



Revista

ISSN 2007-4700

# Perla

MÉXICO

Número 4 • Marzo 2013



# Revista

---

# Penal

## MÉXICO

Número 4 • Marzo 2013



Cátedra de Derechos Humanos  
**Manuel de Lardizábal**



Universidad  
de Huelva



**INACIPE**



El INACIPE agradece al Museo Nacional de la Estampa el permiso de uso para la portada de *Revista Penal México* del grabado de José Guadalupe Posada *Calavera de muchachos papeleros*, 1963, medidas del papel  $27.8 \times 43.3$ , medidas de impresión  $15.1 \times 23.1$ , zincografía.



Instituto  
Nacional de  
Bellas Artes



REVISTA PENAL MÉXICO, año 2, núm. 4, 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, Delegación Tlalpan, C.P. 14000, México, D.F., Tel. 5487 1571, página web: [www.inacipe.gob.mx](http://www.inacipe.gob.mx), *e-mail*: [publicaciones@inacipe.gob.mx](mailto:publicaciones@inacipe.gob.mx), y la Universidad de Huelva. Dr. Cantero Cuadrado, 6. 21071 Huelva, España. Editores responsables: Juan Carlos Ferré Olivé y Rafael Estrada Michel. Reserva de Derechos al Título Exclusivo núm. 04-2012-042012493900-102; ISSN: 2007-4700. Certificado de Licitud de Título y Contenido: 15411. Impresión por Impresora y Encuadernadora Progreso, S.A. de C.V. (IEPSA), av. San Lorenzo núm. 244, col. Paraje San Juan, Delegación Iztapalapa, 09830 México, D.F.

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

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

# Revista

---

# Penal

# MÉXICO

Número 4 • Marzo 2013

## DIRECTORIO DEL INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES

JESÚS MURILLO KARAM  
*Procurador General de la República  
y Presidente de la H. Junta de Gobierno del INACIPE*

MARIANA BENÍTEZ TIBURCIO  
*Subprocuradora Jurídica y de Asuntos Internacionales de la PGR  
y Secretaria Técnica de la H. Junta de Gobierno del INACIPE*

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

ALEJANDRO PORTE PETIT  
*Encargado de la Secretaría General Académica*

JORGE MARTÍNEZ IGLESIAS  
*Encargado de la Secretaría General de Extensión*

MARYSOL MORÁN BLANCO  
*Encargada de la Dirección de Publicaciones*

## DIRECTORIO DE LA REVISTA PENAL MÉXICO

### CODIRECTORES

JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ  
*Universidad de Huelva*

RAFAEL ESTRADA MICHEL  
*Director General del INACIPE*

### COMITÉ CIENTÍFICO

KAI AMBOS  
*Universidad Georg August de Gotinga*

LUIS ARROYO ZAPATERO  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

ANDRÉS BAYTELMAN  
*Baytelman Legal. Fraud, Forensics and Compliance*

MARIANA BENÍTEZ TIBURCIO  
*Procuraduría General de la República*

IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE  
*Universidad de Salamanca*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ  
*Suprema Corte de Justicia de la Nación*

LUIS DE LA BARREDA SOLÓRZANO  
*Instituto Ciudadano de Estudios Sobre la Inseguridad, A.C.*

ENRIQUE DÍAZ-ARANDA  
*Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

JAVIER DONDÉ MATUTE  
*Instituto Nacional de Ciencias Penales*

PABLO GALAIN PALERMO  
*Instituto Max Planck para el Derecho Penal  
Extranjero e Internacional*

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ  
*Academia Mexicana de Ciencias Penales*

JULIO ANTONIO HERNÁNDEZ PLIEGO  
*Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, A.C.*

OLGA ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL  
*Academia Mexicana de Ciencias Penales*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE  
*Universidad Pablo de Olavide*

MIGUEL ONTIVEROS ALONSO  
*Academia Mexicana de Ciencias Penales*

RAÚL PLASCENCIA VILLANUEVA  
*Comisión Nacional de los Derechos Humanos*

CLAUS ROXIN  
*Universidad de Múnich*

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

MANUEL VIDAURRI ARÉCHIGA  
*Universidad de Guanajuato*

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

### CONSEJO DE REDACCIÓN

VICTORIA ADATO GREEN  
*Academia Mexicana de Ciencias Penales*

ISRAEL ALVARADO MARTÍNEZ  
*Instituto Nacional de Ciencias Penales*

RODOLFO FÉLIX CÁRDENAS  
*Academia Mexicana de Ciencias Penales*

GUSTAVO FONDEVILA  
*Centro de Investigación y Docencia Económicas, A.C.*

LUIS GONZÁLEZ PLACENCIA  
*Comisión de Derechos Humanos del D.F.*

MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ  
*Academia Mexicana de Ciencias Penales*

RICARDO OJEDA BOHÓRQUEZ  
*Poder Judicial de la Federación*

MARÍA ELOÍSA QUINTERO  
*Instituto Nacional de Ciencias Penales*

MIGUEL SARRE IGUÍNIZ  
*Instituto Tecnológico Autónomo de México*



## CONTENIDO

### DOCTRINA

|  |     |
|--|-----|
| José Luis de la Cuesta Arzamendi<br><i>El principio de humanidad en Derecho penal</i> . . . . .  | 9   |
| Miguel Díaz y García Conlledo<br><i>El complicado régimen privilegiado del artículo 30 del Código Penal español en materia de codelinuencia y encubrimiento en los delitos cometidos utilizando medios o soportes de difusión mecánicos.</i> . . . . . | 21  |
| Massimo Donini<br><i>El ciudadano extracomunitario: de “objeto material” a “tipo de autor” en el control penal de la inmigración</i> . . . . .   | 35  |
| Juan Carlos Ferré Olivé<br><i>Tecnologías de información y comunicación, comercio electrónico, precios de transferencia y fraude fiscal.</i> . . . . .   | 57  |
| Pablo Galain Palermo<br><i>Relaciones entre el “derecho a la verdad” y el proceso penal: análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i> . . . . .  | 65  |
| Víctor Manuel Macías Caro<br><i>“Delitos culturales” y principios constitucionales en Europa</i> . . . . .   | 87  |
| Carlos Martínez-Buján Pérez<br><i>Los delitos de peligro en el Derecho penal económico y empresarial.</i> . . . . .  | 107 |
| Enzo Musco<br><i>La sucesión de las leyes penales en el tiempo</i> . . . . .   | 123 |
| Adán Nieto Martín<br><i>La privatización de la lucha contra la corrupción</i> . . . . .  | 133 |
| Francesco Palazzo<br><i>La legalidad y la determinación de la ley penal: el significado lingüístico, la interpretación y el concepto de la regula iuris</i> . . . . .  | 145 |
| Joaquín Merino Herrera<br><i>Terrorismo internacional: rasgos esenciales de su configuración</i> . . . . .   | 161 |
| María Eloísa Quintero<br><i>El delito de trata de personas</i> . . . . .   | 175 |

### BIBLIOGRAFÍA

|  |     |
|--|-----|
| Francisco Muñoz Conde<br><i>Notas bibliográficas sobre la tortura.</i> . . . . . | 195 |
|--|-----|







## El principio de humanidad en Derecho penal

José Luis de la Cuesta Arzamendi

Instituto Vasco de Criminología, España

Revista Penal México, núm. 4, marzo-agosto de 2013

**RESUMEN:** Por su misma condición de poder jurídico, el ius puniendi estatal, para conservar su legitimidad, ha de respetar un conjunto de “axiomas fundamentales”:<sup>1</sup> necesidad, legalidad, imputación subjetiva<sup>2</sup> y culpabilidad, con sus correspondientes corolarios: subsidiaridad, intervención mínima, carácter fragmentario del Derecho penal, preeminencia absoluta de la ley, taxatividad, garantías penales básicas (criminal, penal, procesal y ejecutiva), interdicción de toda responsabilidad por el resultado, responsabilidad personal...

En una sociedad democrática, centrada por lo tanto en el valor de la persona, también ha de ser respetuoso del principio de humanidad, un principio menos estudiado, pero, sin lugar a dudas, “no menos importante”<sup>3</sup> que aquéllos.

**PALABRAS CLAVE:** principio de humanidad, ius puniendi estatal, Garantías penales básicas.

**ABSTRACT:** Due to its character of juridical power, ius puniendi must —if it is to keep its legitimacy— abide by several “basic principles”: necessity, legality, subjective imputability, and culpability, with their corresponding corollaries: subsidiarity, minimal intervention, fragmentary condition of Criminal Law, absolute preeminence of law, restrictivity, basic penal guarantees, (criminal, penal, procedural, and executive), interdiction of every responsibility for the result, personal responsibility...

In a democratic society, therefore based in the value of individuals, ius puniendi must also respect the humanity principle, a less studied principle but undoubtedly not “less important” than the other ones.

**KEY WORDS:** humanity principle, state ius puniendi, basic penal guarantees

**SUMARIO:** 1. Contenido y extensión. 2. Prohibición de la tortura y toda pena y trato inhumano o degradante. A) Incidencia en la parte especial del Derecho penal. B) Repercusiones en el campo de las consecuencias jurídicas del delito a) Pena de muerte b) Prisión perpetua y penas de muy larga duración c) Régimen penitenciario inhumano o degradante. 3. Principio de humanidad y resocialización. 4. Principio de humanidad y víctimas.

<sup>1</sup> A. Beristáin, “Axiomas fundamentales de la Criminología ante la globalización y la multiculturalidad”, *Eguzkilore*, núm. 17, 2003, pp. 89 y ss.

<sup>2</sup> Conviene, a mi juicio, distinguir el principio de culpabilidad del principio de imputación subjetiva (denominación preferible a la de responsabilidad subjetiva, que propugnan algunos autores) que incluye algunas de las consecuencias que la doctrina mayoritaria agrupa bajo aquel postulado: en particular, la interdicción de la pura responsabilidad objetiva o por el resultado y la consiguiente exigencia de realización de un tipo doloso o imprudente para la admisión de la responsabilidad penal. No son éstos, en efecto, contenido de la categoría dogmática culpabilidad, centrada más que en la imputación subjetiva en la imputación individual. J. L. de la Cuesta Arzamendi, “Presupuestos fundamentales del Derecho penal”, *Eguzkilore*, núm. 3, 1989, p. 58, n. 15.

<sup>3</sup> A. Beristáin, *Nueva Criminología desde el Derecho penal y la Victimología*, Valencia, 1994, p. 14.

### 1. Contenido y extensión

Recuerda Beristáin que el axioma fundamental de humanidad presupone “que todas las relaciones humanas, personales y sociales que surgen de la justicia en general y de la justicia penal en particular, deben configurarse sobre la base del respeto a la dignidad de la persona”,<sup>4</sup> a lo que ha de añadirse su consiguiente derecho al “pleno desarrollo de la personalidad”.<sup>5</sup>

El concepto de dignidad, que tantas dificultades genera para su adecuada configuración,<sup>6</sup> se identifica en la filosofía kantiana con la condición del ser humano como “fin en sí mismo” y no “puro o simple medio”:<sup>7</sup> producto de una serie de determinaciones biológicas, psicológicas, sociales, culturales, pero lleno de posibilidades de realización, de deseos, de libertad.

Con todo, tras identificar el principio de humanidad con el respeto de la dignidad, no pocas perspectivas extraen sólo como consecuencia la garantía de que el sujeto no sea sometido a ofensas o humillaciones. Es, en efecto, esta faceta —que proscribiera todo trato de carácter cruel, inhumano o degradante— la que más se subraya al delimitar el alcance del principio de humanidad en Derecho penal: de aquí que sea común indicar como ámbito específico de actuación del postulado que nos ocupa el marco de las consecuencias jurídicas del delito.<sup>8</sup>

Ahora bien, en un Estado social y democrático de Derecho que —no se conforma con la pura proclamación formal de los derechos de los ciudadanos— exige de los poderes públicos “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad [...] sean reales y efectivas” y “remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social” (art. 9.2 CE) —un entendimiento

cabal del principio de humanidad no puede quedarse en la mera proscripción de los tratos crueles, inhumanos y degradantes, prohibidos internacionalmente (y, en España, por el art. 15 CE). Como añade nuestro maestro, el “axioma de humanidad”, además de reclamar el tratamiento en todo caso del ser humano como tal, apela igualmente a la “solidaridad recíproca”, a la “responsabilidad social para los infractores”, a “la ayuda y asistencia comunitaria, a “la decidida voluntad de repersonalizar (en cuanto sea factible) a los delincuentes [...] y reparar a las víctimas”; aún más, en línea con el propio significado del término humanidad,<sup>9</sup> debería obligar “a cultivar el valor de la compasión” y apremiar “a compartir el dolor de las víctimas y la construcción de un mundo más solidario”.<sup>10</sup>

Que algunas de las exigencias anteriores puedan apuntar más a una “ética de máximos” que a una “ética civil”<sup>11</sup> (a la que tampoco debería ser ajena la satisfacción de necesidades humanas básicas no susceptibles de exigencia como derechos), en modo alguno supone un obstáculo a las importantes repercusiones del principio de humanidad en áreas ajenas a las consecuencias jurídicas del delito.

Así, por ejemplo, en el plano de la categoría dogmática culpabilidad, frente a aquellas concepciones que, basándose en la imposibilidad de demostración científica de la libertad humana, prefieren estructurarla descargada de todo reproche normativo y reducen su función a la constatación de la necesidad de pena desde una perspectiva preventivista, más coherente con el principio de humanidad resulta tratar al sujeto normal como un ser básicamente capaz de conducir y dirigir su comportamiento con libertad. Este entendimiento “mixto empírico-normativo”<sup>12</sup> de la culpabilidad —que no obliga a verificar positivamente en cada caso si se pudo actuar o no de otra manera (basta con “comprobar si no concurrían causas que le privaran

<sup>4</sup> A. Beristáin, “Axiomas fundamentales”, *op. cit.*, p. 93.

<sup>5</sup> E. Bloch, *Derecho natural y dignidad humana*, Madrid, 1980.

<sup>6</sup> I. Von Münch, “La dignidad del hombre en el Derecho constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 2, núm. 5, 1982, pp. 18 y ss.

<sup>7</sup> *Grundlegung der Metaphysik der Sitten* (K. Vorländer, ed.), 3ª ed. (reimpresión), Hamburgo, 1965, pp. 50 y ss. (en especial, pp. 58, 62 y s.).

<sup>8</sup> H. H. Jeschek/Th. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlín, 1996, p. 27.

<sup>9</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, “Humanidad” (del lat. humanitas, -ātis): 1. f. Naturaleza humana. 2. f. Género humano. 3. f. Conjunto de personas. 4. f. Fragilidad o flaqueza propia del ser humano. 5. f. Sensibilidad, compasión de las desgracias de nuestros semejantes. 6. f. Benignidad, mansedumbre, afabilidad. 7. f. Cuerpo de una persona. 8. f. pl. Letras humanas (la cursiva, nuestra).

<sup>10</sup> A. Beristáin, “Axiomas fundamentales...”, *op. cit.*, pp. 93 y ss.

<sup>11</sup> J. Carrera, *Mundo global. Ética global*, 2003, p. 22.

<sup>12</sup> W. Hassemer, *Fundamentos del Derecho penal*, Barcelona, 1984, pp. 296 y s.

de su libertad”)—<sup>13</sup> se alinea plenamente con la lógica jurídica, apoyada (como la propia vida social) en la “recíproca atribución de libertad”,<sup>14</sup> y que asume como valor aceptado la libertad de elección del ser humano entre diversas opciones ante una situación dada. Además, en modo alguno impide, sino todo lo contrario, la valoración en el caso concreto de la verdadera capacidad individual de adecuación del comportamiento a la ley, algo natural en un Estado social y democrático de Derecho, donde sería intolerable “tratar igualitariamente lo que es desigual”.<sup>15</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, tres son las líneas principales en las que se manifiesta el contenido específico del principio de humanidad en Derecho penal:

- 1) la prohibición de la tortura y de toda pena y trato inhumano o degradante, con sus importantes reflejos en la parte especial del Derecho penal y en las consecuencias jurídicas del delito;
- 2) la orientación resocializadora de la pena, en particular, si privativa de libertad;
- 3) la atención a las víctimas de toda infracción penal.

## 2. Prohibición de la tortura y toda pena y trato inhumano o degradante

La prohibición de la tortura y de toda pena y trato inhumano o degradante constituye, sin duda, el primer corolario práctico de la afirmación del principio de humanidad en Derecho penal.

Recogida internacionalmente no sólo en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 5) y el Pacto de derechos civiles y políticos de 1966 (art. 7), sino en la generalidad de textos e instrumentos internacionales (universales y regionales) en materia de derechos humanos, la regulación más detallada de la prohibición de la tortura se encuentra en la Convención de Naciones Unidas de 1984, que siguió a la Declaración de las Naciones Unidas de 1975 sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Define la Convención un concepto inter-

nacional mínimo de tortura, como abuso de poder,<sup>16</sup> basado en la causación de dolores o sufrimientos graves físicos o mentales con finalidad indagatoria, punitiva, intimidatoria o discriminatoria, propugnando su tipificación penal como delito pluriofensivo, especial, de resultado, doloso, de tendencia (en sentido estricto) y susceptible de comisión por omisión.<sup>17</sup> Al lado de la tortura, se prohíben los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 16), que los Estados también deben perseguir.

La distinción entre tortura y demás tratos ha suscitado importantes esfuerzos. Destacan entre ellos, junto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, las decisiones del Comité de Derechos Humanos de la ONU y, sobre todo, la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo en aplicación del artículo 3 del Convenio de Roma.<sup>18</sup>

En cuanto a la prevención de la tortura, la necesidad de establecer sistemas eficaces, que permitan intervenir con anterioridad a los hechos de tortura y no sólo responder a los ya detectados, ha llevado a la adopción de sistemas de visitas inspirados en el mecanismo establecido por los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional I de 1977. Introducido a finales de los ochenta en Europa por la Convención europea para la prevención de la tortura y de las penas o tratamientos inhumanos o degradantes (Estrasburgo, 26 junio 1987), que instituyó el Comité europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratamientos inhumanos o degradantes, el sistema de visitas ha sido igualmente adoptado como instrumento de prevención de la tortura y demás tratos por el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2002.

### *A) Incidencia en la parte especial del Derecho penal*

Los compromisos asumidos por la firma y ratificación de los textos internacionales de derechos humanos,

<sup>13</sup> T. S. Vives Anton, “Reforma política y Derecho penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 1, 1977, p. 107.

<sup>14</sup> C. Roxin, “¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho penal?”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 30, 1986, p. 678.

<sup>15</sup> A. Torio López, “El concepto individual de culpabilidad”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1985, p. 297.

<sup>16</sup> J. L. de la Cuesta Arzamendi, “La tortura como abuso de poder: aspectos penales”, *La Criminología frente al abuso de poder*, San Sebastián, 1992, pp. 149 y ss.

<sup>17</sup> J. L. de la Cuesta Arzamendi, *El delito de tortura*, Barcelona, 1990, pp. 24 y ss.

<sup>18</sup> A. I. Perez Machio, *El delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del Código Penal*, Bilbao, 2005, pp. 49 y ss., 64 y ss.

generales y específicos, obligan a los Estados a la tipificación y sanción en su ordenamiento interno de los hechos constitutivos de tortura y demás tratos internacionalmente prohibidos.

Éste es el cometido, en el Derecho español—donde el artículo 15 de la Constitución declara el derecho de todos “a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”—del título VII del Libro II del Código Penal (artículo 173 a 177), que lleva por rúbrica “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”. No es el momento de entrar en las variadas cuestiones que suscitan esta, en parte novedosa, regulación del Código Penal de 1995. Destaca en todo caso entre ellas, junto a la controvertida cláusula concursal (art. 177), la delimitación del bien jurídico integridad moral.<sup>19</sup> Estrechamente conectada con la dignidad, la integridad moral se ve atacada cuando se violenta, esto es, se contraría “ilegítimamente la libertad de (formación o exteriorización de la) voluntad del sujeto pasivo (obligándole a hacer u omitir lo que no quiere o a soportar una situación no deseada), mediante actos de diverso signo y características, dirigidos a (o que conlleven) un cierto tratamiento instrumental del mismo, su cosificación”; estos actos, que no tienen por qué suponer empleo de violencia, de algún modo, han de provocar “sufrimientos o padecimientos” y ser “humillantes, vejadores, envilecedores”, como exige la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

También en relación con la tortura se plantea una cuestión de la mayor importancia: la posibilidad o no de justificación penal.<sup>20</sup> Generalizado en el marco internacional el rechazo de toda práctica de la tortura aun en circunstancias excepcionales, desde el prisma penal se suscita si cabe la tortura aplicada en legítima defensa o estado de necesidad, causas de justificación que la Convención de 1984 (a diferencia de lo que hace con la obediencia debida) no excluye de manera

expresa. Frente a ello, el Convenio de Roma de 1950 no autoriza excepción alguna, lo que permite afirmar en el marco europeo la prohibición absoluta de la tortura y su imposible justificación;<sup>21</sup> ésta es asimismo la solución correcta en el Derecho español, al no admitirse “en ningún caso” conforme al mandato del artículo 15 de la Constitución.

### *B) Repercusiones en el campo de las consecuencias jurídicas del delito*

La prohibición de la tortura y demás tratos inhumanos o degradantes no sólo despliega sus efectos en la parte especial del Derecho penal, también alcanza importantes repercusiones en el campo de las consecuencias jurídicas del delito.

El artículo 1 de la propia Convención de 1984 excluye del ámbito de la tortura “los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”; pero el mero respeto del principio de legalidad no convierte en legítimas aquellas penas que, dirigidas tan sólo a causar sufrimientos o humillación, por su carácter cruel, inhumano o degradante, entran de lleno en el campo de la prohibición internacional.

#### a) Pena de muerte

Prescindiendo de las penas corporales, cuya contrariedad con la prohibición internacional (a pesar de su pervivencia en no pocos lugares) resulta indiscutida,<sup>22</sup> el debate se centra en la actualidad, en primer lugar, en torno a la pena de muerte, abolida en España por el artículo 15 CE, “salvo lo que puedan disponer las Leyes penales militares para tiempos de guerra”, si bien la Ley Orgánica 11/1995 abolió igualmente la pena de muerte en tiempo de guerra.

En el plano internacional la inquietud humanitaria ha llevado a la aprobación de diversas moratorias so-

<sup>19</sup> José Luis de la Cuesta Arzamendi, “Torturas y atentados contra la integridad moral”, *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. XXI, 1998, pp. 68 ss.

<sup>20</sup> José Luis de la Cuesta Arzamendi, “¿Justificación de la tortura? Insuficiencias de la normativa penal internacional”, en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro homenaje al profesor Antonio Beristáin*, Donostia-San Sebastián, 1989, pp. 695 y ss. Véase también C. Roxin, “¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?”, *Nueva Doctrina Penal*, 2004, pp. 547 y ss.; asimismo, K. Ambos, *Terrorismo, tortura y Derecho penal. Respuestas en situaciones de emergencia*, Barcelona, 2009, pp. 19-66.

<sup>21</sup> José Luis de la Cuesta Arzamendi, “Consideraciones acerca del delito de tortura a la luz del Convenio de Roma de 1950”, en *Giza Eskubideak Europan / Los derechos humanos en Europa / Les droits de l’homme en Europe / The Human Rights in Europe* (Donostia-San Sebastián, 12-14 de diciembre de 1988), Vitoria-Gasteiz, 1989, pp. 190 y ss.

<sup>22</sup> Sigue abierta, en todo caso, la discusión sobre la procedencia o no de la castración química en delinquentes sexuales. R. Robles Planas, “Sexual Predators. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, *InDret*, núm. 4, 2007, pp. 8 y ss.

bre el uso de la pena de muerte<sup>23</sup> —que el artículo 6 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos somete, por su parte, a restricciones—<sup>24</sup> y cuya abolición es objeto del Segundo protocolo facultativo (1991). En Europa destacan los dos Protocolos adicionales específicos al Convenio de Roma: el número 6 (1983) sobre abolición en tiempo de paz, y el número 13 (2002) que propugna la abolición, en cualquier circunstancia, de la pena capital.

La misma naturaleza de los instrumentos empleados pone ya de manifiesto el alcance limitado del rechazo de la aplicación de la pena de muerte por los Estados; tampoco se entiende que la prohibición de la pena de muerte se derive, sin más, de la proscripción internacional de las penas y tratamientos crueles, inhumanos y degradantes.

Crece, sin embargo, el cuestionamiento de su legitimidad, lo mismo en torno de aspectos específicos de su ejecución que con carácter general. En este sentido, ya en 1977, la Declaración de Estocolmo —aprobada por los países participantes en la Conferencia Internacional sobre abolición de la pena de muerte organizada por Amnistía Internacional— calificó la pena de muerte como “el castigo más cruel, inhumano y degradante”, y exhortó a los gobiernos a “tomar medidas para la total e inmediata abolición de la pena de muerte”, manifiesta violación del derecho a la vida.

También el Comité de Derechos Humanos<sup>25</sup> y los Tribunales regionales europeo e interamericano se han pronunciado sobre aspectos de la pena de muerte tenidos por incompatibles con el contenido de los convenios internacionales. En Europa, la penosa situación de internamiento en los llamados “corredores de la muerte” fue calificada en 1989 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>26</sup> como violación del artículo 3 del Convenio de Roma. Igualmente, en *Öcalan vs. Turquía* (2005) declaró contraria al artícu-

lo 3 la imposición de la pena de muerte en un proceso no equitativo y por un tribunal de discutible independencia e imparcialidad. Esta jurisprudencia europea, emitida fundamentalmente en asuntos de extradición y que obliga a los Estados a exigir garantías antes de proceder a la entrega, ha sido retomada por algunos textos normativos, como el Protocolo de reforma de la Convención europea sobre supresión del terrorismo de 1977 (2003).

Los métodos de ejecución han llamado asimismo la atención de la jurisprudencia europea, que en 2000 consideró incompatible con el artículo 3 la expulsión de una mujer a Irán, donde podía ser condenada a muerte por lapidación.<sup>27</sup> Por su parte, el Comité de Derechos Humanos —para el cual la pena de muerte debe ejecutarse “de forma que cause los menores sufrimientos posibles”—<sup>28</sup> ha admitido que el método de ejecución puede constituir un tratamiento inhumano o degradante,<sup>29</sup> pero consideró en su momento que la ejecución por inyección letal podía ser conforme a las exigencias del Pacto internacional, no así la ejecución por gas asfixiante, modalidad tenida por “particularmente horrible”.<sup>30</sup>

Ciertamente, la incompatibilidad de la pena de muerte (y no sólo de la espera en el corredor de la muerte o de algunas de sus formas de ejecución) con un entendimiento adecuado del principio de humanidad, centrado en el respeto a la persona humana como tal, resulta plena y absoluta. En este sentido, su abolición constituye todavía (y lamentablemente) una importante asignatura pendiente en el plano internacional. Merece, por ello, resaltarse el ejemplo de los Estatutos de los Tribunales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda, así como del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.<sup>31</sup> todos ellos, competentes para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales más graves y que suscitan

<sup>23</sup> Así, por ejemplo, en el ámbito de las Naciones Unidas, tras la Resolución 62/149 (15 noviembre 2007), el 18 de diciembre de 2008 la Asamblea General aprobó una segunda resolución sobre una moratoria en el uso de la pena de muerte.

<sup>24</sup> Sólo aplicable a los más graves delitos, con pleno respeto del principio de legalidad criminal, penal y procesal; derecho a solicitar el indulto o la conmutación; no imposición a menores de 18 años ni a mujeres en estado de gravidez.

<sup>25</sup> La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, precedente del Consejo de Derechos Humanos, indicó en su resolución 2005/59, que “la abolición de la pena de muerte es fundamental para la protección del derecho a la vida”.

<sup>26</sup> *Asunto Soering vs. Reino Unido*, 1989. Sin embargo, el Consejo de Derechos Humanos, en una jurisprudencia constante, no se ha mostrado tan abierto a este asunto y requiere la presencia de circunstancias excepcionales para apreciar en tales casos una violación del artículo 7 del Pacto Internacional (así, por ejemplo, *Lavende vs. Trinidad y Tobago*, 1997; *Errol Johnson vs. Jamaica*, 1996).

<sup>27</sup> *Asunto Jabari vs. Turquía*, 2000.

<sup>28</sup> *Observation générale* 20 (44), 3 de abril de 1992.

<sup>29</sup> *Asunto Kindler vs. Canadá*, 1993.

<sup>30</sup> *Asunto Charles Chitat Ng vs. Canadá*, 1994.

<sup>31</sup> W. Schabas, “Life, Death and the Crime of Crimes. Supreme Penalties and the ICC Statute”, *Punishment and Society*, núm. 2, 2000, pp. 263 y ss.

la mayor repulsa, han renunciado a la inclusión de la pena de muerte en el elenco de penas previstas.

### b) Prisión perpetua y penas de muy larga duración

La incompatibilidad con el principio de humanidad predicado de la pena de muerte, puede afectar igualmente a determinadas formas de privación de la libertad, pena que, conforme al artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha de aplicarse “humanamente y con el respeto debido a la dignidad” (apdo. 1), debiendo consistir el régimen penitenciario “en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados” (apdo. 3). En este sentido, el carácter inhumano de la cadena perpetua se discute desde hace más de dos siglos,<sup>32</sup> y puede extenderse también a las penas de muy larga duración. Los negativos efectos psicológicos y sociales generalmente ligados al internamiento de larga duración,<sup>33</sup> que se ven ciertamente agravados si a ello se añade la aniquilación de toda esperanza de posible liberación y las duras circunstancias que suelen acompañarlos (lo que incrementa sin duda el riesgo de suicidio en prisión), pueden convertirlas en una especie de “tortura lenta y mutilación psíquica”<sup>34</sup> y constituyen, en este sentido, un importante argumento de peso en contra de la conciliación de esas penas con el principio de humanidad. Pero lo esencial en la cadena perpetua no es tanto la gravedad de aquellos efectos, cuya inevitabilidad teórica no queda exenta

de discusión, aun cuando, habida cuenta de las condiciones ordinarias de detención en la amplia mayoría de países, difícilmente debería dar lugar a dudas, al menos en la práctica. Su contradicción radical con la dignidad humana deriva de su desconocimiento de “las propiedades específicas del ser humano”, al que se acaba declarando “incapaz de un proyecto existencial del que no forme parte el delito”,<sup>35</sup> negándole “no ya la perfectibilidad moral [...], sino su elemental derecho a una segunda oportunidad en la sociedad, tras haber purgado la condena merecida”.<sup>36</sup>

A pesar de lo anterior, si bien hay Estados, como España, que no la prevén o que la prohíben constitucionalmente —como, por ejemplo, Brasil (art. 5 XLVII b), Colombia (art. 34) o Portugal (art. 30.1)—<sup>37</sup> y aun cuando pueda excluirse en los tratados de extradición, la presencia de la cadena perpetua en el plano comparado es muy importante, habiendo sustituido casi con habitualidad a la pena de muerte tras su abolición, lo que ha incrementado su imposición y aplicación.<sup>38</sup> Aún más, la reclusión a perpetuidad es la pena establecida por el artículo 77 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, como la pena más grave para “la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5”, “cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”.<sup>39</sup>

El asunto de la constitucionalidad de la prisión a perpetuidad ha suscitado también la intervención de las máximas instancias judiciales de algunos países.<sup>40</sup>

<sup>32</sup> D. Van Zyl Smit, “Life Imprisonment as the Ultimate Penalty in International Law: A Human Rights Perspective”, *Criminal Law Forum*, núm. 9, 1999, pp. 28 y ss.

<sup>33</sup> Así, además de las obras ya clásicas de Clemmer (*The Prison Community*, Nueva York, 1958) o Goffman (*Asiles. Études sur la condition sociale des malades mentaux et autres reclus*, París, 1968), C. Haney, *Reforming Punishment: Psychological Limits to the Pains of Imprisonment*, Washington, 2006.

<sup>34</sup> J. G. Murphy, *Retribution, Justice and Therapy*, 1979, p. 240.

<sup>35</sup> A. Torío López, “La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes”, *Poder Judicial*, núm. 4, 1986, p. 81.

<sup>36</sup> F. Savater, “Contra la cadena perpetua”, *El Correo Digital* (23.08.08), (<http://www.elcorreodigital.com/vizcaya/20080823/opinion/contracadena-perpetua-20080823.html>).

<sup>37</sup> El artículo 30.1 de la Constitución portuguesa excluye las penas y medidas privativas o restrictivas de libertad de carácter perpetuo o de duración ilimitada o indefinida. Con todo, el apartado 2 de este mismo artículo —en caso de peligrosidad basada en una grave anomalía psíquica y en la imposibilidad de tratamiento en medio abierto— admite la prolongación sucesiva de las medidas privativas o restrictivas de libertad en cuanto se mantenga tal estado y siempre por decisión judicial.

<sup>38</sup> D. Van Zyl Smit, “Abolishing Life Imprisonment?”, *Punishment and Society*, 2001, p. 300.

<sup>39</sup> Sin embargo, no resulta directamente mencionada en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la exYugoslavia o Ruanda. Éstos se remiten, en cuanto a la fijación de “las condiciones del encarcelamiento [...] a las normas de penas de prisión aplicadas por los tribunales de” Yugoslavia y de Ruanda, teniendo “en cuenta factores como la gravedad de la infracción y la situación personal del condenado” (arts. 24 y 23 de los respectivos Estatutos). Aun cuando en Yugoslavia la pena máxima de prisión era de 20 años (Ruanda sí conocía la cadena perpetua), esto no ha impedido al Tribunal Penal Internacional entender que el artículo 24 le otorga flexibilidad suficiente para aplicar la pena de prisión a perpetuidad. Críticamente, D. Van Zyl Smit, “Life Imprisonment”, *op. cit.*, pp. 16 y ss.

<sup>40</sup> En España la jurisprudencia: diversas sentencias del Tribunal Supremo han resaltado la incompatibilidad de la prisión perpetua con el contenido del artículo 15 de la Constitución. Así, por ejemplo, SSTS 1822/1994 de 20 de octubre, 343/2001 de 7 de marzo, 734/2008 de 14 de noviembre.

Un parecer generalizado es que la admisibilidad de la cadena perpetua no puede resultar incondicional,<sup>41</sup> sino que obliga a analizar no sólo las condiciones de ejecución, sino también la posibilidad de su revisión al término de determinados años de cumplimiento y con base en un procedimiento plenamente homologable desde el prisma de la independencia del órgano decisorio y del respeto de los derechos de la defensa. Ésta ha sido, por ejemplo, la línea seguida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con sentencias a perpetuidad impuestas en el Reino Unido.<sup>42</sup>

Muy importante, por su alcance y trascendencia, es la sentencia de 1977 del Tribunal Constitucional alemán (BVerfGE 45,187), que analizó el asunto, entre otros argumentos, a la luz del artículo 1 de la Constitución alemana (inviolabilidad de la dignidad humana).<sup>43</sup> Rechazando que la cadena perpetua pueda calificarse, directamente y por su propia naturaleza, de pena inhumana, el Tribunal Constitucional entendió que, siempre que se cumplieran ciertas condiciones, podía aceptarse su constitucionalidad,<sup>44</sup> identificando, a la postre, el ataque “a la esencia de la dignidad humana” con el hecho de que “el preso, a pesar de su evolución personal, ha(ya) de abandonar toda esperanza de recobrar algún día su libertad” (BVerfGE 45 187, 245).

En suma, para no pocas instancias —y como afirmara ya el Consejo de Europa en 1977—<sup>45</sup> el encarcelamiento de una persona de por vida, sin esperanza de liberación, no resulta compatible con el principio de humanidad. De aquí que, para que la prisión a perpetuidad pueda conciliarse con la dignidad humana, el preso deba conservar una expectativa concreta y realizable de una probable liberación; esto obliga a con-

tar, respecto de la cadena perpetua, con una regulación normativa razonable, ordenada y procesalmente correcta de la concesión (aunque sea muy limitada)<sup>46</sup> de la libertad condicional.<sup>47</sup>

Evidentemente, la posibilidad de revisión o de liberación condicional transcurrido un plazo de efectivo cumplimiento (periodo de seguridad) introduce un importante elemento de interés en la prisión perpetua, que para muchos facilita la superación del test de constitucionalidad;<sup>48</sup> máxime si el periodo de seguridad, que tantas variaciones presenta en el Derecho comparado,<sup>49</sup> no excede de los 15 años. Esto suaviza igualmente las objeciones que la cadena perpetua genera por su indeterminación, desde el prisma de la necesaria orientación resocializadora de la pena privativa de libertad,<sup>50</sup> pero no resuelve los múltiples problemas (criminológicos y de orden jurídico) que suscita la aplicación de los mecanismos de revisión.

Por su parte, algunas legislaciones que no recurren a la prisión a perpetuidad han introducido penas temporales de una duración tan extendida (y completada en su ejecución por reglas tan estrictas dirigidas a su cumplimiento íntegro), que acaban asimilando la situación de los condenados a la de los presos a perpetuidad.

Éste es el caso de la legislación española, particularmente después de las últimas reformas y, muy en especial, a partir de la línea abierta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo con la Sentencia de 28 de febrero de 2006 (caso Parot). Frente a ello, conviene recordar cómo la STS 1822/1994 —tras recordar (en línea con la STS 30 mayo 1992) que la consecución del mandato constitucional de resocialización “no puede conseguirse o resulta muy difícil [...] cuando

<sup>41</sup> S. Verelst, “Life Imprisonment and Human Rights in Belgium”, *Human Rights Law Review*, vol. 3, núm. 2, 2003, p. 283.

<sup>42</sup> S. Verelst, *ibid.*, pp. 282-283. En 1983 (Solem vs. Helm), la imposibilidad de acceso a la libertad condicional fue igualmente la razón determinante, en Estados Unidos, de su calificación como desproporcionada (y, por lo tanto, contraria a la octava enmienda: castigo cruel e inusual). No obstante, con posterioridad, y a pesar de reñidos debates y votaciones en el seno del Tribunal Supremo, se han considerado plenamente constitucionales cadenas perpetuas sin posibilidad de libertad condicional, S. Verelst, *ibid.*, p. 281.

<sup>43</sup> H. M. Weber, *Die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe: Für eine Durchsetzung der Verfassungsanspruchs*, Baden-Baden, 1999.

<sup>44</sup> S. Verelst, “Life Imprisonment”, *op. cit.*, pp. 280 y 281.

<sup>45</sup> Consejo de Europa, *Treatment of Long-term Prisoners*, Estrasburgo, 1977, p. 22.

<sup>46</sup> En este sentido, igualmente, TEDH, asunto Kafkaris vs. Chipre (2008).

<sup>47</sup> Véase D. Van Zyl Smit, “Abolishing...”, *op. cit.*, p. 299.

<sup>48</sup> L. Rodríguez Ramos, “Constitucionalidad de la prisión perpetua”, *El País*, 17 de noviembre de 2000, [http://www.elpais.com/articulo/opinion/ESPANA/CONSTITUCION\\_ESPANOLA\\_DE\\_1978/CODIGO\\_PENAL/Constitucionalidad/prision/perpetua/elpepiopi/20001117elpepiopi\\_14/Tes?print=1](http://www.elpais.com/articulo/opinion/ESPANA/CONSTITUCION_ESPANOLA_DE_1978/CODIGO_PENAL/Constitucionalidad/prision/perpetua/elpepiopi/20001117elpepiopi_14/Tes?print=1).

<sup>49</sup> D. Van Zyl Smit / F. Dünkel (eds.), *Imprisonment Today and Tomorrow*, 2ª ed., La Haya, 2001. Por su parte, el artículo 110.3 del Estatuto de la Corte Penal Internacional coloca en 25 años el periodo para la revisión y, en su caso, reducción de la reclusión a perpetuidad impuesta.

<sup>50</sup> D. Van Zyl Smit, *Taking Life Imprisonment Seriously in National and International Law*, La Haya, 2002, pp. 146 y ss.

se produce, en función de las circunstancias, una excesiva exasperación de las penas”— consideró con razón que “el desentendimiento de la inspiración constitucional rehabilitadora y de reinserción social” llevaría a un “trato inhumano” a quien, sustraído a la mecánica normal del artículo 70.2 del Código Penal, se viese abocado a una situación de privación de libertad muy superior a los treinta años. Tal intensidad “supondría una privación de oportunidad reinsertadora para el sujeto, una humillación o sensación de envilecimiento superior a la que acompaña a la simple imposición de la condena, trato inhumano y degradante proscrito por el artículo 15 de la Constitución”.

En realidad, como hace tiempo señalara Beristáin,<sup>51</sup> “la privación de libertad durante más de 14 o 15 años resulta nefasta”: todo internamiento de duración superior a 15 años corre un grave riesgo de daños irreversibles en la personalidad del preso, por lo que debería adoptarse como límite máximo de cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad. Obviamente una decisión de este estilo —hoy por hoy inimaginable en esta “sociedad punitiva”,<sup>52</sup> obsesionada con la extensión de la duración de las penas de prisión y de su cumplimiento efectivo e íntegro— obliga a plantear el tratamiento de los delincuentes peligrosos, que, al término de su condena, sigan suscitando un riesgo relevante de comisión de graves hechos delictivos.<sup>53</sup> Otros Derechos consideran para estos casos diversas respuestas, generalmente sometidas a fuertes críticas doctrinales por lo que suponen de extensión de la intervención penal más allá de la duración de la pena impuesta, que en un Estado respetuoso de las garantías individuales debería ser barrera infranqueable en la intervención del poder punitivo estatal. Así, el modelo alemán (§ 66 StGB) permite que el juez en la sentencia (o, en caso de que la peligrosidad se manifieste durante la ejecución, al finalizar la condena) pueda establecer, junto a otras medidas no privativas de libertad, una “custodia de seguridad”, para su ejecución al término del cumplimiento de la pena; esto es, “sin que opere

aquí el principio vicarial”.<sup>54</sup> La opción seguida por la última reforma penal en España es la introducción de la libertad vigilada, como medida de seguridad, para los sujetos cuya peligrosidad criminal subsista una vez cumplida la pena privativa de libertad y, muy en particular, para los delincuentes sexuales y de terrorismo. Integrada por un conjunto de obligaciones, prohibiciones y reglas de conducta, la libertad vigilada —que puede llegar hasta los diez años si el Código lo prevé expresamente (art. 105.2)— se impone ya en la sentencia, pero ha de esperar para su ejecución al momento de excarcelación, una vez confirmado el pronóstico de peligrosidad, que deberá ser revisado anualmente (art. 98.1).

La nueva regulación presenta un alcance más contenido que los textos anteriores, algo positivo que debe resaltarse. Siendo en cualquier caso preferible al internamiento, podría además ser razonable, como respuesta a los supuestos de peligrosidad subsistente, si la regulación en vigor garantizara unos límites adecuados a la privación de libertad efectiva en la línea de lo indicado más arriba. Ahora bien, su introducción en una legislación como la española, que en los últimos tiempos ha extendido ya las posibilidades de imposición de penas accesorias por cumplir tras la liberación (art. 57 Código Penal) y la propia duración de la privación de libertad (al igual que las reglas que garantizan su cumplimiento íntegro), estableciendo periodos de seguridad y restringiendo mucho el acceso a la libertad condicional, unida a las dificultades a las que —con base en los conocimientos de que disponemos por el momento— se enfrenta todo pronóstico de peligrosidad,<sup>55</sup> justifica el posicionamiento crítico; y es que en la práctica supone un claro endurecimiento de la intervención penal, a la que, sin respetar el principio de proporcionalidad, permite extenderse respecto de personas que ya han “purgado” su pena, esto es, más allá de lo que las penas previstas por los correspondientes tipos penales consideran apropiada respuesta a los hechos delictivos (graves o menos graves) cometidos.

<sup>51</sup> *Derecho penal y Criminología*, Bogotá, 1986, p. 198.

<sup>52</sup> D. Garland, “The Punitive Society: Penology, Criminology and the History of the Present”, *The Edinburgh Law Review*, vol. 1, núm. 2, 1997. Asimismo, J. L. Díez Ripollés, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Jueces para la democracia*, núm. 49, 2004, pp. 25 y ss.

<sup>53</sup> J. M. Zugaldía Espinar, “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 1, 2009, pp. 197 y ss.

<sup>54</sup> A. J. Sanz Morán, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Valladolid, 2003, p. 56.

<sup>55</sup> C. M. Romeo Casabona, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, 1986, pp. 24 y ss.



## c) Régimen penitenciario inhumano o degradante

El principio de humanidad no sólo se ve enfrentado por la existencia de determinadas penas. Alcanza asimismo importantes repercusiones en el plano penitenciario, que debe obviamente configurarse como un espacio del todo respetuoso de la persona humana y, por lo tanto, ajeno a todo trato inhumano o degradante. Dispone el artículo 10.1º del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos: “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. Diversas recomendaciones internacionales —como las Reglas Mínimas internacionales (y las Reglas penitenciarias europeas)— constituyen en este punto desarrollos del principio de humanidad y sirven de referencia a los tribunales para determinar, en el caso concreto, la compatibilidad o no de las medidas o intervenciones cuestionadas con aquella disposición (o con el artículo 3 del Convenio de Roma).

Tanto el Comité de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han tenido que examinar repetidamente demandas en este orden de cosas. La jurisprudencia de este Alto Tribunal —que, hasta 1998, aun cuando detectara un incumplimiento de normas y estándares internacionales, no llegara a apreciar violación del artículo 3 en asuntos penitenciarios (no así en algunos supuestos de detención policial y por las fuerzas de seguridad)—,<sup>56</sup> manifiesta en los últimos años una mayor incidencia de las violaciones del Convenio de 1950 con base en

algunas de las prácticas penitenciarias cuestionadas. Son, en este sentido, ya numerosas las sentencias que detectan violación del artículo 3 en determinadas prácticas<sup>57</sup> y condiciones de internamiento<sup>58</sup> y, muy en especial, respecto de ciertas categorías de internos, las cuales —como las personas muy envejecidas y enfermas, los afectados por alteraciones mentales o, muy en particular, los enfermos graves— precisan de cuidados específicos y no deben ser sometidas a determinadas medidas disciplinarias o de contención física —o ambas— sin probada necesidad.<sup>59</sup> El Tribunal ha declarado igualmente contrarias al artículo 3: la alimentación forzosa a internos en huelga de hambre con empleo de medios extremos y sin necesidad terapéutica real;<sup>60</sup> las condiciones de internamiento en la isla de Aruba;<sup>61</sup> y el cacheo integral con inspección anal sistemática (tras cada comunicación y durante dos años).<sup>62</sup>

También las más altas instancias judiciales de los Estados van desarrollando su propia jurisprudencia en la materia. De hecho, en el caso del Tribunal Constitucional español,<sup>63</sup> la mayoría de los supuestos estudiados de tortura y tratos inhumanos o degradantes conciernen al marco penitenciario. El TC ha visto por el momento violación del artículo 15 CE en la imposición de asistencia médica contra la voluntad del interno en un caso de enfermedad grave e incurable (STC 48/1996) y no en los asuntos suscitados en torno a la alimentación forzosa de sujetos en huelga de hambre, denegación de la progresión en grado o libertad condicional, aplicación de medios de control y seguridad,

<sup>56</sup> D. Gomien, D. Harris, L. Zwaak, *Convention européenne des droits de l’homme et Charte sociale européenne: droit et pratique*, Estrasburgo, 1997, pp. 118 y ss.

<sup>57</sup> Encadenamiento del preso de edad a su cama durante su hospitalización (Henaf vs. Francia, 2003), afeitado de la cabeza en el marco de una sanción disciplinaria (Yankov vs. Bulgaria, 2003), cuidado de un heroínómano que presentaba síntomas de abstinencia y fallece en prisión (McGlinchey y otros vs. Reino Unido, 2003).

<sup>58</sup> Por ejemplo, y en combinación con otras circunstancias, como la duración de la detención, en centros sobrepoblados e insalubres (Kalachnikov vs. Rusia, 2002; Mameova vs. Rusia, 2006), en celda de dimensiones muy insuficientes (Cenbauer vs. Croacia, 2006) o con falta de agua y alimentación (Kadik.is vs. Letonia, 2006). También ha apreciado violación del artículo 3 en un caso de prisión provisional en la que se exigía al interno pagar para obtener una mejora de las condiciones de internamiento (Modarca vs. Moldavia, 2007).

<sup>59</sup> Cabe destacar las sentencias de los asuntos Mouisel vs. Francia, 2002; Farbthus vs. Letonia, 2004; Melnik vs. Ucrania, 2006; Rivière vs. Francia, 2006; Popov vs. Rusia, 2006; Khudobin vs. Rusia, 2006; Tarariyeva vs. Rusia, 2006; Hüseyin vs. Turquía, 2007; Gorodnitchev vs. Rusia, 2007; Paladi vs. Moldavia, 2007; Koutcherouk vs. Ucrania, 2007; Yakovenko vs. Ucrania, 2007; Dybeku vs. Albania, 2007; Renolde vs. Francia, 2008; Kotsaftis vs. Grecia, 2008.

<sup>60</sup> Nevmerjitski vs. Ucrania, 2005; Ciorap vs. Moldavia, 2007. Véase igualmente, entre otras, Hunc vs. Turquía, 2004, sobre el tratamiento aplicado a huelguistas de hambre con síndrome de Wernicke-Korsakoff.

<sup>61</sup> Aislamiento celular durante periodo excesivo e inútilmente prolongado, más de siete meses en celda que no protegía al interno de las inclemencias del tiempo, y detención en un lugar desde el que no podía acceder a la zona de ejercicios ni al aire libre sino a costa de graves dolores físicos consecuencia de una dolencia en la espalda (Mathew vs. Holanda, 2005).

<sup>62</sup> Frérot vs. Francia, 2007. También sobre cacheo a detenidos, Salah vs. Holanda, Baybasin vs. Holanda, 2006.

<sup>63</sup> F. Reviriego Picón, *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 2008, pp. 55 y ss. Véase también T. Montero Hernanz, “La jurisprudencia del Tribunal constitucional en materia penitenciaria (1981-2007)”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 9, 2008, RI §403783.

imposibilidad de mantener comunicaciones íntimas, prohibición de aplicación de tratamientos médicos alternativos y aislamiento en celda.<sup>64</sup>

### 3. Principio de humanidad y resocialización

Las consecuencias principio de humanidad para la vida penitenciaria no se agotan en la prohibición de tratamientos inhumanos o degradantes en prisión. Por el contrario, en línea con el artículo 10.3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (y, en España, con el art. 25.2 de la Constitución), se acepta ampliamente, como corolario del principio de humanidad, la orientación resocializadora de la pena privativa de libertad, cuanto menos en su aspecto ejecutivo. Si el principio de humanidad obliga a la responsabilización social con el delincuente —el cual no deja de formar parte de la sociedad—, la institución penitenciaria ha de procurar, en primer término, reducir el contenido estigmatizador y separador propio de toda decisión de internamiento tras los muros de una prisión, así como aprovechar la ejecución para abrir oportunidades de superación de la desocialización,<sup>65</sup> asimilando en lo posible la vida de dentro a la de fuera, fomentando la comunicación del preso con el exterior y facilitando la progresiva incorporación del penado a la vida en libertad.

1. Frente a las múltiples propuestas de entendimiento del (por otra parte, ambiguo)<sup>66</sup> ideal resocializador, esta configuración democrática de la resocialización parte de que el modelo de resocialización penitenciaria no puede ser muy distante del modelo de socialización de los demás ciudadanos, sustentado constitucionalmente en el respeto y disfrute de los derechos fundamentales y el desarrollo integral de la personalidad.<sup>67</sup> De este modo, y evitando la identificación con la necesidad de articulación en prisión de un tratamiento para todos los internos, sortea los

problemas de legitimidad no pocas veces subrayados, articulando la meta resocializadora de un modo plenamente compatible con el reconocimiento a los presos de sus derechos constitucionales, y, entre ellos, el derecho a ser diferente, de donde deriva la no sumisión a un tratamiento que no sea voluntariamente aceptado.

La resocialización se convierte así en un objetivo de la intervención penitenciaria en su conjunto<sup>68</sup> y no meramente en la meta de las intervenciones terapéuticas. El régimen penitenciario también debe ser resocializador.<sup>69</sup> Frente al riesgo de convertir los establecimientos en meros depósitos de seres humanos,<sup>70</sup> que el abandono del ideal resocializador claramente conlleva, existe la obligación de la institución penitenciaria a comprometerse, de manera decidida y en primer lugar, con la humanización de la prisión, presupuesto ineludible de cualquier labor resocializadora.<sup>71</sup> Asimismo, junto al refuerzo de las garantías individuales de los internos y la apertura de amplios programas de relación con el exterior, esto requiere de manera prioritaria la puesta en práctica de acciones eficaces y permanentes de control de la sobrepoblación penitenciaria,<sup>72</sup> que tantas dificultades plantea para cualquier intervención penitenciaria adecuada y eficaz.

2. La necesaria orientación resocializadora de la pena privativa de libertad obliga, por otra parte, a un esfuerzo especial en la búsqueda de alternativas válidas para las penas cortas de prisión o, en su caso, el desarrollo de sistemas y mecanismos de ejecución atenuada de la misma (arrestos domiciliarios, semi-libertad, tratamiento intermedio, semidetención y libertad controlada, arresto de fin de semana...). Siendo la multa la alternativa a la pena de prisión tradicionalmente más establecida por los códigos penales, rasgo característico de las legislaciones contemporáneas es la multiplicación de las posibilidades de suspensión condicional (de la pena, del fallo, del proceso...) y

<sup>64</sup> Respecto de los cacheos con desnudo integral, el otorgamiento del amparo vino por vía de la vulneración del derecho a la intimidad y no por infracción del artículo 15 CE.

<sup>65</sup> F. Muñoz Conde, *Derecho penal y control social*, Jerez, 1985, pp. 89 y ss.

<sup>66</sup> A. García Pablos de Molina, "La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo", ADP, 1979, p. 650.

<sup>67</sup> F. Bueno Arús, "A propósito de la resocialización del delincuente", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 25, 1985, pp. 65 y ss.

<sup>68</sup> J. L. de la Cuesta Arzamendi, "La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria", *Papers d'estudis i formació*, núm. 12, 1993, pp. 9 y ss.

<sup>69</sup> J. L. de la Cuesta Arzamendi, "Reflexiones acerca de la relación entre régimen penitenciario y resocialización", *Eguzkilore*, número extraordinario 2, 1989, pp. 59-63.

<sup>70</sup> A. Beristáin, *Derecho Penal...*, op. cit., pp. 194 y ss.

<sup>71</sup> H. Kaufmann, *Principios para la reforma de la ejecución penal*, Buenos Aires, 1977, p. 47.

<sup>72</sup> J. L. de la Cuesta Arzamendi, "Retos principales del actual sistema penitenciario", en *Jornadas en Homenaje al XXV Aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria*, Madrid, 2005, pp. 134 y ss.

la apertura de cauces a la imposición, como alternativas a la prisión, de penas accesorias o restrictivas de libertad, interdicciones profesionales, privaciones o suspensiones de ciertos derechos y hasta la reparación de la víctima, la dispensa de pena o el perdón...; a ellas se añade la expulsión, crecientemente aplicable respecto de los extranjeros.

En cualquier caso, la alternativa de mayor prestigio y renombre en el Derecho comparado es el trabajo en beneficio de la comunidad.<sup>73</sup> A partir de la privación de una parte del tiempo libre del condenado, en el trabajo en beneficio de la comunidad el penado se obliga voluntariamente a realizar durante ese tiempo una prestación de contenido social positivo. El éxito de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad no depende, con todo, tan sólo de una regulación normativa adecuada y suficiente, sino principalmente de la existencia de una “infraestructura adecuada”,<sup>74</sup> lo que pasa por la articulación de una amplia red de entidades públicas y privadas, capaz de configurar una variada oferta de actividades válidas. Es éste el mayor reto al que se enfrenta en la actualidad el desarrollo de esta pena en España, introducida por el Código Penal de 1995, pues la frecuencia de su imposición se ha visto altamente potenciada por la reciente reforma de los delitos contra la seguridad vial operada por LO 15/2007.

Por lo demás, las diversas reformas del Código Penal no han sido capaces de romper con la inseguridad, contradicciones y falta de innovación que lo caracterizan en este ámbito.<sup>75</sup>

#### 4. Principio de humanidad y víctimas

Si tradicionalmente el principio de humanidad ha centrado su foco en el sujeto activo del delito, planteándose como uno de los postulados limitadores del poder punitivo del Estado, a partir de las enseñanzas de la Victimología a nadie se le escapa que una política criminal inspirada por el principio de humanidad no sólo no puede ignorar las necesidades de las vícti-

mas, sino que debe asumir como una de sus funciones más básicas el esfuerzo por su atención y satisfacción. Superando la limitada perspectiva de la víctima como sujeto pasivo de la acción o del delito, el respeto del principio de humanidad en Derecho penal exige, en este sentido, hacer pasar a las víctimas “del olvido al reconocimiento”,<sup>76</sup> garantizando todos sus derechos, otorgándoles pleno protagonismo en el sistema penal y colocando el principio de protección de las víctimas al mismo nivel que la proscripción de las penas y tratamientos inhumanos y degradantes y la orientación resocializadora de la pena.

Toda política criminal respetuosa, como no puede ser menos, del principio de humanidad para las víctimas ha de partir del aseguramiento de sus derechos, que exceden con mucho el mero ámbito de la responsabilidad civil. Las víctimas han de ser tratadas con humanidad y con pleno reconocimiento y respeto de lo que jurídicamente conlleva su condición de víctimas: en particular, su derecho a la información y a la verdad, al acceso a la justicia y a la reparación. El derecho a la reparación de las víctimas —que ha de abarcar, cuando menos, la prevención de situaciones de desamparo, al lado de la restitución, reparación de daños e indemnización de perjuicios— no debería quedar en lo meramente patrimonial; siempre que la agresión alcance a bienes personalísimos con cierta entidad, ha de buscarse una reparación integral, inclusiva de medidas de asistencia y acompañamiento y de la obtención y disfrute de ayudas públicas para la superación de la victimización (rehabilitación personal y reinserción social).

Por su parte, las macrovictimaciones (como la terrorista)<sup>77</sup> agravan la situación, acentúan la dimensión colectiva e intensifican la necesidad y urgencia de las acciones de solidaridad, atención y reparación integral y la adopción de todas las medidas apropiadas que puedan contribuir al reforzamiento de sus derechos (muy en particular, al reconocimiento de su condición de víctimas, a la verdad y a la memoria), a la protección frente a posibles agresiones o vejaciones,

<sup>73</sup> J. A. Brandáriz García, *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*, Valencia, 2009.

<sup>74</sup> N. Sanz Mulas, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, Madrid, 2000, p.350.

<sup>75</sup> J. L. de la Cuesta Arzamendi, “Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad en el Código Penal español de 1995”, en *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Bilbao, 2002, p. 151.

<sup>76</sup> I. J. Subijana Zunzunegui, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Granada, 2006.

<sup>77</sup> A. Beristáin, *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*, Valencia, 2005, pp. 33 y ss.

la tutela de la intimidad y a la asistencia en los planos físico, psicológico, familiar, laboral, social...

Obviamente el Derecho penal constituye un muy pobre instrumento ante el reconocimiento y la garantía de los derechos de las víctimas que, sin perjuicio de su tutela penal efectiva, han de considerarse en el marco de una política criminal que asegure una intervención de los poderes públicos adecuada y eficaz.

Ahora bien, frente a quienes entienden que la protección de la víctima queda al margen del Derecho penal, conviene afirmar la importancia y las repercusiones que alcanza el reconocimiento del principio de protección de las víctimas, como corolario del axioma de humanidad. Como indica Subijana Zunzunegui, la función de este principio ha de ser “garantizar la máxima tutela jurídica de los derechos de las víctimas en el orden penal, sin desnaturalizar, con ello, los principios que adecuan el Derecho penal a las exigencias de un Estado social y democrático de Derecho”; y, en el plano procesal, sin “vaciar las notas jurídicas que permiten concebir a un juicio como un proceso justo e idóneo para obtener una tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos”.<sup>78</sup> Partiendo de una adecuada definición de víctima (de la que carece en la actualidad el Código Penal), esto requiere, en el plano sustantivo,

- seleccionar y tipificar adecuadamente aquellos supuestos de desistimiento, comportamiento post-delictivo o especial relación con las víctimas que merecen un tratamiento privilegiado, así como de los que, por prevalerse de un contexto o situación de desprotección o debilitar significativamente los me-

canismos de autoprotección de las víctimas, han de recibir un tratamiento agravado;

- desarrollar la justicia reparadora, potenciando la mediación, mejorando la regulación de la responsabilidad civil, convirtiendo la reparación en una tercera vía penal y dotando de un mayor contenido reparatorio de la víctima al trabajo en beneficio de la comunidad; y, en general,
- “colocar a las víctimas en el centro neurálgico de las sanciones penales”,<sup>79</sup>
  - promoviendo respuestas penales que protejan a las víctimas, al generar barreras a ulteriores procesos de victimización (como las inhabilitaciones especiales en el ámbito familiar, las prohibiciones de residencia, acercamiento y comunicación o la sumisión del victimario a programas formativos, culturales, educativos, profesionales, de educación sexual o similares);
  - dando mayor cabida en los procesos de determinación judicial de la sanción penal a consideraciones relativas a las circunstancias de la víctima, que en la actualidad sólo pueden encauzarse mediante el juicio sobre la gravedad del hecho delictivo; y
  - abriendo espacios de participación de las víctimas en el ámbito de la ejecución.<sup>80</sup>

En cuanto al principio *in dubio pro victima*,<sup>81</sup> se trata de una propuesta del mayor interés que debería abrirse camino progresivamente, en particular en la legislación específica en materia de víctimas, ámbito que ofrece al efecto posibilidades mayores y más ricas que el Derecho penal sustantivo y procesal.

<sup>78</sup> I. J. Subijana Zunzunegui, *El principio...*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 128.

<sup>80</sup> A. Beristáin, “Protagonismo de las víctimas en la ejecución penal (hacia un sistema penitenciario europeo)”, *Actualidad penal*, núm. 37, 200, p. 798; J. C. Ríos Martín, “La mediación en la fase de ejecución del proceso penal”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, número extraordinario, 2006, pp. 169 y ss.

<sup>81</sup> A. Beristáin, *Protagonismo...*, *op. cit.*, pp. 321 y ss.



## El complicado régimen privilegiado del artículo 30 del Código Penal español en materia de codeincuencia y encubrimiento en los delitos cometidos utilizando medios o soportes de difusión mecánicos

Miguel Díaz y García Conlledo

Universidad de León, España

Revista Penal México, núm. 4, marzo-agosto de 2013

**RESUMEN:** El Código Penal español establece en su artículo 30 un régimen privilegiado en materia de codeincuencia y encubrimiento en los delitos cometidos utilizando medios o soportes de difusión mecánicos (los tradicionalmente llamados “delitos de imprenta”), régimen que no tiene parangón en muchos países. En el presente trabajo se repasan algunos aspectos complicados de ese régimen y se valora la conveniencia de su mantenimiento, llegando a la conclusión de que sería preferible su derogación y, por consiguiente, su no exportación a otros países o su derogación en los que exista algo similar.

**PALABRAS CLAVE:** delitos cometidos utilizando medios de difusión mecánicos, delitos de imprenta, codeincuencia, autoría y participación, encubrimiento, libertad de prensa.

**ABSTRACT:** The Spanish Criminal or Penal Code (Código Penal) establishes in its article 30 a privileged system in regard to crime partners and concealment in crimes committed using mechanical broadcasting media (the traditionally so called “crimes of press”), a system without parallel in many counties. This paper makes a revision of some complicated aspects of such a system and considers the convenience of its permanence, coming to the conclusion that its abolition would be preferable and, consequently, its not exportation to other countries or its abolition in those in which something similar exists.

**KEY WORDS:** crimes committed using mechanical broadcasting media, crimes of press, crime partners, principals and accessories, concealment, freedom of the press.

**SUMARIO:** I. Introducción y dedicatoria. II. La exclusión de responsabilidad de cómplices y encubridores. III. Los medios o soportes de difusión mecánicos. IV. Los delitos sometidos al régimen privilegiado. V. La responsabilidad en cascada: algunas cuestiones. 1. El sistema de responsabilidad en cascada y la responsabilidad penal en sentido estricto o amplio. 2. Los “autores” del artículo 28 CP y los principios de responsabilidad personal y subjetiva. 3. Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate. 4. Los que hayan inducido al redactor del texto o productor del signo. 5. El resto de responsables en cascada. VI. Conclusión: defensa de la derogación del régimen privilegiado del artículo 30 CP y recomendación respecto de otros países.

**OBSERVACIONES:** El presente trabajo se enmarca, entre otros, en el proyecto de investigación SEJ2007-60312 DER2010-16558 (Ministerio español de Ciencia e Innovación, hoy Ministerio de Economía y Competitividad), en parte con fondos FEDER y LE066A11-1 (Junta de Castilla y León, España) de los que soy investigador principal. La primera versión de este trabajo se publicó en España en el libro que homenajeaba al profesor doctor Salvador Vives Antón (especialista en el tema del trabajo), lo que explica las especiales referencias a este prestigioso penalista. Se renuncia a cualquier pretensión de exhaustividad en las citas.

### I. Introducción y dedicatoria

El profesor doctor Tomás S. Vives Antón se ha caracterizado siempre por su preocupación por el respeto de los derechos y libertades fundamentales y por las relaciones entre éstos y el Derecho penal. Especialmente destacable ha sido su aportación a la relación entre libertad de expresión, en especial de prensa, y Derecho penal, con su excelente monografía *Libertad de prensa y responsabilidad criminal*,<sup>1</sup> que más de treinta años después de publicarse sigue conservando interés y actualidad. Gracias a su aportación en este libro, se consolidó, y según parece, incluso

obtuvo reconocimiento del Tribunal Constitucional,<sup>2</sup> una interpretación del régimen especial de autoría y participación en los delitos cometidos por medio de la imprenta contenido en los artículos 13 y 15 CP español de 1944/73<sup>3</sup> conforme con los principios que deben regir en el Derecho penal propio de un Estado de Derecho, descartando anteriores interpretaciones al uso que veían en él un sistema de responsabilidad objetiva (inaceptable desde esos postulados) o de responsabilidad por *culpa in vigilando* (menos inaceptable, pero también problemático, sobre todo si tal *culpa* se presume),<sup>4</sup> y estimando la idea de que los que ocupan los distintos peldaños de la responsabilidad en

<sup>1</sup> Vives Antón, *Libertad de prensa y responsabilidad criminal (La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta)*, 1977. El trabajo de Vives fue precursor, habiendo sido durante mucho tiempo la única monografía que se ocupaba de las relaciones entre libertad de expresión y de prensa y Derecho penal. Posteriormente han aparecido otras, como las de Mira Benavent, *Los límites penales a la libertad de expresión en los comienzos del régimen constitucional español*, 1995; Gómez Tomillo, *Libertad de información y teoría de la codelincuencia. La autoría y la participación en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación de masas*, 1998 (autor también de *Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de Internet. Especial consideración del caso de los proveedores de contenidos, servicios, acceso y enlaces*, 2ª ed., 2006); Batista González, *Medios de comunicación y responsabilidad penal*, 1998. Aparte de alguna interesante obra colectiva, otras monografías se ocupan de temas más concretos, aunque relacionados también con la libertad de expresión o de información, como, por ejemplo, su relación con los delitos contra el honor (Jaén Vallejo, *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, 1992; Muñoz Lorente, *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, 1999).

<sup>2</sup> No es que el Tribunal Constitucional se extienda en explicaciones al respecto, pero no pone en duda la constitucionalidad del régimen consagrado en los artículos 13 y 15 CP 1944/73: véanse sentencias del Tribunal Constitucional 159/1986, de 12 de diciembre; 165/1987, de 27 de octubre; 336/1993, de 15 de noviembre y 176/1995, de 11 de diciembre.

<sup>3</sup> Tras declarar el artículo 12 de ese CP que “son responsables criminalmente de los delitos y faltas: 1º. Los autores/2º. Los cómplices/3º. Los encubridores”, el art. 13 disponía: “Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior los delitos y faltas que se cometan por medio de la imprenta, el grabado u otra forma mecánica de reproducción, radiodifusión u otro procedimiento que facilite la publicidad. De dichas infracciones responderán criminalmente sólo los autores”. El artículo 14, como es sabido, señalaba quiénes “se consideraran autores”, para seguidamente disponer el artículo 15: “Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, solamente se reputarán autores de las infracciones mencionadas en el artículo 13 los que realmente lo hayan sido del texto, escrito o estampa publicados o difundidos. Si aquéllos no fueren conocidos o no estuvieren domiciliados en España o estuvieren exentos de responsabilidad criminal, con arreglo al artículo 8º de este Código, se reputarán autores los directores de la publicación que tampoco se hallen en ninguno de los tres casos mencionados. En defecto de éstos, se reputarán autores los editores, también conocidos y domiciliados en España y no exentos de responsabilidad criminal según el artículo anteriormente citado, y, en defecto de éstos, los impresores./Se entiende por impresores, a efectos de este artículo, los directores o jefes del establecimiento en que se haya impreso, grabado o publicado, por cualquier otro medio, el escrito o estampa criminal”.

<sup>4</sup> No incidiré en las opiniones sobre esa regulación que pueden verse en diferentes autores. Véanse, sobre todo, Vives Antón, *Libertad de prensa*, op. cit., 1977, pp. 69 y ss.; Batista González, *Medios de comunicación*, op. cit., 1998, pp. 71 y ss.; Gómez Tomillo, “El modelo de responsabilidad criminal escalonado en los delitos de prensa e imprenta: origen, evolución y perspectivas actuales”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* (RDPCr), núm. 3, 1999, pp. 113 y ss. En todo caso, no fueron las de la responsabilidad objetiva y la *culpa in vigilando* las únicas interpretaciones que se mantuvieron; así, por ejemplo, y prescindiendo de autores más antiguos, la peculiar (y, en mi opinión, no compartible) interpretación de Ortego Costales, “Delitos cometidos por medio de la publicidad”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (ADPCP), 1975, pp. 22 y s. Hoy en día, respecto del artículo 30 CP, prácticamente no se mantienen las antiguas interpretaciones, aunque puede observarse alguna reminiscencia en ciertas opiniones que, con mayores o menores matices, relacionan el régimen de responsabilidad en cascada con la omisión: p. ej., López Barja de Quiroga, “Autoría y participación”, 1996, pp. 93 y s., en *Comentarios al Código Penal*,

cascada deben de haber actuado como autores en sentido legal (y además cumplir las exigencias subjetivas del delito).<sup>5</sup> No es poco mérito el reseñado, máxime si se tiene en cuenta que la interpretación propuesta por Vives Antón sin duda influyó, para bien, en la configuración del régimen especial de responsabilidad que plasma (sin lugar a dudas, en mi opinión, sobre su adecuación a los principios propios del Derecho penal del Estado de Derecho) el CP español de 1995 en su artículo 30, situado tras los artículos que se refieren a los autores y a quienes “también serán considerados” tales (28) y a los cómplices (29), y que reza:

1. En los delitos y faltas que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieran favorecido personal o realmente./2. Los autores a que se refiere el artículo 28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden: 1º. Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo./2º. Los directores de la publicación o programa en que se difunda./3º. Los directores de la empresa editora, emisora o difusora./4º. Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora./3. Cuando por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad penal, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en

alguno de los números del apartado anterior, se dirigirá el procedimiento contra las mencionadas en el número inmediatamente posterior.

Dada la importancia de la obra de Vives Antón en este tema, parece adecuado elegir algunos aspectos de su obra para contribuir en forma modesta al merecido homenaje que se le brinda al maestro, compañero y amigo Tomás Vives, a quien tantas aportaciones debe la doctrina penal (y más allá de la penal) y la más alta práctica del Derecho.

Vives Antón ha sido un defensor del sistema de responsabilidad restringida y en cascada ya en el anterior CP, partiendo naturalmente de su interpretación, ya señalada, por entender que él mismo sirvió desde siempre a la salvaguarda de la libertad de expresión (en su faceta de libertad de imprenta, en sentido amplio).<sup>6</sup> Del actual régimen del artículo 30 CP dice que “no hace sino continuar el esquema punitivo de nuestros regímenes más liberales, desde las Cortes de Cádiz hasta la Revolución del 68 y la Segunda República. Según este sistema, para evitar el régimen común de responsabilidad criminal que, al extenderse en potencial a todo el personal de las empresas periodísticas, e incluso a sus redes de distribución, acabaría con la libertad de expresión, establece otro más restrictivo, como se muestra inmediatamente en el hecho de que se elimine la responsabilidad de los cómplices y la de los encubridores, respondiendo

---

dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, vol. III, 2000, p. 360; *Derecho Penal. Parte General III. Los fundamentos de extensión de la tipicidad*, 2001, pp. 374 y s., que advierte de la relación con la responsabilidad objetiva y propone una interpretación para evitar caer en ella; en Conde-Pumpido Tourón (dir.)/López Barja de Quiroga (coord.), *Comentarios al Código Penal I*, 2007, pp. 438 y s., con la idea de la posición de garantía y sus problemas, pero exigiendo claramente autoría y responsabilidad subjetiva; Batista González, *Medios de comunicación*, 1998, pp. 97 y ss., que alude a la comisión por omisión basada en posiciones de garante, pero da la impresión de que los distintos peldaños de responsabilidad constituyen delitos *sui generis*, si bien esta autora se esfuerza por adecuar el precepto a los principios constitucionales (en contra Aránguez Sánchez, *Comentarios III*, 2000, p. 344). Todavía (incorrectamente) Arlucea, *Lecciones de teoría jurídica del delito*, 1999, p. 154, cree que de la lectura del artículo 30 “se deduce que para la ley son reputados autores personas que no lo son. Se hace responsables a personas que van a responder por hechos de otros, no propios, como los directores, editores y grabadores”. Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 2006, p. 407, afirman que la responsabilidad en cascada se basa en “una presunción de derecho” y que el artículo 30 CP “vulnera los principios generales del Derecho penal”, si bien inmediatamente se adhieren a posiciones garantistas que exigen “autoría en el hecho a título de dolo o culpa”. Véase en relación con la responsabilidad por *culpa in vigilando*, Landecho Velasco/Molina Blázquez, *Derecho penal español. Parte General*, 7ª ed., 2004, p. 492. Algunas opiniones mías sobre el régimen de los artículos 13 y 15 CP 1944/73 pueden verse en Díaz y García Conlledo, *La autoría en Derecho penal*, 1991, pp. 225 y ss., 501 y ss.; y, sobre todo, “Autoría en delitos de imprenta”, *Enciclopedia Jurídica Básica* (EJB), vol. I, 1995, pp. 699 y ss. El dato positivo de que el nuevo régimen superaba las posibles interpretaciones en el sentido de la responsabilidad objetiva o la *culpa in vigilando* fue ya subrayado por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) en su *Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal de 1992* (puede verse en *Cuadernos de Política Criminal*, CPC, núm. 48, 1992, p. 677).

<sup>5</sup> La posición de Vives Antón puede verse en *Libertad de prensa*, op. cit., 1977, pp. 85 y ss.

<sup>6</sup> Vives Antón, *Libertad de prensa*, op. cit., 1977, pp. 106 y s., y *passim*. A veces se añaden argumentos a los señalados por el propio Vives Antón para reforzar la idea de que el régimen especial defiende la libertad de expresión: véase, por ejemplo, Carbonell Mateu, “Actos preparatorios públicos o realizados a través de los medios de comunicación de la rebelión y el terrorismo”, en Cobo del Rosal (dir.), *Bajo Fernández* (coord.), *Comentarios a la legislación penal II. El Derecho penal del Estado democrático*, 1983, p. 201, quien creía que el artículo 216 bis b) del CP anterior daba la razón a Vives Antón.

sólo los autores. Y, a esa primera restricción, se une luego otra: “para responder en los delitos cometidos utilizando medios de difusión mecánicos, no basta con ser autor, a tenor del artículo 28 (es decir, no basta realizar una contribución al hecho de las que en él se consideran), sino que los autores sólo responden en la forma escalonada, excluyente y subsidiaria que a renglón seguido se especifica”.<sup>7</sup> Y, prescindiendo ahora de si el régimen especial es vital para la libertad de expresión, poca duda cabe de lo afirmado por el autor en el sentido de que estamos ante un régimen de autoría y participación privilegiado frente al general.

Fundar, como hace nuestro homenajeado, el privilegio en la defensa de la libertad de expresión resulta atractivo. Pero lo cierto es que, entre quienes han estudiado los precedentes históricos y comparados del régimen en nuestro país, no reina acuerdo sobre si el origen de éste fue la defensa de la libertad de expresión o la evitación de la irresponsabilidad en supuestos de anonimato o seudonimato.<sup>8</sup> Sea como fuere, no cabe duda de que incluso antes de la interpretación de Vives Antón ya señalada sobre la regulación en el CP 1944/73 (y la histórica en general), aunque en la responsabilidad escalonada se apreciara una voluntad de evitar la impunidad del anonimato y el seudonimato (entendiendo los supuestos, por ejemplo, como de responsabilidad objetiva), en la exclusión de la responsabilidad de cómplices y encubridores cupo apreciar siempre un régimen más restrictivo que el general, probablemente orientado a no coartar en exceso la libertad de prensa. En todo caso, ha sido muy frecuen-

te combinar ambas ideas bajo los términos limitación y efectividad.<sup>9</sup> Y, desde luego, desde la interpretación consolidada por Vives Antón y en el régimen del CP vigente, está claro que todo el sistema sirve para restringir el general de autoría y participación y constituir por ello un claro régimen de privilegio.

El presente trabajo tiene por objeto volver a repasar algunos aspectos del régimen especial, ni mucho menos todos los que plantea, y volver a pronunciarme sobre la conveniencia de mantenerlo,<sup>10</sup> asunto en el que adelanto ya que discrepo del homenajeado, pues no veo mucho sentido en mantener hoy en día el privilegio. Por cierto el régimen especial ha tenido siempre grandes detractores,<sup>11</sup> pero debe tenerse en cuenta que partían de premisas interpretativas distintas de las actuales, que hacían el régimen difícilmente admisible, y que están superadas también por el Derecho vigente. Por ello, mi rechazo del régimen especial se basa en otras consideraciones.

Cabe decir, por fin, con carácter general, que el artículo 30 CP supera muchos de los defectos de la regulación de los artículos 13 y 15 CP 1944/73, sobre todo en cuanto a que no deja resquicio a posibles interpretaciones conducentes a la responsabilidad objetiva o a una (a menudo presumida) *culpa in vigilando*; queda clara la adecuación del régimen a los principios de responsabilidad personal (al exigirse que los citados en cada uno de los peldaños encajen en las figuras del art. 28 CP) y responsabilidad subjetiva<sup>12</sup> (exigido con carácter general por el art. 5 CP: “No hay pena sin dolo o imprudencia”).<sup>13</sup> Reconocer esta mejora general no impide apreciar que sigue habiendo pun-

<sup>7</sup> Vives Antón, en Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995 I*, 1996, p. 289.

<sup>8</sup> Baste citar los magníficos estudios de Vives Antón, *Libertad de imprenta*, op. cit., 1977, pp. 11 y ss. (subrayando más la salvaguarda de la libertad de expresión), y de Gómez Tomillo, *Libertad de información*, op. cit., pp. 9 y ss.; *RDPCr* 3 (1999), pp. 78 y ss., 125 (incidiendo más en la evitación del anonimato y seudonimato). Por cierto que ambos autores discrepan también en cuanto al origen histórico del régimen especial. Aunque no sólo centrado (como tampoco lo están del todo los anteriores) en el régimen especial, debe destacarse el excelente estudio de Mira Benavent, *Los límites penales a la libertad de expresión*, op. cit., *passim*; este autor considera, en la línea de Vives Antón, que el régimen especial posee un carácter liberal y protector de la libertad de expresión (pp. 58, 61, 211, entre otras).

<sup>9</sup> Por muchos, Antón Oneca, *Derecho penal*, 2ª ed. anotada y corregida por Hernández Guijarro y Beneytez Merino, 1986 (1ª, *Derecho penal I. Parte General*, 1949, coincidente en el texto), pp. 485 y s.

<sup>10</sup> Digo volver, pues ya me he ocupado con anterioridad del régimen especial y de la conveniencia de su mantenimiento, en Díaz y García Conlledo, *La autoría*, op. cit., 1991, 225 y ss., 501 y ss.; *EJB I*, 1995, pp. 699 y ss. (referidos a la regulación del CP 1944/73); “Autoría y participación”; en La Ley 1996-2, 1287; “Autoría en delitos de imprenta”, *Enciclopedia Penal Básica* (EPB), 2002, pp. 154 y ss. Muchas de las ideas que aquí manifiesto se encuentran, más o menos desarrolladas, en mis trabajos anteriores, pero, para aligerar la exposición, omitiré la autocita.

<sup>11</sup> Paradigmático me parece el ejemplo de Quintano Ripollés, *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., renovada por el autor y puesta al día por Gimbernat Ordeig, 1966, pp. 256 y ss., 268 y ss., quien llega a hablar (p. 269) de “verdadera ‘lotería’ penal, en la que no se tienen en cuenta ni voluntades ni conductas individuales, sino factores aleatorios, en absoluto ajenos a ellos”.

<sup>12</sup> A menudo, para referirse a este último, se habla de principio de culpabilidad, pero creo más conveniente distinguir ambos principios; véase al respecto Luzán Peña, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, 1996, pp. 86 y ss.

<sup>13</sup> En el mismo sentido, por muchos, Vives Antón, *Comentarios I*, 1996, p. 289.



tos poco claros, en mi opinión. El artículo 30 CP es un precepto complejo, que consagra un régimen excepcional hoy en día discutible.

Y aprovecho ahora que el presente trabajo se publica en otro país, en concreto en México, para dar a conocer el régimen especial del artículo 30 CP español para que pueda valorarse la conveniencia de introducirlo en otros ordenamientos o de mantenerlo en aquellos en que exista algo similar. Anticipo que mi opinión es contraria a tal introducción o mantenimiento.

## II. La exclusión de responsabilidad de cómplices y encubridores

En mi opinión, el número 1 del artículo 30 CP es claro en cuanto a la exclusión de responsabilidad penal de los cómplices (entendiendo por tales los definidos en el artículo 29 CP)<sup>14</sup> y de los encubridores o favorecedores, a quienes se refiere como “quienes los hubieren favorecido personal o realmente”,<sup>15</sup> expresión quizá no muy atinada por su localización, en cuanto podría pensarse que se refiere a los favorecedores de los cómplices,<sup>16</sup> aunque me parece evidente que no es así y se refiere al encubrimiento de los delitos del régimen especial, entre otras cosas, porque resultaría reiterativo declarar exentos de responsabilidad a los encubridores de sujetos (los cómplices) a los que se ha excluido a su vez de la responsabilidad penal. En todo caso, puesto que atinadamente el CP no considera el encubrimiento o favorecimiento una forma de participación, sino figuras delictivas de la Parte especial, quizá habría resultado más claro aludir a los preceptos correspondientes que lo tipifican.<sup>17</sup>

Parece que esta primera restricción —como se señala desde antiguo y constantemente, por lo que se hace ociosa la cita—<sup>18</sup> obedece a la necesidad de restringir el círculo de responsables en los delitos en cuestión para preservar así la libertad de prensa y la libertad de expresión, que se verían entorpecidas si se persiguiera penalmente, por ejemplo: como cómplices, a quienes se limitan a imprimir materialmente un escrito delictivo, a distribuirlo, etcétera.

Esta restricción puede parecer razonable, pero no deja de presentar aspectos discutibles: si lo que se preserva es la libertad de expresión, ¿por qué no extender el régimen privilegiado a otros supuestos de difusión semejante, pero en los que no se utilizan medios de difusión mecánicos, como, por ejemplo, las representaciones teatrales?<sup>19</sup> O, aún más, ¿por qué no excluir de la punición también a los cómplices de otros delitos de los llamados de opinión o expresión que se cometen por medios distintos de los del artículo 30 CP y poseen por lo tanto a menudo una menor difusión y trascendencia que ellos?

Por lo demás, muchos de los temidos riesgos en cuanto a la responsabilidad de ciertas personas quedan excluidos por la vigencia de principios generales del Derecho penal o características propias de algunas de sus instituciones: así, quienes se limitan a imprimir materialmente un texto delictivo, por retomar uno de los ejemplos citados, la inmensa mayoría de las veces no responderán penalmente, por actuar sin dolo ni imprudencia respecto del delito cometido (principio de responsabilidad subjetiva, art. 5 CP). Y, de apreciarse imprudencia en su actuación, como se tratará de participación imprudente en hecho ajeno, resultará, en mi opinión,<sup>20</sup> impune, sin contar con

<sup>14</sup> Aunque ni siquiera sobre esto hay total unanimidad; así, Batista González, *Medios de comunicación, op. cit.*, 1998, pp. 88 y 90, considera que el artículo 30.1 CP excluye de la responsabilidad penal toda complicidad, necesaria (art. 28, segundo inciso, b) o no necesaria (art. 29). *Infra*, n. 35, citaré autores que excluyen del régimen especial a partícipes distintos de los cómplices, pero casi siempre por otras razones.

<sup>15</sup> Tampoco esto es evidente para todos; nuevamente Batista González, *Medios de comunicación, op. cit.*, 1998, considera totalmente superflua esta mención, pues cree que el favorecimiento personal o real incluye la cooperación necesaria y la complicidad. Plantea la duda Gutiérrez David, “La responsabilidad en cascada en el medio digital: insuficiencia del art. 30 CP. 1995”, en *Noticias Jurídicas 2002* (<http://noticias.juridicas.com/articulos/20-Derecho%20Informatico/200203-275591221022700.html>), p. 2.

<sup>16</sup> Véanse, por ejemplo, Gómez Tomillo, *Libertad de información, op. cit.*, 1998, p. 132; Aránguez Sánchez, *Comentarios III*, 2000, p. 336.

<sup>17</sup> En este sentido (en referencia al Proyecto de CP de 1992), Ruiz Antón, *Lh-Del Rosal*, 1993, p. 973, quien, quizá en forma exagerada, tilda de “deplorable” la técnica legislativa del precepto en este punto, “que vuelve al *encubrimiento*, como forma de responsabilidad criminal, aun cuando ha desaparecido en el Proyecto de 1992 de la Parte general”; parece darle la razón Gómez Tomillo, *Libertad de información, op. cit.*, 1998, pp. 130 y s., 307; Díaz Roca, *Derecho Penal General. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*, 1996, pp. 253 y s.

<sup>18</sup> Por todos, Vives Antón, *Comentarios I*, 1996, p. 289.

<sup>19</sup> Así, Gómez Tomillo, *Libertad de información*, pp. 129 y s. En contra, Aránguez Sánchez, *Comentarios III*, pp. 332 y 451.

<sup>20</sup> Sigo en esto a Luzón Peña, “Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales (Comentarios a la Sentencia TS27-1-1984)”, en *Derecho Penal de la Circulación (Estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo)*, 2ª ed., 1990, pp. 92 y ss.; “Observaciones sobre la autoría en los delitos dolosos e imprudentes de resultado”, en ADPCP 1989, p. 902 y ss.

que en los delitos que se someten al régimen especial no se castiga o raramente se castiga<sup>21</sup> la modalidad imprudente, ni siquiera para los autores, por no hallarse tipificada (art. 12 CP); por lo demás, la naturaleza o configuración de algunos de esos delitos es difícilmente compatible con la imprudencia. En cuanto al encubrimiento, el CP no prevé tampoco supuestos de comisión imprudente.

Por lo tanto, quedarían las conductas de complicidad dolosa y de encubrimiento o favorecimiento doloso, respecto de las cuales ya no es tan claro que convenga excluir la punibilidad.<sup>22</sup>

Es probable que en tiempos pasados la protección de la libertad de prensa exigiera de este refuerzo penal (de escasa eficacia, por cierto, cuando los regímenes políticos han querido suprimirla o cercenarla, como nos demuestran épocas no tan lejanas en nuestro propio país), este privilegio, si se quiere llamar así, pero en un régimen político como el que actualmente está vigente en España, un Estado social y Democrático de Derecho, y con un Derecho penal propio de él y técnica y político-criminalmente desarrollado, como se supone el actual, la permanencia del privilegio me parece altamente cuestionable. La libertad de expresión y de prensa están fuertemente consagradas en el artículo 20 de la Constitución, con sus consiguientes

mecanismos de defensa, además de poseer refuerzos penales como el artículo 538 (y, en su caso, el 542) CP. No creo que sea necesario más.

### III. Los medios o soportes de difusión mecánicos

Los delitos a que se refiere el artículo 30 han de ser cometidos utilizando medios o soportes de difusión mecánicos. En mi opinión, con la referencia a esos medios se pretende establecer un catálogo abierto de éstos que no deje fuera nuevas posibilidades técnicas de difusión, no ciñéndolos a los tradicionales prensa, radio y televisión. Creo que la fórmula, que ciertamente no suena muy moderna,<sup>23</sup> pretende ser muy amplia. Sin embargo, tampoco hay pleno acuerdo (aunque sí muy mayoritario) al respecto.

Algún autor<sup>24</sup> asienta que la alusión a medios o soportes de difusión *mecánicos* es excesivamente estrecha, pues los medios que se usan mayoritariamente son sistemas informáticos y no mecánicos: no serían mecánicos ni los ordenadores ni la televisión ni la Internet ni otros, lo que reduciría mucho y de manera incomprensible el régimen especial. Tal opinión no puede acogerse. Por un lado, como señala Gómez Tomillo,<sup>25</sup> la interpretación teleológica se opone a tal concepción (que tampoco explica qué son medios de

(= *Estudios penales*, 1991, pp. 212 y ss.); *PG I*, 1996, pp. 507 ss., entre otros lugares; véase también, entre otros, Luzón Peña/Díaz y García Conlledo, "Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwirklichung als Täterschaftsmerkmale", en *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, pp. 602 y s. (= "Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría", *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares. Curso 1998-1999*, número extraordinario de homenaje al Prof. Dr. Luis García San Miguel, 2000, 81); Díaz y García Conlledo, *La autoría*, *op. cit.*, 1991, p. 283 n. 94; "Autoría", en *EJB I* (1995), pp. 698 y s.; "Un sistema de Derecho penal en evolución", *RDPCr 2* (1998), pp. 416 y s.; "Autoría", *EPB*, 2002, p. 150, entre otros lugares; Roso Cañadillas, *Autoría y participación imprudente*, 2002, pp. 395 y ss., 600, con ulteriores referencias.

<sup>21</sup> Para no descartar, por ejemplo, posibles (aunque dudosas) interpretaciones como que el "temerario desprecio hacia la verdad" en calumnias e injurias pudiera referirse a una comisión imprudente (véase al respecto Luzón Peña, *PG I*, 1996, p. 519). De "casos de laboratorio" califica Gómez Tomillo, *Libertad de información*, *op. cit.*, 1998, p. 297, los supuestos en que una conducta imprudente active el sistema del artículo 30 CP.

<sup>22</sup> Por ejemplo, en contra de la impunidad del encubrimiento, Gómez Tomillo, *Libertad de información*, 1998, *op. cit.*, pp. 306 y ss.; Aránguez Sánchez, *Comentarios III*, 2000, pp. 335 y s. y 349.

<sup>23</sup> Véase, por ejemplo, Aránguez Sánchez, *Comentarios III*, 2000, pp. 330 y s.

<sup>24</sup> López Barja de Quiroga, *Autoría y participación*, 1996, p. 90; *Comentarios III*, 2000, p. 357; *PG III*, 2001, pp. 370 y s.; *Comentarios I*, 2007, p. 438. Véase, desde otra perspectiva que quizá no lleva a una concepción tan estrecha, contraponiendo medio técnico a medio mecánico (y, por ello creyendo que el segundo no abarca Internet), Morales García, "Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información", *Cuadernos de Derecho Judicial* (CDJ), 2002-IX. Delincuencia informática. Problemas de responsabilidad, pp. 219 y s.

