídicas adoptadas mediante un procedimiento de democracia directa por unanimidad. En tal caso, obviamente, el sujeto que se compromete a obedecer tal norma se está comprometiendo a obedecer algo que él mismo ha aprobado (Wolff, *In Defense of Anarchism*, Harper & Row, 1970, pp. 22-27). El segundo supuesto es el del pacto expreso de sumisión: la decisión libre y voluntaria de someterse a las decisiones de otro resulta (cuando menos, mientras no sea un pacto irrevocable) una manifestación de la autonomía del sujeto (Steiner, *An Essay on Rights*, Blackwell, 1994, pp. 232 y 233; Vallentyne, *Left-Libertarianism: A Primer*, en Vallentyne/Steiner (ed.), *Left Libertarianism and Its Critics: The Contemporary Debate*, Palgrave MacMillan, 2000, p. 3; Otsuka, *Libertarianism without Inequality*, Oxford University Press, 2003, p. 124). Por fin, el tercer y último supuesto es el caso en el que un sujeto, aun no deseando en principio someterse a la decisión de un tercero, tenga razones para creer que dicho tercero tiene, en un caso concreto, una capacidad superior a la suya propia para, aplicando la racionalidad, adoptar la decisión óptima de entre las posibles para lograr los fines de aquel. Se trata, pues, del caso de un sujeto con limitaciones en la racionalidad de su capacidad de juicio, por cualquier razón (debilidad de voluntad, falta de información suficiente, de capacidades de enjuiciamiento, etc.). Ejemplo: un sujeto decide seguir las reglas de seguridad en el tráfico aéreo (a pesar de no haber participado en su elaboración ni ser capaz –por su ignorancia– de aceptarlas libremente) por considerar que, a la vista del riesgo existente y de su falta de información suficiente, resulta racional confiar y “ponerse en manos del Derecho” en ese supuesto concreto. En tales condiciones, también podría constituir un buen ejercicio de la propia autonomía someterse a la decisión de otro (Raz, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, 1986, pp. 49-51).

⁹ Wolff, *Anarchism*, 1970, pp. 18 y 19.

¹⁰ Wolff, *Anarchism*, 1970, pp. 41-43; Raz, *Ética*, 2001, pp. 381-385. Obviamente, una teoría contractualista sería (que tome en serio la autonomía moral de los sujetos) no puede basarse en meras hipótesis, especulaciones, “consentimientos *de facto*” u otros artificios retóricos semejantes, sino que debe exigir un consentimiento real y válido de cada sujeto en el pacto: Sartwell, *Against the State. An Introduction to Anarchist Political Theory*, State University of New York, 2008, p. 50; Huemer, *The Problem of Political Authority*, Palgrave MacMillan, 2013, pp. 36 ss.; Barnett, *Restoring the Lost Constitution*, ed. actualiz., Princeton University Press, 2014, pp. 14-30; Egoúmenides, *Philo-*

orientación de la decisión hacia el “bien común” la dota de autoridad. Y ello, porque justamente, en el contexto de imposibilidad de una moralidad colectivamente vinculante y de respeto a la autonomía moral del sujeto, el bien común ha de ser determinado mediante decisión.¹¹ Y dicha decisión solamente si es adoptada por unanimidad resultaría vinculante para un sujeto moral autónomo.

La conclusión, hasta aquí, sería, por lo tanto, que, hablando en términos exclusivamente morales, la pretendida autoridad moral independiente (de su contenido, e independiente del hecho de que sean libremente aceptadas) de las prescripciones jurídicas es más una construcción puramente ideológica que una tesis que pueda justificarse sobre la base del razonamiento moral. De manera que, en ausencia de una aceptación expresa –caso por caso– de cada norma por parte de cada uno de sus destinatarios, no existiría razón alguna para otorgar a esta legitimidad alguna (ni, consiguientemente, para proclamar la existencia de un deber moral de obedecerla).

3. Teoría política anarquista y el concepto de sanción

Así pues, desde la perspectiva libertaria, la solución óptima (por ser la que maximiza la autonomía moral de los individuos) para la organización de la interacción social es el anarquismo: aquella propuesta política normativa que prescribe que dicha interacción sea organizada prescindiendo de cualquier coerción estatal; y, por lo tanto, también de las prohibiciones y de las sanciones. Evidentemente, la pregunta que hay que hacerse es la de cómo es posible resolver en este

marco los problemas de coordinación social y, especial, cuál es el diseño institucional que se propone para afrontar los problemas de desviación social.

Lo que tienen en común todas las teorías políticas anarquistas (además de su rechazo a la alternativa de constituir una autoridad central que pretenda monopolizar la capacidad de coerción sobre los sujetos desviados) es su crítica al concepto de sanción: la sanción, cualesquiera que sean sus fines (es decir, tanto si pretende retribuir males pasados como si pretende prevenir males futuros) resultaría ser una herramienta moralmente injustificable, porque ni hacer justicia ni evitar potenciales e indeterminados males futuros son razones suficientes para privar de sus derechos y de su autonomía a un individuo. De este modo, todos los defensores del anarquismo apuestan decididamente por una combinación de dos herramientas. Primero, una justicia con finalidad exclusivamente restaurativa. El objetivo, en efecto, de la resolución colectiva de los conflictos sociales debería ser únicamente el de corregir las situaciones injustas y restablecer a cada sujeto en sus derechos violados. Y nada más: ni castigar, ni intimidar, ni inocuizar, ni resocializar...¹² Y, en segundo lugar, admitiendo que puede haber ocasiones en que resulte imprescindible precaverse frente a futuras violaciones de normas, los anarquistas defienden el recurso a la imposición, cuando resulte imprescindible (proporcionado), de medidas de carácter preventivo, de carácter cuasi-policial, basadas (y aquí estribaría la diferencia con la sanción) en riesgos inmediatos, concretos y comprobables.¹³ Nada, pues, de sanciones que pretendan evitar riesgos genéricos de reincidencia (prevención especial) o efectos criminógenos (prevención general).¹⁴

sophical Anarchism and Political Obligation, Bloomsbury, 2014, pp. 68 y ss.

¹¹ Sartwell, *State*, 2008, pp. 61 y ss.; Egoumenides, *Anarchism*, 2014, pp. 137-153.

¹² Leeson, Do contracts require formal enforcement?, en Stringham (ed.), *Anarchy, State and Public Choice*, Edward Elgar, 2005, pp. 68-74; Chartier, *Anarchy and Legal Order*, Cambridge University Press, 2013, pp. 263 ss.; Huemer, *Authority*, 2013, pp. 272-277; Barnett, *The Structure of Liberty*, 2ª ed., Oxford University Press, 2014, pp. 177-185.

¹³ Ritter, *Anarchism: A Theoretical Analysis*, Cambridge University Press, 1980, pp. 75-76; Chartier, *Anarchy*, 2013, pp. 259-261; Barnett, *Liberty*, 2014, pp. 185-192.

¹⁴ Hasta aquí el consenso. A partir de aquí, cuando hay que concretar el diseño institucional, los defensores de la alternativa anarquista se dividen claramente en dos bandos, en función de cuál es la opción política, conservadora o progresista, que sostienen: en atención al papel que otorgan a la igualdad y a la libertad materiales en el modelo de sociedad justa que defienden. Así, los defensores conservadores del anarquismo optan por las agencias privadas de protección (medidas preventivas para evitar que la violación de normas y de derechos tenga lugar, y aseguramiento de la compensación del daño sufrido, en el caso de que este ocurra –en ningún caso, pues, sanción ni privación de derechos del infractor), y por el pago de sus servicios, como solución institucional (Rothbard, *For a New Liberty. The Libertarian Manifesto*, 2ª ed., Ludwig von Mises Institut, 2006, pp. 267 y ss.; Casey, *Libertarian Anarchy*, 2012, pp. 80-82; Huemer, *Authority*, 2013, pp. 230 y ss. Por su parte, el anarquismo de izquierdas posee una teoría del control social bastante más nebulosa. Oscilando entre quienes –la gran mayoría– de-

Aun desde una perspectiva libertaria, cabe albergar serias dudas acerca de la viabilidad efectiva de los diseños institucionales puramente anarquistas, en sociedades lo suficientemente complejas como para que buena parte de las interacciones sociales resulten anónimas.¹⁵ Las dudas se derivan tanto de la experiencia histórica real como de los análisis teóricos. Así, de una parte, las investigaciones acerca de la historia del poder político en Europa parecen dejar meridianamente claro que los estados modernos tienen su origen en situaciones políticas pre-estatales inestables que evolucionaron hacia un monopolio de la coerción por parte de algunos agentes. Monopolio que, con todas sus irregularidades y conflictos, se ha revelado mucho más estable.¹⁶ Por otra parte, los estudios de teoría social indican que, en una situación de anarquía pura (ausencia de derechos y de normas generalmente reconocidos), el equilibrio en la interacción —el orden— se produce a través de acuerdos de no agresión.¹⁷ Los acuerdos son tanto más probables cuanto más prolongada en el tiempo sea la interacción.¹⁸ Cabe una ulterior mejora en la seguridad y estabilidad de la interacción: introducir una agencia independiente encargada de supervisar el cumplimiento de los acuerdos contraídos.¹⁹ Una agencia así beneficia principalmente a los grupos sociales dominantes,

dado que les permite reducir el esfuerzo para mantener el *statu quo* y, además, asegurarse el apoyo de partes más débiles de la población sometida (a cambio de “*paz y seguridad*”, aunque sea injusta).²⁰ Además, en una situación de ausencia de normas y de derechos de propiedad generalmente reconocidos, existe un incentivo considerable para aliarse, para proteger la propia situación y/o para mejorarla en detrimento de terceros.²¹ Las coaliciones más probables no son las de individuos prudentes que tan solo quieren conservar lo que ya poseen, sino más bien las coaliciones de extorsionadores: coaliciones orientadas a mejorar la posición de sus miembros, arrebatando para ello su posición a terceros no miembros.²² Otro tanto ocurre con la agencias de protección y supervisión: en una situación de anarquía, existen fuertes incentivos para limitar la protección a ciertos grupos sociales, los más pudientes y/o poderosos; emplear el poder asumido por la agencia de protección no en favor de sus clientes, sino para extorsionarles; generar colusiones entre las agencias de protección y los infractores, en detrimento de los ciudadanos respetuosos de los acuerdos; y cartelizar el negocio de la protección y constituir monopolios.²³

Por lo tanto, lo que el análisis nos muestra es que la situación de anarquía no tiende a ser una de puro

fienden que en una sociedad anarquista la única medida de control social puede y debe ser la censura comunitaria (boicot, ostracismo, mala fama, reprensión, etc.): Ritter, *Anarchism*, 1980, pp. 75 y 76; Tiffu/ Sullivan, *The Struggle to Be Human. Crime, Criminology, and Anarchism*, Cienfuegos Press, 1980, pp. 149-154; Samuels, “Anarchism and the theory of power”, en Stringham (ed.), *Anarchy*, 2005, pp. 161-169; Graeber, *Fragments de antropología anarquista*, Virus, 2011, pp. 49 y ss. Y quienes, en cambio, aceptan que los miembros de la comunidad puedan recurrir, en casos límite, a la violencia para detener a los infractores de normas sociales (Chartier, *Anarchy*, 2013, pp. 265-266, 295-296), en una suerte de “legítima defensa de la colectividad”.

¹⁵ En efecto, como señala Hogarty, “Cases in Anarchy”, en Stringham (ed.), *Anarchy*, 2005, p. 102, la piedra de toque de cualquier teoría del orden social, y también del anarquismo, es aquel grupo social en el que las interacciones se vuelven anónimas. En las que ya no se puede contar con que existan motivos, afectos y lazos entre los sujetos de la interacción que preconfiguren el modo en que esta va a tener lugar, sino que hay que confiarlo todo a las expectativas y a los patrones de interacción social, y al modo en el que las mismas son hechas valer frente a un extraño.

¹⁶ Mann, *Las fuentes del poder social*, I, trad. Santos Fontela, Alianza Editorial, 1991, pp. 588 y ss.; Tilly, “War Making and State Making as Organized Crime”. En Evans/ Rueschemeyer/ Skocpol (eds.), *Bringing the State Back In*, Cambridge University Press, 1985, pp. 169 y ss.; Tilly, *Coercion, Capital, and European States, AD 990–1990*, Blackwell, 1990, pp. 67 y ss.

¹⁷ Bush, “Individual welfare in anarchy”, en Stringham (ed.), *Anarchy*, 2005, pp. 22 y 23; Tullock, “The edge of the jungle”, en Stringham (ed.), *Anarchy*, 2005, p. 36.

¹⁸ Tullock, en Stringham (ed.), *Anarchy*, 2005, pp. 36-38.

¹⁹ *Ibidem*, p. 41.

²⁰ Este es el punto de partida: el beneficio de la introducción de una agencia de supervisión se reparte en principio en proporción al reparto previo de derechos de propiedad y de recursos. Sin embargo, luego, una vez creada la agencia, el modo en que la misma funciona puede hacer que se produzcan efectos redistributivos, a favor de uno u otro grupo. Dependiendo de cómo sean las reglas bajo las que la misma adopta sus decisiones. Lo que plantea la cuestión, decisiva desde el punto de vista libertario, de qué reglas aseguran la neutralidad de la agencia y maximizan la autonomía moral de los sometidos a su supervisión: vid., al respecto, Buchanan/Tullock. *El cálculo del consenso. Fundamentos lógicos de la democracia constitucional*, trad. Salinas Sánchez, Planeta-Agostini, 1993.

²¹ Hogarty, en Stringham (ed.), *Anarchy*, 2005, pp. 100, 109.

²² *Ibidem*, pp. 100, 109.

²³ Huemer, *Authority*, 2013, pp. 253 y ss.; Barnett, *Liberty*, 2014, pp. 240-250.

caos, sino una de orden. Pero, eso sí, de un orden extremadamente desigual: con elevadas oportunidades para mejorar la posición a costa de los demás, pero también con grandes riesgos de quedar excluido (de las coaliciones, de las agencias de protección, de los acuerdos más beneficiosos, de la acumulación). Un orden, en suma, particularmente perjudicial para todo sujeto que posea –por naturaleza o por las circunstancias– un elevado grado de aversión al riesgo.²⁴ Parece dudoso, además, que esta situación de orden desigual e inseguro (extremadamente problemática, desde el punto de vista de la preservación de la autonomía moral de los sujetos) pueda ser revertida por cualquiera de los diseños institucionales que la teoría política anarquista, tanto conservadora como progresista, ha propuesto.

4. El Estado mínimo

A la vista de lo anterior, la solución institucional mayoritaria dentro del pensamiento libertario ha sido la opción por un *second best*: el Estado mínimo. Randy Barnett lo ha expresado con mucha claridad y detenimiento: existen tanto problemas de conocimiento (limitaciones en el conocimiento que cada individuo posee de la situación en la que actúa) como problemas de parcialidad (cada individuo atiende principalmente a aquello que más le interesa) y problemas de poder (cada individuo intenta hacer valer sus intereses) que recomiendan que exista una agencia monopolística de protección, capaz de emplear la coerción.²⁵

El Estado mínimo se caracteriza, en efecto, por constituir una agencia monopolista de protección y de supervisión de acuerdos: a diferencia de una sociedad anarquista, en el Estado mínimo todos los miembros de la comunidad están obligados a someter los acuerdos en los que basan sus interacciones a la supervisión; o, visto desde otro punto de vista, todos

los miembros de la comunidad se benefician de dicha protección y de dicha supervisión.²⁶

Una agencia así es un Estado mínimo si, para garantizar tal supervisión y tal protección, interfiere tan solo lo estrictamente imprescindible en la autonomía moral de los sujetos beneficiarios de su actuación. Porque (siguiendo la argumentación de Barnett), al igual que hay problemas de conocimiento, de parcialidad y de poder que exigen mantener una agencia monopolística de protección, también hay limitaciones inherentes e insalvables de conocimiento (tiene serias dificultades para acceder a toda la información pertinente para adoptar decisiones), de parcialidad (captura de las agencias por intereses particulares, corrupción, persecución de los intereses propios de la burocracia) y de poder (abuso de poder, colusión) en el funcionamiento de dichas agencias, que las vuelven herramientas peligrosas, que han de ser utilizadas con precaución y con mesura.

Obsérvese, antes de continuar, que lo característico del Estado mínimo del pensamiento libertario (lo que une en realidad a todo el pensamiento libertario) es que constituye únicamente una herramienta: un diseño institucional para asegurar que la autonomía moral de los sujetos se vea maximizada. O, dicho de otra forma, ni el estado por sí mismo posee valor moral alguno. Ni en ningún caso es aceptable que el medio llegue a convertirse en un fin en sí mismo, por lo que la medida de la aceptabilidad –legitimidad– del Estado mínimo será en todo caso cómo, cuánto y a qué coste protege la autonomía moral, los derechos, de los miembros de la comunidad. Ningún valor ni legitimidad ni deber de obediencia fuertes podrá derivarse, pues, de este punto de partida: el Estado vale y debe ser obedecido en la medida en la que sirve para proteger la autonomía moral de los individuos (por razones primordialmente instrumentales, por lo tanto); nunca más allá.

De acuerdo con la teoría política libertaria, un Estado mínimo es Estado en el que se parte de que todos

²⁴ Es en este sentido en el que hay que interpretar la clásica y vívida descripción del estado de naturaleza de Hobbes, *Leviatán*, 1651, cap. XIII (ed. Mellizo, Alianza Editorial, 1989, reimpr. 2002, p. 115): "(...) un tiempo en el que los hombres viven sin otra seguridad que no sea la que les procura su propia fuerza y su habilidad para conseguirla. (...) Y, lo peor de todo, hay un constante miedo y un constante peligro de perecer con muerte violenta. Y la vida del hombre es solitaria, pobre, desagradable, brutal y corta".

²⁵ Barnett, *Liberty*, 2014, pp. 175-185. En un sentido similar se expresan Nozick, *Anarquía, Estado y utopía*, trad. Tamayo, Fondo de Cultura Económica, 1988, pp. 94 ss.; Gunning, *Towards a theory of the evolution of government*, en Stringham (ed.), *Anarchy*, 2005, pp. 64 y 65; Buchanan, *Los límites de la libertad*, trad. Sardón, Katz/ Liberty Fund, 2009, pp. 21-24.

²⁶ Un Estado mínimo produce, pues, en comparación con el estado de anarquía, efectos distributivos, en beneficio de los individuos que se habrían quedado fuera de las coaliciones, de las agencias de protección, de los acuerdos beneficiosos y de la acumulación: Nozick, *Anarquía*, 1988, pp. 114-118.

y cada uno de los individuos posee, antes de su reconocimiento por parte del Estado y del Derecho, unos derechos morales. Todos los derechos morales del individuo resultan ser, en último extremo, manifestaciones de su derecho de autopropiedad.²⁷ El derecho de autopropiedad es el derecho de propiedad más potente que se puede reconocer a todos y cada uno de los sujetos morales de manera igualitaria (y que constituye la herramienta institucional básicas para que puedan ejercer efectivamente su autonomía moral).²⁸

El derecho de autopropiedad implica: a) la facultad de control sobre uno mismo (cuerpo y mente); b) el derecho a una compensación si alguien pretende utilizar mi mente o mi cuerpo; c) el derecho a hacer valer tales derechos (prevención frente a futuras violaciones, o compensación frente a las pasadas); d) la facultad de transferir el control a terceros; y e) la inmunidad frente a la pérdida del derecho.²⁹ El derecho de autopropiedad se manifiesta, en la práctica en libertades de acción (de mi mente y de mi cuerpo).

El fundamento del Estado mínimo libertario estriba en la decisión (libre y voluntaria) de los individuos de intercambiar algunas de sus libertades prepolíticas por derechos reconocidos y protegidos por el Estado. Tal es el papel del momento constitucional. Es preciso, pues, distinguir claramente tres momentos: a) el estado previo de asignación de derechos (de autopropiedad, en última instancia); b) el momento de las decisiones constitucionales, de la decisión acerca de qué derechos prepolíticos se intercambian por derechos reconocidos por el Estado (y cuáles no); y c) el momento postconstitucional.

Existe división, dentro del pensamiento libertario, acerca del alcance de la asignación preconstitucional

de derechos; acerca del contenido del derecho de autopropiedad, en suma. Así, el pensamiento libertario conservador defiende que el derecho de autopropiedad implica también el derecho de apropiación sobre todos aquellos bienes no poseídos por nadie.³⁰ En cambio, el pensamiento libertario progresista sostiene que ello solo sería moralmente aceptable en un universo –implausible– en el que no existiese la condición de la escasez: esto es, en el que la apropiación por parte de algunos individuos no impidiese oportunidades semejantes de apropiación por parte de los demás. Y que, por consiguiente, solo el control sobre el propio cuerpo y mente, y sus acciones, pero no sobre los bienes materiales, está cubierto por los derechos prepolíticos.³¹

En el momento constitucional, se acuerda: a) un pacto de no agresión; b) una asignación de derechos (políticamente reconocidos); c) un acuerdo sobre la forma de hacer cumplir las normas; y d) un acuerdo sobre las reglas para tomar decisiones en la fase postconstitucional³². Obsérvese que en la interpretación libertaria, el acuerdo constitucional no es tan solo una metáfora o una hipótesis regulativa: antes al contrario, ha de ser un acuerdo real (y libre).³³ Pues, en ausencia de acuerdo unánime sobre las cuestiones de índole constitucional, no existe ninguna razón para que el sujeto se someta a las decisiones que el Estado adopte en el momento postconstitucional: ninguna razón independiente del contenido de cada decisión; ninguna razón para reconocer la autoridad del Estado.

Así, en relación con la asignación de derechos, cabe imaginar cualquier clase de criterio de reparto, puesto que, si ha de tratarse de un acuerdo constitucional real, que se opte por un u otro dependerá de

²⁷ Cohen, *Self-ownership, freedom, and equality*, Cambridge University Press, 1995, pp. 209 y ss. Que, a su vez, es una manifestación en el plano de la interacción social de su autonomía moral.

²⁸ Vallentyne/ Steiner/ Otsuka. “Why Left-Libertarianism Is Not Incoherent, Indeterminate, or Irrelevant: A Reply to Fried”, en *Philosophy & Public Affairs* 33, 2005, p. 202. Cualquier otro derecho de propiedad ni es imprescindible para el ejercicio de la autonomía moral, ni sería posible reconocérselo a todos y cada uno de los sujetos morales.

²⁹ Steiner, *Rights*, 1994, pp. 231-236; Vallentyne, en Vallentyne/ Steiner (ed.), *Left Libertarianism*, 2000, pp. 4 y 5; Vallentyne/ Steiner/ Otsuka, *Philos. Public Aff* 33, 2005, pp. 203 y 204.

³⁰ Nozick, *Anarquía*, 1988, pp. 175 y ss.

³¹ Steiner, *Rights*, 1994, pp. 232-236; Otsuka, *Libertarianism*, 2003, pp. 11 y ss.; Vallentyne/ Steiner/ Otsuka, *Philos. Public Aff* 33, 2005, pp. 208-210. Los libertarios de izquierdas se distinguen, entonces, de los liberales igualitarios en el papel decisivo que otorgan, como límite (*side-constraint*) frente a los objetivos colectivos de bienestar y de justicia, al respeto al derecho de autopropiedad (como plasmación institucional de la autonomía moral) de cada sujeto: ningún objetivo de justicia o de bienestar podría justificar una interferencia masiva y coercitiva en dicho derecho, en dicha autonomía (Otsuka, *Libertarianism*, 2003, pp. 114 y ss.; Vallentyne/ Steiner/ Otsuka, *Philos. Public Aff* 33, 2005, pp. 210-215).

³² Buchanan, *Libertad*, 2009, pp. 67 y ss.

³³ Buchanan, *Libertad*, 2009, pp. 43 y ss.; Barnett, *Constitution*, 2014, pp. 43-45; Barnett. “We the People: Each and Everyone”, en *Yale Law Journal* 123, 2014, pp. 2596-2602.

Teoría política libertaria y política criminal

quiénes (y de cómo, de cuándo, de dónde) participen en él.³⁴ En todo caso, en términos políticos, un acuerdo constitucional es legítimo (genera autoridad: legitimidad) cuando goza del apoyo unánime de las partes implicadas, cualquiera que sea su contenido.³⁵

Si esto es así, entonces, en el momento postconstitucional ocurrirán cuatro cosas. La primera es que las competencias del Estado deberán ser interpretadas siempre como limitadas: a aquellas que le hayan sido expresamente otorgadas en el pacto constitucional. No existen, pues, competencias residuales, sino que la interpretación de las competencias ha de ser siempre de índole restrictiva: al menos, en la medida en que el ejercicio de dichas competencias interfiera con la libertad de los ciudadanos.³⁶

En segundo lugar, aun en el caso de aquellas competencias que han sido atribuidas por el acuerdo constitucional al Estado, no basta con ello para que puedan ser ejercitadas libremente. Antes al contrario, el Estado tiene, para poder ejercer dichas competencias constitucionalmente atribuidas, una carga de argumentación. Por parte del Poder Legislativo, esto se manifiesta en la obligación de justificar la necesidad y la adecuación del contenido de las leyes a las competencias constitucionalmente reconocidas que se pretende ejercer. Y, por parte del órgano competente para el control de constitucionalidad de las leyes, en la obligación de revisar el modo en que el Poder Legislativo cumple dicha obligación de justificación.³⁷

En tercer lugar, en un Estado mínimo debe aceptarse la existencia, como principio general del Derecho, de una presunción de libertad, que tendría por

contenido algo semejante a lo dispuesto por la 9ª Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América: “*The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people*”. Es decir, al interpretar el pacto constitucional (y las competencias estatales derivadas de dicho pacto), habrá que asumir que no solo los derechos explícitamente reconocidos en el acuerdo constitucional, sino cualquier otra libertad derivable del derecho de autopropiedad del sujeto, en tanto no interfiera con el derecho de autopropiedad de terceros, le pertenece al sujeto, esté o no legislado así.³⁸

Por fin, en cuarto lugar, dentro de este marco, cabe exigir al Estado que, al actuar en ejercicio de las competencias constitucionalmente reconocidas, resulte neutral: esto es, que no afecte, para modificarla, a la distribución de derechos constitucionalmente pactada.³⁹ Y ello, porque en un Estado mínimo las alteraciones en la distribución de derechos que tengan lugar en relación con la asignación inicial (constitucional) debería tener lugar única y exclusivamente a través de la interacción voluntaria de los sujetos, que son quienes, en función de sus planes de vida (autonomía moral) y de las posibilidades de acción que atisben, deben decidir qué facultades ceden, y cambio de qué.

Téngase en cuenta, sin embargo, que una actuación estatal (en ejercicio razonable –proporcionado– de competencias constitucionalmente reconocida) únicamente no es neutral cuando intencionadamente persigue la alteración de la asignación de derechos acordada en el pacto constitucional. No, por el contrario,

³⁴ Es importante deslindar el concepto libertario de Estado mínimo del concepto neoliberal (= libertario conservador) de “Estado mínimo”: mientras que este último responde a una teoría acerca de qué asignación de derechos es justa (a una teoría de la justicia, en suma), en la teoría política (= no moral) libertaria pura, el concepto de Estado mínimo es únicamente una herramienta para preservar *cualquier* asignación de derechos que las partes del pacto constitucional hayan acordado establecer. Así, tan mínimo es un Estado que preserva los derechos de quienes pactaron una economía de libre mercado y un reparto desigual de derechos de propiedad como el que preserva los de quienes pactaron un acceso colectivo a los recursos.

³⁵ Obsérvese que esto no significa necesariamente sacar la ética de la ecuación, simplemente implica darle a la ética y a la teoría de la justicia aquel protagonismo que las partes del acuerdo constitucional quieran darle: puesto que cada sujeto ha de consentir en el acuerdo, cualquiera puede, si lo desea, hacer valer las exigencias máximas de la teoría de la justicia... claro que siempre a un determinado precio, ya que obstruir el acuerdo constitucional conlleva costes para las partes implicadas (Buchanan/ Tullock, *Consenso*, 1993, pp. 125 ss.).

³⁶ Barnett, *Constitution*, 2014, pp. 155 y ss.

³⁷ Barnett, *Constitution*, 2014, pp. 180-187. En este sentido, la concepción libertaria se aproxima mucho a la interpretación más activista del papel del principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes: *cf.* Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; Lopera Mesa, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, ambos con ulteriores referencias.

³⁸ Barnett, *op. cit.*, pp. 226 y ss.

³⁹ Que solo puede ser legítimamente modificada mediante un nuevo pacto constitucional: Buchanan/ Tullock, *Consenso*, 1993, pp. 240-246; Buchanan, *Libertad*, 2009, pp. 121 ss.; Barnett, *Constitution*, 2014, pp. 53 y ss.

si se trata de una actuación dirigida a restablecer o preservar tal asignación de derechos. “Neutralidad”, pues, aquí no quiere decir abstención: quiere decir autorrestricción a las propias competencias. En otro caso, si el Estado actuase sin la neutralidad requerida, se estaría saliendo del marco constitucional, y estaría así quebrantando el fundamento de la autoridad moral que pudiera pretender en aquellos ámbitos en los que le ha sido otorgada.⁴⁰

5. Bienes jurídicos y justificación de sanciones

Vemos, por fin, cuáles son las consecuencias que – hasta donde yo alcanzo a ver – posee la aplicación de la teoría política libertaria al problema de la justificación de las prohibiciones y de las sanciones estatales.

En relación con los bienes jurídicos protegidos y las conductas prohibidas:

1^a) Un Estado mínimo libertario no debe actuar en ningún ámbito en el que el pacto constitucional no le haya otorgado competencias. Esto significa, en la práctica, que no cualquier bien jurídico moralmente justificado, ni cualquier acción dañosa contra dicho bien, justifican la acción coercitiva estatal. Habrá, pues, estados de cosas valiosos que no deberían ser protegidos en ningún caso por el Estado.

2^a) No puede existir, por lo tanto, una lista de bienes protegibles (ni un elenco de acciones dañosas contra dichos bienes) con valor general, sino que en cada momento y lugar los acuerdos constitucionales pueden dar lugar a que ciertos bienes jurídicos pasen a formar parte del campo de actuación legítima del Estado, o dejen de estar en él.

3^a) Aun en el caso de aquellos bienes jurídicos que estén, conforme al pacto constitucional, en el ámbito de actuación legítima del Estado, no cualquier actuación orientada a protegerlos está políticamente justificada: aparte de otras consideraciones, solo una actuación coercitiva proporcionada y que haya sido efectivamente justificada como tal, puede resultar políticamente legítima.

4^a) De ningún modo puede resultar legítima una actuación estatal que pretenda, a través de la coerción, modificar la asignación de derechos constitucionalmente pactada. Ello veda, a mi entender, por completo cualquier forma de Derecho prohibitivo con finalidad puramente promocional,⁴¹ no solo por resultar ineficaz y/o ineficiente, sino por ser políticamente ilegítimo.

5^a) Por lo demás, buena parte de las conductas moralmente indeseables, y aun dañosas, simplemente tendrían que ser, en un Estado mínimo libertario, conductas permitidas, en tanto los miembros de la comunidad política no hayan cobrado conciencia de su inmoralidad y de su dañinidad. Un Estado mínimo libertario se opone, pues, al diseño tecnocrático de las prohibiciones y sanciones (por parte de los expertos del propio Estado, de grupos de presión, de organismos internacionales). Exige, al contrario, que quien quiera influir sobre la legislación (para incorporar a ella mayores cotas de coerción, aunque sea en pro de objetivos colectivos valiosos) lo haga única y exclusivamente convenciendo a la ciudadanía de que debe otorgar nuevas competencias al Estado.

En relación con los fines y justificación de las sanciones:

1^a) Me parece muy difícil compatibilizar la teoría política libertaria con una justificación retributiva de las sanciones estatales. En efecto, tal y como se ha expuesto, el pensamiento libertario niega al Estado cualquier legitimidad para cumplir la función de “hacer justicia”: la justicia (la asignación de derechos) debe ser determinada por los miembros de la comunidad política en el pacto constituyente; y, una vez establecida dicha asignación, no es competencia del Estado intentar alterarla, mediante sus actuaciones coercitivas. Por ello, tampoco cuando se trata de controlar actuaciones de terceros que interfieran con los derechos asignados a algún sujeto podrá el Estado, con su actuación, perseguir un fin de “hacer justicia”.

En este sentido, la teoría política libertaria se distancia del pensamiento liberal clásico, que en el

⁴⁰ Y, consiguientemente, los sujetos recuperarían plena libertad para, de forma moralmente justificada, salirse también a su vez del pacto: desobedecer a las leyes, resistirse, rebelarse o abandonar la comunidad política. El pensamiento libertario, en efecto, hace hincapié en la importancia de la tercera de las tres alternativas de acción (lealtad, voz, salida) que, frente a una situación indeseable, contemplaba Hirschman, *Salida, voz y lealtad*, trad. Suárez, FCE, 1977, pp. 28-32): la posibilidad de salirse del pacto constitucional, mediante la desobediencia, la actuación egoísta, el derecho de secesión o la emigración (Barnett, *Liberty*, 2014, pp. 254 y 255).

⁴¹ Vid., al respecto, Paredes Castañón, *Justificación*, 2013, pp. 72-77.

fondo es también una teoría moral, acerca de los derechos y deberes de los ciudadanos, y que es capaz por ello de apoyar su teoría de la responsabilidad en la idea de que el ciudadano ha incumplido sus deberes y de que ello exige (desde el punto de vista moral) que sea castigado. El pensamiento libertario, en cambio, no acepta ningún punto de vista moral, cuando de justificar la actuación estatal coercitiva se trata: el Estado es una herramienta para preservar los derechos de los sujetos, nada más. En este contexto, la retribución de la injusticia, del mal, del incumplimiento de deberes, son todas ellas funciones completamente fuera de lugar.⁴²

2ª) Más discutible, por ambigua, me parece la relación entre pensamiento libertario y fines preventivos de las sanciones. De una parte, es evidente que en el libertarismo existe una profunda desconfianza hacia los objetivos colectivos y vagos como justificación de la coerción estatal. Por ello, una parte importante del pensamiento libertario rechazan por principio que la coerción estatal frente a infractores pueda ir más allá de asegurar la justicia conmutativa, esto es, de la reparación del daño causado por el infractor a la víctima. Niegan, pues, por principio la legitimidad política de la justicia legal, de la toma en consideración del efecto supraindividual (más allá de la víctima misma) de la infracción.⁴³

Sin embargo, tal posición no resulta unánime dentro del libertarismo. Por el contrario, otro sector dentro de esta corriente de pensamiento acepta que las infracciones tienen, más allá del daño material que producen, un efecto comunicativo.⁴⁴ Y, consiguientemente, aceptan que la prevención pueda cumplir un papel en el diseño y medición de las sanciones estatales contra infracciones de los derechos.

Eso sí, parece claro que una teoría libertaria del Derecho sancionador no podría conformarse con finalidades preventivas abstractas (efecto simbólico, tranquilizador o reasegurador de la sanción), sino que ha de exigir que los objetivos preventivos resulten concretos, mensurables y empíricamente verificables. Me parece, por ello, que una teoría libertaria del Derecho sancionador únicamente podría resultar compatible

(si lo es) con los fines de prevención general intimidatoria y de prevención especial, interpretados ambos en el sentido más empírico posible.

6. Conclusiones

Acabo refiriéndome brevemente al valor que puede poseer la teoría política libertaria para la reflexión político-criminal. Como se ha indicado, en realidad la teoría política libertaria no sostiene un modelo de sociedad o de Estado justos, sino únicamente una teoría normativa acerca de las condiciones en las que surge, de forma moralmente justificada, la autoridad política (y, por ende, la del Derecho puesto por aquella). No es una teoría acerca de la justicia, sino acerca de los procedimientos políticos legítimos, por resultar compatibles con la autonomía moral de los sujetos.

En este sentido, es importante reclamar el valor político de la teoría libertaria. En particular, hay mucho que aprender (a este respecto, este trabajo es tan solo una cata preliminar) cuando se trata de medir y de ponderar la intervención coercitiva del Estado en los derechos y libertades individuales, y en la autonomía moral de las personas. Porque, de hecho, estamos demasiado acostumbrados a razonar, a la hora de justificar intervenciones coercitivas estatales, a partir de la idea de que el objetivo perseguido es, globalmente considerado (como objetivo colectivo), justificable, tanto en términos morales como instrumentales. Pero de lo que nos advierte la teoría política libertaria es justamente de que ello puede ser condición necesaria, pero nunca es suficiente para justificar la coerción estatal: que –por decirlo con Robert Nozick– la interferencia de la coerción estatal en la autonomía moral de los sujetos no puede justificarse únicamente por el hecho de que persiga objetivos moralmente razonables; porque la autonomía de cada sujeto moral y de sus planes de vida posee un valor propio, e infranqueable para un Estado que se pretenda legítimo.⁴⁵

Es cierto que parte de las garantías que podrían derivarse de la teoría política libertaria para un Estado y un Derecho legítimos, respetuosos de la autonomía

⁴² Barnett, *Liberty*, op. cit., pp. 317-321.

⁴³ Cfr. Barnett, *Liberty*, 2014, pp. 225-233.

⁴⁴ Cfr. Nozick, *Anarquía*, 1988, pp. 73-80.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 45-47.

moral de las personas, pueden deducirse también a partir de otras teorías morales y políticas (liberalismo, iusnaturalismo cristiano, etc.), sin necesidad de recurrir a una teoría política libertaria. Pero no siempre es así: me parece, en efecto, que existen una serie de límites, muy razonables, a la libertad de decisión del legislador que se justifican mucho mejor a partir de la teoría política libertaria. Además, frente a tanto

discurso vacío acerca de los “principios limitadores del *ius puniendi*”, que demasiadas veces no concreta ni el estatus de los “principios” ni las consecuencias de que las leyes no los respeten, el pensamiento libertario extrae una consecuencia clara y contundente (y coherente): que tal ley o tal actuación no son legítimas. Y que, debido a ello, no merecen (por razones morales, cuando menos) obediencia. No es poco.

⁴⁶ Como señala, Vallentyne, en Vallentyne/ Steiner (ed.), *Left Libertarianism*, 2000, p. 3, la tesis de que cualquier violación del derecho de autopropiedad es políticamente ilegítima es mucho más fuerte que la –generalmente aceptada– de que debe haber algunos límites a la coerción estatal.

Aproximación al concepto de pena en el ordenamiento Jurídico-penal Español

David Pavón Herradón

Universidad Europea de Madrid

RESUMEN: En el presente artículo se aborda el concepto de pena desde la óptica del Ordenamiento jurídico-penal español y, a propósito del mismo, se reflexiona acerca de la exclusión de la pena netamente retributiva en la legislación española, a favor de las finalidades preventivas. Finalmente, se hace referencia a los principios informadores del sistema de penas en el Ordenamiento jurídico-penal español.

PALABRAS CLAVE: Concepto de pena, exclusión de la retribución del sistema español de penas, principios informadores del sistema de penas: proporcionalidad, culpabilidad y legalidad.

ABSTRACT: This article deals with the concept of grief from the viewpoint of the Spanish juridical and penal system, and, on the other, it reflects on the exclusion of the penalty purely retribution in Spanish legislation, in favour of the preventive purposes. Finally, it refers to the informing principles of the system of penalties in the Spanish juridical-penal order.

KEY WORDS: Concept of grief, exclusion of the remuneration of the Spanish system of penalties, informative principles of the system of penalties: proportionality, guilt and legality.

SUMARIO: 1. El concepto de pena. 2. Exclusión de la pena retributiva en el ordenamiento jurídico-penal español. 3. Principios informadores del sistema de penas: proporcionalidad, culpabilidad y legalidad. 4. Bibliografía.

Rec: 19-12-2017 | Fav: 15-01-2018

1. El concepto de pena

No existe acuerdo doctrinal sobre qué ha de entenderse por *pena*, si bien la mayoría de los autores vienen señalando, como una de sus principales características, que la pena se trata de un *mal*. Nos hallamos sin duda ante la sanción o castigo establecido por la Ley

para los autores y responsables de infracciones; sanciones específicas que en nuestro Ordenamiento jurídico se encuentran comprendidas en el Código Penal español, susceptibles de imponerse a los responsables de delitos.

La pena, entendida como consecuencia jurídica del delito, se configura, por tanto, desde esta óptica,

Aproximación al concepto de pena en el ordenamiento Jurídico-penal Español

como un mal necesario en pro de la protección de los bienes jurídicos; los cuales han sido (o pretendido ser) previamente violentados por una conducta “desviada”, la del sujeto delincente, alejada de los cánones y reglas de convivencia previstos en el Código Penal. Lesch¹ afirma que la pena es un mal que se causa a una persona en un procedimiento público-general, mal llevado a cabo por el Estado, formal y querido, en tanto en cuanto se ha producido la lesión de una regla jurídica, si esta lesión se tiene que imputar a esa persona a modo de reproche.

Al tenor de las anteriores notas, no serían penas las limitaciones de derechos que no deriven de la violación de la norma penal, las que se impongan a un sujeto distinto del infractor, las que se basen exclusivamente en la reparación del daño causado o en la evitación de las consecuencias de la infracción, ni las que sean impuestas por sujetos que no posean la autoridad debida.² Además, habrá de tenerse en cuenta que de toda violación de la norma penal no se deriva sin más el surgimiento de la pena. Con todo ello, deviene uno de los límites del “ius puniendi” bajo los principios de culpabilidad, proporcionalidad y legalidad, principios que, en conexión con la protección de bienes jurídicos, en definitiva el orden social, justifican la necesaria existencia de las penas, si bien bajo una serie de garantías para el infractor; garantías que en nuestro sistema legal vienen dadas por la propia Constitución, cobrando especial importancia la dignidad de la persona del artículo 10 del citado texto.

Son tantas las definiciones que se le han dado a la pena, como teóricos sobre la misma existen, si bien la tónica general es definirla, y así la doctrina española, como el mal necesario,³ reflejo del “ius puniendi” del

Estado, que se impone al delincente que ha transgredido una norma jurídica penal y, por tanto, por atacar, causar daños o poner en peligro los bienes jurídicos más importantes de la sociedad, merecedores de protección penal. En palabras de Mir Puig, “la pena es un mal con el que amenaza el Derecho penal para el caso de que se realice una conducta considerada como delito”.⁴

A pesar de la aparente opinión unánime de la doctrina en cuanto al concepto de pena, pueden sin embargo diferenciarse dos corrientes de opinión, cuyo punto en común es la latente negatividad que gira en torno al concepto que nos ocupa. Un primer grupo de autores define la pena como un mal,⁵ frente a un segundo, que la define como la *causación o imposición de un mal*.⁶

En efecto, una parte de la doctrina, aun entendiendo que la pena es sin duda un mal por sí misma, no considera que deba conceptuarse como la imposición de un mal o una sucesión de males; así Jakobs,⁷ al decir que “el injusto es un mal y el deber de cargar con los costes también es un mal, pero a pesar de ello no cabe definir la pena como infligir un mal a causa del mal cometido”. Igualmente López Barja De Quiroga, considera que “la pena no puede verse ni definirse como una mala consecuencia de otro mal que es el delito, por lo que no es admisible hablar de la pena como mera sucesión de males”.⁸ Como se ha dicho, se parte de que la pena es un mal y, en ese contexto, se entiende que no puede ser otro, ya que la pena supone la privación de bienes o derechos; otra cosa distinta es que se defina la pena como la acción consistente en infligir un mal por la existencia de un mal anterior. En este sentido Cobo del Rosal y Vives

¹ Lesch, H. H., *La función de la pena*, traducción de Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Madrid, 1999, p. 4.

² Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S. *Derecho Penal Parte General*, Valencia, 1999, pp. 798 y 799.

³ Cuello Contreras, J., *El Derecho Penal español parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, Madrid, 2002, pp. 114 y 115; García-Pablos De Molina, A., *Introducción al Derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho penal, vol. I*, Madrid, 2012, p. 230, al decir que “es indiscutible que la justificación de la pena reside en su necesidad. Una sociedad que quisiera renunciar a su poder penal se entregaría a sí misma. La necesidad de la pena es un dato fáctico que aporta el conocimiento empírico, si bien con ello no se prejuzga el modo de operar de la pena, ni su esencia o fines. Pero su necesidad es un hecho real”.

⁴ Mir Puig, S., *Derecho Penal Parte General*, Barcelona, 2016, p. 45.

⁵ En este sentido, entre otros, Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho Penal Parte General*, Valencia, 1999, p. 796; García-Pablos De Molina, A. *Introducción...*, cit., p. 232; Díaz Roca, R., *Derecho Penal General. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*, Madrid, 1996, p. 266; Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2015, p. 48; o Jakobs, G., *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, p. 9.

⁶ Jescheck, H.H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Vol. I*, trad. de Mir Puig, S., y Muñoz Conde, Barcelona, 1981, p. 18; Silva Sánchez, J.M^º, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 2010, p. 291; Lesch, H. H., *La función...* cit., p. 4; Hobbes, T., *Leviatán*, Madrid, 1979, p. 386, citado por Cobo del Rosal y Vives Antón, *Derecho...* cit., p. 795; entre otros.

⁷ Jakobs, G., *Derecho...* cit., p. 9.

⁸ López Barja De Quiroga, J., *Derecho Penal Parte General IV*, Madrid, 2002, p. 17.

Antón, al decir que “*la pena ha de consistir, necesariamente en la inflicción, de un mal*”.⁹

En mi opinión, la pena no se conceptúa por la acción de su imposición, no es infligir un mal, sino porque en sí misma es negativa, es un mal. Distinto es que su concreción consista en la imposición de ese mal, como señala Jeschek, cuando habla de “*la imposición de un mal proporcionado a la gravedad del injusto y de la culpabilidad*”,¹⁰ o cuando señala Silva Sánchez¹¹ que la pena consiste esencialmente en causar un mal.

Pese a lo dicho, ya sea bajo una vertiente u otra, de manera prácticamente unánime la doctrina concibe la pena como un *mal*,¹² si bien Cobo del Rosal y Vives Antón, apuntan que, bajo una concepción idealista, igualmente se trataría de un *bien*, pues la pena puede lograr una serie de bienes, ya que “*si, en este sentido, la pena no fuese un bien, su justificación resultaría imposible*”.¹³

En relación con ese bien, como dice Jakobs,¹⁴ lo cierto es que la pena supone, entre otras cosas, el fortalecimiento del Ordenamiento jurídico, pues reafirma la norma frente a la colectividad y al infractor en particular. Efectivamente, la pena es definida por la mayoría de la doctrina como un mal, sin embargo, como apuntan los planteamientos anteriores, no por ello ha de olvidarse que también deviene de la misma una cierta positividad, pues con su imposición se reafirma el Estado de Derecho y el respeto a los bienes jurídicos más importantes de la sociedad. Y es que, en una sociedad como la que vivimos, ha de asumirse la existencia de delincuentes, no siendo el sujeto infractor un mero fenómeno aislado.

Asimismo, dado el tenor del artículo 25.2 de la Constitución, la pena debe buscar un efecto positivo, como es la *reeducción y resocialización*, aun cuando no pueda predicarse como su única finalidad. Positividad, en cuanto se abre la posibilidad para el sujeto infractor, de integrarse de nuevo en la sociedad de la que se le aísla, aunque la práctica ha demostrado que

esta positividad no tiene siempre los efectos deseados sobre el individuo penado, pues son demasiadas las ocasiones en las que, devuelto a la sociedad, comete nuevas infracciones, y en otras, en las que es el propio delincuente el que se niega cualquier tipo de *corrección*.

Por la generalidad de los autores se critica cualquier postura positiva sobre la pena, por entenderla idealista. Al respecto ha de decirse que de la misma manera que una concepción positiva de la pena suscita críticas, al concebir positivo el privar a un individuo de la libertad o de otros derechos, igualmente, cuando un sujeto penado cumple su condena y es devuelto a la sociedad en la que comete nuevos delitos, se evidencia el fracaso práctico de esa prevención, general y especial, que en cierto modo podría ser tachada por ello como un tanto idealista.

En mi opinión, la pena conceptualmente no puede ser definida más que como un mal (ya es su propio lenguaje el primero que delata su intrínseca negatividad, pues deviene equivalente a términos como *sufrir* o *padecer*), porque supone la privación o restricción de derechos, impuesta a consecuencia de comportamientos considerados antisociales, algo igualmente negativo por sí mismo. Cuestión diferente es que con ella se pretenda un “bien”, un efecto positivo, o que responda a una “necesidad” de protección social, entendida como método que ha de servir para *colaborar* en el mantenimiento del orden social, de esa convivencia a la que se ha aludido; pero con ello se entraría ya en el campo de su finalidad, excediendo de su concepto. En este sentido, Gimbernat Ordeig es claro al afirmar que “*existe un abismo entre pensar que la pena puede imponerse con buena conciencia, porque es la justa retribución por el daño causado*” y “*concebir la pena como una amarga necesidad dentro de la comunidad de seres imperfectos que los hombre son*”.¹⁵

Por tales razones ha de tenerse en cuenta su inherente negatividad, que conceptualmente parece

⁹ Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho... cit.*, p. 796.

¹⁰ Jeschek, H. H., *Tratado... cit.*, p. 18.

¹¹ Silva Sánchez, J.M^a., *Aproximación... cit.*, p. 291.

¹² Entre otros, Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho... cit.*, p. 796; García-Pablos De Molina, A., *Derecho... cit.*, p. 123; Díaz Roca, R., *Derecho... cit.*, p. 266; Silva Sánchez, J.M^a., *Aproximación... cit.*, p. 291; Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho... cit.*, p. 48; o Mir Puig, S., *Derecho... cit.*, p. 45.

¹³ Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho... cit.*, p. 796.

¹⁴ Jakobs, G., *Derecho... cit.*, p. 9.

¹⁵ Gimbernat Ordeig, E., *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1990, pp. 106 y 107, citado por Cobo del Rosal y Vives Antón, *Derecho... cit.*, p. 800.

Aproximación al concepto de pena en el ordenamiento Jurídico-penal Español

evidente al suponer la privación de derechos o bienes jurídicos, pero asumir, fuera de ese contexto, de su concepto, su necesaria existencia, buscando ante todo su función y finalidad, lo que no ha de significar comprender la pena como algo positivo, pero sí justificar su importancia como medio para procurar el orden social. En definitiva, se trata de diferenciar el *concepto de pena* de las diferentes *finalidades* de la misma.

Por lo que respecta a la función de la pena, la doctrina científica coincide en confrontar dos reglas: “*punitur quia peccatur est*” y “*punitur ne peccetur*”. Estas reglas se identifican con las teorías absolutas, basadas en la compensación de la culpabilidad, y con las teorías relativas o de prevención.

Por tanto, en cuanto a la función o funciones que ha de desempeñar la pena, finalidad última e ideal para la misma, habrá de estarse a las distintas teorías de la pena; así, mientras que para las teorías absolutas, la función de la pena se encuentra en el propio concepto de *justicia*, castigar al que viola una norma jurídica, para las teorías relativas se halla en la defensa de los bienes jurídicos. Las teorías absolutas se basan en la idea de la mera retribución; la pena es la retribución por la comisión del delito, respondiendo a razones de *justicia* (Kant) o *al imperio del Derecho* (Hegel). La pena no tiene función utilitaria alguna, sino es un mero castigo, pues la pena es un fin en sí misma. Por el contrario, para las teorías relativas, las preventivas, el Derecho Penal tiene una utilidad social; procura evitar la comisión de delitos en la sociedad (prevención general), o nuevamente por el individuo ya infractor (prevención especial). La pena no se justifica en sí misma, sino que para estas teorías el *castigo* se justifica por su *utilidad*, siendo la pena “*un instrumento para la consecución de un fin*”,¹⁶ la protección de la colectividad, de sus bienes jurídicos más importantes.