<sup>25</sup> Gómez Tomillo, *Libertad de información*, 1998, *op. cit.*, p. 127 (véanse también pp. ss.); *Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de Internet*, 2ª ed., 2006, pp. 24 y ss. (con algún argumento añadido). Este autor, como la inmensa mayoría de la doctrina, admite un concepto y un catálogo mucho más amplio de medios, similar al que sustento en el texto; véanse también, por ejemplo, Rodríguez Mourullo, en Rodríguez Mourullo (dir.), Jorge Barreiro (coord.), *Comentarios al Código Penal*, 1997, p. 174; Aránguez Sánchez, *Comentarios III*, 2000, pp. 331 y ss.; Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal español. Parte General III. Teoría jurídica del delito/2*, 2001, p. 251, aunque con la precisión de p. 284, n. 80; Gutiérrez David, *Noticias Jurídicas 2002* (<http://noticias.juridicas.com/articulos/20-Derecho%20Informatico/200203-275591221022700.html>), núm. 1; Landecho Velasco y Molina Blázquez, *PG*, 7ª ed., 2004, p. 492; Zugaldía Espinar, en Zugaldía Espinar (dir.), Pérez Alonso (coord.), *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 2004, pp. 758 y s.; Quintero Olivares, en Quintero Olivares (dir.), Morales Prats (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 4ª ed., 2005, p. 331; *Parte General del Derecho Penal*, con la colaboración de Morales Prats, 2ª ed., 2007, p. 653; Rodríguez Ramos, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, con la colaboración

difusión mecánicos, sino que se limita a contraponerlos a los informáticos) y una interpretación sistemática del precepto obliga a concebirlo en su conjunto, siendo así que los números 2º y 3º del apartado 2 se refieren a los “directores del programa”, a los “directores de la empresa emisora”, etc. (a ello añade la necesidad de considerar conjuntamente el art. 30 y los arts. 120.2º, 211 y 599.2º, entre otros).

Lo que ocurre más bien es que la fórmula “medios o soportes mecánicos” (que es lo que dice el precepto, y no “difusión mecánica”)<sup>26</sup> es tan amplia que no restringe prácticamente nada. Quedarían desde luego excluidos los supuestos de comunicación de viva voz o por carta escrita. Pero “mecánico”, en la acepción que aquí interesa, es “ejecutado por un mecanismo o máquina”, de modo que abarcaría la comunicación telefónica, la carta escrita con una máquina de escribir o con un ordenador personal, las injurias propagadas desde un coche utilizando un altavoz e incluso la pintada hecha en una pared sirviéndose de un compresor para pintura y una plantilla. La restricción va a venir dada más bien por el hecho de que haya de tratarse de un medio o soporte de *difusión*, que es algo más que mera comunicación, pues “difundir” es “extender, esparcir, propagar físicamente” o “propagar, divulgar conocimientos, noticias, actitudes, costumbres, modas, etcétera”. Es decir, “difundir” remite a la idea de transmitir al conocimiento público, a un número muy amplio y más bien (aunque esto no es totalmente inherente al concepto de difusión) indeterminado de personas (por ello, la referencia del art. 13 CP 1944/73 a “la imprenta, el grabado u otra forma mecánica de reproducción, radiodifusión u otro *procedimiento que facilite la publicidad*” resultaba bastante ilustrativa). Así, por ejemplo, se descartará la comunicación telefónica persona a persona, la utilización de un simple altavoz, etc., y quedarán incluidos desde los delitos cometidos utilizando las columnas de un

periódico hasta aquellos otros que transmiten voz o imágenes por satélite. Algunos de los medios mecánicos modernos pueden plantear dudas: desde luego, no se incluirán en este régimen las injurias vertidas en una carta escrita por una persona a otra con el procesador de texto de un ordenador personal; pero, ¿qué ocurre si se utilizan redes informáticas tan amplias como la Internet? Desde luego, seguirá sin encajar en el concepto de difusión el mensaje de correo electrónico enviado por una persona a otra (ello equivale a una carta personal, a una conversación telefónica o al envío de persona a persona por medio de un fax), pero creo que sí supone difusión, en el sentido que nos ocupa, la plasmación de unas injurias en una página web que se deja abierta al acceso de cualquier “internauta”.<sup>27</sup>

Por otro lado, la conjunción de lo mecánico y la difusión suscita la duda de por qué ha de establecerse ese privilegio si se utilizan los medios citados y no otros que proporcionan similar publicidad (por ejemplo, carta injuriosa escrita a mano —varias copias manuscritas— que se coloca en el tablón de anuncios del Ayuntamiento y en puntos estratégicos de una ciudad). Lo dudosamente adecuado que resulta, según la opinión que he manifestado, en general, el régimen de privilegio del artículo 30 CP plantea también la cuestión del porqué del trato más severo, en cuanto a posibles responsables, de delitos cometidos por medios que proporcionan menor (por ejemplo, una pintada injuriosa a mano en una pared) o ninguna (por ejemplo, injuria por carta a una persona, en la que de alguna manera haya intervenido como cómplice un tercero) difusión. Como ya he dicho, la apelación a la salvaguarda de la libertad de expresión me parece hoy en día insuficiente (y, desde luego, hoy ya no cabría fundar el régimen especial en la evitación de irresponsabilidad en supuestos de anonimato o seudonimato).

de Rodríguez Ramos Ladaria, 2006, p. 194; Díez Ripollés, *Derecho Penal español. Parte General en esquemas*, 2007, p. 365; Zúñiga Rodríguez, en Arroyo Zapatero, Berdugo Gómez de la Torre, Ferré Olivé, García Rivas, Serrano Piedecabras, Terradillos Basoco (dirs.), Nieto Martín y Pérez Cepeda (coords.), *Comentarios al Código Penal*, 2007, p. 159; Carrasco Andriano, en Quintero Olivares, Carbonell Mateu, Morales Prats, García Rivas, Álvarez García (dirs.), Álvarez García, Manjón-Vabeza Olmeda, Ventura Püschel (coords.), *Tomo XIX. Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena*, 2008, p. 96; Judel Prieto, en Suárez-Mira Rodríguez (coord.), Judel Prieto, Piñol Rodríguez, *Manual de Derecho Penal I. Parte General*, 5ª ed., 2008, p. 405; Orts Berenguer, González Cussac, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 2008, p. 231.

<sup>26</sup> Véanse, sin embargo, otras terminologías: sólo a modo de ejemplo, Blanco Lozano, *Tratado I 2*, 2004, p. 464 (“delitos de difusión mecanizada”); Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 2006, p. 407 (“medio o soporte de difusión mecánica”); Zúñiga Rodríguez, *Comentarios*, 2007, p. 159 (“medio de difusión mecánica”).

<sup>27</sup> Sobre la problemática del artículo 30 y los delitos cometidos por medio de la Internet, véanse especialmente y con múltiples y ulteriores referencias Gómez Tomillo, *Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de Internet*, 2ª ed., 2006, *passim*.

### IV. Los delitos sometidos al régimen privilegiado

Hoy en día y a los efectos que aquí interesan se puede considerar irrelevante la distinción clásica entre delitos de imprenta y delitos cometidos por medio de la imprenta.<sup>28</sup> No obstante, la amplitud del tenor del número 1 del artículo 30 permite distintas interpretaciones, algunas de ellas amplísimas (todo delito en que haya intervenido un medio de difusión mecánico), lo que ha dado lugar a discusión sobre los delitos sometidos al régimen privilegiado. Baste mencionar aquí, sin entrar en ella, la polémica sobre si todos, algunos o ninguno de los delitos contra la propiedad intelectual están sometidos a este régimen. No se trata aquí de concretar enumerándolos los delitos a que es aplicable, sino de poner de manifiesto mi opinión general al respecto.

Creo que puede sostenerse una concepción intermedia que intente restringir el ámbito de delitos a que es aplicable lo dispuesto en el artículo 30 CP, fijándose no sólo en el medio o soporte en que se “expresan” o materializan los delitos, sino en el sentido material del artículo 30 CP; así, fijándose en la idea de “difusión”, parece que la ley pretende someter al régimen especial precisamente aquellos delitos en cuyo contenido de injusto desempeña un papel relevante la difusión, es decir, la propagación de lo que se dice, escribe, etc., para conseguir un conocimiento generalizado (se puede hablar de la nota de publicidad).<sup>29</sup>

Así, por ejemplo, estarían sometidas al régimen especial las amenazas realizadas por los medios conocidos. Con este ejemplo, se vuelve a plantear la duda de si es lógico aplicar un privilegio a los cómplices de ciertos delitos de amenazas que la ley considera especialmente graves, frente a los cómplices de amenazas menos graves. Tal vez, de todas maneras, pudiera interpretarse que los cómplices de tales amenazas graves quedarán excluidos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 30 CP, del castigo respecto del tipo más grave de amenazas con publicidad —utilizando un

término amplio—, pero cuya conducta resultaría punible como complicidad en un delito de amenazas sin tener en cuenta la publicidad; aun así, seguiría siendo difícil de explicar por qué el cómplice de unas amenazas agravadas del segundo párrafo del artículo 169.1º CP resultaría castigado si las mismas se cometen por teléfono (medio incluido entre los que agravan la responsabilidad en el precepto) y en cambio se libraría del castigo —o sería castigado sólo como cómplice del tipo, básico respecto del anterior, del primer párrafo del art. 169.1º CP— si son vertidas, por ejemplo, en un programa de televisión, cuando el segundo párrafo del artículo 169.1º CP considera igualmente graves ambos casos.

Pero seguramente la mayor virtualidad de la interpretación señalada sea la de excluir del régimen del artículo 30 CP, frente a otra posible interpretación más amplia y literalista (y desde luego beneficiosa para muchos partícipes y encubridores o incluso autores, es decir, restrictiva de la responsabilidad penal), algunos delitos en los que, si bien se pueden materializar a partir de medios o soportes de difusión mecánicos, alcanzando ciertamente difusión, la difusión o publicidad no desempeña un papel relevante para su injusto; así, por ejemplo, puede sostenerse (y se sostiene de hecho) que los delitos contra la propiedad intelectual no están sometidos nunca (o, al menos, no están sometidos siempre) al régimen especial del artículo 30 CP.

### V. La responsabilidad en cascada: algunas cuestiones

#### 1. El sistema de responsabilidad en cascada y la responsabilidad penal en sentido estricto o amplio

El artículo 30.2 CP dispone que “los autores a los que se refiere el artículo 28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden”, y a continuación establece cada uno

<sup>28</sup> Al respecto, por todos, Vives Antón, *Libertad de prensa*, 1977, pp. 195 y ss., con ulteriores referencias (sobre el ámbito de aplicación del régimen especial antes del vigente CP, véanse pp.192 y ss.).

<sup>29</sup> Ésta sería aproximadamente la concepción, mucho más ampliamente desarrollada, de un autor tan calificado en el tema como Gómez Tomillo, *Libertad de información*, 1998, pp. 204 y ss., quien, naturalmente, se apoya en otros también (en el trabajo se contienen múltiples referencias), y distingue entre delitos que incorporan la publicidad como elemento típico y delitos que, sin incorporarla como tal, la tienen como consustancial, lo que tendrá consecuencias a efectos de considerar autores o partícipes a quienes realizan la conducta que confiere la publicidad. Véase, del mismo autor, *Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de Internet*, 2º ed., 2006, pp. 35 y ss.; sobre el concepto de difusión, pp. 43 y ss. En las pp. 38 y ss. de la obra últimamente citada, Gómez Tomillo concreta mucho y, aunque “sin ánimo exhaustivo”, ofrece en una lista de delitos sometidos al régimen especial (también lo hace, aunque con una extensión diferente y bajo la vigencia del anterior CP Calderón Cerezo, “Responsabilidad criminal en delitos cometidos por medio de difusores mecánicos”, en CDJ 1994-XXXIX. Problemas de autoría, pp. 271 y s.; véase también Aránguez Sánchez, *Comentarios III*, 2000, pp. 328 y s.).

de los peldaños de personas responsables. Es decir, las personas mencionadas en los tres últimos números del artículo 30.2 (sólo si son autores —ya veremos en qué sentido— y cumplen con los requisitos de responsabilidad subjetiva) no responderán si lo hace una de un número anterior (las del 2º si responden las del 1º, las del 3º si responden las del 1º o 2º y las del 4º si responden las del 1º, 2º o 3º). Además, tampoco responderán las personas mencionadas en un número si las del anterior o anteriores no responden por haberse extinguido su responsabilidad criminal. Todo ello deriva de lo dispuesto en el artículo 30.3 CP, que conocemos y, eso sí, hace entrar en juego la posibilidad de buscar responsabilidad en el peldaño siguiente, cuando la imposibilidad de perseguir a las personas del anterior o anteriores se derive de causa distinta de la extinción de su responsabilidad penal, aclarando expresamente que incluso la imposibilidad de perseguir a las personas de un número derivada de su declaración de rebeldía o de su residencia fuera de España hará que el procedimiento se dirija contra las del número inmediatamente posterior.<sup>30</sup>

El precepto que nos ocupa aclara así alguna de las dudas que se planteaban durante la vigencia de los artículos 13 y 15 CP 1944/73, pero subsiste alguna otra. Así sucede en el caso del sujeto del número 1º que, resultando inimputable, pero peligroso, es absuelto y sometido a alguna de las medidas de seguridad previstas en el CP: ¿se puede entender que ese sujeto, al estar sometido a una medida, responde criminalmente y cierra el paso a los de los números posteriores?, o ¿debe reservarse el sentido de responsabilidad en el artículo 30 para la responsabilidad penal en sentido estricto, es decir, la que supone la imposición de una pena? Aunque el supuesto pueda resultar dudoso, tiendo a pensar que el sentido del precepto (máxime si se duda de la

conveniencia del régimen privilegiado) apunta a que hay que entender que la responsabilidad criminal a la que se refiere lo es en sentido estricto, de la que se deriva la imposición de una pena; ello parece además conciliarse mejor con el tenor del artículo 20 CP,<sup>31</sup> donde se contienen las eximentes (entre otras, las basadas en la existencia de inimputabilidad), cuyo párrafo inicial reza: “Están exentos de responsabilidad criminal”.<sup>32</sup>

## 2. Los “autores” del artículo 28 CP y los principios de responsabilidad personal y subjetiva

Como ya he señalado, el artículo 30 CP deja en claro algo que es muy importante: el respeto al principio de responsabilidad personal. Efectivamente, al señalar el citado precepto que responderán (en la forma escalonada, excluyente y subsidiaria que conocemos) “los autores a los que se refiere el artículo 28”, declara expresamente que, en ningún caso los sujetos de los diferentes peldaños responderán en el ámbito penal simplemente por ocupar las posiciones a que se refieren los diferentes números, sino que habrán tenido que intervenir como “autores” del artículo 28 CP.

Surge aquí, sin embargo, un nuevo problema interpretativo objeto de cierta discusión doctrinal: el de si la referencia a esos “autores” del artículo 28 ha de entenderse a los que lo son en sentido estricto (los del primer inciso del artículo 28: autores inmediatos individuales, mediatos y coautores) o abarca también a quienes “también serán considerados autores” (del segundo inciso del citado precepto: inductores y cooperadores necesarios). Como mínimo puede decirse que la norma es poco clara.<sup>33</sup> Así, un sector de la doctrina entiende la referencia a autores en sentido amplio, comprensivo de todas las figuras del artículo 28 CP,<sup>34</sup> mientras que otro sector lo refiere al autor

<sup>30</sup> Vives Antón, *Comentarios I*, 1996, p. 290, explica que “la finalidad del precepto es clara: se trata de eludir el problema, tan vivo en otras épocas, de la utilización de testafierros situados por cualquier motivo, fuera del alcance de la persecución penal, para, por ese mecanismo, enervar cualquier exigencia de responsabilidades por estos delitos”.

<sup>31</sup> Y puede reforzarse con el argumento histórico de la referencia expresa del artículo 15 CP 1944/73 al artículo 8º de ese CP, que regulaba las eximentes (aunque, como a menudo pasa con los argumentos históricos, podría darse la vuelta apelando a la falta de mención expresa ahora).

<sup>32</sup> En contra, Aránguez Sánchez, *Comentarios III*, 2000, pp. 339 y s.; también en contra, para casos de “locura coetánea o sobrevenida”, Quintero Olivares, *Comentarios*, 4ª ed., 2005; *PGDP*, 2ª ed., 2007, pp. 655 y s.; le sigue (respecto de obras o ediciones anteriores, claro), ampliándolo a toda causa de inimputabilidad, Zugaldía Espinar, *PG*, 2ª ed., 2004, pp. 759 y s., aclarando (760) que, si lo que concurre es una causa de justificación, “es evidente que la justificación concurrente se extiende a todos los que han intervenido en el suceso”.

<sup>33</sup> Así, por ejemplo, Luzón Peña, “Justicia penal y libertad de prensa. Informe sobre España”, en *Justicia penal y libertad de prensa II* (ILANUD, San José de Costa Rica), 1993, p. 466; Ruiz Antón, *Lh-Del Rosal*, 1993, pp. 973 y ss. (ambos respecto del Proyecto de CP de 1992); Aránguez Sánchez, *Comentarios III*, 2000, pp. 334 y s.

<sup>34</sup> Luzón Peña, *Justicia penal y libertad de prensa II*, 1993, p. 463; en referencia al Proyecto de CP de 1992: Herrero Herrero, *Introducción al nuevo Código Penal (Parte General y Especial)*, 1996, pp. 103 s.; Vives Antón, *Comentarios III*, 1996, p. 289 (al menos no establece restricciones en su referencia al art. 28 CP); Gómez Tomillo, *Libertad de información*, 1998, pp. 276 y s. (en conclusión ampliamente

en sentido estricto del primer inciso del artículo 28, con excepción del inductor de quien realmente haya redactado el texto o producido el signo de que se trate, que es mencionado expresamente en el número 1º del artículo 30.2.<sup>35</sup>

En mi opinión, también influida seguramente por mi rechazo del régimen especial, los “autores” del artículo 28 a que se refiere el artículo 30.2 CP son todas las figuras comprendidas en el primero de los artículos citados.<sup>36</sup> El artículo 30.2 CP menciona el artículo 28 sin más precisiones (si bien podría ser interpretado

restrictivamente si no tuviéramos otros datos), el artículo 30.1 excluye de la punición expresamente sólo a cómplices<sup>37</sup> y favorecedores o encubridores, pudiendo haber mencionado expresamente a otros partícipes, y el artículo 30.2.1º menciona una forma de participación equiparada en pena a la autoría, la inducción a quien redacta el texto o produce el signo, lo cual creo que no debe interpretarse como una exclusión de formas de participación equiparadas en pena a la autoría allí donde no se mencionan en forma expresa, sino precisamente como anticipo al primer peldaño de

---

fundamentada en pp. anteriores); este autor distingue entre delitos que incorporan como elemento típico la difusión o publicidad, en los que los sujetos de los números 2º, 3º y 4º del artículo 30.2 CP serán autores, y otros que no lo hacen, en los que podrán ser partícipes asimilados en penal a la autoría (por cierto que critica esta dualidad y apela a la analogía para incluir el segundo grupo de delitos en el régimen especial: *Libertad de información, op. cit.*, 1998, pp. 204 y ss.; *Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de Internet*, 2006, pp. 40 y s., resumidamente); Cobo del Rosal/Vives Antón, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., 1999, p. 761 (no restringen); Cerezo Mir, *PG III 2*, 2001, pp. 249 y s. (incluso parece que restringe los números 2º, 3º y 4º del art. 30.2 CP a supuestos de inducción o cooperación necesaria, con exclusión de posibles casos de autoría); Gutiérrez David, *Noticias Jurídicas*, 2002 (<http://noticias.juridicas.com/articulos/20-Derecho%20Informatico/200203-275591221022700.html>), 2; Blanco Lozano, *Tratado I 2*, 2004, p. 465 (no restringe); Cobo del Rosal/Quintanar Díez, *Instituciones de Derecho penal español. Parte General*, 2004, p. 243 (parecen no restringir, aunque hablan de autores y no de las figuras del art. 28 CP); Quintero Olivares, *Comentarios*, 4ª ed., 2005, pp. 333 y s.; *PGDP*, 2ª ed., 2007, pp. 656 y s., con matices respecto de los cooperadores necesarios; Díez Ripollés, *PG esquemas*, 2007, p. 366; López Barja de Quiroga, *Comentarios I*, 2007, p. 438 (no restringe); no obstante, en *PG III*, del p. 367, no menciona al cooperador necesario (sin embargo, no parece restringir en pp. 371 y s., 373); Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, 4ª ed., 2007, p. 218 (no restringe); Muñoz Conde/García Arán, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., 2007, p. 454 (no restringen); Zúñiga Rodríguez, *Comentarios*, 2007, p. 160 (“autores en sentido jurídico penal”); Luzón Cuesta, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 18ª ed., 2008, p. 221 (no restringe). En realidad, con el matiz que se señala en la n. s., podría incluirse aquí también a Ruiz Antón.

<sup>35</sup> No todos los autores se expresan con igual rotundidad y extensión. Así, por ejemplo, Ruiz Antón, *Lh-Del Rosal*, 1993, pp. 974 y s., en referencia al Proyecto de CP de 1992, excluye de la responsabilidad al cooperador necesario del redactor del texto o productor del signo (por su mención en el núm. 1 del art. 30.2, frente a la expresa del inductor), pero no la de otros cooperadores necesarios; Díaz Roca, *DPG*, 1996, p. 253, excluye a inductores y cooperadores necesarios, sobre la base de “los principios de intervención mínima, los fundamentos de esta institución y los antecedentes jurisprudenciales relativos a los antiguos artículos 13 y 15 del Código de 1973”; Batista González, *Medios de comunicación*, 1998, pp. 88, 90, como sabemos, excluye siempre al cooperador necesario (cree que ello se deriva ya del art. 30.1 CP); Martínez-Pereda Rodríguez/Roma Valdés, *Derecho Penal (Parte General)*, 1999, p. 135 (sin explicación); Aránguez Sánchez, *Comentarios III*, 2000, pp. 334 y s., excluye de la punición a todo partícipe, incluido cualquier cooperador necesario (aunque cree que sería deseable que el art. 30 CP se pronunciara expresamente sobre los cooperadores necesarios) y todo inductor; salvo el del redactor del texto o productor del signo, único mencionado expresamente en el artículo 30.2.1º; Conde-Pumpido Ferreiro, *Contestaciones de Derecho penal al Programa de la Judicatura*, 3ª ed., 2004, p. 344, sin mayores explicaciones excluye a los cooperadores necesarios, parece que derivándolo de la expresión los que “lo hubiesen favorecido real o personalmente” (en Conde Pumpido-Ferreiro (dir.), *Código Penal comentado I*, 2004, p. 187; este autor excluye a los cooperadores necesarios —y al autor mediato, salvo en un caso—, pero equipara el favorecimiento al encubrimiento); Landecho Velasco/Molina Blázquez, *PG*, 7ª ed., 2004, p. 492, juzgan un error de la redacción del precepto que pueda parecer que incluye a los cooperadores necesarios, “lo que a la vista del artículo 30.2º no resulta cierto”; Choclán Montalvo, en Calderón Cerezo y Choclán Montalvo, *Manual de Derecho Penal I. Parte General*, 2005, p. 359, excluye, sin demasiadas explicaciones y sobre la base del artículo 30.2.1º, a los cooperadores necesarios (aunque no vuelve a mencionarlo expresamente en p. 360 al analizar el artículo 30.2 y 3) (ya igual en Calderón Cerezo/Choclán Montalvo (coords.), *Código Penal comentado*, 2004, pp. 68 y s.); Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée, *Lecciones PG*, 2ª ed., 2006, p. 407 (aunque, por otro lado, parecen ver restos de la antiguamente interpretada como responsabilidad objetiva, si bien la soslayan). Carrasco Andrino, *XIX. Esquemas*, 2008, p. 96, se limita a decir: “Discusión sobre el cooperador necesario”. Véase lo señalado para López Barja de Quiroga y para Quintero Olivares en la nota anterior. En las resoluciones judiciales recientes excluye del régimen de responsabilidad escalonada a los cooperadores necesarios (y, al parecer, alguna forma de autoría como la mediata, aunque no se sabe muy bien qué son “cautores directos... instrumentales”), sin mayores explicaciones, la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares 155/2002, de 9 de diciembre (ARP 2003/442), que entiende sometidos al régimen de responsabilidad escalonada, excluyente y subsidiaria a “los tenidos como autores conforme al art. 28 CP, es decir, los coautores directos, sean conjuntos o instrumentales y los inductores, no los cooperadores necesarios”. Sobre jurisprudencia más antigua (anterior al CP 1995), excluyendo a los cooperadores necesarios, véase Aránguez Sánchez, *Comentarios III*, 2000, pp. 335 y 336 n. 28.

<sup>36</sup> A los argumentos que brevemente resumo a continuación se puede añadir que, como ha subrayado Ruiz Antón, *Lh-Del Rosal*, 1993, p. 973, el Borrador de Anteproyecto de la Parte General de un nuevo CP de 1990 no dejaba lugar a dudas de que la referencia del artículo correspondiente regulador del régimen especial era a autores en sentido estricto y a partícipes equiparados en pena a los autores, puesto que ambas figuras se regulaban en artículos distintos y a ambos remitía el correspondiente al régimen especial.

<sup>37</sup> Si bien es cierto que, contra lo que es la terminología habitual del CP (no siendo contrario, sin embargo, al uso posible del lenguaje), Batista González, *Medios de comunicación*, 1998, pp. 88 y 90, incluye en la expresión a los necesarios.

responsabilidad de la de un partícipe, por las razones que se verán más adelante.

Por fin, parecería sensato sostener que está excluido del castigo el cooperador necesario del redactor del texto o productor del signo, puesto que, al contrario de lo que sucede con el inductor, no se lo menciona expresamente en el número 1º del artículo 30.2.<sup>38</sup> Sin embargo, creo que hay que matizar tal conclusión: en efecto, el cooperador necesario del redactor del texto o productor del signo estaría excluido, por la razón señalada, del primer peldaño de responsabilidad, de manera que, si se puede hacer efectiva la responsabilidad del citado redactor, productor o de su inductor —o de ambos— en ningún caso responderá el cooperador necesario. Pero nada impide su responsabilidad si se llega al siguiente peldaño (o sucesivos) y el cooperador necesario es una de las personas en él (o en ellos) mencionada; si no lo es, claro, tampoco responderá en ningún caso. Y algo similar cabría decir de supuestos de inducción distintos al del inductor del redactor del texto o productor del signo.<sup>39</sup>

Junto al principio de responsabilidad personal, hay que tener en cuenta que a la hora de establecer responsabilidad penal conforme al artículo 30 CP ha de respetarse también con toda escrupulosidad el principio de responsabilidad subjetiva (confusamente llamado a menudo de culpabilidad), consagrado en forma expresa en el artículo 5 CP: “No hay pena sin dolo o imprudencia” (y plasmado también en otros preceptos del CP, como su art. 10). Ello quiere decir por lo tanto que, además de escalonada, excluyente y subsidiariamente, y habiendo intervenido en calidad de “autores” del artículo 28 CP, los sujetos del artículo 30 CP sólo responderán si han actuado dolosa o, en su caso, imprudentemente, y esto último sólo si se encuentran tipificados en forma expresa el delito o a falta imprudentes correspondientes (art. 12 CP), lo que, como se sabe, no sucederá nunca o casi nunca, y si han actuado en calidad de autores en sentido estricto (no de inductores o cooperadores necesarios), pues estimo, como ya he dicho, que la participación imprudente es impune en todo caso.

La sujeción a los dos principios citados (aunque, como hemos dicho, la extensión del primero podría haber sido mejor aclarada) en el vigente CP es dig-

na de aplauso (por ineludible en un Derecho penal propio de un Estado democrático de Derecho). Sin embargo, la restricción de responsables (no derivada desde luego de esos principios, sino del propio régimen especial) del artículo 30.2 CP refuerza la situación de privilegio<sup>40</sup> que ya suponía la exclusión de responsabilidad de los cómplices y los encubridores establecida en el número 1 del mismo artículo, y, por lo tanto, queda sometida a la crítica a ese privilegio que ya he realizado. Por otro lado, el régimen de privilegio y el sometimiento a los citados principios limitadores del *ius puniendi* hacen inservible hoy día la explicación, a veces intentada en el pasado, del régimen especial sobre la idea de la búsqueda de que en estos delitos siempre tuviera que existir alguien contra quien dirigir el procedimiento y que respondiera de ellos (lo que puede que tuviera algún sentido desde la perspectiva de una responsabilidad objetiva y en relación, sobre todo, con supuestos de anonimato o seudonimato).

### 3. Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate

El número 1º del artículo 30.2 CP se refiere a “los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo”. A primera vista, parece que se está recogiendo (con una terminología menos confusa, en tanto que no se dice que “se reputarán autores”), en cuanto a los que hayan redactado realmente el texto o producido el signo, a los llamados tradicionalmente “autores reales” del texto (o ahora signo) del artículo 15 CP 1944/73 (terminología concordante con la del art. 819 LECr), y que se está haciendo referencia a la categoría de responsables criminales constituida por la autoría en sentido estricto, sea inmediata individual, mediata o coautoría (es decir, los que “son” autores según el primer párrafo del art. 28 CP). No obstante, las cosas no son tan claras como parecen, pues en ningún momento el precepto se refiere a los autores, sino a los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo, de manera que podría interpretarse restrictivamente que la referencia es a quienes físicamente han redactado, escrito, etc., lo

<sup>38</sup> Es la opinión de Ruiz Antón, *Lh-Del Rosal*, 1993, pp. 974 y s.

<sup>39</sup> Que, como se sabe, también excluye de la punición Aránguez Sánchez, *Comentarios III*, pp. 334 y s.

<sup>40</sup> Véase, por muchos, Vives Antón, *Comentarios I*, 1996, p. 289, quien cree que la exigencia de “autoría” y el escalonamiento de la responsabilidad suponen una segunda restricción de la responsabilidad penal en estos delitos.

que circunscribiría el círculo de figuras a los autores y coautores inmediatos, excluyendo a los mediatos; no obstante, esta interpretación debe rechazarse, en primer lugar porque supondría una contradicción valorativa distinguir entre clases de autores y, en segundo lugar, porque dicha contradicción se acentuaría, dada la mención en el mismo peldaño de los inductores.<sup>41</sup>

Por otro lado, el que se hable de quienes realmente hayan redactado el texto o producido el signo podría plantear problemas también en el sentido de que son pensables (aunque raros) casos en que el autor del delito no sea el autor del texto o signo (ni el inductor del mismo):<sup>42</sup> así, por ejemplo, si un tercero reprodujera un texto, sin conocimiento del redactor original, que resulta injurioso, o de las ulteriores reproducciones sin autorización del autor, se podría intentar una interpretación extensiva de quien realmente ha escrito el texto para incluir a todo autor del delito, pero tal proceder resulta cuestionable; tal vez la referencia al productor del signo (que desde luego estimo no concebida para estos supuestos por el legislador) pueda ayudar en la resolución de este problema.

#### 4. Los que hayan inducido al redactor del texto o productor del signo

La referencia a los inductores de quienes realmente hayan redactado el texto o producido el signo, al mismo nivel que éstos en el número 1 del artículo 30.2, se ha intentado explicar por la dificultad de distinguir en estos delitos entre autoría e inducción del texto o signo. Puede que ello tenga algún fundamento.<sup>43</sup> Más discutible aún, sobre todo hoy en día, me parece la otra razón que se aduce en relación con el freno a la presión

de la censura interna de la empresa periodística que para el redactor supondría el que el inductor responda también y al mismo nivel que él.<sup>44</sup>

Pero, por otro lado, la colocación del autor y el inductor al mismo nivel plantea otros problemas,<sup>45</sup> entre los cuales debe destacarse la aparente contradicción valorativa que supone tratar peor una forma de participación, la inducción, que otra, la cooperación necesaria, que el artículo 28 (y concordantes) CP ha colocado con carácter general al mismo nivel.<sup>46</sup> Por lo demás, la referencia de la inducción a la redacción del texto o a la producción del escrito y no a la comisión del delito plantea problemas similares a los señalados en el supuesto del autor.

#### 5. El resto de responsables en cascada

En cuanto a los sujetos mencionados en los números 2º, 3º y 4º del artículo 30.2 CP, no es posible detenerse en determinar detalladamente qué se entiende por directores de la publicación o programa en que se difunda el texto o signo, directores de la empresa editora, emisora o difusora y directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora, ninguno de cuyos conceptos se halla definido en el CP (en el art. 15 *in fine* CP 1944/73 se definía el concepto de impresores a efectos del régimen especial, pero tal referencia ha desaparecido en el CP vigente). Tales conceptos habrán de integrarse acudiendo a normas extrapenales, mercantiles, de la legislación sobre medios de difusión y otras, y a partir del uso ordinario de esas palabras en los medios a que pertenecen. Ahora bien, parece claro, como se ha señalado en la doctrina,<sup>47</sup> que el Derecho penal no puede atender aquí a definiciones formales o nominativas, aun cuando las mismas pudieran proceder de la legislación extrapenal,

<sup>41</sup> Véase también Cerezo Mir, *PG III 2*, 2001, p. 250; Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée, *Lecciones PG*, 2ª ed., 2006, p. 407. Conde-Pumpido Ferreiro, *CP comentado*, 2004, p. 187, excluye del artículo 30 al autor mediato, "salvo redacción del texto por el autor mediato que se hace firmar al instrumento". Rodríguez Mourullo, *Comentarios*, 1997, p. 175, incluye entre los que sigue llamando "autores reales" a todos los que, según el primer inciso del artículo 28, "son autores" (por lo tanto, también al autor mediato).

<sup>42</sup> Véanse, por muchos, a veces con ulteriores referencias, Vives Antón, *Libertad de prensa*, 1977, pp. 82 y s.; Ruiz Antón, *Lh-Del Rosal*, 1993, p. 974; Batista González, *Medios de comunicación*, 1998, pp. 90 y s.; Gómez Tomillo, *Libertad de información*, 1998, pp. 136 y s.; Aránguez Sánchez, *Comentarios III*, 2000, p. 340.

<sup>43</sup> Así, Vives Antón, *Comentarios III*, 1996, p. 290. Esta dificultad era ya esgrimida como razón en el Informe del CGPJ al Anteproyecto de CP de 1992 (*CPC 48*, 1992, pp. 677 y s.).

<sup>44</sup> Vives Antón, *Comentarios III*, 1996, 290.

<sup>45</sup> Véase también el Informe que emite el Consejo general de la Abogacía Española sobre el Anteproyecto de Código Penal de 1992 (*CPC 49*, 1993, 17).

<sup>46</sup> Aunque no es el único supuesto en que sucede en el CP: véase el artículo 143.1 y 2.

<sup>47</sup> Por todos, Vives Antón, *Libertad de prensa*, 1977, pp. 94 y ss.; Aránguez Sánchez, *Comentarios III*, 2000, pp. 345 y ss.; Morales García, *CDJ 2002-IX*, p. 220; Judel Prieto, *PG*, 5ª ed., 2008, pp. 404 y s.



sino que el concepto de director ha de ser material, atendiendo a la posición de dirección y control efectivo que un sujeto ocupa en la publicación, programa o empresa; por ello, lo de menos es el nombre o título que la propia publicación, programa o empresa dé al sujeto en su “organigrama”, pues, de lo contrario, con llamar de otro modo al efectivo director se conseguiría una impunidad en todo caso que resulta inadmisibile.

Por otro lado, como ya se ha señalado, los sujetos de estos números han de haber intervenido en el hecho en alguna de las formas del artículo 28 CP. Dada la aparente inclusión del autor y el inductor en el primer “peldaño” del artículo 30.2 CP, pudiera parecer que para el resto de los sujetos queda como única posibilidad la cooperación necesaria.<sup>48</sup> Ahora bien, debe recordarse que la alusión en ese número 1º no al autor y al inductor del delito, sino al del texto o signo, podría plantear problemas cuando éstos no coincidan con los del autor o el inductor del delito; tal vez tales problemas puedan a veces resolverse a partir de la interpretación del propio número 1º, pero ni el tenor literal ni la lógica del artículo se oponen en absoluto a incluir en los otros tres números del artículo 30.2 CP a los autores (por realizar conductas típicas de difusión especialmente) y a los inductores del delito que no lo hayan sido del texto (además de a los cooperadores necesarios), siempre y cuando sean los directores de la publicación, programa y empresa; en todo caso, éstos responderían sólo, claro está, cuando corresponda según el régimen de responsabilidad escalonada, excluyente y subsidiaria establecidos por el artículo 30 CP y, naturalmente, con respeto al principio de responsabilidad subjetiva.

## VI. Conclusión: defensa de la derogación del régimen privilegiado del artículo 30 CP y recomendación respecto de otros países

Como hemos visto en este repaso incompleto del artículo 30 CP, no cabe decir que exista unanimidad en la interpretación de los asuntos que éste plantea. Más bien al contrario, en cuanto a la pura técnica legislativa, este precepto se presenta como especialmente oscuro y complicado. Sin embargo, ésta no es razón suficiente para descartar como acertada la norma en estudio, sino, a lo sumo, para proponer una mejor redacción del precepto que facilite su correcta interpretación.

No obstante, si a las dificultades técnicas se unen las consideraciones político-criminales y de suficiencia de los principios e instituciones del Derecho penal de un Estado democrático de Derecho (junto a otros mecanismos extrapenales) para solventar los posibles excesos de punición en relación con el desarrollo de la libertad de expresión y de información, como aquí se ha hecho, sin agotar los argumentos en absoluto,<sup>49</sup> creo que resulta que hoy en día es difícilmente justificable el régimen privilegiado de autoría y participación (y, con ello, de responsabilidad penal) a que están sometidos en nuestro CP los delitos cometidos utilizando medios de difusión mecánicos. Creo poder afirmar, dadas las condiciones en que se presenta hoy la garantía de las libertades citadas, que el régimen privilegiado del artículo 30 CP supone un ataque al principio de igualdad<sup>50</sup> consagrado en el artículo 14 de la Constitución española, en cuanto no existen argumentos suficientes de desigualdad de naturaleza y desarrollo para justificar un tratamiento diferenciado de los delitos cometidos a través de medios de

<sup>48</sup> Así, Díez Ripollés, *PG esquemas*, 2007, p. 367. Yo mismo defendí en relación con los números 2º, 3º y 4º, que tienen que encajar en una de las figuras del artículo 28, “lo que significa por lo general —aunque no necesariamente siempre— que sean cooperadores necesarios” (Díaz y García Conlledo, *La Ley 1996-2*, pp. 1287, 1293 n. 58).

<sup>49</sup> Véase, en ocasiones profundizando en los argumentos y aportando otros, Ruiz Antón, *Lh-Del Rosal*, 1993, pp. 972 y s., 976; Calderón Cerezo, *CDJ 1994-XXXIX*, pp. 242 y ss.; y, sobre todo (siendo aceptables muchas de sus propuestas de aplicación de principios e instituciones de la Parte general del Derecho penal), Gómez Tomillo, *Libertad de información*, 1998, pp. 321 y ss.; *RDPCR 3* (1999), pp. 130 y s.; *Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de internet*, 2ª ed., 2006, pp. 32, 196 y s., entre otras; Aránguez Sánchez, *Comentarios III*, 2000, pp. 351 y ss. (y 348 y ss.). Morales García, *CDJ 2002-IX*, pp. 218 y ss., advierte dificultades de aplicación del régimen del artículo 30 CP al mundo de Internet; Gutiérrez David, *Noticias Jurídicas 2002* (<http://noticias.juridicas.com/articulos/20-Derecho%20Informatico/200203-275591221022700.html>), pp. 2 y ss., denuncia insuficiencias del artículo 30 CP en relación con los delitos y faltas cometidos a través de Internet, abogando (4) por la supresión del sistema de responsabilidad en cascada y por la aplicación de las reglas generales de autoría y participación para estos supuestos.

<sup>50</sup> En este sentido Ruiz Antón, *Lh-Del Rosal*, 1993, p. 976; Gómez Tomillo, *Libertad de información*, 1996, pp. 447 y ss.; *Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de Internet*, 2ª ed., 2006, p. 196 (resumidamente).

difusión mecánicos. Por lo tanto, se postula aquí la supresión del régimen especial.<sup>51</sup>

Por lo demás, en general hoy el mundo de la comunicación no está compuesto por profesionales casi artesanales y hasta románticos, a veces con sus correspondientes mecenas, que luchan por sacar adelante sus productos acechados de peligros para ejercer su oficio en libertad. Más bien se trata de grandes grupos de empresas de comunicación,<sup>52</sup> con muchos medios, también de asesoramiento jurídico, poder y conexiones, cuyos miembros no deben escapar a la aplicación garantista de las normas penales comunes.

Por fin, si se apelara (cosa que hoy no parece razonable) al viejo fin de evitar la irresponsabilidad en supuestos de anonimato o seudonimato, no debería caber duda de que las reglas generales permiten esta-

blecer responsabilidad de quienes estén detrás (como autores o partícipes) en los delitos si se prueba su participación en el hecho. Por lo tanto, fuera de todo atisbo de responsabilidad objetiva o por (presunta) *culpa in vigilando*, no hace ninguna falta para este fin el régimen especial.<sup>53</sup>

Por todo ello, me parece mejor no exportar a otros países ningún régimen especial similar al del artículo 30 del Código Penal español y derogarlo en aquellos en que exista.

Para concluir, quiero reiterar mi deseo de honrar (desde la discrepancia, desde luego parcial) a Tomás Vives, quien deseo nos siga brindando durante muchos años extraordinarias aportaciones a la ciencia del Derecho penal, como lleva haciendo durante tanto tiempo.

<sup>51</sup> Creo que lo mejor es defender esta supresión, lo que no implica que no quepan soluciones intermedias como las que plantea Gómez Tomillo, *Libertad de información*, 1998, pp. 461 y ss. (más radical, aparentemente, en cuanto a la derogación del sistema en *Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de Internet*, 2ª ed., 2006, pp. 32 y s., y, sobre todo, pp. 196 y s.). En todo caso, sería aconsejable la resolución de problemas relacionados con la responsabilidad en los delitos cometidos utilizando medios de difusión mecánica en los tipos de la Parte especial, como proponen Gómez Tomillo, *Libertad de información*, 1998, p. 462; Aránguez Sánchez, *Comentarios III*, 2000, pp. 353 y s.

<sup>52</sup> El fenómeno ya lo anunciaba hace más de treinta años Vives Antón, *Libertad de prensa*, 1977, pp. 40 y s., entre otras.

<sup>53</sup> En este sentido, Gómez Tomillo, *Libertad de información*, 1998, pp. 454 y s. (en cuanto a la posible aparición de censura interna, véanse pp. 455 y ss.); *RDPCr* 3 (1999), pp. 130 y s.



## El ciudadano extracomunitario: de “objeto material” a “tipo de autor” en el control penal de la inmigración

Massimo Donini

Università degli Studi di Modena  
e Reggio Emilia, Italia

Revista Penal México, núm. 4, marzo-agosto de 2013

“Era extranjero y no me habéis acogido”  
Mateo (25, 43).

**RESUMEN:** En el Derecho penal italiano existe un estatus específico para el inmigrante extracomunitario. En este artículo afrontamos, mediante el análisis dogmático y político-criminal de la legislación penal y de las últimas propuestas de reforma, el problema de hasta qué punto tal estatus vulnera las garantías del ciudadano extracomunitario y genera un Derecho penal de autor.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho penal italiano, dogmática, política criminal, inmigrante extracomunitario.

**ABSTRACT:** A specific status for the non communitarian immigrants can be found for Italian criminal law. In this paper, by means of a “dogmatic” and criminal policy analysis of criminal law rules and the latest reform proposals, we will deal with the problem of whether that status violates the rights of non communitarian citizens and constitute an example of criminal law based on the personal characteristics rather than on facts.

**KEY WORDS:** Italian Criminal Law, dogmatic, criminal policy, non communitarian immigrants.

**SUMARIO:** 1. Las políticas penales de la inmigración y el papel del extranjero “extracomunitario”, entre tipo de autor y derechos fundamentales. 2. Aclaraciones sobre la jerarquía entre derechos fundamentales y derechos de ciudadanía. 3. El inmigrante como objeto material, autor, o víctima, en el Texto único sobre la inmigración. Las hipótesis de favorecimiento de la permanencia ilegal (art. 12, inciso 5, decreto legislativo núm. 286/1998) y de la cesión a título oneroso de inmuebles a extranjero irregular con la finalidad de injusto provecho (art. 12, inciso 5 bis, decreto legislativo núm. 286/1998). 4. Los bienes jurídicos protegidos mediante las incriminaciones del T.U. sobre la inmigración. 5. El extranjero como objeto material con “deberes de estatus geopolítico”. 6. La presencia de un Derecho penal de autor por discriminación geopolítica (o de ciudadanía) en la disciplina de la inmigración ilegal. 7. La injustificada inobservancia de la orden de alejamiento del funcionario de policía (art. 14, inciso 5 ter, decreto legislativo núm. 286/1998): un delito contravencional de autor, de peligro presunto y de ofensa cumulativa, en violación de los artículos 27, inciso 1; 25, inciso 1; 2 y 3, inciso 1, de la Constitución. 8. El proyecto de delito de ingreso y residencia ilegal en el territorio del Estado (proyecto de ley núm. 733/2008): ¿delito o contravención? 9. La agravante común (art. 61, inciso 1, numeral 11-bis, Código Penal italiano) de la presencia ilegal en el territorio nacional. Perfiles de ilegitimidad constitucional de una responsabilidad “de autor”. 10. Balance político-criminal sobre la transición a un Estado de prevención: del Derecho penal del enemigo a una ilegalidad extendida a todos los ciudadanos.

### 1. Las políticas penales de la inmigración y el papel del extranjero “extracomunitario”, entre tipo de autor y derechos fundamentales

El objeto de esta intervención tiene que ver con la posibilidad de definir las políticas penales en el campo de la inmigración, en el ámbito de las *categorías jurídicas* básicas de la intervención penal y en la línea de la *tutela de los “derechos” como fundamento y límite de la intervención penal*. Nos ocupamos, más exactamente, del estatus específico del inmigrante extracomunitario desde el punto de vista penal. Efectivamente, es claro que tal estatus existe y diferencia a éstos de todos los demás extranjeros, haciendo de ellos una muy particular “tipología” de sujetos con relevancia penal. En este sentido, se tratará de comprobar el surgimiento de nuevas formas de *Derecho penal de autor*, que aparecen enmascaradas dentro de los esquemas del Derecho penal del hecho.

### 2. Aclaraciones sobre la jerarquía entre derechos fundamentales y derechos de ciudadanía

Es preciso hacer algunas aclaraciones, al menos cuatro.

La *primera aclaración* es que hay derechos que no conciernen sólo a los ciudadanos, sino a todas las personas, mientras que existen derechos de ciudadanía que implican un momento de discriminación. Cuando la Constitución italiana habla de ciudadanos, usa este término generalmente en sentido técnico, pero a veces también ambiguo, mezclando principios que obligatoriamente deben referirse a todas las personas con una exigencia de orientación nacionalista, como ocurre en el artículo 3, inciso 1 de la Constitución, en materia de igualdad formal, cuando se hace expresa referencia a los “ciudadanos”. Con ese fin, el lenguaje constitucional toma de la tradición de las declaraciones de los derechos del hombre y del ciudadano uno de los perfiles de mayor viscosidad cultural,<sup>1</sup> seguramente necesitado de un “nuevo look”. Sin embargo,

es sincero, porque explica que la igualdad sufre una inclinación nacional, una diferenciación nacionalista constitucionalmente compatible, siendo casi universalmente aceptado (tanto en 1947 como hoy) que los extranjeros no tengan un tratamiento social y jurídico “equiparado” al de los ciudadanos.<sup>2</sup> Por lo demás, la diferenciación más explícita la encontramos respecto al tema aquí tratado, en cuanto al derecho de *libertad de circulación* (art. 16 const.); también éste disciplinado del mismo modo, haciendo especial referencia a los “ciudadanos” y que constituye la premisa que resuelve toda ulterior diversificación en los ámbitos social y político.

Un *corolario* de esta *premis*a es que la igualdad no es sólo un derecho de tendencia universal: todavía hoy, los derechos de ciudadanía constituyen, en el plano mundial, la base política para discriminaciones (consideradas) legítimas, y aun antes inevitables, entre los hombres.

La *segunda premisa* es que los derechos de ciudadanía en sentido estricto tienen razón de existir solamente si no vulneran los derechos fundamentales de todas las personas: en el conflicto con el artículo 2 constitucional,<sup>3</sup> el artículo 3, inciso 1,<sup>4</sup> referido a la diversidad entre “ciudadanos” y “no ciudadanos”, debe ceder al primero. Se podrían citar numerosos trabajos de filósofos, sociólogos, constitucionalistas e incluso las sentencias de las Cortes Supremas, comenzando por la jurisprudencia CEDU.<sup>5</sup> Son éstas las fuentes más interesantes para dar contenido a los discursos de los penalistas. Sin embargo, limitemos el comentario a un ejemplo.

Durante el Tercer Reich, la Ley sobre ciudadanos del Estado (*Reichsbürgergesetz*) de 15 de septiembre de 1935, estableció por primera vez un estado de ciudadanía diferenciado para los alemanes. “Perteneciente al Estado” [o “ciudadano del Estado”] (*Staatsangehöriger*), según esta ley, era quien “*pertenezca a la alianza de protección del Estado alemán y por ende tiene una peculiar obligación hacia este último*” (párr. 1,

<sup>1</sup> Cfr. G. Agamben, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Milán, 1995, pp. 148 y ss.

<sup>2</sup> Para un análisis ilustrativo de la problemática cfr. G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Jovene, 2007, pp. 105 y ss., con amplias referencias al estado del tema en el debate constitucionalista contemporáneo.

<sup>3</sup> El artículo 2 de la Constitución italiana establece: “La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, sea de manera particular como en cuanto a las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad, y requiere el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social”. [T.]

<sup>4</sup> El inciso 1 del artículo 3 de la Constitución italiana indica: “Todos los ciudadanos tienen igual dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opinión política, condiciones personales y sociales”. [T.]

<sup>5</sup> CEDU: Corte Europea de Derechos Humanos, por sus siglas en italiano. [T.]

inciso 1). Junto a esto existía también, de acuerdo con el párrafo 2, el estatus de “ciudadano del Reich”, es decir, del “Reino” (*Reichsbürger*). Disponía el párrafo 2, inciso 2: “*Perteneciente al Reich es sólo aquel que tenga la ciudadanía del Estado, sea de sangre alemana o emparentado [artverwandt], el cual, por medio de su comportamiento, demuestre que comprende y es idóneo para servir fielmente al pueblo y al Reino alemán*”. Conforme al párrafo 2, inciso 3, era el ciudadano del Reich “*el único portador de todos los derechos políticos según las leyes*”. En la Ley sobre los ciudadanos del Reich no se hacía ninguna referencia a los judíos. La norma hablaba sólo de “ciudadanos del Estado de sangre alemana o emparentado”, pero con tal expresión, naturalmente, se quería afirmar que los judíos no eran ciudadanos del Reich.<sup>6</sup>

Nosotros actualmente no hacemos diferencias formales entre los ciudadanos, salvo frente a aquellos que, siendo autores de delitos, pierden algunos derechos como efecto de las penas accesorias o principales impuestas. Sin embargo, distinguimos entre los extranjeros con ciudadanía comunitaria y los extranjeros extracomunitarios (art. 1, incisos 1 y 2 del decreto legislativo núm. 286 de 25 de julio de 1998<sup>7</sup> y sucesivas modificaciones, Texto único de la inmigración). Como la ley sobre los ciudadanos del Reich creaba una discriminación que violaba los derechos fundamentales (puesto que pretendía excluir a los judíos, en particular, de una serie de derechos políticos, sociales, etc.), asimismo nuestro problema, hoy en día, es comprobar en qué medida la distinción entre extranjeros comunitarios y extracomunitarios implique discriminaciones lesivas de los derechos de todos,

o al menos de los derechos que todos los imputados (o los sujetos responsables) de un delito, comunitarios o no, deberían tener. Derechos *sustanciales*, en la perspectiva aquí seleccionada, antes que procesales.

La *tercera premisa* es que las leyes sobre la inmigración pertenecen hoy al tema de la seguridad pública, y el uso del Derecho penal para tutelar algunos intereses y necesidades de “seguridad” es uno de los más clásicos y tradicionales de este Derecho, que desde siempre ha sido un arma en las manos del Estado. Incluso si en la actualidad la categoría y palabra de uso obligado como es “seguridad” ha asumido perfiles muy amplios, los cuales hacen referencia a los rasgos más diversos de la intervención penal (seguridad del trabajo, del producto, de los alimentos, del ambiente, de los datos personales, seguridad del tráfico vehicular, seguridad de los mercados, etc.), al punto de incurrir en el riesgo de transformar el *Estado de derecho* en un *Estado de prevención*,<sup>8</sup> el tema de la inmigración y de la seguridad pública aparece mucho más “normal”, en su antigua excepcionalidad, que otros aspectos contemporáneos. Los códigos del siglo XIX, por ejemplo, iniciaban la parte especial con los delitos contra la seguridad, que era el título heredado de los viejos crímenes de lesa majestad (humana). Aparentemente, pues, nos encontramos en el ámbito de un Derecho muy sometido a las tensiones de la razón de Estado, ante la materia tradicionalmente más refractaria frente a un enfoque, por así decirlo, “científico”<sup>9</sup> y a una legitimación cultural, y más refractaria aún a mostrar el lado bueno del Derecho, el incluyente; si es que alguna vez el Derecho penal puede considerarse el instrumento idóneo para tal fin humanitario.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> Cfr. T. Vormbaum, “La legislazione razziale nella Germania nazista”, conferencia impartida en Milán-Bicocca en noviembre de 2008.

<sup>7</sup> Estos incisos establecen: “1. El presente texto único, en actuación del artículo 10, inciso segundo, de la Constitución, se aplica, salvo que sea distintamente dispuesto, a los ciudadanos de Estados no pertenecientes a la Unión Europea y a los apátridas, a continuación enunciadados como extranjeros. / 2. El presente texto único no se aplica a los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea, sino en cuanto se trate de normas más favorables, y salvo lo dispuesto en el artículo 45 de la ley No. 40 del 6 de marzo de 1998”. [T.]

<sup>8</sup> Cfr. M. Donini, “Sicurezza e diritto penale”, en *Cassazione Penale*, 2008, pp. 3558 y ss.

<sup>9</sup> Sobre la negativa de Francesco Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, vol. VII, Tipografia B. Cavonetti, Lucca, 1870, párrs. 3913 y ss., a “exponer la clase de los delitos políticos”, siendo su construcción el resultado de la “prevalencia de los partidos y de las fuerzas” (párr. 3926), en lugar de ser expresión de una elaboración científica, cuya “tela jurídica”, en esta materia, “siempre se romperá o por la espada o por el cañón” (párr. 3927), cfr. por todos M. Sbriccoli, “Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento”, *Quaderni fiorentini*, 1973, especialmente pp. 638 y ss., también para la crítica a la posición aristocrática carrariana, cuya noción de ciencia pretendía definir “como principios absolutos” (de un iusnaturalismo con fundamento racional, si bien con raíces religiosas, pero no históricas) el contenido del Derecho penal. No obstante la imposibilidad de superar algunas críticas obvias a tal premisa metodológica, permanece la verdad crítica del juicio de Carrara acerca de las dificultades de reconducir la “clase de los delitos políticos”, en sus transitorias pero perennes contingencias y emergencias, a cualquier cosa distinta del producto de la razón de Estado. Ese “cualquier cosa distinta” sigue siendo para nosotros un *τέλος* (*telos*), pero no es expresión de las decisiones del Derecho legislativo, en parte transformable sólo a partir de la interpretación y la magistratura en un producto jurídico más aceptable.

<sup>10</sup> Se permita, al respecto, el reenvío a M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004, pp. 53 y ss.

La cuarta y última premisa es que el Derecho penal, si bien no tiene un “campo de estudio” propiamente suyo, ya que puede sancionar cualquier hecho referente a otra rama del ordenamiento,<sup>11</sup> por los bienes que sacrifica es una disciplina directamente regulada por el artículo 2 de la Constitución, además del título primero (arts. 1-18) de la Convención Europea para la salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, antes que por el artículo 3 o el artículo 16 constitucional. Atendiendo a los derechos inviolables del hombre, entre los cuales están *la vida, la libertad y la dignidad*, las disciplinas penales se encuentran en todo caso subordinadas a tales derechos, antes que a las diferentes interpretaciones de los estatus de sus destinatarios por razones de ciudadanía. Algunos de los mismos principios penales de relevancia constitucional, como la personalidad de la responsabilidad penal (art. 27, inciso 1 const.) y la finalidad reeducativa de la pena (art. 27, inciso 3 const.), se adscriben a la orientación de la tutela de la dignidad, de la vida y de la libertad de la persona y, por ende, al nivel superior del artículo 2 constitucional y, en todo caso, de los derechos fundamentales.

### 3. El inmigrante como objeto material, autor, o víctima, en el Texto único sobre la inmigración. Las hipótesis de favorecimiento de la permanencia ilegal (art. 12, inciso 5, decreto legislativo núm. 286/1998)<sup>12</sup> y de la cesión a título oneroso de inmuebles a extranjero irregular con la finalidad de injusto provecho (art. 12, inciso 5 bis, decreto legislativo núm. 286/1998)<sup>13</sup>

Queriendo desde ahora enumerar los delitos en materia de inmigración en este ámbito conceptual, es

necesario realizar una distinción fundamental dentro de éstos: los delitos donde el inmigrante es *autor*; aquellos donde es *objeto material* de la conducta de terceros, y aquellos donde resulta, del hecho típico, ser una *víctima*, por haber tipificado la norma que el extranjero sea el sujeto titular del interés protegido. Al respecto, podrá sorprender un doble dato: *el inmigrante no es nunca sujeto pasivo (necesario) de las normas en esta materia, y en cambio es siempre objeto material o autor*. La referencia al inmigrante (o al extranjero) extracomunitario como un mero “objeto material” puede desconcertar, pero se anida aquí un criterio técnico (un criterio ‘clásico’ de la teoría del delito) de gran importancia para ‘develar’ la cultura que permea estos tipos penales.

Como se anticipó, en el decreto legislativo núm. 286/1998 no existen, salvo dos hipótesis problemáticas de las cuales se hablará, delitos donde el inmigrante sea el titular del bien protegido:<sup>14</sup> los extranjeros extracomunitarios son considerados únicamente o como *autores de delitos* (art. 13, incisos 13 y 13 bis; art. 14, incisos 5 ter y 5 quater, decreto legislativo núm. 286/1998: delitos de inobservancia de los decretos o de las órdenes de expulsión, y de las prohibiciones de reingreso) o de *contravenciones* (art. 14, inciso 5 ter, segundo periodo, decreto legislativo núm. 286/1998: permanencia ilegal del expulsado por vencimiento del permiso de residencia), *que son delitos especiales*, o como *objetos “materiales”* de conductas ajenas y de disciplinas de regulación de flujos migratorios (art. 12, incisos 1, 2, 5 y 5 bis, decreto legislativo citado: actos de favorecimiento del ingreso o de la permanencia ilegal; art. 22, inciso 12, decreto legislativo núm. 286 citado: asunción de extranjeros privados del permiso de residencia), mientras se con-

<sup>11</sup> Cfr. T. Padovani, *Diritto penale*, Giuffrè, 2006, pp. 1 y ss.

<sup>12</sup> Esta norma indica: “Fuera de los casos previstos por los numerales precedentes, y salvo que el hecho no constituya un delito más grave, quien, con la finalidad de obtener un injusto provecho de la condición de ilegalidad del extranjero o en el ámbito de las actividades castigadas de acuerdo con el presente artículo, favorece la permanencia de éstos en el territorio del Estado en violación de las normas del presente texto único, es castigado con la reclusión hasta de cuatro años y con multa hasta de 15 493 euros”. [T]

<sup>13</sup> Esta norma determina: “Salvo que el hecho constituya un delito más grave, quien cede a título oneroso un inmueble del cual tenga la disponibilidad a un ciudadano extranjero irregularmente residente en el territorio del Estado es castigado con la reclusión de seis meses a tres años. La condena con providencia irrevocable comporta la confiscación del inmueble, salvo que pertenezca a una persona ajena al delito. Se observan, en cuanto aplicables, las disposiciones vigentes en materia de gestión y destinación de los bienes confiscados. Las sumas de dinero recabadas de la venta, donde haya sido dispuesta, de los bienes confiscados son destinadas al reforzamiento de las actividades de prevención y represión de los delitos en tema de inmigración clandestina”. [T]

<sup>14</sup> Véase también, sobre este punto, el lúcido tratamiento del tema en A. Caputo, *Diritto e procedura penale dell’immigrazione*, Giapichelli, 2006, pp. 124 y ss. La situación parece diferente en el Código Penal español, donde el extranjero irregular es ficticiamente considerado víctima con la finalidad de poder garantizar mejor su exclusión: para esta crítica P. Laurenzo Copello, “El modelo de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos”, en Manuel Cancio Meliá, L. Pozuelo Pérez (coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Thomson Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2008, pp. 223 y ss., 236 y ss.

vierten en *sujetos pasivos sólo en hipótesis agravadas* que no son títulos autónomos de delito, sino *circunstancias agravantes* de hechos-base donde el extranjero no es víctima, sino objeto material (art. 12, inciso 3 bis, literales b y c, y el inciso 3 ter, decreto legislativo citado: agravación del favorecimiento del ingreso o de la permanencia ilegal por la exposición al peligro respecto a la vida o incolumidad de los inmigrantes, o por su sometimiento a tratos inhumanos o degradantes, o por destinarlos a la prostitución o a la explotación sexual, o en caso de finalidad de explotación de menores en actividades ilícitas).

Hay *dos únicos casos* en que el extranjero parece ser, en modo directo o indirecto (según las reconstrucciones), objeto de tutela y por tanto persona ofendida, aunque sobre todo en forma potencial, de incriminaciones autónomas del T.U.: son las hipótesis del artículo 12, incisos 5 y 5 bis, cuyos delitos de *favorecimiento de la permanencia ilegal o del hospedaje de inmigrantes clandestinos* son castigados si se cometen “con la finalidad de obtener un injusto provecho de la condición de ilegalidad del extranjero [o en el ámbito de las actividades sancionadas de acuerdo con el presente artículo]” o, respectivamente, si se presentan a título oneroso y “con la finalidad de obtener un injusto provecho”. Es posible comprender, de hecho, que sólo cierto tipo de “explotación” del extranjero permita obtener un injusto provecho de las mencionadas actividades, aun si la norma, en rigor, no exige necesariamente una “explotación”, mucho menos consumada, y ambas circunstancias tienen un origen diverso.

En concreto, el artículo 12, inciso 5, citado, sustituye desde 1998 al viejo artículo 12, inciso 1 de

la Ley núm. 943, de 30 de diciembre de 1986, que castigaba el empleo en condiciones ilegales de trabajadores inmigrantes con la finalidad de favorecer su explotación. Tal disposición, sin embargo, fue derogada por el T.U. (art. 47, inciso 2, literal c, decreto legislativo núm. 286/1998) y “debe excluirse que este mismo tipo penal esté comprendido en el delito de que trata el artículo 12, inciso 5, del citado texto único, que sanciona la conducta de quien favorece la permanencia del extranjero en condiciones de ilegalidad en el territorio del Estado, en cuanto es diferente la finalidad de la nueva norma incriminatoria, la cual es funcional a la regulación de los flujos de inmigración en el territorio italiano, allí donde la disposición derogada tenía esencialmente el fin de tutelar las condiciones del trabajador extranjero”.<sup>15</sup> Es sólo una difundida *lectura jurisprudencial restrictiva*, a propósito del inciso 5 del artículo 12, la que parece ver en el extranjero el sujeto pasivo, o en todo caso un sujeto indirectamente tutelado. Se dice que si el provecho debe ser injusto, no puede serlo sólo porque tautológicamente sea *contra legem* en razón de la condición del clandestino, sino que éste postularía *cierto desequilibrio en la reciprocidad contractual, en perjuicio del extranjero*.<sup>16</sup>

Efectivamente, *de hecho*, esto podrá verificarse con frecuencia, excepto que obtener un provecho injusto *por la condición de “ilegalidad”* (así el citado inciso 5) sería compatible también con una evasión fiscal o de obligaciones frente a la seguridad social, que podría presentarse por medio de una organización laboral múltiple, o de contratos “en serie” en favor de la permanencia de extranjeros ilegales, de quienes se “explota”

<sup>15</sup> Casación, sección I, 16 de febrero de 2002, núm. 6487. Véase también Casación, sección I, 24 de febrero de 2004, núm. 8065; Casación, sección I, 15 de febrero de 2006, núm. 4694 (donde incluso la estipulación de contratos de comodato de locales para uso habitacional a título oneroso, pero sin signos de “inequidad” económica del correspondiente negocio, ha sido considerada configurante del delito de favorecimiento de la permanencia ilegal con fines de “injusto provecho”, siendo el contrato, calificado de comodato, resoluble arbitrariamente); Casación, 10 de octubre de 2003, en *Diritto e pratica del lavoro*, 2003, p. 3168, donde el visado de ingreso había sido obtenido mediante simulación de los presupuestos necesarios y el extranjero había sido asumido informalmente en un trabajo, mientras aún figuraba ficticiamente al servicio de un tercero, ciudadano italiano, en su residencia (cit. en F. Bottalico, “Stranieri, Commento al D. legisl. 25 luglio 1998, n. 286, sub Art. 22, V”, en Palazzo y Paliero, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Cedam, 2007, p. 2685).

<sup>16</sup> Entre tantas sentencias, por ejemplo, Casación del 16 de octubre de 2003, Capriotti en *Casación penal*, 2004, p. 2983; Casación, sección I, 28 de noviembre de 2003, núm. 4670; Casación, sección I, 28 de noviembre de 2003, núm. 46066; Casación, sección I, 25 de octubre de 2000, núm. 4700; Casación, sección III, 5 de diciembre de 2006, núm. 39952, en el sentido de que la evasión de las obligaciones de seguridad social por la asunción de extranjeros irregulares no es razón suficiente para considerar que se da el fin de injusto provecho; Casación, sección I, 29 de noviembre de 2006, Affatato, en *Diritto penale e procedura*, 2007, p. 305, que reforma una sentencia de mérito que había aplicado el tipo sobre la sola base del empleo de mano de obra informalmente; Casación, sección I, 30 de enero de 2008, Savarese, en *Diritto e pratica del lavoro*, 2008, p. 597; y antes Casación, sección III, 20 de abril de 2001, núm. 6064, en el sentido de que el viejo artículo 12 de la Ley núm. 943, de 30 de diciembre de 1986, que preveía la hipótesis de la “explotación” del extranjero irregular, habría sido “recogido” en el artículo 12, inciso 5, del T.U. Ampliamente, para ésta o similares lecturas, más allá del ausente enfoque del extranjero como persona ofendida, *cfr.* M. de Giorgio, “I delitti di favoreggiamento delle immigrazioni illegali”, en L. Degli Innocenti (coord.), *Stranieri irregolari e diritto penale*, Giuffrè, 2008, pp. 81 y ss.; G. Bellagamba y G. Cariti, *La nuova disciplina dell’immigrazione*, Giuffrè, 2008, pp. 113, 116; A. Caputo, *Diritto e procedura penale dell’immigrazione*, *op. cit.*, pp. 91 y ss., 97 y ss.

la condición de ilegalidad (que impide una regularización fiscal, laboral y de seguridad social), mediante conductas que (aparte las violaciones fiscales, de seguridad social, etc.) no serían suplidas acudiendo al uso del “trabajo en negro” de sujetos italianos, exactamente porque no se podría crear, en presencia de italianos o de comunitarios, aquella presunción de facilitación de una situación abstractamente peligrosa para el control de los migrantes. Todo esto, sin que sea necesario identificar a las personas ofendidas; de hecho, parece suficiente que la conducta, por ejemplo de intermediación en la ubicación en ocupaciones clandestinas o irregulares, esté fundada en una “explotación” de las condiciones de ilegalidad de la categoría favorecida.

En cambio, las *lecturas jurisprudenciales* que exigen, frecuentemente de manera sólo implícita, una verdadera “explotación” del extranjero, o una finalidad de la conducta a tal resultado, parecen cumplir una *hermenéutica de resistencia* respecto al espíritu e incluso a la letra de la ley, sobre todo frente a las posibles consecuencias de explotación que “criminalizarían” todos los contratos irregulares con extranjeros, incluso aquellos que lo son solamente desde la perspectiva fiscal. Una resistencia que puede despertar simpatía y adhesión política, pero que no nos da cuenta del sentido verdadero, o si se quiere originario, de la legislación aquí comentada, y que deja en cambio en manos de los jueces mucho poder discrecional en el ‘análisis’ de las finalidades subjetivas de los sujetos implicados.

Una lectura restrictiva de las potencialidades detonantes de la norma, que prevé también la confiscación obligatoria del inmueble, es posible —como alternativa a la lectura que exige un daño potencial para el extranjero— aplicando ésta sólo a las conductas lucrativas del mercado ilícito que se presenten con modalidades que, efectivamente, resulten relevantes para la puesta en peligro de la seguridad pública o del orden público, como por ejemplo la frecuencia serial

de los hechos, la cantidad numerosa de los extranjeros implicados, etc. No obstante, puede verse cuántos espacios de discrecionalidad confiaría este fin encomiable a las manos de quienes juzgan.

Esta disciplina se ha complicado con la introducción en el artículo 12 del inciso 5 bis, operada por el artículo 1, inciso 1, del decreto ley núm. 92, de 23 de mayo de 2008, convertido en la Ley núm. 125, de 24 de julio de 2008. Norma concebida inicialmente para golpear a cualquier ciudadano italiano que diese alojamiento a un extracomunitario, y luego transformada, durante el proceso, en tipo penal que no debía arriesgarse a incriminar (una segunda vez) a los “empleadores” asistidos por las “badantes”<sup>17</sup> extracomunitarias y que les ofrezcan (más o menos gratuitamente) el alojamiento, como surge en los trabajos preparatorios de la ley. La versión que de allí se derivó parece tutelar a los extranjeros irregulares contra los comportamientos de quienes se aprovechan de ellos dándoles alojamiento o cediendo en tenencia un inmueble “a título oneroso” y “con el fin de obtener un injusto provecho”.<sup>18</sup> Tampoco aquí aparece la elocuente referencia a la finalidad de favorecer la “explotación” de los extranjeros irregulares que se encontraba en el anteriormente vigente artículo 12, inciso 1, de la Ley núm. 943, de 30 de diciembre de 1986, y la alusión a la finalidad de provecho injusto presenta un valor ambiguo, como el que se observa en otros delitos en los que el adjetivo ‘injusto’ es pleonástico o demasiado selectivo. Tal como sucede en el caso del inciso 5, frente al cual la interpretación que ve al extracomunitario como una *víctima (sólo) potencial* sigue siendo, en nuestra opinión, la más adecuada.

*No se requiere*, de hecho, que éste sea necesariamente la persona ofendida por el delito y que la conducta criminal sea, en consecuencia, de *necesaria explotación*. Y esto no tanto (v. *infra*) porque nos encontremos en presencia de un “dolo específico” que

<sup>17</sup> Se ha preferido usar esta palabra italiana adaptada al español, en la medida en que las posibilidades de traducción (acudiente, asistente) no parecían reflejar el sentido original, si bien en España parece usarse para tal situación la palabra “cuidadora” ([www.secuidador.com](http://www.secuidador.com)). *Badanti* (*badante* en singular) son las personas, mujeres (en su mayoría provenientes del este de Europa), que se encargan de la asistencia a los ancianos en sus propios hogares, y que residen igualmente, por lo general, con sus empleadores. No se trata de enfermeras, en la medida en que no han estudiado esta profesión, pero tampoco de empleadas de servicio (denominadas en italiano comúnmente como *colf*), si bien en la práctica su trabajo es una combinación del que tanto unas como otras realizan. Parece oportuno, además, citar la siguiente información tomada del *blog* de Álvaro Duque del periódico *El Tiempo* ([www.eltiempo.com](http://www.eltiempo.com)): “Badante” (ayudante, sobre todo en relación con la asistencia a los ancianos), es otra palabra horrible. Está incluida en la lista hecha por los periodistas de la campaña *Le parole lasciano impronte* (las palabras dejan huella), que pretende individualizar las expresiones que deberían ser desterradas del vocabulario de los medios de comunicación”. [T]

<sup>18</sup> En este sentido, por ejemplo, la lectura de L. Maserà, “Immigrazione”, en AA.VV., *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, coordinado por O. Mazza y F. Viganò, Giappichelli, 2008, p. 23. También los oportunos llamamientos al *iter* de la ley, además de R. Maruotti, “Le altre modifiche in materia di immigrazione nel segno della ‘tolleranza zero’”, en AA.VV., *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, coordinado por S. Lorusso, Cedam, 2008, pp. 317 y ss.



no exige la realización de la finalidad, como por dos razones absorbentes: en el plano literal, porque no se reproduce el llamado textual y unívoco de la Ley núm. 943/1986; en el plano teleológico, por la existencia de situaciones merecedoras de tutela (en la perspectiva de la ley), incluso sin la presencia de una víctima extracomunitaria.

Piénsese en el hecho de quien destina todo un edificio para el exclusivo alojamiento de extracomunitarios irregulares, a un precio completamente “congruo”, y sin ofrecer condiciones locativas precarias o desproporcionadas *respecto al canon*. Sería muy extraño que tal conducta no debiese integrar ni el tipo penal del favorecimiento de la permanencia ilegal (inciso 5 del art. 12), exigiendo la jurisprudencia prevalente que el fin de obtener provecho injusto postule cualquier intención de prevaricación o una explotación del extranjero irregular,<sup>19</sup> ni tampoco el delito a que se refiere el inciso 5 bis actualmente introducido, que no alude, por lo demás (a diferencia del inciso 5), a una finalidad (necesaria) de obtener injusto provecho “de la condición de ilegalidad del extranjero”.

Una *heterogénesis de los fines*<sup>20</sup> muy singular es aquella ínsita en la interpretación que, contra las intenciones del legislador, siguiese considerando lícito el arriendo a título oneroso de toda una “pensión” o edificio a grupos de extracomunitarios clandestinos, a menos que haya una específica (finalidad de) explotación “en su perjuicio”, basada en la condición de debilidad en que se encuentran.<sup>21</sup> Por otro lado, la ejecución de un contrato de trabajo con el extranjero irregular (generalmente alojado por el empleador, si es una “badante” y el empleador es el mismo destinatario de las prestaciones) es ahora sancionada también

como delito, en forma análoga, después del “decreto sobre la seguridad” núm. 92/2008, convertido en la Ley núm. 125/2008, por el nuevo art. 22, inciso 12, del decreto legislativo núm. 286/1998, que castiga con la reclusión de seis meses a tres años (además de la multa de 5 000 euros por cada trabajador empleado) un hecho que antes había sido siempre una contravención (nunca un hecho lícito). Si entonces con la novedad que introduce el artículo 12, inciso 5 bis, se ha entendido (pacíficamente) que se excluye al empleador de una “badante” o de una colaboradora doméstica que pone a disposición el alojamiento, esto significa que la norma está destinada a comprender las hipótesis de locación o cesión con *finalidad* esencialmente *lucrativa y adicionalmente* caracterizada de ulteriores elementos de violaciones de la vigente normativa fiscal, civil, penal o administrativa del T.U. sobre la inmigración, que permitan conferir a la conducta una perspectiva de ventaja “injusta” aun en ausencia de perjuicios económicos o personales para el ciudadano extracomunitario. Se trata, de hecho, de violaciones destinadas a poner abstractamente en peligro la seguridad, si consienten la continuidad de alojamientos ilegales de clandestinos y, al mismo tiempo, favorecen a los titulares de inmuebles con ventajas ilícitas, de tal manera que perpetúen un permanente circuito de ilegalidad. Si la asignación *gratuita* de un alojamiento a un extranjero irregular debe considerarse *elemento de atipicidad de la conducta (a título “oneroso”)*, conferir el hospedaje *a título oneroso* puede de todas maneras resultar orientado a un provecho “no injusto” en presencia de otros *elementos negativos de la injusticia del provecho*. Por ejemplo, cuando se trate de un contrato efectuado prevalentemente

<sup>19</sup> Para tal enfoque, *cfr.* G. Bellagamba y G. Cariti, *La nuova disciplina dell’immigrazione, op. cit.*, p. 116. Véanse las sentencias mencionadas *retro*, en la nota 10.

<sup>20</sup> Esta misma expresión también en L. Masera, *Immigrazione, op. cit.*, pp. 21 y ss., quien propende (con una postura que se viene difundiendo desde los primeros comentadores) por una interpretación contraria a las que se considera son las intenciones del legislador (excluir de la punición solamente los empleadores de las “badantes” que son alojadas en sus propias residencias), pero posibilitada por una suerte de *error calami* de los redactores. En realidad, como se dijo en el texto, también los empleadores de las “badantes” son actualmente responsables del delito doloso de que trata el artículo 22, inciso 12 reformado, que entre otras cosas, aun desde antes era una contravención. Si el hecho al que alude el artículo 12, inciso 5 bis, se dirige a realizar la ejecución del delito establecido en el artículo 22, inciso 12, ¿cómo puede decirse que esté orientado a un provecho “justo”? Para no llegar a tal conclusión se debe, en efecto, operar una interpretación restrictiva. Afortunadamente, el alojamiento de las “badantes” suele ser gratuito (o no se conoce el precio “descontado” de la compensación salarial mensual). Pero también esta interpretación debe siempre garantizar a la norma autonomía y sensatez. Nos parece entonces que deba valorarse, junto al título oneroso en todo caso requerido, una finalidad de provecho injusto por ser de explotación de las personas en particular, o de la condición en general de ilegalidad en que se encuentran, concretada en conductas que de manera exclusiva “lucran” con ésta en actividades no compensables con contraprestaciones reconocidas por el ordenamiento.

<sup>21</sup> Así también, por lo demás, R. Maruotti, *Le altre modifiche in materia di immigrazione nel segno della “tolleranza zero”, op. cit.*, pp. 317 y ss., texto al cual se remite igualmente para un cuidadoso análisis del tipo penal. El autor exige una necesaria finalidad de explotación (como sucede con el inciso 5), pero partiendo de la premisa de que tal explotación constituye sólo el dolo específico del tipo; concluye, por tal razón, que el extranjero no podría considerarse sujeto pasivo del delito, sino que se trata de una incriminación para tutelar el orden público.

por razones de amistad, de benevolencia, o de correspondencia respecto a prestaciones de servicio o a requerimientos de terceros, naturaleza no serial y ocasional del hecho (sin incidencia sobre la seguridad y el orden público), etc. Pero la actividad de comercialización de los alojamientos a los irregulares se presenta en un constante riesgo penal, y sobre todo en un estado incierto, que depende de las lecturas más discrecionales de la injusticia del provecho, según lógicas del hecho, pero también conforme a lógicas de autor.

Cualquier otra explicación que pretenda hacer del extracomunitario una víctima *necesaria* (lo sería también respecto a una ofensa sólo de peligro) de los contratos referidos al alojamiento concedido a título oneroso implica una interpretación reductiva, más bien que restrictiva, del tipo penal, en contraste con la *ratio* despersonalizante de la disciplina del artículo 12, que no está orientado a la ‘persona’, y sigue formando parte de una política general de organización de los flujos migratorios y de los controles sobre los extranjeros irregulares, mediante la criminalización del “mercado ilegal” que los circunda.

No nos parece que el dato normativo que entiende construido el tipo como un delito “*con dolo específico*” pueda excluir la consecuencia de que se trate de tipos penales para la tutela del extranjero. Se repite a menudo que si el fin de un provecho injusto es “sólo” un dolo específico, esto tendría que ver con un dato de culpabilidad, que ni siquiera se requiere sea realizado, y por ende no atendería al plano de los intereses objetivamente tutelados u ofendidos. Sin embargo, el dolo específico, como ahora es reconocido por la más moderna y acreditada posición de la doctrina, no es sólo un elemento del fuero interno, sino que atañe (al menos normalmente, salvo hipótesis problemáticas donde la ley enmascare sólo un móvil bajo la indica-

ción del fin), además, a la orientación *objetiva* de la *conducta*, que como tal, entonces, debe ser, si bien no necesariamente lesiva, sí dirigida también, de manera objetiva, a realizar el fin, y entonces —si se adoptase la interpretación aquí criticada del artículo 12, incisos 5 y 5 ter citados— necesariamente en claro conflicto de intereses con el patrimonio o con las condiciones de trabajo —o con ambos— del extranjero. Esto comportaría con seguridad la atracción de aquellas condiciones entre los intereses tutelados y la persona del clandestino extracomunitario como sujeto pasivo del delito. De este modo, ya que el dolo específico incumbe también y con seguridad al “hecho objetivo” y no sólo a los elementos psíquicos internos, es segura su inherencia a la ofensa y, por ende, su incidencia en la dirección lesiva de la conducta.<sup>22</sup>

Por otra parte, si se quiere reconstruir las “finalidades de la ley” replicando la línea de la jurisprudencia dominante sobre el inciso 5 del artículo 12 para reproducirla en el inciso 5 bis, de tal manera que no se criminalice a los meros arrendadores con “normales finalidades de provecho”, que sean por ende “*normales tipos de autor*” que arriendan informalmente, obteniendo ventajas patrimoniales lícitas pero fiscalmente ilícitas, y requiriendo una “injusticia más calificada” para la integración del inciso 5 bis —por ejemplo, un desvalor de resultado potencial (tratándose de un delito de peligro con dolo específico) más marcado, diverso de las violaciones fiscales o de seguridad social, pero centrado en la seguridad (¿cuál seguridad, sin embargo?)—, será necesario en todo caso cuidarse de caer en la tentación de reservar a la discrecionalidad del juez la posibilidad de castigar ciertos tipos de autor y de excluir otros, sobre la base de una intención de prevaricación implícita y que sigue siendo de manejo hermenéutico no muy certero.<sup>23</sup> Un riesgo

<sup>22</sup> Siguiendo la jurisprudencia prevalente sobre el artículo 12, inciso 5, que exige una dirección de sustancial explotación, implícita en el fin de obtener “injusto provecho de la condición de ilegalidad del extranjero”, y que ejemplifica tal requisito con casos de explotación del extranjero y no sólo de la situación de un mercado ilegal, sería coherente considerar al extranjero una *necesaria persona ofendida* (en la fase del peligro) del tipo penal, *con todo lo que de ello resulta en el plano del régimen procesal* (notificaciones, otros derechos de la persona ofendida y de su defensor, etc.). Si, en cambio, esa misma jurisprudencia concluye que la dirección lesiva de la finalidad de provecho injusto no hace en todo caso del extranjero la persona ofendida, porque sería sólo un fin “interno” de provecho que revela, lo que significa que se activa una “subjetivización del tipo penal”, desplazando todo sobre el ámbito subjetivo, con el fin de perseguir tipos de autor (o de no perseguir ciertos de éstos) en lugar de hechos. Véanse de cerca el texto y la nota siguiente.

<sup>23</sup> Es triste tener que recordarlo, pero la lógica de autor, también aquí, es contagiosa, y lo llega a ser en el plano de la exclusión de la responsabilidad. Como bien se sabe, aun en el aspecto de la exclusión del tipo o de la culpabilidad se han usado históricamente las figuras del “tipo normativo de autor”: has cometido el hecho, pero no eres un tipo de autor correspondiente a las finalidades represivas del ordenamiento, no teniendo tú cierto objetivo *contra ius* que la ley no tipifica, pero que es requerido por la jurisprudencia que le “recorta” a la incriminación algunos fines ilícitos y otros lícitos. Se tratará de ver *cuál gestión concreta cumple la jurisprudencia* en la valoración de tales finalidades subjetivas, persiguiendo de hecho ciertos tipos de autor, y excluyendo otros (esenciales remisiones a esto en M. Donini, *Teoría del reato. Una introduzione*, Cedam, 1996, pp. 287-289, n. 40).

que nos parece sea el casi inevitable resultado de la apreciación de contratos que en todo caso ya se desarrollan en un “contexto ilícito”, como es aquel que “circunda” al extracomunitario irregular.

Esta visión menos tranquilizante de las cosas, quizá surge con más facilidad cuando se está dispuesto a emprender una lectura del sistema desde una posición menos interna a la corresponsabilidad en su aplicación cotidiana, y se tiene más comodidad para revelar los *diversos* puntos de vista *legislativos, políticos y prácticos* que operan conjuntamente y muchas veces contradictoriamente en la *law in the books* y en la *law in action*.

#### 4. Los bienes jurídicos protegidos mediante las incriminaciones del T.U. sobre la inmigración

Los tipos penales más significativos del T.U. sobre la inmigración, como se anticipó y es bien sabido, tienen que ver con la “reglamentación de los flujos migratorios”, la disciplina jurídica de legitimación de los ingresos y de la permanencia, y por ello, como se expresa en el título del capítulo II del decreto legislativo de 1998, con los delitos relativos al “*control de las fronteras, rechazo y expulsión*”.

Digamos de inmediato que todas las principales incriminaciones, en los hechos-base previstos, se refieren a ámbitos de tutela que atañen al “control” estatal de los flujos migratorios, y por tanto “*obedecen a*” intereses del Estado, de seguridad, control y orden público. Es como si fueran contravenciones, las cuales —según el modelo del código Rocco— son

siempre delitos “*concernientes*” a la policía o a una actividad de control, etc., y nunca delitos “*contra*” un específico bien jurídico lesionado (v. los títulos de los libros segundo y tercero del Código Penal).<sup>24</sup> Ahora bien, se trata de delitos incluso si, en cierta medida, son delitos contravencionales de acuerdo con su estructura.<sup>25</sup>

Veremos, en efecto, que el orden público es aquí —salvo las dos “excepciones” ya señaladas (párr. precedente)— un bien jurídico sólo “de categoría” o de intención, antes que el verdadero objeto de las incriminaciones. En todo caso no hay, sino en segundo lugar o como límite de la tutela, bienes jurídicos personales. Frente a estos tipos penales se asiste en realidad a una escalada penalista del papel del extranjero extracomunitario: o éste constituye el objeto de una disciplina de exclusión/“rechazo” (así el art. 10), porque no es titular de los derechos de los ciudadanos comunitarios, o bien es titular de prohibiciones de ingreso o de deberes de repatriación. Es ésta una *política de la exclusión, penalmente armada*. Anticipamos desde ahora que la política de la exclusión es aquella que más se acerca, en el ámbito del denominado Derecho penal de lucha, a las formas ilegítimas del *Derecho penal del enemigo*,<sup>26</sup> que convierte a los adversarios en “no personas” destinadas a ser neutralizadas o excluidas sin culpabilidad, o en todo caso *sin una “culpa” correspondiente a la sanción que es aplicada*, transformando la respuesta penal en la más típica de un Derecho penal de autor.

A la luz de cuanto hasta ahora se ha dicho, *no es posible* reconocer que los tipos penales que prohíben

<sup>24</sup> Estos libros recogen la parte especial del Código Penal italiano; en el libro II se establecen los delitos en particular, y en el libro III las contravenciones.

<sup>25</sup> Véanse *infra*, párr. 7 y n. 26.

<sup>26</sup> Para la *noción de Derecho penal del enemigo aquí utilizada* —cual forma radical de Derecho penal “*de lucha*” (concepto más “general” relativo a hipótesis legislativas, también europeas, en parte legítimas o de prácticas hermenéuticas de lucha siempre de dudosa legitimación, *cfr.* M. Donini, “Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non può limitarsi a esorcizzare”, *Studi sulla questione criminale*, núm. 2, 2007, pp. 55 y ss., 74 y ss.)— véase en particular M. Donini, *Il volto attuale*, *op. cit.*, pp. 53 y ss.; *Id.*, “Il diritto penale di fronte al nemico”, en *Cassazione Penale*, 2006, especialmente pp. 735 y ss., 741 y ss.; *Id.*, “Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico”, en AA.VV., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, *op. cit.*, pp. 19 y ss., 63 y ss.; *Id.*, *Diritto penale di lotta*, ulteriormente citada; además de F. Palazzo, “Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali”, en *Questione Giustizia*, 2006, pp. 666 y ss., especialmente pp. 675 y ss. y, con ulteriores distinciones, R. Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale*, *op. cit.*, pp. 13 y ss., 25 y ss. En general, se reenvía a las siguientes obras antológicas o conjuntas: *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, coordinado por M. Donini y M. Papa, *op. cit.*; *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, coordinado por M. Cancio Meliá/J. Gómez-Jara Díez, vols. I y II, Edisofer S.L./Euros Editores/B de F Ltda, Madrid/Buenos Aires/Montevidео, 2006; así como *Delitto politico e diritto penale del nemico*, coordinado por A. Gamberini y R. Orlandi, *op. cit.*; *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, coordinado por A. Bernardi, B. Pastore y A. Pugiotto, Giuffrè, 2008, especialmente pp. 107 y ss., 149 y ss., 161 y ss., y los números monográficos de *Questione Giustizia*, núm. 4, 2006; *Studi sulla questione criminale*, núm. 1, 2006, y núm. 2, 2007. Al tema del Derecho penal del enemigo se dedica un número próximo de la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*. Ahora es frecuente el enfoque del Derecho penal de la inmigración en la categoría del Derecho penal del enemigo: por ejemplo, A. Caputo, “Irregolari, criminali, nemici: note sul ‘diritto speciale’ dei migranti”, *Studi sulla questione criminale*, núm. 1, 2007, pp. 45 y ss.; *Id.*, *Diritto e procedura penale dell’immigrazione*, *op. cit.*, pp. 349 y ss.; F. Resta, “Nemici e criminali. Le logiche del controllo”, *Indice penale*, 2006,

favorecer el ingreso o la permanencia de extranjeros sean considerados *necesariamente* también en tutela de estos últimos, según el esquema del *delito pluriofensivo*, salvo interpretar incautamente tal figura, entendiéndola como un delito con una primera ofensa necesaria y una segunda eventual. En realidad, las incriminaciones que castigan al favorecedor sancionan *también* hechos que no son para nada peligrosos para la dignidad, la incolumidad o el patrimonio del extracomunitario en particular, a menos que se presume ese peligro como derivado de la situación de clandestinidad; es decir, como consecuencia de la *disciplina legal* de su condición.<sup>27</sup>

Verdaderamente, la protección de las personas extranjeras frente a las asociaciones criminales que organizan los ingresos constituye uno de los *motivos* que contribuyen a hacer más aceptable la disciplina, pero *no* individualiza el *bien jurídico principal* tutelado por las incriminaciones de favorecimiento.