La prevención general tiene lugar a través de la intimidación –que no ejemplarización– sobre la conciencia social y la educación, dirigida a la reprobación y el rechazo social.¹⁷ Prevención general no basada, por tanto, de manera exclusiva, en la amenaza de la pena, pues ha de tenerse en cuenta también, que esa prevención no solo debe buscarse en la mera intimidación, sino igualmente en la ratificación de la confianza depositada en la vigencia de la norma, ya que si el Derecho se configura como un elemento de estabilización social, y es el delito el que desestabiliza la citada confianza, esta emerge de nuevo cuando el Estado ratifica la norma quebrada para certeza de los ciudadanos. Y esta prevención general debe así verse completada para los partidarios de las teorías mixtas por la prevención especial, pues su papel, subsidiario, ya no solo tiene importancia en la *fase de ejecución de la pena*, sino también en el momento de la elaboración de la norma, pues para que sea una realidad fundamentalmente en dicho estadio, ha de haberse previsto legislativamente.¹⁸ Así Jakobs, al decir que la protección del Derecho penal tiene lugar reafirmando al individuo, que confía en la norma, en su confianza: “*la pena tiene lugar para ejercitar en la confianza hacia la norma*”.¹⁹

La prevención especial tiene igualmente su base en la intimidación y en la educación, pero esta vez centradas en el sujeto transgresor de la norma, siendo la intimidación el medio por el que procurar que el infractor no vuelva a delinquir, y la educación la corrección del delincuente.

2. Exclusión de la pena retributiva en el ordenamiento jurídico-penal español²⁰

No es posible referirse a los fines de la pena en el Ordenamiento jurídico español sin hacer alusión al

¹⁶ López Barja De Quiroga, J., *Derecho... cit.*, p. 34.

¹⁷ Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho... cit.*, p. 802.

¹⁸ Como máximo exponente Roxín, C., “Sentido y límite de la pena estatal”, en *Problemas básicos del derecho penal*, trad. Luzón Peña, Madrid, 1976, pp. 14 y ss, que a través de su “*teoría dialéctica de la unión*”, centra la problemática en tres fases por los que discurre el devenir de la pena, como son: la amenaza legal, la aplicación judicial y la ejecución de la condena. En cada uno de estos estadios la pena adquiere una función distinta, pero siempre estrechamente vinculadas unas con otras, tratando así de dar respuesta a las necesidades que el Ordenamiento y sociedad demandan ante las conductas reprochables de los infractores y al problema de la convivencia de los distintos planteamientos que en cuanto a la pena he referido.

¹⁹ Jakobs, G., *Derecho... cit.*, p. 18.

²⁰ Vid. Pavón Herradón, D., “Algunas reflexiones críticas a las tesis absolutas en el contexto de las teorías de la pena. Elementos retributivos en el Ordenamiento jurídico-penal español”, en *Revista Penal México, septiembre 2015-febrero 2016*, núm. 9, pp. 131 a 157, México D.F., 2016.

artículo 25.2 de la Constitución Española de 1978, el cual prevé que “*las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación social y la reinserción social...*”. No obstante, a pesar de su tenor literal, el propio Tribunal Constitucional ha manifestado que esa finalidad preventivo-especial a que se refiere el citado artículo 25.2, no es la única, pudiendo convivir con otras finalidades, así de prevención general, aunque limitadas siempre por el principio de proporcionalidad. En cuanto a este último, se reconoce que la proporcionalidad es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no vulnere el Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona y el principio de culpabilidad.

Dicho lo anterior, lo cierto es que desde el punto de vista constitucional, las concepciones retributivas han sido objeto de críticas, siendo patente la exclusión constitucional de la retribución pura.

En este sentido, las críticas a las concepciones retributivas y a sus defensores, desde el punto de vista constitucional, pueden resumirse de la siguiente manera, siguiendo para ello el esquema dado por Álvarez Gracia:²¹

– En primer lugar, los llamados retribucionistas, incluidos Kant y Hegel, no admiten la posibilidad de que se pueda prescindir de la pena en ningún caso, pues la esencia de las teorías absolutas o retributivas consisten en el inexorable castigo del individuo, sinónimo de justicia. Por el contrario, nos encontramos inmersos en un sistema normativo en el que tal base carece de toda legitimación y fundamento, habida cuenta de la existencia en nuestro Ordenamiento de figuras tales como la prescripción del delito, la

prescripción de la pena, la condena condicional o el indulto. En este sentido, el Tribunal Constitucional al afirmar que “... desde su originaria plasmación en la Ley de Condena Condicional, de 17 de marzo de 1908 (en lo sucesivo, L.C.C.), dicho instituto se presenta como una excepción a la regla general de efectivo y real cumplimiento de las penas impuestas, por indicaciones de naturaleza político-criminal derivadas de la exigencia de que las penas privativas de libertad se orienten hacia la reeducación y la reinserción social, tal y como actualmente se explicita en el art. 25.2 C.E. ...”.²² “... Así lo indicó certeramente la STC 112/1996 (fundamento jurídico 4.): «La posibilidad de conceder permisos de salida se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, la reeducación y reinserción social (art. 25.2 C.E.) o, como ha señalado la STC19/1998, la “corrección y readaptación del penado”, y se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento»...”.²³

– Tampoco pueden apoyarse las teorías retribucionistas, ya que contemplan en un mismo plano al delito y la sanción, como iguales en su género, cuando en realidad, en palabras de Mezger, “se trata de magnitudes inconmensurables”.²⁴ Por ello la afirmación que al daño causado le corresponde una sanción equivalente, máxima de justicia, no resulta ni real ni posible, al no ser comparables delito y pena; y al no poderse comparar, y tener que recurrirse para ello a elementos externos, no puede entenderse tal comparación.²⁵

Basarse en el hecho de que delito y pena son comparables y que, por tanto es posible llegar a la retribución justa por el mal causado, no se corresponde con nuestro sistema constitucional, pues, entre otros, el principio de proporcionalidad quedaría vulnerado²⁶,

²¹ Álvarez Gracia, F. J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el Ordenamiento Constitucional español*, Granada, 2001, pp. 92 y ss.

²² Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional número 209/1993, de 28 de junio de 1993 [RTC 1993\209].

²³ Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional número 81/1997, de 22 de abril de 1997 [RTC 1997\81].

²⁴ Mezger, E., *Tratado de Derecho penal. Tomo II*, trad. Rodríguez Muñoz, Madrid, 1957, pp. 398 y ss.

²⁵ Al respecto, entiendo que efectivamente no resultan comparables en un mismo plano el delito y la sanción, si bien conviene hacer matices. Es correcta la tesis retribucionista que presenta como equivalentes a uno y a otra, pues lo que viene a significar no es otra cosa que a un delito le corresponde una sanción, y que esta debe ser proporcional a aquel; sin embargo sí resulta criticable esa equiparación, si se analiza desde la individualización de la pena, como hemos mantenido en anteriores reflexiones, ya que no es posible en el caso concreto de que se trate, la comparación de un delito con una pena en abstracto; es decir, lo que entendemos constitucionalmente criticable no es sino la adjudicación sin más de una pena en atención a un hecho típico, pues para ello se requieren elementos externos como son la culpabilidad del autor o la gravedad del resultado producido. Ello es definitivo en fase judicial a la hora de establecer la extensión de la pena, la magnitud de la misma.

Por tanto, si bien entendemos comparables el delito y la pena en un mismo plano, no así a la hora de calcular la magnitud que dicha pena ha de tener, pues para su justa extensión se requieren otros elementos externos que encaucen su graduación; eso sí, partiendo siempre de la pena en abstracto prevista normativamente.

²⁶ Cuando se habla de una quiebra del principio de proporcionalidad, ha de entenderse especialmente referida al momento de la individualización de la pena, como dijimos. No se cuestiona la proporcionalidad del delito con la pena en abstracto prevista para el mismo, sino

Aproximación al concepto de pena en el ordenamiento Jurídico-penal Español

siendo preciso tener en cuenta elementos tales como la culpabilidad, o las posibles causas de justificación que pudieran concurrir. En este sentido el Tribunal Constitucional, al señalar que “... *no sería constitucionalmente legítimo un Derecho penal «de autor» que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos. ...*”^{27,28}

– Una tercera crítica se centra en la imposibilidad de compensar la lesión del bien jurídico a través del sufrimiento, no entendiéndose “*cómo se puede borrar un mal cometido, añadiendo un segundo mal, sufrir la pena*”,²⁹ lo que no está reñido con la necesidad de que ciertas lesiones en los bienes jurídicos hayan de ser amparados. En relación con esta cuestión, el Pleno del Tribunal Constitucional ha declarado que “*Pena degradante es la que provoca «una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena» (SSTC 65/1986, fundamento jurídico 4.º, y 89/1987, fundamento jurídico 2.º) ...*”³⁰

– Se dice en apoyo de estas tesis, que la retribución consigue limitar la pena, pues para los delitos más graves se corresponden las penas más graves, y para los leves las penas inferiores, lo que frena el poder punitivo del Estado y evita la arbitrariedad.³¹

Si bien es cierto que las conductas más graves llevan aparejadas sanciones mayores, ello no ha de justificarse en un puro retribucionismo, pues como de nuevo señala el Tribunal Constitucional “... *Lo que ocurre es que el legislador, por la misma razón que considera unos delitos más graves que otros, ha estimado, en opción constitucionalmente válida, que la persistencia en el delito y la rebeldía ante la norma debe tener como correlato una superior pena, atendido los fines de Prevención general y especial...*”³²

Autores como Luzón Peña, Álvarez Gracia o Mir Puig, mantienen que es comprensible la proporción entre el delito y la pena, y que dicha proporción solo puede lograrse desde la perspectiva de la prevención general.³³ En este sentido, el Tribunal Constitucional se pronuncia en iguales términos al decir que “...*el juicio sobre la proporcionalidad de la pena... es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio de Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona y el principio de culpabilidad penal derivado de ella...*”³⁴

– Las teorías absolutas vinculan la retribución a la culpabilidad, cuando sin embargo la culpabilidad es algo impreciso que requiere del análisis de elementos subjetivos. Junto a ello, consideran que la retribución es el resultado más justo al que se puede llegar, argumentando una moral que es completamente ajena al Derecho.

Puede concluirse por tanto que, en nuestro Derecho, la pena no puede ser explicada desde las teorías retribucionistas o absolutas; los artículos 10.1, 16.1 y 25.2 de la Constitución Española, no permiten considerar la pena como una pura retribución por el mal causado por el delito, esto es, no permiten basar el “*ius puniendi*” del Estado en el “*libre albedrío*”, no siendo posible tampoco afirmar que el mal causado vaya a desaparecer con la pena, ni que la sanción haya de consistir o deba tener la misma entidad que el daño. Cosa distinta, y hay que diferenciarlo, es que la sociedad demande un cierto retribucionismo que reafirme la vigencia de la norma frente a la conducta delictiva.

En cualquier caso, y como aspecto positivo de la retribución, cabe afirmar que la esencia retributiva tiene un contenido garantizador a través del principio

que a la hora de establecer su extensión, se tengan en cuenta otros elementos que permitan que la pena sea justa y proporcionada.

²⁷ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional número 150/1991, de 4 de julio de 1991 [RTC 1991\150].

²⁸ Entendiéndose que, a la hora de establecer la pena, la retribución pura sí toma en consideración la culpabilidad del autor junto con el hecho cometido, que no la gravedad del resultado que se produce.

²⁹ Roxin, C., “Sentido... *cit.*”, p. 14.

³⁰ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional número 150/1991, de 4 de julio de 1991 [RTC 1991\150].

³¹ Morillas Cueva, L., *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1991, p. 20.

³² Vid. *cit.* núm. 30.

³³ Vid., en este sentido, Luzón Peña, D.M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, 1979, pp. 24 y ss; Álvarez Gracia, F.J., *Consideraciones... cit.*, p. 98; Mir Puig, S., “Problemática de la pena y seguridad ciudadana”, en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 43-44, 1981, p. 80.

³⁴ Vid. *cit.* núm. 30.

de proporcionalidad. No se admite por la doctrina la finalidad retributiva de las penas, porque se entiende la proporcionalidad como límite a las finalidades preventivas y no como objetivo específico a perseguir. Sin embargo ha de añadirse que esa necesaria y positiva proporcionalidad se puede alcanzar por otros medios, por lo que puede afirmarse que ese único aspecto positivo no es exclusivo de las teorías absolutas.

3. Principios informadores del sistema de penas: proporcionalidad, culpabilidad y legalidad

Como ya se ha señalado en líneas anteriores, deviene uno de los límites del “*ius puniendi*” bajo los principios de proporcionalidad y culpabilidad, junto con el de legalidad, principios informadores del sistema de penas³⁵ que, en conexión con la protección de bienes jurídicos, en definitiva el orden social, justifican la necesaria existencia de las penas, aunque bajo una serie de garantías de naturaleza constitucional para el infractor.

El principio de proporcionalidad (la pena proporcionada a la gravedad del delito³⁶) debe jugar como límite de las necesidades preventivas: es límite de la prevención general, porque evita los excesos de la pura intimidación y sirve como requisito de su eficacia, puesto que asegura la aptitud de las normas para motivar a los ciudadanos; y es también límite de la prevención especial, para que no puedan restringirse los derechos de los individuos más allá de la pena proporcionada al delito, con el pretexto de reeducarlos.

De este modo, la discusión sobre los fines de la pena adquiere especial relevancia práctica en el momento en que debe elegirse una pena concreta a imponer, que será distinta según el fin que se pretenda. La determinación de pena se configura como un proceso que comienza en la ley, con el establecimiento de la pena que corresponde a cada delito (marco penal abstracto) y concluye, en el momento en el que el Juez establece la pena concreta (individualización judicial).

En el momento de determinación del marco legal, el Juez puede buscar, por encima de todo³⁷, bien que la gravedad de la pena equivalga a la gravedad del delito para imponer el castigo justo, con independencia de lo que aconseje la prevención de futuros delitos, buscando por tanto en el concepto retribucionista de pena y que plantea el problema de qué se entiende por castigo justo, bien puede buscar que la pena sea suficiente para que el reo no vuelva a delinquir y se integre en las normas de convivencia social, o bien que sea suficiente para servir de escarmiento al resto de los ciudadanos.

Interesa en este momento esencialmente lo atinente a la búsqueda de la proporcionalidad de la pena, tanto en el momento de fijar un marco general abstracto para la determinación de la misma, como en el momento posterior de individualización judicial propiamente dicha, en el que opera como factor real de individualización; y asimismo, lo concerniente a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor como elementos concretos, en conexión con la proporcionalidad en sentido abstracto.

Concluye López Barja De Quiroga³⁸ que, sean cuales sean las reglas que el sistema penal ofrezca para la determinación de la pena, resulta claro que han de venir presididas primeramente por el principio de culpabilidad, que es el fundamento de la pena, sin que pueda imponerse una pena superior al límite de la culpabilidad de la persona y, por otra parte, por los principios de igualdad y proporcionalidad. Sentados estos principios, podrán aplicarse los criterios de prevención general o especial, en función del que se considere adecuado.

Respecto a la culpabilidad (culpabilidad del autor) y su influencia en el momento de individualización de la pena, existen diversas teorías:³⁹ aquellas que consideran que la culpabilidad constituye el fundamento y el límite de la pena; aquellas que renuncian a la culpabilidad como fundamento y como límite; y por último, las que afirman que la culpabilidad es el límite pero no el fundamento de la pena. No obstante, sobre lo que sí parece existir acuerdo en la doctrina,

³⁵ Cuello Contreras, J. y Mapelli Caffarena, B., *Curso de Derecho penal. Parte general*, Madrid, 2011, pp. 246 y ss.

³⁶ Vid. García Arán, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Pamplona, 1997, pp. 72 y ss.

³⁷ *Ibidem*, pp. 62 y 63.

³⁸ López-Barja De Quiroga, J., *Derecho... cit.*, p. 212.

³⁹ Demetrio Crespo, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca, 1999, p. 251.

Aproximación al concepto de pena en el ordenamiento Jurídico-penal Español

es sobre el hecho de que la pena no puede ir más allá del límite impuesto por la culpabilidad, así como la necesidad de cumplir con la pena fines preventivos. Para desarrollar estos principios en el momento de la determinación de la pena, se han elaborado diversas teorías:⁴⁰

– *Teoría del ámbito del juego*, que parte de considerar la pena medida conforme a la culpabilidad del individuo, pero admite que no puede medirse hasta un punto concreto, sino que proporciona una zona dentro de la cual puede moverse la individualización concreta, esta conforme a criterios de prevención especial.

– *Teoría de la pena exacta*, sin que sea posible admitir un marco o una zona adecuada a la culpabilidad, concretando un punto exacto en el que el contenido de la pena es adecuado a la culpabilidad del sujeto.

– *Teoría del valor de la posición*, para la que los fines de la pena tendrán diversa relevancia según el momento de la determinación de la pena que vaya a ser examinada. Para determinar la duración se atenderá a criterios retributivos en función de la culpabilidad; después tendrán relevancia otros criterios, derivados de fines preventivos, para examinar los demás aspectos, tales como la clase de pena o si procede o no conceder la suspensión condicional de la misma.

Resulta interesante sin duda, determinar cuáles son los elementos fácticos de la individualización penal, aquellos que ofrecen interés en cuanto a los fines de la pena, para la clase y cuantía de esta y para su suspensión condicional. Cita Jescheck⁴¹ como tales el desvalor del resultado (por ejemplo, el valor de la cosa hurtada), el desvalor del acto (como puede ser la particular brutalidad en el caso del delincuente sexual), la culpabilidad, el incremento del mismo delito en una zona (como forma de prevención general), la carencia de antecedentes penales (como prevención especial). Expresado de otro modo⁴² y sistematizándolos:

– El contenido del injusto (significación del delito para el Ordenamiento jurídico violado) y de la culpabilidad (gravedad del reproche al reo por el delito cometido). Estos elementos provienen de las teorías retributivas,

pudiendo afirmar que el contenido del injusto deriva del valor otorgado por Hegel a la lesión de la lesión, y la culpabilidad como proporcionalidad o retribución entre la pena y el reproche al reo.

– La personalidad del reo, es decir, las circunstancias económicas y personales.

– La vida anterior del reo y su conducta posterior al delito, valorando si se trata de un hecho aislado y si se ha procedido a la reparación del daño. Valorando igualmente, dentro de esta conducta, su comportamiento durante el proceso.

En cualquier caso, en la individualización de la pena y en la valoración de la gravedad del hecho no pueden ser tenidos en cuenta criterios que ya incidieron en la determinación del marco legal⁴³ (prohibición de doble valoración). No podrá volver a valorarse, por ejemplo, la no producción del resultado si ya se aplicó el tipo atenuado correspondiente a la tentativa, o la disminución en la capacidad de culpabilidad si ya se aplicó una eximente incompleta.

Partiendo de la concepción antes enunciada sobre la culpabilidad en la individualización de la pena, que considera a la misma como su fundamento, se entiende que el sentido de la pena responde fundamentalmente a la compensación del injusto culpable, sin olvidar claro está, como complemento, los efectos que la pena puede tener sobre la vida futura del penado (cláusula de prevención especial). Se parte siempre de las teorías de la compensación, afirmando una vez más que la proporcionalidad basada en la gravedad por el hecho cometido, opera como base y límite del resto de los fines de la pena.

Puede decirse por tanto, que el principio de culpabilidad y los de proporcionalidad e igualdad operan en el momento de concretar un marco legal abstracto, aplicando las reglas establecidas para este, como el grado de ejecución del delito, el grado de participación, las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, etc. Pero habrá que volver a tenerlos en cuenta en el momento de individualización judicial “*stricto sensu*”, siempre sin olvidar la prohibición de doble valoración. En todo caso, no es posible afirmar

⁴⁰ Sistematizadas por López Barja De Quiroga, J., *Derecho... cit.*, pp. 214-216.

⁴¹ Jescheck, H. H., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Vol.2*, trad. de Mir Puig, S., y Muñoz Conde, Barcelona, 1981, p. 1195.

⁴² *Ibidem*, pp. 1205 y ss.

⁴³ Choclán Montalvo, J. A., *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, Madrid, 1997, pp. 173 y 174.

que estos principios de culpabilidad y proporcionalidad estén operando en el Ordenamiento jurídico español en el sentido en que eran utilizados por Kant o Hegel, puesto que en el Código Penal vigente y conforme a la interpretación constitucional antes vista, aparecen institutos que permiten la excepción en la imposición de la pena, lo que no se admitía por los retribucionistas, como pueden ser la condena condicional, la prescripción del delito, de la pena, las circunstancias eximentes o las excusas absolutorias. No es posible hablar, por tanto, de una identificación total entre los principios mencionados por aquellos y los aplicados en nuestro Ordenamiento como fundamento para la imposición de la pena, y como límite para las demás teorías preventivas, aunque, como se viene afirmando, sirven como fundamento para la determinación de la pena.

En el artículo 66.1 del Código Penal, se establecen como *factores reales en la individualización penal*,⁴⁴ la gravedad por el hecho y las circunstancias personales del delincuente. Estos criterios legales deben reglar la discrecionalidad del Juez en el momento de individualizar la pena. Afirma la doctrina⁴⁵ que hubiera sido deseable que el legislador hubiera tasado con más detalle los factores a tener en cuenta en este momento de determinación de la pena, no obstante lo cual, centrándonos en los criterios antes mencionados del artículo 66.1 del Código Penal, parece determinarse con claridad, que los presupuestos que deben presidir la función judicial de individualización de la pena son, en primer lugar, la determinación del marco penal adecuado a la gravedad de la culpabilidad por el hecho (incluyendo la culpabilidad en sentido dogmático y la gravedad del injusto del hecho realizado) y, en segundo lugar, valorar la personalidad del autor en la fijación de la pena definitiva dentro de esa magnitud penal adecuada a la gravedad.

En cuanto a la *cuantificación de la culpabilidad*, esto es, en cuanto a la determinación de la pena

adecuada a la culpabilidad, “*importa fijar un mínimo y un máximo de pena (el espacio de juego), entre cuyos límites puede considerarse que la pena es ya adecuada a la culpabilidad y todavía adecuada a ella*”.⁴⁶ Los parámetros que debe manejar el aplicador del Derecho para establecer la culpabilidad, han sido sistematizados por la jurisprudencia, habiéndose establecido como criterios para medir la gravedad de la culpabilidad los siguientes: la gravedad de la ilicitud cometida, las circunstancias que permitan juzgar sobre la mayor o menor exigibilidad de cumplimiento de la norma, y el mayor o menor desvalor ético-social de los motivos que impulsaron a actuar al autor. La cuantificación de la culpabilidad se presenta como una operación complementaria de la determinación del marco legal abstracto, con la concreción ulterior por la aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Sin ánimo de exhaustividad en este momento, me referiré a continuación a la *gravedad del injusto*, comprensiva tanto de la gravedad de la acción como la gravedad del resultado.

En relación con la gravedad de la acción, Choclán Montalvo⁴⁷ incluye como factores:

- De una parte, la forma de ejecución del delito, es decir, determinados medios, modos o formas de comisión del delito que tienen un valor indiciario para valorar la gravedad del hecho, cuando el tipo no incorpore esta circunstancia en la determinación del marco penal (por ejemplo, en el artículo 148.1º del Código Penal, al hablar de las lesiones, la agravación que supone el empleo de armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la salud). También la distinción entre los delitos cometidos por acción o por omisión, suponiendo un mayor desvalor el primer caso dada la mayor energía criminal. O en los delitos de infracción de un deber, la exigibilidad del este.
- Y de otra parte, la voluntad aplicada al delito, la tenacidad o debilidad de la voluntad.

⁴⁴ Existen opiniones contrarias en torno a esta forma de individualización, entendiendo otros autores como Llorca Ortega, J., *Manual de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995*, Valencia, 1999, que las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal operan, no en el momento de concreción del marco penal aplicable, sino en el de la individualización judicial “stricto sensu”. Antes de seguir adelante, es de significar la toma de postura adoptada a favor de la tesis expuesta por Choclán Montalvo, puesto que es cierto que la determinación del marco legal debe realizarse tanto si la previsión de atenuación o agravación está prevista en parte general, artículos 21 y 22, como en parte especial del Código (como supuestos de subtipos atenuados o agravados), al igual que ocurre con las formas imperfectas de ejecución que influyen en la primera fase y no son valoradas en la individualización “stricto sensu”.

⁴⁵ Vid. Choclán Montalvo, J.A., *Individualización... cit.*, p. 175.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 178.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 181 y 182.

Aproximación al concepto de pena en el ordenamiento Jurídico-penal Español

En la gravedad del resultado, son de relevancia circunstancias tales como la magnitud del daño causado en los delitos de resultado, o el grado de puesta en peligro del objeto protegido, en los delitos de peligro. También podrán considerarse criterios para la graduación, la unidad o pluralidad de sujetos pasivos en los delitos patrimoniales, cuando esta circunstancia no esté especialmente prevista en el tipo delictivo como forma agravada, la situación en que ha quedado la víctima o su familia fuera también de los casos en que esta posibilidad esté prevista. Para la valoración del daño deben tomarse en cuenta tanto las consecuencias materiales (por ejemplo, el homicidio del padre de familia que sustenta económicamente a toda la familia) como psíquicas (por ejemplo, la pérdida del único hijo), planteándose en este punto si es necesario que esas consecuencias sean previstas por el autor y, aun así, haya decidido cometer el delito, o si se tienen en cuenta al graduar la pena con independencia de que el autor las conozca y solamente por la mayor reprochabilidad social que suponen. En relación con este extremo, conviene destacar una de las críticas formuladas a las teorías absolutas, la relativa al olvido que se produce del resultado producido por el delito. Esta gravedad del resultado opera como factor de individualización de la pena y, sin embargo, no era tenido en cuenta por aquellas teorías.

En cuanto a la culpabilidad “*stricto sensu*”, viene determinada por el valor o desvalor ético de los motivos que impulsaron al autor que, a su vez, produce una mayor o menor reprochabilidad por el delito. Se distingue por la doctrina entre estímulos externos (penuria económica, instigación política, etc.) y los móviles internos (odio, ánimo de lucro, codicia, etc.), interesando siempre el grado de fuerza del motivo y su valor ético. No es posible, por tanto, individualizar la pena sin recurrir, en cierto modo, a criterios éticos o morales.

En relación con la *personalidad del reo*: volviendo a los términos empleados por Jescheck,⁴⁸ dentro de la personalidad del reo han de incluirse sus circunstancias personales (origen y educación, estado familiar, salud física y mental, posición profesional y social,

sensibilidad del reo frente a la pena, etc.) y económicas (en la medida que la difícil situación económica haya sido el móvil del delito); también la vida anterior del reo y su conducta después del delito. La vida anterior resulta interesante en la individualización en la medida en que el delito constituya un hecho aislado excepcional para el normal comportamiento del reo, y como motivo de agravación la reincidencia por la comisión de delitos de distinta naturaleza. Su conducta después del delito será valorada tanto si contribuye a la reparación del daño, como si por el contrario persiste en el quebrantamiento de la norma. Este factor real de individualización tampoco sería tenido en cuenta por las teorías retribucionistas, puesto que estas se basan únicamente en la retribución por el hecho cometido, sin que influyan elementos personales o subjetivos del autor.

Este criterio⁴⁹ es utilizado por el Código Penal en diversos preceptos, aludiendo a las circunstancias personales del delincuente en el artículo 4.3 para los supuestos en que el Juez o Tribunal estime conveniente la derogación o modificación de un precepto o la concesión de un indulto, en el artículo 68 al hablar de las eximentes incompletas, y en el artículo 80 para la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. Adquiere también un papel sumamente relevante en el artículo 95, como base de la adopción de medidas de seguridad.

También en este factor de individualización hay que analizar previamente los fines que persigue la pena en concreto; la valoración de dicho factor dependerá de los fines a los que se conceda validez.

A modo de conclusión con relación a la individualización judicial de la pena y utilizando las palabras de Jorge Barreiro⁵⁰, puede afirmarse que resultará difícil para el Juez operar en la práctica con el principio de culpabilidad por el hecho y con la doctrina de la unión dialéctica de la pena que de él se deriva. Ello se debe, en primer lugar a la complejidad en la cuantificación matemática del margen superior del *espacio de juego*, así como a la dificultad de deslindar la culpabilidad por el hecho de las razones de prevención general, o de separar las circunstancias personales del

⁴⁸ Jescheck, H.H., *Tratado...* (vol. 2) cit., pp. 1205 y ss.

⁴⁹ Demetrio Crespo, E., *Prevención general...* cit., p. 303.

⁵⁰ Jorge Barreiro, A., “La motivación en la individualización judicial de la pena”, en *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal, Manuales de Formación Continuada, CGPJ*, Madrid, 1999, pp. 112-115.

reo que ha de ponderar en el concepto de culpabilidad de las que ha de evaluar dentro del capítulo de la prevención especial. A todo ello se suma la inexistencia de datos empíricos que le informen acerca del pronóstico de reinserción del reo que juzga. Todos estos inconvenientes hacen necesario, a juicio del citado autor, que se plasmen en la sentencia todos los datos que han de servir para motivar la cuantía de la pena, permitiendo el autocontrol de las propias decisiones, evitando la improvisación, la arbitrariedad, la irracionalidad, la intuición y la emotividad, facilitando, además, la revisión de las resoluciones por los tribunales funcionalmente superiores.

Finalmente, cabe referirse a lo que García Arán⁵¹ denomina el “*lastre retribucionista*”, añadiendo que aunque la doctrina penal considere superada la retribución como un objetivo a perseguir que pueda prevalecer sobre otras orientaciones de la pena, lo cierto es que la búsqueda de la compensación del delito mediante la segregación social del responsable y, en suma, el sentimiento de venganza, siguen estando considerablemente arraigados en la sociedad actual, sirviendo como ejemplo claro el debate que hace escasos años hubo sobre el cumplimiento íntegro de las penas y el artículo 78 del Código Penal.

El artículo 78 disponía, con anterioridad a su reforma, que “*si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el Juez o Tribunal, atendida la peligrosidad criminal del penado, podrá acordar motivadamente que los beneficios penitenciarios y el cómputo del tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, sin perjuicio de lo que, a la vista del tratamiento, pueda resultar procedente. En este último caso, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo, la evolución del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción social, podrá acordar razonadamente, oído el Ministerio Fiscal, la aplicación del régimen general de cumplimiento*”.

Este artículo no tenía precedente en el Texto Refundido del Código Penal de 1973, estableciéndose

como un límite a su vez al sistema de acumulación jurídica, una vez planteado el problema de si los beneficios penitenciarios debían aplicarse sobre el máximo de condena del artículo 76 o sobre la totalidad de la pena impuesta. Conforme al citado precepto, los beneficios penitenciarios y la libertad condicional se computarían tomando como base el límite máximo resultante de la acumulación material, lo que a juicio de algunos autores⁵² suponía realmente la supresión de dichos beneficios, pero sin que en ningún caso pueda hablarse de un cumplimiento íntegro de las penas, sino que, como máximo, operaría siempre el límite ordinario o extraordinario del artículo 76. Se trata, por tanto, de un modo de compensar la reducción de la pena por el límite de cumplimiento en los concursos de delitos, con una posible privación de beneficios.

Fue igualmente criticado por la doctrina, actualmente suprimido del precepto, el hecho de que la aplicación del régimen establecido por el artículo 78 se basara en un concepto indeterminado y tan amplio como el de la *peligrosidad criminal*, entendiéndose Choclán Montalvo⁵³ que los beneficios penitenciarios tenían que ser aplicados por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, con base en la evolución del interno, y el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, que son los mismos criterios a los que se refiere el citado artículo para determinar el régimen general de cumplimiento, produciéndose por tanto una incongruencia.

Por último, restaría hacer una sucinta referencia al principio de legalidad, tercer criterio informador del sistema de penas.⁵⁴ Únicamente decir que, como es sabido, en el principio de legalidad se comprenden cuatro garantías fundamentales para el Derecho penal: garantía criminal; garantía penal; garantía judicial o jurisdiccional; y garantía de ejecución. En palabras de Mir Puig, la garantía criminal exige que el delito se halle determinado por la ley; la garantía penal precisa que la norma señale la pena que corresponda al hecho; la garantía jurisdiccional exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen a través de una Sentencia judicial y conforme a un procedimiento legalmente establecido; y la

⁵¹ García Arán, M., *Fundamentos... cit.*, pp. 43 y 44.

⁵² Choclán Montalvo, J.A., *Individualización... cit.*, p. 151.

⁵³ *Ibidem*, p. 153.

⁵⁴ Cuello Contreras, J. y Mapelli Caffarena, B., *Curso... cit.*, pp. 246 a 248.

Aproximación al concepto de pena en el ordenamiento Jurídico-penal Español

garantía de ejecución requiere que también la ejecución de la pena se sustente en una ley que la regule.⁵⁵

Estas garantías se recogen en el Código Penal. La garantía criminal en el artículo 1: “1. No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración. 2. Las medidas de seguridad solo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la Ley”. La garantía penal en el artículo 2.1: “No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración”. La garantía jurisdiccional en el artículo 3.1: “1. No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales”; y la garantía de ejecución de la pena en el artículo 3.2: “2. Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes”. Garantías, las enunciadas, que se completan con las prohibiciones de retroactividad de las normas penales, la prohibición de la aplicación analógica de las mismas, así como la prohibición de indeterminación.⁵⁶

El principio de legalidad, expresado a través del aforismo “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”,⁵⁷ supone, pues, de una parte, una exigencia de seguridad jurídica, en el sentido de la posibilidad de un conocimiento previo de los delitos y las penas, sino, de otra parte, una garantía política, en virtud de la cual nadie podrá verse sometido por el Estado ni por los Jueces a penas no previstas por el Ordenamiento jurídico-penal.⁵⁸

4. Bibliografía

Álvarez Gracia, F. J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Granada, 2001.

- Choclán Montalvo, J. A., *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, Madrid, 1997.
- Cobo del Rosal M. y Vives Antón, T. S., *Derecho Penal Parte General*, Valencia, 1999.
- Cuello Contreras, J., *El Derecho Penal español parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, Madrid, 2002.
- Cuello Contreras, J. y Mapelli Caffarena, B., *Curso de Derecho penal. Parte general*, Madrid, 2011.
- Demetrio Crespo, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 1999.
- Díaz Roca, R., *Derecho Penal General. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*, Madrid, 1996.
- García Arán, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Pamplona, 1997.
- García-Pablos De Molina, A., *Introducción al Derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho penal, vol. I*, Madrid, 2012.
- Gimbernat Ordeig, E., *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1990.
- Hobbes, T., *Leviatán*, Madrid, 1979.
- Jakobs, G., *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, 1995.
- Jescheck, H. H., *Tratado de Derecho penal. Parte General I*, trad. Mir Puig, S. y Muñoz Conde, Barcelona, 1981.
- Jescheck, H. H., *Tratado de Derecho penal. Parte General II*, trad. Mir Puig, S. y Muñoz Conde, Barcelona, 1981.
- Jorge Barreiro, A., “La motivación en la individualización judicial de la pena” en *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal, Manuales de Formación Continuada, CGPJ*, Madrid, 1999.
- Lesch, H.H., *La función de la pena*, traducción de Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Madrid, 1999.
- Llorca Ortega, J., *Manual de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995*, Valencia, 1999.

⁵⁵ Mir Puig, S., *Derecho... cit.*, p. 116.

⁵⁶ Cuello Contreras, J. y Mapelli Caffarena, B., *Curso... cit.*, pp. 41 y 42.

⁵⁷ Con origen en Feuerbach. Vid. Mir Puig, S., *Derecho... cit.*, p. 82.

⁵⁸ *Ibidem*. pp. 83 y 84.

- López Barja De Quiroga, J., *Derecho Penal Parte General IV*, Madrid, 2002.
- Luzón Peña, D. M., *Medición de la pena y substitivos penales*, Madrid, 1979.
- Mezzger, E., *Tratado de Derecho Penal. Tomo II*, trad. Rodríguez Muñoz, Madrid, 1957.
- Mir Puig, S., *Derecho Penal Parte General*, Barcelona, 2016.
- Morillas Cueva, L., *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1991.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2015.
- Pavón Herradón, D., “Algunas reflexiones críticas a las tesis absolutas en el contexto de las teorías de la pena. Elementos retributivos en el Ordenamiento jurídico-penal español”, en *Revista Penal México, septiembre 2015-febrero 2016, núm. 9*, pp. 131 a 157, México D.F., 2016.
- Roxin, C., “Sentido y límite de la pena estatal”, en *Problemas básicos del derecho penal*, trad. Luzón Peña, Madrid, 1976.
- Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 2010.

El Derecho penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural. La influencia de la identidad cultural en la teoría jurídica del delito

Guillermo Portilla Contreras

Universidad de Jaén

RESUMEN: Este trabajo parte del reconocimiento de la reciprocidad de los discursos, de la igualdad de las diferencias culturales, y se defiende el papel esencial que juega la identidad cultural como derecho humano en la resolución dogmática de los conflictos culturales relevantes penalmente. Con estas premisas, se adopta una teoría de la justicia que hace viable la construcción de un modelo de Derecho penal intercultural y, desde esa posición, se hace uso de la teoría jurídica del delito para resolver, entre otros, los casos en los que difícilmente se puede llegar a comprender la razón de la prohibición del comportamiento realizado.

PALABRAS CLAVE: Diversidad cultural, teoría del delito, derechos humanos, error de prohibición.

ABSTRACT: This work is based on the recognition of the reciprocity of discourses, the equality of cultural differences, and defends the essential role played by cultural identity as a human right in the dogmatic resolution of criminally relevant cultural conflicts. With these premises, a theory of justice is adopted that makes viable the construction of a model of intercultural criminal law and, from that position, it makes use of the legal theory of crime to resolve, among others, cases in which it is difficult you can get to understand the reason for the prohibition of the performed behavior.

KEY WORDS: Cultural diversity, theory of crime, human rights, error of prohibition.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La reciprocidad de los discursos e igualdad de las diferencias. 3. Génesis de un Derecho penal Intercultural. 3.1. El reconocimiento de la diversidad/identidad cultural como derecho humano y el compromiso de respeto de los derechos fundamentales. 4. La identidad cultural en la teoría jurídica del delito. 4.1. Identidad cultural y error de prohibición. 4.2. El error de comprensión culturalmente condicionado como causa de inimputabilidad. 5. Bibliografía.

1. Introducción

Los procesos de colonización y neocolonización occidental han contribuido al desplazamiento de personas con una cultura –tradiciones, creencias– alejada del canon europeo de los derechos fundamentales. Evidentemente, la transnacionalización de principios opuestos a las normas de las sociedades hegemónicas ha originado ciertos conflictos con trascendencia penal.

En general, la respuesta doctrinal y jurisprudencial ante esta colisión de costumbres ha sido la absorción, la asimilación, esto es, la idea de que el extranjero debe respetar los derechos fundamentales consagrados constitucional y penalmente en el país de acogida sin que su discrepancia cultural merezca una graduación de la responsabilidad penal.

En este trabajo, que parte del reconocimiento de la reciprocidad de los discursos, de la igualdad de las diferencias culturales, se defiende el papel esencial que juega la identidad cultural como derecho humano en la resolución dogmática de los conflictos culturales relevantes penalmente. Con estas premisas, se adopta una teoría de la justicia que hace viable la construcción de un modelo de Derecho penal Intercultural y, desde esa posición, se hace uso de la teoría jurídica del delito para resolver, entre otros, los casos en los que difícilmente se puede llegar a comprender la razón de la prohibición del comportamiento realizado.

2. La reciprocidad de los discursos e igualdad de las diferencias

La verdad es que en la tesitura de otorgar o no relevancia jurídico-penal a las concepciones culturales

diversas que se oponen a las normas penales comunes, nos encontramos en una encrucijada: o se opta por un universalismo que proyecta ingenuamente su cosmovisión sobre el resto del mundo o adoptamos un relativismo indolente que condena a las culturas a una reclusión en sí misma, en el círculo de sus valores específicos.¹ Reconociendo la complejidad de la situación, lo cierto es que suele eludirse el debate de fondo, la elección de un argumento universalista o relativista que posibilite o rechace el empleo de algunas de las figuras de la teoría jurídica del delito en la colisión entre derechos fundamentales y comportamientos caracterizados por su diversidad cultural. Ahora bien, que no se discuta la base teórica desde la que solventar estas cuestiones no significa que doctrina y jurisprudencia no asuman en la práctica un universalismo radical tan peligroso como el relativismo absoluto que perpetúa la desigualdad de algunos colectivos. Un planteamiento extremo al que podría calificarse como fundamentalismo de los derechos humanos.² Sin embargo, como afirma Habermas, este fanatismo no se evita "... mediante la renuncia a la política de los derechos humanos sino solo mediante la transformación –en términos de derecho cosmopolita– del estado de naturaleza entre los Estados en un orden jurídico".³ En ese sentido, los derechos humanos tienen un doble carácter: como normas constitucionales, gozan de validez positiva, pero, como derechos adscritos a la persona como ser humano, se les asigna, al mismo tiempo, una validez suprapositiva.

Desde luego, no hay que ocultar que en ocasiones en nombre de los derechos humanos se ha llevado a cabo la neutralización de la política y la imposición del modelo occidental de valores.⁴ En efecto, una de las grandes lagunas del racionalismo universalista es

¹ Jullien, F. *De lo universal, de lo uniforme, de lo común y del dialogo entre las culturas*. Siruela, Madrid., 2010, p. 145.

² Algunas tesis universalistas tienen ese rasgo de menosprecio humillante que impregna el neocolonialismo. Al respecto, debería recordarse que al cristianismo le costó reconocer los derechos humanos, que la expansión colonial europea vulneró el ámbito islámico y exportó la esclavitud, la colonización, el imperialismo y la intolerancia religiosa. Y, sobre todo, que las primeras declaraciones de derechos humanos fueron redactadas por protestantes anglosajones blancos que poseían esclavos. Vid. una crítica de planteamientos similares en, O. Höffe, *Derecho intercultural*. Gedisa, Barcelona, 2000, pp. 172-181. Asimismo, Zizek, S, *Bienvenido al desierto de lo real*. Akal. Cuestiones de antagonismo. Madrid, 2005, p. 32. Cfr. Macías Caro, VM, que enumera algunas de las críticas recibidas por la teoría del universalismo de los derechos humanos, en Introducción al libro, *Los delitos culturalmente motivados. Ideología y modelos penales*. Maglie, C, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 19.

³ Cfr. Habermas, J. (1999) "La idea Kantiana de la paz perpetua. Desde la distancia histórica de 200 años", en *La inclusión del Otro. Estudios de Teoría política*. Paidós, Barcelona, 1999, p. 188. De forma similar, Höffe defiende esa concepción no moralista de los derechos. Cfr. Höffe, O. *Derecho intercultural*. Gedisa, Barcelona, 2000, p. 168.

⁴ Barcellona, P. *Quale Política per il terzo millennio?* Dedalo, Bari, 2000, p. 144. Por su parte, Balibar reconoce que hay diversas trabas que convierten al cosmopolitismo en una utopía, a saber, la crisis del modelo social europeo, la división política y social del continente y la constitución de un estatuto de *apartheid* en torno a la inmigración extracomunitaria. Cfr. Balibar, E. *Nosotros ¿ciudadanos de Europa?*

la limitación del diálogo a los que no aceptan esas reglas del juego porque poseen otras; es como si todos los seres humanos tuvieran la obligación de participar en un juego cuyas reglas están previamente establecidas. No se trata, pues, de jugar conforme a unas reglas prefijadas sino de dialogar previamente sobre las mismas. Parafraseando a Wittgenstein, para llegar a un acuerdo en las opciones, primero debe haber acuerdo en el lenguaje usado, a lo que Mouffe añade la necesidad de un acuerdo sobre el modo de usarlo.⁵ Si aplicamos esta reflexión en la construcción de un Derecho penal Intercultural se debería proceder a un diálogo intercultural, esto es, a realizar un esfuerzo por el reconocimiento de todas las culturas en un régimen de igualdad.

Frente al universalismo, el relativismo por el contrario sugiere la necesidad de construir un sistema de pluralidad de reglas y comportamientos que expresan los diferentes contextos vitales donde estamos ubicados, sin que haya posibilidad alguna de encontrar denominadores comunes universalmente válidos para todos. De ese modo, un Derecho penal Intercultural relativista debería justificar cualquier comportamiento guiado por la diversidad cultural pues ninguna cultura ostentaría el monopolio de la verdad, del imperativo categórico.

El temor a este relativismo cultural, a la defensa de una identidad propia, se justifica porque, además de subordinar los otros conflictos de clase, termina por aislar a los sujetos que conforman ese colectivo. El relativismo se ahoga en sus diferencias particulares, en un mundo en el que aún subsiste la explotación, la

exclusión, la tortura y la eliminación de seres humanos. Al resaltar la subjetividad propia, se abandona el deseo de transformación global, se sustituye la lucha económica por el reconocimiento de particulares o exclusivos derechos.⁶ Falta en los relativistas, como advierte Baratta, el interés y la capacidad de investigar los conocimientos y los valores necesarios para construir un proyecto ético-político y crear una sociedad más justa;⁷ en este punto coinciden con la teoría de sistemas y el neofuncionalismo penal, que parten del sujeto en tanto “ambiente del sistema” –por usar una expresión luhmaniana–, y no el centro teórico de un proyecto de sociedad. Frente al egoísmo del relativismo, solo ideas universales pueden oponerse a las bases filosóficas, económicas y estructurales de la desigualdad.⁸

Con el final de las ideologías, la política de la diferencia se convierte en un sistema legitimador de las funciones del Estado, que no supera, en ningún caso, las tesis liberales.⁹ Pero es que, además, este pensamiento es inconsecuente con sus propias premisas ya que su crítica a la razón universalista se fundamenta en claves que acaban por convertir la diferencia en razón universal. Es decir: solo en el plano de la diferencia, elevada a parámetro de medida permanente, es posible criticar la universalidad, pero, entonces, al mismo tiempo, se incurre en el fraude que tanto se reprocha.¹⁰

Quizás nos hallemos en el presente ante la ideología de una época histórica específica de Occidente, un pensamiento posmoderno que es, a la vez, radical y conservador,¹¹ políticamente opositor pero

Madrid, Tecnos, 2003, p. 295. A su juicio, la Unión europea no se concibe como el reconocimiento de los derechos y contribuciones de todas las comunidades presentes sobre el suelo europeo, sino como un aislamiento poscolonial de las poblaciones autóctonas y de las poblaciones alogenas, *op. cit.*, pp. 306-308.

⁵ Cfr: Mouffe, C. *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*. Paidós, Barcelona, 1999, p. 195.

⁶ Vid. Žižek, S. *El espinoso sujeto*. Paidós, Barcelona, 2001, p. 11. El propio Kymlicka reconoce que, pese a que muchos ven en la política de la diferencia una amenaza para la democracia liberal, en muchos casos, las exigencias de los grupos nacionales son compatibles con los principios liberales de libertad individual y justicia social. Cfr: Kymlicka, W. “Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal”. En, Rvta. *Isegoria*, nº 14, 1996, p. 35.

⁷ Cfr: Baratta, A. “El estado-mestizo y la ciudadanía plural. Consideraciones sobre una teoría mundana de la alianza”. En, H. Silveira Gorski (coord.), *Identidades comunitarias y democracia*. Trotta, Madrid, 2000, pp. 196 y 197.

⁸ Cfr: Eagleton, T. *Las ilusiones del posmodernismo*. Paidós, Barcelona, 1998, p. 178.

⁹ Como indica T. Eagleton, estas tesis, con su gusto por la multiplicidad, la provisionalidad, la antitotalidad, los fines abiertos y todo lo demás, tiene el aspecto de un liberalismo corderil con ropajes de lobo. Cfr: Las ilusiones del posmodernismo, cit., p. 177. La cuestión, según dicho autor, es cómo evitar el nuevo “fascismo”, no parece que el pensamiento posmoderno del “fin de la historia” nos augura un futuro muy diferente del presente. Su relativismo y su convencionalismo moral, su escepticismo, pragmatismo y localismo, su disgusto por las ideas de solidaridad y organización disciplinada, su falta de una teoría adecuada de la participación política: todo esto pesa fuertemente contra él. Cfr: Las ilusiones del posmodernismo, cit., p. 198.

¹⁰ Cfr: Sáez Rueda, L. *Movimientos filosóficos actuales*. Madrid, 2001, p. 464.

¹¹ Cfr: Grüner, E. *El fin de las pequeñas historias. De los estudios culturales al retorno (imposible) de lo trágico*. Paidós, Buenos Aires, 2002, p. 18.

El Derecho penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural

económicamente cómplice.¹² Es radical al cuestionar los valores metafísicos de la identidad del sujeto único universal, y defender la diversidad¹³, el relativismo, y anti-fundamentalismo; es, asimismo, conservador porque el mensaje de la diferencia nunca alcanza a los medios de producción, que jamás entran en la órbita de su crítica¹⁴. Al considerar que la ablación de clítoris, la desigualdad de la mujer, la humillación o el castigo corporal no son censurables desde la óptica de la igualdad de las culturas se contribuye a perpetuar eternamente la desigualdad entre los seres humanos.

Por todos estos motivos, en la defensa de un Derecho penal Intercultural hay que alejarse del fundamentalismo universalista y del relativismo absoluto, hay que intentar alcanzar una posición intermedia entre la visión totalizadora de la ideología universalista y la parcialidad del relativismo. Lo ideal sería encontrar teorías de la justicia que nos permitieran vincular la razón universal no a unos principios permanentes e inmutables sino al reconocimiento en igualdad de las diferencias. Bajo estas pautas, como acentúa Sáez Rueda, la vocación del universalismo moderno podría

realizarse a través del reconocimiento de la diferencia, “a condición de que el primero renuncie a su autocomprensión totalizante y cerrada y la segunda sea pensada de forma que pueda dar cabida en su seno a transiciones o pasos tales que merezcan ser reconocidos como formas de una racionalidad versátil”.¹⁵

Con este punto de partida como objetivo, nos encontramos ante dos proyectos: uno se basa en el planteamiento dialéctico-negativo de Adorno, el otro, más vinculado a Habermas, se asienta en los conceptos de “lucha por el reconocimiento” y “reconocimiento de la diferencia”. En ambas construcciones, el fundamento principal es el rechazo de una identidad ideal, siendo esencial la diferencia como ente constitutivo.¹⁶

Un proyecto que rechaza el universalismo y el relativismo radical, es el de la “lucha por el reconocimiento” defendido por A. Honneth. Un planteamiento que conecta los diseños diferencialistas más cercanos al Foucault de la “microfísica del poder” a la universalista teoría de la acción comunicativa de Habermas.¹⁷ El punto de partida no es el ideal de igualdad sino el de legitimación de la diferencia en términos de

¹² Según S. Amin, la crítica posmodernista, aunque tiene el mérito de exponer la naturaleza metafísica del discurso burgués postilustrado, con su adulación acrítica de la diferencia y la exaltación del empirismo, la hacen compatible con las prácticas de gestión convencionales, economicistas, destinadas a perpetuar las prácticas capitalistas, consideradas como expresión definitiva de racionalidad. Cfr. Amin, S. *El capitalismo en la era de la globalización*. Paidós, Barcelona, 1999, pp. 164 y 165. Muy crítico también con el relativismo multiculturalista se manifiesta U. Beck, considerándolo una estrategia del planteamiento sociológico de la alteridad que postula el respeto de las diferencias culturales del espacio nacional en los planos teórico y político, pero que es prisionero de la mirada nacional, aliándose con el relativismo cultural y contribuyendo a la protección del déspota. Cfr. Beck, U. *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*. Paidós, Sociedad y Estado. Barcelona, 2005, pp. 95 y 96. Es cierto que, en la medida en que el relativismo no admite el intercambio de perspectivas, esa concepción se asemeja, como reconoce Beck, a la cosmovisión esencialista posmoderna. Por el contrario, Roca De Agapito se ha manifestado partidario de políticas multiculturales. Cfr. “Delitos culturalmente motivados”. En *Delitos y minorías en países multiculturales*. Estudios jurídicos y criminológicos comparados. Atelier. Barcelona, 2014, p. 205.