### 5. El extranjero como objeto material con “deberes de estatus geopolítico”

La circunstancia de que el extranjero sea sólo *el objeto material*, y no también la persona ofendida, de los tipos penales que prohíben a terceros facilitarles

pp. 181 y ss., especialmente pp. 214 y ss.; M. Donini, *Diritto penale di lotta, op. cit.*, pp. 70 y ss.; M. Bellina, “La detenzione amministrativa dello straniero nel ‘paradigma del nemico’”, en *Sicurezza collettiva e diritti fondamentali in tempo di terrorismo, Atti del Workshop, Ferrara, 26 settembre 2007*, coordinado por S. Lorenzon, G. Vaccari y V. Zanetti, Aracne, 2008, pp. 125 y ss.; J. Wacquant, “‘Suitable Enemies’: Foreigners and Immigrants in the Prisons of Europe”, en *Punishment and Society*, núm. 2, 1999, pp. 215 y ss.; M. Cancio Meliá y M. Maraver Gómez, “El Derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal”, en S. Bacigalupo y M. Cancio Meliá (coords.), *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005, pp. 343 y ss., especialmente pp. 400 y ss., con concreta subsunción del artículo 318 bis del Código Penal español bajo la categoría en mención; E. M. Souto García, “Algunas notas sobre la función del Derecho penal en el control de los flujos migratorios: especial referencia a la medida de expulsión”, en P. Faraldo Cabana (dir.), L. M. Puente Aba, E. M. Souto García (coords.), *Derecho penal de excepción*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 289 y ss., especialmente pp. 314 y ss. *Il diritto penale del nemico*, en el significado aquí acogido, es caracterizado por el empleo de normas o conducta jurídicamente ilegítimas (en contraste con principios o normas constitucionales o fuentes superiores a la ley ordinaria) por las siguientes razones: cesando el Derecho penal de la culpabilidad para ser sustituido por el Derecho penal de la peligrosidad, se infringe el Derecho penal del hecho, suplantado por el de autor (punibilidad de actos preparatorios que bajo la punición de un hecho disimulan la pena por la peligrosidad de los autores), se pierde la finalidad de la pena de recuperación y resocialización, sustituida por sanciones excluyentes, de pura neutralización, o de marcada gravedad afflictiva que ocultan fines de eliminación social. Rigor sancionatorio desproporcionado (por ejemplo el tercer *strike*, la pena de muerte, las sanciones indeterminadas, el régimen penitenciario duro), o tortura, segregación de hecho, transformación de la pena en medidas de seguridad, o incluso exclusiones del contexto social (como las políticas de expulsión, que son la finalidad primaria de la misma amenaza de pena). En cuanto al aspecto procesal, se pide al juez que se haga cargo de las tesis de la parte acusadora: quien las contrasta se pone de la otra parte. Prohibido el garantismo, que vale sólo para los ciudadanos que reconocen el sistema, pues de lo contrario se asume como solidaridad con el enemigo; es así como se pierde la “terceidad” de la jurisdicción. Allí donde, en cambio, esta última aún se conserva, el derecho del enemigo es practicado de tal modo que no se llega nunca frente a un juez, eludiendo o reduciendo los controles jurisdiccionales. Se abusa de instrumentos parapenales de prevención y control, de la detención administrativa, de un empleo insólito de jurisdicciones extranjeras o de medidas adoptadas en forma tal de evitar la verificación jurisdiccional. La noción que aquí se reconstruye (no diferente de aquella, por ejemplo, de los citados escritos de F. Palazzo o de Cancio Meliá), se origina en un debate europeo y sudamericano, pero debe mucho, por los “materiales normativos” y político-criminales de referencia, también al “modelo fuerte” de la legislación y de las prácticas antiterroristas estadounidenses, y al indisoluble nexo entre disciplina de los inmigrantes y lucha a los extranjeros peligrosos. Véase al respecto J. Vervaele, “La legislazione antiterrorismo negli Stati Uniti: un diritto penale del nemico?”, en C. De Maglie y S. Seminara (coords.), *Terrorismo internazionale e diritto penale*, Cedam, 2007, pp. 237 y ss.; L. Salas, “Diritto penale, diritto politico e ‘diritto penale del nemico’”, en A. Gamberini y R. Orlandi (coords.), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Monduzzi, 2007, pp. 304 y ss.; V. Fanchiotti, “Il diritto penale del nemico e i nemici del diritto”, *Questione Giustizia*, 2006, pp. 699 y ss.; D. Cole, “Enemy Aliens”, *Stanford Law Review*, 2001-2002, pp. 953 y ss., tr. it. “Enemy Aliens”, en *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, M. Donini y M. Papa (coords.), Giuffrè, 2007, pp. 241 y ss., especialmente la sección V del ensayo, pp. 282 y ss.; sobre la implicación de Europa en las *extraordinary renditions*, véase por todos C. Fava, *Quei bravi ragazzi*, Sperling & Kupfer, 2007.

<sup>27</sup> Resultado paradójico, por lo demás. Es como si el Estado, que prohíbe la clandestinidad porque veta el ingreso, no quisiese admitir que es *también* efecto de su política si se verifica una pérdida de dignidad (al ser criminalizados) de los extranjeros. Castigando a quienes favorecen a los extranjeros, el Estado actúa la política que ha decidido asumir, pero no puede imputar a los favorecedores el contribuir a mantener a los extranjeros en situación de degradado humano, erigiéndose por el contrario como protector de los migrantes. Sobre el papel ambiguo del Estado italiano, entre aquel de protección y aquel de persecución penal hacia los clandestinos, es muy instructivo el informe de R. Puggioni, “Looking for Some Coherence: Migrants in-Between Criminalization and Protection in Italy”, en E. Guild y P. Minderhoud (eds.), *Immigration and Criminal Law in the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2006, pp. 169 y ss., con amplias referencias al debate en la política y en los medios de comunicación italianos. La tesis de la pluriofensividad, sobre todo en cuanto a los tipos penales que incriminan también al extracomunitario, recuerda de cerca una “*justificación jurídica de los campos de concentración*” que fue difundida en la época de los nazis, aun si se remontaba (como modelo jurídico) al Estado prusiano (cfr. G. Agamben, *Homo sacer, op. cit.*, p. 186). Las medidas administrativas que permitían la detención de los judíos para conducirlos a los campos de concentración se llamaban “Schutzhaft” (arresto de protección), porque los arrestos eran efectivos, se decía, en interés de los mismos destinatarios: K. Drobisch-G. Wieland, *System der NS-Konzentrationslager 1933-1939*, Akademie Verlag, Berlín, 1993, p. 36.

el ingreso o la permanencia, hace evidente que *nos encontramos en los confines con la biopolítica*, esto es, con aquel ámbito donde el poder soberano disciplina el estatus de quien no tiene derechos de ciudadanía y se manifiesta al Estado por ser simplemente un “cuerpo”, con su identidad física, sexual, étnica, geográfica, etc., sobre el cual el poder dicta las leyes, comenzando así a asignar o negar derechos *en razón de las “corpóreas” o, en el tipo penal, de proveniencia geográfica*.<sup>28</sup> Se trata de una política que tiene como objeto las *vidas al desnudo* de personas cuyos “cuerpos” son rechazados más allá de las fronteras (al menos en los programas legislativos: que luego sea realmente así o no, es una cuestión *de hecho*); vidas “extracomunitarias” que *como tales* “no pueden permanecer legalmente en Italia”, pero “pueden ser personas ofendidas por *delitos comunes*” y quien las lesione sufre la sanción penal que corresponde a quien ataca a víctimas que tengan ciudadanía comunitaria, e incluso una pena agravada. Para ser más precisos, más que formas de “*biopolítica*”, las hipótesis que se estudian lo son de “*geopolítica*”, puesto que la discriminación no depende de datos corpóreos, sino de la proveniencia geográfica extracomunitaria de estos *aliens* geopolíticos. Justamente porque son los autores predestinados de los delitos de inmigración, se regula expresamente, a favor de los terceros, una causal de justificación “humanitaria” que va más allá del estado de necesidad y concierne a sujetos intocables, “sagrados”. De hecho, *el artículo 12, inciso 2, decreto legislativo núm. 286/1988*, establece una regla inusual: “Sin perjuicio de lo previsto por el artículo 54 del Código Penal, no constituyen delito las actividades de socorro y asistencia humanitaria prestadas en Italia respecto a los extranjeros en condiciones de necesidad en cualquier manera presentes en el territorio del Estado”.<sup>29</sup> Quien los asuma para un trabajo “honesto”, comete delito (art. 22, inciso 12, T.U. citado); quien les dé alojamiento, con sólo pretender alguna compensación, comete delito, si quiere obtener un provecho que (salvo interpretaciones “correctivas”,

de las que se ha hablado) puede fácilmente ser calificado como “injusto” (v. párr. 3 *retro*). Sin embargo, además de estos “derechos”, el Estado se preocupa por reconocerles nuevos deberes de estatus; aquellos que se requieren para volver a estos “ciudadanos” corresponsables de su rechazo y expulsión, cuando no de la cárcel. No se trata, entonces, de una plena “cosificación” correspondiente al tratamiento de las personas como “objetos materiales”. En realidad, éstas alcanzan también el nivel de sujetos de derecho, pero paradójicamente como reos o autores del Derecho penal, más que como víctimas, obligados a la repatriación o a hacerse expulsar. Éstos se convierten en “personas” en cuanto sean víctimas *indiferenciadas* del Derecho penal común (como cualquier víctima), o en cuanto autores de delitos de estatus (delitos especiales). El momento de su “diferenciación” no es penalmente premial, excepto si se han adherido positivamente a procedimientos de regularización de flujos migratorios, o si entran en las “excepciones” a las hipótesis de expulsión: protección social, extranjeros objeto de persecución y discriminación en su patria, menores de edad, mujeres en embarazo, extranjeros que convivan con parientes o cónyuge italiano; casos todos disciplinados en los artículos 18-20 del decreto legislativo núm. 286/1998.

De estas premisas se extrae no sólo el dato obvio de que nos encontramos frente a sujetos que sufren una *capitis deminutio*,<sup>30</sup> sino también que la única posibilidad de “normalización”, de restitución de una dignidad y de una inserción social, la ofrece la eliminación del estatus de clandestino, que en sí misma expresa una ilegalidad *in corpore vili*, susceptible de detención (también administrativa) y de expulsión.

## **6. La presencia de un Derecho penal de autor por discriminación geopolítica (o de ciudadanía) en la disciplina de la inmigración ilegal**

Queremos ahora detener la atención en ulteriores aspectos paradigmáticos que merecen un análisis

<sup>28</sup> *Cfr.*, además de las alusiones en M. Foucault, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*; tr. it. Feltrinelli, 2005, pp. 32 y ss., 271 y ss., sobre todo G. Agamben, *Homo sacer, op. cit.*, pp. 129 y ss., 139 y ss.; R. Esposito, *Bíos. Biopolítica e filosofia*, Einaudi, 2004; AA.VV., *Lessico di biopolitica*, coordinado por Brandimarte y otros, Manifestolibri, La Nuova Talpa, Roma, 2006. Sobre la marginación de los inmigrantes como forma de un “nuevo tipo de racismo” *cfr.* Dal Lago, *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale* (1999), Feltrinelli, 2004, pp. 95 y ss.

<sup>29</sup> Acerca del significado de tales causales de justificación *cfr.* A. Caputo, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione, op. cit.*, páginas 120 y ss.

<sup>30</sup> Véase, por todos, el arrollador análisis sociológico de A. dal Lago, *Non-persone, op. cit.*; así como J. Curbet, *¡El rey va desnudo! Inseguridad, justicia y policía*, trad. it. *Insicurezza. Giustizia e ordine pubblico tra paure e pericoli*, Donzelli, 2008, pp. 72 y ss.

técnico desde la perspectiva del presente estudio. Nos preguntamos si la presencia de tipologías de sujetos extracomunitarios en los tipos penales objeto de estudio, trae consigo rastros o caracteres de un Derecho penal de autor, y en particular elementos de ilegitimidad constitucional o respecto a fuentes internacionales-supranacionales. Anticipamos que *por Derecho penal de autor* se entiende, en sentido estricto, un Derecho penal donde la razón de ser de la punición (o de una respuesta sancionatoria agravada) no consiste en el hecho cometido, sino en el tipo de autor, o porque falta el hecho que es sustituido por un sujeto “antijurídico”, o porque el ‘hecho’ existe pero es síntoma de un juicio sobre el autor: es verdad que no se quiere la comisión del ‘hecho’, pero porque en realidad es su autor quien resulta indeseable.<sup>31</sup>

Otra cuestión, pues, tiene que ver con *por qué* resulte *indeseable*. La situación es muy distinta en caso de que se trate de motivos raciales, religiosos o políticos, o bien cuando se trate de la dificultad de gestionar un fenómeno de inmigración masiva de otra manera incontrolable. Es ésta, en honor a la verdad, la hipótesis recurrente en los casos objeto de nuestra investigación, que llevan, como se verá, a una forma peculiar de *Derecho penal de autor por discriminación de ciudadanía*, y en consecuencia *por proveniencia geopolítica*, donde el sujeto resulta completamen-

te despersonalizado, evidenciándose como exponente de una categoría de extensión mundial (siempre que no sea comunitario) por razones que no tienen nada que ver con su persona o con su específica conducta.<sup>32</sup>

### **7. La injustificada inobservancia de la orden de alejamiento del funcionario de policía (art. 14, inciso 5 ter, decreto legislativo núm. 286/1998):<sup>33</sup> un delito contravencional de autor, de peligro presunto y de ofensa cumulativa, en violación de los artículos 27, inciso 1,<sup>34</sup> 25, inciso 1<sup>35</sup> 2 y 3, inciso 1, de la Constitución**

El delito de *injustificada inobservancia de la orden de alejamiento del funcionario de policía* (art. 14, inciso 5 ter, decreto legislativo núm. 286/1998), definido también como delito de permanencia ilegal, es un típico delito de inobservancia de disposiciones de la autoridad.<sup>36</sup> Ahora bien, éste, aun constituyendo delito, es previsto por una *norma especial* respecto a la *contravención del artículo 650 del Código Penal*<sup>37</sup> (en adelante CP), en la cual podría estar comprendido perfectamente.

Surge entonces una pregunta: ¿cómo puede un hecho que estructuralmente es una contravención, llegar a ser delito sin reducirse, en sustancia, a un delito contravencional?<sup>38</sup>

<sup>31</sup> Análoga interpretación, como se ha visto (*retro*, párr. 3), puede ser concluida sobre la vertiente de la no punibilidad (en sentido amplio). Nótese que, según estas premisas, *no* pueden entrar en el Derecho penal de autor las hipótesis clásicas de *los delitos especiales denominados exclusivos*, es decir, aquellos punibles sólo si son cometidos por algunos sujetos titulares de específicas posiciones o deberes o cualidades (por ejemplo: el incesto, la colusión financiera, etc.), porque se trata de tipos penales en los que el hecho es en todo caso lesivo al ser cometido por ciertos sujetos, pero no en razón de un juicio sobre el autor, sino sobre el hecho, en relación con una específica violación de deberes.

<sup>32</sup> Para otras hipótesis, no catalogadas bajo la etiqueta del “enemigo”, sino del Derecho penal de autor, en la legislación más reciente, véase G. Flora, “Verso un diritto penale del tipo d'autore?”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, pp. 559 y ss.

<sup>33</sup> Esta norma establece: “El extranjero que sin motivo justificado se detenga en el territorio del Estado en violación de la orden impartida por el funcionario de policía en el sentido del inciso 5 bis, es castigado con la reclusión de uno a cuatro años si la expulsión ha sido dispuesta por ingreso ilegal en el territorio nacional en el sentido del artículo 13, numeral 2, literales a) y c), por no haber solicitado el permiso de residencia en el término prescrito en ausencia de causas de fuerza mayor, o bien por haber sido revocado o anulado el permiso. Se aplica la pena de arresto de seis meses a un año si la expulsión ha sido dispuesta porque el permiso de residencia ha vencido desde hace más de sesenta días y no se ha solicitado la renovación. En todo caso, se procede a adoptar una nueva disposición de expulsión con acompañamiento a la frontera por medio de la fuerza pública”. [T]

<sup>34</sup> Este artículo constitucional reza así: “La responsabilidad penal es personal”. [T]

<sup>35</sup> Esta norma establece: “Nadie puede ser privado del juez natural preconstituido por ley. Nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley que haya entrado en vigor antes del hecho cometido”. [T]

<sup>36</sup> *Cfr.* A. Caputo, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, *op. cit.*, pp. 209 y ss., con las oportunas referencias a la jurisprudencia correspondiente.

<sup>37</sup> El artículo 650 CP determina: “Cualquiera que no observa una disposición legalmente dada por la Autoridad por razones de justicia o seguridad pública, o de orden público o de higiene, es castigado, si el hecho no constituye un delito más grave, con arresto de hasta tres meses o con multa de hasta 206 euros”. [T]

<sup>38</sup> Sobre el concepto de delito contravencional, permítase la remisión a M. Donini, *Il delitto contravvenzionale. 'Culpa iuris' e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Giuffrè, 1993, pp. 331-332 y *passim*. Verdaderamente, en el tipo penal en mención falta el carácter de la tendencial indiferencia a distinguir entre dolo y culpa, tratándose de un delito sólo doloso. Por otro lado, es una situación como aquella de los artículos 348, 437 del Código Penal, o del artículo 23 de la Ley 110/1975 (detención de armas clandestinas), ampliamente comentados en

Como mera “inobservancia” esto podría configurar, precisamente, el artículo 650 CP. Aquello que lo hace un delito y que por ende debería legitimar la gravedad de la incriminación, no reside en la inobservancia en cuanto tal, sino en los “presupuestos” de ésta.<sup>39</sup> Su justificación, entonces, está *completamente* en la base jurídica de la disposición, de la orden que se inserta en el marco de un procedimiento relativo al “control administrativo de los flujos migratorios”.

Al respecto, por lo demás, no se presentan verificaciones sobre el caso concreto, o sobre la peligrosidad del sujeto; solamente se comprueba la ilegalidad de la permanencia y la legítima emisión del decreto de expulsión por parte del prefecto (gobernador) o del juez (art. 13), y de la sucesiva orden de alejamiento del funcionario de policía (art. 14), que no tiene como fundamento una valoración concreta “de orden público”, sino la mera clandestinidad del extracomunitario, salvo hipótesis excepcionales de aplazamiento o prohibición de la expulsión (casos relevantes de acuerdo con los arts. 18 y ss. del T.U.: regularizaciones en curso *et similia*). El *peligro* es entonces absolutamente presunto por la calidad subjetiva de clandestino extracomunitario que no haya observado la orden (legítima) y de esta manera perpetúe la clandestinidad. Sabemos, sin embargo, que es contrario a la común experiencia, y en consecuencia es el producto de una *presunción irracional*, que el clandestino sea necesariamente un sujeto peligroso: bastaría el conocimiento cotidiano que millones de italianos tienen, jueces incluidos, de los miles de “badantes” que constituyen una formidable fuerza de trabajo para la economía y la organización de las familias italianas. Que la clandestinidad no sea condición sintomática de peligrosidad social, entre otras cosas, es lo que ha determinado la Corte Constitucional, en la sentencia número 78 de 16 de marzo de 2007, al declarar la ilegitimidad constitucional de los artículos 47, 48 y 50 del ordenamiento penitenciario (Ley núm. 354, de 26 de julio de 1975), por contrariar los artículos 2 y 27, inciso 3, de la Constitución, en cuanto impedían las

medidas alternativas a la detención para los extranjeros extracomunitarios irregulares.<sup>40</sup>

Si debiese entrar a regir el delito de “*ingreso y residencia ilegal en el territorio del Estado*” previsto por el artículo 19 (antes artículo 9) del proyecto de ley gubernativo núm. 733, de 3 de junio de 2008 (y sucesivas modificaciones), ¿se podría decir que la presunción absoluta de *peligrosidad subjetiva* se activaría ya desde el ingreso? Entendemos que no (v. párr. siguiente) porque no basta la violación de una prohibición dictada por una política de control y de exclusión para fundar un juicio de peligrosidad subjetiva y personal. Se presenta sólo una inobservancia. Sin embargo, si nos concentramos en el delito de permanencia ilegal, la *calidad impersonal* de extracomunitario “*clandestino*” aparece como el fundamento sustancial del precepto cuya violación configura el ilícito; aquello que justifica la orden misma *antes* de su inobservancia. Nótese, sin embargo, que esa calidad no tiene nada de personal, pues no es más que una razón de política general la que impone la distinción entre ciudadanos comunitarios y extracomunitarios *tous ensemble*. Después de la vulneración de la disposición de expulsión y del decreto de alejamiento, estamos *además* en presencia de una desobediencia a las órdenes administrativas. Es verdad que se trata de un hecho “personal”, pero éste es incapaz, *por sí solo*, de diferenciar esta inobservancia de aquella estipulada en la contravención común del artículo 650 CP.

Establecido lo anterior, nos preguntamos entonces si se trata de un delito encuadrable en la categoría del Derecho penal de autor. Formalmente es cometido un ‘hecho’, que es la inobservancia dolosa de una disposición que transgrede el interés público de la disciplina de las migraciones. No obstante, el hecho no tiene un desvalor intrínseco más allá de la calidad “*general*” de la “*clase de nacionalidad*” a la que pertenece el extranjero. De otro modo, como ya se ha dicho, podría ser una contravención susceptible de oblación como la del artículo 650 CP, cometida por violación de disposiciones en materia de orden público o de se-

la obra citada, la que surge aquí: el incumplimiento o la inobservancia de una disposición o de una cautela son imponentes, sin ninguna otra señal de peligrosidad concreta o de culpabilidad grave que la mera transgresión. Para la construcción, *de lege ferenda*, de nuevas tipologías de “delitos menores”, en lugar de las viejas contravenciones, caracterizadas, además de por aspectos de inobservancia de disposiciones, deberes o precauciones, por signos de lesividad y culpabilidad más sustanciales, se reenvía a M. Donini, “Modelli di illecito penale minore”, en M. Donini y D. Castronuovo (coords.), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Cedam, 2007, especialmente pp. 245 y ss., 254 y ss.

<sup>39</sup> Ampliamente, sobre los poderes del juez penal en cuanto al control sobre la legitimidad de las disposiciones presupuestas, de nuevo A. Caputo, *Diritto e procedura penale dell’immigrazione, op. cit.*, pp. 215 y ss.

<sup>40</sup> Cfr. *Cassazione Penale*, 2007, pp. 3278 y ss.

guridad pública, o incluso un hecho lícito, como ocurre con el ciudadano comunitario.

Un *extranjero comunitario* no podría cometer este delito, estando sometido a los *diferentes hechos* previstos actualmente por el artículo 20 del decreto legislativo núm. 30, de 6 de febrero de 2007, con las modificaciones aportadas por el decreto legislativo núm. 32, de 28 de febrero de 2008,<sup>41</sup> que prevén conductas conectadas a “*específicos motivos de seguridad del Estado, motivos imperativos de seguridad pública; otros motivos de orden público o de seguridad pública*” (art. 20, inciso 1, del decreto legislativo núm. 30/2007, sustituido por el decreto legislativo núm. 32/2008), todos relativos a *comportamientos específicos del sujeto* como presupuestos de la orden de “*alejamiento*”.<sup>42</sup>

Ahora bien, un hecho penalmente relevante que funde su ilicitud “de base” (la disposición transgredida) en una valoración de las condiciones de una persona que prescinde completamente de su situación o conducta personal como ‘indicio’ de la peligrosidad para la seguridad pública o para el orden público, no resulta peligroso para aquellos bienes jurídicos que en el fondo permanecen como bienes de categoría y, por ende, *no parece conforme al principio de ofensividad*, sino que responde a una *represión penal del acto de desobediencia* que sigue a la orden de alejamiento y la transgrede.

No es un Derecho penal de autor en sentido estricto, porque supone *también* una conducta de inobservancia. Sin embargo, la orden violada se basa, a su vez, en una valoración legal de *tipologías de autor nacional*: se castiga un hecho por ser sintomático de una peligrosidad derivada sólo de la pertenencia del sujeto a una “categoría geopolítica” de quien (no) posee cierta ciudadanía. El hecho de la inobservancia, entonces, no es castigado como tal, sino porque el autor resulta indeseable. De hecho, su simple abandono del territorio del Estado debería poder “restaurar el

orden jurídico violado”. Entendida así, por lo demás, la presunción sería completamente irracional, y no podría presumirse un peligro para el orden público de la inobservancia por parte de un *solo sujeto*.

Efectivamente, frente a este tipo penal (y a otros que veremos) estamos en presencia de un mero Derecho penal de la desobediencia o de la simple violación de deberes, donde el orden público y la seguridad pública no constituyen el objeto de la tutela de la incriminación en particular; éstos podrían correr peligro sólo por una *comisión serial* de ilícitos con *ofensa cumulativa*. Sin embargo, la “naturaleza de las cosas” ha aconsejado siempre o impuesto la construcción de los tipos penales de peligro presunto con ofensividad exclusivamente cumulativa —piénsese sobre todo en la disciplina de los desechos o de las descargas industriales— como hipótesis *contravencionales*, cuando falta la seriedad de la ofensa correspondiente a la agresión al bien jurídico y, en consecuencia, la ofensividad requerida para los tipos delictivos en nuestro ordenamiento. Y, en todo caso, en las mismas contravenciones de ofensa serial y cumulativa, el juicio de peligrosidad presunta sigue siendo un juicio sobre el hecho, que no está contaminado por inconfesables lógicas de autor.

Además, una lectura mínima del principio de ofensividad prohíbe la tutela penal de la mera desobediencia, presumida en la inobservancia de una orden o de un deber, sobre todo si esto no está ligado a situaciones específicamente verificadas de acuerdo con una presunción razonable de peligrosidad del hecho. Pero esto resulta en una prohibición aún mayor si las presunciones están condicionadas por un prejuicio ligado a la *proveniencia geopolítica* de quien no posee una ciudadanía comunitaria.

Este aspecto revela el surgimiento de *un nuevo tipo de Derecho penal de autor*: no son los negros, los judíos, los comunistas, los terroristas,<sup>43</sup> los delin-

<sup>41</sup> Cfr. A. Caputo, “La nuova disciplina del diritto di circolazione e soggiorno del cittadino comunitario”, en *Diritto penale e procedura*, 2008, pp. 784 y ss.; L. Cordi, “La disciplina penale connessa all’espulsione amministrativa o giudiziale del cittadino extracomunitario ecc.”, en L. Degli Innocenti (coord.), *Stranieri irregolari e diritto penale*, op. cit., pp. 229 y ss.

<sup>42</sup> Digase esto con prescindencia de la nueva medida de seguridad de la expulsión o el alejamiento del extranjero del Estado, de que trata el artículo 235 CP, reformado por el decreto ley núm. 92 de 23 de mayo de 2008, convertido en la Ley núm. 125, de 24 de julio de 2008. La pretensión de que el ciudadano comunitario pueda ser expulsado o limitado en su derecho de ingreso y residencia “por motivos de orden público, de seguridad pública o de sanidad pública” *exclusivamente* en relación con “el comportamiento personal de la persona” descende de la directiva 2004/38/CE, desarrollada por el decreto legislativo núm. 30/2007. Referencias puntuales en L. Cordi, “La disciplina penale”, op. cit., pp. 228 y ss.

<sup>43</sup> Sobre la punición del terrorista en cuanto tal en nuestro sistema penal vigente, en el sentido del artículo 270 quinquies, en relación con el artículo 304 CP, véase cuanto se ha indicado en M. Donini, *Lo status di terrorista: tra il nemico e il criminale. I diritti fondamentali e la giurisdizione penale come garanzia contro, o come giustificazione per l’uso del diritto come arma?* (párr. 5), *Critica del diritto*, núm 8, 2008, dedicado a “Los derechos fundamentales de la persona a prueba de la emergencia”.



cuentas natos, los herejes y demás. Son, mucho más sencillamente, *los extracomunitarios*, todos los seres humanos de proveniencia no comunitaria, cuya potencialidad lesiva para la seguridad y el orden público deriva, sin embargo, no de un juicio sobre cada uno de ellos, sino de la hipótesis de “los grandes números”, allí donde, si se tratase solamente de situaciones aisladas, un ilícito administrativo o una contravención construida como una violación de policía administrativa sobre el control de los ingresos sería suficiente para regular las inobservancias. No es entonces *la ofensa del hecho en particular* la que justifica la pena y la calificación de estos delitos, sino la potencialidad lesiva de muchos hechos cometidos por estos tipos de autor y por los diversos autores en particular.

Confróntese la responsabilidad del extracomunitario con aquella del ciudadano de la Unión: la diferencia, ya trazada en cuanto a la valoración concreta para el orden público, es evidente. Es necesario, más bien, preguntarse si aquello que transforma en un delito seriamente castigado un hecho que de lo contrario sería reconducible al artículo 650 CP, pueda fundarse en última instancia *sobre una tipología subjetiva de categoría*, antes que sobre una valoración concretada en la situación del *sujeto en particular* que *no observa una orden*. ¿Cuál ofensa, cuál ilícito y cuál culpabilidad se puede atribuir a la responsabilidad penal “personal”, siendo el juicio completamente despersonalizado? ¿Se trata de una valoración política incuestionable por parte de la Corte Constitucional? Pensamos que no, porque la racionalidad de la construcción de un hecho como delito presenta al menos *tres rasgos peculiares* que aluden a lo ‘penal’ como materia que tiene que ver con la vida, la libertad y la dignidad de las personas, el tratamiento igual de quien ve vulnerados estos bienes, donde el artículo 2 de la Constitución prevalece sobre el artículo 3 y las diferencias de ciudadanía.

*Los tres rasgos peculiares* son los siguientes: 1) Una diferenciación de disciplinas entre ciudadanos comunitarios y extracomunitarios no es ciertamente irracional, pero en el caso analizado hay un tratamiento profundamente diferenciado entre ciudadanos comunitarios y extracomunitarios que no se funda en presunciones racionales relativas a la *inobservancia en particular*. Sin embargo, la sanción aplicable debe adecuarse a la inobservancia *en particular*, que revela aquí un modelo de culpabilidad completamente ‘formal’ (mera desobediencia), no apta para las hipótesis

delictivas y las sanciones concretamente irrogables. 2) Se carga al extracomunitario, individualmente considerado, con una responsabilidad incomparablemente mayor por un riesgo que descende de comportamientos de muchas otras personas; es decir, del hecho ajeno (esto sucede realmente con todos los delitos cumulativos o de peligro serial), pero, sobre todo, se hace esto prescindiendo de cualquier valoración del caso concreto, basando la presunción sobre la tipología nacional y geopolítica de los autores, sin ninguna distinción entre todos los países del mundo extracomunitario que, sin embargo, presentan riesgos profundamente diversos de inmigración. 3) De esta situación normativa se deriva la consecuencia de que el juicio sobre el hecho de la inobservancia no se funda en una valoración racional y proporcional de la relación entre ilícito, culpabilidad y tipología sancionatoria, que ‘paga’ *un exceso de prevención general* sobre las razones penales de la proporción retributiva; situación de por sí desastrosa para las posibilidades de que la pena conserve cualquier función reeducativa. La no reeducación y la condición de innecesaria de la pena, son por lo demás admitidas *expressis verbis* por la ley, allí donde esta última opta por la *prioridad de la expulsión* respecto a la aplicación de la pena de reclusión (art. 13, inciso 3 bis, 3 quater, 3 quinquies, decreto legislativo núm. 286, de 25 de julio de 1998). La demostración de que hay un orden inverso entre expulsión y pena como *extrema ratio* es que la sanción de la expulsión sigue siendo la finalidad primaria, y de ahí la previsión del delito por la inobservancia de la expulsión, que sigue privilegiando la expulsión como sanción a aplicarse, y así se admite que la reclusión no es necesaria. Mera prevención general sin contenido sancionatorio proporcional a la relación hecho-culpabilidad-autor.

Por todos estos motivos, el tratamiento diverso a extranjeros comunitarios y extracomunitarios no parece justificado, no ciertamente en sí, sino respecto a la concreta disciplina penal adoptada.

Si esta diferencia fuese justificable, ello significaría que 50 años de discusión sobre el bien jurídico, la pena reeducativa, la proporción hecho-sanción, la prohibición de penas de autor, la responsabilidad penal personal, muestran aquí una verdadera derrota por esta teoría, incapaz, aplicada al caso específico, de cualquier función selectiva. En caso contrario, frente a un “delito contravencional” de tales semblantes, podremos decir que el verdadero objeto del ilícito es

impensable prescindiendo de ciertas cualidades personales de género, que se castiga el hecho al ser el autor indeseable, lo que viola el artículo 25, inciso 1, de la Constitución en sus presupuestos de garantía de la materialidad y la ofensividad del delito, así como los artículos 27, inciso 1, y 3, inciso 1, constitucional, por el diverso tratamiento de los extracomunitarios.

### 8. El proyecto de delito de ingreso y residencia ilegal en el territorio del Estado (proyecto de ley núm. 733/2008): ¿delito o contravención?

Llegamos ahora, por contigüidad de materia, al “*ingreso y residencia ilegal en el territorio del Estado*” previsto por el artículo 19 del proyecto de ley gubernativo núm. 733, de 3 de junio de 2008, que constituye una *contravención* en el texto enmendado en comisión, por parte del gobierno, respecto a la versión original que, en su artículo 9, preveía sólo el ingreso ilegal, no obstante lo sancionaba como delito. El hecho consiste entonces en castigar a “*el extranjero que haga ingreso o se detenga en el territorio del Estado en violación de las disposiciones*” del texto único sobre la inmigración o de aquellas de que trata el artículo 1 de la Ley núm. 68 de 28 de mayo de 2007, relativa a las residencias de breve duración.

Las modificaciones realizadas al proyecto entre agosto y noviembre de 2008 han incidido en el hecho típico sólo para extenderlo (se prevé ahora también la residencia ilegal como delito en sí), no para hacerlo más lesivo y, sin embargo, han *cambiado radicalmente* su cualificación y la pena. Para el legislador, el mismo hecho (el ingreso ilegal, en el caso de estudio) puede constituir indistintamente un delito doloso punible con la reclusión de seis meses a cuatro años (en este sentido el texto originario del proyecto de ley) o una transgresión de policía castigada con multa de 5 000 a 10 000 euros.<sup>44</sup> No hay nada que hacer, ¡se trata verdaderamente de un homenaje a la ciencia de la legislación!

Se nos pregunta, en resumidas cuentas, si tal delito sanciona un peligro “general”, o bien, un peligro

“comprobado en la situación particular”. La respuesta, aun a la luz de cuanto se ha evidenciado en el párrafo precedente, es clara: ninguna situación concreta es requerida, diferente de la violación del deber, de la prohibición de ingreso o residencia para el clandestino extracomunitario. Además del dato “personal” de la inobservancia, la presunción absoluta, no ya de *peligrosidad subjetiva* —pues faltaría, como se ha dicho, una base racional para presumir esto en cada sujeto migrante— sino de disfuncionalidad para la organización y el control estatal de los ingresos, se da por la pertenencia del sujeto a la categoría general de extracomunitarios.

*Tipo de autor y desobediencia*, también aquí, fundan el ilícito, con la presunción absoluta de la puesta en peligro de la actividad administrativa de control y disciplina de los flujos migratorios, en vista de intereses o fines de seguridad pública y orden público. *La mera desobediencia, como tal, no justifica ningún delito*. Es sólo el vínculo con el deber, con la obligación o el precepto violado lo que estructura una legitimación penal. Y aquí, una vez más, es esencial para la selección punitiva que se trate de clandestinos extracomunitarios. Nos encontramos en la línea clásica de un Derecho penal de policía, de prevención y de seguridad donde, sin embargo, —y es éste el dato caracterizante y nuevo— la atención al tipo de autor prevalece sobre el significado ofensivo del hecho.

No importa que *los trabajos preparatorios de la ley* estén llenos, no de juicios sobre la peligrosidad de los ciudadanos extracomunitarios, sino sobre las cargas económicas del fenómeno general de la inmigración clandestina, sobre los costos que éste comporta para el Estado: costos por la asistencia a cargo del Estado, costos de la detención en prisión, costos de los Centros de Identificación y Expulsión (antes llamados Centros de Permanencia Temporal y Asistencia), y costos por el mantenimiento en tales centros.

Tampoco es importante que *tipos penales análogos* existan en *Francia, Alemania, Reino Unido* y otros países europeos que prevén el delito de ingreso ilegal.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> Este dominio total de la política sobre la forma jurídica es expresión plena de la cultura de aquellos penalistas italianos que desde siempre han predicado que el legislador sería árbitro absoluto en la cualificación de los hechos como delitos o contravenciones. Ningún vínculo de estructura, de ofensividad, de congruencia entre elemento objetivo y subjetivo: el poder soberano crea el derecho que quiere, y la “ciencia” lo remeda *ex post* extrayéndole sus momentos más memorables. Para un intento de crítica radical a tal punto de vista, se remite de nuevo a M. Donini, *Il delitto contravvenzionale*, op. cit.; *Id.*, voce *Teoria del reato*, op. cit., pp. 253-258 (párrs. 13-15); *Id.*, *Modelli di illecito penale minore*, op. cit., pp. 237-264.

<sup>45</sup> Cfr. E. Guild y P. Minderhoud (eds.), *Immigration and Criminal Law in the European Union*, op. cit., *passim*; F. Resta, “Il delitto di immigrazione irregolare tra comparazione e riforma”, en AA. VV., *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, coordinado por S. Lorusso,

Es sobre todo la degradación del hecho a contravención, como lo prevé el proyecto de ley en sus últimas modificaciones y que hace más adecuada la sanción a la naturaleza de una transgresión de policía —aun si así no se elimina la esencia de la crítica—, lo que resulta incluso más preocupante a la luz de la correspondiente ampliación de la previsión de la permanencia en los centros hasta por 18 meses (art. 18, inciso 1, literal b) del proyecto de ley: *una detención administrativa de un año y medio es la vía italiana a los campos de concentración*, formalmente no justificada por el “delito permanente” de la residencia ilegal, pero sostenida por la idea de un delito “insito a las personas” de los migrantes extracomunitarios sin permiso de residencia.

Si alguien dijera que no hemos sobrepasado los límites del Derecho penal del hecho, tendremos que resistir a tal subyugación del Derecho a las políticas de gobierno, porque ello significaría que el Derecho penal del hecho no existe más, que ha perdido todo significado, y que tendremos que dedicarnos a una nueva ciencia, aun antes de haber encontrado una nueva política. Quizás al mero tecnicismo jurídico preconstitucional, que nos libera definitivamente del peso de “legitimar el derecho”, de tener un Derecho penal legítimo, para contentarnos con comentar el existente, sus ‘lógicas’, sus fines.

La política y la opinión pública dicen que “no se les quiere”, que “deben regresar a sus casas”, exceptuando las planificaciones de los decretos sobre flujos migratorios y la regularización de las “badantes”, que son saneamientos *ex post*, que se aplica a extracomunitarios irregulares ya presentes desde hace años en el país. Sin embargo, el Derecho penal, aquí, es sólo un medio de contraste, de defensa y de lucha; no es derecho de la ofensa, del peligro concreto o abstracto *del caso particular*, ni un verdadero Derecho de la culpabilidad *individual*, ni es un Derecho que pueda

*reeducar* y mucho menos prometer la “inclusión”. En fin, es sólo Derecho de policía penalmente armado con fines absorbentes de prevención general. La undívaga incertidumbre entre el delito y la contravención con pena pecuniaria lo demuestra, y esta prueba *ex lege* vale como reflejo para el artículo 14, inciso 5 ter, del decreto legislativo núm. 286/1988, ya comentado.

**9. La agravante común (art. 61, inciso 1, numeral 11 bis, Código Penal italiano)<sup>46</sup> de la presencia ilegal en el territorio nacional. Perfiles de ilegitimidad constitucional de una responsabilidad “de autor”**

En este escenario *no sorprende la introducción* (ya acaecida), por cuenta del decreto sobre la seguridad del verano pasado (art. 1, literal f, decreto ley núm. 92 de 23 de mayo de 2008, convertido en la Ley núm. 125, de 24 de julio de 2008), del artículo 61, inciso 1, numeral 11 bis CP, que prevé *la agravante común* del hecho cometido mientras el culpable “*se encuentra ilegalmente en el territorio nacional*”. Un endurecimiento que presenta *un significado incluso real*, si se considera que actualmente las *atenuantes genéricas* no deben, o no deberían concederse, más por el solo hecho de la ausencia de precedentes, como dispone el sucesivo literal f bis, interpolando un segundo inciso al artículo 62 bis CP.<sup>47</sup>

A propósito de la agravante en objeto, no hay ninguna necesidad de conducir un análisis según el modelo del Derecho penal de autor o del Derecho penal del enemigo. Sería una banalización del discurso. Que se trate de una norma iliberal está fuera de toda discusión,<sup>48</sup> sólo con pensar que se agrava la responsabilidad penal por el mero hecho de “ser” clandestino, no porque se exija que la clandestinidad haya favorecido, facilitado o hecho posible el delito cometido. Además, el alcance de la norma es muy amplio

Cedam, 2008, pp. 495 y ss.; así como, aquí mismo, pp. 509 y ss., el expediente (tomado del Expediente del Servicio de Estudios del Senado de la República sobre la inmigración en cuatro países de la Unión Europea). Véase además, sobre las políticas criminales europeas en materia de inmigración, el instructivo ensayo de J. M. Terradillos Basoco, “Las políticas penales europeas de inmigración”, en L. M. Puente Aba (dir.), M. Zapico Barbeito y L. Rodríguez Moro (coords.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración*, Comares, Granada, 2008, pp. 195 y ss.

<sup>46</sup> Esta norma establece: “Agravan el delito, cuando no son elementos constitutivos o circunstancias agravantes especiales, las siguientes circunstancias: [...] 11 bis: el haber el culpable cometido el hecho mientras se encontraba ilegalmente en el territorio nacional”. [T]

<sup>47</sup> Este literal dentro del artículo que regula las circunstancias atenuantes genéricas indica: “En todo caso, la ausencia de precedentes condenas por otros delitos a cargo del condenado no puede ser, sólo por eso, puesto como fundamento de la concesión de las circunstancias de que trata el primer inciso”. [T]

<sup>48</sup> Véanse al respecto los comentarios críticos de V. Plantamura, “La circostanza aggravante della presenza illegale sul territorio nazionale”, en *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica, op. cit.*, pp. 271 y ss., y de L. Masera, *Immigrazione, op. cit.*, pp. 7 y ss., 16 y ss.

y concierne a *todos los extranjeros*, no sólo a los extracomunitarios.

La situación tampoco es equiparable a la del prófugo de la justicia establecida en el artículo 61, numeral 6 CP, puesto que éste es imputado luego de una situación personalmente comprobada como de relevancia penal, debida no a su condición de fugitivo, sino a un delito anterior, al menos al estado de los hechos, mientras el clandestino es sólo el perteneciente a una clase ilegal, ni siquiera de relevancia penal, en la actualidad; y si lo llegara a ser por efecto del proyecto de ley núm. 733/2008 ya enunciado, podría resultar equiparado al prófugo o al evadido (según una extensión probablemente analógica operada por la jurisprudencia mediante la vinculación de tipo procesal de las dos figuras) sólo después de una *disposición judicial de verificación* de su condición, que sea *precedente* al hecho delictivo cometido. En todo caso, *ya la agravante relativa al prófugo es una forma de responsabilidad objetiva*, porque prescinde de la existencia de un ‘nexo’ no ocasional entre el hecho de huir de la justicia y el nuevo delito. Es más, es un Derecho penal de autor exactamente *como lo era la agravación* de la pena por el hecho cometido en condición de *ebriedad* a quien hubiese reportado condenas precedentes por delitos no culposos contra la vida o la incolumidad individual de la persona (art. 688, inciso 2, CP). *Norma declarada ilegítima por la Corte Constitucional*, en sentencia núm. 354, de 10 de julio de 2002, por violar los principios de ofensividad y los valores ligados a la dignidad humana, y por ser expresión de un Derecho penal de autor y no del hecho. *Norma, por lo demás, menos genérica que la agravante por clandestinidad*, porque fundaba la agravación sólo respecto a la contravención de embriaguez, mientras que la otra vale para todos los delitos. La ilegitimidad, en este punto, nos parece que es de reconocerse *a fortiori*.

Aun si el ingreso abusivo (o la residencia) llegara a ser delito, sería necesario un ‘nexo’ no ocasional entre la clandestinidad y el segundo delito. De hecho, *si* no existe un delito de ingreso ilegal (o para los hechos cometidos antes de su introducción en el ordenamiento), falta incluso una base de equiparación con el prófugo (o el evadido); *si, en cambio*, fuese introducido este delito, no podría fundar, por sí solo, una presun-

ción racional de peligrosidad o de mayor responsabilidad. El clandestino puede ser considerado peligroso en el plano penal sólo después de la comisión de un delito “de” clandestinidad (facilitado o mediado por la clandestinidad), no por un delito “en” clandestinidad (ocasional), o por un delito *genérico* de ingreso o permanencia ilegal, y puede ser racionalmente tratado de modo más severo, en el plano retributivo, sólo después de una verificación cualificada del nexo entre la clandestinidad y el nuevo hecho. La norma, entonces, debería requerir que la clandestinidad haya favorecido la comisión del delito, que exista un nexo entre ésta y el delito cometido. Únicamente en estas condiciones se podría decir que no es la presunción irracional de una equiparación entre clandestinidad y peligrosidad la que es sancionada “en ocasión” de cualquier delito.

En teoría, se podría sugerir también una lectura de la agravante en clave *retributiva*, en vez de hacerlo en sentido especial-preventivo. El clandestino, como el prófugo, “merecería” una pena mayor porque si no se hubiese encontrado donde culpablemente estaba (en Italia, antes que fuera de ella), no habría cometido el delito. Sin embargo, tampoco esta interpretación de la agravante se sustrae a las críticas antes realizadas. Se trataría siempre de una forma de *responsabilidad objetiva*, ilegítima conforme a los artículos 27, inciso 1, y 3 constitucionales, porque no postula ninguna conexión específica entre encontrarse clandestinamente en Italia y el nuevo hecho ahora presentado; ningún ‘nexo del riesgo’, ninguna culpa, ni un dolo que se injerte en la permanencia ilegal de acuerdo con un nexo al menos de tipo teleológico o de tipo etiológico y culposo. Ni siquiera la imputación subjetiva de las agravantes, vigente después de la reforma del artículo 59, inciso 2, CP,<sup>49</sup> realizada en 1990 (Ley núm. 19/1990), logra superar el vicio de ilegitimidad constitucional de la norma, incluso si se lee en clave retributiva, porque el objeto de la imputación es un estatus con seguridad conocido por el sujeto, mientras que una conexión con la conciencia o ignorancia culposa del delito cometido en clandestinidad es exactamente lo que la norma no exige, ni “tiene sentido” que lo requiera, tratándose precisamente de una forma de responsabilidad no por el hecho, sino de autor.

<sup>49</sup> Esta norma establece: “Las circunstancias que agravan la pena son valoradas a cargo del agente solamente si por él conocidas o bien ignoradas por culpa o consideradas inexistentes por error determinado por culpa”. [T]

## 10. Balance político-criminal sobre la transición a un Estado de prevención: del Derecho penal del enemigo a una ilegalidad extendida a todos los ciudadanos

Establecido todo lo anterior, queda un dato de fondo que arroja una luz ambigua y preocupante sobre el sistema penal de la inmigración. Este modelo es uno de los tantos derechos “especiales” contemporáneos que, siendo cada vez más generales, nos llevan a reconocer *la transición de un Estado de derecho a un Estado de prevención*; es decir, a un Estado que por razones de seguridad pide a los ciudadanos la renuncia a los derechos que tienen frente al Estado mismo, anticipando la intervención invasiva de los poderes públicos en todo nivel, y no sólo en vista de particulares, circunscritas emergencias. Los delitos relativos a la seguridad del trabajo, del ambiente, del producto, de los alimentos, de los datos informáticos, y no sólo a aquella del Estado, o a la seguridad frente al terrorismo, la criminalidad organizada, etc., son ahora científicamente colocados en una esfera de mucha anticipación, muy lejana de los márgenes del peligro concreto, y más atrasada que la del peligro abstracto.

Una necesidad espasmódica de seguridad irrumpe desde los medios de comunicación masivos, exigiendo a lo ‘penal’ el desarrollo de funciones irracionales apotropaicas: no de subsidiariedad, sino de *prima ratio*, según los recorridos del *horror vacui* punitivo y de tutela. No sólo el extracomunitario, entonces, se convierte en un “enemigo” por pertenecer a una categoría ilegal, sino que también quien lo acoge sufre hoy, y no siempre sólo en el papel, el mismo destino, con la diferencia de que no puede ser expulsado en sustitución de la pena. Cuando incluso millones de ciudadanos que se benefician de las prestaciones de mano de obra de las “badantes” extranjeras, acogiéndolas no por razones de explotación sino de trabajo honestamente retribuido, deben desafiar la ley penal, porque son criminalizados como autores de un delito (art.

22, inciso 12, decreto legislativo 286/1998<sup>50</sup> después de la reforma del decreto legislativo núm. 92/2008, convertido en la Ley núm. 125/2008) por hospedarlas por motivos de trabajo necesariamente irregular en ausencia del permiso de residencia, esto significa que la red normativa *ha puesto a todos ahora en la ilegalidad: no sólo a los extranjeros, sino también a los ciudadanos*. Este dato no es nuevo, pues estaba ya presente en la ley Turco-Napolitano (contravenciones susceptibles de oblación) y, por ende, en la Ley Bossi-Fini (contravenciones no susceptibles de oblación), y ahora en el decreto sobre la seguridad de 2008 (delito doloso con pena de reclusión y multa) con agravación progresiva. El Derecho penal de autor es contagioso y exige fidelidad. Lo que lo hace menos insoportable es el hecho de que sea aplicado a los ciudadanos de manera intermitente y esporádica, y lo mismo ocurre con muchas “badantes” en espera de regularizar su situación. Y es justamente esto lo que confirma el análisis realizado: la ley es soportable sólo si no se aplica, al menos en muchos casos. ¿Pero qué clase de “ley” es ésta, que confía en no ser aplicada para no tener que revelar a todos su injusta concepción?

La conclusión, sea dicho aquí fuera de cualquier equívoco, no es optar por un abandono de lo penal o de lo administrativo de las *funciones de control*, sino por un uso de estos instrumentos *según sus principios reguladores*: no se debe pedir al Derecho penal que desarrolle labores de policía, transformando los relativos ilícitos en delitos graves. Y *actualmente disponemos de instrumentos técnicos para comenzar a controlar el arbitrio legislativo al respecto*.

Aquello que parece justificar la *extrema ratio* de la normatividad es que el extracomunitario, si no está en prisión desde antes de que se abra el proceso, debería ser expulsado, y no castigado, con prescindencia del tipo de delito cometido, y salvo exigencias cautelares inderogables (art. 13, inciso 3, 3 quinquies; art. 15, inciso 1 bis, decreto legislativo citado),<sup>51</sup> que

<sup>50</sup> Este artículo establece: “El empleador que ocupa en sus propias dependencias a trabajadores extranjeros sin el permiso de residencia previsto en el presente artículo, o bien cuyo permiso esté vencido y del cual no se haya solicitado, en los términos de ley, la renovación, revocado o anulado, es castigado con la reclusión de seis meses a tres años y con la multa de 5 000 euros por cada trabajador empleado”. [T]

<sup>51</sup> Estas normas establecen, respectivamente: “Si el extranjero expulsado vuelve a entrar ilegalmente en el territorio del Estado antes del término previsto por el inciso 14, o bien, si fuese de duración superior, antes del término de prescripción del delito más grave por el cual se había procedido en contra de él, se aplica el artículo 345 del Código de Procedimientos Penales. Si el extranjero había sido excarcelado por el transcurso de los términos de duración máxima de la custodia cautelar, esta última se restablece de acuerdo con el artículo 307 del Código de Procedimientos Penales”. “De la emisión de la disposición de custodia cautelar o de la definitiva sentencia de condena a una pena de detención respecto a un extranjero proveniente de países extracomunitarios, se da oportuna comunicación al funcionario de policía [questore] y a la autoridad competente consular a fin de poner en marcha el procedimiento de identificación del extranjero y consentir, en presencia de los requisitos de ley, la ejecución de la expulsión inmediatamente después de la cesación del periodo de custodia cautelar o de detención”. [T]

son una previsión general, no pensada entonces sólo para los delitos de inmigración. Excepto que, también aquí, la realidad de hecho explica que, por razones de desigualdad sustancial, este tipo de sujetos son normalmente sometidos a medidas cautelares personales cuando han cometido delitos distintos de los de inmigración, y esto por motivos ligados a las condiciones personales de vida. Una vez más, no es el hecho (particular) cometido lo que sobresale, sino el tipo de autor.

Con todas estas consideraciones hemos dicho adiós al Derecho penal del hecho y nos hemos dirigido hacia un Derecho penal de la exclusión, que es uno de los signos reveladores del *Derecho penal del enemigo*. La palabra es fuerte, si no se usa en sentido lato y con efectos inflacionistas; sin embargo, nos parece adecuada.<sup>52</sup> El tipo de Derecho penal que tenemos en frente, en realidad reconoce lo inadecuado de la pena frente a la expulsión, y no obstante castiga cuando no puede expulsar, y expulsa después de la pena cumplida. Es entonces un *Derecho penal de la exclusión puro*, porque se admite que *la pena no puede tender a la “resocialización” o a la “reeducación”, sino que ya desde el principio está la premisa de una sucesiva expulsión*. El extracomunitario irregular es, por lo tanto, una persona a excluir, un “enemigo”, en el sentido de que se usa contra él el instrumento penal sólo para excluirlo: no valen o son meramente formales y ficticios los principios del “merecimiento” de la pena, los criterios ordinarios de la ofensa y de la culpabilidad, de la proporcionalidad retributiva y de las finalidades de recuperación. El hombre, aquí, es sólo un “alien” que es devuelto al remitente. Cuando los sociólogos nos dicen que si un sujeto es tratado así por el ordenamiento jurídico es una “non person”,<sup>53</sup> nos cuesta contradecirlos. El sistema les reconoce varios derechos fundamentales, pero *los discrimina penalmente con base en la nacionalidad*.

Mientras que se limitó al uso de sanciones modestas, típicas de los ilícitos contravencionales, la lógica punitiva fue, obviamente, más tolerable. Con el último decreto sobre la seguridad, sin embargo, sin que se pueda ver, en nuestra opinión, una auténtica ‘ruptura’ con el pasado y con la política criminal de los go-

biernos precedentes, aun los de centro-izquierda, hay *un salto cualitativo en la escalada de la exclusión*: un salto totalmente intencional y al mismo tiempo capaz de hacer completamente evidente el uso de lo penal como arma y no ya como instrumento de “Derecho”.

Le parece a quien escribe que nos movemos en una situación de efectiva excepcionalidad, que hace comprender las dificultades operativas de cualquier partido que tenga responsabilidades de gobierno. Sin embargo, la transformación de los ilícitos penales en delitos de autor, con sanciones desproporcionadas a la tipología de ofensa, de culpabilidad y de finalidades perseguidas por la ley, unida a la injustificada diversidad en el tratamiento de los extranjeros en general, unificando sus categorías en dos tipologías unitarias que comprenden a *todos* los comunitarios y a *todos* los extracomunitarios, constituyen “excepciones” a los derechos fundamentales que las reglas de la legislación penal protegen.

La circunstancia de que siempre se recurra de manera más frecuente al Tribunal de Estrasburgo, frente a la impotencia o al silencio de las Cortes nacionales, es verdaderamente preocupante, pero debemos reconocerlo, pues esto asegura, en todo caso, un “progreso” en la justiciabilidad de los derechos o de los límites que éstos imponen a las decisiones punitivas. Por lo demás, la transformación del Derecho penal del hecho en un derecho de autor o del enemigo, al menos en algunos rasgos o incriminaciones, no pertenece hoy al ‘núcleo’ duro de los derechos fundamentales no derogables de acuerdo con el artículo 15 CEDU<sup>54</sup> o al artículo 4, inciso 2, del Pacto Internacional relativo a los derechos civiles y políticos adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, pero se somete de cualquier modo a *vínculos constitucionales que se revelan en este caso más fuertes que las normativas internacionales*. Si esto es así, también es verdad que las excepciones a los derechos fundamentales deberían ser autorizadas y temporales, sea a la luz del artículo 15 de la Convención Europea de Derechos Humanos que se aplica también a favor de los sujetos “extracomunitarios” de Estados no adherentes a la Convención, sea en el sentido de la norma correspondiente al artículo 4 del Pacto Internacional relativo a

<sup>52</sup> Cfr. las obras citadas *retro*, en la nota 19.

<sup>53</sup> En el sentido desarmante de la lengua inglesa cotidiana, cfr. A. Dal Lago, *Non-persone*, op. cit., pp. 213 y ss., más que en aquel prescriptivo de la teorización contenida en las tesis del penalista alemán G. Jakobs, sobre las cuales se remite a los numerosos escritos mencionados en la nota 19.

<sup>54</sup> En este caso las siglas CEDU hacen referencia a la Convención Europea de Derechos Humanos, según su escritura en italiano.

los derechos civiles y políticos,<sup>55</sup> que vincula también a todos los Estados firmantes extraeuropeos.

La lógica de las normas temporales, por otro lado, no parece indicada para estos flujos migratorios “característicos de una época”, que prometen durar en el tiempo. También por tales motivos se hace necesario tomar decisiones políticas comunitarias y adoptar acuerdos internacionales, cuya ausencia constriñe a los Estados al uso inadecuado del Derecho penal nacional. Algún día será más claro para todos que *las discriminaciones por motivos de “ciudadanía” realizadas mediante el establecimiento de delitos “de autor”*, son formas contemporáneas de una verdadera

discriminación ilegítima, incluso si ésta no presenta los contenidos más odiosos de aquella de tipo racial o étnica que todas las leyes internacionales y nacionales prohíben o punen.

Para nosotros ha sido suficiente, aquí, evidenciar algunos perfiles de ilegitimidad jurídica, para presentarlos al debate en curso, antes de que todos nos hayamos acostumbrado a lo existente y pensemos en dedicarnos a un Derecho más bello y satisfactorio que concierne, quizá, a otros tipos de autor, de mayor satisfacción teórica, profesional, económica y política, y a las demasiadas otras “inseguridades” con las cuales estamos angustiados.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> Para una útil profundización *cfr.* L. Zagato, “L’eccezione per motivi di emergenza nel diritto internazionale dei diritti umani”, en *DEP, Deportate, esuli, profughi*, Revista telemática de estudios sobre la memoria femenina, núm. 5-6/2006, pp. 137 y ss.

<sup>56</sup> Al tema “Seguridad y Derecho penal” se dedicó el Congreso de la Asociación Franco Bricola, que se realizó en Módena, en la nueva Facultad de Jurisprudencia, los días 20 y 21 de marzo de 2009.







## Tecnologías de información y comunicación, comercio electrónico, precios de transferencia y fraude fiscal

Juan Carlos Ferré Olivé

Universidad de Huelva, España

Revista Penal México, núm. 4, marzo-agosto de 2013

**RESUMEN:** Este trabajo aborda la relación de las nuevas tecnologías de la información y comunicación con el Derecho penal, en particular con los aspectos de Derecho penal tributario.

**PALABRAS CLAVE:** TIC, acoso sexual infantil cibernético, Derecho penal tributario, precios de transferencia.

**ABSTRACT:** This paper deals with the relationship of the new technologies of information and communication with the criminal law, in particular tax criminal law aspects.

**KEY WORDS:** TIC, online child grooming, tax criminal law, transfer Pricing.

**SUMARIO:** 1. Aproximación. 2. Comercio electrónico y venta de servicios por vía electrónica. 3. Los precios de transferencia. 4. Conclusión.

**OBSERVACIONES:** Esta investigación forma parte de un proyecto más amplio, desarrollado en el marco del Programa de Estancias de profesores e investigadores Seniores en Centros Extranjeros, del Ministerio de Educación (PR 2010-0512).

### 1. Aproximación

El panorama que brindan las nuevas tecnologías supone un reto importantísimo para nuestra sociedad. La clave seguramente se encuentra en la capacidad de almacenamiento y manejo velocísimo de la información, lo que ha sido posible merced a los avances de las TIC, que aportan medios cada vez más evolucionados y sofisticados para conservar, procesar y difundir todo tipo de contenidos. Las posibilidades tecnológicas son casi ilimitadas, o al menos hoy desconocemos sus límites. La creación de un espacio nuevo y virtual, inimaginable hace pocas décadas, en el que transita

cualquier tipo de información, desde nuestros datos personales más sensibles hasta todo género de operaciones comerciales, supone una auténtica revolución tecnológica. Hoy convivimos con el nuevo perfil electrónico de la administración, de la banca, de la enseñanza, etcétera.

La utilización de estas imprescindibles nuevas tecnologías genera a su vez renovados espacios para la intervención del Derecho penal. Por una parte, existe un buen número de delitos informáticos, aquellos cuyo objeto se localiza exclusivamente en el mundo de la virtualidad y la Internet (destrucción o piratería de programas, actuación de *hackers*, *spammers*,

etc).<sup>1</sup> Otros supuestos sumamente importantes los encontramos en los delitos tradicionales que se cometen aprovechando las nuevas tecnologías de la información y comunicación. Bienes jurídicos como la intimidad,<sup>2</sup> el patrimonio<sup>3</sup> o la indemnidad sexual<sup>4</sup> requieren tipos penales específicos para su tutela cuando hacen su aparición las nuevas tecnologías. Destacan sin duda los actos de intrusismo que afectan la intimidad de las personas, vulnerándose dicho bien jurídico por medio de los distintos supuestos que prevé el artículo 197 CP. Pero también son de gran relevancia la estafa informática del artículo 248.2 CP, la violación de secretos de empresa del artículo 278 CP, los daños del artículo 264 CP y la pornografía infantil en la Internet prevista en el artículo 189.1 CP. Especial consideración merece el recientemente incorporado artículo 183 bis CP que entre los abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años penaliza el acoso sexual *cibernético* u *online child grooming* “a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación”. En realidad, este precepto incorpora al Código Penal las disposiciones previstas por la Convención del Consejo de Europa sobre Protección de los niños contra la explotación sexual, de 25 de octubre de 2007. De esta manera se sanciona penalmente un acto preparatorio contra la sexualidad del menor, que se construye sobre la base de un contacto virtual o telefónico. Aunque la formulación de este precepto llevará, sin duda, a muchas polémicas doctrinales,<sup>5</sup> es importante destacar que el legislador de 2010 ha intentado no quedar atrapado por una realidad tecnológica en constante evolución. Por ello, no ha limitado totalmente los medios comisivos, pues a los actualmente conocidos (Internet o teléfono) permite añadir los que aporten las tecnologías de la información y comunicación.

La intervención del Derecho penal en este espacio requiere poner particular atención al respeto al marco garantista y derechos fundamentales.<sup>6</sup> Porque el pragmatismo que en ocasiones puede apreciarse en la regulación jurídica que reciben las nuevas tecnologías no puede trasladarse sin más a las responsabilidades

penales. Así, la investigación y persecución de los delitos en los que intervienen medios tecnológicos podría optimizarse autorizando el uso de otros medios tecnológicos sin control jurisdiccional. Serían intervenciones telefónicas o informáticas que colocan al ciudadano contra las cuerdas, en una situación de permanente vigilancia y sospecha, violándose flagrantemente su espacio de libertad. En consecuencia, se debe trazar una línea limitadora muy nítida en la investigación de delitos en los que intervienen nuevas tecnologías, reservando el máximo espacio posible para que el ser humano pueda desenvolverse con independencia y ejercer así su libertad individual (principio de *máxima libertad*).

Las nuevas tecnologías y el manejo de la información inciden decididamente en el fraude tributario. Para comenzar, debemos recordar que el deber de tributar es esencial en un Estado de Derecho (art. 31.1 CE: Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio). A partir de esta premisa puede discutirse una concreta política fiscal, y en particular la presión fiscal que se ejerce contra los ciudadanos, la forma en que se materializan los gastos públicos o qué cantidad y calidad de servicios públicos deben brindar las Administraciones (art. 31.2 CE: El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía). Se pueden cuestionar aspectos puntuales, pero difícilmente la necesidad de contar con un sistema tributario justo.

La Constitución y su normativa de desarrollo señalan las líneas que debe seguir el sistema tributario propio de un Estado social de Derecho. En ese marco, tienen cabida incluso las responsabilidades penales, y se crean una serie de delitos que escapan a la idea de meras construcciones “artificiales”, como se intentó presentarlas en un primer momento. Con meridiana claridad explica Musco el porqué del auge del Dere-

<sup>1</sup> Cf: Morón Lerma, *Internet y Derecho penal: “hacking” y otras conductas ilícitas en la red*, Navarra, 1999.

<sup>2</sup> Precursor en el análisis de esta problemática ha sido Morales Prats, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Barcelona, 1984.

<sup>3</sup> Fenómeno estudiado exhaustivamente en su momento por Gutiérrez Francés, *Fraude informático y estafa*, Madrid, 1991.

<sup>4</sup> Cf: J. Tamarit Sumalla, *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual*. Pamplona, 2000, p. 121.

<sup>5</sup> Cf: J. Tamarit Sumalla, en AA.VV., *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Navarra, 2010, pp. 171 y s.

<sup>6</sup> Cf: F. Morales Prats, “Internet, Derecho penal y derechos fundamentales”, en AA.VV., *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías*, Burgos, 2005, pp. 41 y s.

cho penal tributario en el tránsito de la década de los setenta a los ochenta. Se trata del corolario lógico del paso del Estado de Derecho al Estado social de Derecho, que supuso la imperiosa necesidad de contar con mayores recursos públicos para atender a las nuevas necesidades y objetivos sociales y económicos. Eso supuso necesariamente un nuevo escenario de lucha contra la evasión fiscal.<sup>7</sup>

Si es imprescindible el sistema tributario, también lo es contar con un sistema de sanciones penales y administrativas contra la evasión y el fraude. Dicho sistema se construye sobre la base de la información, sobre datos fiscalmente relevantes. En esta materia el flujo de datos es tal que el Estado es incapaz de gestionar toda la información que se genera. En consecuencia, la ley exige la colaboración de los obligados tributarios y sus sustitutos, imponiéndoles junto al deber material de satisfacer económicamente los tributos otros deberes formales —llevar contabilidad, autoliquidar los impuestos, etc.— que se basan en la colaboración. Existe posteriormente un procedimiento más o menos aleatorio de control administrativo. Pero el papel de las declaraciones y autoliquidaciones es extraordinariamente prioritario en este sistema y, en caso de incumplimiento, existen sanciones específicas de naturaleza tributaria e incluso penales.

Las particularidades de la tributación, ante la evidente necesidad de un sistema tributario eficaz, indispensable para la supervivencia económica de la sociedad y del Estado, convierten al Derecho tributario en una rama del ordenamiento jurídico muy peculiar. Desde su doctrina se tiende a derogar los principios generales, justificándose en conceptos como el denominado “particularismo tributario” o en “razones fiscales”, que le permiten tomar distancia del resto de disciplinas jurídicas.<sup>8</sup>

Sin embargo, este punto de vista no es trasladable al Derecho penal tributario. Las características de la pena exigen que se busque un equilibrio entre la defensa del bien jurídico Hacienda Pública, sin duda muy necesario, con la tutela de los principios consti-

tucionales con relevancia penal. Y es evidente que la materia penal tributaria se coloca en un espacio muy próximo a afectar los principios que ilustran el Derecho penal y garantizan al ciudadano que sus derechos no serán avasallados por el Estado. Como destacan Lanzi y Aldrovandi, estas “razones fiscales” son invocadas para justificar una regulación penal tributaria que intenta consagrar excepciones a los principios constitucionales aplicables en materia penal.<sup>9</sup> Sin embargo, los principios básicos del Derecho penal constitucional (principio de legalidad penal, principio de lesividad, principio de subsidiariedad, principio *non bis in idem*, entre otros) mantienen plena vigencia en esta materia y son el principal instrumento que ayuda a delimitar el alcance y la aplicación de los tipos penales existentes.

El delito fiscal se basa en una defraudación, por la exigencia típica que realiza el propio texto punitivo —art. 305.1 CP—. En esencia, debe *ocultarse el hecho imponible* a los ojos de la Administración Tributaria.<sup>10</sup> Esto podrá hacerse de múltiples maneras, como negocios simulados o ficticios, mediante acciones u omisiones que den lugar a alguna de las modalidades previstas en el tipo penal. Por el momento no se ha establecido en nuestro Código ninguna hipótesis de delito tributario que específicamente haga referencia a las nuevas tecnologías de la información y comunicación. Sin embargo, estas tecnologías están muy presentes en el ámbito penal tributario. Se trata de ilícitos tremendamente complejos, en los que cada vez más frecuentemente inciden aspectos de delincuencia empresarial internacional (comercio electrónico internacional, paraísos fiscales en los que se desarrollan los fraudes, etc.). Se juega frecuentemente en los límites máximos de la legalidad (ingeniería financiera)<sup>11</sup> y se cuenta con el mejor asesoramiento, que suele explotar el llamado “conflicto en la aplicación de una norma tributaria” (antiguo fraude de ley tributaria).

En este contexto, las tecnologías de la información y comunicación se han convertido en protagonistas, tanto como instrumentos utilizados para de-

<sup>7</sup> E. Musco, *Diritto penale tributario*, Bologna, 2011, p. 9.

<sup>8</sup> Este particularismo se ve nitidamente en Italia con las sucesivas regulaciones de los delitos tributarios, desde 1929. Cfr. A. Lanzi y P. Aldrovandi, *Manuale de Diritto Penale tributario*, Milán, Cedam, 2011, p. 2. Véanse también pp. 36 y s.

<sup>9</sup> Cfr. A. Lanzi y P. Aldrovandi, *Manuale de Diritto Penale tributario*, op. cit., pp. 3 y s.

<sup>10</sup> Cfr. J. M. Silva Sánchez, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Barcelona, 2005, p. 30.

<sup>11</sup> Sostiene Silva Sánchez que la utilización de estrategias caracterizables como de ingeniería financiera o fiscal no implica necesariamente la comisión de un fraude fiscal, o en concreto, que “existe un espacio de ingeniería financiera lícita: el que discurre aprovechando las posibilidades de configuración comercial que ofrecen las leyes, y tratando de obtener con ello el máximo beneficio patrimonial o de eludir determinados perjuicios”. Cfr. *El nuevo escenario*, op. cit., p. 18, y en particular p. 20.

fraudar como en la lucha que se lleva a cabo para neutralizar estos fraudes. En algunos supuestos, como en la tributación del comercio electrónico internacional y en las operaciones internacionalmente vinculadas sometidas al impuesto de sociedades, estas tecnologías desempeñan un papel cada día más determinante.

### 2. Comercio electrónico y venta de servicios por vía electrónica

En el comercio electrónico se encuentra un enorme volumen de negocio, en permanente crecimiento. Existe cada vez mayor seguridad en las transacciones, porque los consumidores tienen mejores mecanismos de protección. Si bien existen peligros, en muchas ocasiones las entidades de crédito o los seguros se hacen cargo de las indemnizaciones correspondientes —trasladando los riesgos tecnológicos a sus propios costes, lo que da idea de los beneficios que obtienen—, por lo que los efectos negativos de los fraudes contra intereses privados (delitos patrimoniales) se ven cada vez más reducidos o tecnológicamente neutralizados. Además, en buena medida se encuentran cubiertas las responsabilidades civiles. En definitiva, actualmente los mayores riesgos se han trasladado a los *intereses públicos*, por medio de los delitos fiscales y el contrabando.

El problema fundamental se presenta con las ventas no declaradas, en el comercio electrónico a consumidores finales. La empresa vendedora es responsable tributariamente ante Hacienda como contribuyente o retenedor de los correspondientes tributos. Sin embargo, es prácticamente imposible controlar el comercio electrónico directo, es decir, cuando el objeto de la transacción se suministra directamente a través de la red (un disco, un *e-book*, un programa de ordenador, un servicio telefónico) y el pago se materializa mediante tarjetas bancarias de crédito o débito. En estos casos no existe un desplazamiento físico de mercancías, lo que hace difícilísimo su control tributario, sobre todo cuando la venta se realiza directamente, a consumidores finales. Tratándose de operaciones entre empresas, puede existir una

comprobación en la contabilidad, pero en el caso de particulares la impunidad está casi asegurada.<sup>12</sup> Una respuesta a esta problemática pasaría por el incremento de la obligación de aportar información a la Administración Tributaria, es decir, que los consumidores finales se encuentren obligados a presentar declaraciones informativas de sus compras. Sin embargo, esta solución es absolutamente desproporcionada, porque supondría exigir a los particulares la llevanza de contabilidad, registros y controles de todas sus actividades económicas cotidianas.<sup>13</sup> Así, se convertiría gratuitamente al ciudadano en informante de la Administración Tributaria, lo que es a todas luces inaceptable. Ya tienen bastante tarea con la obligación de realizar autoliquidaciones y declaraciones tributarias, como para añadir esta nueva y tortuosa labor de control.

Avanzando aún más en esta materia, en el comercio electrónico directo (y de servicios prestados por vía electrónica) hay que distinguir si el vendedor se encuentra establecido dentro o fuera de la Unión Europea. La preocupación por esta problemática se hace evidente a partir de la Directiva 2002/38/CE, que prevé un régimen especial para aplicar el IVA cuando se trate de servicios prestados por vía electrónica desde terceros países a personas establecidas en la Comunidad. En estos casos se aplica el IVA del Estado de destino (el Estado comunitario) por medio de un régimen especial (tributación en destino de las operaciones internacionales). Si sumamos al anonimato que preside la Internet que no existe un envío físico de productos, llegamos a la conclusión de que el cumplimiento del pago del IVA en estos casos se convierte de hecho en *voluntario* para el empresario no comunitario. Las autoridades europeas están conscientes de esta altísima posibilidad de fraude, pero también de la carencia actual de elementos electrónicos que permitan ejercer una eficaz tarea informativa y coercitiva. Se ha rechazado internacionalmente por el momento una propuesta germana, de convertir a las entidades financieras emisoras de las tarjetas bancarias en deudores tributarios, con lo que se asegura la recaudación y se evita el fraude. La entidad debería detraer directamente la cuota impositiva en las operaciones

<sup>12</sup> Cfr. J. J. Martos, *Defraudación fiscal y nuevas tecnologías*, Navarra, 2007, pp. 27 y s. Para la mayoría de empresas cabe la comprobación cruzada de datos, regulada en el RD 2027/1995, de 22 de diciembre, que regula la Declaración Anual de Operaciones con Terceras Personas. Esta regulación obliga a informar de operaciones con clientes que hayan superado la cifra anual de 3 000 euros, permitiendo así detectar ventas no declaradas.

<sup>13</sup> Cfr. J. J. Martos, *Defraudación fiscal*, op. cit., p. 32.

de comercio electrónico. Un sector tributarista<sup>14</sup> no ve inconvenientes en esta ampliación de deudores tributarios que podría abarcar no sólo a la entidad bancaria, sino a las entidades multinacionales franquicia —propietarias de las marcas con las que operan las tarjetas— y otras compañías solventes integradas en el mismo grupo empresarial. Así, la Administración Tributaria obtendría como garantía los bienes de estas empresas en todo el mundo, con los que se podría hacer frente a potenciales responsabilidades tributarias. Adviértase que esta descomunal ampliación de destinatarios tendría evidentes consecuencias penales, ante la recientemente instaurada responsabilidad penal de las personas jurídicas, artículos 31 bis y 310 bis CP. En síntesis, no existen actualmente soluciones jurídicas que permitan el cobro coactivo de estas deudas tributarias, nacidas en el comercio virtual. Si bien se está esperando un desarrollo tecnológico que permita nuevas alternativas en la lucha contra esta modalidad de fraude fiscal,<sup>15</sup> habrá que analizar con extremo cuidado las soluciones que se propongan, para que en ningún caso resulten afectados los derechos fundamentales de los particulares y las empresas.

Si el vendedor es comunitario se aplica su propio IVA (tributación en origen) y por lo tanto la problemática, sin desaparecer, disminuye considerablemente (atendiendo a que las operaciones quedarán reflejadas en sus registros contables).

En relación con el comercio electrónico indirecto, interviene un desplazamiento físico del objeto vendido, con lo que los controles, bastante difíciles por cierto, son al menos realizables. Tratándose de comercio electrónico indirecto extracomunitario, existirá un tránsito de mercancías hacia la Unión Europea, por lo que pasan a intervenir los controles aduaneros. Por ese motivo, se puede cometer al mismo tiempo un delito fiscal y un delito de contrabando aduanero, es decir, un ilícito penal que se construye en torno a la tutela de otra modalidad específica de tributo: la renta de aduanas. Concretamente en este caso, hace referencia a la importación de mercancías a partir de maniobras que afectan la tributación.

La Ley Orgánica 6/2011 que reforma la Ley de Represión del Contrabando ha realizado cambios sustanciales en la regulación penal. En el supuesto que aquí analizamos, aquel que realiza desde el extranjero una

operación de venta electrónica que supere las cuantías exentas o franquiciadas, no sólo deberá tributar IVA sino también aranceles aduaneros. El no hacerlo supondrá normalmente una infracción administrativa. Sin embargo, hay que prestar atención a esta regulación jurídico-penal del contrabando, porque:

1) Se da un tratamiento jurídico peculiar a las infracciones administrativas continuadas, cuyas cuantías se suman y pueden alcanzar la categoría de delito. Así, dispone el artículo 2.4 de la Ley que

También comete delito de contrabando quien, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realizare una pluralidad de acciones u omisiones previstas en los apartados 1 y 2 de este artículo en las que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos aisladamente considerados no alcance los límites cuantitativos de 150.000, 50.000 ó 15.000 euros establecidos en los apartados anteriores de este artículo, pero cuyo valor acumulado sea igual o superior a dichos importes.

Adviértase que sólo quedarán excluidas las infracciones sobre las que previamente haya recaído condena en sede administrativa y las prescritas, pero todas las demás entrarán en el cómputo, porque no se ha establecido un marco temporal para realizar la acumulación. De este modo, una empresa que comercialice electrónicamente sus productos podrá incurrir con facilidad en esta responsabilidad penal.

2) Se sanciona penalmente el contrabando imprudente. El artículo 2.5 de la Ley de Represión del Contrabando dispone que “Las anteriores conductas serán igualmente punibles cuando se cometan por imprudencia grave”. Una regulación sin precedentes, que amplía la intervención penal a conductas descuidadas o negligentes y, lo que es más importante, permite sancionar penalmente los supuestos de error de tipo vencible (art. 14.1 CP).

Por último, es destacable la existencia de responsabilidad penal para las personas jurídicas (art. 2.6 Ley de Contrabando). La pena amenazada para todas las conductas dolosas se equipara a la prevista para el delito fiscal, es decir, se prevén “penas de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos [...] En los casos de comisión imprudente se aplicará la

<sup>14</sup> *Ibid.*, pp. 57 y s.

<sup>15</sup> *Cfr.* J. J. Martos, *Defraudación fiscal*, *op. cit.*, p. 35.

pena inferior en un grado” (art. 2.6.1 Ley de Contrabando).

En cuanto al cada vez más importante comercio electrónico indirecto intracomunitario, dicho comercio no tributa tasas aduaneras pero sí el IVA, aunque la disparidad de tipos en Europa genera problemas añadidos. Se discute la necesidad y conveniencia de una tributación en origen o en destino, siendo este último supuesto el más discutible, porque cada operación comercial estará sujeta a una fiscalidad diferente. Sólo la tecnología podría ayudar en esta materia, desarrollando programas que permitan determinar los tributos que se deben pagar puntualmente en cada caso, que serán distintos en cada país de destino.<sup>16</sup>

### 3. Los precios de transferencia

En el ámbito de la determinación de la cuota defraudada, con connotaciones que llegan al Derecho penal tributario internacional, merecen especial atención los aspectos penales a los que se llega a partir de los *Transfer pricing* (o *Precios de transferencia*), máxime cuando nuestro Derecho acaba de incorporar plenamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se trata de las técnicas y los procedimientos que adoptan las empresas multinacionales para la formación de precios relativos a la cesión de bienes y servicios, en operaciones que se realizan entre distintas sociedades del grupo que operan en Estados diversos<sup>17</sup> y, por lo tanto, están sometidas a una fiscalidad diferente. Como recuerda Musco, responden a la planificación fiscal empresarial (*tax planning*), con la finalidad de conseguir el mayor ahorro impositivo.<sup>18</sup> Es perfectamente posible que las empresas incrementen o disminuyan los precios de transferencia internos dentro del grupo, si obtienen así una reducción fiscal. Hay muchos mecanismos para alcanzar estos resultados (transferencias de parte de la rentabilidad de la empresa, asunción desmedida de costes por parte de una empresa del grupo, etc.). En todo caso, se contabilizan *precios ficticios*.

Este ajuste de pagos que se realiza entre distintas empresas pertenecientes al mismo grupo internacio-

nal, pero que tributan ante administraciones distintas, afecta a los tributos que percibe alguno o algunos de los Estados implicados, al mismo tiempo que se puede lesionar la libre competencia. La OCDE ha establecido una serie de reglas o códigos de conducta, sobre la base de la confrontación de precios y la libre competencia (*Arm's length price*).<sup>19</sup> Algunos Estados europeos —pero no todos— han suscrito las recomendaciones que provienen de la Unión Europea (Join Transfer Pricing Forum of the European Union). En síntesis, se aprecian tendencias, pero no existen realmente reglas unificadas e imperativas de alcance mundial, aunque sí una buena voluntad para resolver este tipo de conflictos tributarios. En España, se ocupa de estas situaciones la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, y más concretamente, el art. 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de sociedades, que en su párrafo primero establece: “Operaciones vinculadas. 1. 1.º Las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas se valorarán por su valor normal de mercado. Se entenderá por valor normal de mercado aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia”. En dicho precepto se establecen métodos diversos de valoración que contribuyen a concretar estas pautas genéricas.

La influencia de las TIC vuelve a estar presente en materia de precios de transferencia. Para conocer el precio en las operaciones vinculadas es imprescindible diferenciar con precisión el coste de producción y el precio de venta, lo que es muy difícil cuando se trata de prestación de servicios por vía electrónica. Si, por ejemplo, se trata de un producto digital finalmente elaborado, éste puede haber sido construido en las partes más remotas del mundo, lo que hace muy sencillo maquillar los costes y en definitiva facilita enormemente la defraudación.<sup>20</sup>

Todas estas maniobras, ideadas para tener efectos directos en la tributación, pueden derivar en responsabilidades penales. Una empresa puede, por esta vía, trasladar al exterior componentes de las rentas sujetos a tributación, asignando esas cantidades a sus empre-

<sup>16</sup> Cfr. *ibid.*, p. 54.

<sup>17</sup> Cfr. C. Garbarino, “Transfer Price”, *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Turín, 1999; A. Fernández Cende y A. Álvarez Wilmanski, *Transfer Pricing in Spain*, In Dret 2/2007.

<sup>18</sup> Cfr. E. Musco, *Diritto penale tributario*, p. 202.

<sup>19</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, París, 2010.

<sup>20</sup> Cfr. J. J. Martos, *Defraudación fiscal*, *op. cit.*, pp. 121 y s.

sas en el extranjero, situadas en países con menor tributación. También se pueden alcanzar estos objetivos generando costes deducibles anormalmente altos.<sup>21</sup> Estas conductas son en España contrarias a Derecho, e incluso podrán ser consideradas maniobras elusivas que dan lugar a infracciones tributarias y también penales, siendo de aplicación el artículo 305.1 CP, si presentan las características defraudatorias exigidas por este precepto. En todo caso, el principal problema será probatorio, para determinar cuál ha sido el valor “normal” o real de las transacciones que han dado lugar al fraude.<sup>22</sup>

Adviértase que no estamos ante un conflicto en la aplicación de una norma tributaria (antiguo *fraude de Ley*), porque el *Transfer Pricing* supone una conducta fraudulenta y, por lo tanto, contraria a Derecho, mientras que el conflicto en la aplicación de una norma

tributaria se desarrolla dentro de un marco de licitud, sin perjuicio de que se cumpla con lo dispuesto en el artículo 15.3 de la Ley General Tributaria, y, por lo tanto, “[...] se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora, sin que proceda la imposición de sanciones”.

#### 4. Conclusión

Las tecnologías de la información y comunicación influyen cada vez más en la tutela de distintos bienes jurídicos y en la formulación de tipos penales específicos. Pero en el ámbito socioeconómico en general y penal tributario en particular ocupan un importantísimo papel que los científicos tienen aún que descubrir.

<sup>21</sup> Cfr. L. Ramponi, “*Transfer Pricing*” e categoria penalistiche, RTDPE 2009, 1-2, p. 197.

<sup>22</sup> Cfr. A. Lanzi y P. Aldrovandi, *Manuale di Diritto penale tributario*, op. cit., pp. 171 y s. Cfr. también Soana, *Reati tributari*, op. cit., pp. 216 y s., y Musco, *Diritto penale tributario*, pp. 201 y s.







## Relaciones entre el “derecho a la verdad” y el proceso penal: análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

**Pablo Galain Palermo**

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

*Revista Penal México*, núm. 4, marzo-agosto de 2013

**RESUMEN:** Este artículo se ocupa de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos referida al derecho a la verdad que tiene la víctima individual y colectiva y su relación con el proceso penal, especialmente cuando se trata de crímenes de lesa humanidad. Se presenta someramente la evolución del derecho a la verdad en el ámbito interamericano y en los organismos internacionales y se analiza críticamente si estamos frente a un derecho de la víctima de conocer la verdad o frente a una obligación del Estado de investigar y sancionar. El trabajo se concentra en la relación entre el derecho de la víctima a la verdad y el crimen de desaparición forzada, y pretende responder a la pregunta de si el procedimiento penal es el mecanismo adecuado para esclarecer la verdad cuando se trata de la justicia de transición, cuyas exigencias de justicia, verdad y reparación tienen que ser satisfechas considerando aspectos jurídicos y políticos que permitan la mejor reacción a los crímenes contra los derechos humanos y no impidan la elaboración del pasado.

**PALABRAS CLAVE:** crímenes de lesa humanidad, Corte Interamericana de Derechos Humanos, desaparición forzada de personas, derecho a la verdad, proceso penal, jurisprudencia.

**ABSTRACT:** This article deals with the case law of the Inter-American Court of Human Rights with respect to individual and collective victims' right to the truth and its relation to criminal proceedings, particularly in the case of crimes against humanity. It briefly presents the evolution of the right to the truth in the Inter-American sphere and in international organizations and offers a discussion of whether this is in fact the victim's right to know the truth or the State's duty to investigate and punish. The work focuses on the relation between the victim's right to the truth and the crime of forced disappearance, and attempts to establish if a criminal proceeding is the adequate mechanism for shedding light upon the truth in cases of transitional justice. Such processes involve providing justice, truth and reparations while considering the legal and political aspects for a response to crimes against humanity which does not preclude coming to terms with the past.

**KEY WORDS:** crimes against humanity, Inter-American Court of Human Rights, forced disappearance of persons, right to the truth, criminal procedure, case law.

**SUMARIO:** A. Introducción. B. Evolución del derecho a la verdad en el ámbito interamericano y en los organismos internacionales. C. Derecho a la verdad y obligación estatal de investigar (¿lucha contra la impunidad?). D. Derecho a la verdad y crimen de lesa humanidad (desaparición forzada de personas). E. La verdad y el procesal penal. F. La verdad filosófica. G. Derecho a la verdad, justicia y reparación. H. Conclusión.

**OBSERVACIONES:** Este trabajo fue publicado en *Ambos/Malarino/Elsner (eds.)*, Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional, tomo II, Konrad Adenauer Stiftung/Georg-August-Universität-Göttingen, Montevideo, 2011, pp. 249-282. Aquí se ofrece con una breve actualización. Agradezco los comentarios de Álvaro Rodríguez, Jorge Errandonea y Gustavo Rojas Páez.

**ABREVIATURAS:** AG: Asamblea General OEA, BverfGE: Tribunal Constitucional Alemán, CADH: Convención Americana de Derechos Humanos, CELS: Centro de Estudios Legales y Sociales, CIGCLH: Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, CIDFP: Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, CIPTPDF: Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos, COIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIPTPDF: Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, CPI: Corte Penal Internacional, ER: Estatuto de Roma, ICLR: International Criminal Law Review, IJTJ: International Journal of Transitional Justice, OEA: Organización de Estados Americanos, ONU: Organización de las Naciones Unidas, RDUC: Revista de Derecho de la Universidad Católica.

### A. Introducción

1. Este trabajo analiza en la jurisprudencia de la CIDH el derecho a la verdad de la víctima, en su dimensión individual y colectiva, y su relación con la obligación estatal de perseguir las violaciones graves a los derechos humanos, especialmente en el ámbito de los crímenes de lesa humanidad. Se asume como punto de partida que el *derecho a la verdad* es invocado en el ámbito interamericano por las instituciones protectoras de los derechos humanos, en el contexto de las violaciones manifiestas de los derechos humanos y en las infracciones graves del derecho humanitario.

2. El problema central que este trabajo aborda está relacionado, por un lado, con la falta de autonomía conceptual del derecho a la verdad, que según la CIDH se legitima (adquiere su razón de ser) por su vinculación directa con la justicia penal y con la obligación estatal de persecución de los responsables de los crímenes de lesa humanidad,<sup>1</sup> y, por otro lado, se analiza la posibilidad de obtener la verdad a partir de un procedimiento penal.

3. Del análisis de la jurisprudencia de la CIDH escogida surge la siguiente hipótesis: “La CIDH reconoce un derecho de la víctima en su dimensión individual y colectiva a la verdad que no es autónomo, sino que

<sup>1</sup> La jurisprudencia de derechos humanos no relaciona, en principio, el *derecho a la verdad* con el derecho de la víctima a saber o a participar —o ambas cosas— en el proceso de “búsqueda” o “elaboración” de la verdad, ni con la reparación ni con el derecho colectivo a la pacificación social (reconciliación) y democratización del sistema, sino que considera este derecho una especie de efecto derivado del deber estatal de persecución o castigo —o ambas cosas— de los responsables de violaciones a los derechos humanos. De esta manera se hace depender el derecho a la verdad de la justicia penal (se lo liga expresamente con el castigo de los responsables), de modo que la reparación de las víctimas (y la pacificación social) serían un efecto derivado de la justicia penal.

se relaciona directamente con la obligación estatal de castigar a los responsables y de modo indirecto con el derecho a la reparación”. En concreto, la jurisprudencia constante de la CIDH mantiene como una tesis que “Cuando se han cometido graves violaciones de los derechos humanos la verdad es un derecho de la víctima que tiene que ser satisfecho únicamente por medio del procedimiento penal”. Este trabajo, sin embargo, somete a verificación la siguiente hipótesis: “La víctima tiene derecho a *conocer lo sucedido* y a participar del proceso de *elaboración de la verdad*, que puede ser satisfecho por medios judiciales y/o extrajudiciales, que deben utilizarse de forma complementaria”.

## B. Evolución del derecho a la verdad en el ámbito interamericano y en los organismos internacionales

4. El derecho a la verdad estuvo vinculado principalmente al Derecho Internacional Humanitario como un derecho de la víctima directa.<sup>2</sup> La práctica sistemática y masiva de las desapariciones forzadas en la década de 1970 hizo que el concepto del derecho a la verdad fuera objeto de mayor atención por parte de los órganos internacionales<sup>3</sup> y regionales de derechos humanos,<sup>4</sup> ampliando el concepto de víctima a toda la colectividad.<sup>5</sup> El derecho a la verdad luego se amplió a otras violaciones graves de los derechos humanos, como las ejecuciones extrajudiciales, los homicidios políticos y la tortura.<sup>6</sup> En realidad, en el ámbito in-

ternacional no hay unanimidad de criterios, porque en varios instrumentos internacionales no se hace referencia explícita al derecho a la verdad, pero se lo relaciona de alguna manera con el derecho de los interesados a tener acceso a los resultados de una investigación o a disponer de recursos judiciales rápidos y efectivos, o ambas cosas.<sup>7</sup> El desconocimiento de la verdad mantiene estrecha relación con la imposibilidad de interponer el derecho de Habeas Corpus, esto es, se relaciona con el derecho de acceso a la justicia. El derecho de la víctima guarda relación con conocer la verdad y, en el ámbito de América Latina, él guarda estrecha relación con los procesos de transición, como lo ha constatado la CIDH a partir del caso Barrios Altos vs. Perú, como se verá más adelante.