¹³ Al respecto, Bilbeny, N, coincide con la crítica realizada contra el multiculturalismo cuando este es interpretado como diferencialismo, cuando favorece formas de intervención exclusivistas en aras de la identidad, la diferencia y la propia diversidad cultural. En cualquier caso, dice este autor, los principios filosóficos a que apela el multiculturalismo diferencialista se encuentran, a su pesar, entre los causantes intelectuales de la marginación cultural de nuevo cuño. Cfr. *Por una causa Común. Ética para la diversidad*. Gedisa, Barcelona, 2002, p. 177. Pero, al mismo tiempo, reconoce que los críticos pierden parte de razón cuando el multiculturalismo se traduce en interculturalismo, ya que el mundo es diverso pero integrado: la pluralidad se ve *in universum* no como simple agregado de diferencias. Bilbeny opta por la interculturalidad porque facilita el marco de convivencia y permite descubrir la identidad ajena y la propia. Cfr. *op. cit.*, pp. 122 y ss.

¹⁴ En suma, como denuncia S. Amin, el posmodernismo reproduce algo de la lógica material del capitalismo avanzado y dirige su agresividad hacia sus fundamentos espirituales. Cfr. *El capitalismo en la era de la globalización, cit.*, p. 196. En ese mismo sentido, J.M. Mardones abunda en que puede ser cierta la sospecha de que los posmodernos, tras la muerte del individuo y el fin de la historia, nos dejan en manos del imperativo técnico de la sociedad cibernética. Es decir, nos dejan en manos de un funcionamiento sistémico de la sociedad donde, de acuerdo con Luhmann, el sujeto desaparece, porque, lejos de ser un agente constituyente, es constituido en un proceso de selectividad contingente. Nos hallamos ante una razón funcionalista que autorregula al sistema social. Cfr. Mardones, J.M. “El neo-conservadurismo de los posmodernos”. En *En torno a la posmodernidad*. Anthropós, Bogotá, 1994, p. 31.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Según Sáez Rueda, L. estas teorías, que hacen patente la falacia de oposiciones rígidas entre universalismo-relativismo, progreso-barbarie, no declinan su vocación crítica. Son un símbolo de resistencia a la demonización del oponente cuando de la fisura entre modernidad y pensamiento de la diferencia se trata. Cfr. *Movimientos filosóficos actuales, cit.*, p. 490.

¹⁷ Cfr. Honneth, A. *Kritik der Macht. Reflexionsstufen einer kritischen Gesellschaftstheorie*. Frankfurt. 1988, pp. 380 y ss. Este autor reinterpreta la tesis de Habermas y entiende lo no-idéntico como una dimensión de la experiencia individual que puede volverse central y sentar las bases, a la vez, de una crítica de la sociedad y de una oposición a la racionalidad instrumental. Cfr. Gorz, A. *Misericordias del presente, riqueza de lo posible*. Paidós, Barcelona, 2000, p. 143.

igualdad, pretendiendo un igual reconocimiento de la diferencia más el consenso entre iguales.¹⁸ En efecto, Honneth parte de la teoría de la acción comunicativa, aunque pretende (a veces no lo consigue) corregir el exceso de abstracción y formalismo de aquella. En ese intento, aporta a la crítica del paradigma comunicativo una perspectiva original basada en la noción de “reconocimiento” y de “lucha por el reconocimiento”, y preparada para integrar el conflicto social y el progreso; para este autor, la conflictividad, la idea de lucha, representa precisamente el ámbito en el que se desarrolla el progreso.¹⁹ En consecuencia, la persecución de un acuerdo unitario (acción comunicativa) se sustituye por el del reconocimiento de la diferencia (pluralidad entre conflictos reales).²⁰

Constituye un referente de este proyecto el modelo hegeliano en el que la formación del *yo* está ligada al presupuesto del reconocimiento recíproco entre sujetos; solo si los dos individuos se ven confirmados por su enfrentamiento en el establecimiento de la identidad, pueden llegar a un entendimiento complementario.²¹ Reconocer a cualquier individuo como persona debe entonces significar actuar respecto a todos en la forma a que moralmente nos obligan las cualidades de una persona. Todo depende ahora, recalca Honneth, de cómo se pueden determinar esas cualidades, a qué círculo de sujetos se reconoce un derecho válido.²²

En un plano más concreto, Honneth especifica los derechos que pertenecen a la persona: derechos subjetivos a la libertad, derechos políticos de participación y derechos sociales al bienestar. Los primeros son derechos negativos que protegen a la persona respecto a su libertad, vida y propiedad, frente a las ilegítimas intervenciones del Estado. La segunda categoría alude a los derechos positivos en cuanto a la

participación en procesos públicos de formación de voluntad. Por fin, la tercera se refiere a aquellos derechos positivos que permiten al sujeto participar en la distribución de los bienes fundamentales.

Pues bien, la teoría del reconocimiento de las diferencias entiende que los derechos individuales pertenecen al sujeto, no en función de su integración en determinados grupos sociales, sino, en principio, a todos ellos en tanto seres libres que son.²³ Al tiempo que la desposesión de derechos o la exclusión social van unidas a una pérdida de respeto del otro, y, por consiguiente, obstaculizan la interacción legítima e igual con los demás.²⁴

A este sueño de Honneth podría objetársele que la cuestión del reconocimiento debe ubicarse en el marco de la justicia social y no en el contexto de la “autorrealización”, como él hace. Esto es, el reconocimiento carece de eficacia si no va acompañado de la reivindicación de un proceso de redistribución de recursos. Con acierto, Z. Baumann ha proclamado que las demandas de redistribución proclamadas en nombre de la igualdad son vehículos de integración, mientras que las reivindicaciones de reconocimiento, reducidas a la pura distinción cultural, promueven la división, la separación y, finalmente, una quiebra del diálogo.²⁵

De otra parte, la teoría de la dialéctica negativa, defendida por Wellmer, gira en torno al reconocimiento de una comprensión hermenéutica que renuncia al establecimiento previo de una razón universal.²⁶ A través de esta forma de pensamiento, no se trata tanto de alcanzar ideales de sentido genéricos, sino de excluir, en la línea marcada por Adorno, aquello que carece de sentido. De ahí que solo se pueda proceder negativamente: no podemos aspirar a la plenitud del sentido, sino únicamente a la eliminación del

¹⁸ Cfr. Sáez Rueda, L. *Movimientos filosóficos actuales*, cit., p. 489.

¹⁹ Un argumento similar al expuesto anteriormente de Mouffe, C. Vid. asimismo, D'Agostini, F. *Análisis y continentales*. Cátedra, Madrid, 2000, pp. 429-431.

²⁰ Cfr. Sáez Rueda, L. *Movimientos filosóficos actuales*, cit., p. 489.

²¹ Cfr. Honneth, A. *La lucha por el reconocimiento*. Crítica, Barcelona, 1997, p. 87.

²² Cfr. Honneth, A. *La lucha por el reconocimiento*, cit., p. 139. En esta tesis, los individuos se constituyen como personas en el instante en que, a partir de la perspectiva alentadora de los otros, aprenden a referirse a sí mismos como seres a los que se atribuyen cualidades o capacidades positivas, op. cit., p. 209.

²³ Cfr. Honneth, A. *La lucha por el reconocimiento*, cit., p. 146.

²⁴ Cfr. op. cit., p. 163.

²⁵ Cfr. Bauman, Z. *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*. Editorial siglo XXI, Madrid, 2003, p. 93.

²⁶ Cfr. Wellmer, A. *Sobre la dialéctica de modernidad y postmodernidad. La crítica de la razón después de Adorno*. Visor, Madrid, 1993; del mismo, *Ética y diálogo. Elementos del juicio moral en Kant y en la ética del discurso*. Anthropos, Barcelona, 1994. Vid., op. cit., p. 485.

El Derecho penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural

sinsentido,²⁷ utilizando como baremo en la demarcación de lo negativo el concepto de “vida buena” (interpretada como vida racional que permite la exclusión de todo irracionalismo, sufrimiento, agresiones discriminatorias –la ablación sería un ejemplo– etc.).

La tesis de Wellmer, que parte del planteamiento del sujeto unitario de Adorno y Horkheimer, opera sobre la crítica psicológica de Freud ante la constatación de la inexistencia de un sujeto autónomo y de la irracionalidad fáctica de su aparente razón. Se trata del descubrimiento de lo Otro, de la razón en el interior del sujeto y de su razón.²⁸ Junto a ello, el modelo de Wittgenstein del pluralismo de las formas de vida, de los juegos de lenguajes locales, las formas de legitimación y las transiciones, constituye otro de los fundamentos de Wellmer. Su proyecto, por tanto, no puede abarcar todas las circunstancias particulares, ni admite, desde luego, un consenso generalizado.²⁹

En el fondo, de su propuesta late el sentido crítico de la dialéctica de la ilustración, el pesimismo que inunda la perspectiva ilustrada, y que le conduce a cuestionar la razón totalizadora, no el universalismo de los derechos humanos en cuanto tal, sino el mal uso, insuficiente o pervertido, del mismo.³⁰ Sin embargo, a pesar de estas censuras, Wellmer no rechaza el universalismo democrático y su sujeto autónomo, ni el proyecto de MARX de una sociedad autónoma, sino que se reafirma en que hay que imaginar otra forma de universalismo político-moral de la Ilustración, otra idea de autodeterminación individual y colectiva, la razón y la historia. En esa búsqueda es donde el citado autor ve el impulso posmoderno hacia la auto-superación de la razón. Si se elimina la razón ideal, el fundamentalismo de las fundamentaciones últimas y

el utopismo de las soluciones definitivas, la reflexión de Wittgenstein localizará la razón en un tejido de juegos de lenguaje que se modifican por sí mismos, sin principio ni fin, y sin límites fijos.³¹ De lo que se trata, en definitiva, no es de una reconciliación entre juegos de lenguaje sino de una **tolerancia recíproca de los discursos**: el reconocimiento en igualdad de todas las razones, de todos los lenguajes, de todas las diferencias. Es la superación de una razón en un juego conjunto de racionalidades plurales.³²

Sin duda, es loable el esfuerzo de Wellmer por renovar el trazado del proyecto universalista concediendo a la tolerancia de los diferentes discursos el valor de razón universal. Hasta ahora, este modelo de tolerancia recíproca no ha calado en el Derecho penal y es improbable que acontezca ante un imperialismo cultural que no solo no reconoce al Otro, sino que fagocita las diferencias uniformándolas. Sin embargo, nos puede servir de guía en la construcción de un Derecho penal Intercultural que no desprecie sino que valore la diferencia cultural.

3. Génesis de un Derecho penal Intercultural

Una vez aclarados los fundamentos teóricos de los que se parte (un universalismo basado en la reciprocidad de los discursos, en la igualdad de las diferencias), hay que, por un lado, “comprender” el origen del valor cultural discrepante y, por otro, graduar la responsabilidad penal del disidente cultural aunque atente contra derechos fundamentales.

Respecto a la necesidad de comprender la tradición, la creencia del otro, el reconocimiento de la

²⁷ Cfr. Wellmer, A. *Ética y diálogo...*, cit., p. 243.

²⁸ Cfr. Wellmer, A. *Sobre la dialéctica de modernidad y postmodernidad...*, cit., p. 74.

²⁹ Cfr. Wellmer, A. *Sobre la dialéctica de modernidad y postmodernidad...*, cit., p. 108.

³⁰ Cfr. Wellmer, A. *op. cit.*, p. 103. A su juicio, el saber totalizador de la dialéctica de la historia se muestra al final como un saber destinado a la legitimación y el dominio, al servicio de unas selectas minorías modernizadoras. Mientras la dialéctica totalizadora le presta la buena conciencia a la represión estatal organizada, hasta llegar al terror estalinista, la negación anarquista del Estado le presta la suya, o al menos puede parecerlo, al terror individual. Podrían incluirse también, dice Wellmer, los estallidos irracionales del racionalismo europeo (el fascismo alemán) o las versiones neoconservadoras del postmodernismo. Cfr. *op. cit.*, pp. 105 y 106.

³¹ Cfr. Wellmer, A. *op. cit.*, p. 111.

³² Cfr. Wellmer, A. *op. cit.*, p. 112. Otro discípulo de Habermas, O. Höffe se ha sumado a esta corriente al considerar que la tolerancia recíproca de las diferencias es un principio básico de los Estados modernos. Cfr. *Derecho intercultural*, cit., p. 137. De este modo, solo cabe el derecho a la otredad sobre la base del reconocimiento de una comunidad, cada ser humano tiene igualdad de derechos. Höffe se enfrenta al argumento relativista proponiendo la estrategia de la universalidad moderada de la que hace derivar un derecho penal intercultural que trascienda a las culturas, pues se formulan los derechos humanos de manera tan abstracta o formal que quedan abiertos para diferentes condiciones de vida y proyectos sociales. Cfr. *op. cit.*, pp. 139 y 140. Sin embargo, es bastante discutible que los delitos puedan fundamentarse en sustratos universales. En ese sentido, la ablación de clitoris como tradición cultural puede ser un claro ejemplo de la imposibilidad real de un proyecto común de ilícitos.

diversidad/identidad cultural como un derecho humano, ya indicamos en otro estudio³³ que el conflicto no se puede abordar desde una única perspectiva valorativa: los derechos fundamentales entendidos según el canon *occidental*.

Si evaluamos la cultura que origina la vulneración de derechos fundamentales con arreglo al estándar occidental de justicia, con toda seguridad nos veríamos obligados a condenar ya que el comportamiento enjuiciado no se ajusta a las categorías clásicas de los derechos. Para empezar, el lenguaje empleado es, desde uno y otro prisma, distinto. En otras culturas no se habla expresamente de “derechos fundamentales” sino de valores como *la integridad, la armonía, el equilibrio, la reconciliación, la restitución, el dinamismo*.³⁴ En consecuencia, partir de la referencia a los derechos fundamentales según el canon occidental,³⁵ en abstracto, como criterio de resolución del conflicto, convertiría en papel mojado el reconocimiento de la diversidad cultural,³⁶ esta “no tendría más que un significado retórico”.³⁷ Sería un entendimiento insatisfactorio, contrario a aquello que los instrumentos internacionales pretenden evitar, porque, a la postre, significa subrayar la prevalencia axiológica de aquel

modelo, “la imposición del modo occidental de interpretar la justicia”,³⁸ es decir, una forma de asimilación de los grupos o comunidades culturales, bajo el pretexto de los derechos fundamentales.

Pues bien, defender un Derecho penal Intercultural, desde el principio de respeto a la diversidad cultural y la igualdad de culturas, requiere el esfuerzo de adecuar el significado y contenido de los derechos y garantías fundamentales, como referente universal, a la especificidad cultural del sujeto que infringe el derecho: es una forma de introducir el *diálogo intercultural* como criterio hermenéutico más complejo y amplio. Las claves de este planteamiento las encontramos, como veremos más adelante, en el Convenio 169 OIT y en la Declaración de Friburgo de la UNESCO, sobre Derechos culturales (2007).

A diferencia de la opción adoptada en el texto, una tesis intermedia entre universalismo y relativismo, doctrina y jurisprudencia suelen partir, por el contrario, de la idea de la superioridad moral de algunas culturas.³⁹ Al obrar de este modo se incumple el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (1989), que España ratificó el 15 febrero 2007, que se decanta por un Derecho penal Intercultural.⁴⁰

³³ Pomares Cintas/E, Portilla Contreras, G, “Derecho penal intercultural y el sistema de justicia comunitaria”. En *Delitos y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos comparados*. Atelier. Barcelona, 2014, p. 244.

³⁴ Sentencia Corte Suprema de Justicia de Guatemala de 29 enero 2013.

³⁵ Como sostiene Silva Sánchez, J. “Vigencia objetiva de los derechos humanos fundamentales”. Cfr: “Retos científicos y retos políticos de la Ciencia del Derecho Penal”. En, *¿Crisis del sistema dogmático del delito?*, Cuadernos de Conferencias y artículos, nº 40, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 26; del mismo autor, “Ein kleiner Dialog mit Claus Roxin zum heutigen Strafrecht”, Festgabe für Claus Roxin zum 80 Geburtstag, Goldammer’s Archiv für Strafrecht, nº 5/2011, p. 314. En esta línea, Vázquez González, C, *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos cometidos por inmigrantes (especial referencia a la mutilación genital femenina)*. Dykinson. Madrid, 2010, p. 207.

³⁶ En esa dirección, Sentencia de Tutela, 523/1997, Corte Constitucional colombiana. Véase también, *Sentencia Corte Constitucional Plurinacional boliviana, 0108/2013*.

³⁷ Sentencia de Tutela, 349/1996, Corte Constitucional colombiana.

³⁸ Sentencias de Tutela, 523/1997, 009/2007, Corte Constitucional colombiana, *Sentencia Corte Suprema de Justicia de Guatemala de 6 noviembre 2012, Sentencia Corte Constitucional Plurinacional boliviana, 0108/2013*. En esta línea, Borja Jiménez, E, “Derecho indígena sancionador y derechos humanos”. En, *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 187 y ss; *Introducción a los fundamentos del Derecho penal indígena*, Tirant lo Blanch, Valencia 2001; también, “Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena”. En, *Diversidad cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006. Cfr: J. Blanco Blanco, “Logros y contradicciones de la jurisdicción especial indígena en Colombia”, *Revista Diálogos de Saberes*, nº 24, 2006, pp. 53-54, 56, 64 y ss.

³⁹ Línea en la que se mueve Fernández García, E, que, al opinar sobre el valor de las diferentes culturas, estima que la tradición cultural occidental no sería una cultura como las demás sino que su importancia es superior desde la perspectiva de los valores y derechos humanos. Evidentemente, dice, defender semejante idea no equivale a fundamentalismo ni dogmatismo, precisamente porque entre esos valores que se defienden se encontrarían la libertad de pensamiento y expresión, de formas de vida, de respeto por la diferencia, la tolerancia y el diálogo intercultural. Cfr: *Dignidad humana y ciudadanía Cosmopolita*. Dykinson, Madrid, 2001, p. 55. Si de lo que hablamos es de derechos humanos fundamentales como derechos individuales, mantiene el citado autor, coincidiendo así con Berlusconi cuando afirmó que los derechos humanos y las libertades que emanan de la tradición cristiana eran claramente superiores al Islam, la tradición cultural occidental es superior a las demás, entre otras razones por la obvia de que dicho concepto se ha generado y desarrollado históricamente dentro de ella. Cfr: *op. cit.*, p. 56.

⁴⁰ Uno de los primeros autores que analizó los efectos y consecuencias del Convenio 169 de la OIT fue Ferré Olivé, JC. Cfr: *Diversidad cultural y sistema penal*. Revista Penal, nº 22, julio, 2008, pp. 39 a 42. Sin embargo, en España existe un vacío en torno a esos procedimientos que permiten reconducir las disposiciones del Convenio a diferencia de otros ordenamientos jurídicos que sí los han desarrollado. Cfr: Poma-

El Derecho penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural

Como expusimos,⁴¹ el Convenio 169 exige un discurso que apuesta, en el marco del reconocimiento de la diversidad/identidad cultural como derecho humano, por el *diálogo intercultural*, una clave alternativa interpretativa del paradigma de los derechos fundamentales, que descansa sobre un plano de igualdad axiológica de culturas.⁴² Negar esta posibilidad, desconocer, o no querer comprender desde una cosmovisión diferente, otros sistemas culturales, derivará en prohibiciones o asimilaciones contrarias a la idea de diversidad cultural⁴³ como elemento “indispensable para la paz y la seguridad en el plano local, nacional e internacional”.⁴⁴ En definitiva, se puede hablar de un Derecho intercultural desde un prisma teórico que subraye la “importancia de la diversidad cultural para la plena realización de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos universalmente reconocidos”,⁴⁵ y viceversa. El reconocimiento de la diversidad cultural también

puede ser garante de los derechos fundamentales. Se establecen así las bases de un planteamiento jurídico intercultural que, a continuación, desarrollaré.

3.1. El reconocimiento de la diversidad/identidad cultural como derecho humano y el compromiso de respeto de los derechos fundamentales

Es necesario partir del marco jurídico internacional sobre el que hay que sustentar la construcción de un Derecho penal Intercultural, y con ello, las bases que posibilitan el reconocimiento de otras culturas que no se ajustan, en pureza, a las categorías occidentales de los derechos fundamentales.

La expresión “*identidad cultural*” debe entenderse como el conjunto único e irremplazable de valores o factores de diferente índole por el cual una persona, “individual o colectivamente, se define, se constituye, comunica y entiende ser reconocida en su dignidad”

res Cintas/E, Portilla Contreras, G, Derecho penal intercultural y el sistema de justicia comunitaria. *En Delitos y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos comparados*. Atelier. Barcelona, 2014, pp. 236 y ss. La identidad cultural comporta la obligación de tener en cuenta las características o condiciones sociales y culturales de las comunidades y de sus integrantes. Así, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (1989), impone a los gobiernos la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad (artículo 2). Tal acción deberá incluir medidas que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; además deben promover la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones. Al igual que (artículo 5) debe reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; así como deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos. Junto al reconocimiento de la diversidad cultural, el artículo 35 del Convenio reconoce que las comunidades indígenas dispondrán de todos los derechos que les hayan sido reconocidos nacional e internacionalmente. Sin embargo, pese a la amplitud del reconocimiento de la diversidad cultural, este no es un derecho absoluto y está sometido a límites concretos. Así, el propio Convenio 169 al admitir que al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (artículo 8). Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. Además, (artículo 9) en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. Asimismo, las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia y (Artículo 10) cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales y deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

⁴¹ Cfr. Pomares Cintas/E, Portilla Contreras, G. “Derecho penal intercultural y el sistema de justicia comunitaria”. *En Delitos y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos comparados*. Atelier. Barcelona, 2014, pp. 246 y ss.

⁴² Vid. en esta línea, E. Borja Jiménez, “Derecho indígena sancionador y derechos humanos”. *En Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008; *Introducción a los fundamentos del Derecho penal indígena*, Tirant lo Blanch, Valencia 2001; también, “Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena”. *En Diversidad cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

⁴³ Véase, en este sentido, la *Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala*, 6 noviembre 2012.

⁴⁴ Convención de la ONU sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, de 20 de octubre de 2005. Así se pronuncia también la Declaración de Friburgo (UNESCO) sobre Derechos culturales, de 7 de mayo de 2007, bajo el convencimiento de que “las violaciones de los derechos culturales provocan tensiones y conflictos de identidad que son unas de las causas principales de la violencia, de las guerras y del terrorismo”.

⁴⁵ Convención de la ONU sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, de 20 de octubre de 2005.

(art. 2 b. Declaración de Friburgo de la UNESCO sobre Derechos culturales, de 7 de mayo de 2007). Ese conjunto de referencias culturales engloba los modos de vida, usos tradicionales, creencias, estructuras institucionales, costumbres, sistemas jurídicos o modos de impartir justicia, que identifican y definen a los pueblos o comunidades como grupo social; en este sentido, cabe incluir también los métodos a los que “recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros” [art. 9.1 Convenio de la OIT, núm. 169, de 27 junio 1989, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (Convenio 169 OIT, en adelante)].⁴⁶

Pues bien, la importancia de la diversidad/identidad cultural es tal que su salvaguarda se erige en un “imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana” porque se encuentra ligado intrínsecamente a ella [art. 4 Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad cultural (2002)]. Por ello, forma parte integrante de los derechos humanos, en la medida en que son “expresión y exigencia de la dignidad humana” (Considerando 2, arts. 1 y

2 b. Declaración de Friburgo sobre Derechos culturales, de 7 de mayo de 2007).

Los instrumentos internacionales que se han pronunciado sobre esta materia⁴⁷ se dirigen a una misma finalidad: promover el respeto de la identidad cultural de los pueblos o comunidades, en la diversidad de sus modos de expresión, dentro del marco de los Estados en los que viven.⁴⁸ Con arreglo a lo dispuesto en ellos, el reconocimiento de la diversidad cultural comporta, en primer lugar, afirmar el derecho de los pueblos, comunidades culturales, y sus integrantes, a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, económicas, sociales, culturales y jurídicas (sistemas jurídicos), y a practicar y promover sus propias tradiciones y costumbres.⁴⁹ Y ello conduce, como contrapartida, al compromiso estatal de garantizar su ejercicio a través de una doble vía:

- La obligación de establecer mecanismos eficaces para prevenir todo acto que tenga por objeto o consecuencia privar a los pueblos o comunidades culturales “de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o

⁴⁶ En vigor desde el 5 de septiembre 1991, el Convenio fue ratificado por España el 15 febrero 2007. Aunque no puede negarse que resulta complicado definir el concepto de cultura, puede asumirse el que nos ofrecen instituciones occidentales. En efecto, la Conferencia Mundial sobre Políticas culturales de 1982, la definió como “(...) el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”. A su vez, la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su 33ª reunión, celebrada en París del 3 al 21 de octubre de 2005, afirma que la diversidad cultural es una característica esencial de la humanidad mientras que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce que estos pueblos tienen derecho a 1) conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales (artículo 5); (2) “a no sufrir la asimilación forzada o la destrucción de su cultura”, para lo cual los estados deben establecer mecanismos eficaces para prevenir y resarcir los daños causados por “todo acto que tenga por objeto o consecuencia privar a los pueblos y las personas indígenas de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica” (artículo 8); (3) “a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas” (artículo 11.1); (4) “a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente; a utilizar y controlar sus objetos de culto”. Finalmente, la Declaración de Friburgo sobre derechos culturales, emitida en el marco de la Unesco en 2007, reconoce los derechos de todas las personas, individual y colectivamente (1) elegir y a que se respete su identidad cultural, en la diversidad de sus modos de expresión (artículo 3. a); (2) a conocer y a que se respete su propia cultura, como también las culturas que, en su diversidad, constituyen el patrimonio común de la humanidad (artículo 3. b); y (4) al acceso y participación en la vida cultural, el cual comprende prerrogativas como las siguientes (artículo 4): la libertad de ejercer, de acuerdo con los derechos reconocidos en la presente Declaración, las propias prácticas culturales, y de seguir un modo de vida asociado a la valorización de sus recursos culturales, en particular en lo que atañe a la utilización, la producción y la difusión de bienes y servicios; la libertad de desarrollar y compartir conocimientos, expresiones culturales, emprender investigaciones y participar en las diferentes formas de creación y sus beneficios; el derecho a la protección de los intereses morales y materiales relacionados con las obras que sean fruto de su actividad cultural.”

⁴⁷ Conferencia Mundial de la UNESCO sobre las Políticas culturales (México D.F., 1982); Convenio de la OIT, núm. 169, de 27 junio 1989, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes; Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad cultural (2002); Convención de la ONU sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, de 20 de octubre de 2005; Declaración de Friburgo (UNESCO) sobre Derechos culturales, de 7 de mayo de 2007; Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas, de 13 de septiembre de 2007.

⁴⁸ Convenio 169 OIT (Preámbulo).

⁴⁹ *Id.* art. 8.2 Convenio 169 OIT; arts. 5, 11.1, 34 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas, de 13 de septiembre de 2007; art. 3 Declaración de Friburgo de la UNESCO sobre Derechos culturales, de 7 de mayo de 2007.

El Derecho penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural

su identidad étnica”.⁵⁰ Se requiere garantizar a los pueblos y a las personas que los integran el derecho a no ser sometidos a una asimilación o integración forzada –cualquiera que sea la forma.⁵¹ En este sentido, el art. 9.2 Convenio 169 OIT señala que “*las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia*”.

- La obligación de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática para la protección del ejercicio de sus derechos y el respeto de su integridad (Arts. 2, 5 Convenio 169 OIT).

Ahora bien, como derecho humano internacionalmente proclamado, el reconocimiento de la diversidad/identidad cultural no se concibe en términos absolutos: el ejercicio de este derecho debe significar también el compromiso de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales.⁵² Esto es, las costumbres, usos tradicionales, procedimientos e instituciones propias de las comunidades culturales deben ser compatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional, así lo dispone el art. 8.2 Convenio 169 OIT.⁵³

Junto al Convenio 169, los Tribunales españoles están obligados, además, por la Constitución que reconoce que España es un Estado social y democrático de Derecho fundado en la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad –arts 1 y 10–, la libertad ideológica –art. 16–, y además exige que las normas relativas a derechos fundamentales y a las libertades

que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España –art 10.2–.

4. La identidad cultural en la teoría jurídica del delito.

De todo lo expuesto hasta ahora se desprende que la identidad/diversidad cultural es un derecho humano con rango constitucional que tiene que ser apreciado como tal en la configuración de un Derecho penal Intercultural. En consecuencia, todos los conflictos culturales deben resolverse valorando la diversidad a través de los elementos de la teoría jurídica del delito, incluso en aquellos casos en los que se produce la afeción de derechos fundamentales básicos. A veces, podrá negarse la imputación objetiva por ausencia del fin de protección de la norma, en otros casos se cuestionará el valor del consentimiento en el delito de lesiones por adecuación social; en otras ocasiones se podrá recurrir al ejercicio legítimo de un derecho,⁵⁴ al estado de necesidad,⁵⁵ al error de prohibición sobre aquellas causas de justificación, al error de comprensión, en la medida en que la concreta cosmovisión le impida comprender la ilicitud de su conducta –más adelante veremos si como error de prohibición o como causa de inimputabilidad–; y, finalmente, se puede recurrir a la inimputabilidad como incapacidad para comprender lo ilícito del comportamiento realizado o incluso a la exigibilidad de otra conducta. Lo cierto es que no puede proponerse una misma solución para todos los casos de confrontación cultural.

⁵⁰ Art. 8, a) Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007).

⁵¹ Art. 8.1, también apartado d) Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; “cualquier forma de dominación niega o deteriora dicha identidad” (Conferencia Mundial de la UNESCO sobre las Políticas culturales, 1982).

⁵² Art. 4 Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad cultural (2002); en el mismo sentido, Art. 2.1 Convención de la ONU sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales (2005); arts. 34, 46. 2 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas (2007). Art. 1, letras c, d, Declaración de Friburgo sobre Derechos culturales (2007).

⁵³ Sobre la interpretación y alcance de esta limitación, y los conflictos que se plantean, se explica más adelante.

⁵⁴ El *Bundesverfassungsgericht* de 24 de septiembre de 2003, se pronunció sobre el derecho al uso del velo en lugares públicos en virtud del art. 33 abs 2 GG, (*BVerfGE* 108, 282), e interpretó que la prohibición lesionaba la libertad de pensamiento del art 4 abs 1 y 2 GG, puesto que llevar el velo en la enseñanza no supone un peligro para los compañeros de clase. *Cf*: Valerius Brian, *Kultur und Strafrecht. Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*. Duncker Humblot, Berlin, 2011, p. 44.

⁵⁵ Sobre la imposibilidad de aplicar las causas de justificación de legítima defensa y estado de necesidad en los supuestos de conflicto cultural se ha pronunciado Valerius, estimando que es más probable que estos casos exista un error cultural del autor sobre el derecho a la legítima defensa o al estado de necesidad. *Cf*: Valerius Brian, *op. cit.*, pp. 14 y 146. Sin embargo, este autor no acepta la posibilidad de que se pueda infringir la norma penal en nombre de la religión o la libertad ideológica, por lo que se trata de comportamientos siempre antijurídicos. *Cf*: Valerius Brian, *op. cit.*, pp. 168 y 169.

La incógnita radica, por tanto, en la elección del modelo de Derecho penal Intercultural que se pretende, uno que reconozca y otorgue valor a la identidad cultural en el ámbito penal sin caer en el universalismo despótico ni el relativismo absoluto.⁵⁶ ¿Qué hacer cuando el integrante de una comunidad cultural, en el ejercicio de determinados usos o tradiciones, realiza un comportamiento que es delictivo solo para el sistema jurídico general, cuando ciertas prácticas ancestrales, que no pretenden menoscabar bienes jurídicos esenciales sino cumplir con una costumbre que facilita la integración del sujeto en su comunidad, se oponen al código de conductas de la sociedad de acogida (ablación genital, matrimonio coactivo, relación sexual con menor de edad)? En tales supuestos, ¿se debería tener en cuenta en el momento del enjuiciamiento la particular cosmovisión del autor de ese proceder?, y de ser así, ¿qué alcance tendría?, ¿cómo reconducirla dentro de la teoría jurídica del delito?, ¿si eximimos o atenuamos la pena, no quedaría en tela de juicio el desvalor que el sistema jurídico nacional atribuye a ese comportamiento, es decir, no quedaría desprotegido el bien jurídico afectado, o en duda el sistema de valores esenciales de la justicia ordinaria?, ¿cómo se garantizaría entonces la protección del bien jurídico afectado por ese comportamiento?

Para encontrar una solución a todas estas interrogantes debemos acudir, de nuevo, al Convenio 169 OIT, en concreto, el art. 9.2 señala que “*las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia*”, es decir, se deberá atender a sus costumbres, características o especificidades sociales y culturales,⁵⁷ sus parámetros culturales, que los identifican como integrantes de

una comunidad cultural.⁵⁸ No debe olvidarse que España está obligada, al ratificar este Convenio, a valorar penalmente la identidad cultural, lo que comporta la obligación de tener en cuenta las características o condiciones sociales y culturales de los integrantes de comunidades que afectan derechos tutelados por las normas ordinarias.

El alcance de las disposiciones del Convenio OIT se circunscribe a la *exigencia* dirigida a los jueces penales consistente en tomar en consideración las condiciones socio-culturales o costumbres del infractor o imputado integrante de una comunidad cultural –miembros de grupos sociales que tienen una cultura definida y distinta de la cultura nacional o mayoritaria– siempre que la conducta haya estado condicionada por aquellas circunstancias. Así, en las hipótesis de comportamientos delictivos realizados en el ejercicio de un uso tradicional que implique la integración en la comunidad cultural de que se trate, y sin perjuicio de su calificación antijurídica según el sistema jurídico general,⁵⁹ deben permanecer abiertas las figuras penales que permiten graduar el juicio de culpabilidad del infractor culturalmente condicionado, en atención al principio de igualdad. En otras palabras, habrá que determinar si “por su particular cosmovisión”⁶⁰ le era posible conocer la prohibición, o bien “entender”, “comprender”, aunque conociera la ilicitud al momento de cometer el hecho, que su conducta en otro ordenamiento es considerada “reprochable” penalmente.⁶¹

4.1. Identidad cultural y error de prohibición

A veces, en aquellos casos en los que el autor no pudo llegar a conocer la norma o duda sobre la legalidad

⁵⁶ Cfr. Escudero Alday, R, “Tensiones conceptuales en el liberalismo y en el multiculturalismo”. En *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008, p. 47. En contra de esta idea, reacio en general a la admisión de un derecho penal intercultural, O. Höffe, *Derecho intercultural*, cit., p. 155.

⁵⁷ En cumplimiento de esta disposición, véase, en el ámbito boliviano, Art. 4.d. Ley de Deslinde Jurisdiccional, n° 073, de 29 de diciembre de 2010, que dispone que: “Al momento de administrar e impartir justicia, las autoridades de las distintas jurisdicciones reconocidas constitucionalmente deben tomar en cuenta las diferentes identidades culturales del Estado Plurinacional”; en este sentido, Sentencia Constitucional Plurinacional 0037/2013, 4 de enero de 2013. Sentencia C-882/11, T-371/13.

⁵⁸ Es la única forma de promover un diálogo intercultural en proceso judicial al que se está obligado por el Convenio 169.

⁵⁹ Con ello se garantiza la salvaguarda del bien jurídico afectado.

⁶⁰ Habrá que valorar si el acusado es “fiel a sus tradiciones y costumbres y su ancestro cultural incide notablemente en su comportamiento”, extremo que se ha de acreditar a través de informes forenses antropológicos. Sentencia T-496 de 1996. El juez, en cada caso, debe hacer un estudio sobre la situación particular del autor observando su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos. Debe valorarse la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a que pertenece (ST- Corte Constitucional colombiana 1294/2005, 7 de diciembre).

⁶¹ Sobre el error de comprensión: Sentencia T-496 de 1996, C-370, 2002.

El Derecho penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural

de su comportamiento, puede fundamentarse un error de prohibición directo o indirecto, invencible o vencible, que permitirá, en función de esos criterios, graduar la culpabilidad del autor del delito.⁶² Sin embargo, la doctrina suele ser reacia a admitir el error de prohibición directo e invencible cuando se lesionan derechos fundamentales.⁶³ Precisamente, Cerezo Mir se muestra tajante al considerar excesivo el reconocimiento de eficacia eximente al error invencible sobre lo ilícito penal o sobre lo injusto material en los supuestos en que se atente contra derechos fundamentales, vida, integridad corporal, libertad o libertad sexual. Razón por la que propone de *lege data* que el error sobre lo injusto material o sobre el carácter penal de lo injusto, sea vencible, cuando la conducta afecte a derechos fundamentales de la persona.⁶⁴ Argumento que es concretado aún más por De Maglie, que se mantiene en esa línea criticada por Žizek, de reconocimiento de la diferencia cultural salvo cuando afecta al núcleo duro de los derechos, al

considerar que no podrán invocarse las pretensiones culturales cuando se violen derechos inviolables como la vida, integridad física, libertad moral, libertad sexual o siempre que la ofensa sea realizada con el uso de la violencia.⁶⁵ En idéntica dirección, Torres Fernández rechaza la posibilidad de aceptar el argumento cultural cuando se trata de excluir la responsabilidad por hechos, que “constituyen el núcleo básico de delitos contra bienes jurídicos de titularidad individual y que están en la base de la dignidad de la persona”.⁶⁶ Asimismo, Roca De Agapito, estima que no debe tolerarse la intolerancia o las restricciones internas que la minoría impone a sus miembros, en particular los más vulnerables como son niños y mujeres.⁶⁷ Por último, Monge Fernández, aunque mete en el mismo saco “cultural” los supuestos de mutilación genital y los de lapidación de viudas, rechaza sin ambages la atenuación de la pena por tratarse de comportamientos incompatibles con la dignidad de la persona.⁶⁸

⁶² En casos de error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, “la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable”. Sentencia C-370-02, de 14 de mayo de 2002. Igualmente, Valerius estima apreciable el error de prohibición en supuestos de diferencias culturales, así por ejemplo definiendo la aplicación del párrafo 17 en los casos de error del autor culturalmente condicionado sobre la legítima defensa. El error sería evitable cuando el autor tiene capacidad individual para poder llegar a tener conocimiento de que su conducta es contraria al derecho e invencible cuando en función de su capacidad no se exige un deber de información. Cfr. Valerius Brian, *Kultur und Strafrecht. Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*. Duncker Humblot, Berlin, 2011, p. 186. Más discutible es apreciar el error de prohibición en los casos de “dudas” sobre la ilicitud. Al respecto es interesante la decisión de la *Ag Grevenbroich* de 24 septiembre 1982, citada por Valerius. Relata el Tribunal el caso en el que un ciudadano turco privó de libertad a su mujer durante un periodo de tiempo que no constituía delito en su país de origen. *Ibid*, p. 191. Ahora bien, dice Valerius, el hecho de que no sea delito en su país supone exclusivamente un serio indicio de la existencia de un error de prohibición, no de que este sea invencible ya que el sujeto pudo llegar a saber que la privación de libertad de sus mujeres es antijurídica. En efecto, la *Ag Grevenbroich* mantuvo la culpabilidad del autor, puesto que si dudó sobre la ilicitud es que pudo llegar a tener conocimiento de que tal comportamiento era contrario a los intereses de las esposas y, en consecuencia, un delito. Cfr. Valerius Brian, *Kultur und Strafrecht. Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*. Duncker Humblot, Berlin, 2011, p. 191. El Tribunal argumentó que mientras en Alemania se es sensible a la igualdad entre hombres y mujeres, el acusado permanece en una sociedad patriarcal. Por tanto, aunque las circunstancias indican que el acusado no pudo llegar a tener conocimiento del injusto, se considera que incurrió en un error de prohibición vencible ya que el principio de igualdad es base del sistema legal y, al llevar dos años en el país, se tenía que haber informado. Cfr. Valerius Brian, *Kultur und Strafrecht. Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*. Duncker Humblot, Berlin, 2011, p. 192.

⁶³ Este es el planteamiento de Jakobs, G, cuando sustenta la tesis contractualista en materia de confrontación cultural en el sentido de quién quiere vivir libre debe aceptar las condiciones de esa libertad. Cfr. Recensión al libro “Kultur und Strafrecht”, Valerius B, en *Goldammer's Archiv Für Strafrecht*, VI, número 159, 2012, p. 50.

⁶⁴ Cfr. Cerezo Mir, J. “La regulación del error culturalmente condicionado en el Código penal peruano”. En Homenaje a Ruperto Núñez Barbero, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2007, pp.107 y 108. Por el contrario, como solución de *lege ferenda* propone que al sujeto que obra conforme a costumbres profundamente arraigadas en su comunidad o con arreglo a pautas de su cultura no le sea exigible la obediencia al Derecho o la exigibilidad estaba considerablemente disminuida. Cfr; p. 108.

⁶⁵ Cfr. Maglie, C. *Los delitos culturalmente motivados. Ideología y modelos penales*. Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 266. Esta autora propone una especie de excusa absolutoria para supuestos caracterizados por su irrelevancia penal, lo que denomina causa de no punibilidad cultural para el autor del delito culturalmente motivado, excluyendo, por supuesto, las inmunidades fundamentales ya citadas. En realidad, lo fácil es negar la responsabilidad penal cuando no existe bien jurídico (bigamia, incesto, juegos de azar), fin de protección de la norma (tráfico de drogas con finalidad terapéutica) o se actúa en el ejercicio de un derecho (burka), *op. cit.*, p. 273, lo difícil es asumir la igualdad de las diferencias y desde ese plano graduar la responsabilidad.

⁶⁶ Cfr. Torres Fernández, E, Identidad, Creencias y Orden penal: la eximente cultural. AFDUAM 17, 2013, p. 442.

⁶⁷ Cfr. Roca De Agapito, L. “Delitos culturalmente motivados”. En *Delitos y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos comparados*. Atelier. Barcelona, 2014, p. 205.

⁶⁸ Cfr. Monge Fernández, A. *El extranjero frente al Derecho penal*. Bosch. Barcelona, 2008, p. 113. Es deplorable la creciente ten-

Como ya se ha adelantado los Tribunales españoles suelen condenar los comportamientos caracterizados por la diversidad de tradiciones sin valorar la identidad cultural del autor. A veces, excepcionalmente, se atenúa la pena y en otras, no se sanciona, pero no por interpretar la dificultad para acceder a lo ilícito del comportamiento o a la incapacidad para comprender la antijuridicidad de la conducta.⁶⁹ Es el caso de ablación de clítoris analizado en la SAN, TOL4.113.278, 24/02/2014, número 5/2014, en el que el Tribunal niega la comisión por omisión en un supuesto en el que los padres dejan a su hija al cuidado de la abuela en Gambia durante el periodo de tiempo en el que se efectuó la mutilación. No hubo dolo ni imprudencia y, además, “no consentían, ni querían la mutilación...”.

Lo habitual es que no se tenga en cuenta el arraigo a la tradición que motiva la conducta del culturalmente diverso o se truequen en error de prohibición vencible conductas en las que era imposible que el autor pudiera tener un conocimiento potencial de la antijuridicidad. Así, la SAP Teruel 26/2001 de 15 de noviembre, (ARP 2011, 1364), condenó a los padres de una niña al demostrar que “de común acuerdo bien directamente o bien a través de persona de identidad desconocida pero contribuyendo eficazmente a tal fin, extirparon el clítoris de la menor motivados por sus creencias religiosas y culturales, siendo conocedor el procesado Faustino de la prohibición de esta práctica en su país de residencia, conocimiento del que carecía la procesada Zaida”. El Tribunal no reconoce un error de prohibición en la conducta del padre debido a sus años de

residencia en España mientras que atenúa la pena de la madre a través del error de prohibición vencible.⁷⁰

Esta demostración de desprecio por la diferencia cultural se reitera en la STS, núm. 835/2012 de 31 octubre, RJ 2012\10576, que declara no haber lugar al recurso de casación contra la sentencia de la AP Teruel 26/2001. Nuevamente, descarta el error de prohibición en el padre y ratifica el error de prohibición vencible en la madre. Haciendo uso del denominado fundamentalismo de los derechos humanos, se niega el carácter de cultura en los supuestos de ablación del clítoris al razonar que “el respeto por las tradiciones y a las culturas tiene como límite infranqueable el respeto a los derechos humanos que actúan como mínimo común denominador exigible en todas las culturas, tradiciones y religiones. La ablación del clítoris no es cultura, es mutilación y discriminación femenina”. En la misma dirección, la SAP Barcelona, TOL3.794.00213/05/2013, n. 42/2013, asumiendo que la ablación no es cultura, se niega a admitir el error de prohibición. Es el caso de dos niñas que fueron mutiladas por sus padres, nacionales de Gambia, residentes varios años en España y que de común acuerdo, extirparon el clítoris a ambas menores, motivado por sus creencias culturales y religiosas, siendo conocedores de la prohibición de tal práctica. En esta ocasión, el Tribunal razona la imposibilidad de alegar un conflicto de conciencia, ya que “de lo contrario ello comportaría el declive del principio de obediencia a las normas y la permisión de conductas anárquicas”.

dencia doctrinal que identifica el Islam con determinadas versiones sesgadas del Corán elaboradas por suníes y chiíes (rechazando la pluralidad de opiniones sobre el dogma religioso) o con el comportamiento de los talibanes en Afganistán, Pakistán, respecto al adulterio, el asesinato de la mujer violada, la lapidación, etc. Tales medidas no forman parte de la cultura islámica, no solo contradicen el espíritu de una de las religiones monoteístas más tolerantes que han existido sino que se oponen al contenido de la Carta Árabe de Derechos Humanos de 1994.

⁶⁹ Como excepción puede citarse la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, 24 de octubre de 2011, ARP 2011\1248, que aplica un error de prohibición invencible en un supuesto en el que dos ciudadanos rumanos (etnia gitana) que previamente se habían conocido en Rumania cuando ella tenía 12 años y él 19, antes de cumplir ella los trece años mantuvieron relaciones sexuales consentidas. El Tribunal estima que, si bien llegó a España en 2001 y ha trabajado en la recogida de naranja, hasta que se lo dijeron en Servicios Sociales no sabía que era constitutivo de delito mantener relaciones sexuales con una menor de trece años. En concreto, dice textualmente: “De lo que se trata es de valorar si el sujeto, en el específico contexto de su comportamiento, disponía de indicadores que le avisaban de la eventualidad del carácter delictivo de su conducta. Al efecto no parece razonable una exacerbación objetiva en clave de inderogable exigencia del deber de examinar el propio deber según el Derecho. Como no es aceptable la laxitud de una absoluta subjetivización. Y de todo ello, aun sin que pueda hablarse de una deficiente socialización por parte del sujeto, que relegue la norma prohibitiva a espacios, para él, de exotismo normativo, se deriva, en el entender de este Tribunal, que, el procesado, dadas las circunstancias del hecho y las condiciones psicológicas y de cultura del infractor y la realidad social de acusado y víctima, los dos pertenecientes a una cultura en la que las relaciones de este tipo son permitidas y toleradas, no solamente estaba incurrido en error, sino que ni siquiera tenía motivos objetivos para dudar y, por ello, tal error, ausente de todo aviso, era para él invencible”.

⁷⁰ El fundamento del empleo del error de prohibición vencible se basa en que la madre “llegó a España pocos meses antes del periodo en que se considera practicada la ablación y no consta que conociera la ilicitud de dicha práctica tan integrada en el entorno del que procedía y que ella había asumido no solo como normal sino incluso necesaria para la mujer”.

El Derecho penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural

Sorprendentemente, tampoco se admite el error de prohibición invencible en determinadas situaciones en las que el autor no pudo llegar a conocer la prohibición de la conducta. Es el supuesto analizado por la Sentencia de la Audiencia Nacional, 04/04/2013, número 9/2013, TOL3.415.741.⁷¹

El Tribunal reconoce que la lesión fue causada directamente por la acusada o por otra persona con su consentimiento, antes de venir a España, por motivos religiosos y culturales imperantes en las zonas rurales de Senegal. En consecuencia, la condena como autora en comisión por omisión del delito de ablación, estimando la presencia de un error de prohibición vencible pese a la práctica imposibilidad de conocer la prohibición. El argumento sustentado por el Tribunal fue el siguiente: ... “ha resultado probado que así como la acusada vivió en una zona rural de Senegal hasta 2010, su esposo llevaba residiendo en Cataluña, al menos desde hacía 10 años, por lo tanto, es inevitable pensar que así como la acusada no tenía acceso a información alguna sobre el particular, su marido, promotor de la idea de la reagrupación familiar en Cataluña y, por ello, conocedor suficiente de las normas mínimas de convivencia, debería haberla asesorado en este extremo, evitando así los problemas surgidos desde la llegada a España de la acusada y la hija de ambos”.

Como es lógico suponer, un argumento tan absurdo fue recriminado por la STS 16 de diciembre 2013, núm. 832/2013, nº 939/2013, que anuló la Sentencia de 04-04-2013, dictada por la Sección Cuarta Sala Penal Audiencia Nacional. Consecuentemente, ahora se absuelve a la madre ya que “no ha quedado acreditado, ni se ha razonado..., la accesibilidad a un medio o sistema de información capaz de deshacer el error, teniendo en cuenta el ambiente en el que vivió”.

Pero, no solo se ignora la identidad cultural a la hora de determinar la responsabilidad penal del autor de la ablación, sino que, a veces, se recurre el Derecho civil para negar la salida del país ante el riesgo de mutilación del clítoris. Esa es la decisión adoptada por la Audiencia Provincial de Girona (Sección 2ª), Auto núm. 152/2007 de 2 julio (AC 2008\750), que

prohíbe la salida del país ante el riesgo de mutilación de tres hermanas Magdalena, Maite y María, acorde con las previsiones del art. 134.1 del *Codi de família de Catalunya* y el art. 158.3º del Código Civil.