5. La CADH no contiene ninguna disposición que refiera expresamente a los derechos de la víctima a la verdad o a la justicia, sino que únicamente contiene una disposición sobre el derecho a la reparación (art. 63.1). No obstante esta falta de positivización, la jurisprudencia de la CIDH ha considerado los derechos a la verdad, la justicia y la reparación como los estándares en los que se basan los derechos de las víctimas. Según la CIDH, a partir del caso Velázquez Rodríguez la verdad se construye a partir de la obligación estatal de respetar los derechos de los ciudadanos (art. 1.1 CADH), las garantías judiciales (art. 8 CADH) y la protección judicial (art. 25 CADH).<sup>8</sup>

<sup>2</sup> Véase Proyecto ProFis, *Manual de Procedimiento para la Ley de Justicia y Paz*, 2a ed., GTZ, Bogotá, 2011, cap. 1.

<sup>3</sup> En el ámbito de los organismos internacionales se acepta sin reparos un “derecho a la verdad” de la víctima relacionado con determinadas obligaciones estatales. “El derecho a la verdad.” Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (A/HRC/12/19); AG/RES. 2175 (XXXVI-O/06) el derecho a la verdad/1/(Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 6 de junio de 2006).

<sup>4</sup> La Comisión de Derechos Humanos (1997) redactó un conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, anexo II), que han servido de base a la CIDH para relacionar el derecho a la verdad con algunas obligaciones estatales de garantía derivadas de los derechos considerados en la CADH. Véase Caso Blake vs. Guatemala. Sentencia de Fondo de 24.01.1998. Serie C, núm. 36, párrs. 97 y ss. Allí se presenta una relación intrínseca del derecho a la verdad con otros derechos considerados en la CADH, como el derecho de la víctima a las garantías judiciales (art. 8), que abarca un derecho de los familiares de la víctima a la investigación de la desaparición forzada.

<sup>5</sup> La OEA ha reconocido expresamente el derecho a la verdad en relación con el crimen de desaparición forzada de personas. OEA Permanent Council, Resolution OES/Ser.G CP/CAJP-2278/05/rev.4, 23.05.2005. En el ámbito de la OEA informes de la CIDH sobre la situación de los derechos humanos en ciertos países de la región, relacionan el “derecho a la verdad” con el crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas y con el padecimiento constante de las víctimas mientras la verdad permanezca oculta. En ese contexto, el conocimiento de la “verdad” pretende acabar con el sufrimiento y las penurias de los familiares y de cualquier persona con interés legítimo, por la incertidumbre en que se encuentran y por la imposibilidad en que se hallan de proporcionarles a las víctimas asistencia legal, moral y material (AG/Resolución 2175 (XXXVI-O/06), el derecho a la verdad (Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 6 de junio de 2006).

<sup>6</sup> Consejo Económico y Social de Naciones Unidas. E/CN.4/2006/91, 09.01.2006 Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Estudio sobre el derecho a la verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

<sup>7</sup> *Idem*. Véanse también Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, General Assembly resolution 47/133 18.12.1992 (arts. 13.4 y 9.1); Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extralegal, Arbitrary and Summary Executions, Recommended by Economic and Social Council, Resolution 1989/65 of 24.05.1989 (Principle 16).

<sup>8</sup> Véase Manuel Quincho, *Los estándares de la Corte Interamericana y la Ley de Justicia y Paz*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p. 51.

### C. Derecho a la verdad y obligación estatal de investigar (¿lucha contra la impunidad?)

6. El derecho a conocer la verdad se origina en el Derecho internacional humanitario como un derecho individual de los familiares de saber o conocer el destino de la víctima en casos de conflictos armados.<sup>9</sup> El contenido del derecho que asiste a la víctima se relaciona con “conocer la verdad sobre esas violaciones de la manera más completa posible”.<sup>10</sup> Hoy en día se reconoce a las víctimas, individual y colectivamente, un derecho a conocer la realidad de los hechos acontecidos.<sup>11</sup> Este derecho se entiende que consta de una arista individual y otra colectiva, que convierte a este derecho en inalienable, permanente y autónomo, un derecho que se emparenta con la obligación del Estado de investigar los hechos criminales contra los derechos humanos.<sup>12</sup> La falta de investigación y castigo de los culpables a causa de leyes de amnistía, caducidad o perdón (aunque también la prescripción de los delitos) ha sido uno de los impedimentos más comunes y motivo de reproche por parte de la CIDH.<sup>13</sup>

7. Cuando se analizan las sentencias de la CIDH hay que tener en cuenta que ella ha establecido una serie de principios propios, que rigen y deben ser interpretados en el contexto de la responsabilidad internacional de los Estados y no de la responsabilidad penal de los individuos.<sup>14</sup> Los Estados americanos, desde el momento en que aprueban la CADH, adquieren obligaciones en relación con la protección de los dere-

chos humanos de sus ciudadanos. Con la ratificación de la CADH los Estados se constituyen en garantes de los derechos humanos (*deber de garante*).<sup>15</sup> Para no violar ese deber de garantía el Estado no puede cometer (*acción*), ni tolerar (*omisión*) lesiones a los derechos humanos, así como tampoco puede proteger a los autores materiales (*encubrimiento*). Cuando se han violado los derechos humanos en su jurisdicción, su deber de garantía incluye la investigación y el castigo de los crímenes contra los derechos humanos y la reparación integral de las víctimas (art. 1.1 CADH).<sup>16</sup> Y ésa es una obligación, dice la CIDH, que tiene que ser cumplida por las autoridades públicas, esto es, se trata de una obligación que no depende de la iniciativa privada de la víctima.<sup>17</sup> La CIDH entiende que la obligación estatal tiene como contrapartida la existencia de idénticos derechos de la víctima y los identifican como: a) impartir justicia, b) investigar, c) encontrar la verdad y d) reparar.

8. En ese contexto amplio de deberes de garantía del Estado y de derechos de la víctima, la CIDH puede determinar que no sólo la falta de investigación sino también la dilación indebida durante el procedimiento penal favorece la impunidad y atenta contra el fin preventivo de no repetición. Dentro del amplio concepto de dilaciones indebidas, la CIDH también incluye el “ocultamiento de la verdad” por medio de la destrucción de pruebas o por el silencio público frente a un requerimiento específico de las víctimas.<sup>18</sup> De este modo, se entrecruzan los caminos del derecho (¿o deber?) de

<sup>9</sup> Véase art. 32 Protocolo Adicional I de 1977 de la Convención de Ginebra de 1949.

<sup>10</sup> (E/CN.4/2005/102/Add.1). El derecho a la verdad se concentra en un derecho a conocer lo sucedido y a tener acceso a la información.

<sup>11</sup> Véase Catalina Botero y Esteban Restrepo, “Estándares internacionales y proceso de paz en Colombia”, en Rettberg (comp.), *Entre el perdón y el pardo: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2005, p. 40.

<sup>12</sup> Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, Sentencia de 12 de agosto de 2008, párr. 38. Véase art. 24.2 CIPTPDF. <http://www2.ohchr.org/spanish/law/disappearance-convention.htm>.

<sup>13</sup> Véase Javier Dondé, “El concepto de impunidad: Leyes de Amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ambos, Malarino y Elsner (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, Konrad Adenauer/Universidad de Gotinga, Montevideo, 2010, pp. 264 y ss; Juan Méndez, “Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”, Abregú y Courtis (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 522 y ss.

<sup>14</sup> Véase voto razonado de Cançado Trindade, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrs. 26 y ss.

<sup>15</sup> Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, *op. cit.*, párr. 141.

<sup>16</sup> Véase Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1998, párr. 166. Este derecho a la reparación luego es relativizado: “La Corte ha sostenido que, para cumplir con esta obligación de garantizar derechos, los Estados deben no sólo prevenir, sino también investigar las violaciones a los derechos humanos reconocidos en la Convención, como las alegadas en el presente caso, y procurar además, si es posible, el restablecimiento del derecho conculcado y, *en su caso*, la reparación de los daños producidos por las violaciones de los derechos humanos”. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, párr. 142. Las cursivas son mías.

<sup>17</sup> Caso Albón Cornejo vs. Ecuador, Sentencia de 2 de noviembre de 2007, párr. 62.

<sup>18</sup> Véanse CIDH, Opinión Consultiva núm. 5, “La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la CADH)”, p. 30; caso Claude Reyes y otros vs. Chile, Sentencia de 19 de noviembre de 2006, párrs. 88 y ss. Véase en la jurisdicción colombiana, Corte Constitucional

“conocer la verdad” con la impunidad y la mala praxis procesal penal (con fines de encubrimiento), así como con el fin preventivo de no repetición sin que entre ellos existan fronteras claras en relación con los derechos de las víctimas y las obligaciones del Estado.

9. De las sentencias de la CIDH es posible deducir una relación entre el conocimiento de la verdad, como un derecho de la víctima, y la lucha contra la impunidad en un sentido estrictamente penal, como una obligación estatal.<sup>19</sup> Incluso la CIDH afirma que la no investigación de los hechos es una prueba en contra del Estado omiso que sirve para imputar responsabilidad internacional.<sup>20</sup> Para no incumplir con esta obligación el Estado tiene que brindar todos los detalles sobre lo ocurrido y no se exonera de responsabilidad con la sola mención del lugar en que se hallan los restos de las víctimas.<sup>21</sup> Es decir, según la CIDH el mero conocimiento de lo sucedido con la víctima (verdad) no es suficiente cuando se trata de lesiones contra la vida.<sup>22</sup> Y esta relación entre el derecho a la verdad y la persecución penal cuando están en juego los bienes jurídicos de mayor relevancia, está respaldada por la evolución que evidencia la protección internacional de los derechos humanos, que ha llevado a la consideración de los crímenes de lesa humanidad como imprescriptibles, es decir, que pueden ser perseguidos y castigados en cualquier momento y sin límite temporal.<sup>23</sup> La

comunidad internacional impone el “castigo absoluto” de los responsables de los crímenes internacionales competencia de la CPI (art. 29 ER), tal como se explicita en el Preámbulo del ER. Véase que la reactivación que está viviendo el interés internacional por la defensa de los derechos humanos y el castigo de los responsables tras el final de la “guerra fría” también guarda relación con las masacres cometidas en determinadas regiones (v. gr. ex Yugoslavia, Ruanda República de Congo, etc.; en América Latina: Colombia, Perú, Guatemala, etc.), especialmente, por parte de funcionarios públicos (de derecho o de hecho),<sup>24</sup> que no pueden ser amparados por las instituciones del Estado.<sup>25</sup> Estas masacres han sido también un punto de inflexión en la consideración de la CIDH en relación con las víctimas y sus derechos, cada vez más consideradas desde un punto de vista colectivo.<sup>26</sup> Ellas permitieron consolidar estándares en las sentencias de la CIDH mas allá del crimen de desaparición forzada de personas, como se puede apreciar a partir del caso Myrna Chang. Es evidente la relación entre la naturaleza de los crímenes de lesa humanidad y la visibilidad de un gran número de víctimas, que seguramente han influido para la consideración de un derecho a conocer lo sucedido, que además de individual<sup>27</sup> se considera desde un aspecto colectivo, como un derecho de toda la sociedad a conocer la verdad.<sup>28</sup> Ahora bien, por más que la CIDH quiera contribuir con su jurisprudencia a una política

---

de Colombia, Acción de tutela instaurada por Javier Giraldo Moreno en contra del Ministerio de Defensa Nacional, Sentencia T-1025/07 de 3 de diciembre de 2007, en *Diálogo Jurisprudencial*, núm. 5, julio-diciembre de 2008, México, 2009, pp. 3 y ss.

<sup>19</sup> Véase el caso *Las Palmeras vs. Colombia*, Sentencia de 6 de diciembre de 2001, párr. 69; caso *La Cantuta vs. Perú*, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 224.

<sup>20</sup> *Ibid.*, párr. 42.

<sup>21</sup> Caso *Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Reparaciones (art. 63.1 CADH). Sentencia de 27 de febrero de 2002, Serie C, núm. 92, párr. 109; caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones (art. 63.1 CADH), Sentencia de 22 de febrero de 2002, Serie C, núm. 91, párr. 75; caso *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, párrs. 57 y ss.

<sup>22</sup> Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C, núm. 70, párrs. 191, 194 y 200; caso *Durand y Ugarte vs. Perú*, Sentencia de 16 de agosto de 2000, Serie C, núm. 68, párrs. 122 y 130 y caso *Villagrán Morales y otros (caso de los “Niños de la Calle”) vs. Guatemala*, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C, núm. 63, párrs. 228-230, 233 y 237.

<sup>23</sup> *Cfr.* CIGCLH, Asamblea General, Resolución 2391 (XXIII) de 26 de noviembre de 1968.

<sup>24</sup> Caso *Masacre Pueblo Bello*, *op. cit.*, párrs. 96, 109 y ss.

<sup>25</sup> Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C, núm. 101, párr. 153; caso *Bulacio vs. Argentina*, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C, núm. 100, párr. 111; y caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, Sentencia de 7 de junio de 2003, Serie C, núm. 99, párr. 110.

<sup>26</sup> Véase, por todos, caso *19 Comerciantes vs. Colombia*, Sentencia de 5 de julio de 2004, párr. 85. Caso de la *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, *op. cit.*, caso de la “*Masacre de Mapiripán*”, Sentencia de 15 de noviembre de 2005, Serie C, núm. 134.

<sup>27</sup> En un principio el derecho a la verdad se limitó a las víctimas y los parientes de víctimas de ejecuciones sumarias, desapariciones forzadas, secuestro de menores o torturas, en tanto que la víctima tiene derecho a saber o conocer qué sucedió, derivado de su condición de víctima.

<sup>28</sup> En la consideración del aspecto colectivo, es importante la participación directa o indirecta del Estado en la comisión de las violaciones a los derechos humanos. En ese sentido, el “terrorismo de Estado” y las masacres contra poblaciones étnicas, rurales y otras víctimas colectivas en contextos de estados de excepción han sido decisivas para convertir al derecho a la verdad en un derecho colectivo. Véase el caso *Masacre Pueblo Bello vs. Colombia*, Sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 65. El carácter colectivo de este derecho también se desprende de la naturaleza masiva o sistemática de las violaciones a los derechos humanos, así como de la naturaleza del bien jurídico protegido, del tipo penal realizado y de la gravedad de la violación. Véase *Commission resolution 2005/81 (E/CN.4/2005/102/Add.1)*. En el ámbito de los

criminal internacional de lucha contra la impunidad en un sentido estrictamente penal basada en la garantía de no repetición, ella no puede ir más allá de su competencia para juzgar a Estados.<sup>29</sup> Sin embargo, en muchas ocasiones la CIDH recurre a teorías propias del Derecho penal, como la teoría del incremento del riesgo utilizada para la imputación objetiva de la responsabilidad individual, para condenar al Estado infractor, recurriendo a formas de prueba mucho más laxas que las que han de aplicarse para la condena penal de los individuos. Estos aspectos tienen que ser considerados por los tribunales nacionales al momento de cumplir con los requisitos establecidos en las sentencias de condena y de reparación promulgadas por la CIDH.<sup>30</sup>

10. Uno de los problemas a resolver guarda relación con determinar si la obligación estatal de “hacer justicia” y luchar contra la impunidad se deriva del “derecho de la víctima a la verdad” o si ella tiene otro fundamento.<sup>31</sup> En este trabajo no se cuestiona la obligación estatal de perseguir y castigar los crímenes contra los derechos humanos, ello incluso es necesario para la resolución del conflicto cuando el Estado se ha limi-

tado a llevar a cabo políticas de olvido y de amparo de los responsables (principalmente cuando se trata de funcionarios públicos de derecho o de hecho). El análisis que aquí se realiza se enmarca en el contexto del derecho de la víctima a la verdad, y es en este ámbito donde, cuando ella se hace depender o derivar exclusivamente del proceso penal, la cuestión no es ostensible.<sup>32</sup> Véase que el “conocimiento de la verdad” es un fin en sí mismo<sup>33</sup> y que, en todo caso, el proceso de (*re*) construcción pública de la verdad puede servir como punto de partida de la actividad jurisdiccional.<sup>34</sup> Pero el “derecho a la verdad” no se desprende del derecho a la justicia sino que aquél podría servir de base a éste.<sup>35</sup> Es decir, el Estado podría dar cabal satisfacción a su obligación de “conocer los hechos acontecidos” y “dar a conocer públicamente los hechos” sin necesidad de recurrir al procedimiento penal y a una pena; por ello, parece muy forzado derivar —sin distinción alguna— el derecho de la víctima a la verdad de un derecho de la víctima al castigo del responsable, cuando escoger la vía penal podría convertirse en un escollo para la satisfacción de otros derechos de la víctima, como el derecho a la reparación en un amplio sentido.<sup>36</sup> El

---

derechos humanos se reconoce este derecho de la víctima a la verdad en su dimensión individual y colectiva, incluso en forma independiente de las acciones judiciales que las víctimas puedan emprender. *Idem*.

<sup>29</sup> La CIDH así lo reconoce. Véase caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C, núm. 133, párr. 55; caso *Fermin Ramírez vs. Guatemala*, Sentencia de 20 de junio de 2005, Serie C, núm. 126, párrs. 61 y s.; caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, núm. 52, párr. 90; caso de la “Panel Blanca” (*Paniagua Morales y otros vs. Guatemala*, Sentencia de 8 de marzo de 1998, Serie C, núm. 37, párr. 71; caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C, núm. 35, párr. 37).

<sup>30</sup> Lo determinante es, según la CIDH, al igual que sucede en la novela de Mary Shelley con el Dr. Frankenstein, que el Estado responderá no sólo por la creación del “monstruo” que realizó los peores atentados contra la población civil, sino por la falta de contralor sobre el mismo. Caso de la *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, párr. 126.

<sup>31</sup> Según la CIDH no es suficiente con los esfuerzos por conocer la verdad si ellos no vienen acompañados del castigo de los responsables. Caso *La Cantuta vs. Perú*, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 161.

<sup>32</sup> “La verdad debe encontrar su realización plena y no es subsidiaria necesariamente de la suerte del proceso penal. Las experiencias de amnistías e indultos en la región de algún modo condujeron a una definición más precisa del derecho a la verdad que ha dejado bien en claro la necesidad de su tutela autónoma. Leonardo Fillipini y Lisa Magarrell, “Instituciones de la justicia de transición y contexto político”, en Rettberg (comp.), *Entre el perdón y el paredón*, op. cit., pp. 146 y s.

<sup>33</sup> En los principios desarrollados por Louis Loinet, se considera que el derecho a la verdad o el derecho a saber es autónomo e inalienable. Véase ONU, E/CN.4/Sub.2/1993/6, §101.

<sup>34</sup> Véase Hernando Valencia Villa, *Diccionario de Derechos Humanos*, Espasa-Calpe, Madrid, 2003.

<sup>35</sup> La doctrina no soluciona este aspecto y se limita a sostener que la verdad es inseparable de la justicia. Sin embargo, aun cuando el Estado se vea impedido de investigar y castigar a los responsables, “sigue obligado a indagar la verdad allí donde todavía impere el secreto y el ocultamiento, y a revelar esa verdad a los familiares de las víctimas y a la sociedad”. Véase Juan Méndez, “Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”, op. cit., p. 526.

<sup>36</sup> Méndez sostiene que el derecho a la verdad es parte de un derecho más amplio a la justicia que obliga al Estado a llevar a cabo cuatro tareas: “obligación de investigar y dar a conocer los hechos que se pueden establecer fehacientemente (verdad); obligación de procesar y castigar a los responsables (justicia); obligación de reparar integralmente los daños morales y materiales ocasionados (reparación); y obligación de extirpar de los cuerpos de seguridad a quienes se sepa han cometido, ordenado o tolerado estos abusos (creación de fuerzas de seguridad dignas de un Estado democrático). Estas obligaciones no son alternativas unas a otras, ni son optativas; el Estado responsable debe cumplir cada una de ellas en la medida de sus posibilidades y buena fe”. Véase Juan Méndez, “Derecho a la verdad”, op. cit., p. 526. Lo que este autor no explica es cómo se pueden llevar a cabo todas estas tareas obligatorias cuando la realización de una de ellas podría obstaculizar o impedir la realización de las demás. Ahora bien, al considerarlas obligaciones de medio y no de resultado, deja abierta la puerta de la necesidad de ponderación, que es la propuesta que en este trabajo se defiende.

problema es que la CIDH, para argumentar en favor de un derecho permanente de la víctima al conocimiento de la verdad, parece desarrollar un principio de castigo absoluto (permanente e imprescriptible) del que dependería el derecho a conocer la verdad.<sup>37</sup> En opinión de la CIDH el derecho de la víctima a la verdad tiene que ser satisfecho por medio de procesos judiciales,<sup>38</sup> y con estas decisiones no deja margen a otras formas de resolución del conflicto que concentren su atención en el conocimiento de la verdad y la reparación. Téngase en cuenta que éste no es el único inconveniente, porque si ese principio de “castigo absoluto” que proviene del Derecho penal internacional y que adopta la CIDH siguiendo una “*jurisprudential cross-fertilization*” entre aquel Derecho y el Derecho internacional de los derechos humanos,<sup>39</sup> es trasladado al sistema penal nacional, puede ser violatorio de algunos principios y garantías materiales y formales (algunos contenidos en la Constitución) y contradecir a las teorías modernas de la pena.<sup>40</sup> Para evitar estos inconvenientes entre principios del Derecho penal internacional y del Derecho internacional de protección de los derechos humanos, con principios del Derecho penal nacional, la “lucha contra la impunidad” como principio general de política criminal tendría que limitarse a crímenes y delitos contra la vida en los que el Estado (sus funcionarios de derecho y de hecho) tiene algún tipo de participación o de responsabilidad. La delimitación entre estos crímenes con participación del Estado y los delitos comunes es relevante para la conceptualización del derecho “a la verdad” de la víctima y la obligación estatal de investigar.

#### **D. Derecho a la verdad y crimen de lesa humanidad (desaparición forzada de personas)**

11. En el caso Castillo Páez vs. Perú, la CIDH se refiere por primera vez a un derecho a la verdad en relación

con el crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas, y establece que el Estado tiene la obligación de investigar los hechos con la doble finalidad de encontrar el cuerpo de la persona desaparecida e informar a la familia sobre el destino de la víctima (concepción individual de la víctima). La “concepción colectiva” de la víctima y el derecho a conocer la verdad sobre los hechos acontecidos y sobre la identidad de los responsables de los mismos fue consencuencia de la sistematicidad con que las dictaduras y otros estados de excepción realizaron desapariciones forzadas en el continente americano. La CIDH relacionó entonces, de un modo funcional o teleológico, el *derecho a la verdad* con el *derecho a la justicia*, interpretada ésta de modo restrictivo como justicia penal, en tanto se exige que la justicia persiga una política criminal de lucha contra la impunidad. En el caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras la CIDH sostuvo que “la desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar...”.<sup>41</sup> La continuidad de la desaparición consiste en una lesión permanente a la *dignidad humana* de la víctima y de sus familiares,<sup>42</sup> así como el desconocimiento constante de la situación de la víctima es parte del núcleo del injusto penal que permite un ligamen entre desconocimiento de la verdad e injusto penal que permanece en el tiempo, mientras el Estado incumpla con su obligación de investigar (y sancionar) a los responsables.<sup>43</sup> De algún modo, en esta práctica delictiva hay una sospecha contra los funcionarios públicos y otros actores que cuentan con la aquiescencia del Estado que ofrece argumentos a la jurisprudencia de los derechos humanos, para sostener, acertadamente, que existe un deber del Estado de poner en conocimiento de la autoridad judicial sobre toda persona detenida en sede policial o militar

<sup>37</sup> Paradigmático es el caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, *op. cit.*, párr. 183, en el que la CIDH sostiene que la prescripción favorece la impunidad, de modo que deberían quedar abiertas indefinidamente las vías para el castigo de los criminales, aunque no se asegure que por medio de la posibilidad infinita de castigar penalmente se pueda llegar a conocer la verdad.

<sup>38</sup> Véase caso Almonacid Arellano vs. Chile, párr. 150.

<sup>39</sup> Véase voto razonado Juez Cançado Trindade, caso Almonacid Arellano vs. Chile, párr. 27.

<sup>40</sup> Sobre el tema Winfried Hassemer, *Fundamentos del Derecho penal*, trad. Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 347 y ss; Pablo Galain Palermo, *La reparación a la víctima del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 312 y ss.

<sup>41</sup> Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1998, párrs. 155 y ss.

<sup>42</sup> *Ibid.*, párr. 165.

<sup>43</sup> La CIDH ha relacionado la falta de conocimiento de la verdad con los tratos crueles e inhumanos, como si el desconocimiento de la verdad significara la violación de un derecho de las víctimas por omisión del Estado en la investigación y búsqueda de la verdad. Véase caso Anzualdo Castro vs. Perú, Sentencia de 22 de septiembre de 2009, párr. 113.

(o cualquier centro de reclusión clandestino),<sup>44</sup> pero también permite extender el concepto de víctima a toda la sociedad, que tiene derecho a saber y controlar el funcionamiento de las instituciones públicas.<sup>45</sup> Este deber de la autoridad tiene relación con el derecho de las víctimas (directas o individuales e indirectas o colectivas) a conocer la situación de las personas detenidas o privadas de libertad por agentes del Estado<sup>46</sup> y, de alguna manera, refuerza la obligación del Estado de investigar a los responsables para satisfacer el derecho a conocer la verdad (y desvincularse de los autores del crimen).<sup>47</sup> No obstante, los criterios utilizados por la CIDH no son claros en cuanto ésta ha manifestado que la obligación principal del Estado es investigar los hechos acontecidos y subsidiariamente castigar a los responsables,<sup>48</sup> así que si no es posible identificar a los autores, de todas maneras subsiste el derecho a conocer la verdad.<sup>49</sup> Esta argumentación no permite deducir una relación absoluta de medio a fin entre el derecho a conocer la verdad y el castigo de los responsables sino, en todo caso, entre el derecho a la verdad y el derecho al conocimiento público de la investigación sobre la verdad.<sup>50</sup> El principio de *máxima divulgación* es una condición fundamental del Estado democrático e implica que el Estado tiene la obligación de investigar y divulgar los hechos lesivos de los derechos humanos, obligación que puede ser controlada por los ciudadanos (*control democrático*).<sup>51</sup> Según la CIDH no corresponde, sin embargo, una con-

fusión entre el derecho a la verdad con el derecho de acceso a la información pública, que es una forma de contribuir a hacerlo efectivo, pero sí puede recurrirse a él para argumentar que este principio no sugiere que el derecho a conocer la verdad derive del derecho a la justicia (interpretado como derecho al castigo de los responsables), sino que se trata de un derecho autónomo relacionado con el principio de dignidad humana de la víctima, que tiene que ser considerado por el Estado en el ejercicio de sus funciones públicas.<sup>52</sup> Lo que la CIDH parece dejar abierto es una posible relación entre la divulgación de la investigación sobre la verdad obtenida por medio de procesos penales e *investigativos*<sup>53</sup> (que se supone no son penales, por ejemplo, una Comisión Parlamentaria, una Comisión de la Verdad, etc.) y un efecto de reparación (aunque la CIDH no lo diga expresamente y considere esta divulgación pública de la verdad como una “justa expectativa que el Estado debe satisfacer”).<sup>54</sup>

12. En jurisprudencia constante a partir del caso Velásquez Rodríguez, la CIDH ha interpretado la desaparición forzada de personas como una violación del derecho a la libertad personal,<sup>55</sup> así como del derecho a la integridad física y psíquica,<sup>56</sup> y también del derecho a la vida.<sup>57</sup> Esta interpretación parece sufrir una variante con el caso de *Bámaca vs. Guatemala*<sup>58</sup> que se confirma en *Anzualdo Castro vs. Perú*, en cuanto la CIDH agrega un nuevo elemento a dicha jurisprudencia

<sup>44</sup> Con base en este deber que se exige en el tipo penal uruguayo (art. 21 Ley 18.026) hemos sostenido en otro trabajo que estamos ante un *delito de infracción de un deber*. Véase Pablo Galain Palermo, Uruguay, Ambos (coord.), *Desaparición forzada, op. cit.*, pp. 163 y s. Véase Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 155.

<sup>45</sup> Véase Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 158. En el caso por la desaparición forzada de Kenneth Anzualdo Castro, llevada a cabo por funcionarios públicos peruanos en 1993, los representantes de las víctimas alegaron, entre otros derechos fundamentales recogidos en la CADH, la violación del derecho a la verdad, fundado normativamente en el artículo 13 CADH, en perjuicio de los familiares de Kenneth Ney Anzualdo Castro y “de la sociedad peruana en su conjunto”. Véase caso Anzualdo Castro vs. Perú, Sentencia de 22 de septiembre de 2009, párr. 4. La CIDH condenó al Estado peruano por la violación de los derechos consagrados en los artículos 3, 4.1, 5.1, 5.2, 7.1, 7.6, 8.1 y 25 de la CADH, en relación con las obligaciones dispuestas en los artículos 1.1, 2 y I. b) y III de la CIDFP.

<sup>46</sup> Sobre el derecho colectivo a recibir información de las instituciones públicas, véase caso Claude Reyes y otros vs. Chile, párr. 77.

<sup>47</sup> Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones), párr. 77.

<sup>48</sup> Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, párr. 116. Las cursivas son mías.

<sup>49</sup> Caso Castillo Paez vs. Perú, Sentencia de 3 de noviembre de 1997, párr. 90.

<sup>50</sup> Caso Las Palmeras vs. Colombia (Reparaciones y Costas), Sentencia de 26 de noviembre de 2002, Serie C, núm. 96, párr. 67; caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C, núm. 192, párr. 233.

<sup>51</sup> Véase caso Claude Reyes y otros vs. Chile, Sentencia de 19 de noviembre de 2006, párr. 86.

<sup>52</sup> Véase Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, párrs. 154, 156, 165; caso Anzualdo Castro vs. Perú, párr. 113.

<sup>53</sup> Caso Las Palmeras vs. Colombia, párr. 67. Las cursivas son mías.

<sup>54</sup> *Idem*.

<sup>55</sup> Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 155.

<sup>56</sup> *Ibid.*, párr. 156.

<sup>57</sup> *Ibid.*, párr. 157.

<sup>58</sup> Caso Bámaca vs. Guatemala, párrs. 178 y ss.



dencia, cuando sostiene que la figura de la desaparición forzada constituye, también, una violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de la víctima (art. 3 CADH).<sup>59</sup> Últimamente, la CIDH ha sostenido que:

la desaparición forzada constituye una violación múltiple de varios derechos protegidos por la Convención Americana que coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreando otras vulneraciones conexas, siendo particularmente grave cuando forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado. La práctica de desaparición forzada implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su prohibición ha alcanzado carácter de *jus cogens*.<sup>60</sup>

13. Según la CIDH el derecho “a la verdad” y el derecho a la justicia (como investigación y castigo) se encuentran estrechamente relacionados y “los esfuerzos para realizar una búsqueda efectiva y una investigación eficiente” se medirán según “la gravedad y la magnitud de los hechos denunciados”.<sup>61</sup> Véase que la magnitud de los hechos tiene relación con los crímenes cometidos, especialmente cuando ellos se realizan contra poblaciones enteras en forma de ejecuciones extrajudiciales múltiples, en particular cuando se trata de etnias o poblaciones rurales.<sup>62</sup> La CIDH entiende que el contexto en el que los crímenes se cometen tiene importancia para considerar la gravedad de las violaciones de los derechos humanos<sup>63</sup> y, por ello, también la debería tener para determinar el contenido de la obligación estatal de castigar las violaciones a los derechos humanos. Este contexto

es aplicable para los casos de conflictos armados internos o de regímenes en los que no rige el Estado de Derecho.<sup>64</sup> La gravedad de la violación tiene que ser determinante para establecer la relación entre el derecho “a la verdad”, el derecho de acceso a la justicia y la obligación de investigar (y castigar) que tiene el Estado. Las violaciones masivas de derechos humanos en contextos de excepción en los que no rige el Estado de Derecho o cuando se produce una suspensión momentánea de las garantías individuales (y el Estado emplea un uso desmedido de la fuerza por medio de sus fuerzas armadas)<sup>65</sup> o cuando se llevan a cabo contra determinadas comunidades (étnicas, campesinas, zonas marginales, barrios populares) o enemigos políticos (subversivos, sediciosos, terroristas) han sido determinantes para consolidar una concepción colectiva de la víctima y para reafirmar la *ligatño* entre un derecho “a la verdad” y un derecho a la justicia, en el sentido de “justicia penal” y castigo retributivo, en detrimento a un derecho a la justicia más amplio basado en el conocimiento público de la verdad en el sentido de la reparación y reconciliación (pacificación social, justicia restaurativa). El ligamen se torna más fuerte cuando la CIDH establece que mediante el procedimiento penal se puede alcanzar el conocimiento de la verdad y, de este modo, se cumple con el fin preventivo de no repetición.<sup>66</sup> Pero, además, la CIDH se refiere constantemente a un derecho de la víctima a saber o conocer lo sucedido (qué aconteció) respecto a conocer los nombres de los autores de los delitos (quién lo hizo).<sup>67</sup>

14. De todo esto puede concluirse que el “derecho a la verdad”, por un lado, deriva de un derecho individual (dignidad humana) que puede ser independiente

<sup>59</sup> Caso Anzualdo Castro vs. Perú, párrs. 87 a 101. Además la CIDH reconoce nuevamente el carácter de norma imperativa de *jus cogens* a la prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad. Véase [http://www.estadodederechocdh.uchile.cl/media/noticias/boletin\\_3.pdf](http://www.estadodederechocdh.uchile.cl/media/noticias/boletin_3.pdf). Queda claro que este crimen de lesa humanidad lesiona diversos derechos, entre los cuales puede derivarse un derecho a conocer la verdad, en tanto, el desaparecido mientras permanezca el estado de ausencia se ve privado del reconocimiento de su personalidad jurídica, independientemente de que la víctima se encuentre viva o muerta. De la misma opinión, Pablo Galain Palermo, Uruguay, en Ambos (coord.), *Desaparición forzada de personas*, op. cit., p. 155, nota 75.

<sup>60</sup> Caso Gelman vs. Uruguay, párrs. 74 y s.

<sup>61</sup> Caso La Cantuta vs. Perú, párr. 130.

<sup>62</sup> Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam, Sentencia de 15 de junio de 2005, serie C, núm. 124, párr. 144.

<sup>63</sup> Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, párr. 118.

<sup>64</sup> Véase por todos Almonacid Arellano vs. Chile, párrs. 96 y ss.

<sup>65</sup> Como aconteció en el caso El caracazo vs. Venezuela, Sentencia de 11 de noviembre de 1999, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_58\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_58_esp.pdf).

<sup>66</sup> Caso Baldeón García vs. Perú, Sentencia de 6 de abril de 2006, párr. 196.

<sup>67</sup> Véase sobre el tema Tatiana Rincón, *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, pp. 53 y ss.

del derecho (individual y colectivo) a la justicia, pero, por otro lado, el “derecho a la verdad” está relacionado con la obligación estatal de investigación y eventual persecución penal de los crímenes más graves contra los derechos humanos.<sup>68</sup> Sin embargo, aunque la CIDH no lo exprese con claridad, si bien la justicia penal es una de las formas de realización del derecho “a la verdad”, éste puede trascender al derecho y a la justicia penal en particular, para ser satisfecho por otros mecanismos.<sup>69</sup> Estos mecanismos deben ser considerados mecanismos complementarios en el proceso de “conocimiento de la verdad”, como de algún modo se puede inferir del caso Almonacid.<sup>70</sup> Además, aunque esto no parezca llamar la atención de la CIDH, la doctrina penal no acepta pacíficamente que el proceso penal sea el lugar adecuado para la satisfacción de la verdad como un derecho de la víctima.

### E. La verdad y el procesal penal

15. La CIDH relaciona íntimamente el derecho de la víctima al conocimiento de la verdad con el proceso penal, entendido en un sentido más próximo al sistema inquisitivo que a uno acusatorio. Según la CIDH el ligamen entre la “verdad” y el procedimiento penal (ya sea basado en normas nacionales o internacionales) puede admitir la participación procesal de la

víctima, pero ello no es suficiente para sostener que ésta tiene participación en el “establecimiento de la verdad”, proceso que se deja *in toto* en las manos del juez.<sup>71</sup> La CIDH asume, sin mayor desarrollo teórico, que el proceso penal es la vía para “establecer la verdad”<sup>72</sup> o “determinar la verdad”,<sup>73</sup> incluso cuando se trata de las más graves violaciones de los derechos humanos, en las que recae sobre el Estado una sospecha de participación en los crímenes y una probable condena por responsabilidad internacional.<sup>74</sup> Esta afirmación, sin embargo, que no se pone en duda cuando se trata de un nuevo régimen de gobierno que se encuentra en ejercicio de sus funciones, esto es, en un contexto de justicia de transición, no parecer ser de recibo en la doctrina procesal y penal cuando se trata de delitos comunes. Varios son los impedimentos para conocer “la verdad” por medio del procedimiento penal cuando se trata de delitos comunes, de modo que mayores serán los inconvenientes para alcanzar “la verdad” en casos de crímenes de lesa humanidad, en los que el propio Estado está involucrado.<sup>75</sup> Epistemológicamente el régimen inquisitivo colocó la “búsqueda de la verdad” como un objetivo central del procedimiento penal. La *verdad empírica* o *jurídica* que se obtiene en el proceso penal es una *verdad histórica limitada normativamente*,<sup>76</sup> que no puede ser asimilada a la *verdad histórica* o *fáctica*,<sup>77</sup> aquella que se concentra en la mera sucesión de he-

<sup>68</sup> Sobre el tema, recientemente, Pablo Galain Palermo y Álvaro Garreaud, “Truth Commissions and the Reconstruction of the Past in the Post-Dictatorial Southern Cone: Concerning the Limitations for Understanding Evil”, Ambos *et al.* (eds.), *Eichmann in Jerusalem - 50 Years After. An Interdisciplinary Approach*, Duncker & Humblot, Berlín, 2012, pp. 181 y ss.

<sup>69</sup> En situaciones de graves y masivas violaciones a los derechos humanos, el derecho a la verdad puede ser satisfecho de diversas maneras. Por un lado, existe la verdad judicial, pero, por otro lado, está la verdad extrajudicial institucionalizada (“aquella verdad reconstruida en espacios especialmente creados y reconocidos institucionalmente para la reconstrucción histórica de la verdad”) y la verdad social no institucionalizada (“que es la verdad alcanzada a través de todas aquellas estrategias de reconstrucción de la verdad y de preservación de la memoria colectiva llevadas a cabo por instancias no institucionales”). Véase Rodrigo Uprimny y María Saffón, “Verdad judicial y verdades extrajudiciales: la búsqueda de una complementariedad dinámica”, *Pensamiento Jurídico*, núm. 17, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2006, p. 10. La verdad, según la tesis que sostienen estos autores, sólo puede ser alcanzada con la combinación de estos diferentes mecanismos.

<sup>70</sup> En Almonacid la CIDH estableció que una Comisión de la Verdad no libera al Estado de la obligación de investigar penalmente para establecer la verdad. Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile, párr. 150.

<sup>71</sup> Caso Heliodoro Portugal *vs.* Panamá, párr. 143.

<sup>72</sup> *Idem.*

<sup>73</sup> Caso Heliodoro Portugal *vs.* Panamá, párr. 144.

<sup>74</sup> Caso García Prieto y otros *vs.* El Salvador, Sentencia de 20 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 102 (las cursivas son mías). Véase también en Velásquez Rodríguez, párr. 181; caso Zambrano Vélez y otros *vs.* Ecuador, Sentencia de 4 de junio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 1155: aquí se utilizaron sinónimos de la expresión “instituir la verdad”, [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=establecer](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=establecer), visitado el 16.03.2011.

<sup>75</sup> Ésta es la lógica político-crímenal que está incluso contenida en el ER, cuando el propio Estado no interviene penalmente para la investigación de los hechos, se habilita la competencia de la CPI (art. 17).

<sup>76</sup> Véase Reiner Paulus, “Prozessuale Wahrheit und Revision”, en Seebode (ed.), *Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11 de julio de 1992*, Walter de Gruyter, Berlín/Nueva York, 1992, p. 689.

<sup>77</sup> Por eso se dice que los historiadores “should never be involved in questions of guilt or innocence”. Véase Tristram Hunt, “Whose Truth? Objective Truth and a Challenge for History”, *Criminal Law Forum*, núm. 15, Kluwer Academic Publishers, Holanda, 2004, p. 197.

chos sin necesidad de determinar ni comprobar una culpabilidad que admita una imputación penal.<sup>78</sup> Sin embargo, la CIDH relaciona la verdad histórica con el derecho colectivo a la verdad y entiende que el proceso penal puede colaborar con el conocimiento de esta verdad histórica. De esta manera se confunde el objeto del proceso penal de lograr una verdad normativa que permita imputar o absolver a un individuo, con el conocimiento total de los hechos.<sup>79</sup> Véase aun aceptando un modelo inquisitivo de procedimiento penal, el “examen de verdad” que realiza el juez se limita al objeto presentado por la acusación para el enjuiciamiento;<sup>80</sup> y este deber de “averiguación de la verdad” no es comparable con aquel objetivo central del sistema inquisitivo (averiguar la verdad material), porque se trata tan sólo de averiguar la “verdad del hecho” que le es presentado al juez por iniciativa ajena.<sup>81</sup> Además, todas las garantías que rodean al indagado y las limitaciones de la prohibición de prueba son límites directos a la “búsqueda de la verdad” en un sentido amplio, factual o histórico.<sup>82</sup>

16. El proceso penal de nuestros días no tiene como objetivo la búsqueda de la *verdad material*,<sup>83</sup> porque la lógica económica o de la negociación se ha instau-

rado en el proceso penal, con lo que han cambiado algunos paradigmas en el procedimiento de verificación de la responsabilidad penal.<sup>84</sup> En todo caso, hoy tendríamos que referirnos a un concepto de *verdad consensual o negociada*.<sup>85</sup> Todo en el proceso se ha “privatizado” (el objeto del proceso, la prueba y la condena) y se ha acentuado la función de composición del conflicto entre las partes. Esta nueva función conduce al abandono de la verificación autoritaria de la verdad, función que si bien sobrevive tiene que convivir con las demás.<sup>86</sup> Además, si la búsqueda de la verdad material fuera su único objetivo, no tendría forma de realización por las imposibilidades teóricas, ideológicas y prácticas que explica Taruffo.<sup>87</sup> Sostener que el proceso penal persigue una *verdad histórica* obliga a identificar las funciones del juez con la del historiador,<sup>88</sup> tema del que se ha ocupado vastamente la doctrina alemana, para demostrar las diferencias entre las funciones de unos y otros.<sup>89</sup> Si bien jueces e historiadores se preocupan por reconstruir hechos del pasado, se trata de una reconstrucción por medio de deducciones del lenguaje o, la mayoría de las veces, de un informe sistemático-cronológico, de una narración de la historia en la que mucho falta y mucho puede ser acallado.<sup>90</sup> Tanto unos como otros trabajan

<sup>78</sup> El procedimiento penal tiene como objetivo determinar una imputación de culpabilidad o absolver en aquel caso en que los hechos no pueden ser probados. Véase Daniel Pastor, “Ni ‘common law’, ni ‘civil law’ ni ‘hybrid law’: un derecho procesal penal especial para unos tribunales especiales”, Chirino *et al.* (comps.), *Humanismo y Derecho penal*, EJC, Costa Rica, 2007, p. 400.

<sup>79</sup> Caso Masacre de La Rochela vs. Colombia, Sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 195.

<sup>80</sup> El sistema penal se limita a descubrir una “estrecha verdad narrada” al estilo: “quién disparó a quién”, que no puede abarcar algo más amplio como: “por qué las cosas han sucedido de esta manera”. Véase Tristram Hunt, “Whose Truth?”, *op. cit.*, p. 195.

<sup>81</sup> Véase Karl-Heinz Gössel, *El proceso penal ante el Estado de Derecho*, trad. Polaino, Grijley, Lima, 2004, p. 43.

<sup>82</sup> Véase Sergio Moccia, “Verità sostanziale e verità processuale”, en De Giorgi (ed.), *Il Diritto e la differenza. Scritti in onore di Alessandro Baratta*, Pensa, Lecce, 2002, p. 421. Entre otros: principio de inocencia, derecho de defensa, nemo tenetur, exclusión de pruebas obtenidas ilegalmente, derecho a no declarar, etc. Véase Patricia Coppola y José Cafferata, *Verdad procesal y decisión judicial*, *op. cit.*, p. 47; Nicolás Guzmán, *La verdad en el proceso penal*, *op. cit.*, pp. 118 y ss; Karl-Heinz Gössel, *El proceso penal*, *op. cit.*, pp. 67 y ss.

<sup>83</sup> “Non vi è dubbio che in tal modo il processo penale va lentamente perdendo la sua funzione cognitiva e finisce per non avere più come obiettivo principale quello della ricostruzione del fatto.” Véase Sergio Moccia, “Verità sostanziale e verità processuale”, *op. cit.*, p. 425.

<sup>84</sup> Véase Massimo Donini, *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*, Ara, Lima, 2010, p. 110.

<sup>85</sup> Véase Pablo Galain Palermo, “La negociación en el proceso penal”, *RDC*, núm. 7, 2005, pp. 159 y ss., en Internet [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_7350-544-1-30.pdf](http://www.kas.de/wf/doc/kas_7350-544-1-30.pdf); Nicolás Rodríguez García, *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997; Sergio Chiarlioni, “La verità presa sul serio”, en Vinciguerra y Dassano (eds.), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, ESI, Milán, 2010, p. 185.

<sup>86</sup> Véase Massimo Donini, *El Derecho penal*, *op. cit.*, p. 273.

<sup>87</sup> Véase Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milán, 1992, pp. 8 y ss.

<sup>88</sup> “Es dürfte zum anderen aber auch dadurch begründet sein, daß die Aufgaben strafrechtlicher und politisch-historischer Aufklärung keineswegs identisch sind”. Véase Cornelius Prittzwitz, “Notwendige Ambivalenzen –Anmerkungen zum schwierigen Strafprozeß gegen John Demjanjuk”, *StV*, 11, 2010, p. 650.

<sup>89</sup> Véase Frei, Van Laak y Stolleis (eds.), *Geschichte vor Gericht. Historiker, Richter und die Suche nach Gerechtigkeit*, Beck, Múnich, 2000. Para alguien que demuestre que el proceso penal es algo distinto de un proyecto de investigación histórica, véase Detlef Krauss, “Das Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozeß”, en Jäger (ed.), *Kriminologie im Strafprozeß, zur Bedeutung psychologischer, soziologischer und kriminologischer Erkenntnisse für die Strafrechtspraxis*, Suhrkamp, Frankfurt, 1980, pp. 65 y ss.

<sup>90</sup> “Was wir handhaben, ist vielmehr nur ein als sicher geltendes sprachliches Konstrukt, ein meist chronologisch geordneter Bericht, eine Geschichtserzählung, der vieles fehlt und vieles verschweigt”. Véase Michael Stolleis, “Der Historiker als Richter –der Richter als Historiker”, en Frei, Van Laak y Stolleis (eds.), *Geschichte vor Gericht*, *op. cit.*, p. 178.

sobre ideas, hipótesis para explicar cómo habrían ocurrido los hechos, y ambos realizan valoraciones. El resultado de sus investigaciones no puede ser considerado una *verdad histórica* sino un compendio de lo que les ha sido narrado.<sup>91</sup>

17. La verdad surgida del procedimiento penal (*verdad procesal*) no es una *verdad científica* o que pueda ser falseada según un método científico, sino una representación ideal de un supuesto de hecho. La verdad científica requiere una contrastación constante de las hipótesis de las que parte (falsedad de las hipótesis), mientras que la *verdad procesal* requiere un necesario punto de culminación (cosa juzgada) que no agota todos los pasos que requiere la verificación de una hipótesis científica.<sup>92</sup> El proceso penal no puede producir verdades científicas, sino que apenas busca soluciones concretas para un caso específico, según determinados criterios de selección, de entre los innumerables datos, circunstancias y conexiones que rodean a un supuesto de hecho.<sup>93</sup> Además, el sistema penal sólo puede reprochar conductas a personas, pero en los casos relacionados con las más graves violaciones a los derechos humanos, como sucede con el terrorismo de Estado,<sup>94</sup> los tribunales penales son inocuos para juzgar sistemas, regímenes o ideologías criminales, a las que muchos de los responsables sirven.<sup>95</sup> La *verdad judicial* o la “verdad” que se puede obtener por medio de un proceso penal está limitada a la averiguación de la culpabilidad de algunos cri-

minales, posiblemente los de mayor culpabilidad y responsabilidad en los hechos. Esta forma de hacer justicia, sin embargo, no se condice con la “averiguación de la verdad”, porque incluso puede esconder muchas de las causas relacionadas con estos hechos, con el fin de limitarse a la prueba de la culpabilidad individual. Nils Christie sostiene que con los juicios y condenas a los criminales nazis en los procesos de Núremberg no se discutió, por parte de los jueces británicos, norteamericanos y soviéticos, sobre los hechos acontecidos en Dresden, Hiroshima y Nagasaki y sobre los Gulags, cuando estos hechos también eran importantes para conocer la verdad en relación con los crímenes de la Segunda Guerra Mundial. La sospecha de una “justicia de vencedores” puede dificultar el conocimiento de la verdad mediante el uso del sistema penal.<sup>96</sup> Según Christie los procesos penales sólo se ocupan de culpabilidades personales o individuales, y nada pueden hacer cuando los crímenes han sido cometidos en el marco de “sistemas culpables” (*system-guilt*).<sup>97</sup>

Véase que el sistema penal no produce ni constata la verdad sobre lo sucedido, sino que apenas soluciona una imputación o absolución de un caso concreto según un discurso que no está *libre de dominación* y una representación ideal de lo verdadero.<sup>98</sup> La *verdad procesal* es tan sólo aquella que se puede probar y a esas pruebas se limita su contenido.<sup>99</sup> Como ha dicho Hassemer, el Derecho procesal penal no puede ser vinculado con los procedimientos de búsqueda de

<sup>91</sup> Las consecuencias de sus investigaciones provocan, a su vez, muy diversas consecuencias. El juez tiene que tomar decisiones en nombre del pueblo que pueden afectar gravemente a determinadas personas; su verdad es formal, reduccionista y limitada. El historiador no decide en el sentido del juez, su verdad sólo lo puede afligir moralmente, porque aquello que provoque con su investigación sólo a él le concierne. El historiador se refiere y valora sólo el pasado único e irreplicable, mientras que el juez valora ese hecho único e irreplicable según el espíritu presente de la norma. Ambos “investigadores” de la verdad factual tienen que construir una opinión con base en la reconstrucción de hechos pasados que contribuye al conocimiento y entendimiento de los hombres en una sociedad determinada. *Idem*.

<sup>92</sup> Véase Winfried Hassemer, *Fundamentos, op. cit.*, pp. 185 y s. Véase también Nicolás Guzmán, *La verdad en el proceso penal, op. cit.*, p. 113.

<sup>93</sup> Véase Winfried Hassemer, *Fundamentos, op. cit.*, pp. 183 y 190.

<sup>94</sup> La doctrina interpreta esta expresión como los crímenes de Estado contra los enemigos del gobierno hasta aniquilarlo. A diferencia del terrorismo (político) que pretende derrocar un gobierno actuando mediante violencia contra la población en general y reivindicando los hechos, el terrorismo de Estado oculta sus hechos o los legitima como “razón de Estado” o defensa de la “seguridad nacional”. Véase Luis Bandieri, “Juicio al juicio absoluto. A propósito de ‘Juicio al mal absoluto’ de Carlos Nino”, [www.ieeba.com.ar/colaboraciones2/Juicio%20al%20juicio.pdf](http://www.ieeba.com.ar/colaboraciones2/Juicio%20al%20juicio.pdf).

<sup>95</sup> Cornelius Prittwitz, “Notwendige Ambivalenzen”, *op. cit.*, p. 655.

<sup>96</sup> Véase Nils Christie, “Peace or Punishment?”, en Gilligan y Pratt, *Crime, Truth and Justice. Official Inquiry, Discourse, Knowledge*, Willan Publishing, EUA/Canadá, 2004, pp. 244 y s.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 251.

<sup>98</sup> Véase Winfried Hassemer, *Fundamentos, op. cit.*, pp. 163 y ss., 168.

<sup>99</sup> “La verdad tanto como la realidad no es un objeto dado de antemano que sólo se trataría de reflejar adecuadamente. Es una problemática del testimonio, por oposición a la prueba.” Véase Jacques Derrida, “Historia de la mentira: prolegómenos”, conferencia dictada en Buenos Aires en 1995, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, edición digital, <http://www.jacquesderrida.com.ar/textos/mentira.htm>, pp. 24 y s.

la verdad empírica sino que, por el contrario, “al proceso penal se le dota de instrumentos para detener la búsqueda de la verdad”.<sup>100</sup> Una parte de la doctrina, incluso, niega la posibilidad de que la verdad pueda ser “descubierta”, “hallada” o “reconocida” por medio del procedimiento penal, porque ella no es algo previo ontológica o axiológicamente, sino que la verdad es construida por la sentencia judicial.<sup>101</sup> Por todo esto, no se puede decir que la verdad sea un objeto que se “conozca” siguiendo métodos de investigación penales, sino que ella es consecuencia de un proceso de elaboración o, en todo caso, un principio general o un valor que inspira al procedimiento penal.<sup>102</sup> El procedimiento penal es necesario para terminar con la presunción de inocencia de los responsables y para la imputación de responsabilidad penal, pero el procedimiento penal no es presupuesto del derecho a la verdad. El procedimiento penal tiene un efecto preventivo muy importante y es útil para la investigación de datos oficiales antes desconocidos, para obligar a determinadas reparticiones estatales a “colaborar” con la justicia, para acabar con la amnesia colectiva,<sup>103</sup> para brindar un espacio de manifestación a las víctimas y para terminar con la impunidad, entre otras cosas. Para hacer frente a los crímenes más graves

el Derecho penal (nacional, internacional o supranacional) todavía cumple un papel importante desde el punto de vista preventivo y de motivación de conductas,<sup>104</sup> por el mero hecho de la existencia de la norma de prohibición y de la posibilidad de ejercicio de jurisdicción.<sup>105</sup> Las más graves violaciones de los derechos humanos requieren una sanción ejemplar, como si se tratara de un imperativo categórico de hacer justicia. Lo que nuestra ciencia, sin embargo, no ha demostrado es que el procedimiento penal sea el sitio más adecuado para satisfacer el “derecho a la verdad” que tiene la víctima.<sup>106</sup> En relación con el “derecho a la verdad”, el Derecho penal y sus procedimientos pueden ser una herramienta útil para investigar, procurar información todavía desconocida y obligar a conservar archivos públicos. Una vez recolectada la información necesaria, en el caso concreto, la magnitud de la violación a los derechos humanos determinará la necesidad de castigar a los responsables, pero de esta eventualidad no deriva —ni puede derivar— el derecho de la víctima al conocimiento de la verdad. Es más, estos procedimientos sólo sirven para que el Estado se comprometa a encontrar o esclarecer una “parte de la verdad”, aquella que fuere necesaria para fundamentar una imputación penal.<sup>107</sup>

<sup>100</sup> Véase Winfried Hassemer, *Fundamentos*, op. cit., p. 187. La doctrina procesal niega incluso que el proceso sea el sitio adecuado para la satisfacción de los derechos de la víctima, porque como *situación jurídica* (Goldschmidt) tiene una función dinámica que se traduce en el “deber funcional de carácter administrativo y político” que tiene el juez y que resuelve por medio de una sentencia. En el proceso no se puede hablar de derechos sino de “posibilidades” de que el derecho sea reconocido en la sentencia, de expectativas y de cargas. Esta dinámica del proceso Goldschmidt la comparaba con la guerra, en tanto que “el vencedor puede llegar a disfrutar un derecho que se legitima por la sola razón de la lucha”. Como dice Couture: “estalla la guerra y entonces todo el derecho se pone en la punta de la espada: los derechos más intangibles quedan afectados por la lucha y todo el derecho, en su plenitud, no es sino un conjunto de posibilidades, de cargas y de expectativas”. Véase Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1951, p. 70.

<sup>101</sup> Véase Rainer Paulus, “Prozessuale Wahrheit und Revision”, op. cit., pp. 687 y ss. La verdad es una producción que tiene lugar en la sala de audiencias, que, de alguna manera, en un proceso que tiene como objetivo el consenso, refleja una realidad social. Véase Walter Grasnack, “Wahres Über die Wahrheit- auch im Strafprozeß”, en Wolter et al. (eds.), *140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht- Eine Würdigung zum 70 Geburtstag von Paul-Günter Pötz*, Decker, Heidelberg, 1993, pp. 69 y 75.

<sup>102</sup> Como ha dicho Volk, la verdad material puede ser considerada un concepto supraordenatorio del sistema penal, que cumple una función constitucional de orientación para todo el sistema punitivo, una especie de valor o principio para el procedimiento penal. Véase Klaus Volk, *Wahrheit und materielles Recht im Strafprozeß*, Universitätsverlags, Konstanz, 1980, pp. 15 y ss.

<sup>103</sup> Véase Stanley Cohen, “Unspeakable Memories”, op. cit., p. 33.

<sup>104</sup> Lelieur hace mención al paramilitar Carlos Castaño, quien depuso las armas inmediatamente después de que Colombia ratificó el ER porque entendió que su caso podía ser perseguido por la CPI. Véase Juliette Lelieur, “El Estatuto de la Corte Penal Internacional: un derecho represivo de nueva generación”, en Delmas Marty, Pieth y Sieber (eds.), *Los caminos de la armonización penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 75.

<sup>105</sup> Véase que la CIDH identifica la falta de tipicidad de las conductas con un favorecimiento de la impunidad. Véase Javier Dondé, “El concepto de impunidad”, op. cit., p. 268.

<sup>106</sup> Véanse al respecto dos notas periodísticas realizadas a víctimas de las dictaduras en Uruguay y Argentina. <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-164944-2011-03-26.html>, visitado el 26 de marzo de 2011. <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-165964-2011-04-10.html>, visitado el 10 de abril de 2011. La pregunta que permanece es si la “verdad” hubiera sido posible sin la utilización de las medidas coercitivas que permite el proceso penal.

<sup>107</sup> Hay otras posibilidades distintas del proceso penal para establecer la verdad y también hay otras formas de verdad. Véase Heinz Steinert, “Negotiating the Past: Culture Industry and the Law”, en Karstedt (ed.), *Legal Institutions and Collective Memories*, op. cit., p. 162. Según Steinert, la función de los juicios penales como forma de recreación de los hechos del pasado sirve para validar la versión enunciada por la más alta autoridad: el Estado. *Ibid.*, p. 174.

### F. La verdad filosófica

18. La *verdad filosófica*, a diferencia de la *verdad factual*, se refiere al hombre en su singularidad y es apolítica por naturaleza. Desde un punto de vista filosófico es difícil aceptar que simples ciudadanos (jueces o historiadores) puedan llegar a conocer la verdad porque “cuando la verdad filosófica entra en la calle, cambia su naturaleza y se convierte en opinión”.<sup>108</sup> Jueces o historiadores sólo pueden brindar una “opinión” sobre los sucesos que investigan, una opinión que debe garantizar una información objetiva que no discuta los hechos en sí mismos.<sup>109</sup> Lo que aquí importa es que la “verdad” es producto o consecuencia de un proceso de elaboración, que sin embargo tiene que respetar como una máxima que los hechos que investigan están más allá de las opiniones individuales, los acuerdos o consensos.<sup>110</sup> La “verdad” que se busca debe ser lo más imparcial posible y estar libre de los intereses privados.<sup>111</sup> En realidad, debe acercarse a una *verdad racional* o *verdad de razón* (Arendt) que ilumine el entendimiento humano. Sin embargo, es muy arriesgado hablar de una *verdad factual* u *objetiva* cuando “los hechos siempre pueden ser diversos”, porque “no hay ninguna razón concluyente para que los hechos sean lo que son”. Pero, además, los procesos de *establecimiento de la verdad* (factual) requieren “evidencias factuales” recogidas de los testimonios de “testigos presenciales” de los hechos, procedimiento de recolección de datos que no está exento de falsificaciones. Desde un punto de vista filosófico, lo contrario a la “verdad” no es el “desconocimiento” sino la “mentira”, aunque a veces aun diciendo la verdad se puede mentir

o engañar a otro.<sup>112</sup> Esta consideración filosófica nos impide considerar que la verdad tiene como opuesto el desconocimiento de lo sucedido, sino únicamente el falseamiento de los hechos por alguna instancia de poder. Los tiempos que corren nos han traído el fenómeno de la manipulación masiva de los hechos y de la opinión, así como la reescritura de la historia mediante la fabricación de imágenes por parte de las políticas de los gobiernos.<sup>113</sup> Según Derrida las imágenes sustitutas no remiten a un original sino que lo reemplazan: “el proceso de la mentira moderna ya no sería la disimulación que enmascara la verdad, sino la destrucción de la realidad o del archivo original”.<sup>114</sup> El *terrorismo de Estado* persigue, por medio del temor generalizado, el fin de hacer desaparecer cualquier forma de oposición,<sup>115</sup> incluyendo la desaparición de la propia esencia humana por medio de ciertas prácticas criminales.<sup>116</sup> Los totalitarismos no sólo destruyen a los hombres, sino que impiden toda forma de memoria o recuerdo para acabar con sus relaciones, sus valores, su historia, su existencia.<sup>117</sup> De esta manera, el derecho a la verdad queda reducido al no falseamiento de aquello que ha acontecido.<sup>118</sup> La víctima tiene derecho, entonces, a no recibir y a que no se hagan públicas informaciones falseadas, sino sólo aquellas que reflejen objetiva e imparcialmente los hechos en un momento histórico determinado. La víctima, además de “conocer lo sucedido”, tiene derecho a que no se destruya la realidad o el archivo original y a realizar un *control democrático* sobre las instituciones del Estado y a participar del proceso público de *establecimiento de la verdad* y de *elaboración del pasado*. Pero también la víctima tiene derecho a que sea devuelta su existencia por medio

<sup>108</sup> Véase Hanna Arendt, *Verdad y política*, p. 7, versión electrónica en Internet.

<sup>109</sup> *Idem*.

<sup>110</sup> Según Arendt, si los hombres estuvieran de acuerdo en una propuesta de “verdad”, producto del entendimiento o de un acuerdo de la mayoría, aquello que fuera verdad filosófica se convertiría en mera opinión que podría cambiar en cualquier momento. Véase Hanna Arendt, *Verdad y política*, op. cit., p. 16.

<sup>111</sup> Como dice Arendt, “la calidad misma de una opinión, como la de un juicio, depende de su grado de imparcialidad”. *Ibid.*, p. 13.

<sup>112</sup> Véase Jacques Derrida, *Historia de la mentira*, op. cit., p. 3. Lo opuesto a la verdad no es el error, la ilusión o la opinión, sino la mentira o falsedad deliberada (Arendt). Véase que se puede “decir la verdad con la idea de engañar a los que creen que no deberían creerla”, en lo que Koyré interpretó como una técnica política moderna, en la era de las comunicaciones de masas y del totalitarismo. *Ibid.*, p. 26.

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>114</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>115</sup> Véase José Sanmartín, “¿Hay violencia justa? Reflexiones sobre la violencia y la justicia basada en los derechos humanos”, *Daimón. Revista de Filosofía*, núm. 43, 2008, p. 11.

<sup>116</sup> Véase Hannah Arendt, *Los orígenes del totalitarismo*, Taurus, Madrid, 2004, pp. 552 y ss.

<sup>117</sup> Expone Arendt que el homicidio acaba con una vida pero no con la existencia de la víctima que permanece en la memoria. El crimen de lesa humanidad elimina la existencia de la víctima porque busca destruir la memoria aun después de eliminada la vida. *Ibid.*, p. 548.

<sup>118</sup> En términos conceptuales, según Arendt, verdad es todo aquello que no logramos cambiar. Véase Hanna Arendt, *Verdad y política*, op. cit., p. 31.

de la recuperación de la memoria.<sup>119</sup> Por eso, los hechos acontecidos tienen que ser conocidos y divulgados mediante la publicidad.<sup>120</sup> En ese sentido, una declaración oficial pública de reconocimiento de los hechos puede dar cabal satisfacción a este derecho de la víctima derivado de la dignidad humana.<sup>121</sup> La víctima, además de ese derecho que impide que las autoridades falseen o modifiquen los hechos realmente acontecidos, tiene derecho a manifestarse públicamente para que “su verdad” no sea negada por los victimarios o, incluso, por los historiadores u otros científicos con potestades de analizar los hechos del pasado.<sup>122</sup> Por eso, el derecho de la víctima a la verdad no se agota ni se satisface exclusivamente por medio del proceso penal.<sup>123</sup>

19. Véase que desde un punto de vista *kantiano* la verdad es un *desideratum*, ella es inaccesible e inde demostrable, pero en cuanto puede ser “pensada” por el hombre se convierte en un consuelo, una obligación y un imperativo.<sup>124</sup> Epistemológicamente sería un retroceso volver a considerar la posibilidad de construir por medio del procedimiento penal una *verdad absoluta* que legitime el castigo y de la que derive el derecho de la víctima a conocer la verdad. De la jurisprudencia de la CIDH quedan dudas acerca de

la relación entre el derecho a la verdad y la obligación de castigar, porque, en todo caso, ella no ha demostrado fehacientemente que el derecho a la verdad que tiene la víctima se satisfaga únicamente por medio del castigo del responsable. Ese derecho a la verdad tampoco es un derivado del derecho a la justicia, porque la víctima tiene un derecho fundamental a la verdad que le otorga el derecho a conocer sin falseamientos ni manipulaciones los hechos ocurridos y a saber quiénes fueron los partícipes en esos hechos. Ese derecho individual y colectivo a la “verdad” así entendida faculta a la víctima a exigir una declaración pública a las instancias oficiales que constate la existencia del delito, de su condición de víctima con todos los derechos que conlleva y de la identidad del victimario con todas las consecuencias que ello pueda aparejar cuando su responsabilidad es constatada por un juez penal. Ahora bien, esta declaración pública que brinda conocimiento sobre determinados hechos, en este caso sobre la violación de derechos humanos, no sólo se configura por medio de una sentencia y del discurso de dominación que emana del procedimiento penal.<sup>125</sup> Al proceso de “establecimiento de la verdad” y de conocimiento público sobre lo sucedido también pueden aportar medios extrajudiciales (*v. gr.*: comisiones de la verdad, investigaciones parlamentarias,

<sup>119</sup> Memoria que puede ser individual y colectiva, que no es lo mismo que la historia, porque ésta tiene que ver con el establecimiento de acontecimientos objetivos y aquélla con la interpretación de los mismos. Véase Heribert Adam, “Divided Memories: How Emerging Democracies Deal with the Crimes of Previous Regimes”, en Karstedt (ed.), *Legal Institutions and Collective Memories*, Oxford/Portland, Oregon, 2009, p. 79.

<sup>120</sup> La publicidad, según Kant, no sólo da contenido a la forma distributiva de justicia, sino que es el germen de la forma democrática de gobierno. Téngase en cuenta que dentro del concepto de publicidad Kant incluía la discusión pública potencialmente universal tendiente a reunir voluntades para lograr acuerdos. Véase José Villacañas, *Kant: Ilustración jurídica vs. Razón de Estado*, p. 51. Según Villacañas: “Cada presente tiene su propia responsabilidad, y los principios kantianos, por llamarlos de una manera que los identifique más allá de protagonistas teóricos discutibles, sólo nos recuerdan en este sentido que también nosotros tenemos la nuestra, y que en la exigencia radical de publicidad democrática debemos perfeccionar las técnicas de discusión y de representación que tengamos a nuestro alcance”. *Ibid.*, p. 53 (*sic*).

<sup>121</sup> Véase Jacques Derrida, *Historia de la mentira*, *op. cit.*, p. 16. El problema que no podemos resolver tiene que ver con aquellos que pregonan la existencia de varias verdades o, por otra parte, la imposibilidad de “compartir memorias”. Véase Stanley Cohen, “Unspeakable Memories and Commensurable Laws”, en Karstedt (ed.), *Legal Institutions and Collective Memories*, Hart/Oxford/Portland, Oregon, 2009, p. 36.

<sup>122</sup> El legislador penal alemán ha tomado debida cuenta de esta posibilidad de revisión distorsionada de la historia y ha protegido ese derecho de la víctima por medio del tipo penal que castiga la negación del Holocausto. Véase también Tatiana Rincón, *Verdad, justicia y reparación*, *op. cit.*, p. 55.

<sup>123</sup> Así se expone en Pablo Galain Palermo y Álvaro Garraud, “Truth Commissions in the Post-Dictatorial Southern Cone”, *op. cit.*, pp. 190 y ss. Allí se dice: “In any case, these mechanisms for transitional justice have confirmed that reconciliation is not possible without getting to the truth, but they have also confirmed that there can be no justice without the recognition of the commission of crimes and reparations to the victims. As such, the broad concept of justice is not limited to penal justice (retributive justice), but rather it includes other processes that serve to satisfy the objectives of reacting to the past and clarifying it, including statements of the criminals and the victims (restorative justice)”. *Ibid.*, p. 192.

<sup>124</sup> Véase Jorge Carranza Piña, *Fundamentos sobre Verdad, Justicia y Reparación. Garantía de los derechos de las víctimas*, *op. cit.*, p. 51.

<sup>125</sup> Aunque para muchos, por más que los tribunales puedan ser falibles “como método para llegar a la verdad, no se ha econtrado hasta ahora forma más eficiente que la confrontación sistemática del procedimiento contencioso”. Véase Juan Méndez, *Derecho a la verdad*, *op. cit.*, p. 540.

opinión pública, etc.),<sup>126</sup> instancias todas en las que las víctimas puedan participar activamente en el proceso de elaboración del conocimiento público sobre los hechos (verdad).<sup>127</sup>

### G. Derecho a la verdad, justicia y reparación

20. Verdad, justicia y reparación son los tres estándares identificados por la jurisprudencia de la CIDH que coinciden con los tres objetivos que operan como pilares sobre los que se construye el concepto de justicia de transición.<sup>128</sup> De alguna manera, a partir de los trabajos doctrinarios que han desarrollado el concepto de “justicia de transición”<sup>129</sup> hay una idea general de que en un Estado de Derecho la impunidad no tiene cabida, pero, por otra parte, hay una especie de aceptación de que la tarea de la “justicia” contra la impunidad también persigue la finalidad de conocer lo sucedido.<sup>130</sup> Este nuevo fenómeno, que podría emparentarse con los derechos de las víctimas a saber la “verdad” y a la garantía de “no repetición”, no se aprecia de un modo tan marcado en otras regiones del mundo que han sufrido iguales o peores abusos del poder contra los derechos de los individuos.<sup>131</sup> En el contexto reciente de la justicia de transición, el derecho individual y colectivo de las víctimas a la verdad podría sintetizarse en el derecho a que no se manipulen en las

instancias de poder (jueces, políticos, historiadores) los hechos ni las opiniones. Ello tiene relación con la elaboración del pasado, con trabajar con el pasado, que requiere, como una de sus etapas, “conocer la historia”, y conocer la historia es necesario para luego “hacer justicia”. La doctrina cree que la justicia (en particular, la justicia de transición) ha contribuido a la *producción de la verdad*.<sup>132</sup> El conocimiento de la verdad es uno de los pilares que junto a la justicia y la reparación en teoría se exige para un proceso exitoso de transición. El conocimiento de la verdad —de algún modo— guarda relación con el reconocimiento oficial de los hechos, así como tiene la finalidad de evitar que sobre la sociedad caiga un “manto de amnesia” en relación con los hechos acontecidos.<sup>133</sup>

21. Todo indica que no se debe hablar de un *derecho a la verdad*, por la sencilla razón de que sería muy difícil identificar un concepto o definición de lo que se entiende por “verdad”.<sup>134</sup> Hablar de un concepto de verdad puede llevar a la aceptación de una o varias definiciones parciales o interesadas acerca de lo sucedido, principalmente con las víctimas que todavía se encuentran desaparecidas o sobre las que se desconoce su paradero o destino. Las distintas visiones sobre lo sucedido impone la “elaboración” de una visión amplia y democrática que no excluya ninguna de

<sup>126</sup> “Las comisiones de la verdad tienen el potencial de ser de gran provecho en las sociedades postconflicto, ayudando a establecer los hechos sobre las violaciones a los derechos humanos, promover la responsabilidad penal, preservar evidencias, identificar a los responsables y recomendar reparaciones y reformas institucionales. Ellas pueden también ofrecer una plataforma pública a las víctimas para dirigirse directamente a la nación con sus historias personales y pueden facilitar un debate público sobre cómo superar el pasado.” Véase “The Rule of Law and Transitional Justice in Post-conflict Societies”, UN Doc. S/2004/616, par. 50, traducción propia del inglés.

<sup>127</sup> Véase Jennifer Llewellyn, “Truth Commissions and Restorative Justice”, en Johnstone y Van Ness (eds.), *Handbook of Restorative Justice*, Willan Publishing, EÚA/Canadá, 2007, pp. 355 y ss.

<sup>128</sup> El interés de la justicia en la persecución tiene que complementarse con los derechos de las víctimas, que van mucho más allá de la persecución penal y abarcan el “derecho a la justicia”, el “derecho a la verdad” y el “derecho a la reparación en sentido amplio”. Véanse Kai Ambos, *El marco jurídico de la justicia de transición*; Ambos, Malarino y Elsner (eds.), *Justicia de transición, op. cit.*, p. 24. El informe del Alto Comisionado de la ONU (A/HRC/12/19) agrega a estos tres objetivos un cuarto: “las reformas institucionales para prevenir la repetición de la violencia”. Para decidir entonces en cada caso cuál es el “interés de la justicia”, no se puede prescindir del “interés de la víctima”. Véase que todo depende de un test de proporcionalidad que pondere los distintos intereses que participan en la superación del conflicto, de modo que tampoco puede ser suprimida *a priori* la posibilidad de otorgar una amnistía que de alguna manera se condicione con los intereses de la víctima a “conocer la verdad” y a la reparación.

<sup>129</sup> Por todos, Ruti Teitel, *Transitional Justice*, Oxford University Press, Nueva York, 2000.

<sup>130</sup> Véase Florian Huber, *La Ley de Justicia y Paz. Desafíos y temas de debate*, Friedrich Ebert Stiftung-Colombia, FESCOL, Bogotá, 2007, p. 49.

<sup>131</sup> Véase Andrew Reiter, Tricia Olsen y Leigh Payne, *Amnesty in the Age of Accountability*, p. 22, [http://www.allacademic.com/one/isa/isa08/index.php?click\\_key=1](http://www.allacademic.com/one/isa/isa08/index.php?click_key=1).

<sup>132</sup> Véase Iván Orozco Abad, *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*, Temis, Bogotá, 2009, pp. 92 y ss. Sin embargo, la verdad producto de la justicia de transición no es una verdad factual o histórica sino una verdad política (verdad consensuada).

<sup>133</sup> Véase Jeremy Sarkin, *Carrots and Sticks: The trc and the South African Amnesty Process*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2004, p. 33. Ahora, si bien ese concepto de verdad se relaciona con evitar el olvido con una finalidad preventiva, él no puede deducirse de una necesidad preventiva de castigo.

<sup>134</sup> Véase Bernard Williams, *Truth and Truthfulness. An Essay in Genealogy*, Princeton University Press, Princeton/Oxford, 2002, pp. 63 y ss.



las posiciones sobre los mismos.<sup>135</sup> Este hecho indica que la verdad no puede ser impuesta por el gobierno, el parlamento o el poder judicial; “la verdad” no es producto de los poderes de Estado sino de un proceso colectivo de conocimiento y elaboración de los hechos, que no admite exclusiones.<sup>136</sup> En la justicia de transición no se trata de establecer la verdad de los vencedores sobre los vencidos, sino de reaccionar contra los crímenes del pasado y de la elaboración de ese pasado a efectos de prevención y no repetición, considerando objetivos principales el conocimiento de la verdad, hacer justicia y reparar a las víctimas. Allí es donde se entrecruzan los caminos del derecho a la verdad y de la justicia (penal). La doctrina interpreta que el “derecho a la verdad” requiere investigaciones, pero ello no siempre trae aparejadas la persecución penal y la reparación. Según Teitel, dependerá del caso concreto y de las respuestas que el proceso de justicia de transición haya arrojado en relación con las violaciones de los derechos humanos.<sup>137</sup> Este proceso de elaboración tiene que considerar distintos significados y formas de entender los mismos hechos en un proceso cultural que acontece en los ámbitos institucional, simbólico y personal.<sup>138</sup> Sin embargo, este proceso inclusivo de *establecimiento o elaboración de la verdad* puede admitir categorías porque no todos los relatos tienen la misma importancia o el

mismo valor. Desde el punto de vista de la justicia penal, cuando se trata de un autor acusado de violar los derechos humanos, él es el verdadero protagonista de un proceso-*show* o proceso-espectáculo y su relato es incluso más importante que el de la víctima,<sup>139</sup> porque el Derecho penal garantista propio de un Estado de Derecho se construye sobre la protección del individuo frente al poder punitivo del Estado.<sup>140</sup> Incluso, poner el acento en la “verdad jurídica que busca aclarar el estatus jurídico de los acusados, tiende a simplificar la versión de las víctimas y, sobre todo, tiende a ignorar el entramado social y la reincidencia histórica del daño. De hecho, los protagonistas del proceso pasan a ser los victimarios, mientras las víctimas parecen neutralizadas para ejercer una memoria que rebase los límites del proceso judicial”.<sup>141</sup> Téngase en cuenta que, desde el punto de vista del conocimiento de la verdad y de la reparación, considerados los derechos de la víctima en los procesos de justicia de transición, la experiencia sufrida por la víctima y su relato son imprescindibles y gozan de mayor jerarquía.<sup>142</sup>

22. No se puede generalizar que todos los procesos de justicia de transición relacionan o condicionan el conocimiento de la verdad al castigo de los responsables. En el proceso de justicia de transición que se lleva a cabo en Indonesia, la ley penal se ha suspen-

<sup>135</sup> El poder no puede imponer verdades ni olvidos, porque el ejercicio de la memoria (de lo que se quiere saber y recordar) también debe ser resuelto de modo libre, plural y debatible. Es decir, “no hay lugar para recuerdos u olvidos impuestos desde el poder”. El valor verdad no puede ser totalitario ni absoluto, pues requiere pluralismo, tolerancia, debate abierto y confrontación libre de versiones y opiniones. “En una construcción democrática, la verdad respecto a procesos y acontecimientos como los vividos durante una dictadura debe ser pública y debatible.” Véase Gerardo Caetano, “El testamento ciudadano y la exigencia de verdad”, *Revista de Derechos Humanos*, núm. 2, junio de 2004, pp. 25 y 27.

<sup>136</sup> El discurso oficial es siempre heterogéneo y ha sido definido como “the systemisation of modes of argument that proclaim the state’s legal and administrative rationality”. Véase Burton y Carlen, *Official Discourse: On Discourse Analysis, Government Publications, Ideology and the State*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1979, p. 48. Lo positivo de un discurso oficial en relación con la verdad tiene que ver con la autoridad que interpreta los hechos y los problemas, que tiene repercusión en la consciencia colectiva. El problema es cuando ese discurso pretende cumplir con la función de legitimar la actuación del Estado. Véase George Gilligan, “Official Inquiry, Truth and Criminal Justice”, en George Gilligan y John Pratt (eds.), *Crime, Truth and Justice. Official Inquiry, Discourse, Knowledge*, Willan Publishing, EUA/Canadá, 2004, p. 19.

<sup>137</sup> Véase Ruti Teitel, “Editorial Note-Transitional Justice Globalized”, *IJJI*, Vol. 2, 2008, p. 4.

<sup>138</sup> Véase Elizabeth Jelin, “Public Memorialization in Perspective: Truth, Justice and Memory of Past Repression in the Southern Cone of South America”, *IJJI*, vol 1, 2007, p. 142; George Gilligan, “Official Inquiry, Truth and Criminal Justice”, *op. cit.*, p. 20.

<sup>139</sup> Como dice Arendt, un juzgamiento se asemeja a una pieza de teatro en la medida en que ambos comienzan y acaban con el autor y no con la víctima. Un juzgamiento-espectáculo, todavía más que un juzgamiento común, presupone un esbozo bien delimitado y claramente definido de los actos realizados y sobre el modo en que fueron realizados. El autor es el heroe de la obra y si él sufre, lo hará por aquello que realizó y no por los sufrimientos que causó a las víctimas. Véase Hannah Arendt, *Eichmann em Jerusalém. Uma reportagem sobre a banalidade do mal*, trad. Ana Corrêa, 2ª ed., Tenacitas, Coimbra, 2004, p. 61.

<sup>140</sup> Considérese, además, que el sujeto sometido a un proceso penal tiene el derecho constitucional de mentir o callar para su defensa. Por su parte, la víctima es generalmente excluida del proceso penal y sólo es llamada a prestar una declaración fidedigna en algunas circunstancias.

<sup>141</sup> Véase Adolfo Chaparro, “La función crítica del ‘perdón sin soberanía’ en procesos de justicia transicional”, en Rettberg (comp.) *Entre el perdón y el paredón*, *op. cit.*, p. 246.

<sup>142</sup> Véase Slavoj Žižek, *Arriesgar lo imposible. Conversaciones con Glyn Daly*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 135 y 136.

dido en su aplicación o no se ha aplicado en aquellas comunidades que hicieron uso del recurso al conocimiento de la verdad en relación con crímenes internacionales. Las víctimas no sólo recibieron disculpas sino también reparaciones simbólicas, si así se puede entender que una comunidad acepte responsabilidad por los hechos o que informe dónde se encuentran los restos de los desaparecidos. En una primera etapa, cuenta Braithwaite, la verdad fue un mero producto local de comunidades, pero luego hubo casos de reconocimiento individual de la responsabilidad o declaraciones en las que se narró lo sucedido. Esto sólo fue posible cuando existió este periodo de excepción en el que a esta declaración de la verdad (o autoinculpación) no correspondió obligatoriamente el inicio de un juicio penal.<sup>143</sup> Algunas comunidades realizaron su proceso de paz y reconciliación utilizando el recurso del conocimiento de la verdad como medio para lograr la elaboración del pasado y la convivencia pacífica. Pero en otras comunidades indonesias el proceso se realizó únicamente por medio de reparaciones simbólicas que no tenían como presupuesto el conocimiento de la verdad, sino la reparación de las víctimas. En Uganda, por su parte, una gran cantidad de miembros de la etnia acholi consideran que la CPI no es provechosa para resolver el grave conflicto allí acontecido. Ellos piensan que el reconocimiento de la responsabilidad y la reconciliación, por ejemplo, utilizando el tradicional método de *mato oput*<sup>144</sup> es más provechoso que cualquier forma de justicia retributiva.<sup>145</sup> Estos ejemplos indican que desde un punto de vista local la verdad no siempre es precondition para el castigo de los responsables o para la reparación de las víctimas o ambas cosas, sin embargo, no cualquier decisión local es válida cuando ella contradice los principios éticos

universales. En ese sentido la CIDH ha sido muy clara en cuanto a la prohibición de otorgar amnistías cuando se trata de las más graves violaciones de los derechos humanos, así como también se prohíben otros institutos procesales (por ejemplo, la prescripción), cuando ellos se convierten en un obstáculo para la investigación de los hechos o para “la identificación y el castigo de los responsables”.<sup>146</sup> Es decir, la solución local no puede contradecir a la dimensión universal de la ética y la dignidad humana.<sup>147</sup> De este modo, la necesidad del conocimiento de la verdad permanece incólume allí donde incluso se llega a un acuerdo de reparación con las víctimas individuales, lo que reafirma que el *derecho a la verdad* es autónomo en relación con los castigos y las reparaciones y que, en ocasiones, tiene un carácter colectivo innegociable.

23. La jurisprudencia de la CIDH no considera relevante la interacción de estos tres objetivos de la justicia de transición (verdad, justicia y reparación) y relaciona el derecho a la verdad con un derecho absoluto a conocer lo sucedido y al castigo de los responsables, que no puede ser vulnerado por impedimentos de tipo procedimental o material. El problema que la CIDH no resuelve tiene relación con la posibilidad admitida por la doctrina de una potencial renuncia parcial de alguno de estos objetivos por razones de pacificación social (o incluso por motivos particulares de las víctimas) y sostiene que la condena penal es una forma de reparación simbólica para las víctimas. Véase que la doctrina admite que junto a la persecución penal de los principales responsables de las violaciones de los derechos humanos se puede otorgar una amnistía para algunos partícipes con menos responsabilidad, de modo que se pueda renunciar a una parte de la verdad y al castigo

<sup>143</sup> Véase John Braithwaite, “Truth, Non-Truth and Reconciliation: Bougainville and Indonesia”, Peacebuilding Workshop, IMPRS REMEP, Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, 22 de junio de 2010.

<sup>144</sup> Método tradicional utilizado por los acholi para hacer justicia, basado en el reconocimiento de la culpabilidad y una compensación a la familia de la víctima, incluso en casos de homicidio.

<sup>145</sup> Véase Deirdre Golash, “The Justification of Punishment in the International Context”, en May y Hoskins, (eds.), *International Criminal Law and Philosophy*, Cambridge University Press, Nueva York, 2010, p. 210.

<sup>146</sup> Véase caso Barrios Altos vs. Perú, párrs. 41 y ss. Defensoría del Pueblo, A dos años de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, Informe Defensorial núm. 97, Lima, 2005, p. 120. Véase también caso La Cantuta vs. Perú, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, 162, párr. 167.

<sup>147</sup> En lo que tiene que ver con la verdad, ella surge de un proceso de elaboración (histórico-político-administrativo-jurídico) en el que tienen que participar los miembros de la sociedad en la que sucedieron las violaciones a los derechos humanos, porque a partir de sus relatos se valora la experiencia local junto a la dimensión universal de la ética y la dignidad humana. Ahora bien, la elaboración de esa verdad local tiene que respetar determinados principios reconocidos por toda la comunidad internacional. El relativismo epistemológico no debe ser asimilado a relativismo ético, en el sentido de que hay principios éticos (imperativos categóricos) que no pueden ser relativizados por argumentos localistas, culturalistas o de concepción del mundo. Véase Clifford Geertz, *Los usos de la diversidad*, Paidós, Barcelona/Buenos Aires/México, 1996, pp. 73 y ss., 95 y ss.

de todos los responsables.<sup>148</sup> De todos modos, si bien este derecho a la verdad no es absoluto (porque una parte de la verdad podría ser “ocultada” o no “conocida” para facilitar la reconciliación), esta necesidad de restricción de una parte de la verdad no puede afectar el derecho de la víctima a la justicia y a la reparación. Por ello, se recomienda que aquellas restricciones a la verdad que puedan llevar a la impunidad de los autores de las violaciones a los derechos humanos sean suplidas por medios públicos de reconocimiento de responsabilidad y de disculpas y arrepentimiento por parte de los responsables, de modo que permitan ofrecer no sólo la reconciliación social sino también garantías de que no se repita en el futuro.<sup>149</sup> En ese sentido, la doctrina es terminante en cuanto a que “ohne Aufklärung und Anerkennung des vergangenen Unrechts gibt es keine Versöhnung“ (no hay reconciliación sin esclarecimiento de la verdad y reconocimiento del injusto realizado).<sup>150</sup> Por ello, la justicia en sentido amplio es un requisito indispensable para una paz interna duradera y para que las heridas del pasado no permanezcan abiertas.<sup>151</sup> Como lo ha sostenido la CIDH, por un lado, la vía judicial no es la única posible para la averiguación o el esclarecimiento de la verdad, y, por otro, la

vía no judicial no puede sustituir sino complementar a la judicial (que constituye una obligación del Estado frente a las violaciones más graves de los derechos humanos).<sup>152</sup> Las Comisiones de la Verdad, todo un aporte de las transiciones latinoamericanas, han servido indiscutiblemente para posicionar el derecho a la verdad como un derecho fundamental y autónomo<sup>153</sup> frente a violaciones masivas contra los derechos humanos.<sup>154</sup> Teórica y políticamente estas comisiones no han sido relacionadas con la justicia penal (salvo en el caso de Argentina y sus juicios para el conocimiento de la verdad que entremezclan los objetivos de uno y otro mecanismo),<sup>155</sup> sino con la importancia de conocer “la verdad” en los procesos de reconciliación.<sup>156</sup> Sin embargo, cada vez más, este tipo de comisiones se utilizan como paso previo en la lucha contra la impunidad, objetivo que va ligado indisolublemente a la justicia penal y a la finalidad preventiva del castigo (no repetición).<sup>157</sup>

## H. Conclusión

24. En un principio, el derecho “a la verdad” fue considerado un derecho individual de la víctima y de sus familiares, independientemente de la naturaleza del deli-

<sup>148</sup> Véase Gerhard Werle, “Die juristische Aufarbeitung der Vergangenheit: Strafe, Amnestie oder Wahrheitskommission?”, en Muñoz Conde y Vormbaum (eds.), *Transformation von Diktaturen in Demokratien und Aufarbeitung der Vergangenheit*, Humboldt-Kolleg an der Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 7-9 de febrero de 2008, De Gruyter, 2010, p. 21.

<sup>149</sup> Véase Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances (WGEID), p. 6.

<sup>150</sup> Véase Gerhard Werle, “Die juristische Aufarbeitung der Vergangenheit: Strafe”, *op. cit.*, p. 21.

<sup>151</sup> “Conferencia Internacional: “De la superación del pasado a la cooperación futura. Desafíos regionales y mundiales de la reconciliación”, 31 de enero-2 de febrero de 2005 en Berlín, Alemania, de FES y GIZ, Informe del grupo de América Latina, <http://www.gtz.de/de/dokumente/Regional-Report-LatinAmerica-es.pdf>. Con otro punto de vista, una parte de la doctrina, asumiendo una postura “ética”, niega la posibilidad de reconciliación social porque ella implica una aceptación recíproca de culpabilidad, tanto por parte de los victimarios como de las víctimas. Véase Ernesto Garzón Valdés, *El velo de la ilusión*, Sudamericana, Buenos Aires, 2000, p. 312. Otros insisten en que la reconciliación no es una meta decente desde el punto de vista de las víctimas, y que además es una especie de “desilusión mística” porque la reconciliación implica una “hermandad entre víctimas y victimarios” que en el caso específico de Chile, sería imposible lograr entre “pinchetistas” y “no pinchetistas”. Véase Fernando Atria, “Reconciliation and Reconstitution”, en Veitch (ed.), *Law and the Politics of Reconciliation*, Ashgate, Inglaterra, 2007, pp. 34 y ss.

<sup>152</sup> Véase por todos CIDH, caso Masacre de la Rochela vs. Colombia, Sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 195.

<sup>153</sup> Véase que el conocimiento de la verdad es considerado un derecho autónomo por el Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances (WGEID) en su primer reporte (E/CN.4/1435, 22.01.1981, párr. 187) y fue reconocido por otros informes internacionales (ONU Office of the High Commissioner for Human Rights, E/CN.4/2006/91, 8 de febrero de 2006, “Study on the Right to the Truth”).

<sup>154</sup> Véase Priscilla Hayner, *Unspeakable Truths. Confronting State Terror and Atrocity*, Routledge, Nueva York/Londres, 2001, pp. 24 y s.

<sup>155</sup> Críticamente, Daniel Pastor, “¿Procesos penales sólo para conocer la verdad? La experiencia argentina”, en Pastor (dir.), *Neopunitivismo y neoinquisición. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, pp. 369 y ss. Téngase en cuenta que estos “juicios de la verdad” son consecuencia de un acuerdo amistoso entre víctimas (parientes de personas desaparecidas) y el Estado argentino ante la CIDH por la imposibilidad de investigar y castigar debido a la existencia de leyes de amnistía.

<sup>156</sup> Un ejemplo podría ser la Comisión para la Paz de Uruguay. Véase sobre el tema Gonzalo Fernández, Uruguay, Arnold, Simon y Woischnick (eds.), *Estado de derecho y delincuencia de Estado en América Latina. Una visión comparativa*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, pp. 407 y ss.; Pablo Palermo, “The Persecution of International Crimes in Uruguay”, *op. cit.*, pp. 605 y s.

<sup>157</sup> Véase Daditos Haile, “Accountability for crimes of the past and the challenges of criminal prosecution. The case of Ethiopia”, Centre for Advanced Legal Studies, K.U. Leuven University Press, 2000, p. 23. Osiel propone que “el fundamento real de las comisiones de la verdad debe buscarse en otros escenarios y no en su capacidad de reconciliar a las víctimas con los victimarios en un orden moral común. Más bien, las comisiones de la verdad pueden determinar quién tiene derecho a reclamar indemnización monetaria del Estado”. Véase Mark Osiel, “Respuestas estatales a las atrocidades masivas”, *op. cit.*, p. 69.

to cometido, cuando se compruebe en el caso concreto la responsabilidad del Estado por la falta de protección de los derechos de sus ciudadanos. La ampliación del derecho “a la verdad” hacia la colectividad tiene relación con los crímenes cometidos contra determinados colectivos sociales o étnicos, que han servido de base para ampliar a la colectividad el concepto de víctima y sus respectivos derechos, y con la naturaleza del delito cometido, así como por la sospecha de participación del Estado en la realización de los crímenes y delitos. En ese sentido los crímenes de lesa humanidad (en particular el crimen de desaparición forzada) y posteriormente las masacres cometidas contra determinados grupos sociales han servido para justificar el *conocimiento de la verdad*, como un derecho colectivo, relacionado con el conocimiento de lo sucedido para prevenir repeticiones en el futuro. Sin embargo, cuando se trata de los crímenes más graves contra los derechos humanos, en los que todo un sistema o instituciones se encuentran involucrados, el procedimiento penal no puede (en las circunstancias dogmáticas actuales)<sup>158</sup> hacer frente al conocimiento de la verdad en lo que se refiere a responsabilidades colectivas que escapan a los intentos de establecer una “verdad” que permita una imputación individual de responsabilidad. Para ser más claro, la justicia penal es necesaria para investigar e imputar de-

terminados hechos concretos a determinadas personas, pero es incapaz de satisfacer el derecho “a la verdad” individual y colectivo.<sup>159</sup> El “derecho a la verdad” no deriva de la obligación del Estado de investigar (y, en su caso, castigar), como sostiene la CIDH. El Derecho penal no sirve para la “búsqueda de la verdad”, sino para investigar determinados hechos y castigar a los autores de los crímenes contra los derechos humanos. El *derecho a la verdad* no debería ser utilizado para legitimar el castigo de los responsables según fines retributivos o de expiación, porque en materia penal, aunque la pena tenga una naturaleza retributiva, su legitimación proviene de criterios de merecimiento y necesidad de castigo. Por eso, la solución penal sería válida (merecida) siempre que la pena fuera necesaria para garantizar que los hechos no se repitan. De ello se deriva que la solución penal, desde un punto de vista meramente penal, sólo debe ser funcional al interés de la justicia cuando se recurra a ella con una finalidad preventiva.<sup>160</sup>

25. La CIDH ha establecido determinados estándares en relación con el conocimiento de la verdad, que pueden resumirse en un derecho de la víctima individual y colectiva que se corresponde con una obligación estatal a investigar penalmente y sancionar con una pena a los responsables. Esta pena, según

<sup>158</sup> La doctrina penal alemana ha realizado algunos intentos para aceptar responsabilidades penales (injustos) dentro de sistemas injustos, cuando se trata de los crímenes internacionales. Para algunos, al menos, el carácter colectivo de los crímenes debe reflejarse en la imputación penal individual, porque crímenes como los cometidos por el régimen nacionalsocialista, si bien pueden afirmar el injusto individual, acarrear problemas en cuanto a la atribución de la culpa individual que imputa el Derecho penal debido a la magnitud colectiva del crimen cometido. Véase sobre el tema Herbert Jäger, *Makrokriminalität, Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Suhrkamp, Frankfurt, 1989, pp. 132 y s.; Lampe, Ernst-Joachim, “Systemunrecht und Unrechtssysteme”, *ZStW*, núm. 106, 1994, pp. 683 y ss., 735. Joachim Vogel, “Individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht”, *ZStW*, núm. 114, 2002, pp. 419 y ss. En la doctrina penal internacional, admitiendo formas paralelas de imputación para colectivos o el propio Estado (Hans Vest, “Humanitätsverbrechen – Herausforderung für das Individualstrafrecht?”, *ZStW*, núm. 113, 2001, pp. 489 y ss.) o un sistema doble de imputación: individual y colectivo (Kai Ambos, *La parte general del Derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, trad. Malarino, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2005, p. 163). La jurisprudencia penal internacional comienza a aplicar la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder, concentrando el injusto y el peso del reproche penal en las personas que dirigen o controlan al grupo criminal. Véase Héctor Olásolo, “Reflexiones sobre el desarrollo de la Doctrina de la Empresa Criminal Común en Derecho Penal Internacional”, *Revista para el Análisis del Derecho* (Indret), Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2009/3, pp. 3 y ss.; “The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes”, *Studies in International and Comparative Criminal Law Series*, vol. 4, Hart Publishers, Oxford, 2009. Un panorama sobre la imputación en organizaciones criminales en Jesús Silva Sánchez, “La ‘intervención a través de organización’. ¿Una forma moderna de participación en el delito?”, en Dolcini/Paliero (ed.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Giuffrè, Milán, 2006, pp. 11873 y ss.

<sup>159</sup> “A través del uso de una ‘narrativa de la verdad’, teniendo en cuenta una verdad ‘social’, una verdad ‘forense’ y una verdad ‘reparadora’ que buscaban documentar el espectro más amplio posible de experiencias e interpretaciones para ‘recuperar partes de la memoria nacional que habían sido anteriormente ignoradas de manera oficial’, la Comisión intentó crear un registro del pasado como ‘parte de una memoria nacional’”. Véase Fiona Ross, “La elaboración de una Memoria Nacional: la Comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica”, trad. Mendizábal/Guglielmucci, *Cuadernos de Antropología Social*, núm. 24, 2006, p. 56, <http://www.scielo.org.ar/pdf/cas/n24/n24a03.pdf>, consultado el 16 de marzo de 2011.

<sup>160</sup> Véase Jesús-María Silva Sánchez, “Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor’”, *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho*, núm. 1, ULACIT, Costa Rica, julio de 2011, p. 52; Pablo Galain Palermo, *La reparación del daño a la víctima del delito*, op. cit., p. 319. Desde un punto de vista crítico, Winfried Hassemer, “Seguridad por intermedio del Derecho penal”, Córdoba y Maier (trads.), en Julio Maier y Gabriela Córdoba, (comps.), *¿Tiene un futuro el Derecho Penal?*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, pp. 14 y ss.

la CIDH, es una forma de reparación de la víctima.<sup>161</sup> Como surge de la jurisprudencia de la CIDH, el Estado tiene una obligación de perseguir penalmente los crímenes y delitos más graves contra los derechos humanos y los responsables no podrían ser beneficiados con amnistías, gracias a otros institutos de perdón que impidan responsabilizarlos penalmente.<sup>162</sup> Esta obligación puede tener relación con el derecho de la víctima a “conocer la verdad”,<sup>163</sup> pero no tiene como función primordial ni se legitima en “descubrir la verdad”, sino que pretende averiguar la participación de determinada persona en los acontecimientos para imputar penalmente una responsabilidad individual. No obstante, en relación con el “descubrimiento de la verdad” sobre esos hechos bien determinados, la víctima tiene un interés directo y un “derecho a conocer”, que se relaciona con el derecho a la justicia y con el derecho a la reparación. El conocimiento de la verdad es una forma de reparación, que desde un punto de vista moral incluso puede tener primacía frente a la necesidad de justicia (entendida como castigo).<sup>164</sup> El Derecho penal, sin embargo, no puede satisfacer plenamente el derecho de la víctima individual y colectiva “a la verdad”, porque para satisfacer este derecho tienen que considerarse muchas otras variables y muchos otros discursos que el procedimiento penal no puede tener en cuenta si no quiere fracasar en su objetivo: constatar y determinar una imputación penal según criterios jurídico-penales, respetando para ello las garantías del debido proceso. El Derecho penal sólo puede brindar a la víctima la reivindicación de una sentencia judicial en contra del responsable.<sup>165</sup>

26. La hipótesis sometida a falseamiento en relación con la jurisprudencia de la CIDH<sup>166</sup> no se verifica, en tanto la CIDH, pese a no mantener criterios claros en su jurisprudencia, parece aceptar la autonomía del derecho de la víctima a conocer la verdad. El trabajo no genera datos que demuestren la relación entre el derecho a la verdad y el derecho de la víctima a la reparación. La

tesis de la CIDH no se verifica, en el sentido de que cuando se han cometido graves violaciones a los derechos humanos el conocimiento de la verdad es un derecho de la víctima que no puede ser satisfecho únicamente por medio del procedimiento penal. La hipótesis mantenida en este trabajo<sup>167</sup> se verifica en la jurisprudencia de la CIDH analizada, siempre que los medios judiciales y extrajudiciales utilizados para la construcción de la verdad se consideren complementarios y no excluyentes. De la jurisprudencia consultada no se puede verificar que la verdad sea un proceso de elaboración que requiera la participación de todos los actores sociales e instituciones estatales. La verdad como proceso de elaboración o construcción participativo e inclusivo, en el que la víctima desempeña un papel central, puede considerarse una meta en todos los procesos de justicia de transición y de elaboración del pasado. El Derecho penal puede cumplir con un papel mucho más modesto en este proceso y colaborar por medio de la utilización de sus medios coercitivos, aunque ésta no es su función.

27. Para concluir, es importante dejar en claro que no existe una relación de medio a fin entre el conocimiento de los hechos (verdad) y el castigo penal. El derecho a saber y conocer “la verdad” sobre un determinado momento histórico no se desprende y legitima de un derecho a castigar. El castigo, además de *merecido*, tiene que ser *necesario* en el sentido actual dominante de la teoría de la pena. El conocimiento de la verdad no depende de esta decisión puntual en un caso concreto, ni tampoco es la legitimación del castigo. El castigo no depende del conocimiento de la verdad ni se fundamenta en él. El conocimiento de la verdad no implica en todos los casos el castigo penal. Entre verdad y castigo, considerado el primero un derecho de la víctima y el segundo una obligación estatal, o considerados ambos derechos de la víctima, hay una relación que no puede negarse, pero debe quedar bien claro que el derecho a conocer la verdad no se realiza únicamente en el castigo.

<sup>161</sup> Como surge del caso *Myrna Chang vs. Guatemala*, véase Manuel Quincho, *Los estándares de la Corte Interamericana*, op. cit., pp. 76 y ss.

<sup>162</sup> Recientemente, caso *Gelman vs. Uruguay*, op. cit., párrs. 195 y ss.

<sup>163</sup> La víctima tiene un “derecho a la verdad” o un derecho a “conocer lo sucedido” sin falseamientos, que es autónomo. Véase nota 153.

<sup>164</sup> Como ha dicho Caetano, “la falta de verdad es más grave aún que la ausencia de justicia. El olvido impuesto y el tipo de (des)memoria consiguiente pueden resultar más crueles y de consecuencias negativas más perdurables que la impunidad, sin que esto implique disminuir un ápice la condena y el rechazo de esta última”. Véase Gerardo Caetano, “El testamento ciudadano y la exigencia de verdad”, op. cit., p. 28.

<sup>165</sup> Véase Mark Osiel, “Respuestas estatales a las atrocidades masivas”, en Rettberg (comp.), *Entre el perdón y el paredón*, op. cit., p. 69.

<sup>166</sup> La CIDH reconoce un derecho de la víctima en su dimensión individual y colectiva a la verdad que no es autónomo, sino que se relaciona directamente con la obligación estatal de castigar a los responsables y de modo indirecto con el derecho a la reparación.

<sup>167</sup> La víctima tiene derecho a “conocer lo sucedido” y a participar del proceso de construcción de la verdad, que puede ser satisfecho por medios judiciales o extrajudiciales —o ambos—, que deben utilizarse en forma complementaria.





## “Delitos culturales” y principios constitucionales en Europa

Víctor Manuel Macías Caro

Universidad Módena y Reggio Emilia

Revista Penal México, núm. 4, marzo-agosto de 2013

**RESUMEN:** En este artículo se pretende arrojar algo de luz sobre la cuestión de los “delitos culturales” (conductas aceptadas por culturas subalternas que constituyen delito de acuerdo con la ley penal). Para ello, considerando las constituciones estatales y los tratados internacionales como fuente de Derecho penal, intentamos reconstruir un marco constitucional del que deducir el legítimo ámbito de decisión del legislador en esta materia.

**PALABRAS CLAVE:** delito cultural, Constitución, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, legalidad, igualdad, culpabilidad.

**ABSTRACT:** This article aims at shedding light on the issue of cultural offence/offense (a behaviour that is accepted by a minority culture and that falls under a criminal law provision). For this purpose, taking into consideration both state constitutions and international treaties as sources of criminal law, a constitutional framework is to be designed, from which it is possible to draw limitations for the law-making process on the subject matter.

**KEY WORDS:** cultural offence/offense, Constitution, International Covenant on Civil and Political Rights, legality principle, equality under the law, mens rea.

**SUMARIO:** 1. Introducción: diversidad cultural y Derecho penal. 2. La “aproximación constitucional” al Derecho penal. 2.1. La Constitución como fuente del Derecho penal. 2.2. El approccio costituzionalistico de Franco Bricola y su desarrollo posterior. 2.3. Derecho penal y Constitución en España. 2.4. Constitución y Derecho penal en Alemania. 2.5. Europeización e internacionalización de las constituciones estatales. 3. Una reconstrucción del marco constitucional. 3.1. Concepto jurídico-constitucional de cultura y de diversidad cultural. 3.2. El “derecho a la propia cultura” en el Derecho internacional. 3.3 Principio (y derecho fundamental a la) legalidad “democrática”. 3.4. Igualdad, pluralismo y “libre desarrollo de la personalidad”. 3.5. Principio de culpabilidad. 4. ¿Es posible identificar modelos político-criminales constitucionalmente legítimos? 4.1. Modelos político-criminales. 5. Conclusiones.

**OBSERVACIONES:** *El presente artículo propone de nuevo, en forma revisada y ampliada, las reflexiones publicadas con ocasión del libro homenaje al profesor Gerardo Landrove: cfr. Víctor Manuel Macías Caro, “Fundamentos y límites de una política criminal sobre la diversidad cultural”, en Un Derecho penal comprometido, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 713-743.*

### 1. Introducción: diversidad cultural y Derecho penal

Es posible que la conducta realizada por una persona socializada en una cultura minoritaria, conducta que es en una situación dada y de acuerdo con dicha cultura aceptada como un comportamiento normal o incluso impuesta como deber, sea considerada sin embargo delito de acuerdo con las leyes penales: nos encontraríamos en estos casos con lo que doctrinalmente se ha venido llamando “delito cultural” (“*cultural offense/offence*”, “*delict culturel*”, “*reato culturalmente motivato/orientato*”).<sup>1</sup>

La materia de los delitos culturales, o de las relaciones entre *diversidad cultural* y *Derecho penal*,

es muy amplia y puede ser estudiada desde diversos puntos de vista. El reciente interés que se ha despertado en Europa deriva de un fenómeno que no es en absoluto reciente, ni está ligado únicamente con movimientos migratorios, aunque se haya visto favorecido en Europa por la llegada de población proveniente de sociedades con cultura diversa, siendo éste el sentido de la tematización que del fenómeno ha realizado recientemente la doctrina penal europea.<sup>2</sup>

En este artículo omitiré la presentación detallada de la problemática para limitarme a explorar las posibilidades que pueden existir de dar una respuesta a la misma desde las constituciones de algunos estados europeos (España, Italia y Alemania), interpretadas éstas en

<sup>1</sup> Definición basada en la que da Jeroen van Broeck, “Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, núm. 9, 2001, p. 5, que a su vez es un desarrollo de la de F. Stribosch, “Culturele delicten in de Molukse gemeenschap”, en *Nederland Juristenblad*, 1991, p. 670.

<sup>2</sup> La literatura europea que más extensamente ha tratado la materia es, que sepamos, la italiana, donde el interés ha surgido en los últimos años desde el punto de vista de la inmigración, sobre todo respecto a *delitos culturales* considerados propios de minorías de inmigrantes (la mutilación genital femenina). Cfr. Fabio Basile, “Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, pp. 1297-1345 (versión en castellano: “El Derecho penal en las sociedades multiculturales europeas: los delitos motivados por la cultura”); *Id.*, “Premesse per uno studio sui rapporti tra diritto penale e società multiculturale. Uno sguardo alla giurisprudenza europea sui c.d. reati culturalmente motivati”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, núm. 51/1, 2008, pp. 149-212; artículos todos reunidos y actualizados en *Id.*, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, Giuffrè, Milán, 2010, 496 pp.; Alessandro Bernardi, “Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo”, *Rivista Italiana di Diritto pubblico comunitario*, 2002, pp. 485-534, y en F. Monsignor, T. Greco, *Un solo mondo, un solo diritto*, Edizioni Plus/Pisa University Press, Pisa, 2007, pp. 101-144; versión en castellano: “El Derecho penal ante la globalización y el multiculturalismo”, *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 8, 2002, y en *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, núm. 4, julio-septiembre de 2003, pp. 5-42; *Id.*, “Minoranze culturali e diritto penale”, *Diritto penale e processo*, 2005, pp. 1193-1201; *Id.*, “Società multiculturale e ‘reati culturali’. Spunti per una riflessione”, en Dolcini y Paliero, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milán, 2006, vol. I, pp. 45-98; *Id.*, *Modelli penali e società multiculturale*, Giappichelli, Turín, 2006, 138 pp.; *Id.*, “Diritto europeo dell’ambiente e pluralismo culturale”, *Annali dell’Università di Ferrara - Scienze Giuridiche*, vol. XXI, 2007, pp. 1-14; *Id.*, “L’ondivaga rilevanza penale del ‘fattore culturale’”, en *Politica del diritto*, 2007, pp. 3-48; y en M. Vogliotti (coord.), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Giappichelli, Turín, 2008, pp. 277-322; *Id.*, ‘Fattore culturale’ e personalizzazione dell’illecito penale”, en L. Risicato, E. La Rosa, *Laicità e multiculturalismo: profili penali ed extrapenali*, Giappichelli, Turín, 2009, pp. 126-205; *Id.*, *Il ‘fattore culturale’ nel Diritto penale*, Giappichelli, Turín, 2010, 163 p.; Caddoppi, Alberto, “Il ruolo delle *Kulturnormen* nella ‘opzione penale’ con particolare riferimento agli illeciti economici”, *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia*, 1989, pp. 289-315; Cristina De Maglie, “Società multiculturali e Diritto penale: la *cultural defense*”, en Dolcini y Paliero (coords.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, tomo I, Giuffrè, 2006, pp. 215-237; *Id.*, “Culture e Diritto penale. Premesse metodologiche”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, núm. 51/3, 2008, pp. 1088-1119; *Id.*, *Los delitos culturalmente motivados*, Marcial Pons, 2011; Gabriele Fornasari, “Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico”, en Bernardi, Pastore y Pugiottio, *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Pubblicazioni della Facoltà giuridica dell’Università di Ferrara, serie II, vol. 54, Giuffrè, 2008, pp. 179-202; “Le categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo”, en Hassemer, Kempf y Moccia, *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, Beck, 2009, pp. 177-191; Ciro Grandi, “Diritto penale e società multiculturali: stato dell’arte e prospettive di *jure condendo*”, en *L’Indice penale*, 2007, pp. 245-288; *Id.*, “Una dubbia decisione in tema di maltrattamenti in famiglia motivati dal fattore culturale”, *Diritto penale e processo*, 2008, pp. 498-507; Luca Monticelli, “Le ‘cultural defenses’ (esimenti culturali) e i reati ‘culturalmente orientati’. Possibili divergenze tras pluralismo culturale e sistema penale”, en *L’indice penale*, 2003, pp. 535-585; *Id.*, “Le ‘esimenti culturali’ e il principio di laicità”, en Balbi y Esposito, *Laicità, valori e diritto penale*, Giappichelli, Turín, 2011, pp. 9-28; Francesco Parisi, *Cultura dell’“altro” e diritto penale*, Giappichelli, Turín, 2011, 169 p.



el marco constitucional internacional y de la Unión Europea. Se trata de analizar si la cultura del reo puede ser, y en qué medida, un fundamento para la exoneración o la disminución de la responsabilidad penal. Para ello se expondrá en primer lugar la metodología desde la que se parte para justificar que se acuda a fuentes supra-legales (constituciones estatales y tratados internacionales) para dar una respuesta jurídica: esta metodología es la llamada “aproximación constitucional” al Derecho penal, actualizada de acuerdo con la europeización e internacionalización del Derecho constitucional. A continuación, se acudirá a estas fuentes en busca de normas que ayuden a tejer el marco constitucional de la política criminal sobre la materia, marco cuya reconstrucción será abordada al final del capítulo.

## 2. La “aproximación constitucional” al Derecho penal

Es necesario desarrollar ahora las bases normativas que son necesarias para que la respuesta jurídica que se busca esté anclada en el Derecho positivo. En este sentido, la “aproximación constitucional”, actualizada conforme a la europeización e internacionalización de los marcos constitucionales, implica que el horizonte al que hay que acudir para extraer la regulación jurídico-positiva sobre una materia no se agota en la ley ordinaria o, en el caso del Derecho penal, en los códigos penales y las leyes penales especiales, sino que se extiende en vertical hacia —o desde— las constituciones estatales y los tratados internacionales.<sup>3</sup>

Esta perspectiva es incompatible tanto con respuestas articuladas únicamente en torno a construc-

ciones iusnaturalistas como con la mera exégesis del texto legal que no tenga en cuenta el contenido constitucional, y al mismo tiempo permite acudir al desarrollo de las ideas producidas en el seno de las filosofías jurídica y política como ayuda hermenéutica en la concreción del contenido de los principios y valores que emanan de las constituciones y los tratados internacionales, que sí constituyen Derecho positivo.

Si bien es cierto que la actividad científico-jurídica no es posible sin juicios de valor, los aspectos axiológicos de la Constitución pueden sustituir los propios del intérprete, que actuando así se coloca en un punto de vista valorativo socialmente compartido.<sup>4</sup> Así, la constitución de un Estado democrático de Derecho no es sólo la cúspide lógico-normativa del ordenamiento jurídico, sino que corresponde con la decisión más básica y solemne tomada por el cuerpo social y político —y también étnico-cultural— sobre el que descansa el mismo, plasmando “el modelo de sociedad por el que ha optado una comunidad”.<sup>5</sup>

En el texto de las constituciones, por lo tanto, se traducen en normas jurídico-fundamentales la correlación de fuerzas entre las opciones políticas, las clases y los grupos étnico-culturales existentes en la sociedad en el momento en el que se ejerció el poder constituyente. “Las cuestiones constitucionales no son cuestiones jurídicas, sino de poder, de fuerza”, diría Ferdinand Lassalle.<sup>6</sup> O desde otra perspectiva, menos dialéctica y más idealista, “la Constitución no es sólo una obra normativa sino también expresión de un estado de desarrollo cultural, medio de la autorrepresentación cultural del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas”.<sup>7</sup>

En España, Borja Jiménez, *Introducción al Derecho penal indígena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; Juan Carlos Ferré Olivé, “Diversidad cultural y sistema penal”, *Revista Penal*, núm. 22, 2008, pp. 33-42; Monge Fernández, *El extranjero frente al Derecho penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad*, Bosch, Barcelona, 2008.

En Alemania el tema ha sido objeto de menor atención: Hassemer, “Interkulturelles Strafrecht”, *Festschrift für E. A. Wolff: zum 70. Geburtstag am 1.10.1998*, Springer, Berlín, 1998, pp. 101 y ss.; *Id.*, “Vielfalt und Wandel. Offene Horizonte eines interkulturellen Strafrechts”, en Otfried Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, Suhrkamp, Frankfurt, 1999, pp. 157 y ss.; Brian Valerius, *Kultur und Strafrecht. Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik Strafrechtliche Abhandlungen*, Dunker & Humblot, Berlín, 2011, 424 p.

<sup>3</sup> Ésta es la premisa básica desde la que se parte, que corresponde a una posición ideológica no compartida por la Doctrina constitucionalista ni por el propio Tribunal Constitucional español, que ha establecido que la Constitución es exclusivamente límite, ya que su función no sería crear Derecho sino impedir que se cree Derecho inconstitucional (cfr: Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, 11ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 127).

<sup>4</sup> Cfr. L. Arroyo Zapatero, “Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 1, 1987, p. 99.

<sup>5</sup> Cfr. Berdugo Gómez de la Torre y Arroyo Zapatero, *Manual de Derecho penal. Parte General*, vol. I, Praxis, Barcelona, 1994, p. 3.

<sup>6</sup> Cfr. J. Pérez Royo, *Derecho constitucional*, 11ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 95.

<sup>7</sup> Cfr. P. Häberle, “La ‘teoría de la constitución como ciencia cultural’ en el ejemplo de los cincuenta años de la Ley fundamental”, en Balaguer Callejón (coord.), *Derecho constitucional y cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 25, cuyas teorías fueron originariamente expuestas en Peter Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1982.

En cualquier caso, estas concepciones permiten ver los textos constitucionales como la bisagra entre los planos sociológico-antropológico y dogmático-jurídico del análisis de una rama del Ordenamiento. Ello explicaría, por ejemplo, por qué, a diferencia de lo que ha ocurrido en ciertos Estados latinoamericanos, el Estado pluricultural no haya sido constitucionalizado en Europa, al menos no en materia penal. En las constituciones europeas en las que ha entrado la constitución, ésta se limita a aspectos lingüísticos, de modelo de Estado, etc., sin consecuencias en el ámbito penal. El *ius puniendi* ha permanecido como una prerrogativa estatal, no de las comunidades étnicas, en el lado oriental del Atlántico.

Es ésta la razón por lo cual la búsqueda de una interpretación de los principios, valores y reglas constitucionales que diluciden el marco al que la política criminal está sujeta en materia de delitos culturales puede llegar a ser fácilmente infructuosa. Estos principios, valores y reglas surgieron y fueron desarrollados, si no ya en un contexto diferente, sí para dar respuesta a cuestiones no idénticas a las que se estudian aquí. El camino constituye, por una parte, la búsqueda de similitudes entre los problemas viejos y los nuevos, para aplicar soluciones no tan recientes a éstos a partir de una interpretación extensiva de las normas sobre las que aquéllas se basan. Por otra parte, hay que acudir a normas jurídicas internacionales que traten expresamente esta materia y que puedan servir de complemento a los principios, valores y reglas de las constituciones estatales.

### 2.1. La Constitución como fuente del Derecho penal

Es por todos pacíficamente asumido que las constituciones contemporáneas, entre las que se encuentra la Constitución italiana (1948), la Ley fundamental alemana (19\_\_ ) y la Constitución española (1978),

gozan tanto de *valor normativo* como de *supremacía normativa*<sup>8</sup> o *soberanía de la Constitución*.<sup>9</sup> Es decir, que no sólo forman parte integrante del ordenamiento jurídico, sino que ocupan la posición jerárquica superior en el mismo. Esto es propio del constitucionalismo de Europa occidental a partir del periodo de entreguerras, y sobre todo desde su afianzamiento después de la Segunda Guerra Mundial.<sup>10</sup> Ambas características se deducen del propio articulado en el caso del texto constitucional español: el artículo 9.1 proclama que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución”; el 53 establece en su segundo apartado la tutela judicial directa, sin necesidad de ley de desarrollo, de los derechos fundamentales; y, por último, la Disposición derogatoria tercera deroga “cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución”, previas o posteriores a la misma.<sup>11</sup>

Esta “fuerza vinculante bilateral de la norma” constitucional,<sup>12</sup> respecto a los ciudadanos y respecto al Estado, propia de las constituciones rígidas, ha de tener como resultado la limitación del ámbito de decisión de la política jurídica del legislador a opciones constitucionalmente legítimas<sup>13</sup> y la interpretación de todas las normas inferiores en relación con la norma superior.<sup>14</sup> Y ello no es válido únicamente para las reglas constitucionales concretas: los principios constitucionales garantizan una “unidad material de sentido” del Ordenamiento jurídico construida sobre unos valores sociales considerados “primordiales y básicos de toda la vida colectiva” por la “decisión suprema de la comunidad”.<sup>15</sup>

Así pues, no se discute que la Constitución suponga un *límite* para la legislación, siendo la compatibilidad de ésta con el contenido constitucional una condición de su validez.<sup>16</sup> Es decir, la acción del legislador está sujeta *negativamente* a la Constitución, sin embargo, que ésta sea un límite para la actividad legis-

<sup>8</sup> Cfr. por todos la clásica obra de Eduardo García de Enterría, “La Constitución como norma jurídica”, en A. Predieri y E. García de Enterría (dirs.), *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1981, pp. 97-158 (en especial, pp. 97 y 107 y ss.); más recientemente, *Id.*, “El valor normativo de la Constitución española”, *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998, pp. 37-44.

<sup>9</sup> Cfr. Pérez Royo, *op. cit.*, p. 162.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 97.

<sup>11</sup> Cfr. E. García de Enterría, “La Constitución...”, *op. cit.*, p. 97; Luis Arroyo Zapatero, “Control constitucional del Derecho y de la Justicia penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 17, 1982, p. 385.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 105. García de Enterría extrae la expresión de Ihering.

<sup>13</sup> Cfr. STC español 76/1983: “La voluntad y racionalidad del poder constituyente objetivados en la Constitución no sólo fundan en su origen, sino que fundamentan permanentemente, el orden jurídico estatal y suponen un límite a la potestad del legislador”.

<sup>14</sup> Cfr. Pérez Royo, *op. cit.*, p. 97.

<sup>15</sup> Cfr. E. García de Enterría, “La Constitución...”, *op. cit.*, p. 144.

<sup>16</sup> *Ibid.*, pp. 106 y 107.

lativa no significa necesariamente que esté sujeta *positivamente* a la misma, aun menos en materia penal. Ello supondría que la política criminal no estuviera sólo limitada, sino además predeterminada por, o al menos fundamentada en, mandatos constitucionales.

De ello trata el siguiente epígrafe, aunque, sea cual sea la opinión respecto a esta segunda consecuencia de la supremacía constitucional, debe quedar claro que la conformación del marco constitucional para la política criminal sobre los delitos culturales debe hacerse tras la identificación del contenido constitucional que versa sobre la materia y éste debe ser tenido en cuenta para interpretar la legalidad vigente y poder hacer sobre ésta juicios de legitimidad constitucional.

## 2.2. *El approccio costituzionalistico de Franco Bricola y su desarrollo posterior*

Se ha dicho que la importante contribución de la experiencia italiana del *approccio costituzionalistico* es la idea de no limitar el papel de la Constitución a mero límite extremo de la legislación penal, sino su consideración como fundamento de la pena y del Derecho penal, como contenedora de un modelo de intervención penal impuesto por el constituyente al legislador.<sup>17</sup> El origen de esta experiencia en Italia tiene lugar a causa de varios factores. En primer lugar, la ausencia de codificación penal posterior a la Constitución italiana de 1948 y, en segundo lugar, la gran factura técnica de dicho texto constitucional, que habría hecho posible una argumentación exegética del mismo, uniendo la fuerza normativa del Derecho (de la Constitución) a la fuerza de la razón jurídica.<sup>18</sup>

A pesar de tratarse del fruto del trabajo de varias generaciones de juristas italianos,<sup>19</sup> es posible identificar a Franco Bricola como su figura más destacada. El objetivo confesado de su obra seminal, la *Teo-*

*ria generale del reato*,<sup>20</sup> habría sido el de “intentar extraer, en base principalmente a las normas que la Constitución dicta en materia penal a nivel de síntesis, las características esenciales, es decir el ‘rostro’ del ilícito penal en el sistema positivo italiano”.<sup>21</sup> De acuerdo con Bricola, sería posible y necesario extraer de la Constitución un cuadro de valores y una jerarquía de bienes jurídicos a los que el legislador debería atenerse en la construcción del Derecho penal, lo cual distingue este posicionamiento del llamado “tecnicismo jurídico” (del que sin embargo extrae en parte la metodología), puesto que “en un sistema de constitución rígida, el margen de elección de los hechos que deben ser reprimidos penalmente por el legislador ya no está exento de límites”.<sup>22</sup> El programa bricoliano no fue aceptado por la Doctrina italiana dominante,<sup>23</sup> ni fue aprobado un proyecto de reforma de la Constitución italiana que habría positivizado sus ideas.<sup>24</sup>

Entre las críticas<sup>25</sup> cabe destacar la que versa sobre la inviabilidad material, por distintos motivos, de un modelo tan “fuerte”, y hasta cierto punto tan abierto (a distintas interpretaciones) y cerrado (dado el escaso volumen normativo de la Constitución), como el que propone Bricola. Frente a éste se habla de un modelo débil del *approccio costituzionalistico*, de “Código-Constitución” (en lugar de “Constitución-Código”), el cual sería predominante en la Doctrina italiana y en la jurisprudencia de la propia Corte constitucional: la ilegitimidad de una norma sólo sería declarada cuando su incompatibilidad con la Constitución fuese evidente.<sup>26</sup>

Donini explica esta crítica por la falta de distinción, imperante en la hermenéutica de la época, entre *reglas* y *principios* constitucionales. Los principios-normas recogidos en la Constitución no son meros valores políticos, sino que orientan y fijan máximos a su propia concreción en reglas, lo cual, por otra

<sup>17</sup> Cfr. Massimo Donini, “Un Derecho penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana”, *Revista Penal*, núm. 8, 2001, p. 24.

<sup>18</sup> Cfr. Donini, “Un Derecho penal...”, *op. cit.*, p. 26.

<sup>19</sup> Así, por ejemplo, Nuvolone, *Le leggi penali e la Costituzione*, milán, 1953; Spasari, *Diritto penale e Costituzione*, Milán, 1966 (cfr. M. Donini, *Teoria generale del reato*, voz del Dig. Disc. Pen., vol. XIV, Utet, Turín, 1999, pp. 227 y ss.).

<sup>20</sup> Cfr. Bricola, *Teoria generale del reato*, del *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, Turín, 1973, pp. 7-93.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>23</sup> Cfr. Donini, “La relación entre política y Derecho. Método científico y método democrático”, *Revista Penal*, núm. 13, 2004, p. 75.

<sup>24</sup> Una Comisión Bicameral para la revisión de la Constitución (1997/1998) intentó traducir en norma constitucional (art. 129) el programa de Bricola: “1. Las normas penales tutelan normas de relevancia constitucional. 2. No es punible la comisión de un hecho previsto como delito si no ha comportado una ofensividad concreta”.

<sup>25</sup> Para remisiones bibliográficas, cfr. Cadoppi, *Il reato omissivo proprio*, tomo I, Cedam, Padua, 1988, pp. 584 y ss.

<sup>26</sup> Cfr. Fiandaca, “Legalità penale e democrazia”, *Quaderni Fiorentini*, 2007, tomo II, p. 1263.

parte, es imprescindible para implementar el propio principio. Este proceso de concreción o “deducción” de las reglas a partir de los principios puede requerir la operatividad del pluralismo político-institucional, sometidos a mediaciones y sin que esto implique soluciones legislativas unívocas e indiscutibles. No obstante, los principios que sean vinculantes pueden ser utilizados directamente por la Corte Constitucional para anular leyes que sobrepasen sus límites.<sup>27</sup>

A pesar de las críticas, el balance de la corriente que inició Bricola es positivo,<sup>28</sup> puesto que coadyuvó a la sujeción de la legislación penal a los límites constitucionales. Además, el “proyecto ideológico”<sup>29</sup> que está detrás del programa del *approccio costituzionalistico*, de mayor importancia histórica que los concretos argumentos iuspositivistas relativos al ordenamiento constitucional italiano, sí puede ser exportable como forma de aproximación a los datos positivos de las constituciones estatales y los tratados internacionales. A continuación se expondrá cómo parte de la doctrina penal española también ha tomado este camino.

### 2.3. Derecho penal y Constitución en España

En España, uno de los más reconocidos precursores de la vinculación del Derecho penal al constitucionalismo, incluso antes de la aprobación de la actual Constitución, es Mir Puig.<sup>30</sup> A partir de fuentes alemanas,<sup>31</sup> este autor dio a la cláusula del *Estado so-*

*cial y democrático de Derecho* (de *lege data* en aquel momento) un papel fundamental en la función del Derecho penal y de la pena.<sup>32</sup> De acuerdo con su actual opinión, el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho (art. 1 CE) tiene una función histórica y unas características determinadas: debe proteger efectivamente a los ciudadanos mediante la prevención de los delitos en la medida —y sólo en la medida— de conseguir tal protección (Estado social) y con garantías procesales y el mínimo sufrimiento necesario (Estado Democrático de Derecho).<sup>33</sup> Acude asimismo al artículo 25.2 CE para extraer la conclusión de que la Constitución excluye de la pena toda función meramente retributiva.<sup>34</sup>

También desde la Escuela de Salamanca se han hecho importantes contribuciones al estudio de la relación entre Constitución y Derecho penal,<sup>35</sup> esta vez sí más similares a la metodología de Bricola, la cual es más cercana a la exégesis del articulado constitucional y menos a la construcción de sistemas a partir de cláusulas. No obstante, hay también otros antecedentes españoles.<sup>36</sup> Los autores de la Escuela salmantina hablan de la Constitución como fundamento del poder punitivo del Estado, en detrimento de argumentos de Derecho natural,<sup>37</sup> identificando un “programa penal de la Constitución”, como “conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales” que constituyen “el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar

<sup>27</sup> Cfr. Donini, “La relación...”, *op. cit.*, pp. 28 y ss.

<sup>28</sup> Cfr. Palazzo, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Giappichelli, Turín, 1999, pp. 142-145.

<sup>29</sup> Cfr. Donini, “Un derecho penal...”, *op. cit.*, p. 25.

<sup>30</sup> Cfr. S. Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1976; *Id.*, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Bosch, Barcelona, 1979 (2ª ed., 1982); *Id.*, *Derecho penal. Parte General*, 8ª ed., Reppertor, Barcelona, 2008.

<sup>31</sup> Cita sobre todo a R.-P. Calliess, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt, 1974, que a juicio de Mir consigue extraer la función de la pena del Derecho positivo, moviendo el análisis de ésta del campo de la filosofía penal al de la dogmática jurídico-penal (cfr. Mir, *Introducción...*, *op. cit.*, p. 89).

<sup>32</sup> Cfr. Mir Puig, S., *Introducción...*, *op. cit.*, pp. 88 y ss.

<sup>33</sup> Cfr. Mir Puig, *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 93 y ss., que reconoce como punto de partida de su posición actual a J. Bustos Ramírez, *Control social y sistema penal*, PPU, 1987. Acoge la noción de un Derecho penal fundado, junto con la necesidad de protección de bienes jurídicos, por la cláusula del Estado social y democrático de Derecho, Luzón Peña, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Universitas, Madrid, 1996, pp. 79 y ss.

<sup>34</sup> Cfr. Mir Puig, *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 95.

<sup>35</sup> Cfr. L. Arroyo Zapatero, “Control constitucional del Derecho y de la Justicia Penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 17, 1982, pp. 385-406; *Id.*, *Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución*, 1986; I. Berdugo Gómez de la Torre y L. Arroyo Zapatero, *Manual de Derecho penal. Parte General.*, vol. I, Praxis, Barcelona, 1994; García Rivas, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996.

<sup>36</sup> Cfr., además del propio Mir Puig, entre otros, M. Barbero Santos, *Derecho penal y política en España*, Madrid, 1977; Quintero Olivares, *Represión penal y Estado de Derecho*, 1977; Vives Antón, “Reforma política y Derecho penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, 1977, pp. 73 y ss.; Bueno Arús, “Las normas penales en la Constitución española de 1978”, *Doctrina penal*, núm. 8, 1979, pp. 821 y ss.

<sup>37</sup> Cfr. Arroyo, *Control constitucional...*, *op. cit.*, p. 386; Berdugo / Arroyo, *Manual...*, *op. cit.*, p. 41.

las leyes que le corresponda aplicar”.<sup>38</sup> Se precisa que este marco no contiene “soluciones concretas para todos y cada uno de los problemas que son propios del sistema punitivo” y que “el legislador es y debe ser libre para resolver a su prudente arbitrio los concretos problemas que se le plantean”.<sup>39</sup>

#### 2.4. Constitución y Derecho penal en Alemania

La actitud en Alemania respecto a las relaciones entre Constitución y Derecho ordinario son más cautas; habiéndose advertido que “dada la tensión entre los valores supremos y las necesidades cotidianas, resulta frecuentemente complicado determinar la influencia de los principios constitucionales sobre la interpretación del Derecho común”,<sup>40</sup> hasta el punto que el Tribunal constitucional federal ha hecho suya la doctrina de Hesse sobre el “efecto recíproco y la necesidad de concordancia práctica entre la Constitución y el Derecho ordinario”, esto es, la influencia entre principios y derechos constitucionales y la ley penal tendría lugar en ambas direcciones, condicionándose y limitándose mutuamente, en una “ponderación recíproca de valores e intereses”.<sup>41</sup>

Por otra parte, el Tribunal constitucional federal alemán ha dejado en libertad a doctrina y jurisprudencia para establecer los detalles de las categorías de la teoría del delito, por ejemplo, aceptando, como en el caso italiano, que el error de prohibición (art. 17 CP alemán) no prevea la atenuación obligatoria de la pena cuando es evitable, pese a lo cual ha reconocido que existe núcleo tradicional de Derecho penal mínimo que deriva directamente de la Ley fundamental.<sup>42</sup>

No obstante, cierta doctrina reconoce en la Constitución alemana, ante la impracticabilidad de soluciones basadas en el Derecho natural de origen moral o meramente sociológico, uno de los “relativamente

modestos puntos de partida” para un análisis crítico del Derecho penal positivo, que consistiría en “intentos de derivar de la Constitución, con más énfasis que hasta hoy, parámetros para la legislación penal”.<sup>43</sup>

En este sentido se debate tanto sobre las posibles obligaciones de criminalización —singularmente respecto al aborto, con la primera sentencia del Tribunal constitucional alemán sobre el aborto—<sup>44</sup> como, sobre todo, sobre los límites a la discrecionalidad del legislador, puestos por la Constitución, en primer lugar, en forma expresa, por la prohibición de disposiciones penales indeterminadas —artículo 103.II GG—, el principio de igualdad —artículo 3 GG—, el “libre desarrollo de la personalidad” —artículo 2.I GG— y, en segundo lugar, en forma implícita, por el principio de culpabilidad —deducido de la dignidad de la persona, considerada “intangible” por el artículo 1 GG—, el principio de proporcionalidad<sup>45</sup> —vinculado a la naturaleza fragmentaria y subsidiaria del Derecho penal—. Pese a ello, esta misma doctrina, abierta a la Constitución, niega que la misma pueda ser catálogo cerrado de bienes jurídicos merecedores de tutela penal.<sup>46</sup>

En conclusión, como también se reconoce doctrinalmente, la importancia de la Constitución no se limita a constituir un criterio de posible inconstitucionalidad de la ley, sino que se extiende a orientar una interpretación de la norma penal conforme con los objetivos constitucionales.<sup>47</sup>

#### 2.5. Europeización e internacionalización de las constituciones estatales

En la actualidad, el marco de los principios y derechos fundamentales, de tanta importancia para limitar el ámbito de lo penal, ha superado las constituciones estatales. El Derecho internacional y el Derecho de

<sup>38</sup> Cfr. Arroyo, *Fundamento...*, op. cit., p. 101; Berdugo / Arroyo, *Manual...*, op. cit., p. 4; García Rivas, *El poder punitivo...*, op. cit., p. 45.

<sup>39</sup> Berdugo / Arroyo, *Manual...*, op. cit., p. 43.

<sup>40</sup> Cfr. Klaus Tiedemann, “La constitucionalización de la materia penal en Alemania”, *Anuario de Derecho Penal*, Perú, 1994, p. 60.

<sup>41</sup> Cfr. *Id.*, p. 62, que cita a Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 18ª ed., 1991, p. 27, n. 72.

<sup>42</sup> Cfr. *Id.*, pp. 67-68.

<sup>43</sup> Cfr. Stratenwerth, *Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 2005, p. 59. Cfr., en general, sobre esta temática en la doctrina alemana, Lagodny, *Strafrecht von den Schranken der Grundrechte*, 1996; Appel, *Verfassung und Strafe*, 1998; Staechelin, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, 1998.

<sup>44</sup> Cfr. BVerfGE, tomo 39, p. 1.

<sup>45</sup> Sobre la integración de este principio en el Derecho constitucional, cfr. Appel, *Verfassung...*, op. cit., p. 171; Staechelin, *Strafgesetzgebung...*, op. cit., pp. 101 y ss., con otras referencias.

<sup>46</sup> Sobre todo ello y sobre los posibles límites a la legislación derivados de las mencionadas disposiciones constitucionales, cfr. Stratenwerth, *Derecho penal...*, op. cit., pp. 60-61.

<sup>47</sup> Cfr. Bauman, Weber y Mitsch, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, p. 152.

la Unión Europea afecta a los Estados europeos en forma tan radical que sus disposiciones forman parte de las constituciones estatales, al menos entendidas éstas materialmente, aunque no en un sentido jurídico-sociológico, sino propiamente normativo, como descripción del contenido jurídico que atiende a las relaciones fundamentales entre los poderes públicos y entre éstos y la ciudadanía, provenga de donde provenga dicho contenido. Así, los Estados se han obligado internacionalmente, en los últimos decenios, a respetar el contenido de ciertos derechos previstos en ciertos tratados internacionales y han reconocido asimismo la competencia de órganos internacionales para emitir opiniones e incluso sentencias vinculantes respecto a la violación de esos derechos.<sup>48</sup>

En primer término tiene lugar en la actualidad, respecto a los sistemas constitucionales estatales, un proceso de *internacionalización de la tutela de los derechos fundamentales*. Manifestaciones del mismo no son sólo los propios tratados internacionales de tutela de derechos y las organizaciones y tribunales de justicia creados por los mismos, sino también y sobre todo las cláusulas de apertura en el ámbito constitucional respecto a la mencionada normativa. Tal es el caso del artículo 10.2 de la Constitución española, que contiene una cláusula de interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en la misma “de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales, sobre las mismas materias, ratificados por España”.

En este sentido van también los artículos 10, párrafo 1º de la Constitución italiana: “El ordenamiento jurídico italiano es conforme con las normas del Derecho internacional generalmente reconocidas” y 112, párrafo 1º, sobre la interpretación conforme.

Por último, lo dispuesto por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 52 pone las bases para superar la división entre ordenamientos constitucional, internacional y comunitario, de manera que la configuración jurídica de los

derechos es dada por la síntesis de la normativa y jurisprudencia de los tres sistemas.

Respecto a todo lo que acabamos de ver en los últimos epígrafes, en mi opinión, es preferible el punto de vista de considerar la Constitución como fuente del Derecho penal, dando como resultado lógico un Derecho constitucional penal como conjunto de normas penales de rango constitucional (ya sean principios o reglas), que gozan por ello de supremacía respecto a las normas penales de rango legal. Interesan en este momento sólo aquellas normas que puedan esclarecer el marco constitucional no para toda política criminal, sino específicamente para aquella que verse sobre diversidad cultural. A ello está dedicado el siguiente epígrafe.

### 3. Una reconstrucción del marco constitucional

#### 3.1. Concepto jurídico-constitucional de cultura y de diversidad cultural

La “tematización de la cultura” en las constituciones tiene un recorrido, aunque relativamente corto, prometedor.<sup>49</sup> No obstante, es común que se juzgue necesario adoptar una concepción restringida de la cultura, puesto que en lo jurídico se trata de ver la cultura desde el Derecho, no el Derecho desde la cultura,<sup>50</sup> aunque al mismo tiempo se aboga expresamente por la recepción por parte de la Doctrina jurídica de las dos grandes nociones (cultura/culturas) nacidas en el seno de la antropología social y cultural.<sup>51</sup>

Con respecto a esto, Prieto de Pedro habla de *noción general* (“la cultura” como “conjunto acumulativo de bienes y de valores del espíritu creados por el hombre a través de su genuina facultad de simbolización”) y *noción colectiva* o *étnica* (“las culturas” como concretas manifestaciones sociohistóricas de “la cultura”).<sup>52</sup> Es sugerente la opción de considerar la noción étnica de cultura como parte de un engranaje léxico (“pueblo”, “nación”, “nacionalidad”, etc.) que en su conjunto forman la “Constitución cultural”.<sup>53</sup>

<sup>48</sup> Cfr., sobre todo ello, Elisabetta Palici di Suni, *Diritto costituzionale dei paesi dell'Unione europea*, 2ª ed., CEDAM, Milán, 2011, pp. 221 y ss.

<sup>49</sup> Cfr. J. Prieto de Pedro, *Cultura, culturas y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 15-23, donde se hace un repaso de la presencia de la voz “cultura” y otras relacionadas en el Derecho constitucional español y comparado.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>52</sup> *Idem.*

<sup>53</sup> Cfr. Prieto de Pedro, *Cultura, culturas..., op. cit.*, p. 101.

Numerosos pasajes del texto constitucional español postularían (e informarían sobre) la diversidad cultural, siendo el más importante el párrafo cuarto de su Preámbulo.<sup>54</sup>

La Nación española proclama su voluntad de [...] proteger a todos los españoles y *pueblos de España* en el ejercicio de los derechos humanos, *sus culturas* y tradiciones, lenguas e instituciones.

De particular interés sería, por lo tanto, desarrollar el concepto de “pueblos de España” como el sustrato básico de la diversidad cultural, pero parece claro, por el contexto en el que fue redactada, que los *pueblos de España* de la Constitución participan de la noción romántica de pueblo, que podría decirse que coincide con la noción étnica de cultura, con lo que la Constitución reconocería la diversidad cultural.

No obstante, los esfuerzos, merecedores de elogio, de Pietro de Pedro, no son de gran utilidad para la tarea de este estudio. Basta constatar que la diversidad cultural no es ajena al espíritu constitucional, sino que ésta la protege expresamente. Pretender una respuesta más nítida por este camino sería desconocer la proyección de ordenación político-territorial que tiene todo el discurso constitucional sobre los *pueblos de España*,<sup>55</sup> ordenación que no tiene gran relevancia en materia penal, al ser la legislación penal materia exclusiva del Estado, no de los entes territoriales cuya formación político-institucional es la finalidad del reconocimiento de la diversidad cultural por parte del constituyente.

Una mirada al contexto histórico en el que se aprobó la Constitución española ayuda a entender por qué las referencias a la cultura o a las culturas no tienen por objeto el tipo de conflictos culturales que son hoy en día tematizados por la doctrina penal: en primer lugar, las minorías étnicas “inmigradas” no se habían establecido en España todavía en aquella época (de hecho, la Constitución trata en su artículo 42 del retorno de los emigrantes); en segundo lugar, los grupos

culturalmente diferenciados que sí estaban presentes, como los gitanos, no tuvieron una posición de fuerza respecto a los otros grupos como para juridificar sus intereses, de modo que fueron vencidos por la hegemonía cultural que los discriminaba. Por lo tanto, no estaba en la *mente de los constituyentes* regular las relaciones entre grupos étnicos o culturales distintos que no fuesen aquellos tradicionalmente asentados en España, territorializados, y que participaron en el proceso constituyente, ni mucho menos los perfiles penales de estas relaciones.

Al no ser tratada la diversidad cultural en la Constitución española —ni en la italiana ni en la alemana, aunque no lo desarrollo en esta sede—, más allá de los términos apenas desarrollados, tampoco lo es específicamente la “cultura”, puesto que la tematización de ésta responde a la necesidad de explicar la diversidad humana, de la cual es factor. Es necesario, por lo tanto, acudir a otros datos normativos.

### 3.2. *El “derecho a la propia cultura” en el Derecho internacional*

Frente al relativo silencio de las constituciones europeas respecto a la cultura en sentido étnico podemos encontrar un relato normativo mucho más fecundo en fuentes supranacionales tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este documento puede servir como fuente de integración del concepto jurídico de cultura en el plano constitucional como elemento del “derecho a la propia cultura”, puesto que, como se ha visto, las constituciones estatales —y en particular su contenido de derechos fundamentales— pueden o deben, según los casos, interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

El artículo 27 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*<sup>56</sup> establece:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que

<sup>54</sup> *Cfr. Id.*, pp. 102 y ss. Pero no sólo: la “noción étnica” de cultura asoma también en el adjetivo *cultural* del art. 143.1 CE, en la conservación del patrimonio cultural de los pueblos de España (art. 46 CE) o en el “pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España” (art. 103). Es de reseñar también la STC de 5 de abril de 1984, que dice que “allí donde vive una comunidad [de personas] hay una manifestación cultural respecto de la cual las estructuras públicas representativas pueden ostentar competencias”.

<sup>55</sup> *Cfr. Id.*, *op. cit.*, p. 147. Efectivamente, los “pueblos de España” están conectados con el diseño del Estado de las Autonomías, más que con “subculturas de base social” (pp. 188-190), como podrían ser las minorías étnicas formadas por los inmigrantes.

<sup>56</sup> *Cfr. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, y que entró en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

El Comité de Derechos Humanos, órgano encargado de la supervisión de la implementación del Pacto por los Estados firmantes, ha dejado constancia en su “observación general” (“*general comment*”) núm. 23 de que “este artículo establece y reconoce un derecho que es conferido a individuos que pertenecen a grupos minoritarios y que es distinto de, y adicional a, todo el resto de derechos de los que son ya titulares como individuos, en común con cualquier otro, de acuerdo con el Pacto”.<sup>57</sup>

Particularmente importante es la distinción que traza el Comité, ante “algunas comunicaciones” por parte de los Estados, entre el “derecho a la autodeterminación” (art. 1 del Pacto) y el “derecho de las minorías” (art. 27):

Aquél está expresado como un derecho perteneciente a los pueblos y es tratado en una parte separada (Parte I) del Pacto. La autodeterminación no es un derecho cubierto por el Protocolo opcional. Por otra parte, el artículo 27 está relacionado con derechos conferidos a los individuos como tales y está incluido, como los artículos relacionados con otros derechos conferidos a individuos, en la Parte III del Pacto, y está cubierto por el Protocolo opcional.<sup>58</sup>

Y sigue: “El disfrute de los derechos previstos por el artículo 27 no va en perjuicio de la soberanía y la integridad territorial de los Estados partes [...]”<sup>59</sup>

Esta delimitación tiene su importancia en el ámbito penal, puesto que implica que el reconocimiento de un “derecho a la cultura” en los términos del artículo 27 del PIDH no obliga al Estado a ceder soberanía frente a una situación territorial o subjetiva étnicamente minoritaria, esto es, no obliga a los Estados a no apli-

car su Derecho penal respecto a territorios o personas relacionados o pertenecientes a minorías étnicas.

Otro aspecto importante es el del requisito de la “existencia” del grupo minoritario, respecto al cual el Comité observa:

De la misma manera que [los individuos pertenecientes a una minoría] no tienen que ser necesariamente nacionales o ciudadanos, tampoco tienen que ser residentes permanentes. Así, los *trabajadores migrantes* o incluso los *visitantes* en un Estado parte que constituyan tales minorías tienen derecho a que no se les niegue el ejercicio de esos derechos. [...] La existencia de una minoría étnica, religiosa o lingüística en un cierto Estado parte no depende de la decisión de dicho Estado parte, pero *requiere poder ser establecida mediante criterios objetivos*.<sup>60</sup>

La fecundidad del artículo 27 en cuanto a aspectos útiles para nuestro objeto de estudio no acaba aquí:

Pese a que el artículo 27 está expresado en términos negativos, dicho artículo, no obstante, reconoce la existencia de un “derecho” y exige que no sea negado. Por consiguiente, todo Estado parte tiene la obligación de asegurar que la existencia y el ejercicio de este derecho se vea protegida contra su negación o violación. Se requieren por lo tanto medidas positivas de protección, no sólo contra los actos del propio Estado parte, sea por parte de las autoridades administrativas, judiciales o legislativas, sino también contra los actos de otras personas dentro del Estado parte.<sup>61</sup>

Medidas positivas que, dada la relevancia de la “capacidad del grupo minoritario de mantener su cultura, lengua y religión”, deben estar encaminadas también “a proteger la identidad de una minoría y los derechos de sus miembros a disfrutar y desarrollar su cultura y lengua y a practicar su religión, en comunidad con otros miembros del grupo”.<sup>62</sup>

No es difícil imaginar que en el ámbito penal estas “medidas positivas” se puedan traducir en espacios

<sup>57</sup> Cfr. CCPR/C/Rev.1/Add.5, General Comment No. 23 (General Comments), párr. 1. El texto auténtico es sólo en lengua inglesa, la traducción y las cursivas son nuestras.

<sup>58</sup> *Ibid.*, párr. 3.1.

<sup>59</sup> *Ibid.*, párr. 3.2. Más adelante, el Comité continúa caracterizando estos derechos como “dirigidos hacia el aseguramiento de la supervivencia y continuo desarrollo de la identidad cultural, religiosa y social de las minorías”.

<sup>60</sup> *Ibid.*, párr. 5.2.

<sup>61</sup> *Ibid.*, párr. 6.1.

<sup>62</sup> *Ibid.*, párr. 6.2.



de atenuación o exención de la responsabilidad penal cuando el derecho protegido por la norma penal choque con el contenido esencial del “derecho a la propia cultura”, interpretado de conformidad con su contenido en el Pacto. Sin embargo, a este respecto, el propio Comité advierte que

dichas medidas positivas deben respetar lo dispuesto en los artículos 2.1 [universalidad de los derechos] y 26 [igualdad ante la ley] del Pacto tanto en relación con el tratamiento entre distintas minorías como con el tratamiento entre personas pertenecientes a los mismos y el resto de la población. Sin embargo, siempre que dichas medidas se dirijan a corregir condiciones que evitan o dificultan el disfrute de los derechos garantizados por el artículo 27, *las mismas constituyen una diferenciación legítima de acuerdo con el Pacto, siempre que estén basadas en criterios razonables y objetivos*.<sup>63</sup>

No obstante, el propio Comité observa además que “ninguno de los derechos protegidos por el artículo 27 del Pacto puede ser ejercido legítimamente en un modo o en un grado no conforme con las otras disposiciones del Pacto”,<sup>64</sup> lo cual concuerda con los límites al derecho a la propia cultura que se pueden deducir remitiendo al primer apartado del artículo 5. En este sentido, y centrándonos en las materias vinculadas a nuestro objeto de estudio del derecho a la cultura no podrá suponer la destrucción o limitación del derecho a la vida (art. 6), ni sujeción a tortura o trato cruel, inhumano o degradante (art. 7), etcétera.

En conclusión, *a)* el Derecho internacional reconoce el derecho a la propia cultura a los miembros de minorías étnicas, *b)* dicho derecho consiste en disfrutar de su propia cultura, en todas sus manifestaciones, junto con otros miembros de su grupo, *c)* la existencia del grupo debe poder ser establecida por criterios objetivos, *d)* dicho derecho no puede limitar la soberanía de los Estados ni suponer la violación ni limitación de

otros derechos reconocidos por el Pacto, *e)* pese a lo cual, se exige al Estado la toma de medidas dirigidas a remover los obstáculos que dificultan el goce de estos derechos, incluso con excepciones —legítimas si están basadas en criterios razonables y objetivos— a la cláusula de igualdad ante la ley.

### 3.3. Principio de (y “derecho fundamental”<sup>65</sup> a la) legalidad “democrática”

El artículo 25.1 de la Constitución española establece el derecho fundamental a no ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que no constituyan delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en el momento de producirse. La legislación penal, que es la única legitimada para prever sanciones privativas de la libertad *ex* artículo 25.3 CE, ha de tener rango de ley orgánica, de acuerdo con el 81.1 CE, puesto que justificar la privación de libertad en los casos en ella tipificados como delitos o faltas supone el “desarrollo” del derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 CE), cuyo “contenido esencial” deberá ser respetado en todo caso (art. 53.1 CE). Los manuales de Derecho penal de habla española analizan el derecho fundamental del artículo 25.1 CE dentro del “principio de legalidad”, del cual sería una de las manifestaciones (el principio de reserva de ley), junto con los principios de determinación, certeza o taxatividad, de irretroactividad, de *non bis in idem*, etcétera.<sup>66</sup>

Con el fin de extraer del “derecho a la reserva de ley” las consecuencias relevantes para dilucidar una respuesta a nuestro objeto de estudio, es particularmente interesante realizar una interpretación teleológica del mismo, centrada en su finalidad de “garantía política” de la participación de los ciudadanos en la selección de las conductas punibles.<sup>67</sup> El principio de legalidad no está fundado únicamente en razones de certeza o claridad de la norma, de seguri-

<sup>63</sup> *Idem*.

<sup>64</sup> *Ibid.*, párr. 8.

<sup>65</sup> *Cfr.* S. Huerta Tolcido, “El derecho fundamental a la legalidad penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39, 1993, pp. 81-114.

<sup>66</sup> *Cfr.*, con distintos matices y sistemáticas, que a veces obvian alguno de los subprincipios, Berdugo Gómez de la Torre, Arroyo Zapatero, Ferré Olivé, García Rivas, Serrano Piedecosas y Terradillos Basoco, *Curso de Derecho penal. Parte general*, Experiencia, Barcelona, 2004, pp. 47-62; Cobo del Rosal y Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 64-74; Ferré Olivé y Núñez Paz, *Derecho penal colombiano. Parte general*, Ibáñez, Bogotá, D.C., 2010, pp. 72-83; Luzón Peña, *Curso...*, *op. cit.*, p. 81; Santiago Mir Puig, *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 105-116; Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 97 y ss.

<sup>67</sup> *Cfr.* Mir Puig, *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 106.

dad jurídica.<sup>68</sup> Un exhaustivo Reglamento emanado de instancias ministeriales podría dar cuenta de este tipo de exigencias mucho mejor que un Código con rango de ley.<sup>69</sup> Y, sin embargo, ello repugna al moderno sentimiento jurídico, que insiste en la reserva de ley. La *lex* debe ser *scripta*, pero sobre todo debe ser *lex*. Dicho de otra manera: la posibilidad de castigar sólo con arreglo a una norma previa a la comisión del delito puede colmar las exigencias del Estado de Derecho, pero no necesariamente las del Estado Democrático de Derecho. Esto se debe a que en un Estado Democrático de Derecho el principio de legalidad cuenta, por añadido, con un “fundamento político democrático-representativo”,<sup>70</sup> esto es, la “garantía formal” de la que habla el Tribunal Constitucional español.<sup>71</sup>

La formulación de este fundamento es tan antigua como el propio principio de legalidad, que se derivó en un principio de la teoría ilustrada del contrato social y suponía una organización política basada en la división de poderes, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo. Los pensadores ilustrados lo concibieron como garantía del consenso sobre el contrato social: solamente el legislador, representación directa de la sociedad, puede decidir sobre la limitación de la libertad individual; sólo al legislador corresponde la potestad de prohibir conductas e imponer penas. Ello porque el ciudadano sólo admite el paso del estado de naturaleza al estado civil en virtud de quedar asegurada su participación y control de la vida política de la comunidad. Tal participación tiene lugar por medio del Poder Legislativo, que representa al pueblo. Sólo de él puede emanar la ley, que constituye, pues, la expresión de la voluntad popular.<sup>72</sup>

De todo ello son prueba las propias palabras de Beccaria: “[...] sólo las leyes pueden decretar las pe-

nas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social”.<sup>73</sup>

También la doctrina alemana acoge este fundamento. Para Roxin, la pena supone una intrusión tan grave en la libertad de los ciudadanos que la legitimación para su privación sólo puede residir en la instancia que representa al pueblo en la forma más inmediata como representante electo: el Parlamento.<sup>74</sup>

En definitiva, la reserva de ley en materia penal, como concreción del principio de legalidad, es el instrumento para garantizar que los ciudadanos puedan ser privados de la libertad sólo en los casos considerados en una decisión democrática, expresada formalmente por un ley del Parlamento; de una forma más concreta, por una ley orgánica. Por lo tanto, el principio de legalidad debe estar “orientado en un sentido democrático”.<sup>75</sup>

Pero, ¿qué incidencia tiene o debe tener el “derecho a la legalidad” (art. 25.1 CE), así entendido en la política criminal sobre la diversidad cultural? Hay que pensar en los casos en los que el autor, con su conducta, tipificada como delito o falta, ejerza sobre la víctima un *castigo cultural*, esto es, cuando sea la respuesta a la infracción por parte de la misma de una norma cultural, ante la cual se impone una “sanción”. La tesis que sostengo es que la impunidad o disminución del injusto objetivo respecto a este tipo de conductas por razones que estén fundadas en el mero respeto a la diversidad cultural, o lo que es lo mismo, en el mero ejercicio del “derecho a la propia cultura” que asiste al autor de un derecho cultural, es incompatible con el derecho a la legalidad democrática de la víctima y que dicha incompatibilidad es tanto mayor cuanto más formalizado sea el castigo y el probable proceso, cuanto menos obedezca a la pasión y a la irracionalidad y más a la implantación de un sistema

<sup>68</sup> Cfr., por todos, S. Huerta Tolcido, *El derecho fundamental...*, op. cit., pp. 83 y ss.

<sup>69</sup> Cfr. Fiandaca, “Legalità penale e democrazia”, *Quaderni fiorentini*, 2007, p. 1250, que justamente denuncia la hipertrofia en la atención dada al “fundamento garantista” del principio de legalidad en detrimento del “fundamento democrático” (pp. 1247 y ss.). Por otra parte, la propia Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido que para no violar la Carta sólo es necesario que el ciudadano conozca previamente el hecho prohibido, sin que la fuente deba ser una ley del Parlamento (p. 1273). Es necesario recordar que la jurisprudencia de la Corte, que se aplica a Estados de 1988 y de 19 de julio de 1989, entre otras.

<sup>70</sup> Cfr., para la expresión, Luis Arroyo Zapatero, “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 8, 1983, pp. 12 y ss.; Ferré Olivé y Núñez Paz, op. cit., p. 75; Muñoz Conde y García Arán, op. cit., p. 102, etcétera.

<sup>71</sup> Cfr. SSTC de 21 de enero de 1988 y de 19 de julio de 1989, entre otras.

<sup>72</sup> Cfr. Arroyo, *Principio de legalidad...*, op. cit., pp. 12 y ss.; Huerta Tolcido, op. cit., p. 84; Mir, *Derecho penal...*, op. cit., pp. 105 y ss.

<sup>73</sup> Cfr. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, Alianza, Madrid, 1998, p. 34.

<sup>74</sup> Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, p. 146.

<sup>75</sup> Fiandaca, op. cit., p. 1248.

de control social interno del grupo cultural al que normalmente pertenezcan autor y víctima.<sup>76</sup>

En efecto, disminuir la coerción penal por la comisión de un delito de este género, siempre que no sea por causas subjetivas, siempre que la *ratio* no responda a la menor culpabilidad (en sentido amplio) del sujeto, equivale funcionalmente al reconocimiento por parte del Estado de un *ius puniendi* al grupo cultural, a lo cual, como también se ha visto, no obliga el reconocimiento del derecho “a la propia cultura”. Si en este sentido el legislador aprobara una norma o el juez dictara una sentencia se estaría vulnerando con ello el derecho fundamental de la víctima a la legalidad penal (art. 25.1 CE), no sólo en su vertiente formal (taxatividad, etc.), sino también en su vertiente material (selección mediante un proceso democrático de los supuestos punibles). El Estado debe tutelar el derecho fundamental de todos a no ser castigados sino en los casos en los que la voluntad general, constitucionalmente limitada, haya decidido mediante la ley penal.

Incluso defensores de posturas multiculturalistas, como Kymlicka, se niegan a aceptar estas “restricciones internas” en el seno de las minorías culturales, que las convertirían en “minorías iliberales” dentro de una sociedad liberal-democrática. El principio de legalidad, de “vigencia secular”, no permite que el Estado ceda a grupos culturales la función de tutela de los bienes jurídicos más relevantes respecto de los ataques más graves, cesión que correría el riesgo de ser actuada mediante una jerarquía de valores distinta de la constitucionalizada y con una función de la pena distinta de la prevención.<sup>77</sup>

Hay que hacer todavía algunas precisiones finales sobre el argumento sostenido más arriba. En primer lugar, el castigo cultural que supone un hecho punible no está exento del beneficio de las causas de justificación normalmente aplicables a cualquier otro caso. De lo que se trata es de que la alteridad cultural del autor no pueda ser concebida como una causa de justificación en sí misma. En segundo lugar, el argu-

mento del derecho de la víctima a la legalidad penal no decae por el hecho de que el castigo cultural no tenga la misma naturaleza que la pena infligida por el Estado (por ejemplo, que consista en unas lesiones o en la muerte). Ello tanto por razones de interpretación gramatical del artículo 25.1 CE, que no especifica la naturaleza de la condena o sanción, como, sobre todo, por razones de interpretación teleológica: la pena, como privación de los derechos más fundamentales, no sólo la libertad, cae bajo el monopolio de la voluntad general, aunque, como en el caso de España para la pena de muerte o los tratos inhumanos o degradantes, sea para establecer la prohibición de su aplicación (art. 15 CE).

Por último, y como conexión con los principios de igualdad, pluralismo y “libre desarrollo de la personalidad” que se verá a continuación, hay que dejar constancia de que el derecho a la legalidad penal es, precisamente, un *derecho*, no un deber, y por lo tanto es posible que sea necesario, desde un punto de vista de respeto del diseño constitucional de lo penal, que se le dé relevancia al consentimiento de la víctima respecto al *castigo* recibido.

### 3.4. Igualdad, pluralismo y “libre desarrollo de la personalidad”

La organización de una sociedad bajo el principio de igualdad de sus miembros es lo que hace necesaria la constitucionalización (en el sentido moderno) del poder, puesto que éste actúa contra la tendencia natural de la sociedad a organizarse en forma desigual.<sup>78</sup> La consecución de esta igualdad material (más allá de la igualdad formal ante la ley) es un aspecto ampliamente reconocido como consustancial al propio principio de igualdad,<sup>79</sup> y aparece en el articulado de la Constitución española:

Art. 9.2 CE. Corresponde a los poderes públicos *promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean rea-*

<sup>76</sup> Un ejemplo emblemático de la formalización sería el de los *tribunales islámicos*. En España la prensa ha reportado la imputación de diez magrebíes por la supuesta constitución de un tribunal de la Sharia que habría condenado a muerte a una conciudadana (cfr. *El País*, 9 de diciembre de 2009).

<sup>77</sup> Cfr. Borja Jiménez, *Introducción a los Fundamentos del Derecho penal indígena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 23 y ss., que también reconoce que dar cabida a los “procesos sociales que se están desarrollando” sería hacer “excepciones” a los principios del Derecho penal.

<sup>78</sup> Cfr. Pérez Royo, *op. cit.*, p. 82.

<sup>79</sup> Igualdad formal e igualdad material son “la cara y la cruz” del Estado social de Derecho (cfr. F. Garrido Falla, “Art. 9.2”, en F. Garrido Falla y otros, *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 166).

les y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Este principio de igualdad material tiene también su relevancia en el ámbito penal. “El presupuesto de las desigualdades obliga a intervenir, otorgando al Derecho penal un contenido social”.<sup>80</sup> El propio Tribunal Constitucional hace uso del mismo para declarar la constitucionalidad de las discriminaciones por razón de género en la legislación penal sobre violencia doméstica.<sup>81</sup> El artículo 9.2 CE hace además un reconocimiento expreso de los grupos sociales, puesto que la remoción de los obstáculos a la libertad y la igualdad efectivas debe producirse tanto respecto al individuo como a “los grupos sociales en los que se integran”.<sup>82</sup>

Es necesario hacer, junto con Pérez Royo, un ejercicio hermenéutico para concluir el significado de “grupo social” y las consecuencias de su reconocimiento.<sup>83</sup> De acuerdo con este autor, hay que partir de que el modelo de sociedad diseñado por la Constitución es marcadamente individualista, puesto que son los individuos en sí los titulares de todos los derechos fundamentales, incluso de aquellos que se ejercen de manera colectiva. Por lo tanto, no están comprendidos los estamentos, como en el Antiguo Régimen, ni los “grupos naturales” (familia, municipio, sindicato, etc.) constituyentes de la ya desechada “democracia orgánica”. El surgimiento de grupos sociales no sería natural, sino voluntario, como ejercicio de los derechos individuales.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha expresado, a tenor del artículo analizado, que “la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y

organizaciones cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental”.<sup>84</sup> Siguen siendo aquí derechos fundamentales individuales, pero del individuo como miembro de un grupo, como es el caso del “derecho a la propia cultura” reconocido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¿Supone esto abrir la puerta en el ordenamiento jurídico-constitucional español a un “trato diferenciado”<sup>85</sup> en virtud de la pertenencia étnica? Ciertamente, el principio de igualdad permite al legislador un trato jurídico diferenciado siempre que justifique objetiva y razonablemente dicha diferenciación “de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia debe aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”.<sup>86</sup> ¿Qué podría motivar un trato jurídico diferenciado basado en el grupo étnico al que perteneciese la persona y qué alcance podría tener éste?

Desde la filosofía política, algunas voces, entre las que destaca la de Charles Taylor, defendieron la necesidad de desarrollar la ideología del Estado moderno para dar cabida a la posibilidad de *status* jurídicos diferenciados de acuerdo con la cultura. En torno a la justificación de esta diferenciación orbitan los conceptos de *reconocimiento*, *identidad* y *autenticidad*. De manera simplificada: las personas sufrirían un daño injusto si su identidad, para la que es necesario un grupo de referencia, no se viera reconocida. Se vería imposibilitada su “autenticidad” como individuos, que sería la actuación de la “vocación de uno mismo”, “lo que es para mí ser un hombre”.<sup>87</sup> Esta identidad “depende de modo crucial de mis relaciones dialógicas” o incluso de lucha,<sup>88</sup> de ahí la importancia del grupo. En conclusión, la tesis de Taylor es que el Estado puede

<sup>80</sup> Cfr. Ferré Olivé y Núñez Paz, *op. cit.*, p. 64.

<sup>81</sup> Cfr. FJ 8º de la STC 59/2008 y Benito Aláez Corral, “El reconocimiento del género como fundamento de un trato penal sexualmente diferenciado: a propósito de la STC 59/2008”, *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 12, 2008, pp. 12-32.

<sup>82</sup> El antecedente es el artículo 3.2 de la Constitución italiana: “Es obligación de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la personalidad humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”.

<sup>83</sup> Cfr. Pérez Royo, *op. cit.*, pp. 198 y ss.

<sup>84</sup> Cfr. STC 64/1988.

<sup>85</sup> Cfr. Taylor, “La política del reconocimiento”, en Habermas y Taylor, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Feltrinelli, 2008, p. 25.

<sup>86</sup> Cfr. FJ 2º de la STC 75/1983.

<sup>87</sup> Cfr. Taylor, *op. cit.*, pp. 12 y ss.

<sup>88</sup> *Ibid.*, pp. 18 y ss.

discriminar si no reconoce la identidad de sus ciudadanos, por lo que se impone una “política de la diferencia”,<sup>89</sup> basada en la igual dignidad de todas las culturas o “igual valor de lo que los hombres han recabado, de hecho, de la potencialidad [humana universal]”.<sup>90</sup>

El discurso de Taylor, sobre todo en su primer tramo, se puede entroncar con uno de los fundamentos que la Constitución española da al orden público y a la paz social en el artículo 10.1 CE: el “libre desarrollo de la personalidad”,<sup>91</sup> que mediando el 9.2 CE, podría pensarse que obliga al Estado a promover el reconocimiento de la identidad cultural de los individuos y de los grupos para que su libertad sea “real y efectiva”. Sin embargo, esta posición se encuentra con el escollo de que el Tribunal Constitucional ha establecido que el artículo 12 CE no ampara la “discriminación por indiferenciación”,<sup>92</sup> es decir, por el desconocimiento de la diferencia-identidad.

Sea como fuere, el reconocimiento de la identidad cultural, el derecho a la propia cultura, incluso si se basara en requisitos constitucionales, no se extiende necesariamente hasta el punto de constituir por sí solo, en el ámbito penal, una causa de justificación o exculpación. Volviendo a Kymlicka, podemos extraer la conclusión de que si el reconocimiento de la identidad es una consecuencia de tener como objetivo la autonomía de la persona, este reconocimiento no puede tener como efecto la supresión o la justificación de la supresión de la misma. De hecho, casos en los que la cultura impusiese relaciones de dominación, en lugar de autonomía, entre géneros, castas, etc., superarían el ámbito de tolerancia aceptable. Traducido al ámbito penal, el reconocimiento de la identidad cultural (como consecuencia del efectivo libre desarrollo de la personalidad) no podría llegar al punto de exigir que la legislación penal justificase hechos punibles que

constituyesen o tuvieran como resultado un ataque a la autonomía o la libertad de la persona, ataque entendido en sentido amplio como violación no consentida de cualquier bien jurídico personal.

Por las mismas razones, el fundamento y la extensión de la limitación de esta autonomía de la persona por parte del Estado mediante la norma penal (es decir, la criminalización de conductas o la agravación de delitos) no puede deberse a la mera motivación cultural del autor, si no existe un injusto o una culpabilidad mayor, pues ello constituiría una violación del principio del “libre desarrollo de la personalidad” en los términos ya vistos.

### 3.5. Principio de culpabilidad

En el seno del sempiterno debate sobre el contenido del principio de culpabilidad, de cuyas descomunales dimensiones la más mínima conciencia aconseja bordear en un trabajo de estas dimensiones, hay una consecuencia del mismo que es pacíficamente asumida por todos: la exigencia de la *responsabilidad subjetiva* o prohibición de *responsabilidad objetiva* o *por el resultado*, es decir, la necesidad de que la conducta típica sea subjetivamente imputable al autor a título de dolo o imprudencia.<sup>93</sup> En palabras del Tribunal Supremo español, el autor “no [debe] ser condenado sino en base a su propia y personal conducta y hasta el límite que pudiera alcanzar su voluntad o el resultado previsible y evitable de su comportamiento negligente”.<sup>94</sup>

Así entendido, el principio de culpabilidad no está expresamente recogido en la Constitución, pero se acepta que, de una u otra manera, es un “elemento básico del Estado democrático de Derecho”.<sup>95</sup> como contenido de la protección de la dignidad humana (art. 10.1 CE),<sup>96</sup> del derecho a la presunción de in-

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>91</sup> Aquí la expresión “fundamento” es equivalente a “valor superior del ordenamiento jurídico” del artículo 1.1 CE: “lo que tienen en común es la referencia a valores anteriores a la Constitución misma [...] derivan de la concepción misma de la persona humana que comparían —por lo que se ve— los redactores constitucionales”. *Cfr.* Garrido Falla, “Art. 10.1”, en Garrido Falla, *op. cit.*, pp. 196 y ss.

<sup>92</sup> Doctrina reiterada desde la STC 86/1985, que, sin embargo, ha sido contradicha por la Sentencia del TEDH de 8 de diciembre de 2009, relativa a la STC 69/2007, en la que se negaba una pensión de viudedad a una gitana casada con su marido por el rito gitano, con base en la no interdicción de la discriminación por indiferenciación.

<sup>93</sup> *Cfr.* Berdugo Gómez de la Torre y otros, *op. cit.*, pp. 78 y 79; Ferré Olivé y Núñez Paz, *Curso...*, *op. cit.*, p. 90; Mir Puig, *Derecho penal. Parte general...*, *op. cit.*, p. 164; Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte General*, 7ª ed., Valencia, Tirant lo Blach, p. 91; Orts Berenguer / González Cussac, *op. cit.*, pp. 63 y ss.; Roxin, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., tomo I, Civitas, 2007, p. 219.

<sup>94</sup> *Cfr.* STS de 6 de abril de 1990.

<sup>95</sup> *Cfr.* Ferré Olivé y Núñez Paz, *Curso...*, *op. cit.*, p. 89.

<sup>96</sup> *Cfr.* Berdugo Gómez de la Torre y otros, *op. cit.*, p. 80; Mir Puig, *Derecho penal. Parte general...*, *op. cit.*, p. 164, Muñoz Conde y García Arán, *op. cit.*, p. 90.

cencia (art. 24.2.I CE)<sup>97</sup> o del principio de legalidad (art. 25.1 CE).<sup>98</sup> Sea como fuere, el propio Tribunal Constitucional español ha establecido que “la Constitución consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal”.<sup>99</sup>

Por razones de espacio, el siguiente análisis está limitado a la exigencia de dolo y las consecuencias de ésta para el tratamiento debido por la legislación penal al error de tipo cometido por una diversa representación de la realidad como consecuencia de la alteridad cultural del autor. Con respecto a esto, es obligado igualmente dejar de lado el debate entre las teorías de la voluntad y de la representación o de la probabilidad, puesto que el elemento intelectual o cognitivo del dolo, que es común a ambas teorías (y a todas las modalidades de dolo), es suficiente como marco en el que analizar una probable relevancia de la cultura del autor. Así, partimos de que el dolo requiere el conocimiento, o lo que es lo mismo, la representación mental, de todos los elementos del tipo, incluido el resultado: cuando el autor no se representa mentalmente uno de los elementos, o se lo representa erróneamente, está en un error de tipo (art. 14 CP).

Y aquí añadido: cuando el autor, por su cultura, tiene una representación mental de alguno de los elementos típicos diversa de la que sería mayoritaria, que es además la que se pretende que esté contenida en la norma, podríamos hablar de un error de tipo culturalmente condicionado. Dada la exigencia de dolo, el error de tipo, también el culturalmente condicionado, debería tener como consecuencia la atenuación o exención de la pena, ya que de lo contrario se hace responder objetivamente al culturalmente diverso.

¿Cómo es esto posible? De acuerdo con la psicología cultural, “las categorías mentales, más que en la naturaleza, residen en la cultura que provee los criterios de clasificación”.<sup>100</sup> Estas categorías serían colecciones cognitivas de objetos que comparten las mismas propiedades esenciales que la distinguen de los objetos de otra categoría.<sup>101</sup> La categorización permi-

te el pensamiento abstracto, puesto que sin ella no se pueden hacer generalizaciones (y, por ende, tampoco previsiones respecto de las cualidades de los objetos), pero al mismo tiempo también lo condiciona y limita. Este es el argumento relativista de la hipótesis Whorf-Sapir generalizado a todo proceso cognitivo, no sólo lingüístico, argumento que no es ajeno, aunque no sea tematizado, al ámbito de razonamiento de los penalistas, como tampoco lo es el origen social de los criterios clasificatorios: “ciertamente, toda palabra —también las que expresan elementos descriptivos— tiene un sentido fijado *normativamente*, en cuanto se halla definido por una convención lingüística y responde a alguna norma de lenguaje”.<sup>102</sup> Cuando el elemento descriptivo es una categoría, el error de tipo cultural surge si el sentido que al mismo le da la cultura mayoritaria y el que le da la minoritaria no coinciden.

Un ejemplo de los casos tratados doctrinalmente puede ayudar a esclarecer la naturaleza de este “error de tipo cultural”, cuya consideración exigiría el principio de culpabilidad, y entender en qué se diferencia de otros errores de tipo y del error de prohibición. En el caso *State vs. Jones* (1985)<sup>103</sup> un esquimal de 57 años comienza un juego con su nieto (cuyo cumpleaños se celebraba) y con un amigo suyo no esquimal. En el transcurso del juego, Jones, tras conseguir bajar los pantalones de los niños, les toca los genitales, tirando de los testículos. El tribunal aceptó los argumentos de la defensa, corroborados por un lingüista y dos antropólogos, de que la conducta de Jones estaba privada de cualquier connotación sexual en la cultura esquimal, pues en realidad se destinaba a enseñar a los niños a reírse de la adversidad y saberse defender prontamente.

Este ejemplo muestra cómo la “red de significados” en la que está atrapado el hombre, que es la cultura, puede provocar una falta de correspondencia entre lo que el legislador (la cultura mayoritaria) y el autor culturalmente diverso se representan mentalmente respecto a un elemento del tipo. Lo primero es el “sentido social”<sup>104</sup> del elemento típico (ya sea des-

<sup>97</sup> Cfr: Berdugo Gómez de la Torre y otros, *op. cit.*, p. 80.

<sup>98</sup> Cfr: Orts Berenguer y González Cussac, *op. cit.*, p. 65.

<sup>99</sup> Cfr: SSTC 150/1991, 246/1991, 247/1993, 92/1997, etcétera.

<sup>100</sup> Cfr: L. Anolli, *Psicología della cultura*, Il Mulino, Bolonia, 2004, pp. 151 y ss.

<sup>101</sup> *Id.*, *op. cit.*, p. 150.

<sup>102</sup> Cfr: Mir Puig, *Derecho penal. Parte general...*, *op. cit.*, p. 232.

<sup>103</sup> Cfr: *State vs. Jones*, núm. 4FA-S84-2933, Tribunal Supremo de Alaska, 7 de enero de 1985.

<sup>104</sup> Cfr: Mir Puig, *Derecho penal. Parte general...*, *op. cit.*, p. 232.

criptivo o normativo), mientras que lo segundo es el *sentido cultural* que al elemento típico le da el autor culturalmente diverso. Cuando esto ocurre, a juicio nuestro, no se puede afirmar que el autor actúe con dolo.

#### 4. ¿Es posible identificar modelos político-criminales constitucionalmente legítimos?

Antes de extraer las consecuencias de los principios constitucionales estudiados, es necesario hacer una breve relación de los modelos ideales de política criminal sobre la diversidad cultural.

La siguiente lista está ordenada por un criterio de mayor a menor valoración positiva del pluralismo cultural por parte del Derecho, el cual puede presentar algunas limitaciones y disfuncionalidades: así, algunos estados cuyo modelo de tratamiento penal del pluralismo cultural podría ser reconocido como multiculturalista incluyen en su normativa penal tipos penales “culturales” —como la tipificación *ad hoc* de la mutilación genital femenina—, lo cual sería un elemento de un modelo asimilacionista, mientras que al mismo tiempo reconocen vías de escape a la coerción penal basadas en la cultura diversa y minoritaria del autor. No obstante, es posible ver este estado de cosas como el resultado de que el debate político-jurídico en la sociedad multicultural europea se encuentra todavía en una fase dialéctica, pues no está resuelto en forma global.

##### 4.1. Modelos político-criminales

a) *Pluralidad de ordenamientos jurídico-penales dentro de un mismo Estado o pluralismo jurídico-penal.* Este modelo responde a un profundo reconocimiento del valor de la diversidad cultural. El *ius puniendi* queda reservado a dichas comunidades respecto a

miembros de determinados grupos étnico-culturales. El estudio del pluralismo jurídico (en general, no sólo penal) cuenta ya con una importante literatura científica.<sup>105</sup> Griffiths dice que un sistema jurídico es pluralista en sentido jurídico “cuando el soberano establece distintos ordenamientos jurídicos para distintos grupos de la población que difieren en su etnicidad, religión, nacionalidad, o geografía, y cuando los regímenes legales paralelos dependen todos del sistema jurídico estatal”.<sup>106</sup> La definición anterior contrastaría con la de “pluralismo en el sentido de las Ciencias Sociales”, cuando órdenes normativos a los que el Estado no concede juridicidad compiten con el Derecho oficial.<sup>107</sup>

En este rumbo, Canadá ha reconocido, desde la década de los noventa, las decisiones de los *sentencing circles* practicados por los esquimales, basados en una justicia reconciliadora en lugar de punitiva, también en materia penal. Esta experiencia habría sido trasladada luego a Australia, Nueva Zelanda y Estados Unidos. Perú es otro ejemplo en el que la Ley de Comunidades Indígenas de 1987 reconoció mecanismos procesales propios de dichas comunidades. También en Chile la costumbre de estos pueblos es reconocida como fuente de Derecho penal (en particular, fuente de circunstancias eximentes) por la Ley Indígena de 1993.<sup>108</sup>

b) El *modelo multiculturalista o multiculturalismo*<sup>109</sup> se correspondería con una política criminal que incluye una consideración a la diversidad cultural, si bien no hasta el punto de reconocer un ordenamiento jurídico-penal paralelo. Creemos acertada la distinción de De Maglie entre un “multiculturalismo fuerte” y un “multiculturalismo débil”. Las fronteras entre el primero y el pluralismo jurídico-penal son poco nítidas, en cuanto a que algunos aspectos de la impunidad por motivos culturales pueden distorsionar profundamente el ejercicio del *ius puniendi*, aun sin

<sup>105</sup> El fenómeno del pluralismo jurídico ha sido estudiado durante años por la antropología jurídica. Para una aproximación y desarrollo histórico del concepto en el ámbito anglosajón, *cfr.* Sally Engle Merry, “Legal Pluralism”, *Law & Society Review*, núm. 22/5, pp. 869-896; en español, una amplia recopilación y sistematización de fuentes en Carlos Ochoa García, *Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico*, Cholsamaj Fundación, 2002, 388 p.

<sup>106</sup> *Cfr.* John Griffiths, “What is Legal Pluralism?”, *Journal of Legal Pluralism*, núm. 24, 1986, pp. 5 y ss.

<sup>107</sup> *Cfr.*, como ejemplo bibliográfico de esta visión, A. C. Wolkmer, D. Sánchez Rubio y J. C. Suárez Villegas, *Pluralismo jurídico: fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, 3ª ed., MAD-Eduforma, 2006, 322 p. Cuando los grupos minoritarios no han conseguido dar juridicidad a su normas (siendo el Derecho patrimonio del grupo dominante), el estudio de éstas correspondería a las Ciencias sociales y no a las jurídicas.

<sup>108</sup> *Cfr.* Bernardi, *Modelli...*, *op. cit.*, pp. 65-68.

<sup>109</sup> El término *multiculturalismo* ha de reservarse para esta corriente filosófico-política en particular. Para el fenómeno que suele recibir este nombre deben reservarse denominaciones como *diversidad cultural*, *pluriculturalidad* o *multiculturalidad*.

existir un reconocimiento formal de la pluralidad de ordenamientos. En cuanto al segundo, la integración del factor cultural se hace atendiendo a las categorías de la Teoría penal, sin grandes distorsiones, sino más bien modulando su contenido.

Expresiones propias de esta política criminal en el Derecho positivo serían la protección de la diversidad cultural en sí misma por la norma penal y la exención o atenuación de la responsabilidad penal en atención únicamente a motivos culturales. Cabe encajar aquí, sobre todo en su versión “fuerte”, el fenómeno de la *cultural defence* anglosajona o el “error culturalmente condicionado” latinoamericano.

c) Una *política criminal culturalmente laica*, a la que no le afecten las relaciones que en una sociedad multicultural mantienen los diversos grupos étnicos y culturales, es muy difícil de teorizar y, por supuesto, de llevar a cabo. Incluso los delitos que pudiesen ser aceptados transculturalmente no dejarían de obedecer a esta pauta: el dato de que una conducta sea compartida por todas las culturas no significa que deje de ser cultural, sino, justamente, que es *culturalmente* universal. Por ello, se corre el riesgo de que esta hipotética política criminal persiga en realidad la protección penal de la cultura mayoritaria, disfrazada de consideraciones de neutralidad, con lo que estaríamos en una política criminal “asimilacionista”.<sup>110</sup>

d) Este *modelo “asimilacionista”*, en contraste con el multiculturalismo, está por debajo en la escala de valoración de la diversidad cultural por parte de la norma jurídica. Su objetivo es la asimilación del grupo minoritario en el mayoritario.

Un “asimilacionismo indulgente” estaría representado por la actitud que se deducía, por ejemplo, del artículo 44 del Código penal de Perú de 1924, de acuerdo con el cual a los “salvajes”, uno de los tres tipos en los que eran clasificados los reos, se les reservaba un

tratamiento atenuado debido a su consideración como inimputables.<sup>111</sup> Este modelo político-criminal se diferencia del multiculturalismo en la motivación en la que se basa, una actitud tutelar (que bien podría ser un instrumento de legitimación de la dominación),<sup>112</sup> en lugar de un reconocimiento o valoración positiva de la diversidad cultural.