Por el contrario, los Tribunales españoles suelen ser más flexibles a la hora de aplicar el error de prohibición vencible en delitos sexuales cometidos por autores con una identidad cultural diferente. No es el caso de la STS 992/2010, 8 de enero 2010, que siguiendo la dirección emprendida por las decisiones judiciales referentes a la mutilación del clítoris, no reconoce la identidad cultural cuando se afectan derechos fundamentales básicos. De ese modo, en un supuesto en el que se analiza la cooperación necesaria activa de la madre en un delito contra libertad sexual de la hija cometido por un tercero, no admite de ningún modo el error de prohibición en materia sexual (ni en derecho a la vida, integridad, libertad). El Tribunal interpreta que “un derecho tan elemental del ser humano como el de su libertad sexual, no puede de ninguna forma quedar condicionado a circunstancias tales como la del origen cultural de quien lo arremete”. Respecto al error de prohibición, el TS entiende que “solo podrá predicarse de aquellas figuras delictivas propias de un concreto ordenamiento jurídico que suponen la especial protección penal de aquellos bienes que, en términos relativos, son tenidos por tales a efectos de la norma punitiva, en una determinada sociedad y momento histórico, y que, por tanto, de acuerdo con los criterios culpabilísticos de nuestro Derecho penal, no pueden predicarse con carácter absoluto y general para todas las personas, culturas o sistemas jurídicos, pero en modo alguno ha de reconocérsele como causa de exoneración, ni total ni parcial, en relación con infracciones atentatorias contra principios tan básico, hoy en día y superadas ya antiguas y rechazables prácticas pretéritas, como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad en sus diferentes ámbitos, etc”. Termina afirmando: “El Estado de Derecho nunca debe abdicar, obviamente, de sus más elementales esencias, como lo es sin duda el respeto a la dignidad del ser humano,

⁷¹ Ha sido el primer caso en el que se condena en España una ablación de clítoris practicada en Senegal antes de que la autora viajara a España (Juzgado Instrucción nº 3 de Mataró, auto de incoación de sumario el 4 de febrero de 2011, auto de procesamiento 18 de febrero de 2011, juicio celebrado 14 de marzo de 2013). La madre, inmigrante de Senegal, vino a Cataluña en 2010 con sus hijos, una vez que su marido, residente en Cataluña desde 1999, consiguiera permiso para reagrupar a su familia. El 16 de agosto de 2010, la madre, acompañada de su esposo y la menor de sus hijos, nacida en una aldea de Senegal, acudieron al centro de atención primaria de Premià de Mar donde, con motivo de la exploración realizada dentro del protocolo de actuación de niños inmigrantes, le fue apreciada la extirpación del clítoris.

en aras de un relativismo cultural que aloje el fundamento de la decisión penal en las creencias, opiniones o costumbres de un determinado grupo, con el grave riesgo para la adecuada protección de las víctimas”. En consecuencia, al descartar el error de prohibición, el Tribunal no valora el desconocimiento de la ilegalidad de la conducta, el breve tiempo que llevaba residiendo en el país, ni que las normas rectoras de la tribu de origen de la esposa no reconocen a la mujer capacidad para negarse a los deseos del marido.

Como decía, salvo alguna excepción como la anterior, el TS suele acudir a la vía del error de prohibición vencible en delitos sexuales motivados culturalmente. Por ejemplo, la STS núm. 547/2009 de 19 mayo RJ 2009\4484, que analiza una relación sexual consentida entre una chica hondureña de 12 años y un dominicano de 18.⁷² También la STS núm. 266/2012 de 3 abril (RJ 2012\5594), aplicó el error de prohibición vencible en una relación sexual consentida entre un ecuatoriano de 24 años y una ecuatoriana de 12 años de edad al desconocer el autor la ilicitud de tal comportamiento. Lo fundamenta en que, pese a llevar poco tiempo viviendo en España, hubiera podido “con un cierto esfuerzo de conciencia comprender la antijuricidad del hecho en nuestro orden

jurídico”. En esa misma dirección, la Sentencia TS núm. 336/2009 de 2 abril RJ 2009\4151, consideró la existencia de un error de prohibición vencible en la relación sexual consentida entre un ecuatoriano de 24 años de edad y una chica de 12 años, pues, aún siendo conocedor de la minoría de edad de la niña, desconocía que este acto pudiera ser delictivo.

4.2. El error de comprensión culturalmente condicionado como causa de inimputabilidad

El error de prohibición se ajusta perfectamente a los supuestos de incapacidad para acceder al conocimiento del ilícito pero no cuando el error es de *comprensión* en la valoración antijurídica del comportamiento realizado. En efecto, no estamos ante un error de prohibición cuando la cosmovisión del autor, que responde fielmente a la tradición de la comunidad cultural en la que se integra, le impide comprender la ilicitud del comportamiento o la razón universalista que fundamenta la prohibición penal.⁷³ Ahora bien, ante la dificultad de encuadrar el error de comprensión en el error de prohibición ¿qué respuesta dogmática puede ofrecerse?

⁷² El Tribunal considera la presencia de un error de prohibición vencible ya que el autor pudo conocer la contrariedad al derecho de su acción y, por lo tanto, obrar de manera distinta a como lo hizo pues “a pesar de su relativamente corta estancia en España y de que no ha sido comprobado en el proceso –como hubiera sido deseable– si el derecho penal dominicano contiene disposiciones análogas a las del derecho español en esta materia, es evidente que las cuestiones relacionadas con los abusos sexuales cometidos con menores es un tema cotidiano de la sociedad española actual, con importante reflejo en los medios de comunicación. De ello es posible concluir que el acusado hubiera podido con un cierto esfuerzo de conciencia comprender la antijuricidad del hecho en nuestro orden jurídico”.

⁷³ Uno de los autores que más ha cuestionado la solución del error de comprensión como error de prohibición, es Terradillos Basoco, J, al estimar que “desconoce las diferencias estructurales que median entre quien compartiendo la generalidad del ensamblaje valorativo-jurídico, yerra sobre un aspecto concreto del mismo y quien se rige por pautas culturales globales distintas”. Cfr. “Culpabilidad y prevención: anotaciones desde el Derecho español”, en AA.VV., *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin*, ed. Lerner, Córdoba (Argentina), 2001, p. 248. Tampoco admiten aquí el error de prohibición directo, Jericó Ojer, L., *El conflicto de conciencia ante el derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, p. 575; Monge Fernández, A, que opta por el error de prohibición indirecto, descartando el directo, dado que actúa bajo la falsa convicción de estar amparado por una causa de justificación. *El extranjero frente al derecho penal*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 112; C. Vázquez González, aunque propone la atenuación de la pena como alternativa. Cfr. *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos cometidos por inmigrantes (especial referencia a la mutilación genital femenina)*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 199-209; a su vez, la SAP Teruel 26/2001 de 15 de noviembre, (ARP 2011, 1364) niega la posibilidad de integrar los supuestos de error de comprensión en el error de prohibición: “Lo determinante en el error de prohibición es el conocimiento de la antijuricidad, no el reconocimiento de la antijuricidad por un sujeto, esto es, que el sujeto conozca que su conducta es antijurídica, no que la acepta como antijurídica (sin perjuicio de que determinadas situaciones, como las que resultan de la objeción de conciencia o situaciones de colisión entre derechos, para los que el ordenamiento prevé alternativas, merezcan otras soluciones dogmáticas). Igualmente se opone a la aplicación del error de prohibición, la SAP Barcelona, TOL3.794.00213/05/2013, n. 42/2013, cuando afirma que: “La pertenencia de las personas a las que se atribuyen tales prácticas a etnias o grupos culturales con deficiencias de integración social y asunción del bagaje cultural y valorativo de las sociedades europeas obligan a una cuidadosa, sosegada y ponderada valoración de la culpabilidad, partiendo de la alusión contenida en la propia Exposición de Motivos de la norma en cuanto al carácter injustificable de tales prácticas y que con rotundidad se proclama la inviabilidad de cualquier intento de fundamentar la justificación de estos deleznable comportamientos, sin que ello cierre definitivamente el planteamiento en sede de culpabilidad de sus autores cuando se constate un claro y manifiesto aislamiento cultural y social, apuntando la posible aplicación de las reglas del error de prohibición del art. 14.3 del C. Penal, lo cual no cabe postular si lo que hay no es tanto un déficit cognitivo, de conocimiento de la antijuricidad, sino una falta de reconocimiento o asunción interna del contenido valorativo de la norma”.

El Derecho penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural

Hay que recordar que la figura del error de comprensión fue doctrinalmente diseñada por Zaffaroni al censurar como etnocéntrica su ubicación como causa de inimputabilidad. Por el contrario, este autor suscita que en los supuestos en los que no sea exigible la posibilidad de comprender la antijuricidad de la conducta, en el sentido de internalizar las normas, debe aplicarse un error invencible de prohibición en la forma de error de comprensión.⁷⁴ Tesis que se ha plasmado en el artículo 15 del Cp peruano que prevé la exclusión de responsabilidad en el caso de que la cultura o costumbres generen en el sujeto la incapacidad para comprender el carácter ilícito de su acto para determinarse de conformidad a ello. Si lo que ocurre es que solo se produce una disminución de la facultad mencionada, entonces la pena se atenúa. En consecuencia, son dos los supuestos de error sobre la comprensión previstos en este precepto: por un lado, el “error de comprensión culturalmente condicionado” y, por otro, el de la “conciencia disidente”. Desde esta posición, los casos de error de comprensión culturalmente condicionado se resuelven como error de prohibición directo.⁷⁵

Pero, la interrogante sigue sin resolverse, ¿esta forma de definir el error de comprensión se corresponde verdaderamente con el error de prohibición o se adecúa mejor a una de las causas de inimputabilidad? Con razón, Hurtado Pozo, ha expuesto que el artículo 15 del Cp peruano, más que identificarse con la figura del error de prohibición está ofreciendo una solución en el marco de las causas de inimputabilidad. Apoya su tesis en que tiene la misma estructura que el artículo 20, inciso 1, que regula la inimputabilidad: “la no comprensión del carácter delictuoso del acto o la incapacidad de determinarse...”. La diferencia

aparentemente radica en que el artículo 15 habla de la “cultura” o las “costumbres” del agente, mientras que el artículo 20, inciso 1, se refiere a una “anomalía psíquica”, “grave alteración de la conciencia”, o “alteración de la percepción”.⁷⁶

Por tanto, la cuestión a dilucidar es si el autor pudo llegar a conocer la norma que prohibía su actuación o si, conociéndola, fue incapaz de comprender su significado. Si acontece esto último, no hablamos técnicamente de un error de prohibición sino de un supuesto de inimputabilidad. Además, el mayor inconveniente que presenta concebir el error de comprensión como error de prohibición, más allá de que el error de prohibición del art. 14.3, pueda extenderse a los supuestos de conocimiento del ilícito sin comprender la razón de la antijuricidad, como error de prohibición indirecto, reside en que si el error es invencible no habría sanción, por lo que se mantendría la actualidad del peligro respecto al bien jurídico. De hecho, en una ablación, impune por aplicación de la exención citada, la peligrosidad permanece intacta si el autor tiene hijas aún no mutiladas (quedando siempre abierta la posibilidad de la participación en ablaciones de otras niñas).⁷⁷

Ante esa dificultad, el sistema penal colombiano ha construido una *causa de inimputabilidad* basada específicamente en la diferente “cosmovisión cultural”: está prevista expresamente en el art. 33 del Código penal (Ley 599 de 2000, de 24 de julio) que dispone: “*Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares*”.⁷⁸

⁷⁴ Cfr. Zaffaroni, E. R. *Manual de Derecho penal. Parte General*. Ediar, Buenos Aires, 1999, p. 549. Se conceptúa el error de comprensión culturalmente condicionado –cuando el individuo se ha desarrollado en una cultura distinta de la nuestra y ha internalizado desde niño las pautas de conducta de esa cultura– como un caso de conciencia disidente. Cfr., *op. cit.*, p. 550.

⁷⁵ En contra, Höffe, descarta al extranjero realmente exótico ya que, a su juicio, sencillamente no existe en el Derecho y en el caso de que existiera se podría exigir de él con toda razón, el reconocimiento de los correspondientes delitos. Cfr. Derecho penal intercultural, cit, p. 155.

⁷⁶ Cfr. Hurtado Pozo, J. <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/HurtadoPozo2>; del mismo, “Impunidad de personas con patrones culturales distintos”, Poder Judicial. Pleno Jurisdiccional Regional Penal.

⁷⁷ Zaffaroni contesta a esta crítica aludiendo a que el artículo 34, tercer párrafo, 1 del Cp, prevé una medida de seguridad, reclusión en establecimiento adecuado hasta que desaparezcan las condiciones que le hacen peligroso. Cfr. Zaffaroni, E. R. *Manual de Derecho penal. Parte General*. Ediar, Buenos Aires, 1999, p. 551.

⁷⁸ Aclara Velásquez Velásquez, que esta causa de inimputabilidad por diversidad sociocultural concurre cuando por factores de raza, cultura, creencias políticas, entorno social, etc, se realiza “una conducta típica y antijurídica en situaciones de incapacidad de libre motivación”. Cfr. Velásquez Velásquez, F. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Sexta Edición. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá, 2014, p. 557. Sobre este asunto, C. A. Becerra Becerra, “La jurisdicción especial indígena y el derecho penal en Colombia: Entre el pluralismo jurídico y la autonomía relativa”, *Revista El Otro Derecho*, 35, 2006, pp. 213 y ss.

La solución del error de comprensión culturalmente condicionado a través de una causa de imputabilidad fue puesta en duda por la Corte Constitucional colombiana en la SC 370/2002, de 14 de mayo.⁷⁹ Se cuestiona el posible sesgo peyorativo que conlleva dirigido a la comunidad cultural de que se trate (no solo a sus miembros integrantes), al calificarse la diversidad socio-cultural como un “estado” similar, o situado en el mismo plano que la “inmadurez psicológica” o el “trastorno mental”.⁸⁰ Pero, al tiempo, el Tribunal es consciente de la controversia que despierta ubicar el error de comprensión de la ilicitud por factores culturales en el marco del error de prohibición. En esta situación de incertidumbre, y ante la posibilidad de no encontrar amparo legal alguno, ha preferido defender la constitucionalidad de esta causa de inimputabilidad, con la siguiente reserva:⁸¹ debe precisarse por el juez (en la sentencia) que la inimputabilidad *por diversidad sociocultural* no deriva de una incapacidad de la persona sino *exclusivamente* de una cosmovisión diferente, es decir, que está motivada por una distinta perspectiva de las cosas, en la diferencia de racionalidad de las comunidades culturales, solo así es posible eliminar los posibles efectos peyorativos de la figura.

Del mismo modo, en el sistema penal español, el error de comprensión culturalmente condicionado debe resolverse en el ámbito de la culpabilidad. De

hecho, existen dos opciones: la primera, de *lege data*, dentro de la denominada alteración de la conciencia de la realidad, alteración de la percepción, que, por supuesto, debe ser revisada y reformulada puesto que su denominación es anacrónica,⁸² atendiendo a la dispareja valoración de la realidad por pertenencia a una comunidad cultural diferente. Una tesis que en la doctrina española ha sido defendida por Terradillos Basoco, cuando así interpreta la percepción referida a los valores culturales que se reflejan en las normas penales de las que carece el miembro de la comunidad minoritaria con valores distintos a los hegemónicos.⁸³ La segunda posibilidad consistiría en crear de *lege ferenda* una nueva causa de inimputabilidad que aluda expresamente a la diversidad socio-cultural, semejante a la existente en el artículo 33 del Cp colombiano.

Por lo demás, tener en cuenta la identidad cultural, la diferente cosmovisión por la conciencia de pertenencia a una determinada comunidad cultural en el sentido del Convenio 169 OIT, el recurso al error de comprensión (basados en factores culturales) no quiere decir, ni se pretende, que deje de garantizarse la salvaguarda de los bienes jurídicos esenciales de la comunidad. Precisamente si valoramos el alcance de la diversidad cultural en el marco del juicio de culpabilidad, se garantiza el desvalor del comportamiento como contrario a derecho, la calificación antijurídica de la conducta en tanto lesiva de bienes

⁷⁹ Llegando a afirmar que declarar inimputable por identidad cultural –diversidad socio-cultural– puede significar la criminalización de la comunidad cultural. Es una forma de explicar que el delito se ha cometido por el “supuesto mal que lo aqueja, que no es otro que su diversidad cultural”. *Cfr.* Sentencia de la Corte Constitucional C-370-02, de 14 de mayo de 2002. Por esa razón, la Corte estimó que la expresión inimputabilidad por “*diversidad sociocultural*” del artículo 33 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal, únicamente satisface los criterios de constitucionalidad cuando se dan dos requisitos: 1. Que la inimputabilidad no se derive de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente, y 2, que en casos de error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, debe eximirse de responsabilidad y no recurrir a la inimputabilidad. Por el contrario, declaró inconstitucional el número 4° del artículo 69 y el artículo 73 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal relativo a las medidas de seguridad y concretamente a la reintegración al medio cultural propio. El Tribunal consideró que se afectaba el principio de igualdad ya que tal medida no podría aplicarse a un extranjero no integrante de una comunidad (esto es, un extranjero no indígena o que no se integra en un grupo con autoridad propia reconocida por el Estado) puesto que no se podría reintegrar a su medio cultural. En tales ocasiones, no podría aplicarse la inimputabilidad porque no cabe, por el motivo expuesto, la medida de seguridad prevista por la ley. Sin embargo, sí es factible el error de prohibición cuando desconozca la prohibición y no haya podido llegar a conocerla y tampoco puede aplicarse el error de prohibición ya que no está previsto expresamente sino en el contexto de la inimputabilidad. Al declarar constitucional el concepto de inimputabilidad por razón socio-cultural e inconstitucional la medida de seguridad consistente en la reintegración a la comunidad cultural, estamos en presencia de un caso de responsabilidad penal sin consecuencias penales por lo que el inimputable puede permanecer en el ámbito cultural oficial sin que se le aplique la medida de seguridad.

⁸⁰ Piénsese que, también en el plano penal, la sentencia n° C-139/96, declaró inconstitucionales los artículos 1, 5 y 40 de la Ley 89 de 1890, que limitaban la diversidad étnica y la identidad cultural y empleaban términos humillantes como “salvajes”, “reducción a la civilización”, “indígena incapaz relativo”. Además, esta fue la primera sentencia que reconoció la plena autonomía indígena.

⁸¹ Véase Sentencia de la Corte Constitucional C-370-02, de 14 de mayo de 2002.

⁸² No hay, en sentido estricto, ninguna alteración de la percepción en quién posee una cultura diferente.

⁸³ Terradillos Basoco, “Culpabilidad y prevención”, *cit.*, p. 248. Posición que vuelve a defender en Culpabilidad-Responsabilidad, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_14.pdf; *Anuario de Derecho Penal. 2003*, ed. Pontificia Universidad Católica del Perú-Universidad de Friburg, pp. 345 y ss.

El Derecho penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural

jurídicos esenciales, con lo que se salvaguarda así el bien jurídico afectado. Así se pronuncia también la SC 370/2002, de 14 de mayo, Corte Constitucional colombiana, cuando señala que el diálogo intercultural que así se establece –bajo los parámetros mencionados– tiene también la finalidad de manifestar que, desde la diversidad de cosmovisión, la conducta del autor no es permitida en el contexto cultural del sistema jurídico general, un diálogo que tiene, por ello, fines preventivos.

En consecuencia, no se invoca aquí la diversidad/identidad cultural como coartada para la vulneración de derechos humanos pues la conducta culturalmente condicionada es considerada delictiva,⁸⁴ sino con otra finalidad, graduar, en su caso, la culpabilidad conforme a las reglas generales del sistema penal.

Ahora bien, la decisión político-criminal de tipificar expresamente prácticas derivadas de usos culturales de una comunidad como símbolo de integración en la misma –mutilación genital o el proyectado delito de matrimonio forzado–,⁸⁵ tal vez pretenda cerrar el paso a esta exigencia de valoración.⁸⁶ Su expresa tipificación parece descartar cualquier recurso a la diversidad cultural –al condicionamiento *de quienes son*

culturalmente diversos, a la diferencia de racionalidad y cosmovisión de las comunidades culturales–⁸⁷ como factor susceptible de ser encuadrado en cualquiera de las figuras que gradúan la culpabilidad. Esta misma finalidad la encontramos en las decisiones judiciales y opiniones doctrinales que niegan *a priori* el carácter cultural de tales prácticas y excluyen el dialogo intercultural cuando se afectan derechos fundamentales (libertad sexual, integridad física o moral).⁸⁸

Una cosa es reconocer como ilícitas tales prácticas, sin negar la posibilidad de graduación de la responsabilidad en función de la diversidad, y otra, mantener una posición que *ex ante* impugna el carácter cultural de tales tradiciones y la imposibilidad de atenuar la pena.⁸⁹

Es como si en Alemania se tipificara específicamente, de forma autónoma, dentro de las modalidades de maltrato animal, el ensañamiento con el toro porque se considera que no se puede concebir la “fiesta nacional” como una práctica cultural, o, dentro de los delitos de lesiones, marcar a las recién nacidas con pendientes perforados en los lóbulos de las orejas para que se identifiquen como *niñas*. ¿Por qué tipificar unas conductas y no otras?, ¿no se pretende tal vez

⁸⁴ Prohibición establecida en el artículo 4 de la Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad cultural (2002), art. 2.1 Convención de la ONU sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, de 20 de octubre de 2005; art. 8.2 Convenio 169 OIT.

⁸⁵ Un argumento contrario a la graduación de la responsabilidad del culturalmente diferente se encuentra en la regulación independiente de delitos culturales. Si ya carece de sentido tipificar como delito autónomo la ablación del clítoris, al ser una modalidad del delito de lesiones, como arrebato de imperialismo cultural (principio de justicia universal) debe tildarse la reforma sufrida por la Ley Orgánica del Poder Judicial –art. 23.4, apartado g)–, al otorgar competencia jurisdiccional a los Tribunales españoles para conocer de los delitos relativos a la mutilación genital femenina siempre y cuando los responsables se encuentren en España. Esa idea de no admitir la atenuación o exención de la responsabilidad del culturalmente diferente se refuerza en la Exposición de Motivos de la ley 3/2005, de 8 de julio por la que se modifica el artículo 243.4, apartado g) de la L.O.P.J. En la misma se afirma que el hecho de que la mutilación sea considerada como parte de la cultura de un determinado país no puede considerarse una justificación para no prevenir, perseguir y castigar semejante vulneración de los derechos humanos. Por su parte, el Proyecto de CP de 2013 ha regulado en el artículo 172 bis, el matrimonio forzado. Con relación a esta figura, Maqueda Abreu ha expuesto lo absurdo de su regulación expresa ya que los tipos genéricos de coacciones o amenazas cumplían suficientemente la función de protección del bien jurídico, y denuncia que la pretensión de la reforma es “visibilizar a determinadas minorías étnicas como trasgresoras de un código cultural hegemónico a través de un mensaje de intolerancia que es conscientemente discriminatorio y estigmatizante”. *Cfr.*, Maqueda Abreu, ML. El nuevo delito de matrimonio forzado: art. 172 bis CP. En *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Código penal de 2012*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 544, 546.

⁸⁶ En este sentido, podrían contrariar el art. 9 del Convenio OIT.

⁸⁷ Como reconoce la Sentencia Tribunal Supremo núm. 835/2012, de 31 octubre, “Sin duda uno de los factores más acusados de la sociedad actual, también de la española, es el alto grado de interculturalidad que presenta como consecuencia de las fuertes corrientes migratorias”, admitiendo la coexistencia de grupos que proceden de otras culturas y tienen ritos y prácticas muy diferentes a los de los países de acogida.

⁸⁸ “Ello no puede ser excusa para elaborar una teoría del “error de prohibición fundado en los factores culturales a los que pertenece el sujeto” (Sentencia TS núm. 835/2012 de 31 octubre).

⁸⁹ En una manifestación de intransigencia, minusvalorando determinadas tradiciones, la Sentencia TS núm. 835/2012 de 31 octubre afirma rotundamente: “La ablación del clítoris no es cultura”. Del mismo modo, cabe reprochar la alusión de cultura atrasada” que emplea la STS nº 651/2010, de 24 de junio de 2010. E igualmente censurable es la STS nº 1461/2005, de 25 de noviembre de 2005, al señalar que aunque las mujeres eran aparentemente libres “*de países muy diferentes que arrastran unos miedos y creencias propias de esas culturas más atrasadas...*”. Puede compararse el parecido razonable entre estas sentencias de los Tribunales españoles y los artículos 1, 5 y 40 de la Ley 89 de 1890 de Colombia.

estigmatizar directamente a una concreta comunidad cultural?⁹⁰

No es necesario resaltar una modalidad concreta de abuso sexual, mutilación genital o matrimonio forzado culturalmente condicionado, los tipos penales generales ya protegen de modo suficiente el bien jurídico respectivamente afectado. Basta, por tanto, con aplicar las reglas del sistema penal para ofrecer una respuesta coherente, en función del plano valorativo seleccionado.⁹¹

Retornando a la cuestión del error de comprensión, decíamos que los supuestos de imposibilidad de comprensión de la antijuricidad no deben resolverse a través de la técnica del error de prohibición sino como un supuesto de inimputabilidad. Una inimputabilidad que no es consecuencia de una base biológica sino de la convivencia en una cultura diferente a aquella en la que está integrado el autor. En tales situaciones, el sujeto puede conocer perfectamente la ilicitud de su comportamiento, lo que no puede asimilar es su antijuricidad y obrar conforme a ese conocimiento. En definitiva, es incapaz de interiorizar la norma penal a causa de su cultura, no ha tenido un acceso normal al imperativo contenido en la norma o no ha estado en condiciones de autorregular su conducta de acuerdo con él.⁹²

Resumiendo, en los conflictos culturales pueden darse varias situaciones con soluciones diferentes: en los supuestos de imposibilidad de acceder al

conocimiento de la ilicitud del comportamiento debe aplicarse el error de prohibición invencible. Solo sería vencible cuando el autor culturalmente motivado hubiera podido en abstracto y en concreto acceder al conocimiento de la ilicitud a través de los medios de información disponibles que, de modo objetivo, hubieran evitado tal error. La única objeción al recurso al error de prohibición radica en que de valorarse el error como vencible habría que condenar atenuando la pena, una pena que carece de sentido en casos de identidad cultural por no cumplir un fin constitucional. Otra cuestión distinta es que el autor conozca la ilicitud pero no pueda comprender la razón de la prohibición. En estos casos de error de comprensión no puede acudir al error de prohibición pues el autor conoce la ilicitud pero no percibe la antijuricidad del comportamiento por identidad cultural. Nos encontramos entonces en el ámbito de la inimputabilidad, excluyendo cualquier referencia a razones biológicas, y centrándonos únicamente en las razones de identidad que dificultan al culturalmente condicionado el acceso a la comprensión del injusto.

Como ya se expuso, de *lege data*, es factible el recurso a la eximente de alteración de la percepción del artículo 20.3º Cp,⁹³ en la construcción de un Derecho penal Intercultural que valore la identidad cultural sin que tal consideración comporte la humillación del diferente y la desprotección de los bienes jurídicos de

⁹⁰ A tal efecto, la L.O. 3/2005 de 8 de julio, acordó perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina –art. 23.4 LOPJ epígrafe g– Pero lo cierto es que si se sanciona la ablación de clítoris, consecuentemente habría que hacer lo mismo en los supuestos de circuncisión, tal como se ha hecho en Alemania. En efecto, el Tribunal de Colonia ha considerado como delito de lesiones la práctica de la circuncisión puesto que es una modificación contraria al interés del niño, que debe decidir más tarde, por sí mismo, su pertenencia a una religión concreta. Al respecto, Valerius plantea que es más una cuestión sobre la libertad de decisión, sobre la eficacia del consentimiento en una lesión corporal, que un debate en torno a la identidad cultural del que consiente. *Cfr.* Valerius Brian, *Kultur und Strafrecht. Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*. Duncker Humblot, Berlin, 2011, P, 160. Por su parte, Torres Fernández, exige una norma que regule la circuncisión que debería reunir los siguientes requisitos: sanitarios cualificación de la persona que ha de practicarla, forma de intervención, requerimientos técnicos de la clínica o el lugar en que se va a practicar. Jurídicos, personas legitimadas para consentir por el menor de edad cuando le falte la capacidad natural para hacerlo, del menor cuando tenga capacidad... *Cfr.* Viejos ritos, nuevos conflictos: la circuncisión masculina. Estado de la cuestión. En *Delitos y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos comparados*. Atelier. Barcelona, 2014, p. 174. Como también habría que sancionar otra práctica habitual en Europa, la extirpación del órgano genital interno –no desarrollado plenamente– del que nace sin un sexo definido (hermafrodita).

⁹¹ *Cfr.* Roca De Agapito, que tampoco considera necesario crear una figura específica pues basta con la teoría jurídica del delito, *op. cit.*, p. 205.

⁹² No se puede hablar de un Derecho penal Intercultural sin respeto a la identidad cultural ni puede exigirse que interiorice un catálogo de valores contrario a su cultura. *Cfr.* Escudero Alday, “Tensiones conceptuales en el liberalismo y en el multiculturalismo”. En *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008, p. 47.

⁹³ Eso sí, empleando exclusivamente criterios normativo-valorativos, como ha defendido, entre otros, Quintero Olivares, G, La reforma de 1983, en Quintero Olivares; Muñoz Conde, F, Destino, Barcelona, 1983, pp. 82 y ss. Ya en 1982, Bustos Ramírez, J, elaboró un planteamiento de la imputabilidad valorativo- normativista desde la teoría de las subculturas criminales y la psiquiatría alternativa que abrió las puertas a la aplicación de la eximente de alteración de la percepción en casos de conflictos culturales. *Cfr.* Bustos Ramírez, J. “Revisión crítica de la imputabilidad a la luz de la teoría de las subculturas y la psiquiatría alternativa”, *En Derecho Penal y Ciencias Sociales*, U.A.B., Barcelona, 1982, pp. 190 y ss.

El Derecho penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural

la sociedad de acogida.⁹⁴ Sin duda, la evolución en la interpretación judicial del contenido de esta eximente –desde que el legislador de 1983 sustituyó el término “sordomudo de nacimiento” por el de “alteración de la percepción”– confirma la expectativa de que pueda servir para eximir o atenuar la responsabilidad del culturalmente diverso. Una eximente que ha pasado de emplearse exclusivamente en supuestos en los que existía una deficiencia sensorial (sordomudez, ceguera, autismo...), que impedía el conocimiento de la realidad, a supuestos de falta de comprensión motivada por la ausencia de instrucción o educación (Sentencia núm. 170/2011 de 24 marzo RJ 2011/2910).⁹⁵ Quizá la sentencia que mejor ha explicado el actual contenido de la eximente sea la STS núm. 1135/2006, de 16 noviembre RJ 2007/503.⁹⁶ En ella se afirma que “el juicio de imputabilidad no solo ha de referirse al estado psíquico del sujeto, afectado de una anomalía o de una alteración profunda de su estructura mental, sino también habrá de tenerse en cuenta que el

individuo es un ser social que desenvuelve su vida en un determinado y concreto ámbito sociocultural que, sin duda alguna, influye en su estructuración como persona, de manera que la conciencia de la antijuridicidad puede variar en función de las distintas alternativas sobre las que se haya podido desarrollar su personalidad y que afectan al nivel familiar, al laboral, a la formación escolar, a la formación en valores, éticos y sociales, etc”.

Las consecuencias de emplear esta eximente son las siguientes: en el caso de eximente completa, podría recurrirse a la medida de seguridad en centros educativos especiales en los que se pondría al autor al tanto del significado del derecho fundamental vulnerado.⁹⁷ De ese modo, si los padres autorizan la ablatión de su hija conociendo el carácter ilícito de tal comportamiento pero sin comprender la razón de tal prohibición por su identidad cultural, el comportamiento es delictivo sin que pueda sustentarse la exclusión de la sanción. Además, ante la prognosis de

⁹⁴ En contra del recurso a la figura de la alteración de la percepción, aunque con matices, se manifiesta Carmona Salgado, C, al entender que tal opción representa un peligro para la seguridad jurídica. Cfr. Carmona Salgado, C. “Alteraciones en la percepción, anomalías y alteraciones psíquicas y error de prohibición”. En *Estudios de Derecho penal*. En memoria del Prof. Juan José Bustos Ramírez (Hernán Hormazabal coordinador). Ubijus, México, 2011, p. 10; de la misma, Comentario al artículo 20.3º del Código Penal. La eximente de alteraciones de la percepción. T. II, Edersa, Madrid, 1999, pp. 296 y 297. Del mismo modo, Fernández Torres no acepta esta eximente en los supuestos analizados al considerar que “no parece asumible sobre la base del texto de la ley, si bien quienes vienen de una cultura diferente y no comparan las mismas valoraciones que las plasmadas en el ordenamiento jurídico, puede decirse que padecen el mismo efecto que el producido por dichas alteraciones, ...sin embargo, de ellos, no puede afirmarse que padezcan el sustrato material de la eximente del art. 20.3 CP; en tanto que la socialización en unos valores culturales diferentes a los mayoritarios no puede considerarse, propiamente, que sea una “alteración de la percepción”. Cfr. Torres Fernández, E. *Identidad, Creencias y Orden penal: la eximente cultural*. AFDUAM 17 (2013), p. 436.

⁹⁵ El Tribunal lo interpreta como una falta de comprensión causada por una merma importante e intensa en su acceso al conocimiento de los valores propios de las normas penales.

⁹⁶ Se expone que: “la aplicación de la Ley penal el ordenamiento, y sus aplicadores, deben utilizar los instrumentos precisos para asegurar, desde luego, la igualdad en la aplicación penal lo que supone, no solo la aplicación igualitaria de la Ley a los supuestos sustancialmente iguales, también posibilitar que en la aplicación de la Ley penal, se tengan en cuenta las desiguales condiciones de los ciudadanos ante la Ley penal esto es, a situaciones en las que la desigualdad se concreta en un deteriorado acceso a la educación, a las ventajas de la sociedad del bienestar, a las situaciones de desestructuración social y familiar que pueden ir anejas a la desigualdad, propiciando que las situaciones de falta de socialización o de acentuados déficits puedan ser tenidos en cuenta por la norma penal en la fijación de la responsabilidad cuando esa situación ha generado una socialización anómala”. Y continúa: “las condiciones de desigualdad, graves y relevantes, pueden afectar de distinta manera a la imputabilidad y es graduable con arreglo a las herramientas que previstas en el Código permiten proporcionar la consecuencia jurídica a las condiciones de imputabilidad realmente existentes, cuando las condiciones de desigualdad suponen una anulación o una reducción de su imputabilidad. Finalmente, y tal como se expuso, en todos los supuestos de identidad cultural en conflicto con derechos fundamentales es imprescindible recurrir al peritaje antropológico. Pues bien, en esta sentencia de 2006 se exige en la acreditación de la imputabilidad, la realización de las “hojas personales” “en las que se recojan aquellos datos relevantes, en principio, a la individualización judicial de la pena, y que, en casos concretos, permiten obtener información sobre situaciones límites que, concretamente analizados desde las periciales de contenido social, evidencian alteraciones importantes de la socialización que pueden dar lugar a una reducción, de la consecuencia jurídica cuando, repetimos, adquieren una relevancia en la imputabilidad”.

⁹⁷ Meini Méndez mantiene que “en los casos en que el *extraneus* cultural realizara un acto que vulnera algún derecho fundamental resulta legítimo imponer una medida de seguridad, ajena a cualquier fin terapéutico o de rehabilitación y orientada, más bien, a comunicar que en una sociedad pluricultural la diversidad cultural no es algo irrestricto, y que el mantenimiento de dicho modelo de sociedad importa la necesidad de respetar determinados mínimos básicos que reciben el nombre de derechos fundamentales”. Cfr. Meini Méndez, I. “Inimputabilidad Penal por Diversidad Cultural-Sobre el artículo 15º del Código Penal”. En *JUS Doctrina & Práctica*. N° 8. Agosto. Grijley. Lima. 2008. Por su parte, Terradillos Basoco habla de medidas educativas, que, por razones obvias, han de ser voluntarias y, en cuanto integradoras en contextos democráticos, de mínimos, es decir, respetuosa de la pluralidad a conciliar con el mundo de valores intangibles, por imprescindibles, que es tutelado en las leyes penales”. Cfr. Terradillos Basoco, Culpabilidad y Prevención, *cit.*, p. 248.

peligrosidad, resulta necesario el recurso a una medida de seguridad educativa. No se trata de reconverter al disidente cultural sino de explicarle los motivos de la protección de los derechos conculcados. Ahora bien, si continúa sin percibir la razón de la prohibición, habría que recurrir *–lege ferenda–* a la expulsión del autor a su propia comunidad ante el riesgo de reiteración de la misma conducta.

En el caso de eximente incompleta, se aplicaría el sistema vicarial, igualmente iría a un centro de educación específico y la opción de la pena que resta por cumplir *–en el supuesto de seguir sin comprender la prohibición–* quedaría descartada al no satisfacer ninguno de los fines preventivos constitucionales, ni la prevención general ni la especial justifican la reacción penal, por lo que de *–lege ferenda–* debería ser sustituida por la expulsión. Por último, resta el recurso a la atenuante analógica vinculada a la eximente de alteración de la percepción que solo permite la rebaja de una pena que, como digo, carece de sentido. Respecto a esta última posibilidad la SAP AVILA, 21/2004, 27 de enero, la aplicó en un delito de asesinato cometido por una persona de etnia gitana motivado por una anterior agresión a su hijo y esposa. El Tribunal estimó la atenuante analógica por varios motivos, el primero, su bajo nivel cultural, lo que unido a la peculiaridad cultural de la etnia a la que pertenece, le puede suponer una apreciación distorsionada de los valores socialmente admitidos y disminuir sus mecanismos de inhibición. De modo similar, la STS núm. 570/2003 de 17 abril, RJ 2003\5197, considera que es factible la atenuante analógica, aunque la rechaza en el caso concreto, en casos de inadaptación al medio social por afectación de la voluntad en consideración a la disminución de los frenos inhibitorios que en estas situaciones de marginación pueden producirse.

5. Bibliografía

- Amin, S. (1999). *El capitalismo en la era de la globalización*. Paidós, Barcelona.
- Balibar, E. (2003). *Nosotros ¿ciudadanos de Europa?* Madrid, Tecnos.
- Baratta, A. “El estado-mestizo y la ciudadanía plural. Consideraciones sobre una teoría mundana de la alianza”. (2000) En H. Silveira Gorski (coord.), *Identidades comunitarias y democracia*. Trotta, Madrid.
- Barcellona, P. *Quale Politica per il terzo millennio?*. Dedalo, Bari, 2000.
- Bauman, Z. (2003). *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*. Editorial S. XXI, Madrid.
- Beck, U. (2005). *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*. Paidós, Sociedad y Estado. Barcelona.
- Bilbeny, N. (2002) *Por una causa común. Ética para la diversidad*. Gedisa, Barcelona.
- Borja Jiménez, E. (2001). *Introducción a los fundamentos del Derecho penal indígena*, Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia.
- _____, (2006). “Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena”, en *Diversidad cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia.2006.
- _____, (2008). “Derecho indígena sancionador y derechos humanos”. En *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- Borón, A. (2002). *Imperio/Imperialismo*. Paidós, Buenos Aires.
- Bustos Ramírez, J. (1982). “Revisión crítica de la imputabilidad a la luz de la teoría de las subculturas y la psiquiatría alternativa”, En *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, Barcelona, 1982.
- Carmona Salgado, C. “Alteraciones en la percepción, anomalías y alteraciones psíquicas y error de prohibición”. En *Estudios de Derecho penal*. En memoria del Prof. Juan José Bustos Ramírez (Hernán Hormazabal coordinador). Ubijus, México, 2011; de la misma, Comentario al artículo 20.3º del Código Penal. *La eximente de alteraciones de la percepción. T. II*, Edersa, Madrid, 1999.
- Capusiri, H. (2009). *Justicia Comunitaria*. Kipus. Cochabamba.
- Cerezo Mir, J. (2007). La regulación del error culturalmente condicionado en el Código penal peruano. En Homenaje a Ruperto Núñez Barbero, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca.
- D’Agostini, F. (2000). *Analíticos y continentales*. Cátedra, Madrid.
- Eagleton, T. (1998). *Las ilusiones del posmodernismo*. Paidós, Barcelona.
- Escudero Alday, R. (2008). “Tensiones conceptuales en el liberalismo y en el multiculturalismo”. En *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

El Derecho penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural

- Estévez Araujo, J. A. (2000). "Ciudadanía Cosmopolita versus globalización neoliberal" en, H. Silveira Gorski (coord.), *Identidades comunitarias y democracia*. Trotta, Madrid, 2000.
- Ferré Olivé, JC, "Diversidad cultural y sistema penal". *Revista Penal*, nº 22, julio, 2008.
- Grüner, E. (2002). *El fin de las pequeñas historias. De los estudios culturales al retorno (imposible) de lo trágico*. Paidós, Buenos Aires.
- Guerra Palmero, M. J. (1999) "La disputa en torno a la comunidad o la deriva antifundamentalista del continente Habermasiano" en, *Isegoria*, nº 20.
- Habermas, J. (1999). "La idea Kantiana de la paz perpetua. Desde la distancia histórica de 200 años" en, *La inclusión del Otro. Estudios de Teoría política*. Paidós, Barcelona.
- Höffe, O. (2000) *Derecho intercultural*. Gedisa, Barcelona.
- Honneth, A. (1988). *Kritik der Macht. Reflexionsstufen einer kritischen Gesellschaftstheorie*. Frankfurt.
- _____, (1997). *La lucha por el reconocimiento*. Crítica, Barcelona.
- Hurtado Pozo, J, <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/HurtadoPozo2>; del mismo, "Impunidad de personas con patrones culturales distintos", Poder Judicial. Pleno Jurisdiccional Regional Penal.
- Iacono, A. M. (2000). "Raza, nación, pueblo: caras ocultas del universalismo" en H. Silveira Gorski (coord.), *Identidades comunitarias y democracia*. Trotta, Madrid.
- Jakobs, G. (2012). Recensión al libro "*Kultur und Strafrecht*", Valerius B, en *Goltdammer's Archiv Für Strafrecht*, V.I, número 159.
- Jericó Ojer. (2007). *El conflicto de conciencia ante el derecho penal*, La Ley, Madrid.
- Jullien, F. (2010). *De lo universal, de lo uniforme, de lo común y del dialogo entre las culturas*. Siruela. Madrid.
- Kymlicka, W. (1996). "Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal" en, *Isegoria*, nº 14.
- Macías Caro, VM. (2012). ¿Hay que castigar a las "Otras" Culturas? Una respuesta desde Italia. En De Maglie, C, *Los delitos culturalmente motivados. Ideología y modelos penales*. Marcial Pons, Madrid, 2012.
- De Maglie, C. (2012). *Los delitos culturalmente motivados. Ideología y modelos penales*. Marcial Pons, Madrid.
- Maqueda Abreu, ML. (2013). El nuevo delito de matrimonio forzado: art. 172 bis CP. En *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Código penal de 2012* (Javier Álvarez-Dopico Fernández), Tirant Lo Blanch, Valencia..
- Mardones, J. M. (1994). "El neo-conservadurismo de los posmodernos" en *En torno a la posmodernidad*. Anthropós, Bogotá.
- Meini Méndez, Iván. (2008). Inimputabilidad Penal por Diversidad Cultural-Sobre el artículo 15º del Código Penal en *JUS Doctrina & Práctica. N° 8*. Agosto. Grijley. Lima.
- Monge Fernández, A. (2008). *El extranjero frente al Derecho penal*. Bosch. Barcelona.
- Mouffe, C. (1999). *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*. Paidós, Barcelona.
- _____, (2003). *La paradoja democrática*. Gedisa, Barcelona.
- Quintero Olivares, G. (1983). La reforma de 1983, en Quintero Olivares; Muñoz Conde, F, Barcelona.
- Roca De Agapito, L. (2014). "Delitos culturalmente motivados". En *Delitos y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos comparados*. Atelier. Barcelona.
- Sáez Rueda, L. (2001). *Movimientos filosóficos actuales*. Madrid.
- Silva Sánchez, J. (2007). "Retos científicos y retos políticos de la Ciencia del Derecho Penal, en *¿Crisis del sistema dogmático del delito?* Cuadernos de Conferencias y artículos, nº 40, Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- _____, (2011). "Ein Kleiner Dialog mit Claus Roxin zum heutigen Strafrecht". Festgabe für Claus Roxin zum 80 Geburtstag. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, nº5/2011.
- Terradillos Basoco, J. (2001). "Culpabilidad y prevención: anotaciones desde el Derecho español", en AA.VV., *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin*, ed. Lerner, Córdoba (Argentina); del mismo, Culpabilidad y responsabilidad, en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_14.pdf; *Anuario de Derecho Penal. 2003*, ed.

- Pontificia Universidad Católica del Perú-Universidad de Friburgo.
- Torres Fernández, E. (2014). “Identidad, Creencias y Orden penal: la eximente cultural”. AFDUAM 17 (2013); de la misma, “Viejos ritos, nuevos conflictos: la circuncisión masculina. Estado de la cuestión”. En *Delitos y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos comparados*. Atelier. Barcelona, 2014.
- Valerius Brian. (2011). *Kultur und Strafrecht. Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*. Duncker Humblot, Berlin.
- Velásquez Velásquez, F. (2014). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Sexta Edición. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá.
- Vitale, E. (2008). “Derechos (de los) indígenas y derechos fundamentales. Una reflexión crítica” En *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- Wellmer, A. (1993). *Sobre la dialéctica de modernidad y postmodernidad. La crítica de la razón después de Adorno*. Visor, Madrid.
- _____, (1994). *Ética y diálogo. Elementos del juicio moral en Kant y en la ética del discurso*. Anthropos, Barcelona.
- Wittgenstein, L. (2003). *Tractatus logico-philosophicus*. Alianza, Madrid.
- Zaffaroni, E.R. (1999). *Manual de Derecho penal. Parte General*. Ediar, Buenos Aires.
- Zizek, S. (2001). *El espinoso sujeto*. Paidós, Barcelona.
- _____, (2005). *Bienvenido al desierto de lo real*. Akal. Cuestiones de antagonismo. Madrid.



¿Puede cumplir la responsabilidad civil ex delicto una función preventiva frente a la delincuencia relacionada con la corrupción pública?: Reflexiones desde el sistema penal paraguayo



Pablo Andrés Rojas Pichler

Universidad de Salamanca

RESUMEN: Este artículo trata de sustentar la postura de que la responsabilidad civil ex delicto puede y debe cumplir una función preventiva que complementa a los demás instrumentos político-criminales con los cuales el Estado hace frente a la criminalidad relacionada con la corrupción pública. Desde sus orígenes el sistema normativo de la responsabilidad civil ex delicto ha cumplido funciones de justicia penal restaurativa al otorgar a los perjudicados por el delito, una posibilidad efectiva de obtener la reparación de los daños que han afectado sus intereses. No obstante, se tiene la convicción de que el eficiente impulso de este instrumentos jurídico por parte del Estado en contra de aquellos funcionarios que hayan sido condenados por delitos de corrupción o contra el patrimonio estatal, constituye un factor disuasorio de futuros comportamientos deshonestos, pues aquel que quisiera utilizar o abusar de su cargo en detrimento del erario, estará obligado a resarcir el perjuicio causado con su propio patrimonio. Esta estrategia pretende que el acto corrupto no sea rentable para su autor con el fin de evitar su comisión.

PALABRAS CLAVE: Corrupción pública, funcionario público, prevención, responsabilidad civil ex delicto, recuperación de activos.

ABSTRACT: This essay seeks to support the position that the crime-based civil liability can and actually must fulfill a preventive function that supplements other political and criminal instruments with which the State faces criminality related to public corruption. Since its beginnings, the normative system of crime-based civil liability has fulfilled the role of restorative criminal justice by granting to those harmed by the crime, an effective possibility to obtain the compensation for damages affecting their interests. Nonetheless, it is believed that the effective strengthening of these legal instruments by the State against public officials who have been convicted for corruption or crimes against the State property serves as a deterrent to future dishonest behavior, since anyone who wants to use or abuse of his position to the detriment of the public assets would be obliged to compensate for the damages caused with his own assets. This strategy is based on the premise that the corrupt act is not profitable for its author, and thus aims to avoid its commission.

KEY WORDS: Public corruption, public official, prevention, crime-based civil liability, recovery of assets.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Probables antecedentes históricos de la responsabilidad civil *ex delicto*. 3. La proyección de la Responsabilidad civil *ex delicto* en el ámbito internacional. 3.1. Convenio civil sobre corrupción del Consejo de Europa. 3.2. Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. 4. Naturaleza Jurídica de la Responsabilidad civil *ex delicto*. 5. Tipificación de la acción civil *ex delicto* y su procedimiento en la Legislación Penal Paraguaya. 5.1. Parte sustantiva. 5.2. Parte procesal. 6. La acción civil *ex delicto* y su efecto preventivo en la lucha contra la corrupción pública. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

Rec: 15-06-2017 | Fav: 01-07-2017

1. Introducción

Un tema de trascendental importancia y que no ha sido destacado en la doctrina, es el estudio de la acción derivada de la responsabilidad civil *ex delicto* como una herramienta jurídica más a ser utilizada por los Estados para evitar la comisión de delitos contra el patrimonio público y de corrupción. La acción civil es destacada en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUC) en el Capítulo V “*Recuperación de activos*”, art. 52, inc. b), como uno de los instrumentos (además del comiso) cuya efectividad no solo es determinante para la recuperación de activos provenientes de los delitos tipificados en dicha convención, sino también para resarcir los daños patrimoniales ocasionados a las víctimas.

La decisión asumida por la CNUC de recurrir a instrumentos del Derecho civil en la lucha contra la corrupción,¹ evoca a lo manifestado por Garófolo (1929, p. 61): “*Dos fines debería buscar todo Estado cuando se comete un delito: la tutela de la sociedad contra semejantes atentados y la reparación del daño. Es en vano esperar que uno y otro fin puedan conseguirse siempre, pero una buena legislación no debería perdonar medio alguno para conseguir dichos fines*”. De hecho, las sanciones puramente penales no son las únicas consecuencias del delito, sino que la responsabilidad civil también lo es, aunque su naturaleza es civil y no se trate de una institución propiamente del Derecho penal. Además, de acuerdo a Landecho Velazco/Molina Blázquez (2010, p. 641), hay posturas

que sostienen que la acción civil pretende, en esencia, la reparación como manifestación de las teorías de la llamada “tercera vía”.

Con la inclusión de esta herramienta, la convención ha tenido en cuenta una realidad indiscutible: de la delincuencia relativa a la corrupción pública, además de las penas y otras consecuencias jurídicas accesorias aplicables, generalmente pueden derivarse efectos de índole civil (Petito; 1992, p. 9). En ese sentido, Antón Oneca (1986, p. 644) sostiene que el delito, además de la pena y de las medidas de seguridad, «puede tener» por consecuencia sanciones civiles de carácter reparador siempre que el hecho delictivo constituya a la vez un ilícito civil (por haber generado un daño).

Por ello González Rus (1992, p. 381) expresa que el ordenamiento jurídico debe ser cauto a la hora de precisar la respuesta que debe dar al comportamiento delictivo, pues de no ser así, la reacción jurídica sería incompleta al no considerar de forma global las consecuencias generadas por el hecho punible. La pena, pues, no es por sí sola instrumento suficiente para agotar el contenido lesivo de la conducta: es preciso dar también satisfacción al otro aspecto del daño, que viene a engendrar la llamada responsabilidad civil derivada del delito.

En efecto, bien puede y debe considerarse que mediante una indemnización o reparación del daño se recupera un activo. En los casos de corrupción que han tenido como resultado un perjuicio económico a una entidad estatal, la acción civil permite la recuperación

¹ Manifiesta Carabajo Cascón (2003, p. 137) que en los últimos tiempos el Derecho privado viene adquiriendo un nuevo papel protagonista en el ámbito del estudio y la lucha contra la corrupción, en lo que podría llamarse una instrumentalización positiva del Derecho privado en la lucha contra la corrupción. De esta manera, el Derecho privado se revela últimamente como mecanismo de prevención alternativo o complementario a la represión propia del Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal.

de un bien o activo –generalmente una cantidad de dinero– que desde un principio debería ser aplicado a los intereses generales de no haberse cometido el acto delictivo, y con ello se consigue la restitución del patrimonio público conculcado al estado anterior a la comisión del delito.² Es por ello que esta figura jurídica se encuentra prevista en el mencionado Capítulo V “recuperación de activos” de la CNUC.