Francia es el mejor exponente de otro tipo de política criminal “asimilacionista”, pretendidamente neutral o laica en lo cultural, también llamada “igualitaria”.<sup>113</sup> Este modelo se basa en una lógica de absoluta igualdad formal, de neutralidad o “ceguera” del Estado frente a las diferencias culturales,<sup>114</sup> todo ello con las reservas ya expresadas sobre que el contenido sustancial de las normas penales responda a la cultura mayoritaria. También favorece la emancipación de los individuos de su grupo cultural dada su asimilación con la sociedad en su conjunto.<sup>115</sup> Su traducción normativa es la ausencia de normas penales que incriminen prácticas culturales minoritarias que violan la ley en forma más gravosa. Eso no significa que no se persigan tales conductas, sino que se hace con arreglo a la normativa general (con pretensión de ser) culturalmente laica.

Por último, una política criminal “asimilacionista discriminatoria” promovería, desde el Derecho penal, la imposición de la cultura dominante al resto, teniendo como resultado un trato discriminatorio hacia los miembros de los grupos minoritarios. Como ejemplos históricos puede mencionarse la era del *melting pot* en Estados Unidos (primera mitad del siglo XX), en la que con la metáfora de una fusión de etnias y razas se esconde una política “asimilacionista” basada —y limitada— en la cultura dominante, la del *white anglo-saxon protestant* o *WASP*.<sup>116</sup> Pero la asimilación discriminatoria puede ser también expresa: tal es el caso de la regulación en el Código penal italiano de

<sup>110</sup> Cfr., sobre las paradojas del asimilacionismo en Francia, Patrick Weil, *La République et sa diversité. Immigration, intégration, discriminations*, 2005.

<sup>111</sup> El redactor de estos artículos fue Víctor M. Maúrtua, cuya visión antropológica, según Hurtado Pozo (cfr. *En torno a la recepción del derecho penal en el Perú*, edición mimeografiada, sin fecha, pp. 1 a 7, citado por Gladys Yrureta, *op. cit.*, p. 90) “no representó una toma consciente de posiciones, ya que por no ser peritos y no contar con el asesoramiento de especialistas en la materia, estuvo fuera de su alcance”, sino que más bien se deriva “de un saber prosaico en el cual se reconocen supervivencias [...] de tesis imperantes en el siglo XVIII ya largamente superadas en 1924 en el campo de la antropología”.

<sup>112</sup> Sobre todo teniendo en cuenta que la consecuencia jurídica con la que se podían sustituir las penas de prisión en atención a “su condición especial” era la de “colocación en una colonia penal agrícola, por tiempo indeterminado que no excederá de veinte años” (cfr. art. 44 CP Perú, 1924).

<sup>113</sup> Cfr. De Maglie, *Culture...*, *op. cit.*, p. 1118 y 1119.

<sup>114</sup> Cfr. Basile, *Società multiculturali...*, *op. cit.*, p. 1311.

<sup>115</sup> Cfr. Bernardi, *Modelli...*, *op. cit.*, p. 82.

<sup>116</sup> Cfr. De Maglie, *Multiculturalismo...*, *op. cit.*, p. 178 y ss.; Basile, *Società multiculturali...*, *op. cit.*, p. 1310.



la mutilación genital femenina, que en su art. 583 *bis* prevé una pena más grave para a esta conducta que la que correspondería a su consideración como lesiones.

e) La *política criminal de exclusión de la diversidad cultural* tiene como objetivo la separación o la expulsión física de los miembros de un grupo étnico del territorio ocupado por el grupo dominante. Junto con la asimilación forzada conforman los métodos más contundentes de conflicto interétnico. Las características de este tipo de política criminal serían la identificación y distinción de los miembros del grupo dominado, con el objeto de separarlos o expulsarlos físicamente o, en los casos más extremos, imposibilitar su reproducción biológica o eliminarlos.

## 5. Conclusiones

Es momento de sistematizar las conclusiones sobre el marco constitucional en el que el legislador debe moverse para legislar penalmente sobre la diversidad cultural.

De acuerdo con los argumentos presentados en este capítulo, los miembros de minorías culturales tienen “derecho a la propia cultura”, pero no existe una exigencia constitucional respecto al reconocimiento de *ius puniendi* a los grupos étnico-culturales. De hecho, al Parlamento no le estaría permitido legislar de modo que la responsabilidad penal por actos que constitu-

yen un *castigo cultural* se viera atenuada por razones de ejercicio de ese derecho, dada la consagración del principio de legalidad como derecho fundamental del ciudadano, de acuerdo con su “fundamento político democrático-representativo”, a que el Estado le proteja de ser castigado por un privado por una conducta que no ha sido democráticamente seleccionada como delito, derecho que puede ser tanto ejercido como no, consintiendo en este caso el *castigo* sufrido.

Por otra parte, la promoción del libre desarrollo de la personalidad impondría cierto respeto a la diversidad cultural como expresión de la personalidad del individuo. Toda legislación penal que conllevara una pena más grave para una conducta únicamente por constituir una práctica cultural supondría una violación de dicho principio del ordenamiento. Sin embargo, este respeto a la diversidad cultural no exige que la legislación atenúe la responsabilidad penal por actos que afectan a bienes jurídicos personales, en especial la libertad.

Por último, el principio de culpabilidad exigiría que el juzgador tuviese en cuenta la posibilidad de que el autor culturalmente diverso haya actuado desde una representación mental de los elementos del tipo distinta del sentido que la norma les da a éstos, y que ello pueda suponer que el autor haya actuado sin dolo, puesto que, si así fuese el caso, estaría cubierto por la prohibición de responsabilidad objetiva.





## Los delitos de peligro en el Derecho penal económico y empresarial

Carlos Martínez-Buján Pérez

Universidad de A Coruña, España

Revista Penal México, núm. 4, marzo-agosto de 2013

**RESUMEN:** Se estudian las características de los delitos de peligro en Derecho penal económico en sus diferentes modalidades, y la legitimación de la intervención penal en estas materias. Tanto en la vertiente objetiva como en la subjetiva, con peculiar atención al dolo de peligro.

**PALABRAS CLAVE:** delitos de lesión, delitos de peligro concreto y abstracto, delitos económicos, dolo de peligro.

**ABSTRACT:** This paper examines the characteristics of crimes of endangerment in economic Criminal Law through its different forms, and the legitimacy of penal intervention in these topics, from an objective as well as a subjective perspective, with special emphasis on deceit of endangerment.

**KEY WORDS:** crimes of deliberate wounding, crimes of concrete or abstract danger, economical offences, deceit of endangerment.

**SUMARIO:** I. Vertiente objetiva: configuración del injusto en relación con la intensidad de ataque al bien jurídico. II. La vertiente subjetiva: el dolo de peligro III. Bibliografía.

**OBSERVACIONES:** Este trabajo fue redactado como contribución al Libro homenaje al profesor Gerardo Landrove Díaz, no sólo por los innumerables méritos académicos (objetivamente comprobables) que atesora, sino por el afecto que nos une desde hace muchos (demasiados ya) años y porque fue él quien verdaderamente despertó mi vocación por el Derecho penal en el curso académico 1973-1974 en la Universidad de Santiago de Compostela.

### I. Vertiente objetiva: configuración del injusto en relación con la intensidad de ataque al bien jurídico

En el sector del Derecho penal económico y empresarial podemos encontrar ejemplos de cada una de las diversas modalidades de tipos que surgen con base en el criterio atinente a la intensidad de ataque al bien ju-

rídico o, si se prefiere, el criterio referente a la manera en que se afecta al bien jurídico.

Así, en algunos casos hallamos supuestos de delitos de *lesión* o de daño, que se caracterizan por comportar un efectivo menoscabo del objeto jurídico tutelado (ej., delito societario de administración fraudulenta del art. 295, entre los delitos económicos en sentido amplio, o delito de defraudación tributaria

del art. 305, entre los delitos económicos en sentido estricto).

En cambio, en no pocos casos podemos constatar la presencia de delitos de peligro, que suponen una anticipación de la línea de intervención penal a un momento anterior al de la efectiva lesión y que, por lo tanto, se consuman con la concurrencia de un mero peligro para el bien jurídico, concebido como simple probabilidad de lesión. A su vez, dentro de la categoría de los delitos de peligro encontramos supuestos de peligro concreto y de peligro abstracto.

Los delitos de peligro *concreto* exigen que la acción del sujeto activo cause un resultado consistente en la creación de un concreto peligro de lesión para el bien tutelado, o sea, en unas condiciones tales que quepa afirmar que dicho bien jurídico estuvo en una situación próxima a la lesión, porque el objeto material o el sujeto pasivo entraron en el radio de la acción peligrosa: el ejemplo más característico, unánimemente reconocido, es el delito contra la seguridad e higiene en el trabajo del artículo 316, al que cabría añadir otros ejemplos citados en la doctrina —aunque en estos casos su reconocimiento no sea unánime—, por ejemplo, el delito de alzamiento de bienes del artículo 257, los delitos de violación de secretos empresariales de los artículos 278-2 y 279, el delito de facturación ilícita del artículo 283, el delito societario de imposición de acuerdos abusivos del artículo 292 y el delito de contaminación del artículo 325-1.

Los delitos de peligro *abstracto* se integran ya con la mera presencia de la acción del sujeto activo, y es suficiente la comprobación de una peligrosidad general de dicha acción para algún bien jurídico y sin que, por ende, se requiera concreción alguna del peligro, que denote una probabilidad inmediata o próxima de

lesión. Por consiguiente, para evaluar el riesgo en los delitos de peligro abstracto se utilizará un juicio *ex ante* acerca de la peligrosidad de la acción, a diferencia de lo que sucederá en los delitos de peligro concreto, en los que habrá que recurrir a una perspectiva *ex post* para enjuiciar el resultado de peligro.<sup>1</sup>

Ahora bien, situados dentro de la categoría de los delitos de peligro abstracto, conviene recordar que —como es sabido— ni es ésta una categoría uniforme ni está exenta de problematismo, en atención a lo cual se impone efectuar una serie de *matizaciones*, que, por lo demás, devienen imprescindibles en el Derecho penal económico y empresarial, habida cuenta de que en este ámbito específico de la Parte especial del Derecho penal nos vamos a encontrar con ejemplos de las diversas modalidades de peligro abstracto delineadas en la doctrina y, consecuentemente, tendremos que abordar todos los problemas dogmáticos y político-criminales que plantea esta clase de infracciones.

Por una parte, cabe apuntar que el Derecho penal económico y empresarial es uno de los sectores donde podemos verificar la existencia de tipos de peligro abstracto puramente formales o delitos de peligro abstracto *“puro”*, carentes de todo contenido de injusto material, o sea, tipos que en la doctrina han sido calificados de delitos *“de pura desobediencia”* (Jakobs) o delitos *“con función puramente organizativa formal”* (Schünemann), caracterizados por el hecho de que el sedicente *“interés abstracto”* resulta ya vulnerado con la mera infracción de la prohibición y sin que el injusto penal incorpore restricción típica material alguna. Se trata, en puridad de principios, de auténticos ilícitos administrativos cuya elevación al rango de infracción penal es criticable.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Aunque los delitos de peligro abstracto se configuren mayoritariamente delitos de mera actividad (en el sentido de que no requieren resultado material alguno), no siempre tiene por qué suceder así, toda vez que resulta perfectamente imaginable (y relativamente frecuente en el ámbito de los delitos económicos) que, con arreglo a su estructura típica, se construyan como tipos de resultado material. Y ello, en efecto, porque una cosa es la lesión efectiva de un bien jurídico (en cuanto destrucción del valor ideal) y otra diferente es la verificación de un resultado material, separable espacial y temporalmente de la actividad del agente (véase por todos P. G. Luzón, p. 314; Gimbernat, 1992, p. 113, en referencia precisamente a los delitos relativos a la propiedad intelectual del artículo 270). Aparte del caso del artículo 270, en el sector de los delitos económicos podremos hallar otros ejemplos de tipos de peligro abstracto que incorporan un resultado material: así sucede —según la opinión mayoritaria, que personalmente considero correcta— con los delitos de violación de secretos empresariales de los artículos 278-2, 279 y 280, el delito de facturación ilícita del artículo 283 (de *lege ferenda*, desde luego), el delito de abuso de información privilegiada en el mercado de valores del artículo 285 (si se considera un delito de peligro abstracto para la libertad de disposición económica), los delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311, 312 y 313, o el delito de contaminación del artículo 325-1.

<sup>2</sup> En la doctrina española, véase por todos R. Montañés, 1994, pp. 324 y s., Mendoza, 2001, pp. 478 y ss., quien menciona como uno de los ejemplos más genuinos el delito societario de obstaculización a la actuación supervisora de la Administración (art. 294), en el que se tutela el simple cumplimiento de funciones de control o vigilancia por parte de ciertos órganos administrativos, o sea, el mero mantenimiento del sistema de organización impuesto, de tal modo que el delito consiste en la pura infracción u obstaculización de tales funciones de control y vigilancia (la mera infracción de un deber), desconectada de cualquier afectación efectiva a auténticos bienes jurídico-penales *“finales”* (como podrían ser, *v. gr.*, el patrimonio de la sociedad, los derechos de accionistas o socios o los intereses de los acreedores). Además de

Por otra parte, hay que añadir que el sector de los delitos económicos contiene también una muestra elocuente de la presencia de *genuinos* tipos de peligro abstracto, que, a diferencia de los que se acaban de citar, no son delitos puramente formales sino delitos de peligro *real* (por abstracto o genérico que sea) para bienes jurídicos penales, con un contenido material de injusto que rebasa la mera ilicitud extrapenal. En suma, son delitos que no se consuman con la simple concordancia formal de la conducta humana con los presupuestos típicos correspondientes, esto es, con la mera infracción de la prohibición, sino que requieren la efectiva comprobación en la conducta de un juicio *ex ante* de peligro para el bien jurídico penalmente protegido, o, lo que es lo mismo, la infracción del deber objetivo de cuidado en relación con la eventual lesión de dicho bien jurídico.

Ahora bien, en el seno de la categoría de los delitos de peligro abstracto hay que incluir, según la opinión dominante, una clase en cierto modo intermedia entre los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro concreto. Me refiero a los denominados “*delitos de aptitud*” para la producción de un daño, llamados también delitos de “peligro abstracto-concreto” (Schröder), delitos de “peligro potencial” (Keller) o (como ha hecho en nuestra doctrina Torío) delitos “de peligro hipotético”, cuya utilización es cada vez más frecuente en el Derecho penal económico y empresarial.

Aunque algunos autores han pretendido otorgar autonomía a esta categoría de los delitos de aptitud para la producción de un daño como un auténtico gé-

nero intermedio entre los delitos de peligro concreto y peligro abstracto, es mayoritario el entendimiento que los incardina bajo la categoría general del peligro abstracto porque, si bien es cierto que se exige al juez que constate la concurrencia del peligro, se trata de delitos en los que el juez no debe tener en cuenta todas las circunstancias del caso concreto ni verificar la peligrosidad en ese caso, sino que en principio debe calificar la acción como peligrosa al margen de dichas circunstancias. En otras palabras, no se requiere la verificación de peligro concreto alguno para los bienes jurídicos de sujetos individuales, puesto que tal peligro es simplemente un “motivo” ponderado por el legislador a la hora de decidir la criminalización del comportamiento.<sup>3</sup>

Por lo demás, conviene aclarar que, de acuerdo con la caracterización dogmática de tales delitos propuesta por Torío para lo que él denomina delitos de “*peligro hipotético*”, la tipicidad dependerá en realidad de la formulación de dos juicios por parte del intérprete: por un lado, un juicio impersonal de pronóstico en el que desde una perspectiva *ex ante*, se determina si la acción del agente, además de poder ser subsumida formalmente en el tipo, es apta generalmente para producir un peligro para el bien jurídico; de otro lado, el intérprete ha de llevar a cabo un segundo juicio (*ex post*) sobre “la posibilidad del resultado de peligro”, o sea, ha de verificar si en la situación concreta habría sido posible un contacto entre la acción y el bien jurídico, como consecuencia del cual habría podido producirse un peligro efectivo para dicho bien jurídico. De esta suerte, la idoneidad lesiva para el bien

éste cabría citar también otros claros ejemplos de esta primera clase de tipos de peligro abstracto en el ámbito socioeconómico: así, el delito tributario contable en su modalidad de incumplimiento de la obligación de llevar libros o registros fiscales (artículo 310, apdo. a) o el delito urbanístico del artículo 319. A esta clase de infracciones hay que reconducir asimismo aquellos tipos penales cuyo contenido de injusto no rebasa la órbita de la ilicitud civil, con clara violación del principio de intervención mínima; un ejemplo muy ilustrativo de ello se puede encontrar también en el nuevo CP español en el delito societario de obstaculización al ejercicio de los derechos de los socios (art. 293).

<sup>3</sup> De ahí que la doctrina mayoritaria adscriba esta modalidad a la categoría del peligro abstracto, aunque es evidente que puede hablarse aquí ya de un “desvalor potencial de resultado” o (como escribe Wolter) de un “desvalor de resultado primario” que, concebido como un desvalor de la peligrosidad, indudablemente caracteriza a estos “delitos de lesión o puesta en peligro potencial general”. Véase por todos R. Montañés, 1994, pp. 19 y s. Véase además Cerezo, 2002, pp. 48 ss., quien subraya que en los delitos de aptitud la gravedad del desvalor de la acción es mucho mayor, puesto que en ellos la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante* aparece como un elemento del tipo, en atención a lo cual el dolo deberá abarcar consecuentemente no sólo la conciencia y voluntad de realización de la acción, sino también la de su peligrosidad (p. 63). Esta posición puede considerarse mayoritaria en la doctrina española: véanse, además de los citados, por ejemplo, Silva, 1993, pp. 25 y s.; Maqueda, 1994, pp. 485 y ss.; Alcacer, 2003, p. 26; Mendoza, 2001, pp. 322 ss., 456 y ss. y *passim*. Con todo, en el seno de la opinión mayoritaria se discute si basta con que el resultado aparezca *ex ante* como una consecuencia no absolutamente improbable (así, *cf.* Silva, Cerezo) o si, por contra, se requiere la creación de un riesgo típicamente relevante análogo al que existe en los delitos de resultado (véase en este sentido Mendoza, 2001, pp. 456 y ss., especialmente p. 460, quien traslada a los delitos de peligro abstracto la dogmática de los delitos de resultado lesivo con el fin de ofrecer una interpretación limitadora de aquellos delitos, que permita restringir su alcance; sin embargo, como ha objetado Feijoo, 2005, pp. 333 y s., n. 58, esta equiparación de tratamiento entre ambas clases de delitos conduce a consecuencias dogmáticas insatisfactorias, señaladamente la de tener que entender el delito doloso de peligro abstracto como equivalente a una tentativa idónea del delito de resultado lesivo).

jurídico se erige como un elemento valorativo inexcusable del tipo de injusto que debe poder ser imputado objetivamente a la acción del autor, en virtud de lo cual hay que entender que si éste adoptó previamente las medidas necesarias para evitar toda posibilidad de que se produjese un efectivo peligro para dicho bien jurídico, quedaría excluida la tipicidad.<sup>4</sup>

Lo verdaderamente identificador de estos delitos es la incorporación explícita al injusto de elementos típicos normativos “de aptitud”, o sea, elementos de valoración sobre la potencialidad lesiva de la acción del agente, cuya concurrencia habrá de ser constatada por el juez. Si se repasa el catálogo de delitos socioeconómicos en el nuevo CP español, se puede comprobar que este recurso técnico —frecuente también tradicionalmente en otros sectores delictivos como, sobre todo, en el ámbito de la salud pública— ha sido utilizado profusamente por el legislador de 1995. De esta manera, el legislador español ha atendido en este punto las sugerencias de la doctrina especializada, que había preconizado el empleo de semejante técnica restrictiva de tipificación por razones de diversa índole, estimando desde luego que resultaba preferible a la opción de efectuar limitaciones en el tipo subjetivo. Sirvan como ejemplo en materia de delitos socioeconómicos los elementos de aptitud contenidos en los artículos 282 (“de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores”), 290 (“de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma”) y 325-1 (“que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”).

Un importante asunto particular, que no es desde luego privativo del Derecho penal socioeconómico y que se ha suscitado sobre todo al hilo de la regulación de los delitos contra la salud pública, se plantea a la hora de establecer si la construcción del denominado delito de aptitud o de peligro hipotético requiere inexcusablemente la *presencia explícita* en el tipo de

elementos normativos expresivos de la potencialidad lesiva de la conducta o puede recurrirse a dicha construcción, aunque esa potencialidad lesiva no se refleje expresamente. Un autorizado sector doctrinal ha aceptado esta segunda posibilidad y sostiene que, merced a una labor de interpretación de la figura delictiva de peligro abstracto de que se trate, se puede llegar a inferir que la antecitada potencialidad lesiva se halla implícita en la formulación típica. El asunto ha venido siendo debatido ya en relación con delitos contra la seguridad del tráfico y salud pública, señaladamente en lo que atañe al delito de tráfico de drogas.<sup>5</sup>

En mi opinión, hay que acoger una posición en cierto modo intermedia o matizada: no puede llegarse hasta el extremo de restringir los tipos de peligro hipotético a aquellas figuras que incorporan *explícitamente* una cláusula expresiva de la idoneidad para producir una lesión, pero tampoco puede sostenerse que todos los tipos de peligro abstracto deban ser interpretados de *lege lata* como tipos de peligro hipotético. En otras palabras, hay que admitir la posibilidad de que en algunos delitos su caracterización como tipos de peligro hipotético pueda ser tácitamente deducida merced a una labor de interpretación, pero se trata de un problema exegético que no se puede resolver en forma genérica, sino que será preciso llevar a cabo un análisis de la concreta figura delictiva en cuestión con el fin de averiguar si existen razones normativas para sostener dicha caracterización.<sup>6</sup>

En todo caso, conviene añadir que el aludido requisito denotativo de la “aptitud” para la producción de un daño ha sido calificado en la doctrina como elemento normativo típico de carácter *relativo*, en el sentido de que requiere una valoración concreta en cada caso del riesgo potencial que la acción supone para el bien jurídico. Y, consiguientemente, al igual que ocurre con todos los elementos del tipo, los términos de aptitud (reveladores de la idoneidad lesiva) habrán

<sup>4</sup> Véase Torío, 1981, pp. 838 y ss., y 1986, pp. 43 y s. Es preciso insistir en la importancia que posee una comprensión de los delitos de “aptitud” o de “peligro hipotético” en el sentido que se acaba de exponer, puesto que de ella se derivarán consecuencias dogmáticas de diversa índole. Eso sí, a la vista de las precisiones realizadas por el propio Torío, parece que la terminología por él empleada no resulta, sin embargo, totalmente adecuada, toda vez que en puridad de principios tales delitos entrañan un peligro (*ex ante*) real y no meramente hipotético, al que se asociaría entonces, en todo caso, un “desvalor potencial de resultado” (*cf.*: Silva, 1993, p. 158, n. 37).

<sup>5</sup> Véase por todos Muñoz Sánchez, 1995, pp. 79 y ss., quien se inclina por la segunda posibilidad; de otra opinión Cerezo, en el Prólogo a este libro de Muñoz, pp. 9 y s., y 2002, pp. 70 y s. A favor de exigir en todos los delitos de peligro abstracto la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante*, véase además, entre otros, Mendoza, 2001, pp. 388 y ss., *passim*; Romeo, 2002, p. 951 y n. 29; Terradillos, 2001, pp. 801 y s.

<sup>6</sup> *Cf.*: en este sentido Feijoo, 2005, pp. 315 y s.

de ser abarcados por el dolo del autor, cuando menos a título de dolo eventual.<sup>7</sup>

Llegados a este punto, interesa efectuar una recapitulación y llamar la atención ahora con carácter general acerca de la *importancia* del recurso técnico de los delitos de *peligro abstracto* en la tarea de tipificación de los delitos socioeconómicos.<sup>8</sup> En efecto, de lo que se ha expuesto cabe colegir ya, en síntesis, que la técnica del peligro abstracto se toma en consideración desde un doble punto de vista en el campo de los delitos económicos y empresariales.

Por una parte, la técnica del peligro abstracto se emplea en la construcción de aquellos delitos socioeconómicos de carácter supraindividual o colectivo que son *divisibles en intereses individuales*. Como es sabido, este grupo de delitos se caracteriza por el dato de que en ellos se puede fijar una conexión más o menos inmediata con bienes jurídicos individuales o individualizables esenciales.<sup>9</sup> Pues bien, según indiqué anteriormente, esto es lo que sucede, a mi juicio, con los denominados delitos socioeconómicos de consumo y con los delitos contra los derechos de los trabajadores<sup>10</sup> y —aunque aquí el tema sea opinable— sucede también con el abuso de información privilegiada en el mercado de valores, al menos de *lege ferenda*.<sup>11</sup> Cabe recordar que en ellos el interés supraindividual inmaterial en cada caso afectado no se tutela como un bien jurídico autónomo o propio, sino que se preserva en tanto va ineludiblemente refe-

rido a genuinos bienes jurídicos individuales o individualizables, como son fundamentalmente el patrimonio o la libertad de disposición o decisión económicas. Así configurado y como una “mera abstracción conceptual” que es, dicho interés colectivo resultará lesionado al ponerse en peligro abstracto los bienes jurídicos de los individuos concretos.

Y de ahí que dogmáticamente, desde el prisma de los bienes jurídicos individuales, estos delitos puedan ser concebidos —según subraya un importante sector doctrinal—<sup>12</sup> como *hechos imprudentes no seguidos de resultado lesivo* o peligroso alguno (lo cual ha permitido a algunos autores hablar de “tentativas imprudentes de lesión”), que, por eso mismo, comportan una anticipación de las barreras de intervención penal, o, dicho de otro modo, se trata de supuestos en los que la peligrosidad de la acción debe ser entendida como exigencia de una auténtica infracción del deber objetivo de cuidado con respecto a la potencial lesión de los bienes jurídicos individuales, que son los que constituyen el motivo de la criminalización, una peligrosidad que, consecuentemente, pertenece (como fundamento del injusto además) al tipo y que, como tal, ha de ser abarcada por el dolo del autor.<sup>13</sup>

Por otra parte, la idea del peligro abstracto también está presente a la hora de la tipificación de aquellos delitos socioeconómicos que tutelan bienes jurídicos colectivos inmateriales, institucionalizados o espiritualizados, *no divisibles en intereses individuales*,

<sup>7</sup> Eso sí, no hay que exigirle al autor en su caso un conocimiento de la peligrosidad de la conducta en su exacta dimensión técnica, sino que será suficiente la fórmula general de la valoración paralela del autor en la esfera del profano, lo cual no es obstáculo por supuesto, por otra parte, para que pueda apreciarse un error —vencible por regla general— sobre el elemento de la aptitud lesiva (cfr. R. Montañés, 1994, pp. 311 y ss.).

<sup>8</sup> Véase en la doctrina española por todos ya Arroyo, 1997, pp. 7 y ss.

<sup>9</sup> Véase R. Montañés, 1994, p. 304, y 1997, p. 710.

<sup>10</sup> De acuerdo también Arroyo, 1997, p. 8.

<sup>11</sup> De acuerdo Corcoy, 1999, pp. 235 y s.; Arroyo prefiere, en cambio, englobar este delito en el primer grupo, o sea, el de los delitos que tutelan bienes jurídicos institucionalizados no reconducibles a bienes jurídicos individuales.

<sup>12</sup> Véase en nuestra doctrina, p. ej., Silva, 1993, p. 150; R. Montañés, 1994, pp. 281 y ss. y p. 307.

<sup>13</sup> Con todo, a esta equiparación entre los delitos de peligro abstracto y los delitos imprudentes sin resultado se ha objetado que ello “no se compagina muy bien con la intención técnica de los delitos de peligro abstracto, cuyo objetivo es estandarizar al máximo ciertas conductas” y que, además, se topa de *lege lata* con el obstáculo que supone la existencia en nuestro CP de delitos de peligro abstracto que admiten la versión imprudente (p. ej. art. 331), lo cual requeriría explicar dogmáticamente la realización imprudente de una “tentativa imprudente”. Véase Feijoo, 2005, pp. 324 y ss., y 334, n. 60, quien, si bien reconoce que normalmente la realización de delitos de peligro abstracto coincide con la infracción de la norma de cuidado —“tentativa imprudente”—, de ello no puede deducirse una equivalencia material de ambas estructuras típicas, puesto que en dichos delitos la conducta se realiza ya cuando el autor abarca con su dolo los elementos típicos, sin que exista un requisito normativo adicional de cuidado con respecto a una eventual lesión del que dependa la responsabilidad penal; en suma, la relación entre el delito de peligro abstracto y el imprudente de resultado no sería *normativa*, desde el punto de vista dogmático, sino meramente *funcional*, desde un punto de vista político-criminal, en atención a lo cual sería metodológicamente erróneo reconstruir el injusto de los tipos de peligro a partir de la tradicional dogmática de los delitos de lesión. Con todo, el mencionado penalista reconoce que el fundamento teleológico que inspira la referida concepción del delito de peligro abstracto como tipificación autónoma de una infracción del deber de cuidado sin resultado aporta criterios que deben ser tenidos en cuenta en todo caso: así, permite justificar la impunidad cuando el agente adopta medidas de cuidado o seguridad idóneas para evitar situaciones de peligro en el caso concreto.

que afectan a estructuras básicas del sistema económico. A mi juicio, en tal supuesto el referido bien jurídico colectivo general no es susceptible de lesión ni siquiera de puesta en concreto peligro por cada conducta individual.

De ahí que, desde la perspectiva del bien jurídico colectivo inmaterial, la técnica de construcción de esta clase de delitos sea la de los tipos de peligro abstracto, con la importante particularidad de que en los delitos económicos en sentido estricto la concreta tipicidad se vincula a la lesión (o, en su caso, a la puesta en concreto peligro) de un bien jurídico representante, que pasa a ser el bien jurídico inmediatamente protegido.

En cambio, en los restantes delitos en los que no es posible identificar un bien jurídico representante que sea susceptible de ser lesionado (*v. gr.*, delitos contra la libre competencia o contra el medio ambiente ecológico), la ofensividad debe verse directamente en el peligro abstracto para el bien colectivo inmaterial.

Con respecto a este grupo de delitos, hay que reiterar que un importante sector doctrinal considera que en todos los casos de delitos socioeconómicos que tutelan bienes jurídicos colectivos inmateriales no divisibles en intereses individuales estamos ante estructuras típicas de lesión. En efecto, guiados precisamente por el fin de justificar la intervención del Derecho penal en este ámbito, así como la de satisfacer las exigencias básicas que comporta la necesaria materialidad del bien jurídico, algunos penalistas parten de la base de rechazar la comprensión de los bienes jurídicos colectivos como entes ideales, carentes de materialidad, y, por ende, como entes no susceptibles de lesión por acciones individuales. Frente a esta comprensión dichos penalistas asumen una concepción del bien jurídico como objeto de la realidad social, concepción en la que el núcleo del contenido de los diversos bienes jurídicos reside en las concretas realidades sociales que son objeto de valoración

positiva y no en el juicio de valor en sí mismo considerado. De este modo, se adopta una perspectiva dinámica que —en su opinión— cobra especial relieve en el ámbito de los bienes colectivos generales, tanto para delimitar su contenido como para configurar su lesión por medio de conductas individuales: el bien jurídico se sitúa entonces en la función social misma, y su lesión consistirá en la *perturbación o afectación* (también se habla de *impedimento u obstaculización*) a dicha función. Con arreglo a esta concepción, sus partidarios entienden que ya no resulta preciso recurrir a otros elementos, distintos del propio bien jurídico colectivo general, para verificar la lesión, señaladamente al sustrato material, como elemento intermedio con función representativa, a diferencia de lo que sucede en la concepción ideal del bien jurídico.<sup>14</sup>

Ello, no obstante, también partiendo de una concepción ideal del bien jurídico (que, eso sí, conciba la materialidad del sustrato en un sentido sociológico y no meramente naturalístico) es factible extraer, a mi juicio, el bien jurídico colectivo general de la realidad social y, en algunos casos, afirmar su carácter *lesionable*, al poder constatarse una afección real de objetos concretos a los que cabe referir el auténtico desvalor de resultado, como sucede en los delitos contra la hacienda pública y la seguridad social.<sup>15</sup>

Ahora bien, allí donde esa afección real a objetos concretos, a los que poder referir el desvalor de resultado, no sea posible no podrá afirmarse el carácter lesionable de los bienes, como sucede, a mi modo de ver, con la libre competencia o con el medio ambiente, bienes jurídicos que, por ello, únicamente podrán ser puestos en peligro abstracto por una conducta individual, pero no lesionados (ni puestos en concreto peligro). Eso sí, ni qué decir tiene que si en alguna figura delictiva determinada alguno de estos bienes jurídicos es susceptible de ser ulteriormente concretado, entonces la afección habrá de ir referida a esa caracterización más concreta, como sucede, *v. gr.*, con

<sup>14</sup> El enfoque *dinámico* del bien jurídico como objeto de la realidad social posee un antecedente remoto en Binding y un antecedente próximo en Welzel (si bien utilizado de cara a una fundamentación del injusto basada en el desvalor de acción), pero la adopción de dicho enfoque para definir la lesión del bien jurídico es una tarea que ha sido emprendida modernamente, merced a la contribución de otros penalistas, como especialmente ya Rudolphi (1975, pp. 346 y s.), quien ofrece una verdadera *caracterización general* de la ofensa al bien jurídico como perturbación de “aquellas funciones que son constitutivas para la vida social”, caracterización que ha servido de base para que después otros autores en la más reciente doctrina hayan desarrollado este concepto en el marco de los diferentes delitos de la Parte especial y, más concretamente, en el ámbito de los delitos destinados a tutelar los bienes colectivos generales (*v. gr.*, Tiedemann, Marinucci y Dolcini); en la doctrina española debe ser resaltada la contribución de Soto, 2003, pp. 296 y ss., en la que pueden hallarse amplias referencias a la concepción del bien jurídico como objeto de la realidad social, así como a la materialidad y al carácter lesionable de los bienes jurídicos colectivos generales.

<sup>15</sup> Véase P.G. Martínez-Buján, pp. 173 y ss.



la libre fijación de los precios en el mercado (aunque en el delito del art. 284 CP se configura como un delito de consumación anticipada), que es un aspecto de la libre competencia o, si se prefiere, una de las posibles formas de aparición de este bien jurídico en la realidad social. Sin embargo, esta mayor concreción del bien jurídico no significa que la libre fijación de los precios en el mercado pueda resultar lesionada por una acción individual: lo será si, a partir de una concepción del bien jurídico como objeto de la realidad social, se considera que la función social que desempeña la libre formación de los precios en el mercado puede resultar efectivamente *perturbada* o *afectada* por la conducta individual (y siempre que el delito en cuestión se construyese como delito de consumación normal, y no de consumación anticipada); no lo será si, sobre la base de una concepción del bien jurídico como ente ideal (como valor ideal del orden social), se entiende que la conducta individual dirigida a alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia (aun cuando surta un efecto susceptible de verificación en la realidad social) es incapaz de destruir el bien jurídico de la libre formación de los precios en el mercado, puesto que dicha conducta tan sólo posee una aptitud abstracta para lesionar tal interés colectivo, que únicamente se vería lesionado realmente en el caso de que las conductas infractoras se generalizasen.

Así las cosas, con respecto a los dos grupos de delitos de peligro abstracto citados, cuestión diferente será establecer en qué medida está *legitimada* la intervención del Derecho penal. Con carácter general, la respuesta a este interrogante parece clara.

En lo que atañe al *primer grupo*, la respuesta ha de ser indudablemente afirmativa<sup>16</sup> en tanto se parta de la

base de que en rigor se tutelan aquí genuinos bienes jurídicos individuales esenciales, como son fundamentalmente el patrimonio y la libertad de disposición económica de las personas; y obsérvese además que se tutela el patrimonio y la libertad de disposición de un conjunto *a priori* inabarcable de personas, siendo esta indeterminación de la frontera del peligro la que incrementa precisamente el desvalor del injusto y permite justificar la anticipación de la línea del castigo al momento del peligro abstracto, sin necesidad de esperar a que se produzca un peligro concreto para un sujeto individual determinado.<sup>17</sup>

Con respecto a la legitimidad de los delitos de peligro abstracto incardinables en este primer grupo, merece ser destacada, por su proximidad con la explicación aquí mantenida, la original contribución de Kindhäuser,<sup>18</sup> quien, a pesar de partir inicialmente de los postulados de la escuela de Frankfurt, ofrece una construcción en la que los delitos de peligro abstracto se conciben como delitos de daño *sui generis*, es decir, daños autónomos —y no simples fases o estadios previos a las lesiones— que vulneran las condiciones de seguridad que son imprescindibles para un disfrute de los bienes desprovisto de toda perturbación (“condiciones jurídicamente garantizadas de disposición de los bienes sin riesgo”). Ciertamente, en tales delitos no se trata de una vulneración actual del bien jurídico (por eso el peligro se califica de abstracto), sino del menoscabo de patrones de seguridad tipificados o estereotipados, trátense de patrones objetivos o incluso de patrones referidos al sujeto (p. ej. el premiso de conducir como requisito de la participación activa en el tráfico rodado), cuya eficiencia resulta esencial para el aprovechamiento racional de los bienes. En suma, con arreglo a estas premisas, cabe

<sup>16</sup> De acuerdo, Arroyo, 1997, p. 8; R. Montañés, 1997, p. 710.

<sup>17</sup> Véase ya Schünemann, 1991, p. 36, y, posteriormente, véase 1996, pp. 197 y ss. Como razona este autor, el legislador penal no puede pasar por alto la circunstancia de que en la moderna sociedad del riesgo los “contextos de acción individuales” han sido sustituidos por “contextos de acción colectivos”, en los que el contacto interpersonal ha sido reemplazado por una forma de comportamiento anónima y estandarizada. Así las cosas, si pretende que el Derecho penal pueda garantizar la protección de bienes jurídicos en tales casos, el tipo de resultado lesivo clásico debe ser sustituido por el moderno tipo de peligro abstracto. En fin, como gráficamente escribe este autor, mientras el ciudadano obtuvo sus alimentos siempre de la misma granja, del mismo carnicero o del mismo panadero, cuyo círculo de clientes era a su vez invariable y limitado, la distribución de alimentos nocivos para la salud podía ser abarcada sin problema alguno por medio de los delitos de homicidio o lesiones imprudentes, puesto que autor y víctima se hallaban vinculados mediante relaciones personales y pertenecían a una vecindad que permanecía constante y era perfectamente abarcable. Sin embargo, al llevarse a cabo la distribución masiva de alimentos, elaborados por fabricantes anónimos a partir de cadenas de almacenes, los eslabones causales se pierden en el anonimato de la sociedad de masas, en atención a lo cual, si se pretende mantener la protección de los bienes jurídicos, la intervención del Derecho penal ha de apoyarse en la acción de riesgo intolerable en cuanto tal, esto es, en la producción e introducción en el mercado de elementos que sean idóneos para lesionar la salud (pp. 199 y s.). Este razonamiento, referido a los delitos de fraudes alimentarios, es íntegramente trasladable a los delitos socioeconómicos que tutelan bienes supraindividuales institucionalizados con referente patrimonial individual. De hecho, el propio Schünemann afirma que lo expuesto rige también para las conductas relativas a las inversiones en el mercado financiero (p. 200).

<sup>18</sup> Sobre ella véase P.G. Martínez-Buján, pp. 194 y ss.

concluir que la lesividad característica de los delitos de peligro abstracto se deriva del dato de que un bien del que no se puede disponer sin cortapisas no es racionalmente aprovechable en su totalidad.<sup>19</sup>

Ahora bien, según aclara este autor, la existencia de delitos de peligro abstracto se vincula además a ulteriores limitaciones. Y, en este sentido, cabe recordar ante todo que los bienes jurídicos dignos de tutela penal en el ámbito socioeconómico por la vía del peligro abstracto son aquellos que tienen como misión preservar las condiciones de seguridad para el libre desarrollo del individuo en sociedad siempre que dichas condiciones no dependan solamente del propio individuo (competencia autónoma), sino que se inscriban dentro de las competencias del Estado (competencia heterónoma), el cual viene así a garantizar jurídicamente dicha seguridad (de ahí que Kindhäuser hable de “condiciones de seguridad jurídicamente garantizadas”). Por consiguiente, en el ámbito del Derecho penal económico la tutela de bienes jurídicos por medio de la técnica del peligro abstracto será, en esencia, legítima cuando se produzca una vulneración de ámbitos de libertad individual (como puede ser la del patrimonio o la libertad de disposición económica individual), que se hallen además “jurídicamente garantizados”, o sea, en el sentido de que la seguridad heterónoma que haya de otorgarse al individuo sea atribuible claramente a la competencia estatal. De ahí que, a tal efecto, resulte imprescindible acreditar, a mi juicio, que la conducta típica puede ser configurada como una auténtica injerencia en la esfera de la libertad ajena jurídicamente garantizada, lo cual comporta, obviamente, la necesidad de incorporar al tipo de injusto los elementos denotativos de semejante configuración; a ello me referiré más adelante.

Como queda dicho, entiendo que esta construcción de Kindhäuser se identifica en lo esencial con la que aquí se sustenta con respecto a los bienes jurídicos

supraindividuales institucionalizados divisibles en intereses individuales, esto es, con respecto a aquellos que poseen un referente patrimonial individual. Es más, creo que la discrepancia sería puramente terminológica, puesto que el autor alemán considera que en tales delitos existiría un auténtico desvalor de resultado; sin embargo, el daño *sui generis* al que él alude no se distingue en nada del desvalor de acción característico de los tipos de peligro abstracto, esto es, la realización de una acción que generalmente pone en peligro el bien jurídico protegido.<sup>20</sup>

En cualquier caso, lo que sí podría decirse de la caracterización de Kindhäuser es que al no identificar un bien jurídico colectivo propiamente dicho, independiente de los bienes individuales, no aporta en realidad criterios materiales ulteriores *diferentes* de los aquí expuestos, pero no es correcto objetarle que ofrezca un concepto vacío sin referente material alguno sobre el contenido legítimo de las normas, del mismo modo que tampoco puede dirigirse una objeción semejante a la caracterización que aquí se acoge. Algo distinto es que se critique (con razón) al citado penalista alemán que acuda a la idea de “la garantía de una tranquila disposición de los bienes” para legitimar delitos de peligro abstracto puro o meramente formales, contruidos de modo exclusivo sobre la base de una desobediencia a un mandato o control de la Administración, sin acreditar una específica lesividad para un bien jurídico penalmente protegido; pero éste es un asunto específico, privativo de *una* de las clases de delitos de peligro abstracto (cuya presencia es marginal en el ámbito socioeconómico), que no afecta al aspecto general que ahora se aborda, relativo a la caracterización de los delitos socioeconómicos de carácter supraindividual o colectivo divisibles en intereses individuales (que conceptualmente son delitos de peligro de aptitud) como delitos de daño *sui generis*.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Con carácter general, véase Kindhäuser, 1989, pp. 277 y ss., 355 y s.; con respecto al Derecho penal económico, véase 1995, pp. 448 y ss.

<sup>20</sup> Véase en este sentido Cerezo, 2002, pp. 63 y s., quien subraya acertadamente que no es correcto atribuir al autor alemán la tesis de que en los delitos de peligro abstracto se proteja un bien jurídico diferente, la seguridad —como han interpretado p. ej. Schönemann en la doctrina alemana o Soto, 2003, pp. 209 y s., en la española—, puesto que lo que sucede es simplemente que distingue tres formas de menoscabo de los bienes jurídicos: la lesión, el peligro concreto y la perturbación de las “condiciones de seguridad que son imprescindibles para un disfrute despreocupado de los bienes”. Véase también en idéntico sentido, Corcoy, 1999, pp. 218 y s., quien, tras reconocer que Kindhäuser no atribuye realmente un contenido de injusto propio a los delitos de peligro abstracto, señala que precisamente, a diferencia del autor alemán, ella sí propone, empero, un bien jurídico colectivo diferente y autónomo de los bienes individuales.

<sup>21</sup> Véase, sin embargo, la interpretación que de la caracterización del citado penalista alemán realiza Soto, 2003, pp. 210 y s. y 229, aunque no le falte razón a esta autora cuando, desde el punto de vista conceptual, afirma que la idea de recurrir a la “defraudación de expectativas sociales” y a su “restablecimiento por medio de la intervención punitiva” evoca —en sus propios términos— una concepción puramente sociológica del Derecho como la propuesta por la teoría sistémica y que, por lo tanto, ofrece conceptos que son sólo útiles para describir la

En lo que concierne al *segundo grupo*, o sea al de los delitos que tutelan bienes colectivos inmateriales generales no divisibles en intereses individuales, el recurso al Derecho penal estará en principio justificado siempre que el bien jurídico de que se trate constituya una condición esencial para la supervivencia del sistema socioeconómico. Ello parece claro, en principio, en el caso de los delitos económicos en sentido estricto, que tutelan la intervención del Estado en la economía (el Derecho penal económico administrativo), pero también en el de aquellos delitos que protegen las estructuras básicas de la economía de mercado y de la sociedad.<sup>22</sup>

Ahora bien, interesa recalcar que el hecho de que algunos de los citados se califiquen como delitos de peligro abstracto para el bien colectivo inmaterial general no significa, obviamente, que se trate de delitos carentes de la necesaria ofensividad, porque tales infracciones se construyen sobre la base de un peligro real —no meramente formal— para el bien jurídico, de tal manera que éste conserva toda su potencialidad crítica y garantista.<sup>23</sup>

En fin, si se aceptan las consideraciones precedentes, no debería haber obstáculo en vía de principio para recurrir a la construcción de los delitos de peligro abstracto en la tipificación de los delitos socioeconómicos.

No obstante, hay que reconocer que su utilización ha sido muy controvertida.

El empleo de tipos de peligro abstracto en la definición de los delitos socioeconómicos no es, desde luego, una originalidad del legislador español. Hay que tener en cuenta al respecto que, en las modernas reformas del Derecho penal económico alemán, se ha utilizado con frecuencia la técnica del peligro abstracto. Así ha sucedido en las dos leyes para la reforma de la criminalidad económica, que han introducido las nuevas figuras delictivas económicas en el StGB, y en algunas tipicidades específicas incardinadas en diversas leyes penales especiales.

Por tal motivo, no puede resultar extraño que los Proyectos españoles de nuevo Código Penal incluyesen asimismo numerosos tipos de peligro abstracto. De todos modos, si se compara la previsión del nuevo CP de 1995 en relación con la regulación del PLOCP de 1980, se puede comprobar que en el vigente texto punitivo se ha operado una sensible reducción de esta clase de tipos, las más de las veces basada en la renuncia a pergeñar sedicentes “delitos económicos” carentes de todo contenido sustancial. En efecto, en algunos de los delitos proyectados en 1980 se trataba simplemente de infracciones que se caracterizaban por una mera anticipación de la línea de punibilidad

*función* de la pena y, por ende, la función del Derecho penal como subsistema de control social. Precisamente, en este último sentido cabe destacar la posición de —en relación, en particular, con los delitos contra la seguridad colectiva— quien, partiendo también de la idea de que el modelo dogmático de Kindhäuser encierra, a su entender, el peligro de una insatisfactoria administrativización del injusto penal y de que reduce la teoría de los delitos de peligro abstracto a una cuestión referida al bien jurídico protegido sin una referencia a la estructura normativa (véase Feijoo, 2005, pp. 328 y ss.), propone una caracterización material de tales delitos acorde con su concepción funcional del injusto y de la teoría de la imputación objetiva: en su opinión, la imputación objetiva de los delitos de peligro abstracto exige que, más allá de la constatación de una conducta estadísticamente peligrosa, pueda atribuirse al infractor en el caso concreto “una organización insegura del propio ámbito de organización o, dicho en términos más exactos, una organización peligrosa más insegura que una equivalente permitida”, lo cual no significa que haya que constatar la idoneidad de la conducta para lesionar un bien jurídico individual (como sostiene la tesis de la doctrina dominante que aquí se acoge), sino simplemente que desde una perspectiva normativa o jurídica no se ha controlado o dominado suficientemente el propio ámbito de organización; por lo demás, la referencia a la infracción de normas de seguridad extrapenales o las cláusulas de autorización que se contienen en muchos de los delitos de peligro abstracto deben ser concebidas entonces como cláusulas de riesgo permitido que determinan el alcance del tipo objetivo de acuerdo con la configuración normativamente vigente de la sociedad, a diferencia de lo que sucede en la dogmática de la imprudencia, donde el riesgo permitido es un instituto para determinar el deber de cuidado (pp. 330 y ss.).

<sup>22</sup> Véase P.G. Martínez-Buján, pp. 225 y ss.

<sup>23</sup> Algunos partidarios de una concepción del bien jurídico como objeto de la realidad social consideran que el abandono de la técnica del peligro abstracto en favor de estructuras de lesión, concretadas en unidades con valor funcional, permitiría dotar de mayor contenido lesivo a ciertos delitos, *v. gr.*, delitos contra el medio ambiente (véase Soto, 2003, pp. 316 y ss., especialmente pp. 325 y s.). Ello no obstante, sin negar que el enfoque dinámico sociológico-normativo que proponen dichos partidarios resulte especialmente apto para llevar a cabo una mayor concreción de los bienes jurídicos colectivos generales, que permitan su descomposición en diversos bienes jurídico autónomos, sobre la base de individualizar unidades (subsistemas) con valor funcional, lo cierto es que ello no tiene por qué incidir en la legitimidad de la intervención penal. Y es que, en efecto, a la postre el mayor o menor contenido lesivo no puede depender de la caracterización que el intérprete ofrezca sobre el delito en cuestión como delito de lesión (concebida como perturbación u obstaculización de una concreta función social) o como delito de peligro abstracto para la integridad del bien jurídico colectivo general, sino que dependerá de la concreta descripción típica. En otras palabras, por sí misma, la diversa perspectiva ante la forma de ataque al bien jurídico, derivada de un diferente entendimiento del concepto de lesión, ni quita ni pone ofensividad de cara constatar la legitimidad de la intervención penal, con independencia de que un enfoque sociológico-normativo permita ofrecer una mejor comprensión de cuáles son las conductas que comportan un efecto lesivo (y su diferente graduación) para las diversas funciones sociales concretas en las que puede descomponerse el bien jurídico.

de figuras de contenido puramente patrimonial individual, esto es, lo que se ha convenido en denominar “tentativas autónomamente tipificadas”. En otros casos, lo que se pretendía era lisa y llanamente resolver los problemas de prueba que surgen con los tipos de lesión o de peligro concreto.

Evidentemente, ambas razones resultan insuficientes por sí mismas para justificar la creación de tipos de peligro abstracto. Sin embargo, conviene no olvidar que la *legitimidad* existiría si se constatará que tales razones son simples motivos acompañantes de una fundamentación esencial, a saber, la necesidad de tutelar auténticos bienes jurídicos supraindividuales inmateriales, generales o difusos, cuya protección no resultaría imaginable con otra técnica de tipificación.<sup>24</sup>

Ahora bien, según se anticipó más arriba, en la labor de tipificación de conductas hay que exigir que, además de dicha fundamentación esencial atinente a la firme delimitación de un bien jurídico digno de tutela penal, se añada la necesidad de que los tipos de peligro abstracto se vean rodeados de determinadas exigencias, de tal suerte que encierren un contenido de injusto que alcance el grado de lesividad exigible a las genuinas infracciones penales.

Ciertamente, hay ya clásicos delitos de peligro abstracto que cumplen el contenido de injusto de las auténticas infracciones penales sin mayores exigencias (v. gr., el incendio en casa habitada, delitos contra la Administración de Justicia, como el falso testimonio, o delitos contra la Administración Pública, como el cohecho), pero en la esfera del Derecho penal socioeconómico la regla general será la necesidad de plasmar en los tipos penales determinados elementos que expresen de modo explícito esa dosis de ofensividad añadida.

Pues bien, desde esta última perspectiva, cabe mencionar señaladamente ante todo la técnica de incorporar al tipo específicos *elementos normativos de*

*aptitud* en el sentido relatado más arriba, en la medida en que se revelan como uno de los medios más característicos de demostración de que la conducta incriminada comporta una injerencia en la esfera de la libertad de disposición ajena. Tal solución resulta especialmente aplicable a los modernos tipos defraudatorios de sujeto pasivo difuso relacionados estructuralmente en forma más o menos próxima con la estafa clásica (v. gr., fraudes de consumidores, fraudes en el mercado de valores, fraudes en la inversión de capital), o sea, los delitos con bienes supraindividuales institucionalizados con referente patrimonial individual o divisibles en intereses patrimoniales individuales.<sup>25</sup>

Asimismo, hay que incluir aquí también todas aquellas restricciones típicas que en general permitan colegir que el injusto vulnera las antecitadas condiciones de seguridad que deben ser garantizadas por el Estado y que, por lo tanto, posibiliten una adecuada reducción teleológica de los tipos. Ello impone, como pauta general, el logro de la mayor *taxatividad* posible en la descripción típica y, en particular, una precisa delimitación del círculo de *sujetos activos* con expresión en su caso de los especiales deberes que les incumben en relación con la protección del bien jurídico (esto es, una precisa configuración de los delitos especiales propios, como, p. ej., se hace en el delito de abuso de información privilegiada en el mercado de valores del art. 285), a lo que cabría agregar un incremento en el desvalor de acción estrictamente considerado, merced a la inclusión de especiales modalidades de conducta que resultan especialmente intolerables (como sucede p. ej., en el delito de maquinaciones para alterar los precios de las cosas, del art. 284, o en el delito societario de imposición de un acuerdo lesivo del art. 292).<sup>26</sup>

En ocasiones, la previsión en el tipo de un resultado material puede contribuir también a delimitar los contornos de lo punible, en la medida en que describe

<sup>24</sup> Véase por todos Tiedemann, 1985, p. 36; Schünemann, 1996, p. 199; P.G. García Caveró, p. 128.

<sup>25</sup> De acuerdo con esta propuesta, véase Cerezo, 2002, pp. 71 y s., quien subraya que la transformación de los tipos de peligro abstracto puros en delitos de aptitud para la producción de un daño debe realizarse únicamente en estos delitos que él denomina “contra bienes jurídicos colectivos”, en la medida en que carecen frecuentemente de contornos precisos y suponen una anticipación de la protección penal de bienes jurídicos individuales. Por el contrario, no deberían transformarse en tipos de aptitud aquellos delitos de peligro abstracto que protegen bienes jurídicos supraindividuales (generales), como los delitos contra la Administración de Justicia o contra la Administración Pública.

<sup>26</sup> En este sentido véase Arroyo, 1997, p. 7. Con todo, con respecto al principio de taxatividad, es importante advertir que los tipos de peligro abstracto plantean muchos menos problemas que los tipos imprudentes de resultado lesivo, habida cuenta de que en estos últimos la norma concreta de conducta no suele estar descrita por la ley y tiene que ser entonces la jurisprudencia la que con posterioridad se encargue de perfilarla (al determinar cuál era el cuidado objetivamente debido), mientras que en el delito de peligro abstracto el legislador puede y debe redactar un tipo dotado de contornos precisos que permitan cumplir escrupulosamente el mandato de determinación (cfr. Schünemann, 1996, p. 201; Cerezo, 2002, pp. 62 y s.).

un efecto de la acción típica sobre un determinado objeto, que es acotado usualmente por el propio tipo (objeto de la acción) y que habrá de producirse para la plena realización del delito. Obviamente, en tal caso dicho resultado material no comportará una lesión del bien jurídico, pero tampoco tiene por qué implicar ya la constatación del peligro típico para el bien jurídico, puesto que el objeto de la acción puede tener, o no, una vinculación material con el bien jurídico.

Así, en el delito del artículo 283 (ejemplo de delito que tutela un bien jurídico colectivo divisible en intereses individuales), el tipo requiere un resultado material, integrado por la efectiva facturación de productos o servicios, pero la ofensa al bien jurídico exige además la verificación de un peligro abierto para el grupo colectivo de consumidores; y otro genuino ejemplo vendría dado por los delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311, 312 y 313. Por su parte, en el delito de contaminación del artículo 325-1 (ejemplo de delito que tutela un bien jurídico colectivo no divisible en intereses individuales) el tipo requiere la causación de determinados resultados materiales en la realidad naturalística (emisiones, vertidos, etc.), pero la ofensa al bien jurídico exige además el peligro para el equilibrio de los sistemas naturales.

Por otra parte, en la tipificación de los delitos de peligro abstracto cabe citar también otras exigencias, como eliminar (dejando a salvo supuestos excepcionales) la versión imprudente e incluso la propia restricción del tipo subjetivo del delito doloso, limitando su posibilidad de ejecución sólo al dolo directo e incluso previendo en su caso especiales elementos subjetivos del injusto cuando la fundamentación de la antijuridicidad así lo exija.

Por lo demás, las posibles objeciones que todavía pudiesen esgrimirse desde la perspectiva del principio de *ultima ratio* inherente al Derecho penal pueden y deben ser refutadas con la previsión de otros

recursos dogmáticos, como, especialmente, la inclusión en la figura de delito de específicas causas de levantamiento o de anulación de la pena, basadas en el arrepentimiento activo del autor, que permitan exonerar de pena al sujeto que, pese a haber consumado ya el hecho delictivo, evite (o se esfuerce seriamente en evitar) en forma voluntaria el agotamiento del delito. Esta técnica ha sido utilizada por el legislador alemán en los modernos tipos defraudatorios de peligro introducidos en el StGB (párrs. 264-4, 264 a)-3 y 265 b)-2) y también ha sido adoptada recientemente por el legislador penal español en los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social.<sup>27</sup>

Finalmente, hay que reclamar, desde luego, el respeto escrupuloso al principio de proporcionalidad, esto es, la consecución de una proporcionalidad concreta entre el injusto típico y la pena con la que se conmina. Ahora bien, de nuevo cabe observar que la debida proporcionalidad puede establecerse en forma más sencilla y precisa en los tipos de peligro abstracto que en los tipos de resultado lesivo, puesto que en aquéllos el autor va a responder únicamente de la realización de la acción peligrosa y no de un resultado lesivo, que en muchas ocasiones incorpora en buena medida un componente de azar.<sup>28</sup>

Por lo demás, desde otra perspectiva vinculada al principio de proporcionalidad en abstracto, conviene salir al paso de una argumentación —a menudo esgrimida— que ve en el empleo de los tipos de peligro abstracto una invasión del terreno propio del Derecho administrativo, que cercenaría la libertad de acción empresarial y que, consecuentemente, vulneraría el principio de *proporcionalidad*. Frente a este modo de razonar, procede indicar, por de pronto, que en ocasiones lo que sucede es justamente lo contrario, puesto que, mientras que la normativa administrativa puede someter a control toda la actividad del empresario, la regulación penal tiene que circunscribirse a un sector en particular intolerable de dicha actividad.

<sup>27</sup> Conviene resaltar que, en la tarea de restringir el ámbito de los tipos de peligro abstracto, la citada solución dogmática resulta preferible a la de excluir de tales tipos aquellas acciones que respondan al cuidado objetivamente debido, en el sentido de que (al ser concebidos como auténticas tentativas imprudentes) la acción no sería típica cuando el sujeto hubiese adoptado medidas de cuidado o de seguridad para evitar el peligro de bienes jurídicos ajenos (véase Feijoo, 2000, pp. 165 y s.; Cerezo, 2002, pp. 68 y s).

Ello sucede claramente en los delitos orientados a la protección de bienes jurídicos inmateriales institucionalizados no divisibles en intereses individuales, pero también puede predicarse de los delitos de peligro abstracto orientados a la tutela de bienes jurídicos individuales o suficientemente individualizados, sobre todo si se trata de tipos que se limitan a describir acciones *generalmente* peligrosas y no contienen, pues, referencia a los bienes jurídicos individuales, ni, por lo tanto, a la observancia o inobservancia del cuidado objetivamente debido para evitar su lesión.

<sup>28</sup> Cfr. Schönemann, 1996, p. 201. En nuestra doctrina sobre la proporcionalidad en los delitos de peligro abstracto, véase Aguado Correa, 1999, pp. 323 y ss.

En otras palabras, no cabe desconocer que un Derecho penal que se limite a establecer un control de la actividad empresarial mediante la prohibición de los ilícitos más intolerables en la materia puede llegar a ser más permisivo que una legislación administrativa desprovista de toda sanción penal.<sup>29</sup> Y semejante razonamiento fue ya asumido por el XIII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal, celebrado en El Cairo en 1984, sobre “El concepto y los principios fundamentales del Derecho penal económico y de la empresa”. En efecto, en su recomendación 2ª se establece que “El Derecho penal constituye solamente una de las medidas para regular la vida económica y para sancionar la violación de las reglas económicas. Normalmente, el Derecho penal desempeña un papel subsidiario. Pero, en determinados sectores, el Derecho penal es de primera importancia y prevé medios más apropiados para regular la actividad económica. En tales casos, el Derecho penal implica una menor intervención en la vida económica que el Derecho administrativo o el mercantil”. Por su parte, merece también ser reflejada aquí la recomendación 9ª, en la que literalmente se dispone que “El empleo de los tipos delictivos de peligro abstracto es un medio válido para la lucha contra la delincuencia económica y de la empresa, siempre y cuando la conducta prohibida por el legislador venga especificada con precisión y en tanto la prohibición vaya referida directamente a bienes jurídicos claramente determinados. La creación de delitos de peligro abstracto no está justificada cuando obedezca exclusivamente al propósito de facilitar la prueba de los delitos”.<sup>30</sup>

## II. La vertiente subjetiva: el dolo de peligro

Cuando el dolo se proyecta sobre los delitos de peligro, surgen algunas peculiaridades que lo diferencian del dolo de lesión, estas que varían en función de la concepción del dolo que se acoja.

Entre los partidarios de mantener un elemento volitivo en el dolo hay coincidencia a la hora de en-

tender que en los delitos de peligro dicho elemento posee una relevancia mucho menor que en los delitos de lesión, en virtud de lo cual puede observarse una significativa aproximación sobre el concepto de dolo de peligro entre quienes propugnan dicho enfoque volitivo (como me parece correcto) y quienes, por el contrario, parten de un enfoque puramente cognitivo.

Sin duda, la menor relevancia del elemento volitivo se explica por la mayor concreción del riesgo típico objetivo que presentan los delitos de peligro frente a los delitos de lesión, esto es, por la descripción exhaustiva y precisa de la norma de cuidado, característica de los delitos de peligro, que se proyecta sobre sectores de actividad altamente reglados (como sucede sobre todo en los delitos económicos más genuinos), en los que la experiencia nos permite pronosticar que se están tipificando conductas potencialmente lesivas para bienes jurídico-penales.<sup>31</sup>

La mayor concreción del riesgo típico objetivo permite explicar también el rechazo jurisprudencial a conceder relevancia al error en el caso de delitos socioeconómicos llevados a cabo por “profesionales”.<sup>32</sup>

Por otra parte, en consonancia con ello, cabe observar que la pérdida de peso del elemento volitivo se predica también de los delitos de mera actividad. De hecho, en el seno del enfoque cognitivo se afirma que la innecesariedad del elemento volitivo referido a la consumación del tipo es aquí mucho más evidente que en los delitos de resultado, puesto que a tal efecto bastará el mero conocimiento de los elementos típicos, mientras que el error sobre alguno de ellos eliminará siempre el dolo.<sup>33</sup>

Asimismo, esta razón es la que permite explicar que en algunas ocasiones en la doctrina (especialmente en el seno de un enfoque puramente cognitivo) se haya aludido a la posible identificación entre dolo de peligro y *dolo eventual de lesión*, por un lado, y entre dolo de peligro e *imprudencia consciente referida a la lesión*, por otro lado. Veamos ambas cuestiones.

En lo que atañe a la *primera* de ellas, semejante identificación no puede ser compartida, puesto que

<sup>29</sup> Cfr. Tiedemann, 1985, pp. 33 y s.

<sup>30</sup> Sobre esto último véase también Soto, 2003, pp. 177 y s. y n. 24.

<sup>31</sup> Véase por todos R. Montañés, 1994, pp. 134 y ss. y 165 y ss., quien, partiendo de un concepto de dolo que exige un elemento volitivo, ofrece la exposición más paradigmática al respecto, puesto que propone una caracterización del dolo en los delitos de peligro en la que atribuye al elemento volitivo un papel marginal en los delitos de peligro concreto (p. 168) y acaba por prescindir de él en los delitos de peligro abstracto (p. 312).

<sup>32</sup> Véase Corcoy, 1999, p. 316; Hortal, 2005, pp. 218 y 232 y ss., en el ejemplo de la seguridad en el trabajo.

<sup>33</sup> Véase por todos Frisch, 1983, pp. 374 y ss.; en la doctrina española véase Silva, 1987, p. 651, n. 17, y Feijoo, 1998, p. 327.

si bien es incuestionable que el dolo (eventual) de lesionar presupone necesariamente el dolo de poner en peligro, no puede formularse empero la hipótesis contraria, o sea, el dolo de peligro no implica un dolo de lesión, por muy eventual que sea éste.<sup>34</sup>

Desde un enfoque que requiera el elemento volitivo en la estructura del dolo, hay que convenir en que la identificación apuntada es imposible, puesto que puede perfectamente suceder que el autor esté consciente de la peligrosidad de su conducta y no confíe ya en la evitación del peligro en sí mismo considerado, pero no asuma la eventual verificación de la lesión al confiar con fundamentos en poder controlar el curso causal peligroso y evitar a la postre la lesión.<sup>35</sup> Y, más en particular, si se acoge una perspectiva normativa como la que me parece correcta,<sup>36</sup> cabría decir en particular que, aunque pueda considerarse común a ambos conceptos la constatación del “dominio de la técnica” en la actividad de que se trate, la calificación en última instancia del dolo como de lesión o de peligro descansará también en una valoración, conforme a la cual se podrá deslindar, a la vista de los conocimientos y representaciones del autor en relación con el caso concreto, cuándo el *compromiso* de actuar del autor contrario al bien jurídico iba dirigido a su lesión efectiva o tan sólo a su puesta en peligro.

Desde un enfoque puramente cognitivo, tampoco resulta plenamente sostenible dicha identificación, puesto que, al menos cuando el autor mantiene el peligro dentro de su esfera de dominio (o, en su caso, adopta las medidas necesarias para que sea la propia víctima la que pueda controlarlo), entonces no es factible hablar de un dolo eventual de lesión, sino más

bien de una verdadera *imprudencia consciente referida a la lesión*, según aclaro más adelante.<sup>37</sup>

Lo que, en cambio, sí cabría sostener —y con ello entro ya en la segunda de las identificaciones apuntadas— es la gran aproximación, e incluso equiparación, entre las nociones de dolo de puesta en peligro e *imprudencia consciente referida a la lesión*.

Si se parte de una orientación puramente *cognitiva* para determinar el contenido del dolo, la identificación de los referidos conceptos es una consecuencia obvia, puesto que con carácter general dolo e *imprudencia consciente* compartirían la misma base cognitiva. En concreto, se llega a concluir que existe una completa identidad en la estructura subjetiva de los delitos de peligro y la *imprudencia* (consciente), en virtud de lo cual cabe afirmar que en los delitos de peligro estamos ante supuestos en los que el sujeto se representa la peligrosidad de la conducta, pero debido a un error en su evaluación la descarta para su caso o, si se prefiere, no llega a “reconocer” en su situación concreta todos aquellos elementos que en conjunto permiten postular la posibilidad inmediata y directa de ocasionar la lesión.<sup>38</sup>

Si se asume una orientación *volitiva* para caracterizar el contenido del dolo, como aquí se acepta, es cierto que, conceptualmente, dolo de peligro e *imprudencia consciente* siempre serán dos nociones diversas, pero no lo es menos que la estructura de ambas vendría de hecho a equipararse en la práctica, habida cuenta de que usualmente se acaba definiendo el dolo de peligro con base en los mismos criterios que se utilizan para describir la *imprudencia consciente*: por un lado, la conciencia del riesgo; por otro lado, la confianza mínimamente razonable en que la lesión

<sup>34</sup> Hay que aclarar al respecto que, cuando la doctrina alude a esta posible identificación, se está refiriendo exclusivamente al dolo de peligro *concreto* (o dolo de puesta en peligro), puesto que sólo en éste se exige un auténtico dolo de *poner en peligro* (véase por todos R. Montañés, 1994, pp. 41 y s., n. 2; de acuerdo, a partir de otro razonamiento, Corcoy, 1999, pp. 115 y 144 y ss.).

<sup>35</sup> Véase por todos P.G. Luzón, I, p. 431.

<sup>36</sup> Véase P.G. Martínez-Buján, 2007, pp. 346 y ss., y 2008, pp. 326 y ss.

<sup>37</sup> Véase Corcoy, 1999, pp. 295 y ss. Eso sí, como añade esta autora, cuando el autor no controla el peligro, ambas clases de dolo (dolo de peligro y dolo eventual de lesión) se aproximan mucho, puesto que normalmente (si el riesgo es elevado y existe un conocimiento preciso) en tal hipótesis cabría hablar ya —con arreglo a la perspectiva puramente cognitiva— de una tentativa con dolo eventual (que, de admitirse, prevalecería en el concurso de leyes), cuya punibilidad, por cierto, es controvertida en la doctrina y rechazada por la jurisprudencia, según se indicó más arriba. En el ejemplo del delito laboral del artículo 316, véase Hortal, 2005, pp. 224 y s. y n. 544, y 2004, pp. 550 y ss., quien recuerda que no se ha dictado ninguna resolución judicial en la que se haya imputado al empresario una tentativa de homicidio o de lesiones con dolo eventual en los supuestos en que, acreditado el conocimiento concreto del riesgo laboral por parte del empresario, el resultado no se ha producido por puro azar.

<sup>38</sup> Véase por todos Laurenzo, 1999, p. 305, quien añade las consecuencias obvias que en tal caso se infieren de dicha identificación: resultará posible establecer los límites entre una figura de peligro concreto y la tentativa del correspondiente delito de lesión sin abandonar el plano del conocimiento y, por ende, resultará factible —véanse pp. 293 y ss.— admitir la coexistencia de delitos de peligro y delitos de lesión protectores de un mismo bien jurídico; asimismo, se renuncia, en fin, a otorgar autonomía a un sedicente *dolo de peligro*, como pretendida figura híbrida entre el dolo de lesión y la *imprudencia*.

del bien jurídico no se va a producir, con lo cual un elemento que no forma parte del tipo (el resultado lesivo) se erige en ineludible punto de referencia de la estructura subjetiva de los delitos de peligro.

Es más, en el seno del enfoque volitivo algunos autores llegan a considerar incluso que en los delitos de peligro el elemento volitivo es una consecuencia necesaria del elemento intelectual, en virtud de lo cual se concluye que el conocimiento del peligro lleva aparejado indisolublemente su aceptación en el caso de que el sujeto se decida a actuar, esto es, que si el agente tiene conciencia del peligro concreto, y a pesar de ello decide llevar a cabo la acción, se dará ya el elemento volitivo del dolo.<sup>39</sup>

Ello no obstante, frente a esta posición cabría objetar que el agente puede tener conciencia de la peligrosidad de la acción, pero confiar en que ningún bien jurídico pueda llegar a entrar en el radio de peligro de dicha acción, con lo que faltaría el elemento volitivo del dolo de peligro concreto y sólo habría imprudencia consciente.<sup>40</sup>

Y, desde luego, si se concibe el elemento volitivo normativamente, como un compromiso del autor con la vulneración del bien jurídico que prescinde de la aceptación del resultado en sentido psicológico, podrá mantenerse una nítida separación teórica entre el aspecto intelectual y el volitivo en aquellos casos en que el bien jurídico afectado no hubiese entrado todavía en el radio de la acción peligrosa realizada por el agente: aunque quepa afirmar que en tales casos existe el *dominio de una técnica* por parte del autor, este dato no es suficiente para poder llegar a concluir que el agente se hallaba ya automáticamente *comprometido* con la producción de un resultado de peligro que se verificará en un momento posterior a la realización de la conducta peligrosa.

Cuestión diferente, obviamente, es el caso de los delitos de peligro abstracto, en los que el compromiso con la vulneración del bien jurídico existe ya desde el instante en que el agente lleva a cabo voluntariamente la acción con conocimiento de su peligrosidad estadística: aunque en los *genuinos* delitos

de peligro abstracto (esto es, los *delitos de aptitud* para la producción de un daño) se requiera —como creo correcto— la constatación de la *posibilidad* de la producción de un resultado de peligro, ello es algo que conceptualmente tenía que ser conocido por el agente en el instante de realizar la acción como una consecuencia no improbable, en virtud de lo cual el elemento volitivo queda ya embebido en el elemento intelectual y el *compromiso* con la vulneración del bien jurídico debe ser afirmado desde el momento en que se acredita ya el dominio de una técnica por parte del autor.

Otro interesante aspecto que plantean los delitos de peligro y que a veces es pasado por alto en los comentarios doctrinales y en las resoluciones jurisprudenciales es el relativo a la posibilidad de apreciar el dolo eventual en tales delitos. Este asunto suele resolverse por los comentaristas con escuetas consideraciones que, indebidamente, trasladan aquí los criterios referentes al dolo de lesión para decidir si una determinada figura delictiva de peligro debe ser ejecutada con dolo directo o puede ser realizada con dolo eventual. El problema se ha suscitado con especial relieve en el seno de los delitos socioeconómicos, a la vista de la abundancia de delitos de peligro y sobre todo, particularmente, de delitos de aptitud para la producción de un daño, que pertenecen a la categoría de los delitos de peligro y, más precisamente, a la categoría del peligro abstracto.

Pues bien, frente a esa opinión ampliamente extendida en la doctrina, hay que advertir que la viabilidad del dolo eventual en los delitos de peligro dependerá de otro tipo de razones, derivadas de la peculiar estructura de esta clase de delitos. En concreto, cabe afirmar que el dolo eventual no será admisible en los casos en que la realización de la acción típica y la puesta en peligro sean simultáneas y el autor esté consciente de ello; en cambio será posible en los casos en que el peligro se produce sólo si concurre una circunstancia desconocida para el autor en el momento de ejecutar la acción típica, sea porque se trata de una circunstancia futura en relación con el instante

<sup>39</sup> Así, véase R. Montañés, 1994, p. 183, quien, si bien admite que en la estructura del dolo de peligro hay conceptualmente un elemento intelectual y otro volitivo, acaba por reconocer que, en realidad, los delitos de peligro son conductas imprudentes no seguidas de resultado lesivo, esto es, tentativas imprudentes, elevadas a la categoría de delitos autónomos.

<sup>40</sup> Véase P.G. Luzón, I, p. 432; P.G. Cerezo, II, p. 145, n. 87, quien añade que sólo si el bien jurídico afectado había entrado ya en el radio de acción de la conducta del sujeto, cuando éste decidió llevarla a cabo, teniendo conciencia de la peligrosidad de la acción y de que la producción del resultado de peligro era una consecuencia no improbable en absoluto, el elemento volitivo irá necesariamente unido al elemento intelectual del dolo.



de la acción, sea porque, aunque estuviese presente en dicho instante, no era en efecto conocida por él.<sup>41</sup> Con arreglo a lo expuesto, cabe colegir que el dolo eventual habrá de ser descartado en los tradicionalmente denominados delitos de peligro abstracto (o delitos de peligro abstracto formal), pero puede ser perfectamente imaginable en los de peligro concreto e incluso en los denominados delitos de aptitud, siempre que se conciban en el sentido que le hemos otorgado en el apartado correspondiente, esto es, como figuras en las que el intérprete debe efectuar dos juicios diferentes: uno *ex ante*, acerca de la peligrosidad general de la acción, y otro *ex post*, que versa sobre la posibilidad del resultado de peligro.<sup>42</sup>

### III. Bibliografía

Aguado Correa, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Madrid, 1999.

Alcácer Guirao, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito*, Barcelona, 2003.

Arroyo Zapatero, “Derecho penal económico y Constitución”, *Revista Penal*, núm. 1, 1997.

Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, vol. II, *Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Madrid, 1998.

———, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, *RDPCr*, núm. 10, 2002.

Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos supraindividuales*, Valencia, 1999.

Feijoo Sánchez, “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo”, *CPC*, núm. 65, 1998.

Feijoo Sánchez, “Cuestiones básicas de los delitos de peligro abstracto y concreto en relación con el tránsito”, *Revista Ibero-Americana de Ciencias Penales*, núm. 0, 2000.

———, “Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro”, *LHR*, Mourullo, Madrid, 2005.

Frisch, *Vorsatz und Risiko*, Colonia, 1983.

García Caverio, *Derecho penal económico. Parte general*, Universidad de Piura, 2003.

Gimbernat Ordeig, “Otra vez: los delitos contra la propiedad intelectual”, *EPCr*, XV, 1992.

Hortal Ibarra, “El concepto de dolo: su incidencia en la determinación del tipo subjetivo en los delitos de peligro en general y en el delito contra la seguridad en particular”, *ADP*, 2004,

———, “Protección penal de la seguridad en el trabajo”, Barcelona, 2005, en Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Francfort del Meno, 1989.

Kindhäuser, “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico”, en L.H. Tiedemann, Madrid, 1995.

Laurenzo Copello, *Dolo y conocimiento*, Valencia 1999.

Maqueda Abreu, “La idea de peligro en el moderno Derecho penal. Algunas reflexiones a propósito del Proyecto de CP de 1992”, *AP*, núm. 26, 1994.

Martínez-Buján Pérez, “El concepto ‘significativo’ de dolo: un concepto volitivo normativo”, en F. Muñoz Conde (dir.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología*, Valencia, 2008, y en *Modernas tendências sobre o dolo em Direito penal* (en colaboración con P.C. Busato y María M. Díaz Pita), Lumen Juris, Río de Janeiro, 2008.

———, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 2ª ed., Valencia, 2007.

Mendoza Buergo, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, 2001.

Muñoz Sánchez, *El agente provocador*, Valencia, 1995.

Puente Aba, *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, Valencia, 2002.

Rodríguez Montañés, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994.

<sup>41</sup> Véase R. Montañés, 1994, pp. 175 y ss. y 182 y ss.

<sup>42</sup> En el ejemplo del delito del artículo 282, véase la proyección de este criterio efectuada por Puente Aba, 2002, pp. 371 y s., quien afirma correctamente que puede suceder que el autor esté consciente de la peligrosidad de la acción (conozca la falsedad del mensaje publicitario que está difundiendo), pero, por desconocimiento de una circunstancia futura, no tenga plena seguridad de la posibilidad de que se llegue a causar un resultado peligroso (el peligro grave y manifiesto de causar perjuicios económicos a los consumidores). Así, ejemplifica esta autora, “podría imaginarse el caso del director de una academia que anuncia falsamente que, al finalizar los cursos allí impartidos, se otorga un título oficial y, aunque hasta ese momento era indiferente a todos los efectos que el título fuese oficial o privado, el anunciante sospecha que puede empezar a ser imprescindible en determinados casos un certificado oficial, y a pesar de ello mantiene indiferentemente su publicidad falsa”. Véase en este sentido también la SAP Granada 28-6-2002, en la que concurría realmente un dolo eventual con respecto a la posibilidad del perjuicio para el grupo colectivo de consumidores.

- Rodríguez Montañés, *Algunas consideraciones acerca del desarrollo actual de la teoría del delito. A propósito del problema de la responsabilidad penal por el producto*, L.H. Casabó, Valencia, 1997.
- Romeo Casabona, *La peligrosidad y el peligro en la estructura del tipo del delito imprudente*, L.H. Cezeo, Madrid, 2002.
- Rudolphi, “Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico”, en *NPP*, 1975.
- Schünemann, “¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?”, (trad. T.R. Montañés), *Cuadernos del C.G.P.J.*, núm. 8, 1991.
- , *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, trad. M. Cancio, ADP, 1996.
- Silva Sánchez, “Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad”, *ADP*, 1987.
- , “Consideraciones sobre el delito del artículo 340 bis a) 1º del Código Penal”, en AAVV, *Derecho de la circulación*, 1993.
- Soto Navarro, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, 2003.
- Terradillos Basoco, *Peligro abstracto y garantías penales*, L.H. Valle, Pamplona, 2001.
- Tiedemann, *Poder económico y delito*, Barcelona, 1985.
- Torío López, “Los delitos de peligro hipotético”, *ADP*, 1981.
- , “Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva”, *ADP*, 1986.



## La sucesión de las leyes penales en el tiempo

Enzo Musco

Universidad de Roma, Italia

Revista Penal México, núm. 4, marzo-agosto de 2013

**RESUMEN:** El tema de la sucesión de leyes penales en el tiempo constituye uno de los capítulos más importantes de la teoría general del delito. Se relaciona directamente con la problemática de la irretroactividad de la norma penal que, como se sabe, se refleja hasta la exigencia primaria conectada con la originaria afirmación del principio de legalidad. Se analiza la disciplina del vigente Código Penale de 1930, partiendo de la reglamentación del Código liberal Zanardelli de 1889, teniendo en cuenta los criterios elaborados sobre la doctrina y la jurisprudencia. El artículo examina también la función político-criminal que puede, de hecho, ser punto de inflexión del fenómeno de la sucesión de normas penales, adelantando la posibilidad de un cortocircuito peligroso en las relaciones entre el poder legislativo y el poder judicial y subrayando la voluntad jurisprudencial en la materia.

**PALABRAS CLAVE:** sucesión de leyes penales, características estructurales, disciplina normativa, función político-criminal, criterios diagnósticos.

**ABSTRACT:** The issue of criminal codes succession in time is one of the most important topics in general crime theory. It is directly linked to the non-retroactivity of crime regulation which is knowingly reflected in the primary demand related to the original affirmation of the legality principle. Discipline in the prevailing 1930 Código Penale is assessed beginning with the regulation of liberal 1889 Zanardelli Code, considering the criteria developed on the doctrine and jurisprudence. This paper also examines the political-criminal function, which can be in fact a turning point in the matter of the succession of penal rule, and foresees the possibility of a dangerous short circuit in the relations between legislative power and judicial power stressing the jurisprudential interest in the matter.

**KEY WORDS:** succession of criminal codes, structural features, regulating discipline, political-criminal function, diagnostic criteria.

**OBSERVACIONES:** Artículo traducido por D<sup>a</sup> Susana Barón Quintero, Universidad de Huelva, y por D<sup>a</sup> Irene Melero Sánchez, Universidad de Salamanca.

1. El tema de la sucesión de las leyes penales en el tiempo no pertenece ciertamente a la esfera de maniqueísmo político-criminal y del consiguiente dogmatismo interpretativo, pero se coloca más bien —y diría *ex se*— en aquella zona gris —es más, muy gris— de la experiencia científico-práctica por una razón sustancial de fondo: si bien se inscribe dentro del capítulo fundamental del Principio de irretroactividad, el fenómeno de la sucesión de las leyes penales en el tiempo, es decir, con un lenguaje más actual, el “Derecho penal intertemporal” ocupa un espacio jurídico sobre el que convergen —tanto si se quiere como si no— el gran asunto de fondo del derecho penal mismo, y la encontramos partiendo de la función de la pena para acabar con el Principio de culpabilidad, e incluye además numerosos dogmas penalistas.

Pero, verdaderamente, el fenómeno de la sucesión de la ley en el tiempo es todavía más el *topos* donde se juegan diversas partidas, digamos que institucionales: una típica e interna del sistema penal, concerniente a los límites de la interpretación; una segunda, también típica, pero externa al sistema penal y referida a las relaciones entre legislación y jurisdicción. Esta situación espiritual del tema que nos ocupa emerge, con claridad, de la lectura, aunque sea de manera superficial, de los trabajos monográficos que en el último periodo se han dedicado al tema, y, desde el análisis de la jurisprudencia de las Secciones Unidas del Tribunal Supremo italiano (y, a decir verdad, no sólo), que ha debido afrontar, en los últimos dos lustros, delicadísimos hechos de Derecho intertemporal.

La búsqueda de criterios adecuados para la solución del asunto de la sucesión de leyes penales intertemporales, en realidad, tiene un *hintergrund*<sup>1</sup> político-criminal impregnado en la necesidad del respeto de los parámetros constitucionales del Principio de legalidad —y en particular, de su núcleo primigenio, esto es, del Principio de irretroactividad— y del Principio de culpabilidad.

2. Antes de proceder a elaborar una síntesis de estos asuntos, concédanme renombrar la génesis de la disciplina codificadora que se plasma en el artículo 2 del *Codice Penale 1930*,<sup>2</sup> que en el enfoque de fondo retoma exactamente la reglamentación del fenómeno

dictado por primera vez en el *Código liberal Zanardelli de 1889*, el cual contenía tres puntos, en los que exactamente aparecen, incluso en el lenguaje formal de los actuales: los artículos 2.1, 2.2 y 2.4 (originalmente el artículo 2.3), después de la minirreforma de febrero de 2006. Quiero sólo recordar que en los tiempos del *Código Zanardelli* la doctrina penalista daba una lectura amplísima de aquella disciplina, en armonía y coherencia con los presupuestos ideológicos de la matriz garantista que la inspiraban. Hay un acontecimiento jurisprudencial especialmente significativo al respecto —oportunamente citada también en estudios monográficos sobre el tema— que nos da la medida exacta de aquel pensamiento y de aquella ideología: concerniente más bien a la aplicación de la clase penal prevista desde la *nota legge Pica*<sup>3</sup> (ley seguramente de carácter excepcional, o al menos temporánea) de parte de la Corte Suprema de Casación con la Sentencia de 27 de marzo de 1896, que absolvía a los imputados en observancia del principio del artículo 2.2 del Código Penal de la época. En busca de una posición crítica de un estudioso (Arangio Ruíz), el cual subrayaba la necesidad de aplicar rigurosamente la “*ley Pica*”, la cual de otra manera nacería con la de

infamia, porque si hubiera sabido anteriormente que los delitos exacerbados cometidos en el fin del periodo no serían, de hecho, exacerbados en modo que la condena vendría a ser diferente de manera sensible, bajo el imperio de una misma ley, sólo por la accidentalidad de un “antes” y de un “después”, de la que la pillaría podría aprovecharse.

El director de la *Revista Penal*, el gran penalista Luigi Lucchini, replicaba con firmeza en una nota introductoria que el estudio venía publicado sólo en homenaje a la tradición de libertad de discusión en la propia revista y que de todos modos era congruente que la Corte de Casación (Tribunal Supremo italiano) aplicara bien el derecho observando

el principio inderogable de la no ultractividad de la ley antigua o derogada, por lo que no se podía ejercitar la acción penal por un hecho que si bien fuera un delito en

<sup>1</sup> Del alemán, trasfondo.

<sup>2</sup> Código Penal Italiano de 1930.

<sup>3</sup> *La Legge Pica, e la repressione nel Mezzogiorno d'Italia (1861-1865)*.

el momento de ser cometido, no lo es más gracias a la ley actual.

Luigi Lucchini añadía que

también empíricamente, este principio se justifica donde se considere que, cancelando un hecho de categoría delictiva, el legislador hace entender claramente cómo él, o sea el Estado, no tendrá más interés en incriminarlo y a penar al autor.

Este acontecimiento, jurisprudencial y doctrinal al mismo tiempo, es bastante emblemático, también porque justifica la necesidad de una disciplina diferente y expresa a propósito para sucesivas épocas. De hecho, el Código de 1930, de conformidad con las directrices de la política criminal, autoritaria y fundamentalmente represiva, típica del régimen de la época, pero con respetuoso cumplimiento del Principio de legalidad, procede a la innovación de la disciplina codificadora del código liberal y añade el “viejo” punto 4 (hoy, punto 5), por el cual “si se trata de leyes excepcionales o temporáneas, no se aplican las disposiciones de los puntos precedentes”. En la redacción del proyecto definitivo, la nueva regla parece justificada por la exigencia de evitar “el absurdo de condenar, por una serie de ineficacias preventivas, las disposiciones de tales leyes”; parece, evidentemente, como si se realizara —basta leer a Maggiore para darse cuenta— una operación de carácter reaccionario destinada a garantizar políticas autoritarias precisas. Hoy, nosotros los modernos reconocemos cierta racionalidad en esta disciplina, pero obviamente en un cuadro político-ideológico radicalmente distinto.

3. El tema de la sucesión de las leyes penales ha experimentado desde hace mucho tiempo una vida sustancialmente de luto, tanto en lo referente a la doctrina como en la jurisprudencia, aunque está muy presente y de manera considerable en no pocos arrestos jurisprudenciales, sobre todo bajo el perfil de la integración de la ley penal y, por consiguiente, bajo el perfil de las modificaciones que habrán de mediar en el supuesto incriminatorio. Sólo a partir de los años noventa, en clarísima concomitancia de significativas intervenciones legislativas de reestructuración de importantes sectores de la legislación penal, el tema de la sucesión de las leyes penales se ha convertido en una clase de *star*, de actor protagonista de la vida ju-

rídica y, cabría añadir, de la reflexión científica. Hoy, después de más de veinte años de experiencia (repito, tanto en la práctica como en la teoría), el estado del arte puede ser brevemente sintetizado como sigue: la doctrina subraya con fuerza el estado de confusión que reina en la jurisprudencia, sea por méritos o por legitimidad: de incurable ambigüedad, según Fiandaca; de “pasajes no fácilmente reconstruibles, de paradigmas que aparecían consolidados y que pasaban a la crisis en la solución de los casos”, escribe Pulitanó con anuencia de Padovani; de situaciones confusas, argumenta Alagna en una reciente monografía; de disolución de la conciencia sustancial de las soluciones teóricas bajo el plano práctico con éxitos hermenéuticos, radicalmente opuestos e incompatibles, escribe también Di Martino. Éste también se pregunta si “las causas de un posible estado de confusión (éxitos que son solamente la ‘confusa cara exterior’) han de estar bien implantadas, desde un principio, y más allá de las cuestiones de una pequeña exégesis”. Sospecha que estas causas están implicadas en un momento de tensión dentro del Estado de Derecho, es decir, como manifiesta un alemán, autoridad constitucionalista (Boeckenfoerde), durante el movimiento del camino del Estado de Derecho “legislativo, parlamentario, un Estado democrático jurisdiccional”.

Sea como fuere, el respeto del principio de igualdad obliga a precisar que la doctrina tampoco goza de un excelente estado de salud. Menospreciando la sólida producción de trabajos monográficos editados sobre todo en el último lustro (sólo citaré algunos: Siracusano, Ambrosetti, Alagna, Micheletti, Riscato, Gatta) y de numerosísimos artículos científicos (suscitados, si bien se ve, sustancialmente por la reforma de los delitos societarios), no se puede decir con propiedad que la ciencia del Derecho penal haya provisto un acercamiento teórico suficientemente dividido y consolidado: éstos dan una clara opinión mayoritaria, y no obstante, procesos argumentativos límpidos y exhaustivos. A mi juicio, esa acusación a menudo alborota a la jurisprudencia, el proceder caso a caso (como del resto, lo cual queda muy bien evidenciado en la Sentencia de las Secciones Unidas del Tribunal Supremo c.d. Magera, relativa a la injustificada permanencia, en el territorio del Estado, de un ciudadano rumano, el cual pasó a ser “ciudadano comunitario” gracias a los sucesivos retrasos del proceso y la entrada en vigor del Tratado de Adhesión de Rumania a la Unión Europea el 1º de enero de 2007) ha constituido

y constituye un evidente (si no clamoroso) caso de proyección psicológica autorreferencial y orientada a la autojustificación.

Pero acaso la verdad sea que, considerados los valores y los intereses y, sobre todo, las ideologías penales de fondo sujetas a las soluciones del fenómeno, se advierte la necesidad de una definición estipulativa de origen legislativo que da en materia de las indicaciones más significativas y más concluyentes.