La acción que nos ocupa se erige y fundamenta como un elemento de tutela efectiva de los sujetos afectados por el delito. Con acierto García Ramírez (2003, p. 466) menciona que el ofendido espera y merece una satisfacción por el perjuicio del que ha sido víctima, lo cual, ciertamente, requiere la condena del responsable y la aplicación y ejecución de la pena correspondiente, pero esto no lo libera de la necesidad de reparación, que debiera ser para aquel la primera función de la justicia penal.

La evolución y elevación del derecho de reparación de las víctimas a la esfera internacional, ha sido posible en gran medida por impulso de la moderna victimología.³ Antes de ello, el tratamiento de la delincuencia –incluida la relacionada con la corrupción– era considerado un conflicto surgido entre el

autor y el Estado, que dejaba completamente de lado a la víctima.⁴ Por ello es acertado decir que la acción civil *ex delicto* tiene la función de reparar los daños económicos producidos por la delincuencia en estudio, y se materializa a través de la posibilidad que tiene el Estado perjudicado –como persona jurídica y sujeto de derechos–⁵ de petitionar a los tribunales nacionales que los autores y partícipes que hayan sido objeto de condena, sean obligados a responder de las consecuencias de sus actos y procedan a resarcir⁶ íntegramente con su propio patrimonio el perjuicio que ellos han causado.⁷ No en vano Quintero Olivares (2007, p. 681) ha afirmado que en la responsabilidad civil, sin perjuicio de que en algunos delitos pueda reclamar el propio Estado, es donde el Derecho penal se abre plenamente al interés de la persona física o jurídica perjudicada por el delito.

Esta característica de la acción civil *ex delicto* demuestra que es un instrumento jurídico que también puede ser utilizado con fines preventivos, es decir, para la evitación de futuros delitos, pues todo sujeto que tenga la intención de cometer o participar de un acto de corrupción pública sabrá que en caso de ser descubierto, investigado penalmente y condenado, no solo

² En este sentido se expresa Arlas (1950, p. 96): “*El delito puede lesionar, además, un interés patrimonial, económico, que no se satisface con la imposición de la pena. Para proteger ese interés se da la acción civil, cuyo objeto puede ser la restitución de la cosa, la reparación del daño o la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito*”.

³ Para Petit (1982, p. 17), el panorama actual que tiene el resarcimiento de los daños causados a las víctimas, es fruto de los esfuerzos de la victimología. Mientras el Derecho penal se preguntó en un primer momento ¿qué debemos responder al delito? y luego ¿qué debemos responder al delincuente?, esta ciencia o tendencia del pensamiento penal y criminológico se interroga acerca de ¿cómo debemos responder a la víctima del delito?.

⁴ Al respecto, Maier (1991, p. 31.) se refiere sobre esta circunstancia: “...se trata del tema de moda de la política criminal, no se puede decir, sin un estudio del desarrollo evolutivo del sistema penal, que la víctima esté por primera vez en un plano sobresaliente de la reflexión penal. Estuvo allí en sus comienzos, cuando reinaba la composición, como forma común de solución de los conflictos sociales, y el sistema acusatorio privado, como forma principal de la persecución penal. La víctima fue desalojada de ese pedestal, abruptamente, por la inquisición, que expropió todas sus facultades al crear la persecución penal pública..., ya no importaba aquí el daño real producido, en el sentido de la restitución del mundo al statu quo ante, o cuando menos, la compensación del daño sufrido; aparecía la pena estatal como mecanismo de control de los súbditos por el poder político centra...”. Garófalo (1929, p. 60) menciona que fue el positivismo criminológico el que rescató la cuestión de una manera impropia, cuando, por intermedio de Ferri, incluyó a la víctima y a la reparación entre las funciones y tareas del Derecho penal; más allá aún, la pena integral comprendía la reparación de los daños y este era, como aquella, perseguida oficialmente, sin consideración al interés de la víctima.

⁵ En la legislación paraguaya, la consideración del Estado como persona jurídica y sujeto de derechos, se encuentra consagrada en los siguientes artículos del código civil paraguayo (CC):

Art. 91. *Son personas jurídicas: a) el Estado...*

Art. 96. *Las personas jurídicas poseen, para los fines de su institución, la misma capacidad de derecho que las personas físicas para adquirir bienes o contraer obligaciones, por intermedio de los órganos establecidos. Dentro de éstos límites podrán ejercer acciones civiles y criminales y responder a las que se entablen contra ellos.*

⁶ Mir Puig (2005, p. 55): “*La comisión de un delito puede ocasionar un daño patrimonial y/o moral en la víctima u otros perjudicados. Mediante la pena no se resarce al perjudicado por dicho daño; para ello se prevé la responsabilidad civil. El autor del delito deberá reparar el daño económico causado o indemnizar los perjuicios mediante el pago de una cantidad*”.

⁷ Es preciso aclarar que este tipo de responsabilidad no exige, por ejemplo, la prueba de un nexo entre la sustracción indebida de bienes públicos y un enriquecimiento del patrimonio personal del sujeto activo (en todo caso, estos bienes serán privados de la propiedad del sujeto por aplicación del comiso). Aquí la responsabilidad del sujeto es directa y deriva exclusivamente de la afectación al patrimonio público, y el Estado tiene el derecho de reclamar la reparación en cuanto a que es perjudicado del daño causado.

será pasible de las consecuencias jurídicas previstas en los códigos penales para este tipo de delincuencia (pena privativa de libertad, multa, inhabilitación del cargo público y comiso), sino que además el Estado perjudicado dirigirá una acción civil contra su persona para proceder al embargo y ejecución de sus bienes personales en consecución de los fines anteriormente mencionados.

Desde esta perspectiva, la normativización de la responsabilidad civil *ex delicto* y la obligación de reparar resultante de la misma, ejercen una influencia en el potencial agente corrupto debido a que sus efectos tendrán un impacto directo sobre un interés relevante y necesario para el mismo, ya que podrá verse privado de todo o parte de sus bienes personales para resarcir los daños producidos a las eventuales víctimas del ilícito cometido. Por tanto, la pretensión de la víctima –Estado perjudicado– afectará aquella realidad económica del autor o partícipe en la que normalmente consolida los resultados de sus actividades lícitas, como también y generalmente, los efectos de sus actividades ilícitas: su patrimonio personal. Al respecto expresa ZIPF (1979, p. 154): *“Junto al castigo del hecho punible y la prevención individual a ello conectada respecto al autor, se halla la posibilidad de la prevención general del delito, que no solo reacciona ante el hecho cometido, sino que intenta anticiparse a la perpetración de hechos punibles, tendiendo a privar al delito de un substrato favorable en la persona y en la sociedad. Tal prevención del delito puede tener lugar con relación a personas y con relación a cosas. El caso ideal de prevención sobre personas sería la influencia en autores potenciales antes de que se produzca el hecho”*.

No obstante lo manifestado, lo cierto es que en la *praxis* todavía se recurre poco al ejercicio de la acción civil de reparación del daño dentro del ámbito penal como herramienta de combate frente a la corrupción pública. Esto sería así por dos razones. En primer lugar, debido al alcance restrictivo que tiene el

concepto de víctima pues generalmente, tanto desde el punto de vista de los ciudadanos como normativamente, se lo construye sobre la base de la persona física obviándose que en muchos casos –especialmente cuando se trata de hechos de corrupción– el Estado es el principal y directo perjudicado de los efectos del delito cuando su patrimonio queda menoscabado. Una prueba de ello se refleja en determinados instrumentos internacionales o supranacionales como la Resolución N° 40/34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas⁸ o la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, que dispone medidas de protección a las víctimas y su participación efectiva en los procesos penales, el respeto de sus derechos e intereses y la posibilidad de reparación de los daños que haya sufrido a causa del delito; sin embargo, estos instrumentos solo han circunscripto el concepto de víctima a la persona física que haya sufrido un daño, o a los familiares de una persona cuya muerte haya sido directamente causada por un delito,⁹ sin hacer referencia al Estado. En segundo lugar, muchas legislaciones nacionales no han tenido en cuenta dentro del sistema penal la previsión de una concreta acción civil *ex delicto* al Estado y un específico procedimiento para efectivizarla rápidamente, o en el caso de haberlos previsto, no se los utiliza eficazmente.¹⁰

En cambio, este no es el caso de la realidad jurídica del Paraguay puesto que su sistema penal no solo reconoce al Estado como potencial víctima de delitos, sino que también le concede como perjudicado una acción civil de reparación del daño, legitimando a la Procuraduría General de la República, como representante legal del Estado, a que la promueva a través del procedimiento especial previsto en el código procesal penal paraguayo (CPP) cuando exista un interés estatal conculcado; es decir, cuando el patrimonio estatal haya sido afectado por el delito.

A continuación el presente trabajo se centrará en los probables antecedentes históricos de la acción

⁸ Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.

⁹ Véase art. 2. a) de la Directiva 2012/29/UE. Esta directiva sustituye a la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo.

¹⁰ Como ejemplo, en el ámbito latinoamericano, lo último afirmado es reflejado por Espinoza (2014, p. 1): *“Desde la caída del régimen de Alberto Fujimori, el Estado ha iniciado una serie de denuncias penales por delitos de corrupción. El común denominador de las mismas, así como de los dictámenes fiscales y las sentencias es la carencia de fundamentación jurídica de la reparación civil en agravio del Estado. Ello redundo en el hecho que no se otorguen indemnizaciones o estas sean ínfimas (por no decir risibles), lo cual genera un incentivo perverso para seguir delinquiriendo. La causa de este problema es el desconocimiento, por parte de los operadores jurídicos penales, de las nociones básicas de la responsabilidad civil, así como de la individualización del derecho patrimonial que se lesiona, aunado a una falta de criterios para cuantificar este tipo de daños”*.

civil *ex delicto*, su proyección en los instrumentos jurídicos internacionales y naturaleza jurídica, así como también la previsión legislativa que adopta el Paraguay al respecto y su efectividad como herramienta de prevención de delitos de corrupción.

2. Probables antecedentes históricos de la responsabilidad civil *ex delicto*

Para entender la génesis de la responsabilidad civil *ex delicto* es necesario hacer una reseña de los antecedentes que existen sobre esta consecuencia jurídica en las fuentes históricas. En el Derecho romano, el *crimen repetundarum* puede considerarse el antecedente más claro de los delitos del funcionario público, pues tenía como núcleo principal el incumplimiento de los deberes de un cargo público, cuyo desarrollo se produjo en la época de la República. En sus orígenes contenía un régimen de responsabilidad civil derivado de actos de corrupción al tener por objeto la recuperación por parte del damnificado de unos activos ilícitamente obtenidos por un funcionario público (Ferruccio Falchi; 1932, p. 179). Al respecto, expresa Carrara (1986, p. 91): “*Los romanos llamaron a este delito crimen repetundarum, porque daba lugar a la restitución del dinero dado al juez corrompido*”.

En los primeros siglos de Roma las prácticas corruptas de los funcionarios públicos eran poco frecuentes debido a la estricta vigilancia ejercida por el senado y los tribunos, la breve duración de los cargos públicos y la severidad de las leyes¹¹ y costumbres. Sin embargo, esta situación cambió cuando Roma empezó a expandirse territorialmente gracias a sus conquistas sobre los pueblos vencidos, y para el gobierno de estas nuevas provincias eran enviados funcionarios que no tardaron en cometer toda suerte de abusos y desmanes en contra de los pueblos sometidos (Vizueta Fernández; 2003, p. 6).

Estos abusos no tardaron en hacerse eco y fueron denunciados por los emisarios de las provincias víctimas ante el senado, y en consecuencia fue sancionada la *Lex Calpurnia de Repetundis* del año 149 a. C. que tipificaba las conductas que constituían apropiaciones ilícitas y extorsiones realizadas por los magistrados romanos en perjuicio de los pueblos aliados o sometidos al dominio de Roma (Santalucía; 1990, p. 78). Esta ley estableció un Derecho penal regular y una clasificación de delitos, pero su importancia duradera fue la de introducir en el derecho procesal de la época una doble innovación, la instauración de la primera *quaestio perpetua*¹² y el procedimiento de la *pecuniae repetundae*, que era el objeto del juicio, más no buscaba la represión del crimen sino la mera restitución a la víctima de un impuesto, la extorsión o las cosas exigidas indebidamente con los cuales el funcionario se enriquecía ilícitamente (Aragio-Ruiz; 1943, p. 211).¹³

En este sentido, Carrara (1986, p. 92) sostiene que el juicio instituido por la Ley Calpurnia era puramente privado y consistía simplemente en recuperar, pues no llevaba consigo otra pena que la de restituir lo mal habido. A su criterio, el juicio *repetundarum* recaía propiamente sobre los hechos que se conocen con el nombre de concusión, es decir, sobre las extorsiones cometidas por los magistrados en perjuicio de los inferiores, amenazándolos con los rigores del poder público.

La necesidad de acreditar una lesión patrimonial y su determinación en un concreto monto, era un claro límite a la iniciativa del denunciante y calificaba al mismo tiempo al órgano jurisdiccional, diversificando los casos que debían ser juzgados por las *quaestiones perpetua* y los que quedaban dentro del proceso privado (Venturini; 1979, p. 108). Así, este procedimiento circunscribía la responsabilidad de los magistrados al ámbito patrimonial dejando de lado todo aspecto penal, en atención a que la sanción era civil de carácter resarcitorio. Estas sanciones –civiles– no

¹¹ Por ejemplo, la Ley de las XII tablas castigaba con la pena capital al juez que habiendo sido nombrado para juzgar un negocio, recibiese a cambio dinero de alguna de las partes para favorecerle. Ver: Tabla 9na. Norma N° 3.

¹² Las *quaestiones perpetua* eran tribunales permanentes ejercidos por un magistrado y establecidos por ley que se crearon especialmente para juzgar los casos de concusión.

¹³ La *pecuniae repetundae* consistía en una acción de repetición por la cual todo habitante a quien el magistrado hubiere forzado a pagar un tributo indebidamente, podía exigir la devolución o la reparación del daño ocasionado una vez que aquel hubiese cesado en sus funciones. La acción tenía gran eficacia, porque aunque el funcionario hubiese dispuesto de esos bienes debía reintegrarlos so pena de ir a la cárcel, ya que en esa época existía la prisión por deudas (De Roura Moreno; 1955, p. 526).

fueron lo suficientemente disuasorias para que los funcionarios dejaran de extorsionar a los extranjeros.

Las deficiencias que en la práctica presentaba la *Lex Calpurnia de Repetundis* motivaron a que se sancionaran varias leyes que vinieron a modificar el procedimiento y el sistema de sanciones del *crimen repetundarum*, como la *Lex Acilia Repetundarum* del año 122 a. C., que se destacó por sustituir la sanción civil de repetición por una de carácter penal *in duplum* respecto de las cosas o dinero extorsionado y otorgó una serie de premios a los denunciantes que consiguieran condenar a los acusados. La *Lex Cornelia de Repetundis* auspiciada por Sila en el año 81 a. c. produjo un retroceso en materia de sanciones que se había conseguido con la *Lex Acilia* al reducir la pena del *crimen repetundarum* al *simplum* de los bienes extorsionados, y por último, la *Lex Iulia Repetundarum* sancionada en el año 59 a. C., a propuesta de Julio Cesar que sistematizó la legislación concerniente al *crimen repetundarum*.

En resumen, en sus primeros tiempos el *crimen repetundarum* requería para que un funcionario público fuera condenado por un delito de concusión, la comprobación de tres extremos: la realización de una conducta prevista en la ley, el enriquecimiento del funcionario y –como factor fundamental– el daño sufrido por la víctima. Con relación a este último aspecto, durante la época presilana el daño ocasionado era considerado un factor decisivo, en razón a que los perjudicados tenían a su disposición una acción y un procedimiento que les permitía obtener una rápida y sencilla reparación o indemnización por los daños económicos que hubiesen sufrido por la actividad extorsionista de los magistrados.¹⁴

Hasta ese entonces, las características de este régimen tenían similitudes con la responsabilidad civil *ex delicto* que aquí se estudia; no obstante, lo cierto es que la evolución de los *crimen repetundarum* determinó que su objeto estuviese dirigido específicamente a controlar el correcto ejercicio de los deberes de los funcionarios, excluyendo cualquier referencia al daño ocasionado a la víctima como elemento objetivo. Esto fue así, posiblemente, por la mayor relevancia que se

otorgó al control del ejercicio de la función pública sobre los derechos de reparación que tenían las víctimas u otros perjudicados.

3. La proyección de la Responsabilidad civil *ex delicto* en el ámbito internacional

Los ciudadanos del mundo y sus líderes se han dado cuenta del peligro que ocasiona la corrupción en sus respectivos modos de vida, y que sus efectos tienen repercusiones más allá del ámbito nacional. Es así que su expansión mundial ha sensibilizado a la comunidad internacional a confrontar este problema mediante la adopción de directrices coordinadas y planificadas con el fin de rechazar las prácticas corruptas. En efecto, sostiene Manfroni (1998, p. 26) que la comunidad internacional tiene el deber moral de intervenir en aquellas materias que resultan demasiado graves y sensibles a los gobernantes como para sospechar que ellos no tendrán las fuerzas suficientes para dar garantías de paz, integridad y respeto a su propio pueblo.

Ante esta situación, los organismos supranacionales e internacionales, preocupados por las consecuencias indeseables que producen este tipo de comportamientos, tomaron conciencia sobre sus efectos y se propusieron a crear instrumentos jurídicos que fomentan la implementación de medidas preventivas, represivas y de mitigación de los efectos de este fenómeno.

Los instrumentos jurídicos internacionales más relevantes que contemplan a la acción civil *ex delicto* como medida para hacer frente a la corrupción y conceden tanto a las personas físicas como al Estado el derecho a ejercerla, son los siguientes:

3.1. Convenio civil sobre corrupción del Consejo de Europa

El primer acuerdo supranacional que ha considerado al derecho civil como herramienta de prevención

¹⁴ En este sentido, González Romanillos (2004, p. 398) sostiene que la protección a las víctimas se articulaba a través de un doble sistema procesal. Por un lado, se estableció un *iudicium publicum* que tenía como objeto la represión del *crimen repetundarum* en todos sus aspectos y, por otra parte, se articuló un procedimiento privado *ex delicto* que permitía a los damnificados por el delito una rápida reparación de los daños sufridos.

y reparación contra los efectos de la corrupción, ha sido el *Convenio Civil sobre Corrupción* (CCI) del Consejo de Europa, elaborado en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1999.¹⁵ Este documento menciona expresamente la importancia que adquiere el Derecho civil en la lucha contra la corrupción, y tiene como núcleo central la protección de la víctima de los actos de corrupción (Deop Madinabeitia; 2001, p. 9) y el establecimiento de mecanismos que posibiliten la compensación equitativa de los daños sufridos tanto materiales como no patrimoniales que hubiese padecido.¹⁶

El CCI fue impulsado a la par del Convenio penal contra la corrupción, ambos elaborados en el mismo año, como reflejo de la acción desarrollada por el Consejo de Europa con respecto a esta materia. La razón de la creación de un convenio que solo tiene por objeto el tratamiento de los efectos civiles y resarcitorios de la mentada delincuencia, puede hallarse en el pensamiento de Roxin (1992a, p. 29): “*La reparación en el desarrollo jurídico europeo de los últimos cien años se ha ido desprendiendo cada vez más del Derecho penal y transformando en un problema exclusivo del Derecho civil. Se ha visto como un asunto entre el autor y el estado descuidándose al lesionado*”.

En el preámbulo de la CCI se reconoce que uno de los efectos negativos de la corrupción es el daño económico que este fenómeno ocasiona a las personas físicas, las empresas, las instituciones internacionales y a los Estados. Asimismo, como directrices fundamentales, insta a los países parte a que adopten: (i) el reconocimiento de derechos a favor de las personas que hayan sufrido daños resultantes de actos de corrupción, con los cuales puedan defender sus intereses patrimoniales conculcados; (ii) acciones concretas a ser interpuestas por las víctimas a los efectos de obtener la indemnización o reparación integral de los daños padecidos; y (iii) el establecimiento de procedimientos eficaces que permitan materializar dichos derechos de reparación.

De acuerdo al art. 4, el derecho interno de cada Estado deberá condicionar el derecho de compensación, a los siguientes requisitos: a) que el demandado haya cometido o autorizado el acto de corrupción, o no haya adoptado medidas razonables para impedirlo; b) que el demandante haya sufrido un perjuicio; y c) que exista una relación de causalidad entre el acto de corrupción y el daño. Este artículo insta además a que los Estados partes incluyan en su derecho interno disposiciones que establezcan la responsabilidad solidaria por los daños resultantes de un acto de corrupción, en los casos en que existan varios demandados. Sin dudas, esta previsión es necesaria porque desvirtúa aquellas posturas que entienden que ante la existencia de varios sujetos participantes en un delito, el reproche individualmente determinado a cada uno debe ser tenido en cuenta para establecer la obligación pecuniaria en la reparación del daño.¹⁷ Así, la responsabilidad solidaria implica que cada participante responsable viene obligado al cumplimiento íntegro de la obligación (Berdugo Gómez De La Torre; 2004, p. 529).

Como puede observarse, la CCI exige para la reparación económica de los efectos del acto de corrupción la mayoría de los elementos sobre los cuales se sustenta la responsabilidad civil extra contractual.¹⁸ No obstante, el citado precepto no exige una sentencia de condena previa dictada en sede penal que haya declarado culpable a los sujetos que posteriormente asumirán el carácter de demandados, y eso sería así posiblemente en razón a que el convenio deja a cargo de los Estados la adopción de un sistema que permita al perjudicado reclamar la reparación en un juicio civil independiente al penal, durante la tramitación del proceso penal, o en un procedimiento condicionado por el resultado del proceso penal y ante el mismo fuero.

A los efectos de este trabajo, este convenio es sumamente importante porque del contenido de su preámbulo surge claramente que la protección que brinda a las víctimas de los actos de corrupción, no

¹⁵ Esta convención entró en vigor el 1 de noviembre de 2003.

¹⁶ Por su parte, Benito Sánchez (2010, p. 261) expresa que la esta convención se ocupa de las víctimas de los actos de corrupción, y la idea que subyace en la misma es que si un funcionario público se ha visto implicado en un acto de corrupción, el Estado al cual pertenece no puede quedarse al margen y debe apoyar y reparar a las víctimas de esos hechos.

¹⁷ La doctrina mayoritaria comparte el criterio de que la responsabilidad civil *ex delicto* hace surgir una obligación de reparar que pesa solidariamente sobre todos los que han participado en él, como autores o partícipes. De esta manera, la solidaridad es absoluta y a la vez, pasiva.

¹⁸ No hace referencia al elemento subjetivo: dolo o culpa.

solo se circunscribe a las personas físicas, sino también al Estado cuando el acto o conducta ha ocasionado un menoscabo al patrimonio público. De esta manera, el Estado tiene los mismos derechos que los sujetos individuales para que se le reconozca como víctima, teniendo la posibilidad de interponer la acción correspondiente que obligue a los responsables de acto de corrupción a que compensen los daños con su propio patrimonio.

Con respecto a la efectividad de la obligación de reparación, la CCI exige a los Estados la implementación en su derecho interno de las medidas cautelares que sean necesarias para garantizar el ejercicio del derecho de la víctima a ser resarcida. Resulta eficaz el embargo preventivo para los casos en que se tenga conocimiento de bienes inmuebles debidamente individualizados a nombre del demandado, el secuestro para bienes muebles o la medida de prohibición de vender, innovar o gravar para los demás casos.¹⁹ La medida cautelar cuyo dictado se pretende del juez competente, significa un anticipo asegurativo del derecho reclamado, de ahí que si se procura que el demandado pague una suma de dinero en concepto de reparación, toda medida precautoria que se dicte para garantizar la eventual sentencia condenatoria civil debe resultar adecuada o eficaz según el caso particular, a los efectos de lograr el cumplimiento del pago requerido (Loutayf Ranea; Costas; 2002, p. 691).

3.2. Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción

La CNUC es el instrumento jurídico internacional de carácter universal que establece políticas preventivas, represivas y de cooperación contra la corrupción pública y privada, tanto doméstica como internacional. Entre la serie de estrategias que contempla, ha dado una especial consideración a las víctimas de los actos de corrupción y a su derecho de reparación dentro del

Capítulo V destinado a la “recuperación de activos”, siendo este un principio fundamental a los efectos de la convención que obliga a los Estados parte a prestarse la más amplia cooperación y asistencia entre sí a este respecto.

La Guía Técnica de la CNUC (2010, p. 211) menciona que la convención ha sido innovadora al apartarse del concepto de que los productos y efectos dañinos de la corrupción deban combatirse únicamente sobre la base del comiso, de ahí que exige al legislador nacional a permitir que sus tribunales reconozcan el derecho del Estado –o cualquier otro que sea parte del convenio– a solicitar como víctima el resarcimiento o indemnización de los daños sufridos en contra de todos los sujetos que hayan participado en el delito.

El mentado derecho de reparación se encuentra previsto en los arts. 35 y 53, inc. b) de la convención, que expresan:

Art. 35: “Cada Estado parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con los principios de su derecho interno, para garantizar que las entidades o personas perjudicadas como consecuencia de un acto de corrupción tenga derecho a iniciar una acción legal contra los responsables de esos daños y perjuicios a fin de obtener indemnización”.

Art. 53, inc. b): “Cada Estado parte, de conformidad con su derecho interno: ...Adoptará las medidas que sean necesarias a fin de facultar a sus tribunales para ordenar a aquellos que hayan cometido delitos tipificados con arreglo a la presente convención que indemnicen o resarzan por daños y perjuicios a otro Estado parte que haya resultado perjudicado por esos delitos”.

Estos preceptos exigen a los Estados parte el establecimiento de medidas necesarias que permitan al perjudicado por algún delito tipificado en la convención, a solicitar que los tribunales nacionales ordenen

¹⁹ La necesidad y urgencia de la aplicación de medidas cautelares en el procedimiento para la reparación a los efectos de asegurar los bienes del demandado, ha sido expuesta por Garófalo (1929, p. 65): “Si el ofensor no es propietario de inmuebles, la ley no autoriza ningún embargo sino después que se haya dado sentencia definitiva, exceptuando los objetos que evidentemente provengan del delito..., imagínese, pues, cuán fácil será hacerlas desaparecer cuando el juicio se halle terminado. Bien puede el reo ser un capitalista y tener caja llena de valores, que, si no quiere indemnizar a la víctima, no lo hará, a pesar de que la sentencia le condene a ello: los valores desaparecerán, y en cuanto a los muebles de la casa, se dirá que pertenecen a la persona que se haya hecho figurar en un contrato de alquiler. El malhechor rico será legalmente un insolvente”.

la obligación de resarcir o indemnizar a quienes hayan cometido dichos actos.²⁰ Si bien el art. 53, inc. b) establece que el sujeto de derecho legitimado para solicitar el resarcimiento es “otro Estado” diferente al exigido por la convención; una interpretación coherente de las finalidades y principios fundamentales de la CNUC admite afirmar sin temor a equívocos que el contenido normativo del precepto aludido también abarca la posibilidad de que el propio Estado parte –y obligado por la convención– solicite a sus tribunales el reconocimiento de su carácter de víctima y se encuentre facultado como demandante a interponer la acción civil en contra de los sujetos que hayan cometido delitos de corrupción,²¹ para que estos procedan a resarcir con sus bienes el daño ocasionado al patrimonio público.²² No debe olvidarse que el art. 1º de la CNUC establece como sus principales finalidades a la promoción de la recuperación de activos para prevenir la corrupción y la debida gestión de los asuntos y bienes públicos. Esto se refuerza con lo expresado en la Guía Técnica de la CNUC (2010, p. 222), de que en los casos de fraude y malversación de fondos públicos, el Estado demandante podrá sostener la legitimidad de su reclamo en nombre de todos sus habitantes o de la hacienda pública.

La disposición en cuestión no indica en que jurisdicción (civil o penal) debe establecerse el procedimiento de reparación. No obstante, y volviendo a recurrir a la Guía Técnica de la CNUC, los Estados parte pueden: a) permitir que los perjudicados presenten su reclamación con arreglo a la responsabilidad extracontractual u otras doctrinas civiles, b) permitir al tribunal penal que haya condenado al delincuente que establezca una indemnización como sanción complementaria a la penal, o c) establecer un procedimiento específico que contemple los derechos del perjudicado y los derechos de defensa del demandado.

4. Naturaleza Jurídica de la Responsabilidad civil *ex delicto*

Es sabido que la pena no es el único recurso que tienen los sistemas penales actuales para dar respuesta al fenómeno criminal. Así también, la privación de libertad no es la única consecuencia jurídica que se deriva de la comisión de un delito, porque este puede producir un daño distinto al que encarna la propia lesión del bien jurídico protegido, cuya víctima o perjudicado tiene el derecho de reclamar su justa y equitativa compensación a través de la acción civil de reparación.

Esta circunstancia queda reflejada en el art. 116, 1º del código penal español que expresa que toda persona criminalmente responsable de un delito o falta, lo es también civilmente «*si*» del hecho se derivaren daños o perjuicios.²³

Siguiendo a De Gasperi (1946, § 1334, p. 561), puede entenderse a la acción civil de reparación como aquella enderezada a compensar el detrimento ocasionado, con una indemnización proporcionada al daño y adecuada al fin primordial de restablecer el orden jurídico patrimonial violado por el autor del acto ilícito perseguido. No es ella una pena, sino una “sanción”, que no procede sino cuando hay una disposición de la ley que la hubiese impuesto.

Para comprender la naturaleza de nuestro objeto de estudio, es imprescindible sentar la siguiente premisa: a pesar de que es común que la regulación de la responsabilidad civil *ex delicto* se encuentre en el sistema penal,²⁴ y que su conocimiento sea competencia del juez penal –según el tipo de procedimiento adoptado por cada ordenamiento jurídico nacional–, debe tenerse bien claro que la misma es, precisamente, una cuestión de orden exquisitamente civil (Carbajo Cascón; 2003, p. 149). De ahí que se recalque que la

²⁰ Las reclamaciones civiles según la convención, pueden basarse en los activos o en la responsabilidad extracontractual. Se deja a criterio de los Estados parte cuales son los tipos de daños que pueden incluirse en la reclamación, es decir, si solo se puede reclamar daños materiales o también por lucro cesante y pérdidas no pecuniarias, que guardan relación con los daños institucionales que pueden ser ocasionados por la corrupción.

²¹ Al respecto, véase nota interpretativa del informe ONU A/58/422/Add.1, párrafo 37.

²² En ese sentido, es clara la Guía para la aplicación de la CNUC (p. 127, numeral 432) al establece que se deberá tener en cuenta la “perspectiva” de la víctima, con arreglo a los principios de su derecho interno y en consonancia con los derechos de los demandados.

²³ Al respecto, bien dice Rodríguez Mourullo (1997, p. 329): “La responsabilidad civil *ex delicto* no deriva del delito o falta cometido, sino del daño que el hecho delictivo causa”.

²⁴ En la doctrina italiana, Rocco (citado por Maggiore; 1965, p. 425) denominada “derecho criminal civil” a aquella parte del Derecho criminal contenida en el código penal o también en el código de procedimiento penal, que tiene por objeto las sanciones civiles criminales, o sea, las consecuencias jurídicas civiles o privadas de los delitos.

pretensión de reparación del daño se ejerce a través de una acción de carácter privado a instancias del perjudicado, cuya sede natural es sin dudas el fuero civil. Sin embargo, es práctica común que los sistemas jurídicos actuales la incluyan en los códigos penal o procesal penal, pero aun así la acción ejercida en sede penal no pierde su carácter civil.

Algunos autores manifiestan que la propia denominación de “responsabilidad *ex delicto*” sería incorrecta, pues el fundamento de la misma no radicaría en el delito en sí, sino en un daño. Por esta razón sostienen que es una modalidad de responsabilidad extracontractual porque no surge de un acuerdo entre dos personas, sino del deber genérico de todos de no ocasionar daños a los demás –*neminem laedere*– (Balbuena Pérez, 2014, p. 278).

Por su parte, expresa Silva Sánchez (2001, p. 3) que es cierto que si se considera la responsabilidad civil derivada del delito desde una perspectiva normativa, esto es, tal como se regula en los códigos penales, aquella se asocia al daño “causado” por el delito o derivado del hecho, y solo a dicho daño. Ahora bien, un examen descriptivo, centrado en las resoluciones judiciales en la materia, pone de relieve que bajo la denominación de “responsabilidad civil derivada del delito”, se comprenden pronunciamientos que muy difícilmente pueden ser reconducidos a la responsabilidad civil extracontractual. Por ejemplo, si se toma en cuenta a los delitos contra la función pública que ocasionan a su vez un daño económico al Estado, se concluye que el sujeto activo incumple los deberes de servicio derivados de su relación de empleo público, que contractualmente los ha asumido con el Estado. Así, en este caso se estaría ante una responsabilidad de naturaleza contractual.²⁵ Sin duda esta opinión resulta interesante y confrontación con las posturas doctrinarias que sostienen que la responsabilidad civil *ex delicto* no sería más que una modalidad de responsabilidad extracontractual, requiere un estudio exhaustivo que excede los límites de este artículo.

Para dejar en claro la naturaleza civil de la responsabilidad *ex delicto* y diferenciarla de la de carácter penal, la doctrina ha establecidos criterios cuantitativos y cualitativos:

Desde un punto de vista cuantitativo, la responsabilidad pecuniaria en la reparación del daño no se determina en base a los criterios fijados por la responsabilidad penal –que es personal– es decir, no depende del grado de participación del demandado (autor o partícipe), la graduación de la pena a ser impuesta o de la gravedad del reproche,²⁶ pues como bien expresa López Mesa (2011, p. 51) la medida de la reparación se determina en función de la medida de este, es decir, se encuentra graduada por la entidad del resultado lesivo.

Desde un punto de vista cualitativo, no debe confundirse la pena con la reparación civil que solo tiene de común con ella la unidad de origen (el hecho delictivo). Dorado Montero (1929, p. 33) sostiene que la reparación no tiene el carácter de pena, porque ni es castigo que se impone al autor de un acto delictivo con el fin de hacerle sufrir, para de este modo satisfacer el deseo de venganza, ni es tampoco un medio que se emplea con el propósito de mejorar y de hacer apto para la vida social al que con el delito ha dado pruebas de no serlo. De ahí que la indemnización que se le obliga a prestar se propone únicamente remediar en lo posible el mal causado, y se le obliga a prestarla sin la menor animosidad y sin el menor espíritu de venganza.

Siguiendo el hilo de estos argumentos, Antón Oneca (1986, p. 646) menciona que si bien es cierto que el hecho delictivo produce dos clases de daños, el criminal y el civil; para evitar equívocos se debe diferenciar los términos ofensa y daño. Al sujeto pasivo de la ofensa se llamará ofendido, y al del daño privado, perjudicado. La ofensa o agresión a los bienes jurídicamente protegidos determina la penal. El daño a los intereses privados es causa de la sanción civil que tiene por fin repararlo.

²⁵ Manifiesta Cortese (2004, p. 151.) que en este caso existiría responsabilidad de naturaleza contractual; en efecto, si la lesión del bien proviene de un sujeto encuadrado de cualquier manera en la Administración Pública, esta se debe considerar como efecto de un daño causado en violación de los derechos de oficio, que son los del servidor dependiente.

²⁶ González (1982, p. 263): “Para el delito civil no tiene importancia alguna los grados de participación o coparticipación en el delito: para él es lo mismo el autor moral o material, el cómplice o el encubridor...; no tiene importancia alguna las circunstancias agravantes o atenuantes de la responsabilidad del delincuente. Ante la obligación de la reparación material del mal causado, es indiferente que el autor haya sido un temible bandido reincidente o reiterante, o una persona hasta entonces de conducta intachable; no le importa que el autor haya obrado por impulso de monstruosa ferocidad o de brutal codicia, o que haya sido impelido al acto por una pasión excusable, o en fuerza de circunstancias capaces de haber debilitado su resistencia moral al delito”.

Además se aprecian las siguientes diferencias:

1. La acción penal (y la pena) esencialmente tiende a tutelar un derecho o interés público, mientras que la acción civil tiene por objeto la tutela de un interés privado.
2. El centro de la responsabilidad penal se encuentra en la valoración de la conducta del sujeto; en la responsabilidad civil se encuentra en la causación del evento dañoso.
3. Con la acción penal, el sujeto responderá ante el Estado, mientras que con la acción civil se responde ante la víctima.
4. La acción penal es una institución del Derecho público y ejercida de oficio; la acción civil es facultativa, disponible y transigible.
5. La acción penal tiene la finalidad de establecer la culpabilidad y la sanción de un sujeto por la comisión de un delito. La acción civil tiene fines exclusivamente resarcitorios, mediante la restitución de la cosa o la reparación del daño ocasionado al perjudicado.
6. En la responsabilidad civil derivada del delito no se establece de manera proporcional a la gravedad del delito ni al grado o calificación de la conducta punible atribuida al incoado, sino en base a los efectos producidos por el mismo.

Del análisis comparativo entre ambas acciones, se concluye la siguiente premisa fundamental: lo único

que tienen de común es su causa jurídica, en cuanto reconocen como origen el mismo hecho generador de ambos tipos de responsabilidad, penal y civil.

5. Tipificación de la acción civil *ex delicto* y su procedimiento en la Legislación Penal Paraguaya

Puede decirse sin temor a equívocos que el reconocimiento de la calidad de víctima y la reparación del daño a la misma, ocupan una posición preponderante en nuestro actual sistema penal²⁷ gracias a la adopción por parte del legislador —ya lo hemos indicado— de las contribuciones de la criminología, con el desarrollo de la victimología.

Una prueba de lo mencionado se visualiza en la reparación del daño como factor de determinación de la pena²⁸ o condición de aplicación de institutos procesales alternativos —a la elevación a juicio oral y público de la causa— previstos en el código procesal penal. Así, encontramos la reparación del daño como forma de extinción de la acción penal en ciertos tipos de delitos²⁹, junto a otras formas procesales de solución de conflictos, como la conciliación³⁰, el criterio de oportunidad³¹ y la suspensión condicional del procedimiento³².

Ahora bien, resulta oportuno reiterar que la materia que aquí se trata no ha tenido un tratamiento exhaustivo y detenido por parte de la doctrina, pues

²⁷ En este contexto, mencionan Hassemer/Muñoz Conde (2001, p. 384), que en el pasado, a raíz de la monopolización por parte del Estado del Derecho penal, la víctima pasó a ser neutralizada, es decir, pasó a ocupar un lugar secundario en el proceso de aplicación del Derecho penal y su interés en que se le reparase el daño o perjuicio ocasionado quedó fuera del proceso penal estrictamente considerado, en el que ni siquiera se le daba más participación que la de testigo.

²⁸ Art. 65 del CP: “Bases de la medición. 1. La medición de la pena se basará en el grado de reproche aplicable al autor o partícipe y considerará los efectos de la pena en su vida futura en sociedad. 2. Al determinar la pena, el tribunal sopesará todas las circunstancias generales a favor y en contra del autor y particularmente: ... 9. La conducta posterior a la realización del hecho y, en especial, los esfuerzos para reparar los daños y reconciliarse con la víctima”.

²⁹ Art. 25 del CPP: “Motivos de la extinción. La acción penal se extinguirá: ...10) en los hechos punibles contra los bienes de las personas o en los hechos punibles culposos, por la reparación integral del daño particular o social causado, realizada antes del juicio, siempre que lo admita la víctima o el Ministerio Público, según el caso...”.

³⁰ Art. 311 del CPP: “Conciliación. En los casos en que este código o las leyes especiales autoricen la extinción de la acción penal por la reparación del daño, el Ministerio Público podrá solicitar que se convoque a una audiencia de conciliación. El juez convocará a una audiencia a las partes dentro de los cinco días y, en su caso, homologará los acuerdos y declarará extinguida la acción penal”.

³¹ Art. 19 del CPP: “Oportunidad. El Ministerio Público, con consentimiento del tribunal competente, podrá prescindir de la persecución penal de los delitos: 1) cuando el procedimiento tenga por objeto un delito, que por su insignificancia o por el grado de reproche reducido del autor o partícipe, no genere el interés público en la persecución; ...En los supuestos previstos en los incisos 1) y 2) será necesario que el imputado haya reparado el daño ocasionado, haya firmado un acuerdo con la víctima en ese sentido o demostrado su voluntad de reparación”.

³² Art. 21 del CPP: “Suspensión condicional del procedimiento. Cuando sea posible la suspensión a prueba de la ejecución de la condena en las condiciones establecidas en el código penal, las partes podrán solicitar la suspensión condicional del procedimiento. Si el imputado presta conformidad con la suspensión y admite los hechos que se le imputan, el juez dispondrá la suspensión condicional del procedimiento, siempre que el imputado haya reparado el daño ocasionado, haya firmado un acuerdo con la víctima en ese sentido o demostrado su voluntad de reparación”.

¿Puede cumplir la responsabilidad civil *ex delicto* una función preventiva frente a la delincuencia relacionada con la corrupción pública?: Reflexiones desde el sistema penal paraguayo

como apunta Casino Rubio (1998, p. 193), quizás esta actitud se deba a la naturaleza interdisciplinaria del problema. En el ordenamiento jurídico del Paraguay la acción civil *ex delicto* se encuentra situada a caballo entre dos disciplinas jurídicas: el Derecho civil, que aporta la teoría general de la responsabilidad civil, y el Derecho procesal penal, que determina la calidad de víctima, el derecho a accionar civilmente, el procedimiento y el orden jurisdiccional competente para conocer de dicha responsabilidad.

Además, coincidiendo con Octavio De Toledo (1981, p. 67) otra razón que explicaría su poco tratamiento en la comunidad jurídica nacional sería la falta de especialización de los jueces penales en lo que atañe a la génesis de la responsabilidad civil *ex delicto* y el procedimiento para la reparación del daño, lo cual se agrava con el casi nulo impulso de la acción civil que nos ocupa por parte de las víctimas o perjudicados. Al respecto, cabe mencionar que en fecha 12 de octubre de 2015, la actual administración de la Procuraduría General de la República ha interpuesto por primera vez desde que han entrado en la vigencia los códigos penal y procesal penal, una acción civil en contra de varias personas condenadas -ex altos funcionarios que prestaban servicios en la Policía Nacional- que han participado de la comisión un delito de lesión de confianza (art. 192 del CP), para que se les obligue a resarcir con su propio patrimonio los perjuicios económicos por ellos causados al Estado Paraguayo (perjudicado). La mencionada acción ha sido presentada ante el mismo tribunal que ha juzgado la causa penal³³ conforme al procedimiento especial previsto al respecto, el cual será analizado en los siguientes párrafos.

La institución en cuestión suele ser identificada de muy diversas formas por la doctrina y los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, “responsabilidad civil derivada del acto ilícito penal”, “responsabilidad derivada del hecho punible”, “responsabilidad civil derivada de la penal”, “responsabilidad civil delictual”, “responsabilidad civil dimanante del delito” y “responsabilidad *ex delicto*”. Lo cierto es que con todas estas alusiones, los autores y legisladores hacen alusión a una misma realidad: de la comisión de un delito puede surgir la responsabilidad civil de los autores y partícipes, siempre que del hecho ilícito se deriven daños y perjuicios.³⁴

De esta manera, quien haya sido ofendido por un delito adquiere la calidad de víctima, y si además ha sufrido un daño ilícito a consecuencia del mismo, obtiene un derecho a que sea resarcido condicionado a que consiga probar que el menoscabo de sus derechos efectivamente se ha producido a causa del delito. Surge así una obligación de reparar que se dirige contra los autores y partícipes del delito, en concordancia con el principio que expresa: “*el que comete un acto ilícito queda obligado a resarcir el daño*”.

Es bastante pacífica la opinión de la doctrina de que el término “víctima” es usada normalmente por las leyes penales para designar a todo aquel que ha sido directamente ofendido por el delito. En este contexto, el legislador paraguayo ha otorgado a la víctima un rol esencial en el conflicto penal, dotándola de un concepto amplio y unos derechos procesales en los arts. 67 y 68 del CPP.³⁵ Pero aquí no acaban los derechos de la víctima, pues en el caso de que haya sufrido un perjuicio a causa del hecho delictivo, la

³³ Causa penal: “Francisco Benítez Figueredo y otros s/ Lesión de confianza”.

³⁴ No obstante, existen posturas doctrinales que sostienen que no todos los delitos que generan responsabilidad penal, producen además una obligación resarcitoria. Puede citarse al respecto los delitos de peligro o los comportamientos tentados. De modo contrario, también existen supuestos en los que no existe responsabilidad penal, y sin embargo se genera responsabilidad civil, por ejemplo, en las causas de justificación. Sin embargo, Antolisei (1989, p. 583) no comparte la primera parte de lo recién expuesto, pues afirma que si se verifica la existencia de pérdidas económicas, la acción civil puede nacer de cualquier infracción, consumada o intentada, de lesión o de peligro, trátese de delito o de contravención. Explica este autor que indudablemente, de ordinario el delito intentado, el delito de peligro y la contravención no dan lugar a pretensiones resarcitorias, porque normalmente no producen los perjuicios indicados. Pero si estos se producen, no hay motivo alguno para negar al sujeto pasivo del delito el derecho al resarcimiento.

En este orden de ideas expresa De Gasperi (1946, § 1277, p. 513): “... En esto va una de las diferencias entre la ley civil y la penal. Esta, con miras al mantenimiento del orden público, incluye entre los delitos algunos hechos, como las simples tentativas, que, aun no ocasionando daño a otro, deben por su peligrosidad ser castigados. La ley civil, por el contrario, limitada a la protección de los intereses patrimoniales, exige el daño cierto, como condición de la ilicitud punible”.

³⁵ Art. 67: “Este código considerará víctima a: 1) la persona ofendida directamente por el hecho punible; 2) el cónyuge, conviviente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o por adopción, o segundo de afinidad; 3) los socios, respecto de los hechos punibles que afecten a una sociedad, cometidos por quienes la dirigen, administren o controlen, o sus gerentes”.

Art. 68: “1) recibir un trato digno y respetuoso, que se hagan mínimas sus molestias derivadas del procedimiento, la salvaguarda de su intimidad en la medida en que no obstruya la investigación y a la protección de su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos

legislación penal le concede una acción y un procedimiento específico para solicitar ante los jueces competentes el resarcimiento de los daños ocasionados en contra de las personas que han sido condenadas en el proceso penal.

Sin embargo, debemos puntualizar que a la luz del texto legal del art. 27 del CPP, el legislador no ha establecido técnicamente a la víctima como la persona legitimada para ejercer la acción civil *ex delicto*, sino al «perjudicado», por tanto es preciso determinar quién es este y sus relaciones con el concepto de víctima en atención a su trascendencia práctica.

5.1. Parte sustantiva

En la legislación penal paraguaya, la acción civil *ex delicto* tiene base normativa en los siguientes preceptos, que a su vez serán comentados:

Art. 27: “La acción civil para la reparación o indemnización de los daños y perjuicios causados por el hecho punible, solo podrá ser ejercida por el perjudicado o sus herederos, en los límites de la cuota hereditaria, o por los representantes legales o mandatarios de ellos, contra el autor y los partícipes del hecho punible”.³⁶

La exposición de motivos del código procesal penal³⁷ expresa que una de las innovaciones que presenta el sistema procesal penal vigente se basa en una redefinición de las relaciones entre la acción pública y la acción privada, en la que la primera no debía postergar en términos absolutos al interés privado del ofendido por el delito. Si alguien roba el dinero a una persona, ciertamente existe un interés social

en proteger los bienes de los ciudadanos, lo cual no significa que el dinero robado deje de afectar a una persona en particular, quien debe tener algún tipo de satisfacción para cumplir verdaderamente con las finalidades de pacificación social que tiene la administración de justicia. Sobre estas consideraciones se ha establecido en el código penal de forma una acción civil, que como bien lo dice la exposición de motivos, busca facilitar la reparación amplia de todos los daños causados a los particulares, el Estado y a la sociedad en su conjunto.³⁸

Como se había anticipado más arriba, de conformidad al art. 27 del CPP el titular del derecho al resarcimiento del daño derivado del delito solamente puede serlo el *perjudicado*. En caso de que este falleciera, fuese incapaz o sea una persona jurídica, asumen dicha calidad sus herederos, representantes legales o mandatarios designados. Esto significa que al utilizar dicho término el legislador hace una diferencia conceptual con el de víctima. Utilizando un lenguaje coloquial podría parecer que existe una cierta sinonimia entre ambos términos, pero lo cierto es que la doctrina y jurisprudencia penal han dado a los mismos un contenido distinto. A esto hay que sumar el hecho de que el CPP usa en determinadas instituciones las expresiones víctima, ofendido y perjudicado, circunstancia que obliga a realizar una interpretación terminológica para cada caso.

En doctrina penal el término víctima suele emplearse para referirse al sujeto pasivo del delito,³⁹ es decir, el titular del bien jurídico atacado por la conducta típica desplegada por el sujeto activo.⁴⁰ Es más, como afirma Mir Puig (2005, p. 224) corresponde matizar, inclusive, que el sujeto pasivo no coincide necesariamente con el sujeto sobre el que recae

que depongan en su interés, a través de los órganos competentes; 2) intervenir en el procedimiento penal, conforme con lo establecido por este código; 3) ser informada de los resultados del procedimiento, aun cuando no haya intervenido en él, siempre que lo solicite; 4) ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite; y, 5) impugnar la desestimación o el sobreseimiento definitivo, aun cuando no haya intervenido en el procedimiento como querellante. La víctima será informada sobre sus derechos cuando realice la denuncia o en su primera intervención en el procedimiento”.

³⁶ Este precepto tiene su antecedente en el anterior CPP de 1910, que en los siguientes artículos: 126. “*Toda persona responsable criminalmente de una infracción penal, lo es también civilmente*”, y 127. “*La responsabilidad se transmite a los herederos del ofensor y puede ser exigida por los del ofendido hasta donde alcancen los bienes del culpable*”.

³⁷ Véase en: http://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Coleccion_de_Derecho_Penal_TomoIII.pdf

³⁸ Exposición de motivos del CCP de 1998: -Apartados N° 63, 64 y 65.

³⁹ El sujeto pasivo recibe la denominación equivalente de víctima, ofendido o agraviado.

⁴⁰ Montero Aroca (2010, p. 75) “*Ofendido por el delito, agraviado o sujeto pasivo del mismo es el titular del bien jurídico protegido por la norma penal bajo la cual la acción u omisión objeto del proceso se subsume; en otras palabras, es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito. naturalmente de aquí se deduce que pueden ser ofendidos por el delito todas las personas, físicas y jurídicas, que sean titulares de derechos e intereses*”.

físicamente la acción ni con el perjudicado.⁴¹

Por otra parte, el término perjudicado⁴² es usado normalmente por las leyes penales para designar a todos aquellos que han sufrido personalmente las consecuencias negativas del delito (Tamarit, 1998, p. 150), que a tenor al texto del art. 27 del CPP, surtiría efectos estrictamente en lo relativo a la responsabilidad civil *ex delicto*. Siguiendo esta postura, se considera perjudicado a la persona que ha recibido un daño en su patrimonio o afecciones por obra de dicho delito.