4. Según lo anterior, se pueden ahora describir algunas premisas, siempre con la brevedad del caso, los criterios hermenéuticos que se usan más para dar solución al problema de la sucesión de las leyes penales en el tiempo. Distinguiendo, obviamente, según las impostaciones culturales más acreditadas, tras las hipótesis de, por así decirlo, la reformulación normativa del caso incriminatorio y la hipótesis de sucesión de las leyes integradas de elementos normativos del caso en sí mismo (igualmente hecha la modificación, por así decirlo, mediante el supuesto).

No sin antes haber operado dos premisas de origen general sobre la naturaleza de la disciplina prevista en el artículo 2 CP. Con la primera se intenta reafirmar la naturaleza constitutiva de la disciplina en sí misma, frente a la toma de posiciones que la definen como naturaleza excepcional: esto porque la propia existencia de la encarnación del principio de irretroactividad en materia penal lo convierte en una regla de naturaleza incluso constitucional. Con la segunda se quiere confirmar la función primaria de la disciplina en sí misma frente a asuntos que reducen el rango a funciones asistenciales de los preceptos contenidos en las normas penales especiales.

El primer criterio para determinar la presencia de un fenómeno de *abolitio criminis* es aquel del *c.d. hecho concreto*, principio ciertamente de ascendencia alemana que no ha tenido suerte en la literatura penal italiana, pero que, según el juicio de algún estudioso, habrá estado en algún fundamento de la Sentencia de las Secciones Unidas en materia de operadores bancarios (Cass. Sez., 23 de mayo de 1987). Según este punto de vista, que puede resumirse con la fórmula “primero punible, segundo punible, siempre punible”, para cerciorarse, es como si entre una norma precedente y aquella sobrevenida subsistiera una relación de sucesiones *ex* artículo 2.2 CP; convendría verificar si el hecho concreto resulta punible también por la ley sucesiva, independientemente de una rela-

ción abstracta entre los casos incriminatorios. Este criterio ha sido revisado por la doctrina, en realidad, de manera sustancialmente nominalística: también la teoría de la llamada *persistencia del ilícito* viene modelada sobre aquella del hecho concreto y postula también un procedimiento de desunión veraz de subsunción histórico dentro de las dos normas incriminatorias para verificar si persiste o no la punibilidad. El relieve crítico más recurrente, evasivo, desde este punto de vista, ha puesto siempre en evidencia el contraste con el principio de irretroactividad que podría ser evitado de manera más o menos encubierta. De hecho, la eventual reconducibilidad del hecho concreto del nuevo caso incriminatorio, realmente en ausencia de una relación facultativa estructural abstracta entre el caso, y en particular una relación de género a clase, viene a depender de factores casuales o fortuitos, que en cuanto tales impiden trazar *a priori* el límite entre lo lícito y lo ilícito en una relación atípica de comportamiento legislativo predeterminado: elementos fortuitos constituidos, a punto, sea de las características contingentes en el caso concreto, sea de las circunstancias casuales que el legislador, en el proceder de la derogación de un tipo de delito, introduzca, en contexto una nueva incriminación de cualquier modo interferente con el mismo marco de vida.

Justamente para indicar las razones, hay un consenso bastante difuso en la doctrina (y creo que también en la jurisprudencia) bajo el hecho de que el *discrimen* entre el fenómeno modificativo deba necesariamente pasar entre una valoración bajo el plano abstracto de los casos enfrentados: justamente, tales comparaciones permiten verificar la existencia, entre las dos normas, de aquella relación de continuidad normativa idónea para conservar operante el régimen del artículo 2.4 CP, es decir, que la ausencia aquí conduce a una verdadera *abolitio* del precedente incriminatorio. Está claro, entonces, que los términos del problema se muevan a partir de la búsqueda del contenido específico de esta continuidad; y aquí volvemos a poner de manifiesto algunas opciones de diferente signo, ahora de corte sustancialista, ahora de cuño decididamente formalista.

Sobre la primera vertiente, como es notorio, se ubica la teoría de la *continuidad del tipo de ilícito*, de forma elaboración dogmática alemana, predominante en la jurisprudencia desde hace mucho tiempo, según la cual, para decidir el destino sucesorio de una

especie incriminadora, se requiere hacer referencia al doble parámetro del *bien protegido* y de la *modalidad ofensiva de la conducta*: precisamente en el sentido de que el fenómeno sucesorio se realizaría en cualquier momento, en menosprecio de que la innovación legislativa permanezca con una identidad sustancial (o al menos de analogía), sea en orden al objeto de la tutela, sea en orden a las diversas modalidades de agresión. Celebrado y sostenido con fuerza por la jurisprudencia de manera unánime y una prácticamente total unanimidad de la doctrina en sus orígenes y, por lo tanto, en el sistema penal alemán, gracias a la estabilidad de los resultados interpretativos a los que se ha llegado y a su capacidad de, por lo menos, el respecto tendencial del principio de irretroactividad y del principio de culpabilidad. Para nosotros este criterio ha ido en contra de críticas incluso contrarias (hecho, diría yo, que dice mucho de las maneras de percibir y mantener vivas las categorías dogmáticas en sus dos diferentes ordenamientos, debido a factores que en este lugar no se pueden siquiera dar a entender): sintetizando al máximo, se puede decir que esta teoría ha estado en el punto de mira por su escaso control racional, que lleva a replantearse los mismos riesgos de alusión al principio de irretroactividad ya considerado sobre la teoría del hecho concreto de la persistencia del ilícito.

En realidad el canon de la continuidad se interpreta en un sentido rigurosamente restrictivo, conduce a una tendencial negación del fenómeno sucesorio que sería comparable sólo en presencia de una perfecta y absoluta identidad del bien jurídico y la modalidad de conducta, y así, en último análisis, sólo si los dos supuestos presentan identidad de contenido. En el caso de que, por el contrario, se entendiera en sentido más amplio, o al menos elástico, llegaría a ser de incierta aplicación por la simplicísima razón de que estaría fundamentado en apreciaciones de valor muy cuestionables, no sólo sobre la indeterminación del peso adscribible respectivamente al elemento de bien jurídico tutelado y a la modalidad de conducta.

Como ejemplo, desde este punto de vista, sirva el acontecimiento relativo a la continuidad normativa entre los supuestos originarios de interés privado y de abuso anónimo en actos de oficio y el novelado supuesto de abuso de oficio en la reforma de los delitos contra la Administración Pública de 1990. Las Secciones Únicas del Tribunal Supremo italiano han seguido afirmando la continuidad normativa, pero

desde la doctrina llueven las críticas, numerosas y penetrantes. Brevemente, y sin pretensiones de censurar, tiene un buen juego que pone en relieve uno de los pasajes cruciales de aquel marco argumentativo: las innovaciones contenidas en el nuevo texto del artículo 323 CP realmente delimitan y amplían al mismo tiempo el ámbito penal de la relevancia penal; *no alteran, sin embargo*, la íntima esencia de anteriores previsiones incriminatorias. Aquí, de hecho, se percibe de la mano la densa ambigüedad del concepto de íntima esencia de la incriminación que, como se ha escrito, termina por “tener el efecto de aplanar todas las posibilidades diferenciales estructurales”.

Por el contrario, sobre la vertiente de los próximos al formalismo, que prestan particular atención al perfil del respeto de la irretroactividad, deben ser señalados, en cuanto están presentes en la doctrina desde hace mucho tiempo, ya sea el criterio de la llamada continencia (ello también de origen alemán), ya sea el criterio que se apoya en las relaciones estructurales entre supuestos incriminatorios imperativos sobre el principio de especialidad que pretende evitar alusiones enmascaradas del principio de irretroactividad y, por ello, no respetar integralmente las instancias de garantía propias de tal principio. La valoración basada en el enfrentamiento abstracto entre los supuestos incriminatorios —subrayada oportunamente en las motivaciones de las sentencias de las secciones únicas Giordano y Magera— previene al afirmar la existencia de una *abolitio criminis* todas las veces en que los dos supuestos en confrontación preveían conductas típicas heterogéneas u homogéneas pero no reconducibles las unas a las otras.

Para hacer una apretada síntesis, se debe precisar que el acercamiento estructural proviene directamente de las evoluciones que han llevado a ulteriores distinciones, secundando las diversas manifestaciones de la especialidad. De hecho, el nuevo supuesto puede resultar especial respecto al precedente:

a) Por la selección de alternativas formalmente típicas.

b) Por la especificación de elementos genéricamente recogidos en el supuesto derogado.

c) Por la unión de elementos de procedencia no necesarios para constituir el tipo (con la advertencia de que, con esta última hipótesis, si es en presencia de una *abolitio criminis*, porque la introducción de nuevos elementos que corta la relación de continuidad entre los supuestos).

5. El marco así delimitado constituye la plataforma para el surgimiento de los actuales problemas en el tema de la sucesión para la reformulación. Recientes estudios monográficos sobre el tema han puesto, de hecho, al intérprete delante de una serie de lazos que, a decir verdad, si bien de manera fragmentada, habían sido evidenciados por la lectura —permítanme llamarla así, sin calificación negativa alguna— más cambiada. Esta reflexión científica analiza todos los recorridos jurisprudenciales que han afrontado el asunto de la continuidad, no sólo en referencia a las modificaciones de sectores relevantes de la parte especial, sino también en relación con decisiones de las Secciones Unidas del Tribunal Supremo italiano que sí se han pronunciado sobre temas singulares. Las temáticas evidenciadas pueden ser corregidas de la siguiente manera:

a) incapacidad del Tribunal Supremo italiano de desarrollar a fondo su papel de *nomofilachia*<sup>4</sup> y, por lo tanto, hondo escepticismo sobre la posibilidad de una estabilización normativa por la vía interpretativa.

b) Sustancial opacidad sobre las razones por las que las cuestiones de derecho intertemporal se han resuelto empleando diferentes criterios, lo que plantea un problema fundamental sobre el plano de las relaciones entre legislación y jurisdicción.

c) Tendencia de la jurisprudencia a un uso “contaminado” de los parámetros de resoluciones de los aspectos intertemporales, en un intento de proveer al criterio estructural de un tipo de alma sustancialística o cuando menos de volverlo menos inelástico.

d) Necesidad de subrayar, en general, y atribuir una validez autónoma a las motivaciones de la modificación de la disciplina del sector (con referencia, por ejemplo, al P.A., a los delitos tributarios, a la violencia sexual, etcétera).

5.1. Los aspectos mencionados me permiten hacer breves observaciones. La crisis de la función monofilática de la Casación está sobre el tapete de la reflexión de los juristas ya desde hace algún tiempo, y no es oportuno retomarla en este momento, también porque la temática sobre la que tratamos quizá sea una de las pocas que justifican completamente la diversidad de los arrestos jurisprudenciales, justamente en consideración del estado de extrema fluidez de la

elaboración cultural y de la consiguiente dificultad para encontrar el famoso punto de Arquímedes sobre el cual, razonablemente, consolidar la decisión.

5.2. En orden a los intentos de materializar la forma, me parece que ellos son comprensibles sólo en la medida en que se limitan a subrayar la necesidad de una valoración que tenga en cuenta las opciones político-criminales que sostienen la nueva incriminación. En este sentido, remarco aquí lo sostenido en el manual de Derecho penal, o en la toma de posición a favor de la discontinuidad de la nueva disciplina del falso balance. No comparto el juicio según el cual, en la Sentencia Giordano, las Secciones Unidas del Tribunal Supremo italiano no se habrían regido por el parámetro estructural. Me declaro escéptico acerca de la posibilidad de motivar de manera polivalente el éxito continuista o discontinuista. Es probable también que el parámetro estructural encuentre una comparación mejor “en la imparcialidad de las alternativas dogmáticas más que en una fundación epistemológicamente sólida y dogmáticamente saldada” (querría corregir: irreprochable). Sería necesario aún recordar que la estructura no es otra cosa que la traducción en términos descriptivo-normativos de las elecciones político-criminales en el ámbito legislativo.

Es verdad que en tiempos “desastrosos” de producción normativa, como los que estamos viviendo desde hace algunos lustros, también este canon elemental de la ciencia legislativa raramente viene refutado. Pero aquí se dispara la carga de la prueba antes de unirla a las conclusiones apresuradas. De todas maneras, es mi deseo subrayar una vez más que la valoración en cuanto a la continuidad debe tener en cuenta en forma rigurosa los dos principios constitucionales fundados en Derecho penal de un Estado democrático de Derecho, y éstos son el Principio de irretroactividad y el Principio de culpabilidad. Una condena sobre la base del nuevo supuesto, declarado como continuo, necesita la presencia de todos los componentes del juicio de culpabilidad por el hecho: no se pueden reconducir a la acción del reo elementos que son relevantes en el momento del hecho. La solución avanzada por W. Frisch, según el cual el juicio de culpabilidad en *subiecta* materia sería sólo de *naturaleza relacional*, me parece que se acerca a una clase de fraude de etiquetas.

<sup>4</sup> *Nomofilachia*: Apunta a uno de los fines de la casación de la obra de Calamandrei. Alude a la finalidad de mantener la regularidad en la aplicación correcta de las normas, al margen de la justa decisión del caso.



5.3 En orden a la visión parcializada del fenómeno de la sucesión de las leyes, no creo que existan razones dogmático-jurídicas o político-criminales que obliguen a tener en cuenta la finalidad de la innovación legislativa. Pueden ser, ciertamente, muy diferentes, pero no pueden no reentrar en el cauce de una valoración “común”. Dicho con mayor claridad; es del todo indiferente que la nueva disciplina haya sido dictada desde la presente exigencia de corregir a aquellos que apoyan los excesos de una orientación interpretativa, es decir, la intención del Legislativo es sanar de manera lastimosa algunos sucesos sobrepasando los límites impuestos por el ordenamiento y así recurrir al típico instrumento de la clemencia, es decir, de modo que persiga una finalidad específica de compensación del principio de obligatoriedad de la acción penal. En estos casos, como en todos los demás que se pueda pensar, lo que cuenta es el dato objetivo de la innovación con todas sus características descriptivas y, por lo tanto, con todos sus elementos constitutivos. Las *verdaderas razones* de las reformulaciones son fundamentalmente neutras respecto al juicio de continuidad o discontinuidad del nuevo tejido normativo.

5.4. Después del problema de la elección del criterio hermenéutico que sirve para decidir las cuestiones de la continuidad/discontinuidad normativa, creo que se trata del núcleo central del asunto, considerada la funcionalidad tendencial o la disfuncionalidad de los criterios hermenéuticos existentes respecto a las soluciones perseguidas. En verdad, este aspecto incluye también la relación entre legislación y jurisdicción. Como se ha escrito recientemente,

la temática es de extrema delicadeza y se atiene a las relaciones entre Parlamento y Gobierno, de un lado, y la magistratura del otro lado. El corazón mismo de la democracia del Estado de derecho se sitúa entre estas dos fuerzas. Las relaciones entre Parlamento y Gobierno han vivido un debilitamiento de la capacidad de su control recíproco: en los sistemas mayoritarios, como aquellos que han acompañado esta estación italiana de reformas y contrarreformas, la solidaridad forzosa entre las dos instituciones no siempre permite la meditada ponderación de líneas reformadoras moderadas y sostenibles. Se tiende a menudo a determinar la discontinuidad neta con el pasado, se tiende a la fluidez institucional, a caracterizar el pasaje hacia la llamada segunda modernización del Derecho penal. He aquí que la magistratura interviene

para ponderar la dimensión de las reformas, su racionalidad y su nivel de raciocinio constitucional. Ponderación difícil cuando la percepción es que el *Zeitgeist* lleva el sólido y forzoso gobierno-parlamento al intento conjunto de modelar y absorber la función jurisdiccional de garantía y control del Estado de Derecho. [Alagna]

Me pregunto qué significa *ponderar la dimensión de las reformas, su racionalidad y su nivel de raciocinio constitucional*. ¿Significa esto atribuir a la jurisdicción una función de censura a las elecciones político-criminales efectuadas por los detentores del Poder Legislativo? Aquí no se trata de un problema de competencias, sino de poner en práctica las ya existentes, que son aquellas típicas de la jurisdicción. Me parece que queda fuera de discusión que el mérito de las decisiones político-criminales vaya probado sobre la medida de los valores constitucionales garantizados. El análisis entonces no puede tener otro valor, de naturaleza interna al sistema de la jurisdicción.

La representación de los acontecimientos intertemporales como opuestos a las decisiones político-legislativas constituye, a mi juicio, una de las muchas salidas hacia adelante de quienes quieren politizar el ejercicio de la jurisdicción a cualquier precio.

Lo mismo vale con la tesis opuesta, del acrítico fundamento jurisdiccional de la actividad de reforma en el sector penal. En otros términos, y quizás más claros: me parece imposible creer que las Secciones Unidas con las dos decisiones en materia penal-tributaria hayan querido avalar y dividir las elecciones político-criminales de la mayoría (el gobierno y el parlamento de la época). Además, me parece igualmente imposible creer que la decisión sobre la continuidad normativa en el falso equilibrio pueda ser considerada una reprobación de la política criminal del gobierno y del parlamento de la época.

Es ésta una reflexión que no pocos han emprendido, pero no se revela más que una mera sospecha. La verdad es que cada intérprete (también el colectivo) está dotado de una concepción autónoma de la actividad interpretativa dentro de la cual se expresan también sus opciones ideológicas.

Nada más correcto que estar en posesión de una *Weltanschauung* penalista. Si después en su interior hay componentes ideológicos ilícitos, entonces estamos en otro terreno en el que no son el objeto de mis reflexiones.

Llegados a este punto, resultan comprensibles las razones por las cuales excluí al inicio la naturaleza sirviente (*rectius*) asistencial del fenómeno sucesorio.

6. Paso ahora a afrontar el segundo aspecto, que es el relativo a las llamadas modificaciones mediatas de los supuestos incriminatorios. Sobre este aspecto de la problemática va enseguida señalada, no sólo la existencia de una sólida jurisprudencia de mérito y de legitimidad, a menudo inédita, pero que también tiene un espectro práctico amplísimo. Es clara la divergencia en los puntos de vista muy consistentes y de otra manera significativos.

Sólo por hacer una breve mención, retomamos en este punto la sucesión de las leyes penales:

a) La modificación (y, por lo tanto, también la derogación) de la norma renombrada por *una norma penal en blanco*.

b) La modificación de las normas definitorias, de aquellas *normas que definen* un elemento constitutivo de una o más figuras de un delito.

c) Las modificaciones normativas relativas a los considerados presupuestos extrapenales de hecho de una norma incriminatoria.

d) La variación del contenido de un elemento normativo del supuesto incriminatorio.

e) la variación de *la regla de diligencia* a los fines de la configuración del delito culposo.

f) Las formas de integración de caracteres temporáneos; etcétera.

El problema que plantea esta vertiente de la disciplina tiene que ver con la individualización del criterio hermenéutico de la integración. El examen de la jurisprudencia pone en evidencia una situación de desorientación significativa a causa de su desarrollo oscilante y vago, si se excluye la uniformidad de juicio sobre la existencia de la calumnia en la hipótesis de la derogación del delito objeto de la falsa inculpación y el acuerdo tendencial sobre la inexistencia de la asociación para delinquir en el caso de la abrogación del delito (como nos recuerda con precisión la última Sentencia de las Secciones Unidas Magera).

También aquí, el estado de las artes no es propiamente una garantía. Se oscila desde una tesis radicalmente contraria al fenómeno de la integración mediante la información suplementaria por la vía de una fuente externa al precepto, desde un punto de vista opuesto que, por el contrario, admite sin reser-

vas, por razones de sustancial igualdad, el fenómeno sucesorio. Es interesante, en este punto, advertir —aunque, como sea, extremadamente débil—, desde el punto de vista de la argumentación, la tesis llamada negacionista que quiere reducir a *simples presupuestos de hecho* del supuesto incriminatorio, las informaciones jurídicas a partir de la fuente externa al supuesto incriminatorio. Demasiado débil el punto de apoyo literal, al que se hace referencia pero, sobre todo, es arbitrario negar calidad al fragmento de la ley penal a una norma externa renombrada. Como ha sido eficazmente subrayado, la tesis es el fruto de un paralogismo tan desastroso como pernicioso porque termina por borrar una porción del mensaje penal del espectro de las garantías irradiadas del artículo 25.2 constitucional, con la consecuencia de consentir una aplicación analógica desfavorable o una formulación indeterminada.

Las tesis radicales señaladas conviven con otros puntos de vista diferentes, que vienen denominados como teorías descriptivas y también se hallan convertidas en presupuestos político-criminales y fundamento dogmático diverso (*Motivtheorie*, antijuricidad, etc.), y otras opiniones que hacen reclamos al modelo de heterointegración. Por último, se señala la tesis que distingue entre integración ordinaria e integración de mérito que hace elevar la afirmación, estabilidad o precariedad del precepto a continuación de la información llamada secundaria.

Ante la carencia de un criterio compartido, me parece que sigue siendo válida la elección proveniente, indudablemente de carácter liberal, que se aprovecha de la incorporación de la información secundaria en la norma integradora. Esta información, en la medida en que contribuye a disciplinar los presupuestos normativos de la relevancia penal del hecho, termina con la unión de la norma incriminatoria, por lo cual es inevitable hacer un reclamo a la aplicación del principio del artículo 2.2 c.d. Desde esta posición se objeta a menudo en la *jurisprudencia*, *sea por legitimidad o por mérito*, que son normas extrapenales que determinan exclusivamente “una variación de la relevancia penal del hecho... sin menospreciar el desvalor del hecho anteriormente cometido”. A decir verdad, se trata de un asunto que sabe demasiado de *argumentum a domine*, en la medida en que no aclara cómo un *segmento del supuesto puede desaparecer* en la *formulación del juicio de desvalor* relativo al supuesto que de vez en vez se tiene en consideración.

6.1. El Tribunal Supremo italiano, en la ya citada Sentencia Magera, hace referencia a una tesis “sugestiva” que argumenta la existencia del fenómeno sucesorio del significado del término “hecho” en el artículo 2 CP. Esta tesis —que es la sostenida en el manual de Derecho penal de Fiandaca y Musco— es así devuelta: a la conclusión en sí misma se llega desde otra vía, y esto es, subrayando que el concepto de “G” no puede asumir el significado en sí mismo tanto en el artículo 2.1 como en el 2.2 CP. Esto es si en la hipótesis de la nueva incriminación (art. 2.1) el concepto de “hecho” comprende el conjunto de todos los presupuestos relevantes —en concreto, a los fines de la aplicación del supuesto incriminatorio—, no se entiende por qué razón el mismo concepto no deba valer respecto a la hipótesis del artículo 2.2 CP. Parece evidente que la posterior intervención del Legislativo, incidiendo sobre uno de los elementos de relevancia del hecho necesario a los fines de la configuración del ilícito, hace que esto no pueda ser

penado. La Sentencia Magera todavía pone en duda “que el hecho del artículo 2.1 CP sea aquel históricamente determinado en todos sus aspectos relevantes allí comprendidos, aquellos disciplinados desde normas extrapenales”. Pero, en realidad, semejante duda no debería tener razón para subsistir si se fundara en la realidad, habría un segmento de la nueva incriminación que se sustraería a las garantías del artículo 25.2 constitucional.

Tampoco parece muy convincente el otro argumento de la sentencia en sí misma, según la cual “es verdad que hay correspondencia entre el artículo 2.1 y el 2.2 del CP”, pero también sería verdad que esta correspondencia se compararía sólo con aquellos casos en que las leyes extrapenales, por la regla que se desarrolla en el supuesto o por su naturaleza, está en posibilidad de operar retroactivamente. Este asunto de naturaleza limitativa, a mi juicio, se resuelve en una petición de principio que da por demostrado aquello que, por el contrario, está por demostrar.





## La privatización de la lucha contra la corrupción

Adán Nieto Martín

Universidad de Castilla-La Mancha, España

Revista Penal México, núm. 4, marzo-agosto de 2013

**RESUMEN:** El artículo analiza las nuevas estrategias en la lucha contra la corrupción, a partir de renovados puntos de vista. El papel desempeñado por las empresas y el sector privado es fundamental para comprender adecuadamente estos ilícitos y luchar contra ellos. Se estudian nuevas figuras delictivas, como la corrupción entre privados y la necesaria prevención de la corrupción dentro de las empresas.

**PALABRAS CLAVE:** corrupción, mala praxis en empresas, corrupción entre privados.

**ABSTRACT:** Innovative strategies in the fight against corruption are explored in this paper from renewed standpoints. The role played by corporations and the private sector is crucial in order to properly understand these crimes and to fight them. New crime figures are analyzed, such as corruption between private individuals, and the necessary prevention of corruption within corporations.

**KEY WORDS:** corruption, evil practices in corporations, corruption between private individuals.

**SUMARIO:** I. Los malvados funcionarios y los extorsionados empresarios. II. Los orígenes: la FCPA. III. La corrupción entre privados. IV. La prevención de la corrupción en la empresa. V. La bribery act y la internacionalización de la represión. VI. Viaje de vuelta: el proyecto de ley de transparencia.

### I. Los malvados funcionarios y los extorsionados empresarios

Históricamente la corrupción fue siempre un asunto de funcionarios públicos o políticos “improbos” que se aprovechaban de su cargo para vender funciones públicas o que incluso, en el peor de los casos, extorsionaban a los particulares haciéndoles pagar por los servicios públicos que debían prestar. Ésta es la “imagen” de la corrupción que se refleja en los códigos

penales europeos del XIX y en cierto modo es aún la “imagen” de la corrupción que pervive entre los ciudadanos. En las noticias de prensa sobre corrupción o financiación ilegal de partidos, más allá del debate jurídico, la responsabilidad social y moral en los casos de corrupción parece ser exclusiva de los políticos o de los funcionarios públicos.

Esta narración de la corrupción se corresponde con el argumento empresarial: “No me queda otro remedio, si quiero hacer negocios en el país A, tengo

que pasar por el aro y sobornar como hace todo el mundo”. Esta forma de pensar, a la que los criminólogos consideran una técnica de neutralización,<sup>1</sup> es enormemente perjudicial y ha conducido a una multiplicación exponencial de la corrupción. El argumento supone asumir que en determinados países la corrupción es una especie de impuesto o de mal necesario que no merece ningún reproche.

Desde las filas del análisis económico del Derecho ha habido incluso intentos serios de mostrar cómo la corrupción era funcional para los mercados.<sup>2</sup> Igualmente, en los sistemas jurídicos nacionales ha sido fácil encontrar ejemplos que se corresponden con esta idea. En España, hasta la reciente reforma penal de 2010, las penas de la corrupción de funcionarios públicos eran mayores que las de particulares. Asimismo, el número de conductas sancionadas como corrupción era mayor en el ámbito de los funcionarios públicos, hasta tal punto que se discutía si el particular que compraba votos en el Parlamento o en una asamblea local cometía un comportamiento delictivo.<sup>3</sup> Pero, sin duda, la mejor expresión de esta concepción “amable” de la corrupción en relación con las empresas era la posibilidad de desgravación fiscal de los sobornos, en algunos países de la UE como Alemania.<sup>4</sup> Lógicamente, dentro de esta imagen o narrativa, la corrupción entre privados constituía una excentricidad del legislador.

Sin embargo, desde hace algunos años en el mundo del Derecho y de las políticas públicas se observa un cambio de estrategia.<sup>5</sup> La corrupción está pasando a ser “cosa de dos”. La política criminal más reciente ha responsabilizado también a las empresas en la lucha contra la corrupción. La moderna política pública de lucha contra la corrupción se caracteriza porque:

a) exigen a las empresas que adopten medidas internas de prevención de la corrupción y que ayuden al Estado —a sus policías, jueces y fiscales— en la investigación y esclarecimiento de los casos de corrupción; b) les prohíben sobornar tanto a funcionarios públicos como a directivos o empleados de otras empresas; c) en la corrupción internacional sancionan a las empresas y a sus agentes, y se desinteresan de la sanción del funcionario público.

Este trabajo tiene como objetivo mostrar esta nueva estrategia de la lucha contra la corrupción, que se caracteriza en lo regulatorio por ser uno de los ejemplos más claros de un regulador del *global law*:<sup>6</sup> confluencia de organizaciones internacionales, que trabajan en red con actores públicos y privados (empresas multinacionales) y que utilizan para alcanzar sus objetivos herramientas normativas procedentes del *hard law*, del *soft law* y la autorregulación empresarial.

## II. Los orígenes: la FCPA

La aparición de esta nueva política anticorrupción tiene sus orígenes más remotos en la Foreign Corrupt Practices Act (1977),<sup>7</sup> y puede decirse que su último fruto es la Bribery Act del Reino Unido (2011).

Tras la Segunda Guerra Mundial en el mundo aparecen un gran número de nuevos Estados como consecuencia del proceso de descolonización. Muchas de las antiguas colonias tenían grandes riquezas naturales que explotar, se encontraban en la necesidad de realizar grandes obras públicas. Tenían incluso ejércitos y policías que equipar, lo que significaba adquirir armas, aviones, submarinos, etc. Como en la mayoría de estos países existía una estructura empresarial muy débil y además no disponían de tecnología adecua-

<sup>1</sup> Cfr. Matza, *El proceso de desviación*, Taurus, Madrid, 1981. Sobre las técnicas de neutralización y su distinta influencia según nos encontremos en el ámbito del sector público o privado, Gopinath, “Recognizing and Justifying Private Corruption”, *Journal of Business Ethics*, vol. 83, núm. 3.

<sup>2</sup> Pese a que las teorías funcionalistas han sido objeto de numerosas críticas, la bibliografía más influyente en materia de corrupción, la proveniente de los economistas neoclásicos, centra su discurso principalmente en los aspectos económicos. Esto ha contribuido a fomentar un discurso en el que este tipo de argumentos tiene un mayor peso que aquellos que ven en la corrupción un problema, por ejemplo, de falta de calidad democrática. Al respecto, extensamente, Maroto Calatayud, “Corrupción y financiación de partidos. Un análisis político criminal”, tesis doctoral, Ciudad Real, 2012.

<sup>3</sup> Sobre este aspecto, Nieto Martín, “La corrupción en el comercio internacional”, en Nieto Martín (coord.), *Estudios de Derecho penal*, Universidad de Castilla-La Mancha, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Ciudad Real, 2004.

<sup>4</sup> Véase Joecks, “Steuerliche Behandlung der Bestechung”, en Pieth y Eigen, *Korruption im internationalen Geschäftsverkehr*, Luchterhand, 1999.

<sup>5</sup> Véanse los orígenes de este cambio de rumbo en las contribuciones de Thomas, Heimann y Bierich en Pieth y Eigen, *op. cit.*, pp. 521 ss.

<sup>6</sup> Sieber, “Legal Order in a Global World”, en Von Bogdandy y Wolfrum, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 14, 2010.

<sup>7</sup> En lo que sigue y para más detalles me remito a Nieto Martín, “La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del Derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)”, *Revista Penal*, núm. 11, julio de 2003.

da para la explotación de sus recursos, la creación de infraestructuras o el suministro de bienes, fueron las grandes compañías multinacionales las que se aprovecharon de este nuevo mercado.

En este contexto se procede a preparar un coctel explosivo compuesto por grandes oportunidades de negocios en países con administraciones extraordinariamente débiles, gobernantes autoritarios decididos a expoliar las riquezas nacionales, sistemas jurídicos débiles y empresas mucho más poderosas que los gobiernos que compiten entre sí por el reparto del pastel. El resultado es lo que conocemos como gran corrupción.<sup>8</sup> Por supuesto que en países desarrollados también existen problemas de corrupción en negocios de considerable importancia, pero la corrupción en los nuevos países era al menos cuantitativamente mayor y las posibilidades de castigarla mucho menores, entre otras razones porque el sistema judicial era muy débil y no existía una prensa lo suficientemente fuerte y libre para denunciar los desmanes.

En Estados Unidos en la década de los sesenta y los setenta se vive una etapa regeneracionista de la vida económica y política, hija del espíritu de protesta contra la guerra de Vietnam y la lucha por los derechos civiles. En lo que nos afecta, el detonante del proceso de cambio fue el asunto *Watergate* y la constatación de que la mayoría de las grandes empresas norteamericanas tenían que gastar sumas muy considerables de dólares en pagar sobornos. En este contexto es en el que en 1977 nace la Foreign Corrupt Practices Act que es el germen de la política criminal moderna contra la corrupción, es decir, de la exigencia al sector privado de que se implique y responsabilice en la lucha contra la corrupción. El rasgo más conocido de esta norma es que se aplica únicamente a la corrupción realizada por el empresario, pero no por el funcionario público que ha cometido el delito. Aunque es una ley destinada a reprimir la corrupción internacional, en realidad su influencia se ha extendido a todo tipo de corrupción.

La FCPA contiene los tres rasgos más importantes de la política actual en materia de corrupción:

El primer vector de cambio es entender que los efectos perjudiciales de la corrupción no radican sólo en el daño que generan a la administración pública, sino que alteran la competencia y dañan a los inversores.<sup>9</sup> Altera la competencia, porque cuando una empresa consigue un contrato gracias a un soborno realiza un comportamiento de competencia desleal en relación con el resto de los competidores. Una de las razones que motivó la aprobación de la FCPA y después el Convenio de la OCDE fue precisamente la distorsión de la competencia que produce la corrupción. Pero esta práctica afecta también a los accionistas. Las empresas que habían hecho pagos extraordinarios en materia de corrupción arriesgaron el dinero de los accionistas, sin comunicárselo y poniendo de manifiesto además que su sistema de controles era manifiestamente débil. La prohibición de los sobornos supone un problema de gobierno corporativo, de administración desleal del patrimonio societario.<sup>10</sup> Al proteger la competencia y los intereses de los accionistas mediante una ley con clara vocación de aplicarse extraterritorialmente, la FCPA constituye uno de los primeros ejemplos de la nueva *lex mercatoria* que surge con la globalización.

La corrupción genera ineficiencia económica por dos razones. La primera es de carácter macroeconómico. La corrupción supone una mala asignación de recursos que frustra la función social de la competencia. Cuando la administración decide otorgar la construcción de un hospital a la empresa que más ha sobornado, está dejando de lado otras ofertas que pueden ser mejores técnicamente. A largo plazo esto supone un perjuicio para todos: invertir en corrupción es más rentable que invertir en tecnología. La segunda razón es de carácter microeconómico o de economía de la empresa. El precio del soborno al final lo paga el sobornado. Es el conocido efecto *kick back*. El soborno que ha pagado la constructora por el hospital acaba pagándolo la administración (el Ministerio de Infraestructuras). La corrupción, por lo tanto, supone un perjuicio patrimonial para el organismo público a que pertenece el sobornado.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Moody-Stuart, *La gran corrupción*, Siddharta, Madrid, 1994.

<sup>9</sup> La puesta en conexión de la corrupción con la pobreza, la necesidad de hacer reformas públicas y los derechos humanos procede, sin embargo, de los autores cercanos al Banco Mundial (BM) y al Fondo Monetario Internacional (FMI), como forma de justificar su actividad sobre un ámbito en principio tan lejano a sus competencias, Maroto Calatayud, *op. cit.*, pp. 53 y ss.

<sup>10</sup> *Ibid.*, pp. 43 y ss.

<sup>11</sup> Véase Nieto y Foffani, "Administración desleal y gobierno corporativo. Casos y problemas de Derecho comparado", *Revista Penal*, vol. 17, enero de 2006.

Después volveremos sobre alguno de estos argumentos, por ahora me interesa sólo subrayar lo siguiente. Si éstos son los “nuevos” argumentos que legitiman la lucha contra la corrupción, resulta evidente que son aplicables tanto a la corrupción de funcionarios públicos como a la corrupción de los directivos de una empresa. El daño en lo referente a ineficiencia económica o de perjuicio patrimonial es similar. Cuanto acaba de indicarse valdría, *mutatis mutandis*, si en el ejemplo anterior el hospital fuera de capital privado y no público.

El segundo vector de cambio que introduce la FCPA en la política anticorrupción es corresponsabilizar a las empresas en la prevención de la corrupción, estableciendo un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas que se basa en la idea de que las empresas deben implicarse activamente en la prevención y detección de aquellos hechos delictivos cuyo riesgo de aparición se incrementa como consecuencia de la actividad que realiza la empresa.<sup>12</sup> Años después este sistema basado en los *compliance programs* sería el acogido por el *Sentencing Guidelines For Organisational Offenders*,<sup>13</sup> y de ahí se está extendiendo paulatinamente al resto del mundo. En los países de la UE, la tendencia predominante es que el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se deriva, precisamente, en no haber adoptado medidas de prevención y detección, con el fin de impedir que sus empleados realicen hechos delictivos. La responsabilidad de la persona jurídica es otro de los pilares de la nueva estrategia anticorrupción: la de exigir una implicación al sector privado en la lucha contra la corrupción y no entender que ésta es obra de funcionarios públicos desleales.

La tercera novedad que introduce la FCPA es la extraterritorialidad del Derecho penal nacional. Cuando los delitos de corrupción se concebían exclusivamente en cuanto al perjuicio a la administración pública de un Estado, la competencia de cada país se limitaba a la protección de la probidad de su propia adminis-

tración. La estrategia era que cada uno se ocupaba de sus propios funcionarios. Por esta razón, el empresario español que sobornaba a un funcionario polaco en Madrid no cometía ningún delito; tampoco, por supuesto, y conforme al Derecho español, si lo hacía en Polonia. Lo que era delito perseguible en España, conforme al principio de protección de intereses, era la corrupción de un funcionario español en Polonia por un ciudadano polaco o por cualquier otra persona. La FCPA rompe con este esquema y sanciona precisamente la corrupción de funcionarios de otros Estados y organizaciones internacionales realizada por empresas norteamericanas o realizada en el territorio de Estados Unidos.

Cada uno de estos puntos se corresponde con la creación de “más Derecho penal”: más Derecho penal para sancionar la corrupción entre privados, más Derecho penal para sancionar penalmente a las personas jurídicas, más Derecho penal para sancionar la corrupción realizada fuera del territorio.

### III. La corrupción entre privados

Sancionar la corrupción entre privados en los países de la UE es consecuencia del Derecho de la Unión Europea. Es verdad que desde comienzos del siglo xx en algunos países de la UE se sancionaba el soborno de los empleados de empresas privadas, pero en la práctica estas infracciones apenas tenían importancia. La Acción Común,<sup>14</sup> primero, y la Decisión Marco de la UE,<sup>15</sup> después, sobre corrupción en el sector privado han servido como revulsivo para llamar la atención sobre este nuevo tipo de corrupción. Igualmente, tanto la Convención del Consejo de Europa sobre la Corrupción (art. 7) como la Convención de Naciones Unidas (art. 21) contienen una previsión similar a la de la directiva europea.<sup>16</sup>

Precisamente por la importancia de la legislación supranacional en esta materia, resulta especialmente preocupante que ninguno de estos instrumentos ten-

<sup>12</sup> Cfr. Woof y Craag, “The US Foreign Corrupt Practices Act: The Role of Ethics Law and Selfregulation in Global Markets”, en Craag (ed.), *Ethics Codes, Corporations and the Challenge of Globalization*, 2005, pp. 112 y ss.

<sup>13</sup> Más detalles en Gómez Jara, *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.*, Ramón Areces, 2006, pp. 63 y ss.

<sup>14</sup> Acción Común de 22 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la UE, sobre corrupción en el sector privado, DOUE, L 358, 31 de diciembre de 1998.

<sup>15</sup> Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, DOUE, L 192, 31 de julio de 2003.

<sup>16</sup> Para un panorama de la corrupción entre privados en las convenciones internacionales, Blanco Cordero y De la Cuesta, “La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato”, en Aquorolli y Foffani, *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Giuffrè, Milán, 2003.



ga una imagen clara de hasta dónde resulta legítima la intervención del Derecho penal en este sector. El caso paradigmático es el de la UE. La DM sobre corrupción entre privados planteaba una curiosa forma de transposición a dos velocidades. Hasta 2010 los Estados miembros podían limitar la sanción de la corrupción entre privados a aquellos supuestos en los que “impliquen o puedan implicar una distorsión de la competencia en relación con la adquisición de bienes o servicios comerciales”.<sup>17</sup> Hasta ahora muchos Estados, acogidos a esta previsión, sancionaban básicamente casos en los que varias empresas competían por ofertar sus bienes o servicios a otra y con el fin de ser los elegidos entregaban un soborno a un directivo o empleado que tenía una función básica en este proceso de contratación. Esta conducta es el estereotipo de la corrupción entre privados. El recién introducido artículo 286 bis del Código Penal debe su tenor literal en buena medida a esta restricción,<sup>18</sup> que se acoge en otros países como Alemania, sin duda el país que más ha reflexionado acerca de los límites del Derecho penal en relación con este comportamiento.<sup>19</sup>

A partir de 2010, y tal como se recoge en el Informe de la Comisión sobre la transposición de la directiva,<sup>20</sup> a los Estados se les exige dar un paso más y sancionar la corrupción por el solo hecho de ofrecer un soborno a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales para que infrinja sus obligacio-

nes,<sup>21</sup> en el marco de su actividad profesional. Esta versión amplia de la corrupción de empleados es la que se recoge también en el Convenio de Naciones Unidas y en el Consejo de Europa. Es dudoso que esta concepción amplia resulte compatible con los principios básicos del Derecho penal, que en el caso de la UE derivan de la Carta Europea de Derechos Fundamentales.<sup>22</sup> Que el pacto corrupto tenga por objeto algo tan poco delimitado como el “incumplimiento de las obligaciones de naturaleza laboral” no resulta compatible con el principio de determinación, cualquier infracción del contrato de trabajo, incluidas las infracciones a la buena fe, podría ser constitutiva de delito.<sup>23</sup> Este amplio tenor literal impide además reconocer cuál es el bien jurídico tutelado por la corrupción de empleados. Si hasta el 2010 la Decisión marco ha permitido a los Estados miembros acoger exclusivamente la competencia desleal como bien jurídico protegido, la nueva redacción nos sitúa en una nebulosa, en la que también puede entenderse protegido el correcto cumplimiento de la relación laboral. Indudablemente este bien jurídico, por sí solo, no es merecedor de tutela penal. Conforme al principio de *ultima ratio* del Derecho penal, el Derecho del trabajo o el Derecho civil poseen elementos suficientes para asegurar al empleador el correcto desempeño de la relación laboral.<sup>24</sup> Esta nueva orientación político-criminal de la corrupción de empleados supone poner

<sup>17</sup> Véanse artículos 2.3 y 2.4. Esta última previsión es realmente llamativa. El artículo 2.3 puede entenderse como una manifestación del principio de fragmentariedad del Derecho penal, mientras que el 2.4 lo que viene a indicar es que este principio sólo puede aplicarse de manera transitoria.

<sup>18</sup> Cfr. Castro Moreno, capítulo 13: “Corrupción entre particulares”, en *Memento Experto, Reforma Penal*, 2010, Lefebvre, 2010. Mendoza Buergo, “El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis del CP)”, Díaz Maroto y Villarejo (dirs.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal*, Thomson, Madrid, 2010.

<sup>19</sup> Tiedemann, *Wettbewerb als Rechtsgut des Strafrechts*, Müller-Dietz Festschrift, 2001; *id.*, *Schmiergeldzahlungen in der Wirtschaft*, Lampe-Festschrift, 2003.

<sup>20</sup> Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, basado en el artículo 9 de la DM 2003/568/JAI del Consejo, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, Bruselas, 6 de junio de 2011, COM (2011) 309 final.

<sup>21</sup> Informe de la Comisión, *op. cit.*, p. 2.

<sup>22</sup> Sobre los principios de política criminal básicos del Derecho penal europeo, que no son otros que aquellos que proceden de la tradición liberal europea, véase “Manifiesto para una política criminal europea”, *Revista Penal*, núm. 27, 2001, pp. 83 y ss.

<sup>23</sup> Así, expresamente el Consejo de Europa, en el Rapport Explicatif sobre la Convención: “L’incrimination de la corruption dans le secteur privé a pour objet de protéger la confiance et la loyauté sans lesquelles des relations privées ne peuvent exister. Les droits et obligations afférents à ces relations sont régis par le droit privé et sont dans une large mesure déterminés par contrat. Le salarié, l’agent commercial, l’avocat est censé s’acquitter de ses fonctions conformément à son contrat, lequel comporte, expressément ou implicitement, une obligation générale de loyauté à l’égard de son supérieur hiérarchique ou de son mandant — obligation générale de ne pas agir au détriment de ses intérêts. Une telle obligation peut, par exemple, être incluse dans les codes de conduite que les entreprises privées développent de plus en plus fréquemment. L’expression ‘en violation de ses devoirs’ ne vise pas seulement à assurer le respect d’obligations contractuelles spécifiques, mais plutôt à garantir qu’il n’y aura pas de violation du devoir général de loyauté vis-à-vis des affaires ou intérêts de l’employeur ou mandant”.

<sup>24</sup> Sobre los distintos modelos del delito de corrupción entre particulares en la UE, véase Nieto Martín, *Revista Penal*, 2002. La comprensión de la corrupción entre privados como un delito que afecta a la buena fe laboral es característica del Derecho penal francés, donde esta infracción se regula en la legislación laboral; al respecto, Lucas de Leyssac, “Il delitto di corruzione dei dipendenti in Francia”, en Acquaroli/Foffani, *La corruzione tra privati*, *op. cit.*, pp. 101 y ss.

el Derecho penal por completo al servicio del cumplimiento de obligaciones de carácter civil, algo que resulta incompatible con el principio de fragmentariedad y *ultima ratio* del Derecho penal.

Esta crítica no es óbice a que deba reflexionarse acerca de la necesidad de extender la corrupción entre privados a otros sectores, que van más allá de la existencia de una relación laboral.<sup>25</sup> En algunos países de la UE se sanciona la corrupción en actividades deportivas. Tradicionalmente se pensó que el Derecho disciplinario deportivo era suficiente para la protección del juego limpio dentro del deporte. No obstante, la irrupción de la criminalidad organizada en el mundo de las apuestas deportivas, y las grandes sumas de dinero que mueven estas apuestas en Internet, ha decidido, por ejemplo, al legislador español a su criminalización.<sup>26</sup>

Otro espacio para la reflexión es el de las profesiones cuya función es emitir informes u opiniones, en los que confiamos en que han sido realizados desde una posición de imparcialidad.<sup>27</sup> El prototipo de este nuevo tipo de corrupción serían los auditores de cuentas. El auditor de cuentas que ha sido sobornado para que exponga una versión amable de la situación financiera de la entidad debe ser sancionado. La sociedad tiene una expectativa legítima que debe ser protegida en la imparcialidad del auditor.<sup>28</sup> Algo semejante ocurre con las agencias de *rating* que califican la deuda pública de los Estados o emiten informes acerca de productos financieros. Sin duda, la emisión de un informe o una noticia falsa constituye en muchos casos un delito de abuso de mercado, pero, al igual que en el caso anterior, existe la expectativa de que actúen de manera imparcial.

El caso de los auditores y las agencias de *rating* sirve para mostrar la tenue línea que separa las actividades públicas de las privadas. En este sentido, para entender el delito de corrupción entre privados debe tenerse presente que su necesidad viene dada por otro

importante proceso de privatización. En las últimas décadas, en un proceso que parece no tener fin, la administración pública ha decidido privatizar buena parte de los servicios que prestaba a sus ciudadanos. Antes de 1989 eran funcionarios públicos los que se encargaban de los servicios postales, del teléfono, del transporte, de suministrar las energías básicas, etc. A partir de 1989 estas empresas estatales, cuyos empleados eran funcionarios públicos, a efectos penales se privatizan. La privatización no ha terminado, sino que avanza por terrenos insospechados. En muchos Estados se piensa en privatizar las prestaciones básicas del Estado como la salud, la enseñanza; en casi todos los países hay cárceles privadas, o son compañías de seguridad privadas las que sustituyen a los ejércitos en Afganistán.

La privatización de las funciones públicas es otra buena razón para contar con un delito de corrupción entre privados, entre otras cosas porque, como consecuencia de este proceso, es muy complejo definir hoy qué es un funcionario público a efectos penales. Contar con un tipo de corrupción privada nos obliga a discutir si el médico de una entidad privada a la que la administración deriva pacientes es un empleado público o no lo es, para ver si aplicamos el delito de corrupción pública o privada. Pero nos permite encontrar una sanción en el caso de que una empresa farmacéutica lo haya sobornado para que prescriba sus medicamentos. Algunos ordenamientos han dado un paso más. La *Bribery Act* unifica los delitos de corrupción de funcionarios y de particulares,<sup>29</sup> algo que desde hace tiempo hacían los países nórdicos.

#### IV. La prevención de la corrupción en la empresa

La responsabilidad penal de las personas jurídicas es en realidad un ejemplo de privatización de funciones públicas. La idea que se esconde tras la responsabilidad penal es que la imposición de una pena sirve para

<sup>25</sup> El Convenio sobre la Corrupción del Consejo de Europa con el fin de ampliar el tipo de corrupción entre privados a, por ejemplo, profesiones liberales (corrupción del abogado para que perjudique los intereses de su cliente), habla por ello de entrega de una “ventaja indebida a toda persona que dirige o trabaja para una entidad del sector privado”. Con ello, tal como señala en su Rapport Explicatif: “Ici encore il s’agit d’une notion très large, qu’il faut interpréter de manière générale; en effet, elle recouvre la relation employeur-employé, mais aussi d’autres types de relations, par exemple relation entre associés, entre l’avocat et son client, et d’autres encore dans lesquelles il n’y a pas de contrat de travail”.

<sup>26</sup> Cfr. Castro Moreno, “Corrupción...”, pp. 301 y ss.; Mendoza Buergo, *El nuevo delito, op. cit.*, pp. 446 y ss.

<sup>27</sup> Cfr. Tiedemann, *Manual de Derecho penal económico. Parte General y Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 316.

<sup>28</sup> Sobre la corrupción del auditor de cuentas, véase Nieto Martín, *El régimen penal de los auditores de cuentas. Libro homenaje a Marino Barbero Santos, In Memoriam*, Universidad de Castilla-La Mancha, vol. II, pp. 407 y ss.

<sup>29</sup> Bribery Act 2010, Apartado 3, Function or activity to which bribes related.

motivar a los dirigentes de la persona jurídica a poner en marcha un sistema “policial” interno que impida la comisión de delitos como la corrupción, y que en caso de que se hayan cometido los descubra.<sup>30</sup> La diferencia entre los distintos sistemas de establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas radica en lo siguiente:

En unos ordenamientos, una vez que se comete el delito por un administrador o un empleado, se sanciona indefectiblemente a la empresa, con independencia de los esfuerzos que haya realizado para su prevención. A esta forma de responsabilidad que se sigue, por ejemplo, en Francia o en Alemania, se le denomina responsabilidad vicarial.

Mientras que en otros países, como es el caso de Italia, Austria, Estados Unidos, o la Bribery Act en el Reino Unido, si la empresa ha establecido un sistema de cumplimiento adecuado, no se la sanciona o se le impondrá una sanción atenuada. A este modelo de responsabilidad le llamamos culpabilidad propia de la empresa, porque busca el fundamento de la responsabilidad en un hecho propio de la empresa y no en la infracción cometida por un dirigente o por un empleado.

Pero, repito, con independencia del modelo que se escoja, la finalidad es la misma: solicitar a las empresas que se encarguen de la prevención y del descubrimiento de delitos como la corrupción y que ayuden en esta tarea al Estado. Esta circunstancia ha sido entendida muy bien en el Reino Unido. La Bribery Act ha creado un delito autónomo para la persona jurídica denominado “*failure of commercial organisation to prevent bribery*”.<sup>31</sup> Esta infracción sanciona a la empresa en cuyo nombre y beneficio se práctica la corrupción, pero permite a la empresa defenderse si prueba que “had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with the commercial organization from undertaking such conduct”.

Asimismo, y aunque aparentemente desconectadas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la Convención de la OCDE sobre corrupción de funcionarios públicos extranjeros (art. 8) y la Convención sobre corrupción de Naciones Unidas (art. 12) establecen la obligación de que el sector privado adopte medidas para prevenir la corrupción. La Convención de Naciones Unidas solicita incluso a los Estados que prevean “sanciones civiles, administrativas o penales, eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de estas medidas”.

La pregunta es cuáles son estas “*adequate procedures*” que van a ayudar al Estado en la prevención y el descubrimiento de la corrupción. En el Reino Unido el Ministerio de Justicia ha publicado algunas directrices indicando cuáles son los controles internos que se exigen a las empresas<sup>32</sup> e igualmente existen numerosas *guidances* que proceden de organizaciones internacionales o de ONG, que pueden servir de ayuda a las empresas para aprobar sus políticas anticorrupción.<sup>33</sup> Aunque detallar estas medidas desborda los límites de este trabajo, éstas, a grandes rasgos, vienen a ser las siguientes:

La primera es dejar en claro a sus dirigentes y empleados que existe tolerancia cero contra la corrupción. Éste es el papel de los códigos de ética o políticas anticorrupción que deben adoptar las empresas. Más allá de los casos indubitables de cohecho propiamente dicho, fijar en un mundo global qué es corrupción no siempre es tarea sencilla, pues existen multitud de usos sociales y actividades, como el mecenazgo, la financiación de partidos políticos o las atenciones con empleados públicos o de otras entidades privadas, donde no resulta tan sencillo trazar la frontera de lo lícito y lo ilícito. Por esta razón, las grandes empresas transnacionales se encuentran obligadas a señalar a sus empleados reglas claras de comportamiento

<sup>30</sup> Para más detalles véase Gómez Jara, “La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Arroyo Jiménez y Nieto Martín, *Autorregulación y sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008; Nieto Martín, *La responsabilidad penal de personas jurídicas*, Iustel, Madrid, 2008.

<sup>31</sup> Cfr. Raphael Monty, *The Bribery Act 2010*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 57 y ss.

<sup>32</sup> La prevención de la corrupción es probablemente el ámbito que más se ha desarrollado entre los programas de cumplimiento. Sin ir más lejos, en la Bribery Act, el Ministerio de Justicia ha aprobado algunas directrices para dar una mayor seguridad jurídica a las empresas, véase Ministry of Justice, *The Bribery Act 2010, Guidance about procedures which relevant commercial organizations can put into place to prevent persons associated with them from bribing*, 2011.

<sup>33</sup> Véase por ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad, *World Economic Forum, Partnering against Corruption Principles for Countering Bribery*, 2005; Transparency International, *Business Principles for Countering Bribery, Dec. 2002*; OCDE; *Guidelines for Multinational Enterprises*, 2011-Edition (cap VII, “Combating Bribery, Bribe Solicitation and Extortion”), específicamente sobre corrupción en transacciones económicas internacionales, *Good Practice, Guidance on Internal Control, Ethics and Compliance*, 18.2.2010; ICC, *Combating Extortion and Bribery: ICC Rules of Conduct and Recommendations*, 2005 Edition. En la bibliografía el trabajo más completo es el de Dölling (ed.), *Handbuch der Korruptionsprävention*, Beck, 2007.

(ejemplo: queda prohibido entregar a funcionarios públicos regalos distintos de los que figuren en un catálogo de la empresa) o poner a su disposición canales de consulta (*help desk*) donde puedan aclarar dudas. Dada la complejidad de la materia, y ante la necesidad de que los empleados interioricen los valores que implica la lucha contra la corrupción, la formación es una herramienta imprescindible en esta materia. No cabe duda de que las normas internas de las empresas acabarán finalmente integrándose en los tipos penales y deberá tenerlas en cuenta el juez para determinar los casos dudosos de corrupción. En otras palabras, esta normativa interna viene a rellenar el concepto de adecuación social que tanta importancia tiene en la interpretación de los delitos de cohecho.

Los códigos de ética o las políticas de empresa deben ir, además, más allá de las prohibiciones penales y establecer normas de flanqueo que hagan más difícil que aparezca la corrupción. De este modo, y aunque no existan disposiciones legales en la materia, tal como señala el Convenio de Naciones Unidas (art. 12.2 e), deberían “prevenir conflictos de intereses” impidiendo la contratación, durante un tiempo razonable, de personas que hayan ocupado altos cargos en la administración.

Poner normas no basta para prevenir la corrupción. Resulta necesario además instaurar procedimientos internos dentro de la empresa que contribuyan al cumplimiento de las normas. En concreto, esto significa que hay que crear controles para que no pueda sobornarse a funcionarios públicos con bienes o ventajas patrimoniales procedentes de la empresa. Si, por ejemplo, en una entidad hay un gran número de empleados con tarjetas de crédito y el control sobre los gastos es escaso, hay una fuente de peligro. Igualmente, si los procesos de contratación de persona son poco transparentes, la ventaja ilícita puede consistir en la contratación indebida de un familiar del funcionario

público que debe adoptar una importante decisión acerca de la empresa. Especialmente relevantes en la prevención de la corrupción son las normas de contabilidad y auditoría y de control de la contratación, con el fin de prevenir la formación de cajas negras. Tal como indica la experiencia, las cajas negras suelen realizarse utilizando contratos ficticios mediante los que se finge la salida de fondos de la entidad.<sup>34</sup> La existencia de “cajas b” pone de manifiesto que la corrupción en la empresa es una práctica extendida y echa por tierra la credibilidad del resto de las medidas anticorrupción. Implantar un sistema de autorización del gasto o de cuatro ojos en los contratos que se estimen más peligrosos, desde el punto de vista de su posible simulación (v. gr. la contratación de empresas consultoras) y una adecuada revisión contable es imprescindible para que efectivos de la empresa se oculten y sirvan para realizar pagos ilícitos.<sup>35</sup>

Una medida extraordinariamente interesante, sobre todo en el marco de la corrupción internacional, es el control de la honorabilidad de los asesores, por ejemplo, los abogados que contrata la empresa, los proveedores o los *partners* de negocios (*due diligence*).<sup>36</sup> Se trata de un mecanismo similar al de “conozca a su cliente” que opera como mecanismo de prevención del blanqueo de capitales. Muchas empresas, por ejemplo, no contratan o no hacen negocios con empresas que no tienen una política anticorrupción similar. En ocasiones obligan incluso a que se acepte, si quieren hacer negocios, la política anticorrupción de la empresa. Este mecanismo me parece un arma muy poderosa de extensión de la lucha anticorrupción. Si en una zona de África o Asia una gran multinacional obliga a todos sus proveedores y socios, si quieren serlo, a adoptar medidas anticorrupción, esta medida puede ser más efectiva que muchos cambios legislativos.

Las medidas que acabo de señalar tienen que ver con la prevención de la corrupción, pero también es

<sup>34</sup> Colombo, “Dir Rolle der sachwarzen Kassden in der Vorbereitung eines Bestegungssystems”, en Pieth y Eigen, *Korruption..., op. cit.*, pp. 148 y ss.

<sup>35</sup> Como sabemos, fue la FCPA la que por primera vez insistió en la necesidad de contar con procedimientos contables adecuados para prevenir la corrupción. El Convenio OCDE en su artículo 8 (Contabilidad) y el Convenio de Naciones Unidas en su artículo 12 obligan a los Estados firmantes a que tomen las medidas legislativas adecuadas en materia de contabilidad, de mantenimiento de libros y registros o de publicación de estados financieros con el fin de prohibir el establecimiento de cuentas fuera de los libros, la realización de transacciones extracontables o insuficientemente identificadas, el registro de gastos inexistentes, el asiento de partidas del pasivo con una incorrecta identificación de su objeto, así como la utilización de documentos falsos.

<sup>36</sup> Véase International Association of Oil & Gas Procedures, *Guidelines on reputational due diligence*, Report nº 355, 2004. El Convenio anticorrupción de Naciones Unidas recoge expresamente esta obligación en su artículo 12. 2 c), indica que los Estados miembros deben promover la adopción de medidas como “promover la transparencia entre entidades privadas, incluidas, cuando proceda, medidas relativas a la identidad de las personas jurídicas y naturales involucradas en el establecimiento y la gestión de las empresas”.

necesario que las empresas participen en su investigación, en su descubrimiento e incluso en su sanción.

Empiezo por esto último. El código de ética de una empresa o la política anticorrupción sólo es creíble si es obligatoria y para ello es imprescindible sancionar disciplinariamente a quienes los infrinjan. A mayor responsabilidad dentro de la empresa, mayor y más eficaz debe ser la sanción. Las sanciones laborales tienen un gran carácter intimidatorio. Si el directivo de una entidad es despedido por corrupción, no sólo perderá su empleo, sino que además le será más difícil encontrar otro, sobre todo si las empresas, como empieza a suceder, en su política de contratación de personal evitan contar con personas que tengan un “perfil” peligroso.

Para el descubrimiento de la corrupción es esencial contar con un buen sistema de denuncias internas.<sup>37</sup> La mayoría de los códigos de ética de la última generación incorporan un “canal de denuncia”, de tal manera que cualquier empleado puede denunciar una infracción del código. Muchos de los grandes escándalos financieros, por ejemplo el de Enron, se han descubierto gracias a *Whistleblowers* que han roto la ley del silencio que a veces reina en las empresas. Para que existan personas dispuestas a cooperar es necesario que haya una protección penal que sancione severamente a quien realiza algún tipo de amenazas contra el denunciante, como hace la legislación estadounidense, pero también es preciso que la propia empresa fomente una cultura interna abierta y, sobre todo, que el derecho del trabajo tutele a estas personas.

Una pieza esencial en la organización preventiva de la empresa son las investigaciones internas. Lo normal es que cuando la empresa tiene conocimiento de una irregularidad a partir de una denuncia, lo investigue internamente. Las investigaciones internas,<sup>38</sup> que se han puesto de moda, por ejemplo, en Alemania a partir del caso Siemens, plantean muchos proble-

mas jurídicos que están por resolverse. Mencionaré sólo los tres que me parecen más importantes.

El primero de ellos es qué hacer con los resultados de la investigación. En una situación ideal, la empresa que ha adoptado medidas de prevención eficaces y que gracias a ellas ha descubierto un caso de corrupción, debería ponerlo en manos del Ministerio Fiscal. Como ha demostrado tener una buena organización preventiva, no debería ser sancionada. Ahora bien, esta situación ideal no existe en la mayoría de los ordenamientos. La empresa que denuncia un caso de corrupción en la mayoría de los ordenamientos en realidad “confiesa” su infracción, y lo más que puede esperar es que se atenúe la sanción.

Un segundo problema, ligado al anterior, es si la empresa al menos puede “controlar” la documentación y los resultados de su investigación. Una reciente sentencia del TJCE—AKZO— señala que los abogados internos (*in house lawyer*) que realizan una investigación dentro de la empresa no están protegidos por el *legal privilege*. Esto quiere decir que, por ejemplo, el Ministerio Fiscal puede requerir toda la investigación y su documentación. La empresa le habría hecho ya el trabajo. La lección que se obtiene de la jurisprudencia del TJCE es que las investigaciones internas deben ser realizadas por abogados externos que gozan del *legal privilege*.<sup>39</sup>

Un tercer problema afecta a los derechos de las personas investigadas internamente. Existe un claro conflicto de intereses entre, por un lado, el derecho del trabajo que obligaría a los empleados a informar de todo aquello relacionado con su actividad en el transcurso de una investigación interna y, por el otro, el derecho de estas mismas personas a no declarar contra sí mismos. Las declaraciones que el empleado hace en la investigación interna, si la empresa decide colaborar, pueden ir a parar a manos del Ministerio Fiscal.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> Sobre Whistleblowing, desde distintos ángulos, véase Rodríguez Yagüe, “La protección de los Whistleblowers por el ordenamiento español: aspectos sustantivos y procesales”, en Arroyo/Nieto, *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Colección Marino Barbero Santos, Cuenca, 2006; Ragués i Vallés, “Héroes o traidores”, *Indret*, núm. 3, 2006. Una buena panorámica comparada que plantea los problemas clave, en Martin y Deviard, “Die Implementierung von Whistleblower-Hotlines aus US-amerikanischer, europäischer und deutscher Sicht”, *CCZ*, núm. 6, 2009, pp. 201 y ss.

<sup>38</sup> Cfr. Moosmayer/Hartwig, *Interne Untersuchungen*, Beck, Múnich, 2012.

<sup>39</sup> Tripplett Mackintosh/Angus, “Conflict in confidentiality: How E.U. Laws Leave In-House Counsel Outside The Privilege”, *The International Lawyer*, núm. 35, 2004. Sobre la sentencia Akzo, Pérez Fernandez, “The Difficult Relationship between Restraints to the Attorney Cilen Privilege and Compliance with the Law by Companies”, *European Criminal Law Review*, núm. 3, 2011, pp. 274 y ss.

<sup>40</sup> Cfr. Wagner, “Internal Investigations und ihre Verankerung im Recht der AG”, *CCZ*, núm. 1, 2009, pp. 8 y ss.; Schürle y Mary Olbers, “Praktische Hinweise zu Rechtsfragen bei eigenen Untersuchungen im Unternehmen”, *CCZ*, núm. 5, 2010, pp. 178 y ss.; Fritz/Nolden, “Unterrichtungspflichten ein Einsichtsrechte des Arbeitnehmers im Rahmen von unternehmensinternen Untersuchungen”, *CCZ*, núm. 5, 2010, pp. 170 y ss.

Estos interrogantes que pesan sobre las investigaciones internas deben resolverse cuanto antes. Esta herramienta es central a la hora de articular la colaboración empresa-Estado en la que se basa la nueva estrategia anticorrupción.

### V. La Bribery Act y la internacionalización de la represión

La tercera característica de la “privatización” de la lucha contra la corrupción es la extraterritorialidad del Derecho nacional. Esto es, que se pueda castigar la corrupción que tiene lugar más allá de las fronteras, incluso si afecta a funcionarios de otros países u organismos nacionales. La estrategia de política criminal que existe tras esta idea es clara: las empresas multinacionales deben exportar sus estándares nacionales de corrupción allí donde hagan negocios; las prácticas locales, por corruptas que sean, no pueden servir de excusa para la corrupción.

No todos los países han articulado de igual manera la aplicación extraterritorial de su derecho. En este punto se ha utilizado el principio de personalidad activa, de acuerdo con el cuál puede perseguirse la corrupción del funcionario público extranjero realizada por un nacional con independencia del lugar de comisión. Una de las principales características de las convenciones internacionales, empezando por la de la OCDE, es una interpretación amplia del principio de territorialidad, de modo tal que basta con que una pequeña parte del comportamiento típico se haya cometido en el Estado del cual procede la empresa para considerar que existen competencias. De este modo, aunque la mayoría de los comportamientos de corrupción realizados por una empresa española se hayan realizado, por ejemplo, en Marruecos, bastaría con que una pequeña parte del comportamiento se hubiera realizado en España.

Estos dos criterios presuponen, en cualquier caso, una conexión, ya sea por la nacionalidad del autor o por el lugar donde se han realizado los hechos con el Estado donde tendrá lugar el proceso penal. Pero resultan ineficaces en muchos supuestos de corrupción internacional, en los que el autor puede ser un

intermediario o un directivo regional que no posea la nacionalidad del Estado donde tiene su sede la empresa y dónde no sea posible encontrar ningún nexo territorial. Por esta razón, resultan de gran interés las previsiones de la Decisión marco de corrupción entre privados donde se indica que los Estados miembros deben tener competencias cuando la infracción haya sido cometido en beneficio de una persona jurídica cuya sede se encuentre en el territorio del Estado miembro (art. 7.1 c).

Aunque teóricamente, como vemos, resulta sencillo extender la competencia, el problema práctico es la investigación de hechos que ocurren principalmente en el extranjero. La investigación judicial debe acudir siempre a la cooperación judicial, y además en situaciones complejas. Retomando un ejemplo anterior, no es creíble que Marruecos esté dispuesto a cooperar judicialmente con España, si se investiga un caso de corrupción en el que está envuelto un alto funcionario del gobierno marroquí.

Por este motivo, la solución que recientemente ha ofrecido la Bribery Act resulta de gran interés. De nuevo, se basa en la privatización de la lucha contra la corrupción. La Bribery Act ha creado, como sabemos, una infracción que castiga a las empresas que no previenen la corrupción de manera adecuada. La opción del legislador ha sido aplicar esta infracción extraterritorialmente. Esta decisión facilita mucho las cosas porque ya no es necesario recurrir a la cooperación. Por un lado, la sanción de la empresa no se vincula a la sanción de las personas que han actuado. Basta con saber que alguien en nombre de la empresa ha realizado el soborno. A partir de aquí, lo decisivo para el proceso es demostrar si la entidad tenía o no un programa de prevención adecuado, y para investigar este asunto, hace falta poca cooperación judicial.<sup>41</sup> Las cuestiones más importantes deben investigarse en la sede de la empresa localizada en el Reino Unido.

Lo espectacular de la Bribery Act en este punto es que somete a esta infracción a todas las empresas que realicen negocios en el Reino Unido.<sup>42</sup> Es decir, las empresas españolas o polacas que realizan negocios en Londres están sujetas a esta ley, lo que significa que deben adoptar medidas de prevención y que, en

<sup>41</sup> Apostando por una estrategia similar en materia de medio ambiente, Nieto Martín, “Bases para un Derecho penal internacional del medio ambiente”, en Esposito y Garcimartín, *La protección de bienes jurídicos globales. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2012, pp. 158 y ss.

<sup>42</sup> Bribery Act 7 Failure of comercial organization to prevent bribery, 5.

caso contrario, pueden ser castigadas. Puesto que las empresas más importantes del mundo realizan negocios en el Reino Unido, la Bribery Act en realidad ha dado un paso decisivo: de hecho ha instaurado el principio de justicia universal en materia de corrupción, pero —y esto es también muy novedoso— centrado en las personas jurídicas.

## VI. Viaje de vuelta: el proyecto de ley de transparencia

Las líneas anteriores han pretendido mostrar los aspectos principales de la nueva política anticorrupción que gira de lo público a lo privado. Ahora bien, al menos en nuestro país, este giro tiene aspectos paradójicos. Las empresas tienen que organizarse y crear mecanismos internos que prevengan la corrupción, pero ¿y qué ocurre con las administraciones públicas?, ¿no sería razonable que la ley les impusiera obligaciones semejantes?, ¿que contaran con responsables de cumplimiento, con códigos éticos, canales de denuncias, políticas en las que se detallan qué pueden y qué no pueden hacer los funcionarios públicos? El Convenio de Naciones Unidas en materia de corrupción dedica gran parte de su articulado (arts. 5-11) a la necesidad de establecer medidas para prevenir la corrupción en el seno de las administraciones públicas.

La Ley de transparencia que prepara el gobierno español<sup>43</sup> supone, desde esta perspectiva, un primer paso. El Título III del Proyecto establece los principios éticos para altos cargos de la administración que tienen que sumarse a las medidas de control, que ya figuraban en la Ley 7/2006 de conflictos de intereses de miembros del gobierno y altos cargos de la administración. Estos principios éticos y de actuación son sin embargo extraordinariamente vagos, tan vagos o más que la mayoría de los principios y valores se recogen en los códigos de ética de las empresas. Como hemos visto, la nueva estrategia de lucha contra la corrupción exige a las empresas algo más que contar con códigos de ética, les exige concretar y regular

pormenorizadamente en su empresa los comportamientos que prohíbe, les exige establecer responsables, les exige formación, canales de denuncias y protección de los *whistleblowers*, medidas de control para elegir proveedores, etc. Nada de eso se encuentra en la Ley de transparencia. En realidad lo que debería hacer esta ley es ni más ni menos que trasladar a las administraciones públicas la idea del programa de cumplimiento que están poniendo en marcha las empresas.

Toda corporación pública debería dotarse de un programa de cumplimiento en materia de corrupción y, cerrando el círculo, su no implantación o su implantación eficaz, en caso de que se produzca un comportamiento corrupto por alguno de sus miembros, debería dar lugar a la imposición de sanciones. En algunos países de la UE, por ejemplo: Holanda, no es un tabú sancionar a los organismos públicos, y esta idea me parece sugerente. En España, por ejemplo, los políticos corruptos siguen siendo elegidos por los ciudadanos. Las cosas cambiarían si, por ejemplo, como consecuencia de la corrupción, y de la multa impuesta sobre el organismo público, éste dejara de prestar determinados servicios. Igual que la sanción a la empresa intenta motivar a los socios a preocuparse por las medidas de control de la corrupción, la sanción al ayuntamiento, a la comunidad autónoma o a la universidad, debería, idealmente, motivar a los votantes a exigir *compliance programs* en las administraciones públicas.

No obstante, y entendiendo que esta idea tiene grandes inconvenientes político-criminales, las entidades públicas podrían ser objeto de sanciones no penales, administrativas o disciplinarias y, sobre todo —y ésta creo que es la clave— no pecuniarias. Cabe pensar en sanciones reputacionales, como la publicación de la sentencia condenando por “corrupción” a un municipio, o, en los casos más graves, la intervención o curatela de la entidad pública, a los fines exclusivos de que se supervise la implantación de programas de cumplimiento.

<sup>43</sup> <http://www.leydetransparencia.gob.es/anteproyecto/index.htm#AR1>.







## La legalidad y la determinación de la ley penal: el significado lingüístico, la interpretación y el concepto de la *regula iuris*

Francesco Palazzo

Universidad de Florencia, Italia

Revista Penal México, núm. 4, marzo-agosto de 2013

**RESUMEN:** Se analiza la crisis contemporánea de la ley y del Principio de legalidad, destacando que no todos los contenidos de la legalidad penal padecen dichos efectos negativos. El Principio de irretroactividad de la ley penal se encuentra a salvo de cualquier crisis por ser irrenunciable. También están a salvo aspectos sustanciales de los principios de reserva de ley y de determinación. En síntesis, el Principio de legalidad no muere pero sí se transforma, exigiendo al jurista un nuevo empeño.

**PALABRAS CLAVE:** Principio de legalidad, Ley Penal, Principio de irretroactividad, Principio de determinación.

**ABSTRACT:** This paper explores the contemporary crisis of law and the legality principle, emphasizing that not all contents in criminal legality have such negative impacts. The principle of non-retroactivity of penal law is free from any crisis because it is unavoidable. Other crucial aspects of the principles of reserve of the law and determination are also exempt of crises. Briefly, the legality principle does not expire but it is transformed requiring from the jurist further effort.

**KEY WORDS:** legality principle, penal law, non-retroactivity principle, determination principle.

**SUMARIO:** 1. Crisis de la ley, crisis de legalidad. 2. Contenidos de la legalidad penal. 3. Legalidad penal y crisis de la ley. 4. La determinación de las normas de la parte general y de las previsiones sancionadoras. 5. Las sentencias de ilegitimidad constitucional por indeterminación. 6. Las sentencias de infundamentación de las cuestiones de indeterminación y significado lingüístico. 7. Continuación: indeterminación e interpretaciones correctivas de la Corte Constitucional. 8. El significado interpretativo en el "derecho vivo" de los jueces y en las interpretaciones correctivas de la Corte Constitucional. 9. Determinación y concepto de la regla iuris: el ordenamiento de las Cortes europeas.

**OBSERVACIONES:** Traducción realizada por Irene Melero Sánchez (Universidad de Salamanca) y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva).

### 1. Crisis de la ley, crisis de legalidad

Es casi un lugar común hablar de crisis de la ley. De aquí se llega a la tan obvia como agobiante realidad, respecto a la crisis de la legalidad, naturalmente también en el área del Derecho penal. Entonces se elevan altas y difusas manifestaciones, para que el Derecho penal no pierda su orientación al principio fundamental y constitutivo de su propia manera de ser: el Principio de legalidad, que viene, por lo tanto, propuesto nuevamente como baluarte de civilismo en los enfrentamientos del legislador y del juez, quienes formulan ciertas pretensiones destinadas, desafortunadamente, a ser incumplidas, por lo regular, sin que se aprecien señales de una vuelta del triunfo de la ley.<sup>1</sup>

Asumiendo *el ahimé* (dolor y compasión) como un hecho de la crisis de la ley, queremos en cambio buscar la manera de decir cómo las repercusiones negativas en la legalidad penal, si bien son claramente indudables, no son tan automáticas, integrales y negativas como parecen. Así pues, querríamos exhortar, una vez más, a que el empeño por el “relanzamiento” —digámoslo así— de la legalidad no se resuelva con una contemplación imposible de un mundo jurídico que no existe más, pero que garantiza el rescate de las irrenunciables exigencias sujetas a la legalidad en la realidad actual.

Crisis de la ley, por lo tanto, es casi inmensa, y sus raíces están tan notoriamente multiplicadas y son tan profundas, que se revela como crisis estructural. Se puede quizás llegar a la hipótesis, en primer lugar, de que la crisis de la ley encuentra una de sus causas en el plano filosófico, en el sentido de que ésa sea incluso una de las tantas formas de manifestación de la crisis más generalizada del pensamiento occidental.<sup>2</sup> La ley, como expresión normativa de aquel voluntarismo imperante, con el que el hombre occidental ha afirmado la propia subjetividad, plegándose a la realidad en

una relación —indirecta luego de la ciencia y de la técnica— en la cual los “entes” están todos pensados en función del hombre y de su exigencia de seguridad dominante. Desde el mismo momento en que este pensamiento del Occidente, ordenador y racionalizador, muestra su incapacidad de ver en conjunto toda la inagotable y desorientada riqueza del ser, reducida sin embargo, al ente como el definido y pensado por el sujeto, entonces el nihilismo imperante arrolla también a la bondad intrínseca de la ley de la memoria socrática.<sup>3</sup>

Pero dejando de lado estas influencias de estampa filosófica, sin duda está en segundo lugar la raíz político-institucional de la crisis de la ley. Lejos está de ser aquí compendiada en forma apresurada, por un lado, en la crisis de la representación parlamentaria y del principio mayoritario (los dos pilares de la democracia), incapaces ya de asegurar a la ley contenidos normativos siempre y necesariamente lo bastante “buenos” para atribuirlos a aquella majestuosidad de la cual se ha alimentado el principio de legalidad.<sup>4</sup> Por otra parte, y como consecuencia de ello, el control de constitucionalidad de las leyes ha acercado a la legalidad tradicional una prepotente legalidad constitucional, que ha alterado a profundidad los equilibrios de poder institucional sobre los que se fundaba el *nullum crimen nulla poena sine lege*.<sup>5</sup>

En fin, sobre el plano que llamaremos técnico-hermenéutico, sobre el cual la ley vive su única y verdadera vida normativa, los progresos de los estudios de hermenéutica jurídica han valorado el contexto aplicable respecto del texto legislativo, demostrando cuando menos cómo el principio de legalidad es algo mucho más complejo que el ciego guardián de la omnipotencia del legislador, asumiendo ello, el bien más cauteloso, encargado de poner en equilibrio el texto y el contexto, o bien —en términos político-constitucionales— ley y juez.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Cfr. M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tradifferenziazione e sussidiarietà*, Milán, 2004, pp. 145 y ss.; G. Fiandaca, “La legalità penale negli equilibri del sistema politico-istituzionale”, en *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padua, 2002, pp. 3 y ss.; F. Giunta, “Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità, oggi”, en *Studi in ricordo di G.D. Pisapia*, I, Milán, 2000, pp. 63 ss.; Insolera (ed.), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Boloña, 2005, pp. 11 y ss.; F. Palazzo, “Il diritto penale incerto ed efficace”, *Cass. Pen.*, 2001, pp. 1193 y ss.

<sup>2</sup> U. Galimberti, *Il tramonto dell'Occidente nella lettura di Heidegger e Jaspers*, Milán, 2005, *passim*.

<sup>3</sup> N. Irti, *Nihilismo giuridico*, Roma-Bari, 2005, pp. 5 y ss.

<sup>4</sup> S. Pajno, “Considerazioni su principio democratico e principio di legalità”, *Dir. Pubbl.*, 2005, pp. 467 y ss.

<sup>5</sup> P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milán, 2001, pp. 43 y ss.

<sup>6</sup> G. Fiandaca, “Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale”, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 353 y ss.; F. Palazzo, “Regole e prassi dell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico”, *Dir. priv.*, 2001-2002, *L'interpretazione e il giurista*, pp. 507 y ss.; V. Villa, “Un approccio pragmaticamente orientato alla interpretazione giuridica”, en *Quest. Giust.*, 2005, pp. 934 y ss.

## 2. Contenidos de la legalidad penal

Como enseñan casi todos los manuales italianos y extranjeros, el contenido del principio de legalidad en materia penal es triple, así como diversas son las exigencias sostenidas a aquellos tres subprincipios. Reserva de ley, determinación e irretroactividad son las tres notas articuladoras del unitario principio de legalidad: cada una de ellas revela un diferente grado de adaptabilidad y de resistencia al choque de las mutaciones históricas.<sup>7</sup> En otros términos, se podría decir que mientras alguno de aquellos subprincipios tenga una vocación al menos tendente a la universalidad, otros presentan un relativismo histórico más que sobresaliente.<sup>8</sup> De hecho, la reserva de ley parece ser el principio más condicionado históricamente, en cuanto presupone, en primer lugar, la existencia de una pluralidad de fuentes del Derecho, entre las cuales se impone la exigencia de una jerarquía, de una selección y de una concentración, que, evidentemente, no tendrían sentido alguno en un ordenamiento en el cual el poder normativo estuviera, en cambio, concentrado en la única fuente y en un único órgano. En segundo lugar, justamente porque se selecciona la elección entre fuentes diferentes, la reserva de ley presupone que son practicables los criterios de elección para la individualización de las fuentes “mejores”; mientras, donde esta jerarquía cualitativa entre las fuentes no sea instaurable, o sea en cualquier caso rebatida por los hechos, el sentido profundo de la reserva viene disminuido, e históricamente relativizado su valor político-jurídico de principio fundamental de Derecho penal.

En el extremo opuesto de la Ley penal se encuentra el Principio de irretroactividad (esta ley es obviamente desfavorable). Lo que parece, de hecho, decantarse por la inmutabilidad y el reconocimiento general en tiempos y en lugares diferentes, que lo hacen un principio tendencialmente universal; de ello es prueba indirecta y exterior, pero no insignificante, el hecho de que muchos enunciados constitucionales están basados sobre la prohibición de la retroactividad de la Ley penal, y es casi la demostración verbal de que ello constituye el marco del principio de legalidad. Efectivamente, en otras ramas del Derecho, la disciplina

*ex post* de las consecuencias de determinados hechos o actos pasados, en cuanto se refiere solamente a su sucesiva realización, la necesidad o el mérito de su disciplina jurídica, que es del todo plausible resulta apreciable. El Derecho civil o el administrativo, precisamente porque dan forma y eficacia jurídica a las relaciones interpersonales y a situaciones de hecho, a la vista de la realización de los intereses de los sujetos agentes bien pueden intervenir *ex post facto*, al menos de manera excepcional o residual. En el Derecho penal, en cambio, la norma penal se pone siempre y necesariamente en relación directa con el sujeto agente y con su capacidad de actuar. El interés de la sociedad por la tutela de los bienes jurídicos y el interés del sujeto por el ejercicio de la propia libertad de autodeterminación coinciden en esto, en la necesidad de que la norma pueda condicionar la elección de la acción del sujeto, de aquellas elecciones potencialmente ofensivas para los bienes jurídicos. Pero, en verdad, en la realidad de las decisiones concretas de las acciones de los hombres, éstos no siempre actúan ponderando todas las consecuencias de sus propias acciones, pero esta desconsideración de la propia elección de las acciones es un límite suyo, más o menos voluntario. Lo que importa es que los individuos puedan actuar sobre la base de una valoración previa de las consecuencias y, por lo tanto, que el ordenamiento —de una parte— garantice las condiciones para estas valoraciones previas. El principio de irretroactividad, mejor visto, garantiza dos veces al individuo por delante del ordenamiento: la primera, preparándolo para que actúe con libertad y autodeterminación; la segunda, porque evita que el poder punitivo ceda ante la tentación de utilizar retroactivamente la Ley penal, para golpear legalmente a los propios enemigos mediante la incriminación instrumental.

La determinación se ubica, por así decirlo, a mitad de camino entre el relativismo tendencial de la reserva y el carácter universal de la irretroactividad. El principio de determinación comparte con la reserva de ley la aspiración y el fundamento democrático, en la medida en que concurre tener concentrada en la Ley la producción de la *regula iuris* y en la medida —históricamente relativa y mutable— en que la ley sea expresión de la voluntad democrática y, por

<sup>7</sup> G. Vassalli, “Nullum crimen, nulla poena sine lege”, *Dig. disCo pen.*, VII, Turin, 1994, pp. 278 y ss.; F. Palazzo, *Ancora sulla legalità in materia penale, quaderno, Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, 5, Turin, 1995, pp. 59 y ss.

<sup>8</sup> De igual modo, M.L. Rassat, *Droit pénal général*, Paris, 1999, p. 117.

el contrario, el juez sea privado de legitimación democrática. Con el Principio de irretroactividad, por otra parte, la determinación comparte la garantía de la libertad de autodeterminación del individuo, en la medida en que logre hacer previsible las consecuencias penales del propio comportamiento sobre la base de las disposiciones legislativas existentes. Es más, se podría decir incluso que la determinación devuelve de algún modo efectivo aquella garantía que, confiada a la sola irretroactividad, podría revelarse más aparente que real. Pero respecto a la irretroactividad de la determinación, presenta, por así decirlo, algún punto de fuerza más y un punto de debilidad bastante grande.

De acuerdo con la primera perspectiva, los puntos de fuerza del Principio de determinación consisten en la multiplicidad de las razones que lo fundamentan. La determinación, de hecho, no sólo garantiza —junto con la irretroactividad— la libertad de autodeterminación del individuo, sino que concurre de manera decisiva a asegurar la función de prevención general, tanto negativa como positiva, de la norma penal: es evidente, de hecho, que sólo los preceptos dotados de cierta claridad expresiva pueden lograr, respecto a los destinatarios, la manera de llegar a “persuadirlos” con la intimidación o con la educación para que no tengan comportamientos antisociales. Además, se repite, no sin exactitud, aunque quizá a veces de manera algo esquemática, que la determinación de la previsión legal es una condición porque son mejores garantías tanto la igualdad de trato como el derecho de defensa. Por último, no se olvide que la determinación —desde el particular punto de vista de la tipicidad del ilícito penal— concurre a definir la fisonomía propia de esta última relación a las otras especies de ilícito, asegurándose en particular el fundamental carácter “fragmentario”. Se da por hecho que la fragmentarización es una exigencia garantista primaria del sistema penal, puesto que, en su ausencia, las exigencias de tutela expresadas poderosamente desde la realidad de los casos concretos comprimirían con fuerza (y naturalmente) al juez, a dilatar hasta el final sin limitación el espectro aplicable a las incriminaciones, con la consecuente y correspondiente reducción de los espacios de libertad de los ciudadanos y,

sobre todo, con la consecuente frustración de aquel equilibrio de los intereses contrapuestos expresados por el legislador en el “tipo” criminal encarnado en el supuesto determinado.<sup>9</sup>

En la segunda y fundamental perspectiva, la determinación muestra su punto débil en el hecho de que ésta concierne ya no sólo a la pura preexistencia de la disposición legal (como la irretroactividad), sino al previo conocimiento de la norma en el caso concreto; y esto último es resultado de dos futuras variantes influyentes. Esta breve reseña permite, hasta el momento, tomar la doble dimensión de la determinación, sobre la que deberemos volver una y otra vez. En efecto, se puede hablar de una determinación “en abstracto” y de una determinación “en concreto”. Con la primera la atención se centra sólo en la norma como fórmula en el texto legal, mientras que con la segunda lo que se incita a considerar son los éxitos interpretativos de la disposición legal. Es indudable ahora que los resultados interpretativos dependen de la formulación textual, pero también es indudable que si la determinación pretende garantizar la libertad de autodeterminación del sujeto, esto sólo puede ocurrir asumiendo el parámetro de referencia para la decisión justa de los éxitos interpretativos, esto es, la (previsible) *regula iuris* obtenida por el juez y aplicada al caso concreto, puesto que es la que produce aquellas consecuencias jurídicas sobre las cuales se orienta la decisión del agente.<sup>10</sup>

### 3. Legalidad penal y crisis de la ley

Después de todo lo dicho, volvamos ahora a la crisis de la ley y a la consecuente crisis de legalidad, aclarando enseguida que no todos los contenidos de la legalidad penal padecen los mismos efectos de la crisis de la ley. Está fuera de discusión, ante todo, la irrenunciabilidad, es más, la intangibilidad, del principio de irretroactividad: su carácter de cualquier manera universal lo pone prácticamente al amparo del relativismo inducido por la crisis de la ley y de las fuentes. En relación con la reserva de ley, se asiste a un fenómeno singular y complejo. Indudablemente, por las razones antedichas, la reserva es el principio

<sup>9</sup> Sobre el Principio de tipicidad, véase G. Vassalli, “Tipicità (diritto penale)”, *Enc. dir.*, XLIV, Milán, 1992, pp. 535 y ss., 278 y ss.

<sup>10</sup> Nos permitimos reenviarlo, también por las indicaciones bibliográficas, a F. Palazzo, *Regole e prassi*, *op. cit.*, pp. 544 y ss.; *id.*, “Testo, contesto e sistema nell’interpretazione penalistica”, en *Studi in onore di G. Marinucci*, ed. por E. Dolcini y C.E. Paliero, I, Milán, 2006, pp. 515 y ss.

mayoritariamente expuesto a las consecuencias del proceso de desvalorización de la ley, como ha quedado claro.<sup>11</sup> Justamente la experiencia italiana de la última legislatura ha mostrado cómo la reserva de ley tiene todavía, a pesar de todo, un importante papel garantista por desarrollar. Frente al riesgo de una dictadura de la mayoría política inclinada a perturbar la coherencia, la racionalidad y la justicia del sistema penal, sólo la publicidad de las sedes parlamentarias impuesta por la reserva de ley ha podido garantizar la contención de las averías que de otro modo habrían podido llegar a producir una voluntad política enorme. Indudablemente, la experiencia apenas pasada nos revela cierto movimiento del eje garantista de la reserva, que, en efecto, parece inclinarse más hacia los remedios de la publicidad y de la impugnabilidad de la ley que ha de anteponerse por la Corte Constitucional, antes que sobre la idoneidad del órgano parlamentario, para asegurar contenidos normativos coherentes con los caracteres del sistema penal y dotados de aquella “sustancial” base de legitimación democrática, que sólo una amplia y constructiva dialéctica entre todas las fuerzas políticas puede garantizar. Pero esto no es la confirmación de cierto relativismo en la reserva de ley, la cual, precisamente, exhibe una fisonomía garantista tan cambiante como sensible a los condicionamientos derivados del orden sociopolítico aún antes que constitucionales de los órganos de producción jurídica.

En cuanto al principio de determinación, el discurso es más complejo, con la coherencia del resto, con la duplicidad de su valor garantista que en efecto, por un lado, se fija, tratando de evitar que la base democrática de la *regula iuris* no se pierda en el momento de la aplicación; y, por otro lado, se fija en el cálculo de las consecuencias jurídicas, tratando de evitar que la labor interpretativa del juez se apodere de carencias algo insólitas. Ahora bien, es fácil comprender que la crisis de la ley ha manifestado sus consecuencias, ante todo sobre la primera vertiente de la determinación, mientras que, por otro lado, la determinación ha podido, por así decirlo, tomar ventaja sobre la común vocación universal que este principio comparte con el de irretroactividad. Por otra parte, la irrupción de los estudios sobre la hermenéutica en

general y sobre la jurídica en particular ha hecho que también la segunda clase de determinación, aquella en clave de garantía de libertad de autodeterminación, padeciera un cambio de acento. Como se verá poco más adelante, el eje del Principio de determinación ha ido desplazándose de la formulación del texto legal (en abstracto) a la individualización por parte del juez de la *regula iuris* para el caso concreto. Invocada esta vía, la perspectiva puede posteriormente partirse en dos.