De esta manera, se aprecian diferencias entre los conceptos de víctima y perjudicado por el delito. La realidad nos indica que generalmente estas dos cualidades podrían coincidir en la misma persona (física o jurídica); por ejemplo, el Estado, como sujeto titular del bien jurídico patrimonio conculcado por la comisión de un delito de lesión de confianza, es al mismo tiempo la persona que ha sufrido un perjuicio o daño directo en la esfera de sus intereses económicos por el delito. Sin embargo, no es siempre así, pues bien puede suceder que existan perjudicados que no hayan sido ofendido por el delito, sea porque estos desaparecan a raíz del hecho (por ejemplo, en caso de homicidio, asume la calidad de perjudicados los herederos de la persona fallecida), sea porque concurre un perjudicado que no revista la calidad de víctima (por ejemplo, el caso del dueño de un local comercial cuya vidriera ha sido destruida a causa del disparo que da muerte a una persona).

Esta diferenciación de conceptos es explicada por Nuñez (1982, pp. 48 y 49): “*El titular de la acción civil en el proceso penal no es siempre el ofendido penalmente por el hecho motivo de la causa o, como se lo suele llamar, sujeto pasivo del delito, porque lo sufre de manera directa, material o moralmente: el hombre matado o privado de su libertad o atacado e su honra o crédito. La vida, la libertad personal y el*

honor son bienes que las leyes penales protegen en atención a intereses, como es la seguridad material y moral de los componentes de la sociedad, cuya lesión por actos consumativos o por intentos, de consumarlos, se reprime penalmente con una finalidad protectora de carácter público, sea por acciones de naturaleza pública ejercitable por órganos públicos, de oficio o a instancia del ofendido, o por éste, pero en servicio, no de su interés privado, sino del interés público, como con la tranquilidad social y la prevención de futuros delitos. Ese no es, por lo menos de una manera directa y preponderante, el interés que fundamenta la titularidad del ejercicio de la acción civil en el proceso penal. Este es un interés de naturaleza patrimonial que, directa y preponderantemente, atiende al daño de ese carácter inferido por el delito a una persona. Esta puede ser el ofendido por el delito o un tercero. En el homicidio, el ofendido por el delito nunca es el titular de la acción civil, pues él ya no es sujeto de intereses patrimoniales propios. Por el contrario, en las injurias el titular de la acción penal es el titular de la acción civil”.

Resulta claro que el concepto de perjudicado es mucho más amplio que el de víctima,⁴³ y esta circunstancia tiene una implicancia relevante con respecto a quienes pueden ser los titulares del ejercicio de la acción civil en el procedimiento penal. Esta cuestión puede resumirse en la siguiente interrogante: ¿la acción civil *ex delicto* debe referirse exclusivamente al resarcimiento del daño producido en el bien jurídico que ampara la norma penal o puede extenderse a daños en otros bienes jurídicos distintos en cuanto ellos hayan sido directamente vulnerados por el hecho que se pretende delictivo? La redacción del art. 27 del CPP permite deducir que el legislador se ha decantado por el segundo supuesto, que coincide con la opinión doctrinaria que considera que mientras el daño haya sido directamente causado por la conducta

⁴¹ Por ejemplo, este autor menciona que en los delitos contra las personas ambos sujetos coinciden, porque en ellos el titular del bien jurídico protegido es precisamente la persona sobre la que recae materialmente la acción típica. Pero ello no sucede en otros delitos, como el de estafa, en el cual el engaño típico puede recaer sobre una persona distinta de la que sufre el perjuicio patrimonial. Así también se expresa Cobo del Rosal-Vives Antón (1990, p. 249): “*Es preciso distinguir entre sujeto pasivo del delito y sujeto (pasivo) de la acción, aunque pueden normalmente coincidir ambos, de modo que solo la titularidad del bien jurídico determina la condición del sujeto pasivo”.*

⁴² El perjudicado recibe la denominación equivalente de damnificado.

⁴³ Al respecto, expresan Loutayf Ranea y Costas (2002, p. 152): “*Es titular del derecho subjetivo a la reparación del daño causado por el delito, la persona física o jurídica damnificada o perjudicada en razón de haber sufrido la privación o menoscabo cierto en un bien económicamente apreciable y jurídicamente resguardado, o bien de haber sido atacado en sus afecciones íntimas. El concepto, obviamente, comprende al ofendido como sujeto pasivo del delito, pero también lo excede, puesto que la persona que sufrió el perjuicio tutelado por la norma civil puede no coincidir con aquella que presenta en forma efectiva el carácter de víctima, ofendido o sujeto pasivo del obrar delictivo”.*

del sujeto activo, es indiferente que resida sobre el mismo bien jurídico protegido por la norma penal o sobre otro distinto, aun en el supuesto en que éste no pertenezca al titular de aquel.⁴⁴ Esta es la razón por la cual el mentado precepto ha otorgado la legitimación para ejercer la acción civil al perjudicado, es decir, toda persona directamente afectada por los daños ocasionados por el hecho delictivo.

En cuanto a la extensión de la acción civil, entendiéndose CREUS (1985, p. 62 y 63) que la misma se encuentra limitada solamente con respecto al hecho delictivo que ha causado el daño, por lo que debe descartarse su procedencia cuando el eventual delito no ha sido más que un presupuesto circunstancial del hecho que originó el daño. Una postura contraria a este criterio doctrinal asume la jurisprudencia española. En los hechos juzgados en la STS de fecha 26 de septiembre de 2005,⁴⁵ la Sala Penal del Tribunal Supremo, utilizando a la imputación objetiva como herramienta, ha hallado un vínculo entre delitos anteriores (delitos de detención ilegal y contra la integridad moral, por los que fueron condenados los acusados) y los daños personales y materiales sufridos por la víctima en el intento de huir de sus captores⁴⁶ (los acusados no han sido condenados por el delito de lesiones), considerando que los acusados debían responder por estos años, en razón a que habían creado ilegítimamente un peligro para la vida y, en ese sentido, habían provocado el desenlace final. El citado máximo órgano de justicia, valorando el argumento de la sentencia de instancia que consistió en que sería contradictorio que se

absolviera a los acusados por un delito de lesiones y por un delito o falta de daños, resolvió condenar al pago de la indemnización correspondiente a esos daños, manifestando: *“la afirmación de la sentencia recurrida debe ser estimada por cuanto la inexistencia del delito de lesiones y delito o falta de daños no comporta de forma automática la inexistencia de responsabilidad ante tales perjuicios, si se acredita que se produjeron como consecuencia de otro delito anterior e íntimamente relacionado con tales resultados, de manera que sea una consecuencia más de los mismos”*.

Tampoco podría dirigirse la acción civil en contra del autor de un delito conexo debatido en el mismo proceso penal, si es que el daño resarcible fue causado por otro delito distinto, aunque entre ambos se den estrechas relaciones. Por tanto, la acción civil de reparación del daño debe tener exclusivamente como base el hecho de donde proviene inmediatamente el daño, y no el hecho conexo que solo fue ocasión o condición para que se verificara el daño mismo.

Siguiendo con este orden de ideas, puede decirse que de conformidad al derecho vigente la acción de reparación del daño derivada de un acto ilícito considerado por la ley como delito, puede ser ejercida a tenor de la legislación civil y en dicha jurisdicción, antes⁴⁷ o de forma simultánea a la acción penal –responsabilidad extra contractual por acto ilícito– en atención a su independencia con respecto a esta última (primer párrafo del art. 1865 del CC),⁴⁸ pero también a partir de la vigencia del CPP de 1998 puede ser ejercida en sede penal posteriormente a la sentencia

⁴⁴ Como ejemplo, Núñez (1982, p. 75.) señala que si en un accidente de tránsito, como efecto del hecho que lo constituye, se ha producido la muerte del pasajero del vehículo investigado a la par que el daño de este, su propietario puede accionar civilmente en el proceso penal seguido contra el conductor del vehículo que embistió.

⁴⁵ Véase el comentario de la mencionada sentencia en: Fernández Crende, Antonio (2006). “Imputación objetiva en un caso de responsabilidad civil ex delito: criterio de la provocación”. *Comentario a la STS, 2ª, 26.9.2005. Revista para el Análisis del Derecho, N° 1*.

⁴⁶ Los hechos juzgados han sido estos: Sobre las 17:00 hrs. del 21.10.2003, Víctor M. y Rafael abordaron por la calle a Benito y le propusieron hablar sobre un amigo común en un sitio tranquilo a lo cual éste accedió, por lo que le llevaron en automóvil al antiguo cementerio de la carretera de Vicálvaro a Coslada. Llegados al lugar, Víctor M. y Rafael le robaron a punta de pistola 150€ en efectivo, un teléfono móvil valorado en 400€, una cadena de plata de 50,16€, el pasaporte y el DNI. Acto seguido, le condujeron a la residencia de los acusados donde le retuvieron ilegalmente y le amenazaron con bisturís y cable eléctrico para que se quitara la ropa, lo que provocó que Benito se lanzara contra el cristal de la terraza y consiguiera huir. Como consecuencia de lo sucedido, la víctima sufrió una herida en la rodilla derecha con sección parcial del tendón que precisó intervención quirúrgica.

⁴⁷ Kronawetter (2013, p. 201): “La acción civil es independiente de la penal porque parten de presupuestos distintos. La penal puramente surge desde la perpetración del hecho reputado punible; mientras que la civil se consolida como elemento gravitante vinculado al hecho punible en sí, cuando exista sentencia condenatoria sobre el responsable, no obstante y a tenor del Código Civil se podría implementar la acción antes de la sentencia condenatoria penal”.

⁴⁸ En lo pertinente, el CC establece lo siguiente: “Art. 1865: *“La acción civil para el resarcimiento del daño causado por un acto ilícito podrá ejercerse independientemente de la acción penal. Si ésta la hubiere precedido, o fuere intentada pendiente aquella, no se dictará sentencia en el juicio civil mientras no fuere pronunciada en lo criminal, salvo en los siguientes casos: a) si el encausado hubiere fallecido antes de dictarse el fallo penal, la acción civil podrá ser iniciada o continuada contra sus herederos; b) si el proceso penal estuviese paralizado por ausencia o enfermedad mental del encausado. Puede también promoverse o proseguirse la acción civil contra los sucesores*”

¿Puede cumplir la responsabilidad civil *ex delicto* una función preventiva frente a la delincuencia relacionada con la corrupción pública?: Reflexiones desde el sistema penal paraguayo

condenatoria dictada por tribunal competente que ha juzgado a los participantes del delito.

La acción civil debe ser dirigida en contra de los sujetos que tienen la obligación de reparar los daños, que no son otros que los autores y partícipes. Estos asumen la calidad de “deudores” y deben hacerse cargo con su propio patrimonio de las consecuencias civiles de la conducta ilícita penal, en virtud a lo que dispone el art. 430 del CC, que expresa: “*El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros*”. Por consiguiente, la acción civil en el procedimiento penal no podría tener por objeto obligaciones anteriores a la comisión del delito, aunque estas permanezcan luego inalteradas.

Por otra parte, el actor civil debe demostrar que del hecho juzgado en la causa penal se extrae todos los elementos determinantes de la responsabilidad civil: a) acto ilícito, b) dolo o culpa, c) daño, y d) nexo de causalidad.⁴⁹ El elemento gravitante de la responsabilidad civil *ex delicto* es el daño,⁵⁰ en razón a que constituye el presupuesto lógico y cronológico que hace nacer la obligación de reparar, según el principio de que no hay responsabilidad sin daño. Compartiendo con la doctrina mayoritaria, el daño o perjuicio patrimonial se considera como la diferencia entre el valor pecuniario del patrimonio después de la comisión del delito, y el valor que habría tenido sin la intervención punible (Martos Núñez; 1990, p. 86).⁵¹ Así, la esencia del daño se encuentra en la privación o disminución de bienes patrimoniales presentes o futuros. En este contexto, el art. 1835 del CC expresa: “*Existirá daño, siempre que se causare a otro algún perjuicio en su persona, en sus derechos o facultades, o en las cosas de su dominio o posesión. La obligación de reparar*

se extiende a toda lesión material o moral causada por el acto ilícito”.

Con respecto a la relación que debe existir entre el daño indemnizable y el hecho penalmente típico, existen tres hipótesis. La primera considera que la responsabilidad civil derivada del delito solo se refiere a los daños que se manifiestan en el resultado típico del delito; la segunda, que dicha responsabilidad alcanza a daños trascendentes al resultado típico, pero, en todo caso, imputables a la conducta típica según las reglas de imputación objetiva y subjetiva que rigen el ámbito de la responsabilidad extracontractual; y la tercera, que entendería que la responsabilidad civil va incluso más allá de la reparación de los daños objetiva y subjetivamente imputables a la conducta típica en términos de Derecho civil de daños. En opinión de Silva Sánchez (2001, p. 3), para que surja un título de responsabilidad civil “derivada de delito” no se requiere que el daño causado por el delito sea un daño penalmente típico; es decir, no sería necesario que el resultado dañoso constituya un elemento del delito por el que se condena.

En el ámbito de los delitos que tienen un resultado lesivo en el patrimonio del Estado o en alguna de sus reparticiones, la reparación consiste en deshacer la obra antijurídica llevada a cabo por el delito, colocando al patrimonio estatal en la posición que tenía antes de comenzar el acto delictivo o en la posición a la que debía arribar o cumplir, conforme a las previsiones del legislador.⁵² Coincide con este criterio Antolisei (1988, p. 579) al expresar que la verdadera acción reparatoria es el resarcimiento del daño, que consiste en indemnizar o compensar por el perjuicio irrogado por el hecho ilícito, mediante la prestación de un equivalente en dinero.

universales de los autores y copartícipes del delito, conforme a lo dispuesto sobre la aceptación de las herencias con beneficio de inventario. La acción civil puede ser ejercida por la víctima o por sus herederos forzosos”.

⁴⁹ Rodríguez Mourullo (1997, p. 329): “... constituye un requisito básico de la obligación de reparar la existencia de una relación de causalidad entre el hecho y los daños y perjuicios, lo que entraña que exista una relación directa entre el hecho delictivo y los daños y perjuicios irrogados. La imputación del daño al responsable se rige, por tanto, por los mismos criterios que la imputación del resultado en el ámbito penal, debiendo tenerse presente que la exigencia de una relación de causalidad se ha complementado con la necesidad de constatar la existencia de una relación de imputación objetiva

⁵⁰ Pantaleón (2000b, p. 172): “No se autoriza al Juez, en el extremo, a imponer una indemnización sin daño, por peligrosa que haya sido la conducta que ha tenido la enorme suerte de no causarlo, por cifra negra que ese tipo de conducta tenga, ni por potentado que sea su autor”.

⁵¹ Así también, opina Leone (1963, p. 470): “El daño es la diferencia de valor entre dos situaciones: la precedente y la consiguiente a la lesión; o bien cualquier privación, menoscabo o reducción de utilizada que el particular venga a experimentar en su patrimonio a consecuencia del delito”. Por su parte, Pantaleón (1990a) refiere: “... es inadmisibles una valoración abstracta del daño, sino que se debe comparar la situación global del patrimonio del perjudicado previa y posteriormente al daño”.

⁵² En este sentido, véase: Maier (1991, p. 40).

Con respecto al contenido de la obligación de reparar, es claro que conlleva el pago de una indemnización o compensación a ser realizado por el demandado por el perjuicio integral causado, es decir, todas las consecuencias mediatas previsibles y las demás causales que podrían tener conexión con el acto ilícito⁵³. En este sentido, el término «reparación» consiste en restablecer el estado patrimonial del ofendido al modo que se encontraba al tiempo de la comisión del hecho, como si este no se hubiera cometido, es decir, restablecer el equilibrio patrimonial afectado por el delito.

No debe olvidarse que en la comisión de delitos – que es una especie del género «acto ilícito»–, la obligación de reparar el daño es *solidaria* con relación a los responsables del delito⁵⁴ cualquiera sea el grado de participación, es decir, independientemente de que hayan sido declarados autores o partícipes (instigadores o cómplices), y la misma se fundamenta en el concierto doloso de los mismos (Landrove Díaz; 2005, p. 154).⁵⁵ Tal responsabilidad implica que si son varios los causantes la obligación comprensiva de reparar los perjuicios ocasionados puede ser demandada a cualquiera de los participantes del delito.⁵⁶ En este sentido, LLambías (2004, p. 484) expresa: “*La ley ve en el delito cometido por muchos, un pensamiento criminal concebido o inventado en común, y por eso ha querido que las condenaciones en materia de los delitos fuesen pronunciadas solidariamente contra todos los partícipes. Es que ahí hay un interés comunitario, aunque maléfico, que justifica la imposición de la solidaridad a todos los obligados por el delito*”.⁵⁷

Esta tesis ha sido adoptada algunos códigos penales:

1. Código penal italiano: *Art. 187. Indivisibilità e solidarietà nelle obbligazioni “ex delicto. “L’obbligo alle restituzioni e alla pubblicazione della sentenza penale di condanna è indivisibile. I condannati per uno stesso reato sono obbligati in solido al risarcimento del danno patrimoniale o non patrimoniale”.*
2. Código penal español: *Art. 116.2. “Los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables”.*
3. Código penal argentino: *Art. 31. La obligación de reparar el daño es solidaria entre todos los responsables del delito.*

El motivo de la solidaridad es correctamente explicado por González (1982, p. 266): “... *puede suceder que, entre los diversos copartícipes, algunos, por carencia o insuficiencia de recursos, no puedan hacer frente a la cuota que, según la responsabilidad, les corresponda de acuerdo con la sentencia; y para este caso, el código penal, lo mismo que el código civil, por motivos de conveniencia, establece la solidaridad más completa entre todos los copartícipes; es decir que, por los que no pueden, pagarán in-solidum los que pueden y que el acreedor tendrá el derecho de exigir, de cualquiera de ellos, el total de la deuda...*”.

Siguiendo estas ideas, un sector de la doctrina señala que la razón de la solidaridad en el pago de las obligaciones que surgen por el daño causado por una conducta punible, se expresa en el hecho de que sus autores o partícipes sean tratados con más rigor, en

⁵³ Art. 1856 del CC: “*El obligado a indemnizar el daño que le sea imputable resarcirá todas las consecuencias inmediatas, y las mediatas previsibles, o las normales según el curso natural y ordinario de las cosas, pero no las causales, salvo que éstas deriven de un delito y debieran resultar según las miras que el agente tuvo al ejecutar el hecho*”.

⁵⁴ Antolisei (1988, p. 580).

⁵⁵ De hecho, el anterior código penal paraguayo de 1910, contemplaba la solidaridad de todos los participantes del delito por los daños causados en el art. 128: “*La responsabilidad civil proveniente del delito será siempre solidaria entre todos los partícipes*”. En este sentido Soler (1970, p. 474) y Núñez (1982, p. 62).

⁵⁶ Explica Albaladejo (1963, p. 362) que no cabe pensar que la solidaridad establecida sea impuesta como un castigo por ser delictivo el acto ilícito, ya que el resarcimiento del daño no es un castigo para el delincuente (por haber sido delito su acto ilícito), sino un medio de reparar al lesionado. Por lo cual parece que igual razón hay para aplicar la solidaridad en caso de que el hecho daño sea delito, como en el de que no lo sea. A base de ese razonamiento quedaría justificada la solidaridad de los deudores de la reparación por acto ilícito civil.

⁵⁷ Esta postura es compartida por la doctrina: Pangrazio (1995, p. 754): “En la comisión de los delitos, la responsabilidad es solidaria”; Berdugo Gómez De La Torre (2004, p. 529): “Dado que el delito no es el fundamento de la responsabilidad civil, sino que lo es el daño causado, la cuantía de la reparación no se fija considerando la mayor o menor voluntad criminal interpuesta por cada uno de los agentes...; La responsabilidad solidaria implica que cada responsable viene obligado al cumplimiento íntegro de la obligación”; Núñez (1982, p. 62): “Los partícipes del delito están solidariamente obligados a reparar el daño causado por aquel”.

¿Puede cumplir la responsabilidad civil *ex delicto* una función preventiva frente a la delincuencia relacionada con la corrupción pública?: Reflexiones desde el sistema penal paraguayo

procura de los derechos de la víctima, quien contará con una garantía adicional en lo que se refiere a la posibilidad de satisfacer su derecho (Albaladejo, 1963, p. 363; Cristóbal Montres, 1985, pp. 116 y sigtes). En otras palabras, la solidaridad en estos casos se establece en el entendimiento de que favorece al acreedor, porque este beneficio es a costa de librarle de un riesgo que se endosa a los deudores. Esta regla impuesta a los obligados se encuentra prevista de modo general en la primera parte del art. 1841 del CC: “*Si el acto ilícito es imputable a varias personas, responden todos solidariamente*”, y de modo particular para el caso de que el acto ilícito haya sido cometido por un funcionario público en el art. 1845: “*Las autoridades superiores, los funcionarios y empleados públicos del Estado, de las Municipalidades, y los entes de Derecho público serán responsables, en forma directa y personal, por los actos ilícitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Los autores y copartícipes responderán solidariamente*”.

Este último precepto desarrolla el sistema de responsabilidad pública previsto en el art. 106 de la Constitución Nacional,⁵⁸ el cual integra, además de la responsabilidad indirecta y subsidiaria del Estado, la directa y personal del funcionario público por las consecuencias producidas por las trasgresiones, delitos o faltas que pudiera cometer en el ejercicio de sus funciones. En ese sentido, entre los tipos de responsabilidades que puede incurrir un funcionario público en estos supuestos, a parte de la política, administrativa y penal, se encuentra la civil cuando se ha causado un daño o perjuicio a la administración y a los particulares.

En consonancia con lo que se ha manifestado al principio, se reafirma el carácter eminentemente

patrimonial de la responsabilidad civil *ex delicto*, porque el resarcimiento del daño estimado en dinero, al ser recuperado, constituye un activo que acrecienta y restablece el patrimonio del ofendido por el delito (Riquelme; 1946. p. 65). De esta manera, puede decirse sin temor a equívocos que la sistemática normativa de la acción civil para la reparación del daño prevista en el código penal de forma, constituye una expresión de la política criminal de recuperación de activos dispuesta para enfrentar a la delincuencia relativa a la corrupción pública y patrimonial que afecta los intereses patrimoniales del Estado.

Art. 28: “*Intereses sociales y estatales. Cuando se trate de hechos punibles que han afectado el patrimonio del Estado, la acción civil será ejercida por el Procurador General de la República. Cuando hayan afectado a intereses sociales, colectivos o difusos será ejercida por el Ministerio Público*”.⁵⁹

La figura y funciones del Procurador General de la República se encuentran previstas en el art. 246 de la Constitución Nacional,⁶⁰ y en concordancia con el precepto analizado surge que el mismo no solo tiene la capacidad legal y procesal para representar al Estado Paraguayo en todo juicio con contenido patrimonial impulsado por él o en su contra, sino que además es la persona específicamente habilitada por el CPP para constituirse en demandante e interponer la acción civil para la reparación del daño cuando se ha afectado el patrimonio del Estado.⁶¹

Generalmente la delincuencia relacionada a la corrupción acaba afectando al Estado o algunas de sus reparticiones, dado el carácter que reviste el sujeto activo

⁵⁸ Art. 106 de la CN: “Ningún funcionario o empleado público está exento de responsabilidad. En los casos de transgresiones, delitos o faltas que cometiesen en el desempeño de sus funciones, son personalmente responsables, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado, con derecho de éste a repetir el pago de lo que llegase a abandonar en tal concepto”.

⁵⁹ Del contenido normativo de este precepto, se puede advertir que el legislador ha querido otorgar la facultad para ejercer la acción civil que nos ocupa a: i) la Procuraduría General de la República, en los casos en que se haya vulnerado intereses del Estado al perjudicarse el patrimonio de las entidades de la Administración central (ministerios, secretarías ejecutivas o cualquier otro organismo dependiente del Poder Ejecutivo), ii) al Ministerio Público, cuando se haya afectado intereses sociales, colectivos y difusos, y iii) la víctima particular que tenga la facultad de intervenir en el proceso como querellante. Como puede observarse, la clasificación surge de la naturaleza del interés patrimonial vulnerado por el hecho punible (estatal, social o particular).

⁶⁰ Art. 246 de la CN: “Son deberes y atribuciones del procurador General de la República: 1) representar y defender, judicial o extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República; 2) dictaminar en los casos y con los efectos señalados en las leyes; 3) asesorar jurídicamente a la Administración Pública en la forma que determine la ley, y 4) los demás deberes y atribuciones que fije la ley”.

⁶¹ Al respecto, menciona Casañas Levi (2011, pp. 58 y 59): “*Los hechos punibles afectan bienes jurídicos, que, como se dijera, pueden ser individuales o colectivos, según quien sea el titular de los mismos. A su vez, los individuales pueden ser particulares, como la vida, la integridad física, el honor, etc. Y pueden ser también de naturaleza pública, en cuyo caso, el Estado Paraguayo es directamente afectado, como cuando se agrede su patrimonio (lesión de confianza o estafa que merman directamente fondos del Estado paraguayo). El artículo 28 del CPP señala que cuando se trate de hechos punibles que han afectado el patrimonio del Estado, la acción civil será ejercida por el*

–funcionario público–, y en atención a la naturaleza pública de los fondos que pudiera gestionar en razón de su cargo, que al final son desviados o incorrectamente utilizados.⁶² Por tanto, la lesión de un interés patrimonial público, causado por el acto funcional irregular o de disposición indebida realizado por el funcionario público, legitima el impulso de la acción civil *ex delicto* por el Procurador General de la República, en representación del Estado Paraguayo, a fin de obtener el resarcimiento del daño causado al erario público.

Art. 29: “Ejercicio. La acción civil podrá ser ejercida en el procedimiento penal, conforme a las reglas establecidas por este código, o intentarse ante los tribunales civiles, pero no se podrá promover simultáneamente en ambas jurisdicciones”.

Como puede deducirse del precepto transcripto, el actor civil puede ejercitar la acción correspondiente conforme a las normas contenidas en el propio CPP (a través del procedimiento especial respectivo previsto en los arts. 439 al 448), o ante los tribunales civiles (mediante las normas del proceso de conocimiento ordinario civil),⁶³ y si elige el primer ámbito jurisdiccional solo podrá impulsarla una vez que en el proceso criminal se haya dictado sentencia y esta quede firme y ejecutoriada, antes no.

La exposición de motivos del código procesal penal menciona que el legislador ha optado por evitar el ejercicio simultáneo de la acción civil y penal en el procedimiento ordinario, mediante la utilización de un procedimiento especial (de carácter monitorio) que garantiza una reparación más rápida y simplifica la tramitación del procedimiento común.⁶⁴

Este criterio otorga firmeza al principio de autonomía de ambas acciones y permite que la víctima opte entre una y otra vía, pero con procedimientos diferentes según el fuero elegido. Al respecto, y coincidiendo

con esta postura, expresa Telechea Solís (2009, p. 1265): “... la disposición del artículo 29 del código procesal penal se refiere al caso especial en que el afectado por el daño opta por la elección que le brinda la ley adjetiva penal de referencia, para el ejercicio de la acción civil reparatoria en sede penal”.

Una cuestión que es importante tratar constituye la prescripción de la acción civil para la reparación del daño. El art. 447 del código procesal penal se refiere a la prescripción de la acción civil interpuesta por medio del procedimiento especial previsto en el mentado cuerpo legal al expresar: “Prescripción. La acción para demandar la reparación o indemnización del daño, por medio de este procedimiento especial, prescribirá a los dos años de ejecutoriada la sentencia de condena o la resolución que impone una medida”.

El precepto normativo es muy claro, la acción civil intentada por el procedimiento especial prescribe a los dos años de ejecutoriada la sentencia penal o la resolución de imposición de una medida. Sin embargo, surge la interrogante de si tiene aplicación el mismo plazo de prescripción en el caso de que el actor civil decida intentar su demanda ante el fuero civil mediante el procedimiento de conocimiento ordinario optando por la facultad alternativa que le otorga el art. 29 del CPP. Aunque no exista previsión normativa clara al respecto, una interpretación coherente y armónica de la legislación sobre la materia hace extensible y aplicable el plazo de prescripción fijado en el art. 477 del CPP de dos años de ejecutoriada la condena, a la acción civil que se interponga ante los tribunales civiles.

Así lo ha entendido la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en el Acuerdo y Sentencia N° 1.226 de fecha 5 de diciembre de 2014:⁶⁵

“El Cód. Proc. Pen. introdujo un variante que es de significativa importancia para el análisis. En efecto, el código procesal penal estatuye la posibilidad de reclamar

procurador general de la República. Con esta norma, la ley delega en el procurador general de la República la titularidad del reclamo civil cuando los hechos punibles cometidos afectaron directa o indirectamente el patrimonio del Estado”.

⁶² Carbajo Cascón (2003, p. 136) sostiene que estando la esencia de la corrupción en la interposición de un interés privado de naturaleza económica que persigue la desviación ilícita de fondos públicos o privados hacia patrimonios personales o empresariales, se comprende fácilmente la existencia necesaria de una relación instrumental entre el fenómeno de la corrupción y el Derecho privado patrimonial.

⁶³ En la doctrina paraguaya, haya autores como Telechea Solís (2009, p.1268) que se muestran partidarios de que la acción civil no se ejercite en el procedimiento penal sino en el civil en un juicio posterior. Argumenta la mayor conveniencia de promover la acción civil resarcitoria ante la jurisdicción civil por la especialización y experiencia ganada en la actividad judicial de los jueces de dicho fuero.

⁶⁴ Exposición de motivos del CCP de 1998: -Apartado N° 66.

⁶⁵ Expediente: “Félix Coronel Flores c/Estado Paraguayo s/ Indemnización de daño moral”. En el mismo sentido, en el Auto Interlocutorio N° 29 de fecha 05 de febrero de 2015 dictado en el Expediente: “Lucas Romero Ramos c/ Estado Paraguayo s/ Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual”.

¿Puede cumplir la responsabilidad civil *ex delicto* una función preventiva frente a la delincuencia relacionada con la corrupción pública?: Reflexiones desde el sistema penal paraguayo

indemnizaciones civiles por la comisión de hechos punibles, ante el juzgado penal. La acción para demandar la reparación o indemnización del daño por dicho medio prescribirá a los dos años de ejecutoriada la sentencia de condena o la resolución que imponga la medida. Con ello es obvio que se está estatuyendo un plazo prescripcional y un sistema de cómputo muy distinto del previsto en el código civil. Si la acción es independiente de la acción penal, y tiene su régimen propio de prescripción, su planteamiento no debería depender de modo alguno de la actividad en sede penal. Empero, al establecer que en sede penal la prescripción del derecho a pedir el resarcimiento por hechos ilícitos punibles es de dos años a partir de la decisión sobre la condenada o la imposición de medidas, es obvio que se está sometiendo el inicio del decurso prescripcional al pronunciamiento en sede penal; con lo cual se hace evidente que se está extendiendo el plazo de la acción de la reparación que se puede obtener por esta vía. Si consideramos que los hechos punibles tienen todos ellos plazo prescripcional diferentes, y la acción de reparación de este guisa empieza, y ésta recién prescribe a los dos años de la sentencia que se pronuncia sobre la responsabilidad penal debemos necesariamente sumar los dos plazos prescripcional: el de la persecución penal, más lo que dure el proceso que la dirime hasta la sentencia, y luego añadir la prescripción de dos años que comentamos...;

La cuestión que se nos plantea, y que no es de poca significación, es poder interpretar estas dos normativas, la civil y la penal, relativas a la prescripción de los derechos de reparación pecuniaria en un todo armónico y coherente. Si mantenemos que el mentado art. 447 del Cód. Proc. Pen. no ha modificado también el régimen de prescribibilidad de la indemnización por hechos ilícitos punibles, estaríamos sosteniendo que existen dos órdenes de prescripción que se desenvolverían paralelamente: la acción ordinaria civil, de dos años a partir de la comisión del ilícito, conforme con el art. 663 inc. f) del Cód. Civ., la acción sumaria en sede penal de dos años a partir de la condena penal. Además de los predicamentos de orden dogmático y lógico, que supondría el sostener que el fenecimiento del ejercicio de un derecho ha de depender de la vía por la cual se pretende ese ejercicio, mantener una doble regulación para un mismo hecho no solo es contrario al principio de coherencia que debe imperar en un sistema jurídico, con el consabido menoscabo de la seguridad jurídica y el quebranto del principio de igualdad, sino del todo fútil. Ello es así, porque si se operó la prescripción de la

acción ordinaria, el interesado siempre podría recurrir a la denuncia penal y al proceso penal para abrir nuevamente la vía de la reparación ex art. 447 del Código de Procedimientos Penales...;

En este sentido, la única conclusión posible es que el régimen de prescripción civil ha sido radicalmente modificado por el código procesal penal, cuando se trata de hechos ilícitos punibles tipificados en el código penal, y que **ello rige tanto para el procedimiento de fijación indemnizatoria ordinaria civil como para la sumaria en sede penal** (las negritas son nuestras).

Como puede observarse, la Corte Suprema de Justicia ha interpretado armónicamente el conjunto normativo referente a la prescripción de la responsabilidad civil derivada de actos ilícitos punibles, argumentando que el CPP ha modificado –radicalmente– el régimen prescripcional de la indemnización por hechos ilícitos previsto en el código civil cuando el mismo hecho generador del daño se subsume a su vez en una conducta penalmente sancionada. Sin dudas puede criticarse esta decisión del legislador, pero lo cierto es que no puede ser objetada desde el punto de vista constitucional o de la legislación civil, pues el código procesal penal de 1998 puede perfectamente modificar o derogar disposiciones de otras leyes anteriores, y el código civil –que es del año 1986– no es otra cosa que una ley (en este sentido, Soler, 1970, p. 470).

Por otra parte, y en alusión al art. 29 del CPP, ha señalado el máximo órgano judicial que el plazo de prescripción de dos años posterior a la condena rige tanto para el procedimiento de fijación indemnizatoria ordinaria civil como para la sumaria en sede penal, en coherencia y concordancia con el contenido normativo del mentado precepto que expresa “La acción civil podrá ser ejercida en el procedimiento penal, conforme a las reglas establecidas en este código, o intentarse ante los tribunales civiles...”.

5.2. Parte procesal

Habiéndose dictado una sentencia de condena, el legislador no solo ha dotado a la víctima de una acción para obtener el resarcimiento de los daños producidos por el delito, sino también le ha proporcionado un procedimiento especial para materializar y ejecutar su derecho. La importancia fundamental que adquiere la

sentencia de condena para la acción civil de reparación del daño, ha sido destacada por Florián: “*Es natural que la resolución del proceso penal sea el presupuesto condicionador de la suerte de la relación jurídica de resarcimiento de los daños; la condena del imputado, es el presupuesto para obtener el resarcimiento del daño; ... Si la sentencia penal firme es condenatoria, representa el título para la acción civil de resarcimiento...*” (Florián citado por Riquelme; 1946. p. 64).

En este sentido también se manifiesta González Rus (1979, p. 398): “*La sentencia, sabido es, puede ser condenatoria o absolutoria. En el primer caso, el reconocimiento de la responsabilidad criminal, por un hecho que se califica de delito o falta, lleva necesariamente consigo la declaración de la responsabilidad civil que se deriva del mismo. La sentencia condenatoria es por sí misma título bastante para que el titular proceda a su ejecución; no obstante, la realización del contenido civil de la sentencia debe llevarse a cabo por un procedimiento diverso del que propiamente corresponde a la ejecución penal, ya que es distinta la acción cuya actuación se pide*”.

Observando el sistema normativo que regula el procedimiento de reparación del daño, puede decirse que el legislador ha adoptado un técnica que se adhiere a la directriz emanada de la CNUC cuya Guía Legislativa para su aplicación (p. 205, numeral 460) expresa que no se exige a los Estados que se garantice la indemnización *per se*, pero sí deben existir medidas legislativas que prevean procedimientos mediante los

cuales las víctimas puedan procurarse o reclamar este resarcimiento.

Podemos encontrar en la legislación comparada varias técnicas como la seguida por el Derecho español que permite, por razones pragmáticas, acumular la acción civil a la acción penal en el mismo proceso, de forma que en el mismo juicio donde se determina la responsabilidad penal, se fija también la responsabilidad civil.⁶⁶ Sostiene Balbuena Pérez (2014, p. 279) que esta modalidad ha sido adoptada en virtud del principio de económica procesal que permite evitar que se tenga que tramitar dos procesos –uno penal y otro civil– para satisfacer las consecuencias jurídicas derivadas de un mismo hecho antijurídico que se enjuicia.

En cambio, el legislador paraguayo ha seguido otra técnica legislativa, la *monitoria restringida*, prevista en el Título VII, del Libro segundo, de la segunda parte del CPP, bajo la rúbrica “*procedimiento penal para la reparación del daño*” (arts. 439 al 448).⁶⁷

El art. 439 del CPP establece: “*Procedencia. Dicitada la sentencia de condena o la resolución que imponga una medida de seguridad por inimputabilidad, el querellante o el Ministerio Público podrán solicitar al juez que ordene la reparación del daño causado o la indemnización correspondiente*”. Así también, el art. 440 del citado cuerpo legal expresa: “*Demandado. La demanda deberá ser dirigida contra el condenado o contra a quién se le aplicó una medida de seguridad de mejoramiento*”.

El autor recién citado, manifiesta que este procedimiento especial permite la reclamación de los

⁶⁶ En el código penal español, las normas más relevantes sobre responsabilidad civil *ex delicto*, se encuentran en los siguientes preceptos: Art. 109. “*La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños o perjuicios por él causados. 2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil*”.

Art. 110. “*La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende: 1.º La restitución. 2.º La reparación del daño. 3.º La indemnización de perjuicios materiales y morales*”.

Art. 112. “*La reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquel y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa*”.

Art. 116. 1. “*Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito los jueces o tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno. 2. Los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables. La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, en los bienes de los autores, y después, en los de los cómplices. Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno. 3. La responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el artículo 110 de este Código de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos*”.

⁶⁷ La intención del legislador paraguayo sobre la inclusión de la acción civil en el procedimiento penal, se encuentra plasmada en la exposición de motivos del CCP de 1998: -Apartado N° 87. “*Una de las propuestas más importantes en el anteproyecto constituye la reparación de los daños a las víctimas luego de lograda la condena del imputado o la medida de seguridad impuesta a un irreprochable, ante el mismo tribunal que dictó la sentencia condenatoria. Este procedimiento tiene una ventaja importante en la celeridad de la víctima de un delito resarcible, estableciéndose un procedimiento abreviado, sin muchas complicaciones con plazos perentorios y de defensa restrictiva*”.

¿Puede cumplir la responsabilidad civil *ex delicto* una función preventiva frente a la delincuencia relacionada con la corrupción pública?: Reflexiones desde el sistema penal paraguayo

daños de forma rápida⁶⁸ sin necesidad de entrar en el debate contradictorio a no ser que el demandado oponga alguna de las objeciones posibles,⁶⁹ en cuyo caso se convoca a las partes a una audiencia y se dicta la resolución que proceda. Si el demandado no se opone, entonces se ejecuta directamente el mandamiento de pago emitido por el juez (2014, p. 280). La exposición de motivos del CPP hace expresa mención de este rasgo que caracteriza a este procedimiento: “Este procedimiento tiene una ventaja substancial: la celeridad de la indemnización a la víctima de un delito. Recuérdese lo señalado en la atención de los intereses de la víctima es, no solo un fin legítimo del proceso, sino uno de los más importantes”.⁷⁰

Por otra parte, Bogarín González (2015, p. 481) señala que la técnica elegida confiere a la acción civil un tratamiento procesalmente separado del litigio penal propiamente, y difiere la reclamación de los daños a un procedimiento posterior ante el mismo órgano penal (juez de garantías o tribunal de sentencias)⁷¹ que dictó el fallo condenatorio, aunque con inversión del contradictorio. El mentado procedimiento es de *litis* restringida, ya que limita el reclamo del actor civil exclusivamente a la reparación del daño directo a él causado por el delito y determinado en la sentencia penal condenatoria, sin la posibilidad de plantear otras pretensiones (por ejemplo, intereses u otras consecuencias mediatas previsibles) que podrían ser discutidas en caso de

que la acción fuese planteada ante el fuero civil, tal como lo faculta el art. 29 del CPP antes mencionado. Esta postura es compartida por Loutayf Ranea y Costas (2002, p. 148): “... a través de la acción civil en sede penal solo se puede pretender el resarcimiento del daño causado por el delito (o la restitución de lo obtenido por él, que es una forma de resarcir); ... Las pretensiones que tengan un objeto diferente, aunque puedan considerarse derivadas del delito, deben plantearse por separado ante el juez civil competente”.

En cuanto a las personas que pueden ejercer como demandantes en el procedimiento penal de reparación del daño, el precepto analizado concede el impulso procesal al Ministerio Público o a la víctima que ha asumido la calidad de querellante. No obstante, cabe precisar que de la interpretación coherente y sistemática del régimen normativo de la acción civil y del procedimiento penal para la reparación del daño, queda claro que la calidad de actor civil también se extiende al Procurador General de la República en los casos en que el patrimonio público haya sido afectado por el delito, en virtud al art. 28 del CPP. Esta afirmación se sustenta en la propia voluntad del legislador⁷² que ha sido plasmada en la exposición de motivos del citado cuerpo legal: “Estará legitimados los querellantes particulares y el Ministerio Público, cuando éste represente a intereses de la sociedad, como son los intereses difusos o colectivos. **Si se trata de intereses puramente estatales la**

⁶⁸ Roxin (2000c, p. 538): “... cuando de un hecho punible nacen pretensiones patrimoniales es muy natural atender las pretensiones de resarcimiento del ofendido ya en el procedimiento penal, para evitar el doble trabajo, pero también para evitar decisiones contradictorias. De este modo, se tiene en cuenta, a la vez, el interés en una reparación rápida de la persona que sufrió el daño”.

⁶⁹ Art. 444 del CPP: “Carga de la prueba y objeción. Corresponderá al acusador particular la prueba de los hechos en que funde su pretensión. El demandado solo podrá objetar la legitimación del demandante, la clase de la reparación solicitada y la cuantía de la indemnización. El escrito de objeción deberá ser fundado y acompañado de toda la prueba que respalde la objeción. Si no se objeta el mandamiento en el plazo establecido, quedará firme la orden de reparación o indemnización y el juez ordenará su ejecución”. Entiende Bogarín González (2015, p. 484) que lo esencial no debería ser la cuantía que se reclama como requisito para admitir la demanda, sino lo que las partes pidan, y el juez, en todo caso, debería limitarse a darle la posibilidad al demandado de que se oponga a la pretensión y, si se opone, posteriormente resolver aplicando las reglas de la sana crítica después de haberse llevado a cabo el contradictorio.

⁷⁰Exposición de motivos del CCP de 1998: –Apartado N° 216.

⁷¹ Art. 41 del CPP: “Tribunales competentes. Tribunales de sentencia. Los tribunales de sentencia podrán ser unipersonales o integrados por tres jueces penales, según el caso. El tribunal unipersonal será competente para conocer: ... 2) de la sustanciación y resolución del procedimiento para la reparación del daño, en los casos en que haya dictado sentencia condenatoria...”.

Art. 502 del CPP: “Ejecución civil. Procedimiento de reparación del daño. El tribunal que dictó la sentencia de reparación del daño, según el procedimiento especial previsto en este código, será el encargado de su ejecución”.

⁷² Resulta conveniente precisar lo que se entiende por voluntad del legislador, y al respecto Cavino (2009, p. 16) sostiene que es la referencia que introduce la cuestión de la ratio de las disposiciones jurídicas y el modo en que esta debe ser entendida por el intérprete de la ley; de ahí que las disposiciones legislativas son medios para alcanzar un fin hacia el que se orienta la intención del legislador. De esta manera, la exposición de motivos de una ley, entendida esta como voluntad o intención del legislador, es considerada como directriz interpretativa fundamental que debe ser tenida en cuenta al momento de valorar un precepto o cuerpo normativo.

legitimidad le corresponde al Procurador General del Estado".⁷³

Sin embargo, debe criticarse la decisión del legislador de habilitar solamente al Ministerio Público, al Procurador General de la República y al querellante el ejercicio de la pretensión resarcitoria en sede penal, puesto que no coincide con la extensión que a la acción civil le otorgan las normas sustantivas dispuestas en el CPP. Acuérdesse que de conformidad al art. 27 del CPP, el ejercicio de la acción civil *ex delicto* se ha otorgado al «perjudicado», entendiéndose dicho término como toda persona que ha sufrido algún daño o afectación en su esfera patrimonial a causa del delito; pero si en éste sujeto no coincide a la vez la calidad de víctima e interviene en el procedimiento penal principal como querellante, se encuentra imposibilitado para solicitar el resarcimiento por esta vía, quedándole la opción alternativa de intentar su derecho ante los tribunales civiles. Los efectos de la restricción procedente de la ley procesal penal conducen a concluir que las finalidades y ventajas que ofrece el procedimiento penal para la reparación del daño previsto en el CPP—rápido, restringido y ejecutivo—, no se extienden a todos los afectados por el delito. Si bien los perjudicados tienen la posibilidad de recurrir a los tribunales civiles, no cabe duda que la reclamación de su derecho deberá dirimirse en un procedimiento civil de conocimiento ordinario que resultará sumamente complejo y largo.

En el procedimiento penal para la reparación del daño tiene una relevancia trascendental la eficacia de la sentencia penal sobre la acción civil, en atención a que una vez firme dicha resolución (es decir, agotados todos los recursos establecidos en la ley procesal para conseguir un resultado favorable al encausado), se tiene por acreditada la hipótesis delictiva sustentada por el titular de acción penal pública y la participación culpable de los autores y partícipes. Por tanto, los hechos atribuidos a los mismos quedan indiscutibles o inmutables adquiriendo los efectos de la cosa juzgada

material. En este sentido Arlas (1995, p. 27) sostiene: *“Con el advenimiento de la sentencia sobre el fondo, las cuestiones objeto del litigio quedan imperativamente resultas, es decir, que ya no puede sostenerse que sean de modo diverso a cómo lo establece la sentencia. Por definición, la cosa juzgada material está destinada fuera del proceso, frente a los jueces de los futuros procesos, que se encontrarán inhibidos para volver a conocer sobre un punto ya sentenciado”*.

Esta postura doctrinal coincide plenamente con el espíritu y alcance del art. 1868 del CC, que establece que después de la condena del acusado en el juicio criminal, no se podrá negar en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituye el delito, ni impugnar la culpa del condenado⁷⁴. Bien dice DE Gásperi (1946, §1351, p. 582) que la jurisdicción civil no puede declarar que no existe el hecho criminal que la jurisdicción criminal ha tenido por tal, ni juzgar inocente de ese hecho al que la otra jurisdicción ha declarado culpable.

6. La acción civil *ex delicto* y su efecto preventivo en la lucha contra la corrupción pública

Se ha mencionado que los organismos supranacionales e internacionales, a través de los convenios por ellos impulsados, han dado una respuesta contundente en el sentido de acabar o al menos luchar firmemente contra la corrupción en el sector público. Para materializar dicha intención, estas iniciativas han desplegado una estrategia destinada a impedir que estas prácticas y sus beneficios se consoliden, estableciendo un abanico amplio de respuestas jurídicas que, afortunadamente, incluyen a la responsabilidad civil *ex delicto*.

Debe recordarse que la corrupción afecta al conjunto de la sociedad y a la comunidad internacional, pero así también estas prácticas pueden tener víctimas

⁷³ Exposición de motivos del CCP de 1998: –Apartado N° 220.

⁷⁴ Al respecto, menciona Pangrazio (1995, p. 754): *“Se ha dicho que para impedir una doble discusión sobre el mismo hecho, haciendo imposible dos decisiones contrarias se ha dispuesto que, después de la condenación del acusado en el juicio criminal, no se podrá contestar en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituye el delito, ni impugnar la culpa del condenado porque sería destruir el efecto de la cosa juzgada”*. El anteproyectista del código civil paraguayo, Luis de Gásperi, en su tratado de las obligaciones (1946, § 1351, pp. 580 y 581), ha explicado que el origen de esta norma se encuentra en ideas romanas sobre la cosa juzgada, atenuadas en su aplicación por el derecho moderno, y al respecto dice: *“¿Cómo admitir que aquel que después de una defensa hecha con toda la libertad y con todas las garantías que la ley concede ha sido solemnemente condenado como autor de un delito pueda después ante un tribunal civil sostener y llegar a establecer legalmente que el hecho no ha existido, o que no le es imputable? Esto es un escándalo jurídico, contrario a la razón y a la verdad que debe suponerse en los juicios concluidos”*.

¿Puede cumplir la responsabilidad civil *ex delicto* una función preventiva frente a la delincuencia relacionada con la corrupción pública?: Reflexiones desde el sistema penal paraguayo

concretas, por ejemplo, un particular o un Estado. Esta afectación crea situaciones de injusticia que ameritan que los legisladores nacionales respondan ante tales hechos. No en vano, la Guía Legislativa para la aplicación de la CNUC (p. 203, numeral 660) menciona que el comiso y las acciones de restitución o de reparación de los activos robados (ocasionalmente por funcionarios públicos de alto nivel), constituyen una reacción eficaz y disuasiva de alcance mundial, y con ella se debe abordar la cuestión de la restitución de los activos a los victimizados o a terceros.

Ahora bien, si el objetivo principal del legislador es evitar que un funcionario público incumpla sus compromisos con la Administración que le ha contratado y use su posición funcional para obtener un lucro personal, ¿cómo se debería idear un sistema eficaz de sanciones para luchar contra la corrupción? Cabe resaltar que en esta tarea la eficacia es necesaria si se pretende que las respuestas estatales verdaderamente disuadan conductas ilícitas y cumplan su función de prevención general. Al respecto, Rodríguez López (2004, p. 23) expresa que la eficacia se mide por su efecto desincentivador, que a su vez depende de la comparación que realice el agente público potencialmente corrupto entre el coste de la sanción y el beneficio que puede obtener con la comisión del ilícito.

No debe olvidarse que la pretensión de obtener una ventaja económica es esencial en la fenomenología ligada a la corrupción o la delincuencia organizada. En estos casos, el riesgo de ser capturado y condenado constituye un coste importante para los responsables de tales hechos, y para compensarlos cuenta con un mecanismo que hace racional su decisión: encarar el precio de los actos funcionales que realizan o de los bienes y servicios ilegales a cuyo comercio se dediquen. Por ello, se reitera, el riesgo de ser castigado puede ser grande, pero la expectativa de obtener grandes ingresos puede compensar ese peligro (Fabían Caparros, 2017, p. 324).

Contestando a la interrogante arriba planteada, una racional y eficiente política criminal estatal a

ser aplicada y encaminada a combatir la corrupción pública, debe contemplar necesariamente dentro del catálogo de respuestas dirigidas a este tipo de delincuencia las siguientes instituciones jurídicas: 1) la pena privativa de libertad, 2) la pena de multa equivalente o complementaria, 3) la pena de inhabilitación para ejercer cargos públicos, 4) el comiso de las ganancias derivadas del delito, y 5) la acción de responsabilidad civil *ex delicto*.⁷⁵

Como puede observarse, esta propuesta —que ya es desarrollada desde el ámbito internacional por impulso de la CNUC— incluye a la acción civil *ex delicto* y este apartado solo se referirá a ella en cuanto es el objeto del presente trabajo. El carácter disuasivo de la responsabilidad civil *ex delicto* radica en que su resultado o consecuencia —la obligación de reparar— implica una desventaja o consecuencia negativa para los participantes del ilícito, quienes sufrirán una pérdida de bienes en su patrimonio personal a favor del Estado perjudicado. En otras palabras, para que este tipo de responsabilidad pueda constituir un factor de prevención, los causantes del delito deben sentirse amenazados seriamente de que eventualmente van a pagar una cierta cantidad de dinero,⁷⁶ cuyo *quantum* si fuese reclamado ante el fuero penal correspondería al perjuicio económico fijado en la sentencia condenatoria (por efecto del carácter monitorio del procedimiento especial previsto en el CPP), o ante el fuero civil, el resultante del daño emergente más los intereses desde el día del hecho generador, sin perjuicio de todas aquellas otras consecuencias causales que pudieran derivar —art. 1856 del CC—. Comparte esta postura Petitto (1992, p. 30): “*La sanción punitiva subraya con mayor vigor los caracteres de reprobación y castigo, lo que no significa que se encuentre ausentes en el ámbito civil. También existe prevención en la sanción reparatoria, aún cuando la amenaza del mal aparece con rasgos de menor intensidad*”.

En efecto, Bueno Arús (2008, p. 130) pone de manifiesto que aquellas sanciones de naturaleza civil, aunque no comportan otra consecuencia que reparar

⁷⁵ Mir Puig (1976a, p. 29): “*Político-criminalmente es, pues, aconsejable contemplar la responsabilidad nacida del delito desde el prisma del Derecho penal. Ello no significa necesariamente una contradicción con la naturaleza civil que demuestra la perspectiva conceptual. Pueden conciliarse ambos puntos de vista si se admite que el Derecho penal puede integrarse también de un medio de naturaleza civil*”.

⁷⁶ Pantaleón (2000b, p. 171, cita 9): “*Aquel a cuyo cargo nace la obligación de indemnizar el daño puede sentirse tan castigado como aquel a quien se impone una multa o una pena; y la amenaza de tener que indemnizar puede, en algunos casos, influir en la conducta de sujetos, induciéndoles a actuar de forma cuidadosa...*”.

el daño causado, algún rastro de estigmatización⁷⁷ conserva porque en la práctica se afecta el patrimonio del que «tiene la culpa» cuando cumple la sanción civil, que ya, por venir regulada en la legislación penal, empieza a adquirir un *fumus* de sanción *boni iuris*.

De esta manera, los efectos de la responsabilidad civil *ex delicto* suponen “un costo más” al potencial autor del delito, lo cual constituye un factor de ponderación adicional en su análisis «costo-beneficio» que deberá realizar antes de llevar a cabo la decisión de corromperse. Los propulsores de la disciplina analítica económica del Derecho,⁷⁸ sostienen que un funcionario público decidirá corromperse solo cuando vea que los beneficios que obtendrá del acto corrupto serán superiores a los riesgos que asume en dicho acto, es decir, el costo que le supondría ser descubierto y pasible de ser privado de su libertad, multado, inhabilitado y privado de las ganancias de su delito.⁷⁹ A esto hay que sumar las consecuencias de índole administrativo y social, pues el funcionario perderá su puesto de trabajo, y por ende, el salario con el cual satisface sus propias necesidades básicas y las de su familia. Si a estos riesgos sumamos la posibilidad de que el autor sea obligado a despojarse de su propio patrimonio —que pudo haber forjado lícitamente— por efecto de la acción civil de reparación, es más que probable que los costes y riesgos que asume sean desproporcionadamente mayores a la rentabilidad económica que espera obtener mediante actividades ilícita.

Tras estos argumentos puede afirmarse desde ya que la clásica elección político criminal de elevar las penas como único recurso para enfrentar el flagelo de la corrupción conlleva a resultados infructuosos, lo cual se demuestra fácticamente con el continuo y alarmante

crecimiento de este tipo de delincuencia tanto en nuestro país, como en casi todas las demás realidades nacionales.⁸⁰ Además, con acierto dice González Rus (1979, p. 401): “... *al perjudicado por el delito, que ha visto imposibilitado el cobro de la indemnización que le permita reparar su coche, que además de robado fue destrozado en un accidente, le sirve de poco consuelo, a la hora de abonar la factura, saber que el autor del hecho se encuentra en la cárcel*”.

Algunos autores han reivindicado la función intimidatoria de la responsabilidad civil en los casos de poca sanción punitiva. Antón Oneca (1986, p. 647) expresa al respecto que en los delitos castigados con penas de poca gravedad, especialmente en los que permiten la condena condicional, es lógico que se tema más a la sanción reparatoria que a la pena. Así mismo, Mir Puig (2005b, p. 56), sostiene que en relación con los delitos de escasa gravedad la responsabilidad civil puede tener mayor eficacia intimidatoria que la penal.⁸¹ En verdad, la fuerza disuasoria mencionada por los citados autores no se daría siempre porque podría suceder que el autor condenado sea solvente, y las ventajas que obtuviese del delito sean al final mucho mayores en comparación a la cuantía de la indemnización que deberá abonar en concepto de reparación del daño (Arnaiz; 2004, pp. 46 y 47). De ahí que es importante reiterar la conveniencia de que todas las consecuencias jurídicas arriba señaladas sean aplicadas en conjunto con la responsabilidad civil *ex delicto* para que constituyan globalmente un verdadero “alto costo” que desaliente la decisión de realizar potenciales actos de corrupción.

Por otra parte, la experiencia judicial de otros países indica que la responsabilidad civil *ex delicto* puede

⁷⁷ En este sentido, Fiandaca/Musco opinan que el resarcimiento del daño por el delito tiene un carácter indudablemente afectivo, y que por ello no lo privaría de aspectos propios del Derecho público.

⁷⁸ Rodríguez López (2004, p. 16): “Desde el análisis económico del Derecho se estudia, entre otras cuestiones, cómo deben configurarse las normas jurídicas de forma que, una vez definidas las conductas lícitas e ilícitas, puedan crearse incentivos adecuados que influyan en el comportamiento de los miembros de la sociedad. Los argumentos empleados y las conclusiones alcanzadas son válidos únicamente para individuos cuyo comportamiento se asume racional, es decir, agentes que actúan teniendo en cuenta las ganancias y los costes de sus alternativas de elección, y que optan por aquella cuya ganancia neta es mayor”.

⁷⁹ Cabe resaltar que este análisis costo-beneficio no solo debe ser asumido y calculado por el funcionario, sino también por los demás actores que intervienen en el acto corrupto. Bien dice Schweitzer (2005, p. 27) que el cálculo debe ser hecho por todos los sujetos intervinientes y sus resultados deben ser muy similares o, por lo menos, tienen que apuntar en la misma dirección. Si el resultado del cálculo de uno de los actores no concuerda con los otros, no habrá acuerdo que amerite el acto corrupto.

⁸⁰ Al respecto, expresa Sáinz-Cantero Caparrós (1997, p. 6) que parte de la doctrina penal sostiene que se asiste en esta rama del ordenamiento jurídico a una crisis provocada por la ineficacia de la sanción penal respecto de los fines preventivos y resocializadores que tienen señalados.

⁸¹ Casino Rubio (1998, p. 210, cita 65) menciona casos conocidos en España, como el de la discoteca madrileña “Alcalá 20” o del “aceite de colza”, resueltos con carácter definitivo por la Sala 2ª del Tribunal Supremo Español, confirmando reproches penales leves y dando lugar a elevadísimas responsabilidades civiles.

ser también utilizada como instrumento de sanción subsidiaria. Como hemos señalado anteriormente, en la delincuencia en cuestión, la motivación de los sujetos es principalmente económica y para contrarrestar esta intención se han creado figuras entre las cuales se destaca el comiso. Sin embargo, la realidad procesal demuestra que en los casos de corrupción no es siempre fácil probar un nexo entre un acto de desviación de caudales públicos y un enriquecimiento patrimonial propio de un funcionario público o de un tercero, que de lo contrario daría pie a la aplicación del comiso. Así, cuando no se dan los requisitos de esta figura, sus efectos igualmente podrían alcanzarse en cierta manera a través de la responsabilidad civil *ex delicto*, pues la sola comprobación de que el acto juzgado ha causado un daño al patrimonio público es condición suficiente para que el Estado –en su calidad de víctima,⁸² dirija su demanda en contra del funcionario público para que compense con sus bienes el perjuicio causado, haciendo efectiva de esta manera el principio de que «nadie debe enriquecerse con perjuicio y lesión de otro».⁸³ En este sentido sostiene Sanz Mulas (2010b, p. 165): “... no hay mayor medida preventiva y disuasoria que el que, al final, el “negocio” no les sea rentable. Esto es, nos situamos ante verdaderos *homus economicus*, frente a los que la mejor “arma” es el conseguir que su negocio no les beneficie económicamente pese a los riesgos asumidos”. De forma coloquial se puede decir que con este tipo de responsabilidad se pretende golpear a los delincuentes –al igual que el comiso–, precisamente en donde más les duele, en su bolsillo.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que la efectividad real de las medidas de reparación y de recuperación de activos desplegadas por los Estados contra la

corrupción dependen necesariamente de la investigación patrimonial sobre los bienes de los participantes del delito (que debe realizar el Ministerio Público en coordinación con el Estado perjudicado), y de la aplicación oportuna de las medidas cautelares que aseguren los bienes de los eventuales demandados.

La investigación patrimonial tiene un especial interés en el proceso penal⁸⁴ por los siguientes motivos: 1) es necesaria para asegurar el pago de las responsabilidades pecuniarias, que incluyen la multa, la responsabilidad civil *ex delicto* y las Costas; 2) a través de la concreción de determinados flujos y movimientos patrimoniales se pueden obtener elementos probatorios de la realización de diversos delitos; y 3) se la utiliza para localizar bienes relacionados con la actividad delictiva con el fin incautarlos o asegurarlos, para luego proceder a su posterior comiso. En cuanto a nuestro objeto de estudio, se ha matizado que la reclamación de la reparación de los daños únicamente puede realizarse en el procedimiento penal en los supuestos en que el delito haya producido un menoscabo en la esfera jurídico-patrimonial del perjudicado, de ahí que la única posibilidad de resarcir el daño causado es a través de la satisfacción económica del mismo. Por esta razón es imprescindible que desde el primer momento de las actuaciones fiscales, el Ministerio Público impulse a la par de la acción penal pública la investigación patrimonial orientada a la determinación de los bienes y su aseguramiento con miras a precautar la efectividad de la responsabilidad civil *ex delicto*.

La determinación y afianzamiento de los bienes de los participantes de un supuesto delito constituye una de las finalidades del procedimiento penal, y al respecto el CPP ha establecido con acierto en el art.

⁸² Opina Castro Moreno (2001, p. 276) que en la medida en que el objeto material sobre el que recae la conducta malversadora son los caudales o efectos públicos, lo normal es que la perjudicada sea la propia Administración. Así también se expide López Barja De Quiroga (1997, p. 4059) para quien en estos casos, la Administración será, no ya la principal sino la única perjudicada.

⁸³ Este principio tiene su origen en el Derecho romano, en una regla atribuida a Pomponio que dice: “es justo por derecho natural que nadie se enriquezca con perjuicio y lesión de otro (*jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorum*), que se encuentra incluida en el Digesto (50,17,206) como un principio de justicia que valora éticamente las transacciones económicas en la vida de las personas.

⁸⁴ El Ministerio Fiscal de España, a través de la Circular 4/2010, de 30 de diciembre de 2010 “sobre las funciones del fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal”, ha destacado que tradicionalmente el Derecho penal solo se preocupó de la incautación de los efectos e instrumentos del delito con la única pretensión de evitar que volvieran a ser utilizados para la comisión de nuevas infracciones; sin embargo, en la actualidad la investigación de los bienes relacionados con la actividad delictiva es considerada una fórmula eficaz para contrarrestar el incremento progresivo de conductas antijurídicas cada día más complejas –grandes estafas, infracciones fiscales, actividades relacionadas con la corrupción–, muchas de ellas realizadas por grupos organizados surgidos alrededor de las ingentes ganancias que las mismas reportan, que en muchas ocasiones trascienden el ámbito fronterizo de los Estados e incluso pueden llegar a constituir atentados contra las estructuras básicas de las sociedades democráticas.

260 la posibilidad de aplicar medidas cautelares de carácter real sobre los bienes de los imputados para garantizar la reparación del daño. Según este precepto normativo, el juez, a petición de las partes, podrá conceder embargos preventivos, el secuestro de bienes muebles o semovientes, y la inhibición general de vender o gravar bienes, entre otras medidas, siguiendo el trámite dispuesto en el código procesal civil.⁸⁵ Estas medidas cautelares tienen la finalidad de restringir la disponibilidad del patrimonio de la persona con el objetivo de efectivizar las responsabilidades económicas que puedan recaer en una causa penal, evitando que los bienes de los supuestos autores y partícipes desaparezcan o se les dé otro destino (López Cabral; 2013, p. 358).⁸⁶

Ante estas consideraciones, se reafirma que la previsión legislativa de estas respuestas normativas, su coordinada y correcta aplicación, sumado a la interposición por parte del Estado de la acción civil *ex delicto*, forman parte de una eficaz estrategia de actuación disuasoria de comportamientos corruptos; y desde el punto de vista de la víctima, la acción civil *ex delicto* cumple funciones de justicia penal, que para el ofendido –generalmente– resulta de importancia secundaria que se le castigue al delincuente, si no se le concede una facultad real y efectiva para obtener la reparación del perjuicio causado por el delito, que es, sin dudas, la originaria función de esta institución jurídica.

Aunque no se discuta la naturaleza civil la responsabilidad *ex delicto*, lo cierto es que se ha convertido en un instrumento político-criminal de suma importancia para la consecución de las finalidades que aspira el moderno Derecho Penal: la reparación de la víctima y la prevención de delitos, especialmente, los relativos a la corrupción o contra el patrimonio público. Parte de la doctrina civilista y penalista en España comparte esta doble vertiente funcional reparadora-preventiva del instituto en estudio. En la primera pueden citarse a De Ángel Yaguez (1995, p. 231): “... no hay ningún inconveniente –a mi entender– en admitir

que la función indemnizatoria, la punitiva y la de prevención o disuasión son perfectamente compatibles, sin que quepa atribuir a ninguna de ellas superioridad sobre las otras”, y a Roca Trias (2000, p. 24): “*El sistema de responsabilidad civil debe tener como finalidad evitar que la víctima sufra de forma definitiva, las consecuencias del daño...; y para ellos solo existe el sistema del resarcimiento...; Ello no impide que pueda atribuirse al derecho de daños también una finalidad preventiva...*”. En la segunda, destacan Coderch y Castineira Palou (1997): “*El Derecho español vigente de la responsabilidad civil previene además de compensar por más que en la práctica –y en esto estamos de acuerdo con la mayoría– haga ambas cosas demasiado poco y mal...; conviene hacer hincapié en que una explicación cabal del Derecho civil de daños no resulta posible si se asume reductivamente, primero, que su función básica –por no decir exclusiva– es compensar daños y segundo, que el Derecho civil ni debe ni puede tratar de evitarlos o prevenirlos porque semejante función corresponde al Derecho penal o al administrativo sancionador*”.

En este contexto, existe una postura doctrinal que entiende que desde el punto de vista del autor, la reparación del daño también cumpliría una función preventivo general positiva, es decir, de aceptación de la norma. Así, en caso de que el autor solicite dentro del proceso penal la aplicación de salidas procesales alternativas a un juicio oral y público –por ejemplo, una suspensión condicional del procedimiento «*probation*»–, necesariamente deberá aceptar los hechos que se le imputan y reparar el daño a la víctima o mostrar su voluntad para ello, por tanto, el esfuerzo del autor en reparar constituye para esta postura un reconocimiento de la vigencia de la norma vulnerada.⁸⁷ En este sentido, se ha expresado la jurisprudencia española en la STS, 2ª, de fecha 04.03.2010: “...Podemos compartir así las tesis de quien con autoridad científica ha venido afirmando que la reparación tiene como finalidad contribuir al cumplimiento

⁸⁵ Art. 260 del CPP: “*Medidas cautelares reales. Las medidas cautelares de carácter real serán acordadas por el juez penal, a petición de parte, para garantizar la reparación del daño*” *El trámite y resolución se regirá por el Código procesal civil*”.

⁸⁶ Así también manifiestan Vázquez Rossi/Centurión (2005, p. 541), que estas medidas provocan la indisponibilidad de los bienes de quienes resulten imputados por la comisión de un hecho punible, con miras a proporcionar seguridad sobre la eficacia práctica, a los fines resarcitorios, que serán dictados en un proceso sobre reparación del daño y la víctima no resulte de esta manera burlada en la reivindicación de sus derechos, que fueron menoscabados por una agresión ilegítima.

⁸⁷ Galvéz Puebla (2014, p. 58): “*La ejecución del resarcimiento de los daños y perjuicios ex delictos, reconoce la vigencia de la norma por parte del autor del ilícito penal y produce tanto satisfacción social como efectos intimidatorios, que contribuyen a garantizar la confianza en la seguridad al Derecho, hoy en crisis*”.

de los fines tradicionales del Derecho penal. Como una tercera vía, junto a penas y medidas (“*dritte Spur*”) contribuye a restablecer la paz social previa a la comisión del delito, siquiera dentro de ciertos límites. Entre éstos cobra relieve la necesidad de atender a la gravedad del delito. Pero también se ha dicho que la reparación cumple esa finalidad en la medida que es una reparación penal y se lleva necesariamente a cabo, con la carga simbólica que ello representa, en el proceso penal. Es decir, interesa más considerarla desde la perspectiva del autor del delito, su resocialización y la prevención de integración, que desde la perspectiva patrimonial de la indemnización a la víctima. Importa más que el autor refleje una “renovada aceptación de la vigencia de la norma vulnerada” que el cumplimiento de la obligación civil que deriva del delito y su resultado de restablecimiento del patrimonio del perjudicado. Lo relevante es pues el esfuerzo del autor en reparar en cuanto sea indicativo de efectiva resocialización y aceptación de la norma...”. Pero, por sobre todo, la prevención general positiva se vislumbra en el ejercicio de la confianza en el Derecho que se origina en los ciudadanos por la actividad de la justicia penal, cuando ven que la norma que establece el derecho a que el perjudicado por el delito sea resarcido, es aplicada realmente (Roxin, 2008b, p. 92).

Es que la sola amenaza o riesgo de que el procesado sea condenado en un juicio oral y público anima a buscar una solución dentro de los institutos procesales previstos en el CPP, y si este fuera el caso, debe extraerse una conclusión positiva pues el Derecho penal estaría demostrando no solo una capacidad intimidatoria, sino también ordenadora de conductas, por más que –como bien lo dice Quintero Olivares (1990, p. 1414)– no lo haya logrado tan pronto como hubiera sido deseable, es decir, antes de los hechos. Pero en todo caso, el sistema penal cumple de esta manera los fines que se le asignan.

En cuanto a la realidad paraguaya, se celebra la decisión del legislador de ampliar el concepto de víctima otorgando al Estado dicha calidad en los supuestos

previstos en el art. 28 del CPP, como también la inclusión en el citado cuerpo legal de la acción civil *ex delicto* y la concesión de su impulso procesal al representante legal del Estado, ya que supone un factor de disuasión relevante que complementa a las sanciones jurídicas que tienen la finalidad de evitar que se cometan delitos relacionados con la corrupción, pues los efectos de la obligación de resarcir impactarían directamente en el patrimonio personal de los autores y partícipes, lo que añade un *plus* o costo más a la decisión de cometerlos que provoca que el eventual beneficio que se espera sea finalmente mucho menor con relación a todas las sanciones que podrían aplicárseles. En este contexto, con acierto han manifestado Maurach/Zipf (1995, p. 18) que las sanciones o consecuencias provenientes del Derecho privado han aumentado considerablemente su importancia en los últimos tiempos, ya que desde el punto de vista político-criminal, es posible considerarlas una forma similar de control social de carácter no penal, de modo que por su intermedio se obtenga un efecto complementario a la sanción estatal.

Siguiendo la postura que se mantiene en este trabajo, corresponde insistir que la ejecución de la responsabilidad civil *ex delicto* constituye un factor disuasorio complementario, y esto es así porque la obligación de reparar el daño por sí sola no alcanzaría a satisfacer plenamente el fin de la ejemplaridad, debido a que su eficacia intimidante es inferior a la de la pena.⁸⁸ Pero una cosa es que la responsabilidad civil *ex delicto* no tenga una función punitiva, y otra bien distinta, que no tenga una función preventiva –que sí la tiene–. En este contexto, decía Merkel (§ 67, 1910, p. 261) a principios del siglo XX que la obligación de indemnizar el daño *ex delicto* servía para el mismo fin que las penas, pues con coincide con ella en sus efectos mediatos y generales.⁸⁹ No obstante, se ha señalado más arriba que la eficacia preventiva de la responsabilidad civil *ex delicto* se vislumbra cuando la misma es impulsada coordinadamente con las demás sanciones y consecuencias jurídicas que son especialmente aplicadas a este tipo de delincuencia.

⁸⁸ Este argumento se circunscribe en las posturas doctrinales negativas sobre el carácter de la reparación como sanción penal autónoma (Véase: Sanz Mulaz, 2000b, p. 370).

⁸⁹ Sin embargo, menciona Soler (1970, p. 468) que Merkel, partiendo de la idea justa de la unidad de lo ilícito, llevó sus conclusiones a la afirmación de la unidad de las consecuencias de la ilicitud. El referido autor manifiesta que la identificación de las consecuencias civiles y penales del delito es rechazada en razón a las acentuadas diferencias existentes entre pena y reparación.

Al respecto, han sido señaladas las diferencias cuantitativas y cualitativas entre la acción penal y civil en el apartado D de este trabajo.

Esta afirmación se sustenta en un argumento emanado de Maier (1991, p. 39) que expresa que la reparación, en sentido amplio, es una meta racional propuesta como tarea del Derecho penal, incluso para el actual, siempre que coopere con los fines propuestos para la pena estatal.

En este orden ideas se manifiesta Roxin (2008b, p. 65 y 109), al opinar que la protección de bienes jurídicos no se realiza solo mediante el Derecho penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. La reparación del daño no es una cuestión meramente jurídico civil, ya que también contribuye esencialmente a la consecución de los fines de la pena.⁹⁰ Al respecto es muy elocuente Mir Puig (1976a, ídem p.): “... *conceptualmente parece preferible considerar de naturaleza civil la responsabilidad nacida del delito o falta. Pero desde la perspectiva político-criminal es más ventajoso incluir en el Derecho penal esa clase de responsabilidad civil. La lucha contra el delito se acometerá más racionalmente si se regulan con criterio unitario, como diversos medios a utilizar, las distintas consecuencias del mismo, que no son respuestas totalmente independientes unas de otras. Es mejor considerar a la responsabilidad civil como un instituto penal, como un instrumento particular de la política criminal, que como una consecuencia jurídico-civil desconectada de un especial cometido político-criminal*”.

Como se ha manifestado al comienzo, desde una perspectiva estatal la previsión legislativa la acción civil *ex delicto* y el comiso constituyen acciones imprescindibles a ser implementadas en la lucha contra la delincuencia ligada a la corrupción, que son auspiciadas desde organizaciones internacionales. Inclusive, Sáinz-Cantero Caparrós (1997, pp. 90 y 91) sostiene que la mayoría de las legislaciones penales –incluida la de Paraguay–⁹¹ destaca el hecho de que la deuda de reparar se sostiene sobre el comiso de los efectos y ganancias provenientes de los delitos, ya que a menos que pertenezcan a un tercero de buena

fe, el producto de su venta habrá de aplicarse a cubrir las responsabilidades civiles del penado. En realidad, puede afirmarse que con la ejecución eficaz de la acción civil *ex delicto* se alcanzaría resultados positivos que van más allá del resarcimiento del perjuicio causado al Estado perjudicado, porque además se conseguiría desmotivar la futura comisión de delitos que tengan por objeto un uso o aprovechamiento indebido de recursos públicos mediante la amenaza de que un Juez penal embargue y ejecute el patrimonio personal de los partícipes del delito, de ahí que esta estrategia descansa en el principio *crime does not pay*, es decir, que el delito no resulte beneficioso.

En los casos en que un delito haya producido una afectación al patrimonio público, el Estado, a través de sus representantes legales –ejemplo: abogado del Estado, abogado del tesoro o Procurador General de la República–, debe intervenir en el procedimiento penal desde sus inicios representando a la entidad pública perjudicada y asumiendo la calidad de víctima, ejerciendo los derechos que le otorga la legislación penal para controlar y realizar el seguimiento de las resultas del juicio, todo ello a fin de que una vez dictado el fallo condenatorio contra los participantes del delito, impulse la acción de responsabilidad civil *ex delicto* logrando con ello la vigencia de la norma que la sustenta –art. 27 del CPP–, pues de lo contrario, se cumplirá el reproche que en su día había manifestado Dorado Montero: “*el principio de la responsabilidad civil consignado en los tratadistas que se llaman clásicos y en los códigos penales que nos rigen, inspirados en éstos, no pasa de ser una declaración platónica y un precepto sin eficacia real*”.⁹²

Cabe recordar que en un Estado Social y Democrático de Derecho, el combate contra la corrupción debe sustentarse en la siguiente reflexión utilizada por Fabián Caparrós (2017, p. 328): evitar el delito vale más que castigarlo, y ese objetivo preventivo es el que debe perseguir toda legislación eficaz creada al respecto.

⁹⁰ El autor mencionado (2008, p.109) destaca además los efectos resocializadores de la reparación, pues obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y aprender a conocer los intereses legítimos de la víctima. Puede ser experimentada por él, a menudo más que la pena, como algo necesario y justo y puede fomentar un reconocimiento de las normas. Así también, la reparación del daño puede conducir a una reconciliación entre autor y víctima y, de ese modo, facilitar esencialmente la reintegración del culpable.

⁹¹ Art. 90 del CP: “*Privación de beneficios o comiso especial. 1º Cuando el autor o el partícipe de un hecho antijurídico haya obtenido de éste un beneficio, se ordenará la privación del mismo. No se procederá al comiso especial si ello perjudicara la satisfacción del derecho de la víctima al resarcimiento*”.

⁹² Véase en la p. 44, cita 24 del estudio crítico que Pedro Dorado Motero realiza a la obra de Garófalo (1929).

Para finalizar solo resta recalcar que la utilización político-criminal de la reparación ha trascendido el mero resarcimiento del daño a la víctima, para asumir en la actualidad –como dice Mir Puig (2006b, p. 58)– el rol de «arma civil» a ser utilizada en el tratamiento del delito. Para que el sistema penal de un Estado pueda enfrentar eficaz y realmente a la corrupción pública, debe ser ineludiblemente multi-funcional, y no limitarse a una respuesta meramente punitiva.

7. Conclusiones

Teniendo en cuenta la verdadera realidad de los comportamientos delictivos relacionados a la corrupción pública, resulta necesaria una redefinición del concepto de víctima a efectos penales que incluya no solo a las personas físicas, sino también al Estado u otras entidades de derecho. El concepto jurídico de víctima debe precisar un contenido diferencial que englobe las distintas variables de personas (físicas o jurídicas) que eventualmente puedan ser afectadas por el citado fenómeno. Con ello se aportará una mayor dinámica a la víctima y, lógicamente, una mayor coordinación entre ella y las respuestas institucionales que el sistema jurídico le concede para enfrentar el problema que nos ocupa.

El sistema penal de los Estados debe contemplar el derecho de las víctimas a ser compensadas por los daños que han sufrido por causa del delito, otorgando a las mismas un catálogo de derechos procesales a ser ejercidos en el procedimiento penal, como también una acción civil y un procedimiento específico para hacer efectiva la reparación de los perjuicios.

La responsabilidad civil *ex delicto* cumple un papel preponderante como instrumento de política criminal para hacer frente a la corrupción, lo cual se demuestra por el gran impulso internacional que ha tenido gracias a la CCI y la CNUC, que las incluye como una medida a ser implementada por los Estados como estrategia de recuperación de activos.

Aunque la responsabilidad civil *ex delicto* ha cumplido primordialmente desde sus orígenes una función de protección a las víctimas del delito, mediante una justa y equitativa reparación, se afirma que en la actualidad asume un rol especialmente preventivo como factor disuasivo de comportamientos corruptos, ya que sus efectos tendrán como resultado un menoscabo o disminución (en función del daño) del

patrimonio personal de los autores y partícipes del delito. Por ello, su efectiva aplicación, sumado a las demás consecuencias jurídicas dispuestas para este tipo de delincuencia, hacen que los costos del potencial corrupto sean muchos más altos en comparación a los beneficios que esperan obtener. Así se logra evitar su decisión a corromperse por no ser rentable.

El legislador paraguayo debería de *lege ferenda* compatibilizar el art. 439 del CPP que establece quienes pueden impulsar el procedimiento penal para la reparación del daño, con la extensión normativa que otorga el art. 27 del mencionado cuerpo legal a la acción civil *ex delicto*.

La estrategia aquí señalada resultaría muy perjudicada si los responsables de los actos de corrupción pudieran sustraerse de la obligación de reparar los daños producidos por su ilícito actuar en contra del patrimonio público, cuando esta circunstancia se dé por la inacción del propio Estado víctima al no impulsar las acciones de responsabilidad civil *ex delicto*. Debe recordarse que al final, los más perjudicados por las prácticas corruptas son todos los ciudadanos, debido a que generalmente afectan los recursos públicos que se invierten y destinan a la satisfacción de los intereses generales.

8. Bibliografía

- Albaladejo, Manuel. (1963). “Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común”. *Anuario de Derecho civil*. Vol. 16. Núm. 2.
- Antolisei, Francesco. (1989). *Manual de Derecho penal. Parte General*. 8ª ed. Trad. Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín. Temis. Bogotá.
- Arlas, José. (1950). *La cosa juzgada penal y su eficacia sobre la materia civil*. Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo.
- Arnau Serrano, Amaya. (2004). Tesis doctoral “La acción civil en el proceso penal: elementos subjetivos”. Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas. Departamento de Derecho penal, Procesal e Historia del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid.
- Balbuena Pérez, David Eleuterio. (2014). *Las consecuencias jurídicas del hecho punible en el ordenamiento jurídico paraguayo*. Marben: Asunción.

- Benito Sánchez, Demelsa. (2010). “Notas sobre la corrupción transnacional. Sus efectos y su combate”, en Fabián Caparrós, Eduardo; Pérez Cepeda, Ana (Coordinadores). *Estudios sobre corrupción*. Editorial Ratio Legis. Salamanca.
- Berdugo Gómez De La Torre, Ignacio; Arroyo Zapatero, Luis, *et. al.* (2004). *Curso de Derecho penal. Parte general*. Experiencia. Barcelona.
- Bogarín González, Jorge Enrique. (2015). *Manual de Derecho procesal penal*. 2ª Edición. Editorial La Ley paraguaya. Asunción.
- Bueno Arús, Francisco. (2008). *Nociones de prevención del delito y tratamiento de la delincuencia*. Editorial Dykinson. Madrid.
- Carbajo Cascón, Fernando. (2004). “Corrupción pública, corrupción privada y Derecho privado patrimonial: una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión”, en Rodríguez García, Nicolás; Fabián Caparrós, Eduardo (Coordinadores) *La corrupción en un mundo globalizado. Análisis interdisciplinar*. Editorial Ratio Legis. Salamanca.
- Carrara, Francesco. (1986). *Programa de Derecho criminal. Parte Especial*. Volumen V. 4ª Edición. Editorial Temis. Bogotá.
- Casañas Levi, José Fernando. (2011). “Aproximación a la responsabilidad civil como consecuencia del hecho antijurídico”, en Gauto Bejarano, Marcelino (director). *Derecho paraguayo de daño*. Edición homenaje al Prof. Dr. Ramón Silva Alonso. Editorial Continental. Asunción.
- Casino Rubio, Miguel. (1998). *Responsabilidad civil de la administración y delito*. Editorial Marcial Pons. Madrid.
- Castro Moreno, Abraham. (2001). *La malversación de caudales en el código penal de 1995*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia.
- Cavino, Massimo. (2009). “Intención del legislador y significado de la ley ordinaria en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Italia”. *Revista Derechos y Libertades*. Nº 21, Época II.
- Coderch, Pablo; Castiñeira Palou, Maria Teresa. (1997). *Prevenir y castigar: libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*. Editorial Marcial Pons. Madrid.
- Cortese, Wanda. (2004). *La responsabilitá per danno all'immagine della Pubblica Amministrazione*. Editorial Cedam. Padova.
- Creus, Carlos. (1985). *La acción resarcitoria en el proceso penal*. Editorial Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, Argentina.
- Cristóbal Montes, A. (1985). *Mancomunidad o solidaridad*. Editorial Bosch. Barcelona.
- De Gásperi, Luis. (1946). *Tratado de las obligaciones en el Derecho civil Paraguayo y Argentino*. Volumen II. Editorial Depalma. Buenos Aires.
- De Roura Moreno, Edgardo. (1955). *Derecho penal. Parte especial*. Editorial Perrot. Buenos Aires.
- De Ángel Yagüez, Ricardo. (1995). *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*. Editorial Civitas. Madrid.
- Deop Madinabeitia, Xabier. (2001). “La lucha contra la corrupción en el Consejo de Europa”. *Revista electrónica de estudios internacionales*. Nº 2.
- Espinoza Espinola, Juan. (2014). *La reparación civil derivada de los delitos de corrupción en agravio del Estado: ¿qué derecho no patrimonial se lesiona?* En Línea: <http://www.ius360.com/jornada-por-los-30-anos-del-codigo-civil/la-reparacion-civil-derivada-de-los-delitos-de-corrupcion-en-agraviodel-estado-que-derecho-patrimonial-se-lesiona-parte-1> [Fecha de consulta 25 de noviembre de 2016].
- Fabián Caparrós, Eduardo. (2017). *Blanqueo de capitales, enriquecimiento ilícito y decomiso de bienes. Debate sobre la presunción de inocencia*, en: Rodríguez García, Nicolás; Rodríguez López, Fernando (Coords) *Corrupción y Desarrollo*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia.
- Ferruccio Falchi, Giuseppino. (1932). *Diritto penale romano*. Editor R. Zannoni. Padova.
- Fiandaca, Giovanni; Musco, Enzo. (2006). *Derecho penal. Parte General*. Traducido por Luis Fernando Niño. Editorial Temis. Bogotá.
- Gálvez Puebla, Iracema. (2014). *El daño como elemento fundamental para la exigencia de la responsabilidad civil derivada del delito*. *Revista de la Facultad de Derecho* Nº 36, Montevideo. pp. 43-65.
- García Ramírez, Sergio. (2003). “Consecuencias del delito: los sustitutivos de la prisión y la reparación del daño”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nº 107.
- Garófalo, R. (1929). *Indemnización a las víctimas del delito*. Traducido por de Pedro Dorado Montero. Editorial La España Moderna. Madrid.

- González Romanillos, José Antonio. (2009). *La corrupción política en época de Julio Cesar. Un estudio sobre la lex iulia de repetundis*. Editorial Comares. Granada.
- González Rus, Juan José. (1979). El artículo 444 del código penal y el régimen de la responsabilidad civil derivada del delito. *Anuario de Derecho penal y Ciencias Sociales*. Tomo 32. Fasc/Mes 2.
- González, Teodosio. (1982). *Lecciones de Derecho penal comentado*. Tomo III. Editorial Cerro Corá. Asunción.
- Guía legislativa para la aplicación de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (2012). 2ª Edición revisada. New York.
- Guía técnica de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (2010). New York.
- Hassemer, Winfried; Muñoz Conde, Francisco. (2001). *Introducción a la criminología*. Editorial Tirant lo Blach. Valencia.
- Kronawetter, Enrique. (2013). *Manual de Derecho procesal penal*. Asunción.
- Landecho Velazco, C.M. Molina Blázquez, C. (2010). *Derecho penal español. Parte general*. Editorial Tecnos. Madrid.
- Landrove Díaz, Gerardo. (2005). *Las consecuencias jurídicas del delito*. 6ª Ed. Editorial Tecnos. Madrid.
- Leone, Giovanni. (1963). *Derecho procesal penal*. Ediciones Jurídica Europa-América. Buenos Aires.
- LLambías, Jorge. (2005). *Tratado de Derecho civil obligaciones*. Tomo II-A. Editorial LexisNexis. Buenos Aires.
- Lopez Barja de Quiroga, Jacobo. (1997). “Capítulo VII. De la malversación”, en Conde-Pumpido Ferrero, Cándido (Director): Código penal. Doctrina y jurisprudencia. Tomo III. Editorial Trivium. Madrid.
- López Cabral, Oscar. (2013). *De las medidas cautelares en el procedimiento penal*. Editorial Intercontinental. Asunción.
- Loutayf Ranea, Roberto, Costas, Luis Félix. (2002). *La acción civil en sede penal*. Editorial Astrea. Buenos Aires.
- Maier, Julio (1991) *La víctima y el sistema penal. Revista jueces para la democracia*. Nº 12, pp. 31-52.
- Manfroni, Carlos. (1998). *Soborno transnacional*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires.
- Martos Núñez, Juan Antonio. (1990). *El perjuicio patrimonial en el delito de estafa*. Editorial Civitas. Madrid.
- Maurach, Reinhart; Zipf, Heinz. (1995). *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. 7ª Edición. Traducida por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Editorial Astrea. Buenos Aires.
- Merkel, Adolf. (1910). *Derecho penal*. Traducido por Pedro Dorado Montero. Tomo Primero. Editorial España Moderna. Madrid.
- Mir Puig, Santiago. (1976a). *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y Método*. Editorial Bosch. Barcelona.
- _____, (2005b). *Derecho penal. Parte general*. 7ª Edición. Editorial Reppertor. Barcelona.
- Moreno Rodríguez, Roberto. (2009). “Comentario al Art. 1833”, en Riera Escudero, M; Moreno Rodríguez, Roberto; Michelagnoli, E. Z.; Benavente, Z.; Ayala, J. C.; Batscheck Bryanzeff, E; Torres Kirmsler, J. R.; Ayala Añazco, E.; Telechea Solis, E. *Código civil de la República del Paraguay comentado*. Tomo IV. Editorial La Ley Paraguaya.
- Núñez, Ricardo. (1982). *La acción civil en el proceso penal*. 2ª Edición. Editorial Córdoba. Buenos Aires.
- Octavio De Toledo, Emilio. (1981). *Sobre el concepto del Derecho penal*. Editorial Universidad de Madrid.
- Pangrazio, Miguel Ángel. (1995). *Código civil paraguayo comentado*. Libro Tercero. Editorial Continental. Asunción.
- Pantaleón, Fernando. (1990a). *Comentario al artículo 1902 del Código civil*. Editorial Civitas. Madrid.
- _____, (2000b). “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones públicas)”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. Nº 4. Año 2000. Madrid.
- Petito, José. (1992). *Efectos civiles del delito*. Editorial Universidad Ltda. Montevideo.
- Quintero Olivares, Gonzalo. (2007). *Parte general del Derecho penal*. 2ª Edición. Editorial Thompson-Aranzadi. Navarra.
- Riquelme, Víctor B. (1946). *Instituciones de Derecho procesal penal*. Editorial Atalaya. Buenos Aires.
- Roca Trias, Encarna. (2000). *Derecho de daño. Textos y materiales*. 3ª Edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia.
- Rodríguez López, Fernando. (2004). “¿Puede el Derecho sancionador frenar la corrupción? Reflexiones desde el análisis económico del Derecho”, en Rodríguez García, Nicolás; Fabián Caparrós, Eduardo (Coordinadores). *La corrupción en un*

- mundo globalizado. Análisis interdisciplinar*. Editorial Ratio Legis. Salamanca.
- Roxin, Claus. (1992a). *Política criminal y estructura del delito*. Traducido por Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée. Editorial PPU. Barcelona.
- _____, (2008b). *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Traducido por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Editorial Civitas. Madrid.
- _____, (2000c). *Derecho procesal penal*. Traducción de la 25ª Edición alemana por Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. Editorial del Puerto SRL. Buenos Aires.
- Sáinz-Cantero Caparrós, María Belén. (1997). *El ilícito civil en el Código penal*. Editorial Comares. Granada.
- Santa Lucía, Bernardo. (1990). *Derecho penal romano*. Editorial Centro de estudios Ramón Arees. Madrid.
- Sanz Mulas, Nieves. (2000a). *Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centro-americana*. Editorial Colex. Madrid.
- Sanz Mulas, Nieves. (2010b). Delitos urbanísticos y corrupción en los ayuntamientos, en Fabián Caparrós, Eduardo; Pérez Cepeda, Ana (Coordinadores): *Estudios sobre corrupción*. Editorial Ratio Legis. Salamanca.
- Schweitzer, Hartmul. (2005). “Corruption. Its spreads and decline”, en Lambsdorff, Johann; Taube, Markus; Schramm, Matthias (Editores) *The new institutional economics of corruption*. Editorial Routledge. New York.
- Silva Sánchez, Jesus Maria. (2001). ¿“ex delicto”? Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal. *Revista para el Análisis del Derecho*. N° 3.
- Soler, Sebastian. (1970). *Derecho penal argentino*. Tomo II. Editorial Tea. Buenos Aires.
- Tamarit Sumalla, Josep. (1998). *La víctima en el Derecho penal*. Editorial Aranzadi. Pamplona.
- Telechea Solis, A. (2009). Del ejercicio de la acción civil y su vinculación con la acción penal, en: Riera Escudero, M; Moreno Rodríguez, Roberto, *et. al., Código civil de la República del Paraguay comentado*. Libro Tercero, Título II. De los contratos en particular (continuación). Tomo VI-B. Editorial La Ley paraguaya. Asunción.
- Trigo Represas, Félix A. López Mesa, Marcelo. (2011). *Tratado de la responsabilidad civil*. 2ª Edición actualizada y ampliada. Editorial La Ley. Buenos Aires.
- Vázquez Rossi, Jorge Eduardo; Centurión, Rodolfo Fabián. (2005). *Código procesal penal comentado*. Editorial Intercontinental. Asunción.
- Venturini, Carlo. (1979). *Studi sul crimen repetundarum nell’eta republicana*. Milán.
- Vizueta Fernández, Jorge. (2003). *Delitos contra la Administración pública*. Editorial Comares. Granada.
- Zipf, Heinz. (1979). *Introducción a la política criminal*. Traducido por Miguel Izquierdo Macías-Picavea. Editorial Revista de Derecho Privado. Jaén.

Dogmática penal y responsabilidad civil: una necesaria reforma del art. 78 núm. 3 Código Orgánico Integral Penal del Ecuador

Alembert Vera Rivera

Lyonel Calderón Tello

María del Carmen Vera Rivera de Calderón

Universidad Espíritu Santo

Universidad Espíritu Santo

Universidad Espíritu Santo

Resumen: Este trabajo tiene relación con la correcta determinación de la responsabilidad civil en el marco de la jurisdicción penal, porque si bien la normativa ecuatoriana: la Constitución, el Código civil, y el COIP, en general, garantizan la efectiva reparación de la víctima o perjudicado; también se observa un problema de interrelación normativa en el ámbito de la legislación penal, que podría vulnerar estos principios y garantías. Este problema se daría porque el art. 78 núm. 3 en una interpretación literal y sistemática (intra código) dejaría fuera de cobertura determinados hechos constitutivos de responsabilidad civil y generadores de la reparación, aunque no se pudiera afirmar la culpabilidad penal del autor del hecho o incluso la antijuridicidad penal del comportamiento. A este problema se ofrece una solución en este trabajo.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil «ex delicto» o derivada de delito, reparación integral, indemnización civil por daños.

Abstract: This work is related to the correct determination of civil liability in the context of criminal jurisdiction, because although the Ecuadorian legislation: The Constitution, the Civil Code, and the COIP, generally, ensure effective redress for the victim or injured; we observed a problem of legal interrelations in the field of criminal law, which could undermine these principles and guarantees. This problem occurs because the Art. 78 num. 3 in a literal and systematic interpretation (intra code) leave out of cover certain facts constituting civil liability and generators repair, although it could not confirm the criminal culpability of the perpetrator or even criminal behavior illegality. A solution to this problem is offered in this paper.

Key words: Civil liability "ex delict" or derived from crime, comprehensive reparation, civil damages compensation.

Sumario: 1. Introducción y cuestiones previas. 2. El problema: la reducción del ámbito de la aplicación de la reparación integral (indemnización) operada por el art. 78 núm. 3 COIP. 3. Propuesta de solución: reforma de la norma y/o una interpretación teleológica y sistemática del precepto. 4. Fundamentación. 4.1. Un primer nivel: la Constitución. 4.2. Un segundo nivel: el Código Civil. 4.3. Un tercer nivel: el Código Penal. 4.3.1. La reparación indemnizatoria en el COIP. 4.3.2. Correcta interpretación del art. 78 núm. 3 del COIP. 4.3.3. Responsabilidad civil y concurrencia de causas de inculpabilidad o causas de justificación penal. 4.3.4. Responsabilidad civil y resultado típico: delitos de lesión, delitos de peligro, delitos de mera actividad, tentativa. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. Introducción y cuestiones previas

La cuestión de la responsabilidad civil reparadora o indemnizatoria es un problema penal,¹ no porque se trate en atención a la naturaleza jurídica, en estricto sentido, de normas jurídico-penales,² sino porque en el marco de la jurisdicción penal se suscribe la competencia a los efectos de la determinación de la responsabilidad civil.³ En este ámbito, existen dos grandes grupos de casos: a) hechos delictivos (comportamientos típicos, antijurídicos y culpables) alrededor de los que se producen daños indemnizables civilmente; y, b) hechos presumiblemente típicos y/o antijurídicos (no culpables) generadores de daños indemnizables civilmente.⁴ En este sentido, lo que quiero resaltar es que, **alrededor de determinados hechos que se conocen en el ámbito de la justicia penal, aparecen unos determinados daños indemnizables civilmente**, por lo que, la posibilidad de ser responsable civil sin ser responsable penal es una realidad normativa que pone

en evidencia que el fundamento de la responsabilidad civil no está en la comisión e imputación personal de un delito,⁵ aunque se acepte que el conocimiento mediante el proceso penal del hecho enjuiciado constituya la forma mediante la que al mismo tiempo, se conoce del hecho que produce el daño indemnizable civilmente. Solo desde esta perspectiva se puede aceptar que el hecho enjuiciado, delictivo o no, constituya la fuente de la obligación civil.⁶

Con relación al primer grupo de casos, se puede afirmar que la competencia sobre la reparación indemnizatoria no obedece a una cuestión meramente formal.⁷ Porque, esta cuestión aparentemente formal y procedimental tiene un trasfondo material: lograr la efectiva reparación integral de las víctimas, una reparación que debe contemplar también la indemnización civil que tiene lugar porque alrededor de los comportamientos delictivos se han ocasionado unos concretos y particulares daños.⁸ Esto porque el art. 1 COIP contempla entre las finalidades de la normativa

¹ Quintero Olivares, G., *et al.*, *La Responsabilidad Civil "Ex Delicto"*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2002, p. 19.

² Sobre la norma jurídico-penal, por ejemplo, revisar Gimbernat Ordeig, E., *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, p. 17 y ss. En general, se acepta que el ordenamiento penal es el conjunto de normas jurídicas que determinan lo que es el delito, vinculando a ese hecho como consecuencia jurídica, una pena o una medida de seguridad o ambas, según el caso, y que deberán ser impuestas a través de un proceso penal.

³ Esta cuestión merece un tratamiento especial y pormenorizado, porque el COIP al derogar el Código de Procedimiento Penal, no incluyó una norma expresa en referencia a las reglas de competencia en materia de reparación o indemnización civil, tal y como se establecía en el antiguo art. 31 del CPP sobre la competencia en los juicios de indemnización. Sin que quepa afirmar la absoluta concordancia con lo que se establecía en esta norma, no queda duda que la estricta referencia a estas reglas permitía un mejor entendimiento de la cuestión. Esto no significa que deba existir duda sobre la competencia otorgada a la jurisdicción penal en materia de reparación o indemnización civil con ocasión de los daños que surgen en el marco del cometimiento de una infracción penal, porque el art. 619 COIP que regula el contenido de la decisión judicial establece en el núm. 4 que, una vez declarada la culpabilidad y la pena, el juzgador dispondrá la reparación integral de la víctima siempre que esta sea identificable. En concordancia, el art. 621 sobre la sentencia, la ley exige que el juzgador ponga por escrito y de manera fundamentada su decisión y los argumentos de aquella y, entre otros extremos, se señala que se deberá argumentar también alrededor de la reparación o indemnización civil o su desestimación. Por tanto, la jurisdicción penal sí que tiene competencia para la determinación de la indemnización por daños civiles en el ámbito del cometimiento de infracciones penales. Obviamente, somos partidarios de una reforma de *lege ferenda*, que incluya una referencia directa a esta competencia, tal y como proponemos en las líneas del texto.

⁴ La problemática puede ser ampliada con relación a los grupos de casos, porque puede aparecer responsabilidad civil por daños, también en los casos en los que un determinado comportamiento se encuentre justificado, o en los casos en los que concurra un error de prohibición, o en los casos en los que haya atipicidad por error de tipo, etc. Lo importante será observar que alrededor de determinados hechos surgen daños indemnizables civilmente. En todo caso, esta cuestión es discutible materialmente en dos niveles: a) determinar si son casos que se deben resolver en la competencia de la jurisdicción penal; y, b) determinar si son casos dogmáticamente viables desde las teorías de la responsabilidad civil y penal.

⁵ Es interesante toda la argumentación que al respecto realiza, Sáinz-Cantero Caparros, M., *La reparación del daño ex delicto*, Ed. Comares, Granada, 1997, p. 61 y ss., quien parte de la terminación de la fuente o causa eficiente (*causa efficiens*), que genera la obligación en el ámbito civil. En este sentido, aquí, se precisa, entre otras cuestiones, que existe autonomía entre la responsabilidad por el daño indemnizable y el hecho conocido por la justicia penal.

⁶ En este sentido, Quintero Olivares, G., "La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea", en *La Responsabilidad Civil "Ex Delicto"*, Ed. CDJ, Madrid, 2005, p. 18. Tal vez, la expresión utilizada por De Llera Suárez-Bárceñas, E., "La responsabilidad civil y el proceso penal: los contenidos posibles de la acción de responsabilidad civil "ex delicto", en *Responsabilidad civil "ex delicto"...*, *op. cit.*, p. 54, "efectos civiles del delito", se suscriba en la línea argumental correcta, aunque lo propio sería: efectos civiles de hechos conocidos en el ámbito del proceso penal.

⁷ Intentando dar una respuesta desde esta perspectiva, Quintero Olivares, G., "La responsabilidad civil y la reparación...", *op. cit.*, p. 16 y ss.

⁸ Sobre la responsabilidad civil derivada de delito o *ex delicto* y su naturaleza jurídica, hay varios trabajos, destacan los siguientes: Roig Torres, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 76 y ss.; la misma, *La reparación*

penal (sustantiva, procesal y de ejecución), también la reparación integral de la víctima. Esto significa que la normativa penal no solo está encaminada a lograr el correcto y adecuado ejercicio del poder punitivo mediante la imposición de penas y/o medidas de seguridad (para la protección del sistema normativo vigente y de los bienes jurídicos que aquel ha querido garantizar, respetando la dignidad de la persona que no se motiva o contramotiva por la normativa penal)⁹; sino, sobre todo, debe procurar ser una solución eficaz para aquella persona titular de los derechos y bienes garantizados: la víctima.¹⁰ Esto significa que existe una nueva forma de entender el Derecho penal, en donde caben el consenso y la reparación.¹¹ Por tanto, la reparación indemnizatoria que surge en el ámbito del cometimiento de un ilícito penal, está contenida como elemento integrante de un concepto y realidad normativa de mayor envergadura e importancia: la reparación integral, cuya finalidad está en la reparación del daño social causado por el delito, porque reparar no es solo indemnizar, sino y principalmente, cumplir con los fines de la pena,¹² porque entre otras tareas importantes y difíciles de la Ciencia del Derecho penal, encontramos la de lograr la vigencia al mismo tiempo, del respeto a las garantías del delincuente y el

derecho de la víctima a su reparación.¹³ Por otro lado, se puede afirmar que, este tipo de daños reparables e indemnizables se ocasiona culpablemente con dolo o imprudencia.¹⁴ Esto no significa que los efectos de la determinación de la indemnización civil y material se deba renunciar a los normas que establece el Código civil, todo lo contrario, nos encontramos ante una responsabilidad civil por daños, por lo que las reglas que se deben seguir para su aplicación son las civiles, sin embargo, esto no debe desvirtuar que esa responsabilidad civil indemnizatoria se determina en el marco de lograr la efectiva reparación integral de la víctima, un problema penal, cuya solución no se logra sin la efectiva reparación material, la rehabilitación, la restitución, el reconocimiento (medidas de satisfacción simbólicas) y las garantías de no repetición.