La exigencia garantista de mantener un control de racionalidad y sensatez sobre la actividad interpretativa del juez puede ser perseguida sobre el plano objetivo de la institución jurídica, de su funcionamiento y de los modelos conductuales a proponer —de una manera más o menos inderogable— al magistrado en el desarrollo de su labor.<sup>12</sup> O bien, sobre el plano subjetivo del destinatario particular de la regla individualizada del magistrado, en el sentido de que el parámetro de la racionalidad y sensatez de la actividad interpretativa es justamente el cálculo de la *regula iuris* desde su destinatario. Está claro que la primera perspectiva se pone en relación estructural con respecto a la segunda. Así como está claro que la garantía que va por medio de la institución judicial, puede ser resultado de una actitud cultural espontánea del poder judicial o de una disciplina normativa de la organización judicial, orientada por ello a incidir limitadamente sobre la libertad de ejercicio de la función. En cualquier caso, se trataría de instrumentos —el uno o el otro— muy apartados del resultado final y, por lo tanto, de eficiencia bastante incierta. De todos modos, ciertamente, no garantizan por sí mismos la justiciabilidad —por así decirlo— de la reclamación del individuo frente a un determinado y concreto resultado interpretativo impredecible. De manera distinta, la perspectiva mediante la cual la determinación es empujada a ser sinónimo del cálculo subjetivo de la decisión se abre —como se verá— a la posibilidad extrema de una concreción de la garantía adaptada a las características de la situación y del sujeto histórico, *hic et nunc*, y que es susceptible de ser asistida por los recursos jurisdiccionales que puedan ser ejercidos contra aquellas soluciones interpretativas que se sus traen del cálculo por parte del sujeto.

<sup>11</sup> E. Dolcini, “Il carattere generale e astratto della legge e la riserva di legge in materia penale: principi-cardine dell’ordinamento o perlomeno reminiscenze del passato?”, en G. Cocco (ed.), *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Padua, 2005, pp. 61 y ss.

<sup>12</sup> Para esta alternativa, véase C. Luzzati, *La politica della legalità. Il ruolo del giurista nell’età contemporanea*, Boloña, 2005, pp. 79 y ss.

### 4. La determinación de las normas de la parte general y de las previsiones sancionadoras

¿Cómo no sentirse sorprendido ante el reducido número de sentencias constitucionales —y no sólo en Italia—,<sup>13</sup> que declaran la ilegitimidad de la norma impugnada por violación del Principio de determinación? Y el estupor aumenta si tenemos en cuenta, por un lado, el carácter claramente fundamental de la legalidad penal en general y del subprincipio de determinación en particular y, por otro lado, la ya difusa tendencia de una producción legislativa afectada por los peores defectos en las técnicas de redacción. Sin embargo, evidentemente, no pueden no existir razones serias en la base de este acentuado *self restraint* de la Corte Constitucional.

Empecemos por decir que quizá cierto *self restraint* puede encontrar una razón más o menos evidente y consciente, justamente en una característica congénita del Principio de determinación. La “suficiente” determinación o indeterminación de una norma es un atributo, una cualificación, un juicio de fondo, que tiene un carácter eminentemente cuantitativo: todas las normas, en cuanto expresión de sentido, tienen un margen de indeterminación, así como, al contrario, todas las normas, incluso las peor formuladas, tienen un margen de determinación, a menos que sean expresiones de pura fantasía o de locura. Ahora bien, la “indeterminación de la determinación” puede explicar la indecisión de la Corte a la hora de declarar la inconstitucionalidad, sobre la base de un parámetro que muy a menudo puede prestarse a la oponibilidad de los resultados. A todo esto va unido el hecho de que esta oponibilidad es inherente a un criterio de control de la ley que no respeta su contenido, sino su forma de expresión: sin duda, una condición esencial para la garantía es el cumplimiento de múltiples funciones, pero siempre es un dato extrínseco sobre el cual es comprensible cierta dificultad u oposición a participar en un enfrentamiento argumental cerrado.

En segundo lugar, es evidente que del universo normativo penal, las normas de la parte general y aquellas del sistema sancionador tienden a escapar del control de la determinación. Las primeras tienen un intrínseco y amplio ámbito: es más, quizá pueda

decirse que la existencia de una parte general paga necesariamente el descuento de una tasa suya de determinación relativamente baja. Por otra parte, a la tendente carencia de descriptividad propia de las normas de la parte general señalada respecto de aquellas sobre presupuestos de responsabilidad, que suele ir acompañada de la implicación condicionante de grandes y huidizos principios (la culpabilidad, el choque entre naturalismo y normativismo, etc.), sólo en la elaboración doctrinal pueden encontrar formas expresivas adecuadas a su riqueza y complejidad. Como consecuencia, es más una excesiva rigidez definitoria de la parte general que puede comportar más daños que ventajas, esterilizando la capacidad reguladora del principio, en una determinación legal que termina por ser demasiado distante de las exigencias reales de las instituciones de la parte general.<sup>14</sup> Si acaso, al hilo de lo expuesto, se pueden señalar las reformas “literarias” más o menos extemporáneas, de la parte general (desde aquellas de 1974 y de 1990 a la muy reciente de 2005) que han introducido muy a menudo factores de indeterminación nada indiferentes, en cuanto han establecido una disciplina más detallada. De esta manera la indeterminación consecuente es el fruto de la complejidad de una disciplina en la cual el despliegue de la capacidad reguladora del principio —tal vez obra prevalente de la doctrina—, se ve obstaculizada por la superposición y la intersección de reglas derogatorias y especiales. Es realmente difícil imaginar, sobre la materia, una intervención derogatoria de la Corte Constitucional por indeterminación, excepto la hipótesis extrema por la cual el legislador, fragmentando y derogando la disciplina, no hubiera terminado por crear situaciones de irracionalidad manifiesta.

Como a la norma y a las instituciones sancionadoras, cierta indeterminación de presupuestos y contenidos es, en cierto sentido, congénita en la medida en que ésta se revela funcional a la persecución de la finalidad reeducativa de la pena. La dignidad constitucional de tal objetivo (art. 27.3 de la Constitución italiana) legitima un juicio de balance con la determinación, y a continuación del cual esta última salga, por así decirlo, perdedora. En este punto, al contrario, son fijadas las penas para ser cargadas por un aura de inconstitucionalidad que se disuelve sólo en

<sup>13</sup> Para una comparación con Alemania, véase E.R. Belfiore, *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Milán, 2005, pp. 136 y ss., 169 y ss., 304 y ss.

<sup>14</sup> Sobre el problema de la definición de Derecho penal, véase *Omnia definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, coord. por A. Cadoppi, Padua, 1996, p. 175 y ss.

virtud de la existencia de atenuantes genéricas. Con este marco de fondo, en el cual, por lo tanto, la determinación legal de la pena no parece tener mucho espacio, se ha de reconocer, sin embargo, una doble toma de posición de la Corte Constitucional, que se revela, por el contrario, de máximo interés para los fines del discurso sobre la determinación que estamos por retomar.

Ahora bien, por un lado, la Corte ha sostenido que la elasticidad—constitucionalmente obediente—de la pena no puede ser —por prohibición igualmente constitucional— ilimitada. En esencia, el alejamiento extremo de los límites de las penas máxima y mínima que vienen dados por la norma penal, como sanción del delito, es la señal de una indeterminación previa del contenido descriptivo del supuesto, que no estando, por lo tanto, en grado de pronunciar un contenido homogéneo del desvalor, tiene, por así decirlo, la necesidad de los límites de las penas máxima y mínima que vienen dados por la norma penal, como sanción del delito, indeterminado. O bien, poniendo como previsión sancionadora —aunque numéricamente determinada— no correspondiente al contenido real de la devaluación del supuesto (éste era el caso en la sentencia 299/1992), por consiguiente (por falta de correspondencia), “la atribución al juez de un poder de determinación —de la pena— desvinculado de los efectivos criterios normativos de cuantificación” y, por lo tanto, la violación del Principio de legalidad de la pena, bajo el perfil de su indeterminación (que quizá podríamos decir que es sustancial).

Por otro lado, la Corte ha tenido ocasión de sostener que las penas fijadas, a partir de los presupuestos encargados de salvar las atenuantes genéricas, pueden encontrar la razón de su propia legitimidad en el hecho —indudablemente raro— de que, por la naturaleza del ilícito, se da la medida de la sanción, y la pena fijada aparece “proporcional” a la gama interna de los comportamientos reconducibles al título específico del delito (sentencia de 14 de abril de 1980, núm. 50). Lo que en realidad viene a significar que, dada la configuración del supuesto, no viene dado, en cambio, el poder hallar algún tipo de “hipótesis imaginativa para la concreción del delito”. Podemos apreciar, por lo tanto, cómo el requisito de legalidad de la previsión sancionatoria no depende sólo de la modalidad en sí de la previsión cuantitativa, y que es sobre todo de la proporcionalidad que sea capaz de garantizar en abstracto y en concreto con la devaluación del hecho. Siendo ilegítimos los lí-

mites de las penas máxima y mínima que vienen dados por la norma penal, como sanción del delito, que por su excesiva apertura no consigue corresponder con una devaluación real del hecho, es igualmente ilegítima —por motivos sustancialmente homogéneos— la pena fija, salvo que ésta logre excepcionalmente corresponder, a pesar de su propia rigidez, a todas las posibles manifestaciones de devaluación del hecho.

Para concluir este tema, se puede considerar, por el momento, cómo el asunto de la determinación de la pena tiende a abandonar el campo de la previsión legal, estrechamente acordada, para lograr invadir el punto de la necesaria proporción (abstracta o concreta) entre la medida de la pena y el grado de devaluación del hecho: se desplaza, por lo tanto, del terreno de la mera precisión numérica de un apereamiento, a un juicio de valor. Naturalmente, conviene advertir que este tipo de argumentación es diferente del que la Corte hace operar, siempre bajo la previsión sancionadora, pero para protestar contra la medida, no ya por su incapacidad de corresponder a la devaluación, sino como expresión de una apreciación de la devaluación, del hecho inconciliable con los bienes constitucionales y la jerarquía de éstos. Así, por ejemplo, en la sentencia sobre ultraje (sentencia núm. 341, de 25 de julio de 1994) la Corte declaró la inconstitucionalidad del mínimo castigo en relación con la diferente jerarquía de los bienes constitucionales con respecto a aquella originaria de la base de la incriminación.

Un asunto complejo es aquel que está a caballo entre la indeterminación de las previsiones sancionadoras y la indeterminación del supuesto, referidas a los aumentos de la pena establecidos por el legislador para los “casos más graves”. A propósito de esto, la Corte ha dicho que “el principio de taxatividad de las penas no se infringe con el uso de la fórmula de ‘los casos más graves’ [...], puesto que tal fórmula implica por parte del juez un gobierno del poder discrecional más vinculado, donde el juez, en el ámbito de la garantía representada por la fijación de los mínimos y máximos de las penas, debe por lo tanto tener en cuenta, en la valoración de la ‘gravedad del delito’ aquellos criterios previstos por la vía general del artículo 133 del Código Penal” (sentencia núm. 169, de 8 de mayo de 1985). En síntesis, la fórmula de los “casos más graves” provoca una dilatación sobre el margen de discrecionalidad concedida al juez de las penas prefijadas, si permanece invariable la descripción legal del supuesto. Y, por lo tanto, si esta tijera

permanece —como parece muy probable— dentro de unos límites en los que no se pierda la “correspondencia” con la devaluación del supuesto base ya descrito, la Corte tiene un buen juego para excluir una violación de la legalidad de la pena. Más difícil parecería, por el contrario, sostener que la fórmula en cuestión ocasione incluso un límite más intenso al poder discrecional del juez. Si bien no parece posible olvidar que esta homologación que hace en definitiva la Corte de la hipótesis de los ‘casos más graves’ a las llamadas circunstancias impropias, de las cuales el artículo 133 del Código Penal italiano parece descuidar la distinción fundamental existente en el sistema penal entre las circunstancias propias e impropias, y la diversidad de su respectiva disciplina y los efectos jurídicos. De esta manera, la tolerancia constitucional de la indeterminación de los ‘casos más graves’ debió ser valorada en relación, justamente, con esta diversidad de disciplina y de efectos jurídicos.

### 5. Las sentencias de ilegitimidad constitucional por indeterminación

Una vez considerado todo lo anterior, es momento de centrar la atención en el verdadero meollo del problema, que no es otro que la determinación del supuesto incriminatorio.<sup>15</sup> Cabe decir al respecto que no sólo es —como se ha señalado— una fuerte desproporción cuantitativa entre las poquísimas sentencias de aceptación y las muchas de rechazo, sino también la significación de las primeras, que parece ser, paradójicamente, menor que aquellas sentencias no fundamentadas, fruto de una reconstrucción de la inspiración que sigue de fondo la Corte, sobre la determinación de la Ley penal. En otros términos, las sentencias de aceptación parecen prestarse menos a delimitar líneas de tendencia relativamente homogéneas y definidas, considerando el carácter extremo del supuesto examinado.

Dejemos de lado el hecho —del cual no sabremos decir lo determinante que será— de que la primera sentencia de aceptación concierne en verdad no ya a un supuesto incriminatorio, sino también a una hipótesis de peligrosidad criminal a los fines de la aplicación de la medida de prevenciones *ante delictum*, res-

pecto de la formulación original del artículo 1, n. 3, ley de 27 de diciembre de 1956, n. 1423 (sentencia núm. 177, de 16 de diciembre de 1980). Es más, nos parece muy significativa cierta analogía reconocible en los objetos de la declaración de inconstitucionalidad de esta sentencia y de la famosísima sobre el plagio (sentencia núm. 96, de 8 de junio de 1981). Y visto así, ambas cuestiones tenían como objeto supuestos consistentes en un dato exclusivamente psíquico, “la proclividad a delinquir” y el “total estado de sugestión” (de naturaleza precisamente psicológica), sin que la ley proporcione el más mínimo elemento de hecho descriptivo que induzca a aquellos estados psíquicos. Una indeterminación cuya causa primera deriva de la naturaleza interna y psíquica del supuesto, acentuada, además, por la proclividad a delinquir, por la generalidad de la peligrosidad criminal, a los que, en efecto, la ley se refería sin delimitación alguna a determinadas tipologías criminales; *nel plagio, poi* (en el plagio o plagiando o plagiado), la indeterminación de la situación psíquica, extralimitándose incluso a la imposibilidad de su verificación empírica. En conclusión, la homogeneidad de las dos cuestiones está en el hecho de que ambas disposiciones han renunciado a explicar el supuesto a partir de hechos objetivos y exteriores, agotándose, por el contrario, todas con respecto a la indicación de los estados o situaciones psíquicas como tales “incomprensibles” para la constatación judicial, sobre todo en el plano puramente conceptual. Aquí radica precisamente el carácter, por así decirlo, “extremo” de las dos cuestiones y, por lo tanto, también de las dos sentencias.

Habría que esperar tres lustros para tener una nueva sentencia de aceptación: la sentencia número 34, de 6 de febrero de 1996, que de hecho declaró inconstitucional el artículo 7.1 bis, de la Ley número 29, de 28 de febrero de 1990, en la parte en que castigaba al extranjero destinatario de un procedimiento de expulsión “que no tratara de obtener de la autoridad diplomática o consular competente, la expedición del documento necesario para el viaje”. Se trata aquí de un caso extremo, es más, mucho más extremo que aquellos afrontados en las dos sentencias precedentes, visto y considerando que aquí estábamos incluso

<sup>15</sup> Cfr. S. Moccia, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Nápoles, 2001, pp. 33 y ss. Por nuestra parte, hemos tenido ya la ocasión de ocuparnos en su momento de la “efectividad” del principio de determinación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: F. Palazzo, “Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale”, en A.M. Stile (ed.), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Nápoles, 1991, pp. 25 y ss., al que nos permitimos hacer especial referencia por la jurisprudencia menos reciente.



en presencia de un delito, sin ninguna clase de indicación legislativa de la conducta (omisiva). En efecto, es noción de manual que la conducta omisiva implica, estructural y lógicamente, la necesaria individualización de la acción obligatoria omitida y que, dentro del término final, existe la obligación de actuar. Si bien el artículo 7.1 bis, de la Ley 39/1990, no preveía ni lo uno ni lo otro, dejando, por lo tanto, un verdadero vacío normativo más que una indeterminación de la previsión legal.

Complejo y muy particular es el hecho concluyente de la cuarta y última sentencia de aceptación que vamos a examinar (sentencia número 35, de 28 de enero de 1991). Tratando de sintetizar al máximo, recordemos que la cuestión se refiere al delito de fraude fiscal (art. 4.1, n. 7, de la Ley de 7 de agosto de 1982, n. 516) y, más concretamente, el requisito de que fuera modificado “en gran medida” el resultado de la declaración falsa. Una primera sentencia interpretativa de rechazo (15 de mayo de 1989, núm. 247), de la que nos ocuparemos a continuación, había salvado la norma sosteniendo que la modificación “en gran medida”, en realidad, no formara parte del supuesto criminal, lo que constituiría una condición de punibilidad suficiente: la Corte dijo que el contenido ofensivo del hecho se agotaba en la devaluación de la conducta y del suceso. Para poder mover el “centro de gravedad” del contenido ofensivo a “excluir” la alteración hecha en gran medida, la Corte entiende que debe enriquecer las notas que constituyen la conducta, que no se agotaría, por lo tanto, con la mera simulación de los componentes negativos o con el disimulo de los imponentes positivos, pero que implicaría además llegar al extremo de los artificios de engaño. Ahora bien, frente a la resistencia de la Corte de Casación a hacer suya tal interpretación, la sentencia n. 35/1991 en que la Corte Constitucional declara la ilegalidad de la norma “en la parte en la cual no prevé la simulación de los componentes negativos, y que el disimulo de los componentes positivos debe concretarse mediante formas artificiosas”. Como se ve, ninguna de las dos sentencias afronta expresamente el asunto de la indeterminación del elemento cuantitativo modificado “en gran medida”, aunque la primera parece de alguna manera darla por supuesta. La segunda sentencia, por su parte, desplaza completamente el eje de la atención sobre la conducta, aunque no sea posible imputar su vicio de inconstitucionalidad a su propia e intrínseca indeterminación.

En conclusión, la sentencia de 1991, que si bien de aceptación tiene muy poco, o más bien nada, es todo lo que puede decirse sobre el pensamiento de la Corte a propósito de los criterios de valoración de la determinación de la Ley penal.

La sentencia n. 35/1991 nos da la ocasión de abrir un pequeñísimo paréntesis sobre el delicado y verdadero problema de la indeterminación de los elementos cuantitativos, obviamente no expresados de manera numérica. Como decíamos, por desgracia —dada la estructura argumentativa de las dos sentencias, y en particular de la n. 247/1989— no se entiende y, sobre todo, por qué es indeterminado el elemento de la alteración en gran medida. Permanece sin respuesta, aunque más recientemente se han puesto de manifiesto cuestiones similares, por ejemplo, sobre los delitos de falsas comunicaciones sociales y de *insider trading*, cuya subsistencia y cuya subordinación dependen, respectivamente, de la alteración “de manera sensible” de la representación de la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad, o bien de la “sensible alteración” del precio de los instrumentos financieros. En realidad, las sentencias dictadas (respectivamente, de 26 de mayo de 2004, núm. 161 y de 14 de diciembre de 2004, núm. 382) declaran inadmisibles las cuestiones sin entrar en el fondo del asunto. Se puede sostener, por otra parte, que el elemento cuantitativo no es necesariamente indeterminado por el solo hecho de no ser expresado en forma numérica, pudiéndolo ser y, sobre todo, siendo expresada en forma adecuada la cuantificación numérica, el contenido ofensivo del delito (como podría ser el caso de las cantidades de impuestos eludidos). Esto, que parece —por el contrario— resuelto, es oportunidad suficiente para que el juez pueda valerse de criterios o parámetros, expresados directamente en la ley o extraíbles por la vía interpretativa, idóneos para permitir la cuantificación en relación con las características del hecho concreto.

## **6. Las sentencias de infundamentación de las cuestiones de indeterminación y significado lingüístico**

Si las pocas sentencias de admisión, a causa de las peculiaridades de las disposiciones impugnadas, no parecen estar en grado de expresar criterios uniformes y consolidados para valorar de la determinación de las normas penales, en cambio la gran mayoría de

las sentencias de inadmisión parecen presentar significativas líneas de evolución del pensamiento de los argumentos de la Corte. Ciertamente, cualquier pretensión de generalizar este pensamiento tiene un margen de arbitrariedad, e incluso puede decirse que está forzado, pero es posible la extrapolación de una serie de criterios de juicio que tienden no sólo a consolidarse sino también a soportar de modo significativo las evoluciones que pueda sufrir a lo largo del tiempo.

Digamos ahora que los argumentos de la Corte parecen posicionarse a lo largo de dos directrices fundamentales. Por un lado, y sobre todo desde hace ya algunos años, la Corte habrá de afrontar el problema de la indeterminación, sobre el plano que podemos definir como esencialmente lingüístico, en el sentido en que el grado de precisión del supuesto legal viene valorado asumiendo como punto de referencia y como parámetro, la expresión lingüística de la disposición legislativa en sí, más que sus posibles significados normativos, los cuales llegan por la labor interpretativa de los jueces. Por otro lado, ya en fecha reciente, el juicio de determinación cambia de modo significativo su objetivo de fondo, puesto que viene a desplazarse del plano del dato textual al de la interpretación y de sus resultados cognoscitivos. La mutación de la perspectiva es el gran momento, puesto que —como se verá más adelante— empujar al juicio de determinación hasta alcanzar los éxitos interpretativos de la norma significa asumir postulados metodológico-hermenéuticos muy laboriosos y, por ello mismo, aceptar las consecuencias sistemático-institucionales no tradicionales. Pero sería bueno proceder en orden.

En la primera perspectiva, y respecto de aquella del carácter esencialmente lingüístico sobre la determinación del supuesto penal, es prestamista del significado lingüístico común de las palabras utilizadas por el legislador. Anticipando que el legislador penal no está obligado a emplear un lenguaje técnico, lo cual sería presumiblemente dotarlo de una mayor precisión, el lenguaje común asegura con suficiencia una “comunicación” más inmediata entre el legislador y los ciudadanos, sin perder en nada su comprensión. Por otro lado, visto y considerando que las expresiones del lenguaje común tienen siempre algún significado lingüístico, siendo si acaso variables en el grado de especificación de la clase de los objetos denotados, se deduce que con este parámetro de determinación raramente se podrá prevenir la comprobación de la ilegalidad de la disposición. También en el empeño

argumental de la Corte, que utiliza tal parámetro que se resuelve principalmente con la obvia comprobación de las expresiones lingüísticas de la ley, tienen un significado común que derivan de los usos lingüísticos; por lo tanto, es sustancialmente deducible el éxito del juicio en el sentido de la infundamentación de este aspecto.

Prototipo de las sentencias que hacen suyo el argumento lingüístico en aquellas materias “obscenas” (sentencia de 10 de diciembre de 1970, núm. 191): “Cuando la Ley penal prevé la tutela penal de los bienes inmateriales (como el decoro, el honor, la reputación, el prestigio, la decencia y otros), el recurso de conocimientos propios del lenguaje y de la inteligencia común es inevitable, ni se ha pensado, hasta el momento, en lamentarse en lo que respecta a las violaciones del principio de legalidad”. “En lo que se refiere, en particular, a la defensa del pudor, el reenvío a la moral, a las buenas costumbres, y nominativamente al ‘sentido común’ (art. 529 del Código Penal italiano) es legítimo, tratándose de conceptos difusos y generalmente incluidos, si bien no son susceptibles de una definición categórica.” Sucesivamente, muchas otras sentencias han seguido esta línea argumental, sin que, para decir la verdad, haya sido nunca abandonada y, sobre todo, se registra un notable perfeccionamiento en los argumentos de la Corte en materia de determinación de la Ley penal.

### **7. Continuación: indeterminación e interpretaciones correctivas de la Corte Constitucional**

Dentro del segundo y más reciente *trend* jurisprudencial es posible efectuar una sucesiva distinción. Hemos dicho que, desde esta perspectiva, la Corte valora la determinación de las disposiciones sobre el plano interpretativo, esto es, de los significados normativos que la expresión lingüística está en grado de asumir después de la labor interpretativa. Pero las cosas son muy diferentes si la Corte se limita a valorar la “susceptibilidad” de la disposición para ser interpretada mediante la utilización de los criterios hermenéuticos disponibles, o si se desplaza a valorar el resultado interpretativo alcanzado o alcanzable por las olas verificadoras para la suficiente determinación. En el primer caso se podría hablar de “determinabilidad” o “interpretabilidad” de la disposición, esto es, de su idoneidad potencial para adquirir determinación, en tanto

la actividad del intérprete permanece en los límites institucionales de la inevitable integración entre texto e interpretación. En el segundo caso, por el contrario, se podría hablar de “determinación” o “resultado interpretativo” de la disposición, es decir, de una actual y efectiva determinación alcanzada después de la actividad hermenéutica: a partir de este resultado interpretativo la Corte juzga el grado de determinación.

Tanto en un caso como en el otro, el postulado metodológico en el cual implícitamente se mueve la Corte es que el significado interpretativo del cual se extrae la determinación de la norma no se puede obtener si no es a partir de la mediación hermenéutica. Con la diferencia de que, en el primer caso, casi podría decirse que el juicio de determinación es hipotético (y abstracto) y que se resuelve confrontando expresiones lingüísticas, criterios e instrumentos interpretativos para inferir y pronosticar la posibilidad de un éxito interpretativo suficientemente determinado. En el segundo caso, podría decirse que el juicio de determinación es real (y concreto) y asume como propio el objeto de un resultado interpretativo determinado.

Las sentencias que se colocan dentro del primer sector —las de la “interpretabilidad”—, son sin duda muy significativas por la implícita toma de posición metodológica que, como decíamos, hace de la determinación un asunto no ya puramente lingüístico-semántico sino más bien de una relación entre el texto y la interpretación. Sin embargo, para la Corte es difícil probar la base subyacente en este sector jurisprudencial sobre un fuerte *self restraint*. De hecho, por una parte la Corte ha excluido repetidamente y con convicción, que las dudas interpretativas del juez aquí —y quizás también, más generalmente, las dudas difusas entre los jueces ordinarios—, puedan excluir la “interpretabilidad” (y, por lo tanto, la determinación) de la disposición impugnada. Es más, la duda interpretativa es parte del propio proceso interpretativo de verificación y de individualización del significado normativo y, por lo tanto, es competencia exclusiva del juez ordinario —y no de la Corte— resolverlo (véase, por ejemplo, la sentencia de 19 de julio de 1989, núm. 472). La incontestable verdad inherente de esta forma de argumentación no impide hacer notar que la duda interpretativa no puede permanecer siempre e inevitablemente adscrita a la inactividad del juez remitente; a decir verdad, se necesita verificar si éste es el primer estadio de un procedimiento hermenéutico, aún no concluido pero concluyente: en

esta última eventualidad, se diría que esto ha de ser la unívoca espía de una indeterminación insuperable y congénita de la disposición.

Por otro lado, después de este primer sector jurisprudencial que se concreta en sentencias que tienden a exhibir ciertas reseñas más o menos articuladas sobre los principales criterios interpretativos utilizables por el juez, constituye una invitación a utilizarlos adecuadamente, antes de creer indeterminada la disposición. Siendo improbable cruzarse con formulaciones legislativas radicalmente no susceptibles de ser afrontadas con aquellos criterios, es prácticamente imposible prevenir una declaración de inconstitucionalidad por indeterminación, como, por lo demás, está demostrado por la jurisprudencia existente hasta el día de hoy y constituida por pronunciamientos de rechazo.

La cuestión concernía al artículo 14.5 ter, del d.lgs. de 25 de julio de 1998, n. 286 (texto único sobre inmigración, modificado por la Ley de 30 de julio de 2002, n. 198), que sanciona “el extranjero que sin motivo justificado permanece en el territorio del Estado violando la orden dada por el *questore* (jefe de policía)”. Los jueces remitentes dudaban en realidad de la suficiente determinación de la fórmula “sin motivo justificado”. La Corte expresa con gran claridad los criterios interpretativos, por lo cual cada elemento del supuesto debe ser subordinado, antes de concluir por su indeterminación (en cuanto “no interpretable”): la verificación del respeto al principio de determinación va conducida, no ya valorando aisladamente el singular elemento del ilícito, pero sí vinculándolo con los otros elementos constitutivos del supuesto y con la disciplina en la cual ésta se inserta. La inclusión en la fórmula descriptiva del ilícito penal de expresiones sumariales de vocabulario con diversos significados, o bien —como en la variedad— de cláusulas generales o conceptos “elásticos”, no implica un *vulnus* del parámetro constitucional invocado, cuando la descripción global del hecho inculpativo permita al juez —respecto a la finalidad perseguida de la inculpativo y al más amplio contexto dentro de una estructura y un orden en el cual se coloca— establecer el significado de tal elemento, mediante una operación interpretativa que no sea exorbitante con respecto a la misión ordinaria que le ha sido encomendada: cuando aquella descripción permita expresar un juicio en el que se corresponda el supuesto concreto con el supuesto abstracto, sustentado por un fundamento hermenéutico controlable; y que, correlativamente,

permita al destinatario de la norma tener una percepción suficientemente clara e inmediata del relativo valor normativo. Individualizados, por lo tanto, en general dentro de la finalidad de la incriminación y dentro del cuadro normativo en el cual ésta se inserta en los criterios interpretativos adecuados para verificar la “interpretabilidad” de la disposición, la Corte procede después a que el complejo trabajo hermenéutico que permite, no obstante, a todas las apariencias, dar un significado determinado al elemento denegado.

Un número bastante elevado de sentencias utilizan, entre los criterios interpretativos idóneos para conferirles determinación a los elementos que están aparentemente incompletos, incluso la observancia al bien jurídico tutelado, y todavía más, a la específica devaluación del supuesto. La posibilidad de que se desarrolle una operación interpretativa que sobre este terreno sumamente estimado permita conferir un completo y definido sentido ofensivo, en este caso considera como una condición absolutamente adecuada para asegurar suficientemente la determinación. Así, por ejemplo, el agravamiento de la pena en los supuestos militares, de violencia ejercida contra un subordinado (art. 195.2 c.p.m.p.) no viola el principio de determinación, a no ser que no sea descriptivamente localizada la situación agravada, en cuanto que “en la disposición está claramente localizada —implícitamente, por sí sola— la devaluación que se ha de considerar para el fin del agravamiento de la pena”, que se identifica dentro de la violación de las reglas del servicio y de la disciplina (sentencia de 13 de mayo de 1991, núm. 203). A nosotros nos parece que este pasaje argumentado por la Corte es verdaderamente fundamental y decisivo. En efecto, los criterios interpretativos teleológicos y sistemáticos los constituyen realmente los medios, los instrumentos interpretativos, la individualización del contenido ofensivo del supuesto que es más bien el resultado. Si este resultado es interpretativamente alcanzable, el supuesto bien puede considerarse determinado con suficiencia, puesto que su función ya no es aislar un área geométrica definida de comportamientos ilícitos, sino aportar a una expresión un criterio volitivo practicable y definido que permita al juez cualificar como penalmente relevantes a todos, y no otros comportamientos dotados de un homogéneo contenido de desvalor.

En este grupo de sentencias se separa aquella particularmente significativa —la cual ya se ha mostrado aquí— sobre el fraude fiscal (sentencia núm.

247/1989). Aquí la Corte va al rescate de la disposición impugnada, sobre la cual —como se recordará— había sido criticada la indeterminación con respecto al elemento de la “alteración en gran medida”, justo reconstruyendo en vía interpretativa el contenido de desvalor del supuesto, prescindiendo del elemento rechazado, con la consecuencia, por lo tanto, de que la imprecisión semántica de este último no está en condiciones de invalidar la legitimidad de la disposición. La Corte antepone, en primer lugar, la necesidad de servirse de los cánones interpretativos que permitan valorar la determinación del supuesto en su propio complejo y en relación con el sistema normativo en el que está integrada, sin aislar los elementos singulares del supuesto. Después de que la Corte enunciara esta fundamental afirmación, por la cual “el principio de determinación es violado, no tanto en el momento en el cual se le deja un amplio margen a la discrecionalidad del intérprete [...] sino más bien cuando el legislador, en forma consciente o inconsciente, se abstiene de proceder a la elección relativa al todo o a gran parte del tipo de la devalorización de un ilícito, dejándole tal elección al juez, que se convierte en libre para ‘elegir’ los conceptos típicos”. Sobre la base de tal premisa, y después de un preciso trabajo interpretativo del supuesto, la Corte concluye en el sentido de que “el legislador a través de la norma aquí discutida, tiene [...] claramente efectuada la elección del tipo del desvalor innata a la hipótesis en examen”: el contenido ofensivo del hecho “resulta, de hecho, que ya ha sido típicamente individualizado por medio del desvalor de la conducta y del suceso (por quien lo ha configurado), prescindiendo de la alteración ‘en gran medida’ de la declaración”.

### **8. El significado interpretativo en el “derecho vivo” de los jueces y en las interpretaciones correctivas de la Corte Constitucional**

Una vez consolidada la orientación de la Corte, según la cual la determinación de un supuesto “ha de ser entendida como “su interpretabilidad”, lo que significa que cualquier posibilidad de llegar a partir de los cánones ordinarios hermenéuticos —y en particular del teleológico y sistemático— a la individualización de la devaluación “típica” del supuesto, hace que se abra la vía para el paso siguiente. Es, de hecho, del todo natural que el juicio sobre la “interpretabilidad” de las disposiciones no permanezca, por así decirlo,

como suspendido en el vacío, sin desplazarse a la verificación del resultado interpretativo, lo que da lugar a la actividad hermenéutica conducida hasta la singular disposición: la mejor confirmación de la “interpretabilidad” de una disposición es justamente aquella que puede constatar un resultado, un resultado interpretativo que la propia disposición haya exhibido realmente. En definitiva, no se trata tanto de recordar y recomendar los criterios interpretativos, pero sí de verificar la verosimilitud de cierto resultado interpretativo constituyente del significado de la disposición. Muy a menudo la Corte niega el asunto porque sostiene que la disposición, indeterminada o no, que lo sea bajo el perfil estrictamente lingüístico, haya podido adquirir un sentido consolidado dentro de la jurisprudencia (véase, entre las más recientes, la sentencia de 28 de junio de 2002, núm. 295, sobre el tema de la revelación de noticias llamadas “reservadas”, de lo que se ocupa el art. 262 del Código Penal italiano). Metodológicamente dificultosa, esta postura deja a la sombra el principio de determinación al que se refiere el legislador. Es claro que tal principio está hecho a salvo de la existencia de un significado jurisprudencial consolidado, su fundamento y su papel no son aquellos que concentran lo más posible en el Poder Legislativo la producción de la *regula iuris*, limitando correlativamente al mínimo insuprimible la contribución del juez. Pero entonces, si no es hacia el equilibrio entre el Legislativo y el Judicial, ¿el tema concierne al principio de determinación? Quizás aquí surja la exigencia de la “cognoscibilidad” de la norma, de la “previsibilidad” de las consecuencias jurídicas por parte de los destinatarios de la norma. Sobre este punto será necesario volver en breve.

La segunda posibilidad, utilizada con más frecuencia por la Corte, es que sea ella misma la que proceda a efectuar una verdadera y propia reinterpretación del supuesto denegado, de tal modo que se le confiera a éste suficiente determinación. Así, por ejemplo, con la orden de 14 de febrero de 2001, n. 39, la Corte ha sostenido que el artículo 173 c.p.m.p. no contrasta con el principio de determinación porque “el delito no se sustenta en la desobediencia a una orden, cualquiera que sea su proveniencia de un superior jerárquico, en cuanto que sólo la desobediencia a una orden funcional e instrumental de las exigencias al servicio de la disciplina, no excedería los deberes de la organización, integra los extremos del modelo legal sobre el cual el artículo 173 c.p.m.p. trata” (otros ejemplos

similares se pueden encontrar en las sentencias de 11 de julio de 2000, núm. 263; 12 de enero de 1995, núm. 31; 24 de enero de 1974, núm. 20; 14 de febrero de 1973, núm. 15). Si se quiere, se puede hablar en tales casos de interpretaciones adecuadas. Pero debe quedar aún más claro que no siempre se trata de una labor hermenéutica de la Corte, para conferir a la norma significados imperativos, cuyos contenidos sean conformes a los parámetros y a los valores constitucionales, sino que más bien contengan una operación directa para demostrar al juez *a quo* que la disposición impugnada es susceptible de interpretación —cuanto menos, se diría de la propuesta de la Corte— con el fin de eludir la censura de la determinación. A decir verdad, la diferencia no está exenta de relevancia bajo el perfil de los poderes de la Corte y de sus relaciones con la jurisdicción ordinaria: de hecho, bien visto, en el caso de la determinación, rigurosamente podría ser declarada infundada con cualquier punto de vista del contenido de la interpretación prevista —¿propuesta?— por la Corte, a condición de que sea capaz de demostrar la “interpretabilidad” de la disposición. En sustancia, mientras en la interpretación llamada correcta la Corte “introduce” en la norma aquellos valores constitucionales de los que la Corte es depositaria, en las cuestiones de indeterminación la Corte opera como un juez ordinario cuando provee a la disposición de un contenido interpretativo, que el juez *a quo* no ha sido capaz de individualizar.

Naturalmente, no faltan en la operación hermenéutica reconducida desde la Corte, para conferir de significado interpretativo a la disposición impugnada y acompañada también de la utilización de parámetros de contenido constitucional, los cuales son capaces de condicionar el contenido del resultado interpretativo. Así, por ejemplo, cuando la Corte toma ciertos supuestos de delitos de opinión, mientras proporciona una interpretación capaz de dar un sentido al supuesto sólo aparentemente indeterminado, se ocupa también de armonizarla con el derecho a la libre manifestación de las ideas (véase por ejemplo la sentencia núm. 20/1974, con la cual la Corte afirma la determinación del delito de ultraje, del cual se ocupa el art. 290 del Código Penal italiano). Pero la presencia de estos casos se debe solamente a la casual “interferencia” entre el supuesto sospechoso por estar indeterminado y los específicos parámetros y valores constitucionales; por lo tanto, no mueve mínimamente el relieve que da entrada a esta orientación seguida por la Corte.

Hemos llegado en este punto a una articulación verdaderamente importante. Puesto que la (suficiente) determinación de una disposición legal coincide en definitiva con la existencia de un contenido interpretativo a ella conferido por la jurisdicción ordinaria (el “derecho vivo”), o bien, por la misma Corte Constitucional, en el que se perfilan dos interrogantes: por un lado, ¿cuál es el contenido interpretativo capaz de conferir determinación?, ¿cualquier significado interpretativo es idóneo para asegurar la determinación? Por otro lado, una vez visto y considerado que la determinación no ha sido acordada, de forma evidente, como garantía del catálogo (tendencialmente) monopolista del legislador en la individualización de la *regula iuris*, ¿qué es lo que contempla la determinación? Los dos interrogantes están conectados de manera obvia, y evocan el espejismo de la cognoscibilidad de la norma penal desde el punto de vista del destinatario como objetivo del principio de determinación y, al mismo tiempo, como criterio para medir la determinación del contenido interpretativo.

### 9. Determinación y concepto de la *regula iuris*: el ordenamiento de las Cortes europeas

Huellas de este enlace funcional entre determinación y cognoscibilidad de la norma se encuentran en la muy notoria sentencia de la Corte sobre el artículo 5 del Código Penal italiano (sentencia de 24 de marzo de 1988), y después también, en forma episódica, en ciertas manifestaciones relativas a cuestiones de determinación: aunque se tenga la impresión de que en este segundo caso el reclamo a la cognoscibilidad del precepto constituye poco más que una fórmula de estilo o de un argumento cambiante, más que un verdadero criterio para la confirmación de la determinación de la norma impugnada. “Los principios de la Corte Constitucional han sentado la base para la declaración de inconstitucionalidad del artículo 5 del Código Penal italiano [...] refiriéndose también a la formulación misma de las normas penales y contribuyen a definir el principio de determinación del que se ocupa el artículo 25.2 de la Constitución italiana, con

base en cuáles deben ser los requisitos mínimos reconocibles e ininteligibles del precepto penal que deben subsistir —representados también los requisitos mínimos de racionalidad de la acción legislativa—, a falta de los cuales la libertad y la seguridad jurídica de los ciudadanos se verían afectadas” (sentencia de 13 de abril de 1992, núm. 185; véase también la orden de 24 de abril de 2003, núm. 134). Sin embargo, es la propia sentencia núm. 364/1988 la que perfila una posible línea de desarrollo de las relaciones entre determinación y cognoscibilidad, que sustancialmente dista de la jurisprudencia de nuestra Corte; por el contrario, es privilegiada por las dos Cortes europeas, de Estrasburgo y de Luxemburgo. Lo que queremos decir es que la cognoscibilidad de la norma puede ser invocada, además de como una posibilidad abstracta, también como un juicio para realizar específicamente, en relación con el sentido interpretativo atribuido a la norma en aquel proceso, que lo sean a las características peculiares, objetivas y subjetivas del hecho que se negocia *hic et nunc*. Está claro que desde esta segunda perspectiva, el problema de la determinación de una norma tiende a convertirse —mediante el trámite del criterio de la cognoscibilidad de la interpretación judicial— por la prohibición de la retroactividad de la ley penal,<sup>16</sup> o bien por la culpabilidad del sujeto agente.<sup>17</sup> En todo caso, la (suficiente) determinación deja de ser (sólo) un atributo de la expresión legislativa y, por lo tanto, una condición de validez de la disposición *erga omnes*. Si, por el contrario, se abre la vía a una tutela algo más penetrante en cuanto sea capaz de analizar el concreto significado interpretativo atribuido a la ley por el juez, será menos extensa y estable e incapaz de eliminar del sistema de una vez por todas la disposición legislativa de cuya aplicación nos lamentamos. El sentido mismo de la “garantía” de la legalidad-determinación se ha modificado radicalmente a favor del componente “universalista” y “personalista”, en detrimento de la “político-constitucional”. En conclusión, no está más en juego la primacía de la “ley” y del principio democrático que en ella subyace: más bien, la libertad de autodeterminación del individuo se antepone a un “derecho” que se realiza esencialmente en el *dictum* del juez.

<sup>16</sup> Cfr. M. Vogliotil, “Penser l’impensable: le principe de la non-rétroactivité du jugement pénal”, *Revue de la Faculté de droit de l’ULB*, 2002, pp. 59 y ss.

<sup>17</sup> L. Stortoni, “L’introduzione nel sistema dell’errore scusabile di diritto: significati e prospettive” *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 1313 y ss., con especial atención en la relación entre determinación y excusabilidad del error sobre el precepto.

La Corte de Estrasburgo ha tenido ocasión de desarrollar una jurisprudencia según la cual el principio de legalidad de los delitos y de las penas, establecido en el artículo 7 de la Convención de Defensa de los Derechos del Hombre,<sup>18</sup> que se refiere al “derecho de origen tanto legislativo como jurisprudencial, y que implica las condiciones cualitativas entre las cuales encontramos las de la accesibilidad y de la previsibilidad” de la norma. En cuanto a la previsibilidad, que nos interesa específicamente, la Corte ha considerado que “en lo que una disposición esté claramente redactada, es inevitable que siempre quede alguna parte a la interpretación de los tribunales. Será, por lo tanto, necesario aclarar los puntos oscuros y adaptar la formulación textual en función de la evolución de las circunstancias” (*Affaire E.K. c. Turquía*, sentencia de 7 febrero de 2002). Sobre la base de estas premisas, otra sentencia muy reciente de la Corte de Estrasburgo ha precisado que el principio de legalidad implica que “una infracción debe ser claramente definida por la ley” y que “esta condición se producirá en el momento en el que aquel que ha de ser juzgado puede conocer, a partir de la formulación textual de la disposición pertinente y donde lo necesite, con la ayuda de la interpretación de esta última por parte de los tribunales, cuyas acciones u omisiones hipotecan su responsabilidad penal” (*Affaire KA. y A.D. c. Bélgica*, sentencia de 17 febrero de 2005; *affaire Veeber c., Estonia*, sentencia de 21 enero de 2003). La “razonable previsibilidad” de las decisiones interpretativas de los tribunales es valorada sobre la base “de las circunstancias del caso concreto”. En forma más precisa, aunque sintética, pero bien dilucidada de la aplicación hecha, se ha dicho que “la importancia de la noción de previsibilidad depende en gran medida del contenido del texto de que se trate, del área de la materia que ésta cubra, así como del número y de la calidad de sus destinatarios” (*Affaire KA. y A.D. c., Bélgica, op. cit.*, donde parece alcanzar, no sólo el reclamo al uso de los criterios interpretativos fundamentales, sino también la evocación por parte de nuestra Corte Constitucional, pero sobre todo la referencia a los destinatarios del precepto que acerca el juicio a la culpabilidad. También la Corte de Luxemburgo, que en materia de

derechos fundamentales ha tomado prestada en innumerables ocasiones jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha hecho sustancialmente suya la organización que recordamos (*Corte Giusto.*, imparcial, de 28 de junio de 2005, c. *riunite C-189/02 P*, otros *Dansk Rorindustri NS*, otros c. *Commissione*), con lo que se llega a la conclusión de que no ha existido una violación de la legalidad sobre la base de una precisa reconstrucción del hecho concreto que lleva a excluir la existencia de la “buena fe” del recurrente.

Una vez llevado el discurso al plano de la previsibilidad de la concreta opción judicial, no sólo se desliza sobre la culpabilidad, se plantea además el delicado y ulterior problema de cómo conciliar la exigencia de la previsibilidad con la necesaria evolución de la jurisprudencia: son admisibles los cambios en la jurisprudencia sin que ésta caiga en la violación del principio de legalidad y en la prohibición de la retroactividad. Indudablemente, las mutaciones de la jurisprudencia traen consigo que sean también “razonablemente” previsibles cuando éstos son requeridos por las evidentes mutaciones sociales que, como tales, no podrán permanecer desconocidas para los destinatarios de la norma. Pero mientras tanto, indudablemente, una vez abierta la vía al posible atajo a las mutables exigencias sociales, se presenta el riesgo concreto de la aplicación, utilizando la analogía del supuesto incriminatorio. Es aquí donde la Corte de Estrasburgo introduce un límite interesante o un vínculo interpretativo para el juez, sin evocar la problemática distinción entre interpretación extensa y la aplicación mediante el empleo de la analogía. “El artículo 7 de la Convención no prohíbe la clarificación gradual de la regla de la responsabilidad penal mediante la interpretación jurídica de un asunto con otro, con la condición de que el resultado interpretativo sea coherente con la esencia de la infracción” (además de ser razonablemente previsible) (*Affaire Radio France et autres c. Francia*, sentencia de 30 de marzo de 2004). La “esencia de la infracción” es, por lo tanto, un criterio —obviamente— muy valorado y de difícil individualización, del cual, en su último análisis, va a depender la determinación del supuesto: el resultado interpretativo es, de hecho, de modo razonable previsible y, así, la norma

<sup>18</sup> Véase A. Bernardi, “Nessuna pena senza legge (art. 7)”, en S. Bartole, B. Conforti y G. Raimondi, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padua, 2001, pp. 249 y ss.; M. de Salvia, “Principali orientamenti giurisprudenziali della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di diritto penale”, *Riv. interno dir. Uomo*, 2000, pp. 46 y ss. Desde la perspectiva de la Unión Europea, véase A. Bernardi, “Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti” *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2002, pp. 673 y ss.

está suficientemente determinada en cuanto se puede reconducir a la “esencia de la incriminación”. Si no se pudiese individualizar la “esencia de la incriminación”, la disposición sería originaria e irremediablemente viciada por la indeterminación.

En este punto, se podría tener la impresión de que existe una gran distancia entre las Cortes europeas y la Corte Constitucional italiana, en cuanto a la perspectiva mediante la cual se afronta y propone el problema de la determinación de las normas penales. Sin duda, existe una gran brecha, por un lado, respecto al origen —que nunca se ha logrado hacer desaparecer por completo— de la orientación de la Corte italiana, concentrada en el plano lingüístico-semántico del supuesto y, por otro, respecto al criterio enteramente sustancial-valorativo de la “esencia de la incriminación”. De esta manera, las perspectivas no son coincidentes, e incluso hacen depender la determinación del resultado interpretativo atribuido —o atribuible— a la disposición rechazada, si ponen una —la de nuestra Corte— sobre el plano de la cognoscibilidad abstracta y la otra —la de las Cortes europeas— sobre el plano de la “razonable previsibilidad” valorada con el criterio de las circunstancias concretas del caso, para así interfe-

rir con la culpabilidad. Lo que siempre ha ocurrido es el hecho de que la Corte de Estrasburgo está siempre llamada a juzgar sobre la compatibilidad de los efectos de la interpretación del juez nacional con respecto a la Convención. Pero, una vez establecidas las acciones de éstos, parece que aún ha de ser revisable la existencia de un fuerte y fundamental punto de contacto entre las diferentes jurisprudencias de las Cortes.

En verdad, “la sustancia de la incriminación” parece estar muy próxima a aquel “tipo de desvalor de un hecho ilícito”, de lo que habla de manera particular la sentencia tantas veces recordada, la núm. 247/1989 sobre el fraude fiscal. En definitiva, la determinación de un supuesto subsiste hasta cuando el legislador haya estado en grado de expresar mediante éste, un contenido de devaluación homogéneo o “típico”, para así permitir al juez desarrollar su labor, que no se puede eliminar, de concreción del supuesto abstracto sobre el hecho histórico a lo largo de las complejas y densas modulaciones de la “esencia del ilícito”, más que dentro de las imposibles y poco confiables formas lingüísticas.

La legalidad no muere, pero sí se transforma, por lo que requiere del jurista un nuevo empeño.





## Terrorismo internacional: rasgos esenciales de su configuración

Joaquín Merino Herrera

INACIPE, México

Revista Penal México, núm. 4, marzo-agosto de 2013

**RESUMEN:** El hecho de que el terrorismo sea internacional no altera la esencia de su significación antijurídica, pues la conducta se agotará con independencia de sus dimensiones territoriales, siendo en todo caso indispensable que, por lo menos, se verifique la existencia de tres elementos, esto es, el empleo de la violencia, la amenaza de llevarla a cabo —primer elemento— con objeto de generar terror, miedo o incertidumbre —segundo elemento— y con ello un estado de inestabilidad en el orden político —tercer elemento. Podrá variar el potencial de su lesividad material, la forma en que se manifieste y sus alcances, pero no los componentes básicos de su configuración. A pesar de existir consenso, incluso internacional, en torno a esa configuración antijurídica, después de 16 años, hasta la fecha no se ha logrado estructurar un concepto normativo de terrorismo internacional en el marco de las Naciones Unidas. Parece ser que esa falta de concreción responde a una discrepancia de carácter político.

**PALABRAS CLAVE:** terrorismo internacional, terrorismo transnacional, organizaciones terroristas, Al-Qaeda, delitos contra la comunidad internacional, legislación antiterrorista, violencia, Naciones Unidas, Derecho internacional.

**ABSTRACT:** The fact that terrorism is international does not modify the essence of its unlawful nature, for the conduct will be exhausted independently of its territorial extent, being in any case indispensable that at least the presence of three elements is checked out: i.e. the use of violence and the threat to carry it out —first element— with the aim to produce terror, fear, and uncertainty —second element—, and an accompanying state of instability in the political order —third element. The potential of its material harmfulness, the way it expresses itself, and its scope could change, but not the basic elements in its configuration. Although there is a consensus, even international, about this anti-juridical configuration, until now, after 16 years, in the United Nations it has not been possible to put together a regulating concept for international terrorism. This lack of result originates seemingly from a disagreement of a political kind.

**KEY WORDS:** international terrorism, transnational terrorism, terrorist organizations, Al-Qaeda, crimes against the international community, antiterrorist legislation, violence, United Nations, International Law.

**SUMARIO:** 1. Consideraciones previas. 2. Concretos aspectos sobre la evolución del concepto normativo de “terrorismo internacional”. 3. Los alcances del concepto normativo de terrorismo internacional. 4. La legislación antiterrorista concertada en el marco de las Naciones Unidas. 4.1. Supuestos de terrorismo internacional que se desprenden de la legislación antiterrorista de las Naciones Unidas. 4.2. Terrorismo internacional vs. delito político. 5. Sobre las dificultades de concretar un concepto de terrorismo internacional. 6. El concepto de terrorismo internacional en la legislación mexicana. 7. A modo de conclusión.

### 1. Consideraciones previas

A pesar de la ausencia de una noción de terrorismo internacional generalmente aceptada y acogida con carácter universal en el Derecho internacional vigente,<sup>1</sup> es posible proponer un acercamiento a la configuración de dicho binomio conceptual sobre la base de ciertos referentes jurídicos que han venido formando parte de la legislación antiterrorista internacional. Con carácter previo, sin embargo, cabe expresar que la definición de terrorismo exige la concurrencia de tres elementos, pues su configuración depende de que se verifique el empleo de la violencia, la amenaza de llevarla a cabo, o ambas cosas —primer elemento instrumental— con objeto de generar terror en un colectivo social o en un sector del mismo a fin de provocar inestabilidad en el orden político —segundo elemento instrumental—, y ello, con un propósito final y preponderante que puede o no ser estrictamente político, pero que, en todo caso, tiene incidencia en el sistema político —tercer elemento.

Lo anterior tiene importancia porque el hecho de que el terrorismo sea internacional nada tiene que ver con la esencia o sustantividad de los elementos que lo configuran, sino con un factor criminológico que más bien afecta a la trascendencia del actuar terrorista, de manera que, en esta medida, a una serie de componentes que confieren al acto el carácter terrorista, hay que añadir la dimensión (internacional) de los objetivos de sus autores y consecuencias generadas por éstos,<sup>2</sup> lo cual, a su vez, comprende a varios Estados y, por lo tanto, influye a la hora de implantar medidas antiterroristas a escala internacional, pues, al quedar dos o más Estados implicados (ya sea atendiendo a la nacionalidad de la víctima o del autor, al territorio

en el que se cometa el delito, a los intereses de los Estados afectados por el hecho, al Estado objeto de ataque, etc.), de entrada, habrá que regular las condiciones en las que se desarrollará su intervención en el asunto por medio de sus tribunales y garantizar que en realidad ejerzan su jurisdicción, pero que lo hagan conforme a la línea marcada por el sistema jurídico internacional que, entre otras cosas, demanda que el terrorismo sea castigado sin excepción y de acuerdo con su gravedad (principio de universalidad de la represión). Siquiera sea por estas razones, es indispensable establecer criterios uniformes sobre el concepto normativo de terrorismo.

Según refiere la doctrina, el término terrorismo internacional ya era empleado durante la oleada del movimiento anarquista<sup>3</sup> y, particularmente, se afirma que surgió tras la explosión de una bomba en Haymarket, Chicago, el 4 de mayo de 1886, que fue lanzada contra unos policías que intentaban disolver una manifestación revolucionaria.<sup>4</sup> Si bien acontecimientos como el del asesinato en Marsella del rey Alejandro de Yugoslavia y el ministro Luis Barthou, el 9 de octubre de 1934, atribuido a la organización terrorista de “ustachis”, tenían una dimensión internacional,<sup>5</sup> lo cierto es que no fue hasta la década de los años setenta cuando la expresión terrorismo internacional recobró auge desde una perspectiva “criminológica”, sobre todo para describir las actuaciones de grupos como la Organización para la Liberación de Palestina y otras agrupaciones u organizaciones vinculadas a ésta que operaban, tanto en los territorios de los Estados objeto de sus acciones y causas (ataques contra blancos de especial importancia internacional, y principalmente norteamericanos), como en el extranjero (asesinatos, toma de rehenes, secuestros de aviones).<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Es cierto que, desde hace ya unos cuantos años, se ha venido discutiendo en el marco de las Naciones Unidas la creación de una convención general sobre terrorismo, sin que hasta la fecha haya sido posible concretarla por la falta de consenso para establecer un concepto de terrorismo.

<sup>2</sup> Se recuerda en este sentido que, en esta época de internacionalización e interdependencia, los aspectos nacionales e internacionales del terrorismo no son más que dos facetas del mismo fenómeno social peligroso que inciden en los intereses de todos los Estados, no sólo como una agresión contra su orden público y contra las instituciones que protegen la vida, la libertad, la dignidad y la seguridad de sus ciudadanos, sino también como un serio peligro para las relaciones y la cooperación pacífica en el ámbito internacional (Consejo Económico y Social, “Terrorismo...”, doc. E/CN.4/Sub.2/1999/27, de 7 de junio de 1999, p. 12, párr. 37).

<sup>3</sup> Cf: D.C. Rapoport, “Las cuatro oleadas del terror insurgente y el 11 de septiembre”, en AA.VV., *El nuevo terrorismo islamista. Del 11-S al 11-M*, E. Borreguero (trad.), Temas de Hoy, Madrid, 2004, p. 59. Sobre la que este autor denomina la primera oleada (anarquista), véanse pp. 49 y ss.

<sup>4</sup> Ch. Townshend, *Terrorismo. Una breve introducción*, J. Braga Riera (trad.), Alianza, Madrid, 2008, pp. 46 y 47.

<sup>5</sup> Ch. Townshend, *Terrorismo...*, *op. cit.*, pp. 54 y 55. En el mismo sentido, véanse entre otros A. Quintano Ripollés, *Tratado de Derecho penal internacional e Internacional penal*, t. I, Madrid, 1955, pp. 300 y 301; L. Jiménez de Asúa, *El criminalista*, t. IX, Buenos Aires, 1951, pp. 55 y 56.

<sup>6</sup> D. C. Rapoport, “Las cuatro...”, *op. cit.*, pp. 59 y 60. En el mismo sentido, refiere Townshend que el hecho de que el secuestro de aviones se convirtiera en una acción terrorista muy emblemática (como dice Rapoport, una táctica novedosa) lo lanzó a la esfera internacional

Así, la noción de terrorismo internacional, que prácticamente se retomó en esta tercera oleada terrorista, ha permanecido para identificar las manifestaciones de una cuarta oleada terrorista caracterizada, en buena medida, por motivaciones religiosas, una de cuyas expresiones más paradigmáticas es la red terrorista Al-Qaeda, cuyos objetivos estratégicos y primordiales, distribución mundial, influencia en los sectores islamistas y capacidad operativa han estimulado que actualmente se hable de un terrorismo global.<sup>7</sup>

## 2. Concretos aspectos sobre la evolución del concepto normativo de “terrorismo internacional”

Se puede decir que parte de los primeros esfuerzos de la comunidad internacional para coordinar acciones frente al fenómeno terrorista en el siglo anterior, más que en los ámbitos jurídico-normativos, se desarrollaron en otros meramente científicos y, especialmente, a partir de una serie de reuniones o actividades auspiciadas por la Asociación Internacional del Derecho Penal, en las que se intercambiaron opiniones y se ofrecieron propuestas tendentes a la solución de los problemas suscitados por el terrorismo internacional.<sup>8</sup>

Estas reuniones o hechos se iniciaron con el Primer Congreso de Derecho Penal, celebrado en Bru-

selas del 26 al 29 de julio de 1926,<sup>9</sup> en cuyo desarrollo se tomó la decisión de comenzar un conjunto de Conferencias Internacionales para la Unificación del Derecho penal, de modo que la primera de ellas tuvo lugar en Varsovia, del 1.º al 5 de noviembre de 1927,<sup>10</sup> en la que ya se ponía de relieve la voluntad consensuada de que “el uso deliberado de cualquier medio capaz de causar peligro común fuera castigado, con independencia del lugar de su comisión o de la nacionalidad del ofendido”.

Esa premisa de inicio se fue complementando en el desarrollo de las siguientes reuniones, es decir, en la II Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho Penal, que tuvo lugar en Roma del 21 al 25 de mayo de 1928;<sup>11</sup> en la III, celebrada en Bruselas del 26 al 30 de junio de 1930; en la IV, que se llevó a cabo en París del 27 al 30 de diciembre de 1931; en la V, realizada en Madrid del 14 al 20 de octubre de 1933,<sup>12</sup> así como en la VI, efectuada en Copenhague del 31 de agosto al 3 de septiembre de 1935.<sup>13</sup>

La expresión “terrorismo”, sin embargo, fue utilizada por vez primera por Gunzburg en la III Conferencia de Bruselas,<sup>14</sup> y desde entonces se ha generalizado para denominar popularmente la violencia criminal, grave e indiscriminada, llevada a cabo por individuos organizados y armados con diversos fines.<sup>15</sup> Concretamente, en el texto adoptado de la mencionada conferencia se incluía un indicador consensuado en el plano

inmediatamente, y sus pioneros, la Organización para la Liberación de Palestina (OLP), se convirtieron en una organización internacional a falta de otra alternativa, ya que vivían exiliados de la tierra que reclamaban (*Terrorismo...*, op. cit., p. 52).

<sup>7</sup> Sobre ello, véase extensamente, entre otros, R. Gunaratna, *Al Qaeda. Viaje al interior del terrorismo islamista*, S.T. Harris (trad.), Servi Doc, Barcelona, 2003; del mismo autor, “La amenaza de Al Qaeda tras los atentados de Madrid”, AA.VV., *El nuevo terrorismo islamista. Del 11-S al 11-M*, Temas de hoy, Madrid, 2004, pp. 77 y ss; en P. Bergen, *Osama de cerca. Una historia oral del líder de Al-Qaeda*, Dols Gallardo (trad.), Debate, Barcelona, 2007; F. Reinares, *Terrorismo global*, Taurus, Madrid, 2003; del mismo autor, “Al Qaeda, Neosalafistas Magrebíes y 11-M: sobre el nuevo terrorismo islamista en España”, AA.VV., *El nuevo terrorismo islamista. Del 11-S al 11-M*, Temas de hoy, Madrid, 2004, pp. 17 y ss; J. Burke, *Al Qaeda. La verdadera historia del islamismo radical*, Á. Pérez y J.M. Álvarez (trad.), RBA, Barcelona, 2004.

<sup>8</sup> En los mismo términos, C. Ramón Chornet, *Terrorismo: respuesta de fuerza en el marco internacional del Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 46.

<sup>9</sup> “Premier Congrès international de Droit Pénal, Bruxelles, juillet, 26 - 29, 1926”, *Actes du Congrès*, Librairie des Juris - Classeurs, Éditions Godde, París, 1927, pp. 635 y 636.

<sup>10</sup> “I Conférence internationale pour l’Unification du Droit Pénal”, Varsovia, 1º al 5 de noviembre de 1927, *Actes de la Conférence*, Recueil Sirey, París, 1929, p. 1.

<sup>11</sup> “II Conférence internationale pour l’Unification du Droit Pénal”, Roma, 21 al 25 de mayo de 1928, *Actes de la Conférence*, Librairie des Juris-Classeurs, Éditions Godde, París, 1931, p. 1.

<sup>12</sup> “V Conférence internationale pour l’Unification du Droit Pénal”, Madrid, 14 al 20 de octubre de 1933, *Actes de la Conférence*, 1935, A. Pedone, París, 1935, pp. 335 y ss. Los textos de las dos conferencias anteriores a la de Madrid pueden consultarse en las pp. 42 y ss., y 45 y ss., respectivamente, de este mismo instrumento. Para estos últimos efectos, puede verse también “VI Conférence internationale pour l’Unification du Droit Pénal”, Copenhague, 21 de agosto al 30 de septiembre de 1935, *Actes de la Conférence*, A. Pedone, París, 1938, pp. 176 y ss.

<sup>13</sup> “VI Conférence internationale pour l’Unification...”, op. cit.

<sup>14</sup> *Actes de la VI Conférence internationale pour l’Unification du Droit Pénal*, A. Pedone, París, 1938, anexo I, p. 176.

<sup>15</sup> Consejo de Europa, *Informe sobre el terrorismo en Europa. Recomendación aprobada por la Asamblea Parlamentaria, diciembre 1978 y enero 1979*, Ministerio del Interior, 1979, p. 7.

internacional sobre la noción de terrorismo,<sup>16</sup> lo que después vendría a complementarse con el texto adoptado en la Conferencia de París que, por su parte, hacía lo propio respecto del concepto de actos terroristas.<sup>17</sup>

Ahora bien, sin restar importancia a la Conferencia de Madrid, debemos señalar que, si se trata de destacar otra más que adquiere especial relieve a los efectos de nuestro estudio, ésa es la Conferencia de Copenhague, puesto que al margen de que en ella se propusiera la tipificación de las conductas que debían ser consideradas terroristas y la obligación de castigar el terrorismo con penas severas, quizás su principal novedad radicó en que se reclamaba la conveniencia de una jurisdicción penal internacional<sup>18</sup> y en que, por primera vez, se utilizó la expresión “terrorismo internacional”.<sup>19</sup>

No menos relevante fue la “Convención para la prevención y represión del terrorismo de 16 de noviembre de 1937”,<sup>20</sup> pues aunque nunca entró en vigor a causa de la Segunda Guerra Mundial,<sup>21</sup> eso no hizo que careciera de importancia desde el punto de vista técnico-jurídico en materia antiterrorista; y ello, no solamente por lo que corresponde a su carácter de convención general contra el terrorismo,<sup>22</sup> sino porque las instituciones, los principios, las figuras (delictivas) y los conceptos a partir de los cuales se articuló su contenido, más que puntos de referencia temporales,<sup>23</sup> hoy constituyen criterios consolidados en el

Derecho internacional por los que se rigen la prevención, incriminación, persecución penal y castigo de la delincuencia que aquí estamos tratando.

Por lo que a nuestro trabajo corresponde, conviene destacar el párrafo segundo del artículo 1º de dicha convención, y ello, en la medida en que aportaba una definición de actos de terrorismo consensuada en el marco de un tratado multilateral, tal y como a continuación se reproduce: “actos criminales dirigidos contra un Estado con la intención de crear un estado de terror en determinadas personas, o en un grupo de personas o en el público en general”.<sup>24</sup>

### 3. Los alcances del concepto normativo de terrorismo internacional

Antes de mostrar ciertos indicadores legales que nos orienten acerca de algunos de los criterios internacionales que pueden servir para establecer una aproximación al concepto normativo de terrorismo internacional, parece conveniente valorar algún planteamiento definitorio que, sobre este binomio conceptual, se ha ofrecido en el plano sociológico. Desde esta perspectiva de estudio, se ha sostenido que con la noción de terrorismo internacional han de identificarse: los actos, actividades, métodos o prácticas terroristas que se planifican, programan y ejecutan con la intención de incidir en la estructu-

<sup>16</sup> En particular, en el artículo 2º de la Conferencia de París quedó registrada la obligación de castigar “El empleo intencional de medios capaces de producir peligro común, que constituyeran un acto de terrorismo contra cualquiera que se sirviera de crímenes contra la vida, la libertad o integridad corporal de las personas o contra bienes del Estado o de particulares, cuando ello se realizara con el objeto de manifestar ideas políticas o sociales”.

<sup>17</sup> En el artículo 1º del texto adoptado se establecía lo siguiente: “cualquiera que, con el propósito de aterrorizar a la población, utilice contra personas o bienes, bombas, minas, explosivos, productos incendiarios, armas de fuego o cualquier otro instrumento de destrucción, o cause o intente propagar cualquier tipo de enfermedad epidémica, epizootia, o cualquier otra calamidad, o que interrumpa o trate de interrumpir servicios públicos o de utilidad pública [...]”

<sup>18</sup> “VI Conférence internationale...”, *op. cit.*, pp. 369-413 y 420.

<sup>19</sup> “VI Conférence internationale...”, *ibid.*, p. 189.

<sup>20</sup> De la Sociedad (Liga) de las Naciones, véase doc. C.546(I).M.383(I).1937.V (1938) y C.547(I).384(I).1937.V; League of Nations, *Official Journal, Special Supplement*, núm. 193, p. 54. Este último contenía el texto de la “Convención para la creación de una Corte Penal Internacional”. Ambos instrumentos jurídicos pueden consultarse en M. Ch. Bassiouni, *International Criminal Law Conventions and their Penal Provisions*, Transnational Publishers, Nueva York, 1997, pp. 791 y ss. Del Consejo Económico-Social de las Naciones Unidas, véase también doc. E/CN.4/Sub.2/1999/27.

<sup>21</sup> En este sentido, Z. Bogdan, *International Terrorism...*, *op. cit.*, pp. 482 y 483; A. Quintano Ripolles, *Derecho penal internacional...*, *op. cit.*, p. 301; J.W.F. Sundberg, “Piracy: Air and Sea”, en AAVV., *A Treatise on International Criminal Law*, vol. I.; M. Ch. Bassiouni, V. P. Nanda, Charles C. Thomas Publisher, Nueva York, 1973, pp. 482 y 489; J. Alcaide Fernández, *Las actividades terroristas ante el Derecho internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2000, cita 3; T.M. Franck, “Preliminary Thoughts towards an International Convention on Terrorism”, *American Journal of International Law*, vol. 68, 1974, p. 70.

<sup>22</sup> Ello tiene importancia, en tanto en cuanto, por más esfuerzos que se han hecho en el seno de las Naciones Unidas para concertar un instrumento jurídico general de esta naturaleza, hasta la fecha dicho objetivo no ha logrado concretarse.

<sup>23</sup> Así C. Lamarca Pérez, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 1985, p. 37, cuando expone que esta convención durante muchos años fue punto de referencia para las elaboraciones doctrinales.

<sup>24</sup> Conviene señalar que los delitos objeto del tratado que, en buena medida, se incluían en los artículos 2 y 3, debían relacionarse con este segundo párrafo del artículo 1º.

ra y distribución del poder en regiones enteras del planeta o incluso a escala de la sociedad mundial, y cuyos autores, además, han extendido su campo de actuación por un considerable número de países o regiones geopolíticas, en consonancia con el alcance de los propósitos declarados. De acuerdo con lo anterior, el terrorismo internacional debe diferenciarse del transnacional, que sería aquel que, de una u otra manera, atraviesa las fronteras estatales porque sus autores establecen estructuras organizativas o realizan actividades violentas en más de un país, incluyendo por lo común territorios sobre los que no tienen jurisdicción las autoridades a las que dirigen sus demandas.<sup>25</sup> Dicha movilización de recursos humanos y materiales a países distintos del de origen o de referencia de sus movimientos o reivindicaciones respondería, por ejemplo, o bien a la intención de establecer estructuras clandestinas, al propósito de preparar los atentados que se ejecutarán en el territorio del Estado fijado como objetivo, o con la finalidad de actuar en el extranjero contra intereses del colectivo social objeto de sus actuaciones.<sup>26</sup>

Desde la perspectiva jurídica, sin embargo, no es sustancialmente relevante plantear dicha diferenciación, ni tampoco el concepto normativo de terrorismo internacional demanda que los objetivos y alcances de los agentes terroristas afecten a un número considerable de países, tal y como lo sugiere la definición de terrorismo internacional reproducida antes, la cual, a nuestro juicio, se inspira más bien en la vertiente del terrorismo internacional que ha venido adoptando la estrategia (global) implementada por la red terrorista Al-Qaeda.

A mayor precisión, el Derecho internacional se encarga esencialmente de los actos y actividades te-

roristas que muestran un alcance internacional: bien porque se traduzcan en tentativas de subvertir el orden internacional por medios y métodos condenados por la comunidad internacional en su conjunto o porque, aunque están dirigidos contra el orden interno de un Estado, los terroristas se trasladan a otros Estados con fines estratégicos, como lo es el hecho de huir y refugiarse. El concepto normativo de terrorismo internacional abarca, por lo tanto, toda acción, práctica, táctica o estrategia de carácter terrorista que, por una u otra razón, vaya más allá de las fronteras de un Estado y, en consecuencia, tanto los actos y actividades terroristas dirigidos contra el orden internacional, como los aspectos internacionales (o transnacionales) de los actos y actividades terroristas cuyos orígenes y propósitos (mediatos o inmediatos) se encuentren en el orden interno de un Estado.<sup>27</sup>

Puesto que una de las razones que confiere internacionalidad al terrorismo radica en el propósito y origen del acto, es decir, que ambos sean internacionales, debemos valorar en esta vertiente tanto los actos y actividades terroristas que provienen de organizaciones o grupos terroristas antiestatales o que operan al margen de los Estados, como a aquellos en los que, de una u otra manera, participan los Estados. En el primer caso, cabe considerar a la red terrorista Al-Qaeda, no sólo porque ha declarado su intención de atentar contra varios miembros de la Comunidad internacional,<sup>28</sup> sino porque ha llevado a la práctica sus amenazas en distintas regiones del mundo y ha distribuido por gran cantidad de países a los miembros de su organización central, a otros grupos, redes u organizaciones que a ella se han asociado (Al-Qaeda franquicia), así como a otro grupo indeterminado y difícilmente identificable de individuos

<sup>25</sup> F. Reinares, "Conceptualizando el terrorismo internacional", *ARI*, núm. 82/2005, Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, área terrorismo internacional, 1º de julio de 2005, p. 2.

<sup>26</sup> *Cfr.* F. Reinares, *Terrorismo y antiterrorismo...*, *op. cit.*, pp. 175 y 176; del mismo autor, *Terrorismo global...*, *op. cit.*, p. 23. Como claro ejemplo de los dos primeros de estos tres supuestos, Reinares destaca la experiencia de ETA, que durante muchos años utilizó el territorio francés como refugio, e identifica dentro del tercero actividades como las del Frente Popular para la Liberación de Palestina, que llevó a cabo sus actividades de violencia en Europa (*Terrorismo y antiterrorismo...*, *op. cit.*, pp. 176-178). J. García San Pedro, sin embargo, se refiere a un proceso de internacionalización, o transnacionalismo, para identificar el traslado de objetivos a países o lugares distintos del de origen o referencia de sus reivindicaciones. En este contexto clasifica, por ejemplo, a las facciones de grupos árabes que a finales de los años sesenta dirigieron su atención y atentados contra intereses judíos dondequiera que se encontraran ("Respuestas jurídicas frente al terrorismo: ámbitos internacional, europeo y nacional", en AA.VV., *Derecho penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, dirigido por Bueno Arús, Rodríguez Ramos y otros, Dykinson, Madrid, 2006, p. 1219; del mismo autor, *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, Universidad Complutense de Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 1993, pp. 108 y 109).

<sup>27</sup> J. Alcaide Fernández, *Las actividades terroristas...*, *op. cit.*, pp. 52 y 53.

<sup>28</sup> Sobre todo contra Estados Unidos (al que llama el gran Satán) por ser, según ha manifestado con reiteración el centro de mando de la red terrorista, el principal responsable del retroceso o estancamiento del mundo musulmán y por ser aliado, junto con Occidente, de sus enemigos los judíos y de otros líderes y gobernantes apóstatas y corruptos de la comunidad musulmana; verbigracia, la familia real saudí.

u organizaciones terroristas que, aunque no están materialmente vinculados a su matriz, se unen a su causa, comparten su ideología o por lo menos apoyan sus objetivos estratégicos, de tal modo que están dispuestos a actuar en su nombre y a contribuir a sus fines.<sup>29</sup> Pero la evolución de Al-Qaeda también puede servir como ejemplo de implicación de los Estados en el terrorismo, pues no hay que olvidar que, durante la década de los noventa, gobiernos como el sudanés, el iraní y el afgano brindaron refugio, apoyo y protección a los líderes y miembros de dicha red terrorista.<sup>30</sup>

Pero al margen de la importancia del ejemplo anterior, en este punto conviene establecer el planteamiento más general de que la injerencia de los Estados en actos y actividades de terrorismo internacional constituye una estrategia, según algunos, para cumplir con objetivos de política exterior,<sup>31</sup> para incrementar, según otros, esferas de influencia y el ámbito de poder,<sup>32, 33</sup> de suerte que, en no pocas ocasiones, el terrorismo se convierte y se ha convertido en un sustitutivo de la guerra,<sup>34</sup> en un método para implantar guerras clandestinas contra otro u otros Estados. Seguramente es cierto que el hecho de que

participen organizaciones o grupos patrocinados, apoyados o creados por uno o varios Estados, hace que sea muy difícil comprobar la responsabilidad de éstos.<sup>35</sup>

No en vano, ya desde hace algún tiempo en el plano internacional se ha destacado la obligación de todo Estado de abstenerse de “organizar, instigar, ayudar o participar [...] en actos de terrorismo en otro Estado o de consentir actividades dentro de su territorio encaminadas a la comisión de dichos actos [...]”<sup>36</sup> Trasladando la cuestión al marco operativo o criminológico, esta manifestación del terrorismo internacional puede adoptar diversas formas, que van desde la creación por parte de un Estado de grupos u organizaciones terroristas, pasando por el apoyo financiero logístico —o ambas cosas— que aquél pueda proporcionar a éstos, continuando con la tolerancia, estímulo, consentimiento y aliento estatal a la acción terrorista de agentes privados, hasta el refugio, los medios, infraestructura y facilidades que en su territorio el Estado pueda brindar u ofrecer para que los terroristas diseñen y planifiquen sus estrategias, tácticas y los ataques o atentados dirigidos contra otro u otros Estados y contra los nacionales o intereses de

<sup>29</sup> Véase sobre ello A. Merlos, *Al Qaeda. Raíces y metas del terror global*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2006, pp. 78 y ss; J. Jordán, *Profetas del miedo. Aproximación al terrorismo islamista*, EUNSA, Navarra, 2004, p. 159; Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Tercer informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de las sanciones, establecido en virtud de la resolución 1526 (2004) del Consejo de Seguridad relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, *Naciones Unidas*, doc. S/2005/572, de 9 de septiembre de 2005, pp. 7 y 8, párr. 9-13.

<sup>30</sup> Véase al respecto R. Gunaratna, *Al Qaeda. Viaje al interior...*, op. cit., pp. 86-88, 94-97, 117, 224 y ss, 237 y 238; J. Burke, *Al Qaeda...*, op. cit., pp. 172 y ss. y 240 y 241; W. Laqueur, *La guerra sin fin. El terrorismo en el siglo XXI*, F. Esteve (trad.), Destino, Barcelona, 2003, pp. 78-80; L. De la Corte Ibáñez, y J. Jordán, *La yihad terrorista*, Síntesis, Madrid, 2007, pp. 123 y ss.; J. Jordán, *Profetas...*, op. cit., pp. 134 y ss., 176 y 177.

<sup>31</sup> Cfr. Naciones Unidas, “Terrorismo y derechos humanos. Informe sobre la marcha de los trabajos preparado por la Sra. Kalliopi K. Koufa, Relatora Especial”, *Consejo Económico Social, Comisión de Derechos Humanos*, 53 período de sesiones, doc. E/CN.4/Sub.2/2001/31, de 27 de junio de 2001, p. 20; J. García San Pedro, *Terrorismo...*, op. cit., p. 109. En este sentido, cabría considerar la opinión de este último autor, cuando expresa que en los supuestos en que los gobiernos crean grupos u organizaciones terroristas, lo hacen a modo de instrumento de agresión indirecta para debilitar a otros Estados, para exportar una tendencia sociopolítica (habla de revolución) o para intimidar o destruir a oponentes o disidentes de su régimen (*ibid.*, p. 110).

<sup>32</sup> J. Alcaide Fernández, *Las actividades terroristas...*, op. cit., pp. 54 y 55.

<sup>33</sup> También Ramón Chornet ya expresaba que el terrorismo en cuanto fenómeno internacional se había convertido en uno de los instrumentos privilegiados de la lucha política en el ámbito internacional (*Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del Derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 167).

<sup>34</sup> F. Reinares, *Terrorismo y antiterrorismo...*, op. cit., pp. 182 y 183.

<sup>35</sup> J. Alcaide Fernández, *Las actividades terroristas...*, op. cit., pp. 54 y 55. En similar sentido, Naciones Unidas, “Terrorismo...”, doc. E/CN.4/Sub.2/2001/31..., op. cit., p. 21, que indica que “al Estado patrocinador le beneficia distanciarse de la actividad terrorista, ya que así puede negar fácilmente toda implicación [...] A los Estados contra los que va dirigido este tipo de terrorismo les suele resultar difícil encontrar el nexo que une a los terroristas con sus patrocinadores”.

<sup>36</sup> Así, por ejemplo, párr. 9º del principio de que los Estados, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas (véase *Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, como a la Declaración sobre el fortalecimiento de la seguridad internacional*; Resolución de la Asamblea General 2734 (XXV), de 16 de diciembre de 1970). En este sentido, véase, de la Asamblea General, resolución 39/159, de 17 de diciembre de 1984, sobre la *Inadmisibilidad de la política de terrorismo estatal y de toda acción de los Estados encaminada a socavar el sistema sociopolítico de otros Estados soberanos*.

los mismos, ya sea en su propio territorio, ya en el de terceros Estados.<sup>37</sup>

Por su parte, la modalidad del concepto normativo de terrorismo internacional que viene determinada, no por los objetivos de sus autores, sino por el desarrollo de la estrategia terrorista, se ajusta mejor a la acepción sociológica o criminológica de terrorismo transnacional considerada líneas arriba. Sirvan como ejemplo, en este punto, las finalidades y el marco operativo de la organización terrorista ETA, que si bien ha fijado como objetivo de ataque el orden interno del Estado español, es de sobra conocido que sus miembros suelen trasladarse a otros Estados para programar atentados, para refugiarse o para huir de las autoridades españolas. El hecho de que, en esta medida, queden involucrados por lo menos dos Estados a los efectos de colaboración y coordinación policiales y judiciales, y de que en uno de ellos se planifiquen los ataques que se realizarán en el otro, dota al terrorismo del elemento internacional.

Junto con la injerencia por razón del territorio, que no sólo ha de circunscribirse a que éste haya sido utilizado en la condiciones señaladas, toda vez que puede darse el caso de que los terroristas dirijan sus actuaciones contra los nacionales o intereses del Estado objeto de ataque que se ubiquen en el extranjero, por el momento conviene tener en cuenta el carácter internacional que puede derivar, entre otras cosas, de la nacionalidad de las víctimas o de los terroristas, así como del estatus o condición de aquéllas. En resumen, en esta variante, bastaría con que el desarrollo, los alcances o consecuencias de la estrategia terrorista

traspasen las fronteras del país que es objeto de sus ataques, o, si se quiere, con que, muy a pesar de que se dirija contra los intereses de un Estado concreto, la acción terrorista involucre a varios Estados, es decir, con que precise de la injerencia de dos o más de ellos, con independencia de que sólo sea uno en el que materialmente recaiga el acto, actividad, práctica o método terrorista.

De lo anterior resulta que un rasgo que confiere internacionalidad al terrorismo radica en que su planificación, ejecución, desarrollo o consecuencias afecten o involucren ambas cosas, como mínimo, a dos Estados, a sus ciudadanos, territorios o intereses,<sup>38</sup> y es indiferente si se trata de actos y actividades terroristas que atenten contra el orden internacional programados para ello —o ambas cosas— o de aquellos que, aunque vayan dirigidos contra un orden interno y que, por sus características, en estricto sentido, no transgredan el orden internacional, en una u otra forma, terminen envolviendo a más de un Estado.

#### 4. La legislación antiterrorista concertada en el marco de las Naciones Unidas

Si bien con dificultades, en el marco jurídico de las Naciones Unidas se ha conseguido estructurar una legislación antiterrorista que se conforma de diversos instrumentos jurídicos multilaterales,<sup>39</sup> en cuyo contenido se tratan por separado manifestaciones convencionales de la delincuencia terrorista. El contenido de tales instrumentos de carácter universal se conforma por una parte de Derecho penal sustantivo y por otra

<sup>37</sup> Cfr. J. García San Pedro, *Terrorismo...*, op. cit., pp. 108-111. A este respecto, resulta orientativo valorar las resoluciones A/RES/42/159, de 7 de diciembre de 1987; A/RES/44/29, de 4 de diciembre de 1989, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en las que se recuerda la obligación que impone el Derecho internacional a los Estados de abstenerse de organizar o instigar actos de terrorismo en otros Estados, de prestar asistencia o participar en su comisión, o de dar su consentimiento o aliento para la realización en su territorio de actividades que apunten a la comisión de esos actos. Recogiendo lo anterior, el Anexo de la resolución A/RES/49/60, de 17 de febrero de 1995, reafirma la obligación de los Estados de abstenerse de financiar actividades terroristas y de adoptar medidas para evitar que se utilicen sus territorios para establecer instalaciones terroristas o campamentos de adiestramiento. Igualmente lo hace la resolución S/RES/1267 (1999), de 15 de octubre del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, o bien la resolución de este mismo órgano S/RES/1373 (2001), de 28 de septiembre, que además añade la obligación de los Estados de reprimir el reclutamiento de miembros de grupos terroristas y la de poner fin al abastecimiento de armas, o a la de denegar cobijo a quienes financian, planifican o cometen actos de terrorismo, o prestan apoyo a esos actos, o proporcionan cobijo con esos fines.

<sup>38</sup> En similar sentido, se sostiene que por terrorismo internacional ha de entenderse aquella forma de terrorismo que de un modo directo se desarrolla en o afecta a diversos países, sus ciudadanos, territorios —o ambas cosas— o a los representantes de organizaciones intergubernamentales (R. Caldach Cervera, “La incidencia de los atentados del 11 de septiembre en el terrorismo internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIII, 2001), 1 y 2, p. 189).

<sup>39</sup> Las medidas adoptadas por las Naciones Unidas destinadas a la investigación, prevención y persecución penal del terrorismo se concentran en los 16 instrumentos multilaterales que a continuación se enuncian: 1) Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, firmado en Tokio el 14 de septiembre de 1963; 2) Convenio de La Haya sobre represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, concertado el 16 de diciembre de 1970; 3) Convenio de Montreal sobre represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, de 23 de septiembre de 1971; 4) Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, concertada en la ciudad de Nueva York el 14 de diciembre de 1973; 5) Convenio internacional

que abarca un conjunto de obligaciones o facultades o ambas que, en resumidos términos, tienen que ver con el establecimiento de la jurisdicción para conocer del delito materia de la convención o protocolo de que se trate, con la regulación de la extradición y la garantía de su procedencia sobre los autores de tales delitos, así como con algunas medidas o acciones de asistencia, coordinación y colaboración judiciales y policiales que han de desarrollarse entre signatarios para lograr el objetivo de garantizar la prevención, persecución penal, enjuiciamiento y castigo de los responsables por la comisión de los delitos previstos en cada uno de ellos.

Aunque en el contenido de dichos instrumentos jurídicos internacionales no queda comprendida una noción específica de terrorismo internacional, ello no impide que puedan extraerse de su articulado algunos indicadores que nos permitan establecer una aproximación que se apoye en los criterios internacionales que rigen al efecto, y ello, sin dejar de lado lo que ya expusimos al inicio de este trabajo, en el sentido de que la internacionalidad del terrorismo no tiene que ver con su esencia o sustantividad, sino con un factor criminológico que más bien afecta el marco de actuación de los autores terroristas.

### *4.1 Supuestos de terrorismo internacional que se desprenden de la legislación antiterrorista de las Naciones Unidas*

La exigencia de que el hecho, su desarrollo o consecuencias —o ambas cosas— involucren a más de un

Estado para que adopte el carácter de terrorismo internacional, puede extraerse del marco legal antiterrorista de las Naciones Unidas que, como ya se dijo, se conforma a partir de diversos instrumentos jurídicos (convenios y protocolos) que tratan por separado distintas manifestaciones del terrorismo a los efectos de garantizar la incriminación y el castigo de sus autores. En este caso, si bien los actos o actividades terroristas quedan determinados o descritos en cada cuerpo normativo internacional, el factor internacional de los mismos no depende, salvo puntuales excepciones, de su realización como tal, sino de que ésta afecte a por lo menos dos Estados.

De este modo, por razón de materia, pero sobre todo en función del número de Estados implicados, amenazan o trasgreden los intereses de la Comunidad internacional, acciones terroristas como la del apoderamiento ilícito de aeronaves<sup>40</sup> y las derivadas en el sabotaje de la seguridad de la navegación aérea,<sup>41</sup> pues ponen en peligro la seguridad de las personas y los bienes, afectan gravemente la explotación de los servicios aéreos y socavan la confianza de los pueblos en la seguridad de la aviación civil. En este contexto, en especial la configuración del componente internacional está supeditado a que el acto o actividad terrorista no sea cometido de manera exclusiva dentro del territorio del Estado de matrícula, o lo que es lo mismo, “si el lugar de despegue o el de aterrizaje real de la aeronave, a bordo de la cual se comete el delito, está situado fuera del territorio del Estado de su matrícula”<sup>42</sup> o “si el delito se comete fuera del territorio del Estado de matrícula”.<sup>43</sup> Como es lógico, más allá

contra la toma de rehenes, de 17 de diciembre de 1979; 6) Convención sobre la protección física de los materiales nucleares, de 3 de marzo de 1980; 7) Protocolo de fecha 24 de febrero de 1988, para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, de 23 de septiembre de 1971; 8) Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988; 9) Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988; 10) Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección, hecho en Montreal el 1º de marzo de 1991; 11) Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas; 12) Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, firmado el 10 de enero de 2000; 13) Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, abierto a la firma en la Sede de las Naciones Unidas el 14 de septiembre de 2005; 14) Enmienda a la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares, hecha en Viena el 8 de julio de 2005; 15) Protocolo de 2005 del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de navegación marítima, hecho en Londres el 14 de octubre de 2005, y 16) Protocolo de 2005 para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, hecho en Londres el 14 de octubre de 2005.

<sup>40</sup> Véase Convenio de La Haya sobre represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, concertado el 16 de diciembre de 1970 (*United Nations-Treaty Series*, núm. 12325, 1973, pp. 123 y ss. Ratificado por España mediante instrumento de fecha 6 de octubre de 1973 (*B.O.E.*, núm. 13, de 15 de enero de 1973).

<sup>41</sup> Véase Convenio de Montreal sobre represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, de 23 de septiembre de 1971 (*United Nations-Treaty Series*, vol. 974, I-14118, 1975, pp. 198 y ss. Ratificado por España mediante instrumento de fecha 6 de octubre de 1972 (*B.O.E.* núm. 9, de 10 de enero de 1974).

<sup>42</sup> Véase artículo 3.3. del Convenio de La Haya.

<sup>43</sup> Véase artículo 4.2. del Convenio de Montreal, que incluye ambos supuestos.



del principio de territorialidad con sus respectivas extensiones, la injerencia de otros Estados en el asunto puede venir motivada por las razones que surgen del principio de personalidad, activa o pasiva, del título real o de protección e inclusive del principio de jurisdicción universal si el terrorista o presunto terrorista, después de consumir el delito, se traslada a un tercer Estado para refugiarse.

Con su lógica adecuación, estos criterios rigen para los actos y actividades cometidos contra la seguridad de la navegación marítima, tales como el apoderamiento o ejercicio del control de un buque mediante violencia, amenaza o intimidación, destrucción del buque o provocación de daños en el mismo, colocación de un artefacto o sustancia para destruir el buque o causarle daños, etcétera.<sup>44</sup>

Ni qué decir tiene de los actos de toma de rehenes como manifestaciones del terrorismo, puesto que también aquí la internacionalidad del hecho se hace depender de que el conocimiento del delito no sea competencia exclusiva de un solo Estado. Así lo demuestra, entre otras cosas, el hecho de que la Convención que se encarga del tratamiento internacional de estos delitos incluya una cláusula que neutraliza su aplicación si el delito es cometido dentro de un solo Estado, el rehén y el presunto delincuente son nacionales de dicho Estado y el presunto delincuente es hallado en el territorio de ese Estado.<sup>45</sup> La misma fórmula emplean el Convenio internacional para la represión de los atentados cometidos con bombas,<sup>46</sup> el Convenio

internacional para la represión de la financiación del terrorismo,<sup>47</sup> así como el Convenio internacional para la represión de los actos del terrorismo nuclear.<sup>48</sup>

Sin embargo, los ataques cometidos contra las personas internacionalmente protegidas son por sí mismos manifestaciones genuinas del terrorismo internacional (homicidio, secuestro, atentados contra la integridad física o la libertad personal, los atentados contra los locales oficiales, la residencia particular o los medios de transporte de las personas que gozan de dicho estatus, la amenaza de cometer tales atentados, la tentativa y la complicidad en los mismos). Eso es así porque dicha condición despliega sus