Pero, y ya en relación al segundo grupo de casos, ¿qué sucede respecto de aquellos otros supuestos en los que aún a pesar de que existe daño, no se logra afirmar la culpabilidad, porque no hay dolo ni imprudencia, sino, por ejemplo, error de tipo (invencible),¹⁵ o error sobre las circunstancias objetivas de una causa de justificación,¹⁶ o error de prohibición,¹⁷ o una justificación (ausencia de antijuridicidad), o porque se trata de supuestos cometidos por un inimputable?,¹⁸ en

ción del daño causado por el delito, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 85 y ss.; Quintero Olivares, G., *La Responsabilidad civil "Ex Delicto"...*, op. cit., pp. 16 y ss., 53 y ss., 201 y ss., *passim*; *Ibidem.*, p. 19 y ss. Sáinz-Cantero Caparrós, M., *La reparación del daño Ex Delicto...*, op. cit., p. 16 y ss.; Quintano Ripollés, A., "Responsabilidades civiles ex delicto y ex lege", en *ADC*, t. XVI, 1965, p. 631 y ss.

⁹ Sobre esta cuestión, ampliamente en Calderón Tello, L., "Bien jurídico en Derecho penal", en *II Jornada de Investigadores del Departamento de Derecho Penal, sobre la reforma penal de 2015*, dir. Valle Mariscal de Gante, M., coords. García Ruiz, A., Brito Siso, C., Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 2016, pp. 9-54.

¹⁰ Esto se encuentra establecido directamente en la Constitución ecuatoriana y el COIP.

¹¹ Ferré Olivé, J., Núñez Paz, M., «Prólogo», en Galain Palermo, P., *La reparación del daño a la víctima del delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 17.

¹² Galain Palermo, P., *La reparación del daño a la víctima...*, op. cit., p. 144 y ss.

¹³ Muñoz Conde, F., «Presentación», en Galain Palermo, P., *La reparación del daño a la víctima...*, op. cit., p. 22.

¹⁴ Galain Palermo, P., *La reparación del daño a la víctima...*, op. cit., p. 109.

¹⁵ Como pone de manifiesto, Bacigalupo Zapater, E., *Derecho penal*, Parte General, 2ª edición, Ed. Hammurabi, 1999, p. 335, el error sobre los elementos del tipo, el error de tipo excluye el dolo en todos los casos, ya que éste requiere el conocimiento de los elementos del tipo objetivo. Por tanto, un error de tipo tendrá en todos los casos, por consecuencia, la exclusión de la pena del delito doloso. El error debe ser invencible. Si el error es vencible, la infracción será castigada en su caso como imprudente. Porque el autor ha infringido su deber de conocer que le era exigido y de este modo, evitar realizar el comportamiento prohibido superador del riesgo típico. Sobre estas cuestiones, ampliamente, Calderón Tello, L., *El delito de blanqueo de capitales: problemas en torno a la imprudencia y la receptación*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2016.

¹⁶ El caso del que piensa que está siendo atacado por alguien que lo apunta con un arma de fuego de juguete y que desconoce que se trataba de una broma, por lo que, al usar un arma para repeler el ataque, se excede en los requisitos de la legítima defensa, porque no se encontraba su vida o su integridad en peligro, ya que se trataba de una broma. Aquí, se pueden ofrecer distintas soluciones según se encuadre en hecho en alguna de las categorías del sistema: error de tipo, error de prohibición, etc. Bacigalupo Zapater, E., *Derecho penal...*, op. cit., p. 383 y ss.

¹⁷ Como señala Bacigalupo Zapater, E., *Derecho penal...*, op. cit., p. 429 y ss., lo primero que se debe afirmar es que el error supone en todos los casos una creencia errónea (concepto equivocado o juicio falso). En este sentido, los casos de error sobre la prohibición (error de prohibición), son aquellos en los que el autor ha tenido un conocimiento correcto de las circunstancias determinantes de la ilicitud (no hay error de tipo), pero ha obrado creyendo que la realización del tipo no estaba prohibida por la ley o en su caso, que no haya obrado en la creencia de que la realización de la acción no estaba ordenada por la ley.

¹⁸ Aquí nos referimos con mayor propiedad a los casos en los que no concurre la capacidad de culpabilidad (o motivación) o en su

estos casos, ¿nos encontramos también ante supuestos que requieren reparación e indemnización civil?, ¿se puede alegar sin más que porque no existe culpabilidad o antijuridicidad, ya no se trata de un problema penal?, en caso de responderse afirmativamente a la última pregunta, ¿al menos subsiste la responsabilidad civil, cuya competencia reparadora la ostenta la jurisdicción penal? El punto de partida para responder a todas estas preguntas no puede ser otro que considerar que allí donde hay un daño civil, debe seguir una responsabilidad civil, ya sea que este surja **alrededor de un hecho** delictivo; o un hecho típico y antijurídico, aunque no culpable; o un hecho justificado penalmente; o un ilícito laboral; o un ilícito administrativo; etcétera.

En todo caso, esta cuestión plenamente normativizada y positivizada en la legislación ecuatoriana, pone de relieve que se trata de un problema de justicia material, porque la víctima y en todo caso, la persona titular de los bienes o intereses atacados y lesionados requiere no solo que se le garantice su derecho a la reparación, sino que, además, aquella persigue que se logre realizar la efectiva reparación. Esto no debe perderse de vista, porque en muchos casos la jurisdicción penal se invoca o utiliza precisamente, por su carácter amenazador y motivador, para que quien ha producido un daño (que también constituye un ilícito penal o por lo menos, lo es en apariencia) realice la reparación. Por tanto, la discusión sobre esta materia debe descubrir que muchas soluciones están también en la correcta y ejecutiva solución de estos casos por la jurisdicción civil. Por tanto, se requiere que los procesos civiles se realicen en el marco de la celeridad y prontitud procesal y que, en el ámbito del proceso penal, solo se discuta sobre la existencia o no de un determinado ilícito penal en el marco de los principios rectores para construir la imputación.

A esto quiere contribuir este trabajo, porque si bien la normativa ecuatoriana: la Constitución, el Código civil, y el COIP, en general, garantizan que de entre las finalidades objetivas de cada una de las respectivas normas, destaca el lograr la efectiva reparación de la víctima, la reparación con ocasión de un daño producto de un comportamiento que excede la

libertad organizativa con repercusiones drásticas para terceros: la reparación integral; también se observa un problema de interrelación (problema de discordancia) normativa en el ámbito de la legislación penal, que podría vulnerar estos principios y garantías. Este problema se daría porque el art. 78 núm. 3 en una interpretación literal y sistemática (*intra* código) dejaría fuera de cobertura determinados hechos constitutivos de responsabilidad civil y generadores de la reparación, aunque no se pudiera afirmar la culpabilidad del autor del hecho o incluso la antijuridicidad del comportamiento. Es decir, que, en supuestos de actos típicos y/o antijurídicos, no existiría posibilidad de adherir la reparación indemnizatoria civil al hecho que produce un daño en los bienes e intereses de terceros. En este sentido, la reparación indemnizatoria junto con la restitución y demás formas de reparación, instituciones que constituyen un puntal especialmente importante en el sistema normativo de la reparación, quedarían inutilizables en el ámbito de estos grupos de casos.

A continuación, realizaremos una exposición del problema, de las soluciones que proponemos y de su fundamentación. La cuestión a resolver tiene dos niveles: a) determinar si es un problema penal la necesidad de reparación de hechos típicos y/o antijurídicos aunque no culpables, o si se trata de un problema exclusivo de responsabilidad civil; b) independientemente de la respuesta que se ofrezca sobre lo anterior, ya sea que se trate de un problema penal o civil, lo cierto es que ese problema se suscita en el marco del proceso penal; por tanto, es fundamental determinar si el juez penal debe incorporar en la decisión o resolución, también lo referente a la reparación, aun en casos en los que no se afirme la culpabilidad y por ejemplo, tan solo se anude una medida de seguridad o incluso, se absuelva. Este trabajo tiene como finalidad ofrecer una respuesta a esta última cuestión. Sin embargo, debo dejar expresado que, en mi opinión, estos problemas son parte del sistema penal, no son solo una cuestión formal con relación a la competencia penal, sino que, esta se otorga porque es importante resolver y ofrecer en el marco del mismo proceso, una solución integral ante un comportamiento que

defecto, en los que se observa incapacidad de culpabilidad. Revisar, Bacigalupo Zapater, E., *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 446 y ss. Nos encontramos ante un concepto normativo que requiere dos elementos: a) la capacidad de comprender la desaprobación jurídico-penal; y, b) la capacidad de dirigir el comportamiento de acuerdo con esa comprensión.

produce daños respecto de terceros, que surgen con ocasión de un acto típico y/o antijurídico, y no solo en el marco de una infracción penal completa según lo preceptuado en el art. 18 COIP.

2. El problema: la reducción del ámbito de la aplicación de la reparación integral (indemnización) operada por el art. 78 núm. 3 COIP

El COIP en su art. 18 determina que, la infracción penal es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en el Código. Por su parte, el mismo cuerpo legal, en su art. 78 número 3, determina que las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales se refieren a la compensación por todo perjuicio que resulte como consecuencia de una infracción penal y que sea evaluable económicamente. Por tanto, existiría la posibilidad de interpretar que solo se puede reparar en general, pero especialmente a los efectos indemnizatorios, a aquellas personas que sean víctimas de hechos delictivos que cumplan de manera irrestricta con los requisitos normativos del art. 18 COIP. Es decir, solo cuando se trate de una infracción penal, de una conducta típica, antijurídica y culpable.

El problema que causa esta interrelación normativa se observa con mayor claridad respecto de aquellos supuestos que siendo típicos y antijurídicos, no

son culpables. Por ejemplo, de conformidad al art. 35 COIP, en los casos de trastorno mental debidamente comprobado. En estos casos, el juez está obligado según lo preceptuado en el art. 36 COIP, a dictar una medida de seguridad. En estos casos no se podría reparar e indemnizar a la víctima, porque no se cumple con el requisito de la culpabilidad. Se tratan de hechos típicos y/o antijurídicos, aunque no culpables.¹⁹ Entran en conflicto, también los supuestos en los que quien comete la infracción penal sea una persona menor de dieciocho años. Recordemos que, de conformidad al art. 38 COIP se determina que, las personas menores de dieciocho años en conflicto con la ley penal estarán sometidas al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Es decir, estos comportamientos se juzgarán de conformidad a las reglas del Libro IV sobre la Responsabilidad del adolescente infractor, arts. 305 y ss., del referido Código. Aquí, es importante anotar que, las soluciones que proponemos son plenamente trasladables para la determinación de la responsabilidad civil en este ámbito, toda vez que, establecida la competencia de los jueces que juzgaran los comportamientos de los menores infractores de normas penales, los arts. 361 y 362 del Código de la Niñez y adolescencia, sobre la sentencia y sus requisitos, recoge la obligación de aquellos, de determinar la responsabilidad civil por los daños ocasionados en el marco del cometimiento de la infracción. Además, los arts. 363-d y 363-e, del referido Código, señalan las formas de la reparación y las reglas para lograr aquella.²⁰

¹⁹ Cabe la discusión de si incluso nos encontramos ante supuestos de atipicidad, porque como propone Pérez del Valle, C., *Lecciones de Derecho penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016, pp. 75 y ss., 93 y ss., el primer elemento del sistema sería la imputabilidad, si se determina que nos encontramos ante supuestos cometidos por inimputables, ni siquiera habría paso para que se inicie la instrucción. Se afirma que “*si el derecho penal está constituido por normas que imponen penas, y estas son retribución..., no puede tener como destinatarios a personas que no podrían ser declaradas culpables*”. Por tanto, la investigación fiscal, la indagación previa estaría encaminada a dilucidar esta primera cuestión y luego la tipicidad. Obviamente, esta es una cuestión discutible, recordemos además que, la mayoría de la doctrina afirma que el delito es la conducta típica, antijurídica y culpable. Revisar, Mir Puig, S., *Derecho penal*, Parte General, décima edición, Ed. Repper, Barcelona, 2015, p. 148, quien señala que se admite que el delito es un comportamiento humano típicamente antijurídico y culpable, añadiéndose a menudo la exigencia de que sea punible. En términos parecidos, López Barja de Quiroga, J., *Tratado de Derecho penal*, Ed. Civitas, Madrid, 2010, p. 365, quien refiere que delito es toda acción u omisión dolosa o imprudente, típica, antijurídica y culpable. En el mismo sentido, Bacigalupo Zapater, E., *Derecho penal..., op. cit.*, p. 204, quien señala que, el sistema actual de la teoría del delito está integrado prácticamente por las mismas categorías que en su origen, en el último cuarto del siglo XIX. La acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son desde hace un siglo las categorías básicas del sistema. Una definición que en idénticos términos se ha positivado en el art. 18 COIP. Desde esta perspectiva, el problema se podría predicar respecto de aquellos casos que el COIP determina como supuestos que excluyen la conducta, de conformidad al art. 24, nos referimos a los supuestos de fuerza física irresistible, movimientos reflejos o a los estados de plena inconciencia. Esto obviamente amerita una discusión pormenorizada e independiente.

²⁰ Sobre la cuestión, en la doctrina y en relación a la legislación comparada existe una viva discusión, al respecto, revisar entre otros muchos: Gimeno Sendra, V., *Manual de Derecho procesal penal*, segunda edición, Ed. Colex, Madrid, 2010, p. 466 y ss., aquí se afirma que la característica más importante del proceso penal de menores reside en su finalidad, es decir, no es solo un proceso retribucionista o dirigido exclusivamente a la imposición de una pena, sino que se trata de un proceso concebido para obtener la rehabilitación del menor y solucionar el conflicto intersubjetivo entre el agresor y la víctima. También se pueden revisar los siguientes trabajos: De la Rosa Cortina, J., *Responsabilidad civil derivada de infracciones penales cometidas por menores: aspectos sustantivos y procesales*, consultado en los Documentos de la Carpe-

Dogmática penal y responsabilidad civil

En general, todos aquellos hechos personales productores de un daño respecto de los intereses o bienes jurídicos de una tercera persona y que se conocen mediante un proceso penal a los que no se anuda la imposición de una pena.²¹ Por ejemplo, en los casos de desistimiento por la infracción tentada, porque como de conformidad al art. 40 COIP, la persona queda exenta de responsabilidad penal, no se puede reparar a la víctima, entre otras razones, porque no hay víctima. Parece ser que el problema estaría en la protección a efectos indemnizatorios y reparadores en el ámbito penal, tan solo a la víctima de una infracción penal. Lo que es dudoso desde la normativización realizada por la Constitución y el Código Civil, como lo veremos en la fundamentación de las soluciones propuestas.

3. Propuesta de solución: reforma de la norma y/o una interpretación teleológica y sistemática del precepto

Lo que proponemos nosotros es un cambio normativo en el art. 78 COIP que permita entender que la reparación integral a efectos indemnizatorios incluye también aquellos supuestos en los que se produce un daño, aunque no se puedan afirmar todos los requisitos

que exige el art. 18 COIP sobre una infracción penal. O en su defecto, la interpretación teleológica y sistemática del precepto que lo haga viable para aquellos supuestos que la redacción del art. 78 núm. 3 deja fuera de cobertura reparadora o indemnizatoria. Es decir, la aceptación y positivización de que el daño cuya reparación se debe realizar no tiene por qué ser elemento típico del delito, en este sentido, tampoco debe ser coincidente con el resultado típico del delito.²² De aceptarse la propuesta reformadora, el nuevo art. 78 núm. 3, debería señalar lo siguiente:

“Las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales: se refieren a la compensación por todo perjuicio que **se produzca alrededor del cometimiento de una infracción penal o de un hecho puesto en conocimiento de la jurisdicción penal al que no se pueda anudar una pena y, sin embargo, constituya fuente u origen de un daño civil indemnizable**, y que sea evaluable económicamente. **El daño cuya reparación se debe realizar no tiene por qué ser elemento típico del delito y tampoco debe ser coincidente con el resultado típico del delito**”.

Además, se debería añadir un párrafo con el siguiente tenor:²³

ta Temática Control de Documento, <http://www2.congreso.gob.pe/>, también en: Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, 2005; Díaz Alabart, S., “Responsabilidad civil por hechos realizados por menores de edad”, en *Poder Judicial*, núm. 23, 1991; Martínez Rodríguez, J., *Fundamentación jurídica de la ley penal juvenil*, Ed. Palibrio, Bloomington, 2013; Urbano Gómez, S., “El régimen(1) de responsabilidad civil “ex delicto” de la Ley Orgánica” 5/2000 de 12 de enero de 2000 (RCL 2000, 90), reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (LORPM)», en *Sentencias del TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 7/2002, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002.

²¹ Se puede incorporar también como grupo de supuestos a aquellos comportamientos de la persona jurídica a los que no se anuda una pena. Una aproximación sobre la cuestión de la responsabilidad civil por daños ocasionados por la persona jurídica en el ámbito de la comisión de un delito, se puede revisar en, Fernández Teruelo, J., *Instituciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Ed. Lex Nova, Madrid, 2013, en la Tercera Parte, apartado 9, sobre la responsabilidad civil subsidiaria derivada del delito de la propia empresa. Aquí, se afirma que la determinación de la responsabilidad civil en este ámbito, constituye un instrumento de prevención general, en la medida en que fomenta el control en la selección de personas encargadas de la gestión social pues, en el caso de que estas sean condenadas, deberá responder la sociedad con su patrimonio de un modo subsidiario de las eventuales responsabilidades civiles derivadas del delito.

²² La responsabilidad civil a efectos indemnizatorios no se reduce a los delitos de resultado de lesión, también es posible determinar una responsabilidad civil para los delitos con resultado de peligro. Si el comportamiento produce un daño, aunque el resultado que se requiere para alcanzar la tipicidad sea el peligro al bien jurídico, se podrá determinar la responsabilidad civil por el daño ocasionado. Por eso, en los supuestos de tentativa se puede también afirmar la existencia de un daño. El tipo de tentativa es en general prototipo de los delitos de resultado de peligro. El mismo razonamiento se debe realizar respecto de los delitos de mera actividad. Por otro lado, también en los casos de los delitos de resultado de lesión, no es preciso que el daño se identifique materialmente con el resultado típico o que esté abarcado por el resultado típico. Lo que se precisa es la determinación de que ese comportamiento además de delictivo ha producido un daño configurador de un ilícito civil que acarrea la reparación indemnizatoria de conformidad a las reglas que el Código civil determina.

²³ Este párrafo es fundamental para poder establecer sin lugar a duda, la competencia penal con relación a determinados efectos civiles con ocasión del conocimiento de un hecho en el ámbito del proceso penal, esto otorgaría mayor seguridad jurídica y previsión. Por otro lado, es importante señalar que la competencia no es arbitraria, sino que, debe estar regulada y lo que el juez decida debe seguir el cauce legal previsto, en este caso, como la reparación indemnizatoria es consecuencia de la determinación de la responsabilidad civil por un daño, se deben seguir las reglas que el CC ha establecido para el efecto, sin desvirtuar que esta aplicación de la norma civil se realiza en el marco de lograr la efectiva reparación de la víctima y/o perjudicado.

“La responsabilidad indemnizatoria que se afirma en el marco de la reparación integral que debe procurar la ley penal y cuya aplicación corresponde a la jurisdicción penal, es una especie de la responsabilidad civil y para su determinación los jueces penales competentes deben seguir las reglas que este Código y el Código civil han determinado para el efecto”.

4. Fundamentación

4.1. Un primer nivel: la Constitución

La Constitución ecuatoriana es sin duda alguna un referente en la positivización de las garantías materiales referidas a la reparación integral de daños ocasionados respecto de terceros. Baste observar que, por ejemplo, ya en el art. 11 referido a los principios que regirán el ejercicio de los derechos, se señala en el número 9 que, como el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, este, el Estado, se encuentra obligado a reparar las violaciones a los derechos de los particulares ocasionadas por los comportamientos de los servidores públicos, en cualquiera de sus dependencias. En este mismo sentido, en el mismo número 9, se señala la obligación del Estado a reparar a la persona por hechos constitutivos de una detención ilegal, un error judicial, un retardo injustificado o una inadecuada administración de justicia, la violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. En coherencia con estos presupuestos normativos, en el art. 78, se señala que, en el ámbito del cometimiento de una infracción penal, se adoptarán mecanismos para una reparación integral de la víctima, que incluirá entre otras cuestiones, la indemnización de aquella.²⁴

4.2. Un segundo nivel: el Código Civil

En estricta concordancia con este sistema de protección y reparación por los daños causados por un

determinado comportamiento susceptible de ser a su vez, sancionado con una pena en el ámbito de la ley penal, aparecen las reglas generales de la ley civil. El Código Civil en el art. 1453 determina que las obligaciones civiles también surgen o nacen de los hechos que produzcan daños contra las personas como en los hechos constitutivos de delitos y cuasidelitos. Lo importante y trascendente de esta norma, está en que, directamente se señala que las obligaciones también surgen de aquellos hechos que produzcan daños. Por tanto, la mención a los delitos y cuasidelitos es en realidad una mera referencia ejemplificadora de hechos que son capaces de producir daños contra las personas. Esto es sumamente importante y hay que tenerlo presente, porque esto es lo que nos ha permitido encontrar y detectar el problema o aparente vacío legal en la legislación penal.

En coherencia normativa y sistemática, el propio Código Civil, en el Título XXXIII del Libro IV, en su art. 2241, determina que quien haya cometido un delito y de este modo, haya ocasionado un daño a otro, se encuentra obligado a responder civilmente mediante el pago de una indemnización. Es decir que, el hecho que puede configurar un comportamiento típico, antijurídico y culpable (art. 18 COIP), productor de un daño, es al mismo tiempo, un hecho capaz de producir un ilícito civil. Esta idea está presente en el mismo texto de la ley civil, porque el referido art. 2241, señala que la determinación de la responsabilidad civil consecuencia del ilícito civil, se determinará con independencia de que el mismo hecho constituya un ilícito penal y de este modo, se deba imponer la respectiva pena o en su caso, la medida de seguridad. Por tanto, a los efectos de la determinación de la responsabilidad civil ocasionada con relación a comportamientos que producen daños y que, a su vez, por ejemplo, pueden ser constitutivos de delitos, a los efectos de la determinación de la indemnización con ocasión de la reparación integral, se debe estar a lo dispuesto en el Código Civil.

He de mencionar que resulta plenamente acertado e impecable, establecer todas las reglas de la determinación de la responsabilidad civil dentro de la ley civil, porque responde a un criterio de lógica y

²⁴ De Llera Suárez-Bárcena, E., “La responsabilidad civil y el proceso penal...”, *op. cit.*, p. 81 y ss., elabora una reinterpretación de la naturaleza de la competencia penal en este ámbito y parte, desde la perspectiva constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva. Una argumentación que, con matices, es extrapolable a la discusión que se inicia con este artículo académico en el ámbito ecuatoriano.

Dogmática penal y responsabilidad civil

de adecuada sistematización. Además, nos ahorra el problema en el que se ve inmersa la legislación comparada y que constituye un reclamo doctrinario sobre la ubicación de las reglas de determinación de la responsabilidad civil derivada de un delito en el Código penal.²⁵ Esto, porque, categóricamente se debe afirmar que solo existe un tipo de responsabilidad civil, por tanto, la responsabilidad civil pura y la que deriva del delito, son exactamente lo mismo. Es más, sería conceptualmente incorrecta la expresión “*responsabilidad civil derivada del delito*”²⁶ o aquella más tradicional, “*responsabilidad civil ex delicto*”.²⁷ La responsabilidad civil deriva en estos casos solo del daño.²⁸ El problema es que existen determinados daños que son consecuencias de unos comportamientos que al mismo tiempo son constitutivos de un ilícito no solo civil, sino también, penal o administrativo o laboral, etc. Esto significa que, ante la presencia de un daño, debe seguir la correcta y adecuada determinación de la responsabilidad civil. Por tanto, es indiferente que, en los casos en los que no se pueda o no se deba afirmar la culpabilidad y de este modo, se exima al autor de la responsabilidad criminal, debe subsistir, porque resulta lógico y plenamente normativo, la posibilidad de imputar a quien corresponda la responsabilidad civil por el daño causado.²⁹

Esta solución es perfectamente compatible con la competencia a los efectos de la determinación de la responsabilidad civil en el ámbito de la jurisdicción penal. Las ventajas no solo son evidentes y abrumadoras, sino que se adecuan a criterios de justicia material. Es decir que, es plenamente lógico y justo que por economía procesal³⁰ se disponga al juez o tribunal penal que cuando dicte una sentencia se pronuncie por la responsabilidad civil, aplicando las normas que sobre la materia se regula en el Código Civil ecuatoriano.³¹ En este sentido, cabe afirmar que, aunque nos encontramos ante una responsabilidad civil de idéntica naturaleza, no es posible negar que, también nos encontramos ante dos tipos de las acciones diferenciadas o dos diferentes formas de ejercitar el derecho a la reparación civil por daños. Alrededor de una infracción penal lo que surge es la pretensión civil como consecuencia de que se ha originado también un daño. Por lo que, dada la identidad de la responsabilidad que se actúa y la existencia de zonas comunes, así como la peculiaridad de su ejercicio ante dos ámbitos jurisdiccionales diferentes, delimitar su ejercicio procesal no resulta sencillo, aunque si necesario e importante.³²

²⁵ Yzquierdo Tolsada, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, Parte General, Delimitación y especies. Efectos o consecuencias, Ed. Dykinson, Madrid, 2015, p. 63 y ss. Lo ponía de manifiesto en relación al CP español, también, Rodríguez Devesa, J., “Responsabilidad civil derivada de delito o falta y culpa extracontractual”, en *Libro homenaje a Jaime Guasp*, Ed. Comares, Granada, 1984, p. 526 y ss., señalando que es urgente y preciso unificar las normas sobre responsabilidad civil, concentrándolas en un solo cuerpo legal, que debería ser el Código Civil, con absoluta independencia de que traigan causa de un acto delictivo o no, y de que medie un comportamiento doloso o culposo.

²⁶ Silvia Sánchez, J., “¿Ex Delicto?, Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal”, en *Indret*, Barcelona, julio de 2001, p. 3. En el mismo sentido, se manifiesta en general, toda la doctrina: Díaz López, J., “¿Responsabilidad civil Ex Delicto de un banco por la crisis nerviosa del cliente que presenció un atraco?”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, num.134/2014, p. 197 y ss.;

²⁷ Una explicación de la cuestión, en Díez-Picazo, L., *Derecho de daños*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 269 y ss.; en el mismo sentido, Yzquierdo Tolsada, M., *Responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, p. 63 y ss.

²⁸ Por todos, Díez-Picazo, L., *Derecho de daños...*, *op. cit.*, p. 275.

²⁹ La visión que tiene y expone del problema De Llera Suárez-Bárcena, E., “La responsabilidad civil y el proceso penal...”, *op. cit.*, pp. 70 y ss., 81 y ss., debe ser revisada, porque pone de relieve que el perjudicado puede deducir sus pretensiones civiles en el marco del proceso penal, por lo que la competencia penal en esta materia no se reduciría a la determinación de la responsabilidad civil por el daño causado sino que, estarían incluidas las competencias para estipular la condena, las declarativas y las constitutivas. Por eso se puede hablar de efectos civiles de un hecho conocido por la justicia penal, todo en el marco de la reparación integral.

³⁰ Como correctamente señala Silvia Sánchez, J., “¿Ex delicto...”, *op. cit.*, p. 3, el fundamento de la institución se halla en un criterio de economía procesal, orientado a evitar el denominado “*peregrinaje de jurisdicciones*”. En el mismo sentido, Pérez-Cruz Martín, A., “Objeto del proceso penal (Parte II)”, en *Derecho procesal penal*, tercera edición, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 211 y ss., para quien, el fundamento de la acumulación de la acción civil a la penal derivada de delito es la economía procesal, toda vez que dicho sistema permite discutir y decidir en un solo proceso, tanto la pretensión penal, como la pretensión civil resarcitoria que pudiera surgir como consecuencia de los daños cometidos por la acción delictuosa y que, de ser decidida con absoluta separación en un proceso civil declarativo, produciría mayores gastos y dilaciones al perjudicado por el delito, debido a la onerosidad, lentitud e ineficacia del ordenamiento procesal civil.

³¹ Yzquierdo Tolsada, M., *Responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, p. 67. Como señala Pérez-Cruz, Martín, A., “Objeto del proceso penal...”, *op. cit.*, p. 211 y ss., que se admita el objeto civil en el proceso penal, posibilita la acumulación de la pretensión civil a un procedimiento penal en curso, en definitiva, se trata de la inserción de un juicio civil dentro del juicio penal.

³² Nadal Gómez, I., *El ejercicio de acciones civiles en el proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 79.

4.3. Un tercer nivel: el Código Penal

4.3.1. La reparación indemnizatoria en el COIP

Por su parte, el COIP, también se encuentra interrelacionado de manera concordante con la normativa que hemos reseñado en los previos apartados. En la Exposición de Motivos y en las consideraciones, se realiza una mención directa al art. 78 de la Constitución y se señala que, por tal motivo, como la reparación ha de ser integral, se establecen e integran varias instituciones (especialmente las relacionadas con la solución del conflicto) con el fin doble de limitar la acción del poder punitivo y procurar que las soluciones sean más eficaces. Ya en el texto de la ley, destaca el hecho de que en el art. 1 en el que se señala cuál es la genérica finalidad del Código, se precise que también es parte fundamental de la normativa penal, la reparación integral. En concordancia, entre los derechos que se garantizan a las víctimas, en el art. 11, se encuentra la referida reparación integral. Y otras menciones a las que no nos referiremos no porque no sean importantes, sino porque no están relacionadas con lo que se quiere fundamentar aquí. A los que sí nos referiremos es a los arts. 77 y 78 del COIP, que hacen mención a la regulación de la reparación integral y de la concreta indemnización. En efecto, el art. 77, señala que la naturaleza y el monto de la reparación indemnizatoria dependen de las características del delito, bien jurídico afectado y el daño ocasionado. En el mismo sentido, en el segundo párrafo se garantiza la posibilidad de la restitución de la cosa. Una cuestión especialmente importante en el ámbito de los delitos económicos y patrimoniales. Porque la cosa en sí puede volver a estar bajo el dominio de quien tiene los derechos reales sobre aquella, pero, además, porque la restitución implica la posibilidad de determinar el valor de la cosa en los casos en los que no se pueda producir aquella (restitución). Es decir, se reintegra su equivalente según el monto en que se valore aquella

cosa imposible de restituir (por ejemplo, porque se ha vendido a un tercero en los supuestos de receptación, o porque ha sufrido un daño que la torna inutilizable, etcétera).

4.3.2. Correcta interpretación del art. 78 num. 3 del COIP

Por otro lado (y es aquí en donde reside el problema tal y como hemos anticipado oportunamente), en el art. 78 número 3, se señala que, las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales se refieren a la compensación por todo perjuicio que resulte como consecuencia de una infracción penal y que sea evaluable económicamente. Precisamente, este texto es el que debe ser reformado y/o interpretado conforme a la sistemática constitucional y a los principios rectores del COIP. Es decir, se debe realizar un ejercicio interpretativo de tal manera que no se comprometa la unidad del ordenamiento jurídico. Porque, no siempre es preciso ser declarado responsable penal, para ser declarado responsable civil.³³ En estos casos, como de lo que se trata siempre es de determinar una responsabilidad civil por daños, se deben seguir las reglas civiles que fundamentan la responsabilidad en atención a criterios de solidaridad³⁴ y de protección del perjudicado. En el derecho de daños, lo importante es encontrar soluciones ante el apareamiento de un daño, determinar quién debe soportar las consecuencias del comportamiento, es decir, si la consecuencia del daño (indemnización) debe ser soportada por el perjudicado o por otro patrimonio.³⁵

En la sistemática comúnmente aceptada de la teoría del delito y de conformidad al art. 18 COIP, son tres los elementos que se requieren para configurar una infracción penal: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.³⁶ Como el presupuesto de la responsabilidad civil está en un comportamiento antijurídico productor de un daño,³⁷ cuando no se pueda afirmar la culpabilidad, pero, sin embargo, esté presente el

³³ Izquierdo Martín, P., “Irresponsabilidad penal y responsabilidad civil”, en *Responsabilidad civil “Ex Delicto”*, Ed. CDJ, Madrid, 2005, p. 204.

³⁴ Sobre esta cuestión, entre otros muchos, Gómez Liguere, C., *Solidaridad y derecho de daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*, Ed. Civitas, Pamplona, 2007, p. 153 y ss.

³⁵ Díez-Picazo, L., *Derecho de daños...*, op. cit., p. 41 y ss.

³⁶ Por todos, Mir. Puig, S., *Derecho penal...*, op. cit., p. 148; Bacigalupo Zapater, E., *Derecho penal...*, op. cit., p. 204.

³⁷ Como señala Reglero Campos, L., “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en *Tratado de responsabilidad Civil*, coord. Regledo Campos, L., t. I, tercera edición, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 52, un determinado sujeto será responsable de un incumplimiento de un deber o de una obligación, o de la causación de un daño, siempre que dicho incumplimiento le sea imputable. Esto quiere decir,

Dogmática penal y responsabilidad civil

injusto penal o el ilícito penal (tipicidad y antijuridicidad), se debe afirmar la responsabilidad civil, siempre que ese hecho al mismo tiempo haya sido capaz de producir un daño civil. En el mismo sentido, si el comportamiento típico está justificado, no se puede anudar al mismo como consecuencia jurídica ni la pena ni la responsabilidad civil, porque no se cumplen los presupuestos de la determinación de la responsabilidad de ninguna de las dos normativas (ley penal y ley civil). Sin embargo, si de manera conexa o superpuesta, concurre un acto productor de un daño civil, subsiste el derecho a exigir indemnización civil, porque los niveles de imputación son diferenciados.

4.3.3. Responsabilidad civil y concurrencia de causas de inculpabilidad o causas de justificación penal

Como vemos, las diferentes consecuencias jurídicas en relación a la responsabilidad civil están relacionadas con las diferentes naturalezas jurídicas configuradoras de la responsabilidad civil y penal, porque presupuesto de la pena es también la culpabilidad penal, mientras que, para la responsabilidad civil, en determinados casos, tan solo se requiere la existencia de un daño causado por un hecho antijurídico, aunque no haya culpabilidad.³⁸ Por ejemplo, en el caso de los comportamientos que configuran un ilícito civil realizado por un menor de edad (arts. 2246, 2247, 2248 del CC), o por un animal (art. 2253 CC), en estos casos se puede afirmar la responsabilidad civil indemnizatoria respecto de quien ostente la patria potestad o sea el dueño del animal, respectivamente. Esto también permite observar que existen marcadas diferencias en el ámbito de la determinación de la responsabilidad civil y penal, porque como la pena exige siempre la culpabilidad del autor, se deduce que la pena y su imposición son una cuestión de carácter personalísimo, mientras que en el caso de la responsabilidad civil, sí se puede atribuir las consecuencias jurídicas de un

comportamiento productor de un daño, aunque no se afirme la culpabilidad del autor, porque la responsabilidad civil se fundamenta también en criterios de solidaridad, la responsabilidad civil es objetiva. Por tanto, cuando concurren causas de inculpabilidad de conformidad a los arts. 35 y 36 del COIP, no se podrá afirmar la responsabilidad penal, aunque subsista la posibilidad de determinar una responsabilidad civil indemnizatoria de conformidad a las reglas que estipula el CC para el efecto. Es preciso anotar que, de conformidad al segundo párrafo del art. 36 COIP, en los casos de apreciación parcial de una causa de inculpabilidad (disminución no total de la capacidad de comprensión de la ilicitud de la conducta), esto podrá tener efectos en la determinación de la responsabilidad civil, porque nos encontramos ante una culpabilidad también disminuida.

Por otro lado, cuando concurren causas de justificación de conformidad al art. 30 COIP (estado de necesidad, legítima defensa, cumplimiento de una orden legítima o de un deber legal), no se podrá determinar la responsabilidad penal, porque el hecho realizado está justificado, no es ilícito y más bien, se podría afirmar que el mismo es un comportamiento correcto y plenamente conformado con la normativa vigente. En estos casos, si el mismo comportamiento produce un daño, el cual es indemnizable civilmente. Sin embargo, tal y como hemos señalado antes, si de manera conexa o superpuesta, concurre un acto productor de un daño civil, subsiste el derecho a exigir indemnización civil, porque los niveles de imputación son diferenciados. Aunque esta cuestión no se encuentra regulada de manera expresa, una interpretación sistemática y conjunta nos da una pista de que, el COIP ha pensado en esta posibilidad. Porque en el art. 40 que regula el desistimiento en la tentativa, el legislador deja abierta la posibilidad de determinar la responsabilidad por los actos ejecutados, aunque aquella persona quede exenta de la responsabilidad penal por la infracción tentada. Es decir que, el legislador entiende

tal y como afirma Yzquierdo Tolsada, M., *Sistema de Responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, p. 137, que para que exista responsabilidad civil es necesaria la constatación de una acción u omisión, la cual tendrá relación con un daño mediante un nexo de causalidad. Adicionalmente debe verificarse si se da el adecuado factor de atribución, que permitirá justificar la imputación del daño a un determinado patrimonio. Por otro lado, un sector de la doctrina se inclina por colocar en la centralidad de la responsabilidad civil, la existencia de un daño. Tanto es así que ha surgido lo que se denomina el derecho de daños: Roca Trías, E., Navarro Michel, M., *Derecho de daños*, sexta edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 11 y ss.; Concepción Rodríguez, J., *Derecho de daños*, segunda edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1999, p. 39.

³⁸ En similares términos, Izquierdo Martín, P., "Irresponsabilidad penal y responsabilidad civil...", *op. cit.*, p. 205.

que en el ámbito de una infracción penal consumada o no, pueden existir determinados comportamientos con capacidad generadora e independiente de la responsabilidad penal y civil. Esta es una cuestión de lógica, por eso se puede afirmar que si de manera conexa o superpuesta, concurre un acto productor de un daño civil, subsiste el derecho del perjudicado (víctima) a exigir indemnización civil, porque los niveles de imputación civil y penal son diferenciados e independientes.

4.3.4. Responsabilidad civil y resultado típico: delitos de lesión, delitos de peligro, delitos de mera actividad, tentativa

Esto no debe impedir observar que el daño cuya reparación se debe realizar no tiene por qué ser elemento típico del delito, en este sentido, tampoco debe ser coincidente con el resultado típico del delito. Esto significa, en el ámbito de la dogmática, que la responsabilidad civil a efectos indemnizatorios no se reduce a los delitos de resultado de lesión, porque también es posible determinar una responsabilidad civil para los delitos con resultado de peligro.³⁹ Esto se verifica y explicita del siguiente modo: si se da un comportamiento que produce un daño, aunque el resultado que requiera el tipo penal en concreto, para alcanzar la tipicidad sea el de peligro al bien jurídico, se podrá determinar la responsabilidad civil por el daño ocasionado, porque los niveles de imputación de la responsabilidad civil y penal están plenamente diferenciados.

Esta lógica interpretativa se da también en los supuestos de tentativa, es decir que, en estos casos se puede también afirmar la existencia de un daño indemnizable. Recordemos que el tipo de tentativa es en general prototipo de los delitos de resultado de peligro. Lo mismo se debe argumentar en torno a los delitos de mera actividad, porque a los efectos de la determinación de la responsabilidad civil, lo importante es la existencia de un daño cuyas consecuencias no se atribuyen a la víctima y/o perjudicado. Esto significa

que, en los casos de los delitos de resultado de lesión, no es preciso que el daño se identifique materialmente con el resultado típico o que esté abarcado por el resultado típico. Lo que se precisa es la determinación de que ese comportamiento además de delictivo, ha producido un daño configurador de un ilícito civil que acarrea la reparación indemnizatoria de conformidad a las reglas que el Código civil determina. Es importante señalar que, en coherencia, existirán determinados comportamientos no productores o no generadores de la responsabilidad civil: solo habrá responsabilidad civil cuando el hecho enjuiciado sea de los que producen un daño reparable⁴⁰. Por lo que, no siempre se requerirá la antijuridicidad penal para afirmar la antijuridicidad civil del hecho productor de un daño indemnizable.⁴¹

5. conclusiones

La cuestión de la responsabilidad civil reparadora o indemnizatoria es un problema penal, no porque se trate en atención a la naturaleza jurídica, en estricto sentido, de normas jurídico-penales, sino porque en el marco de la jurisdicción penal se suscribe la competencia a los efectos de la determinación de la responsabilidad civil. En este sentido, como ***alrededor de determinados hechos que se conocen en el ámbito de la justicia penal, aparecen unos determinados daños indemnizables*** civilmente, se otorga al juez penal por criterios materiales y de economía procesal, la facultad para determinar la responsabilidad civil en el marco de la reparación integral de la víctima o perjudicado. Esto quiere decir, que es perfectamente posible ser responsable civil sin ser responsable penal, porque el fundamento de la responsabilidad civil no está en la comisión e imputación personal de un delito, aunque se acepte que el conocimiento mediante el proceso penal del hecho enjuiciado constituya la forma mediante la que, al mismo tiempo, se conoce del hecho que produce el daño indemnizable civilmente.

³⁹ Como pone de relieve críticamente, Quintero Olivares, G., “La responsabilidad civil y la reparación...”, *op. cit.*, p. 19, no se entiende por qué, los atentados al derecho a la indemnidad física (tentativa de homicidio), no han de generar una obligación de reparar como sucede sin miramientos en relación al delito de calumnia (injuria calumniosa), por lo que, la afirmación de que no se ha producido un daño merecedor de reparación en caso de tentativa es, algo precipitada. En el mismo sentido, Quintero Olivares, G., Cavanillas Múgica, S., De Llera Suárez-Bárcena, E., *¿La Responsabilidad Civil «Ex Delicto»...*, *op. cit.*, p. 42; Silvia Sánchez, J., “¿Ex Delicto...”, *op. cit.*, p. 4 y ss.

⁴⁰ Quintero Olivares, G., Cavanillas Múgica, S., De Llera Suárez-Bárcenas, E., *La Responsabilidad Civil «Ex Delicto»...*, *op. cit.*, p. 41.

⁴¹ Silva Sánchez, J., “¿Ex Delicto...”, *op. cit.*, p. 5 y 6.

Dogmática penal y responsabilidad civil

Por esta razón, para lograr la efectiva realización de la justicia material que se procura mediante la reparación indemnizatoria, hemos propuesto una reforma de lege ferenda en el art. 78 COIP que permita entender que la reparación integral a efectos indemnizatorios incluye también aquellos supuestos en los que se produce un daño, aunque no se puedan afirmar todos los requisitos que exige el art. 18 COIP sobre una infracción penal. De aceptarse la propuesta reformadora, el nuevo art. 78 núm. 3, debería señalar lo siguiente:

“Las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales: se refieren a la compensación por todo perjuicio que *se produzca alrededor del cometimiento* de una infracción penal o *de un hecho puesto en conocimiento de la jurisdicción penal al que no se pueda anudar una pena y, sin embargo, constituya fuente u origen de un daño civil indemnizable*, y que sea evaluable económicamente. *El daño cuya reparación se debe realizar no tiene por qué ser elemento típico del delito y tampoco debe ser coincidente con el resultado típico del delito*”.

Además, se debería añadir un párrafo con el siguiente tenor:

“*La responsabilidad indemnizatoria que se afirma en el marco de la reparación integral que debe procurar la ley penal y cuya aplicación corresponde a la jurisdicción penal, es una especie de la responsabilidad civil y para su determinación los jueces penales competentes deben seguir las reglas que este Código y el Código civil han determinado para el efecto*”.

O en su defecto, hasta que se opere el cambio normativo, se debe realizar una interpretación teleológica y sistemática del precepto que lo haga viable para aquellos supuestos que la redacción del art. 78 núm. 3 deja fuera de cobertura reparadora o indemnizatoria. Es decir, la aceptación y positivización de que el daño cuya reparación se debe realizar no tiene por qué ser elemento típico del delito, en este sentido, tampoco

debe ser coincidente con el resultado típico del delito. Las diferentes consecuencias jurídicas en relación a la responsabilidad civil están relacionadas con las diferentes naturalezas jurídicas configuradoras de la responsabilidad civil y penal, porque presupuesto de la pena es también la culpabilidad penal, mientras que, para la responsabilidad civil, en determinados casos, tan solo se requiere la existencia de un daño causado por un hecho antijurídico (civil), aunque no haya culpabilidad.

Por tanto, cuando concurren causas de inculpabilidad de conformidad a los arts. 35 y 36 del COIP, no se podrá afirmar la responsabilidad penal, aunque subsista la posibilidad de determinar una responsabilidad civil indemnizatoria de conformidad a las reglas que estipula el CC para el efecto. Por otro lado, cuando concurren causas de justificación de conformidad al art. 30 COIP (estado de necesidad, legítima defensa, cumplimiento de una orden legítima o de un deber legal), no se podrá determinar ni la responsabilidad penal y como el hecho es en sí, correcto y lícito, en caso de haber un daño, este no es indemnizable civilmente. Sin embargo, si de manera conexas o superpuestas, concurre un acto productor de un daño civil, subsiste el derecho a exigir indemnización civil, porque los niveles de imputación son diferenciados.⁴²

6. bibliografía

- Bacigalupo Zapater, E., *Derecho penal*, Parte General, segunda edición, Ed. Hammurabi, 1999.
- Calderón Tello, L., “Bien jurídico en Derecho penal”, en *II Jornada de Investigadores del Departamento de Derecho Penal, sobre la reforma penal de 2015*, dir. Valle Mariscal de Gante, M., coords. García Ruíz, A., Brito Siso, C., Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 2016.
- Calderón Tello, L., *El delito de blanqueo de capitales: problemas en torno a la imprudencia y la reparación*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2016.

⁴² Quedan abiertas varias cuestiones, v. gr., la posibilidad de fundamentar desde la Constitución, desde el derecho a la tutela judicial efectiva, el ejercicio de las competencias por los efectos civiles en el ámbito del proceso penal. También, la cuestión de si en el ámbito de esta competencia, el problema se reduce a la determinación de la responsabilidad civil, o sí, por el contrario, también se adhieren competencias declarativas y constitutivas (nulidad, devolución, restitución, etc.). Finalmente, indagar sobre cómo se resuelve el problema ante la existencia de los seguros de responsabilidad civil y, en este ámbito, cómo encaja la responsabilidad solidaria de determinadas personas intervinientes o no en el hecho.

- Concepción Rodríguez, J., *Derecho de daños*, segunda edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1999.
- Díaz Alabart, S., “Responsabilidad civil por hechos realizados por menores de edad”, en *Poder Judicial*, núm. 23, 1991.
- Díaz López, J., “¿Responsabilidad civil “ex delicto” de un banco por la crisis nerviosa del cliente que presencié un atraco?”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 134/2014.
- Díez-Picazo, L., *Derecho de daños*, Ed. Civitas, Madrid, 1999.
- Fernández Teruelo, J., *Instituciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Ed. Lex Nova, Madrid, 2013.
- Ferré Olivé, J., «Prólogo», en *La reparación del daño a la víctima del delito*, autor Galain Palermo, P., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Galain Palermo, P., *La reparación del daño a la víctima del delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Gimbernat Ordeig., *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999.
- Gimeno Sendrá, V., *Manual de Derecho procesal penal*, segunda edición, Ed. Colex, Madrid, 2010.
- Gómez Ligüerre, C., *Solidaridad y derecho de daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*, Ed. Civitas, Pamplona, 2007.
- Izquierdo Martín, P., “Irresponsabilidad penal y responsabilidad civil”, en *Responsabilidad civil «Ex Delicto»*, Ed. CDJ, Madrid, 2005.
- Llera Suárez-Bárcena (De), E., “La responsabilidad civil y el proceso penal: los contenidos posibles de la acción de responsabilidad civil ex delicto”, en *Responsabilidad civil «Ex Delicto»*, Ed. CDJ, Madrid, 2005.
- López Barja de Quiroga, J. *Tratado de Derecho penal*, Ed. Civitas, Madrid, 2010.
- Martínez Rodríguez, J., *Fundamentación jurídica de la ley penal juvenil*, Ed. Palibrio, Bloomington, 2013.
- Mir. Puig., *Derecho penal*, Parte General, décima edición, Ed. Reppertor, Barcelona, 2015.
- Muñoz Conde, F., «Presentación», en *La reparación del daño a la víctima del delito*, autor Galain Palermo, P., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Nadal Gómez, I., *El ejercicio de acciones civiles en el proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- Pérez del Valle, C., *Lecciones de Derecho penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016.
- Pérez-Cruz Martín, A., “Objeto del proceso penal (Parte II)”, en *Derecho procesal penal*, tercera edición, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2014.
- Quintano Ripollés, A., “Responsabilidades civiles ex delicto y ex lege”, en *ADC*, t. XVI, 1965.
- Cavanillas Múgica, S., De Llera Suárez Bárcena, E., *La Responsabilidad Civil «Ex Delicto»*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2002.
- Quintero Olivares, G., “La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea”, en *Responsabilidad civil « Ex delicto»*, Ed. CDJ, Madrid, 2005.
- Reglero Campos, L., “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord. Reglero Campos, L., t. I., tercera edición, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2008.
- Roca Trias, E., Navarro Michel, M., *Derecho de daños*, sexta edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- Rodríguez Devesa, J., “Responsabilidad civil derivada de delito o falta y culpa extracontractual”, en *Libro homenaje a Jaime Guasp*, Ed. Comares, Granada, 1984.
- Roig Torres, M., *La reparación del daño causado por el delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- _____, *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Rosa Cortina (De La), J., *Responsabilidad civil derivada de infracciones penales cometidas por menores: aspectos sustantivos y procesales*, consultado en los Documentos de la Carpeta Temática Control de Documento, <http://www2.congreso.gob.pe/>, también en: Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, 2005.
- Sáinz-Cantero Caparrós, M., *La reparación del daño ex delicto*, Ed. Comares, Granada, 1997.
- Silvia Sánchez, J., “¿Ex Delicto?, Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal”, en *InDret*, Barcelona, julio de 2001.
- Urbano Gómez, S., “El régimen (1) de responsabilidad civil “ex delicto” de la Ley Orgánica”, 5/2000 de 12 de enero de 2000 (RCL 2000, 90), reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (LORPM)», en *Sentencias del TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 7/2002, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002.
- Yzquierdo Tolsada, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, Parte General, Delimitación y especies. Efectos o consecuencias, Ed. Dykinson, Madrid, 2015.
- _____, *Sistema de Responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Ed. Dykinson, Madrid, 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: jferreolve@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



· INACIPE ·
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES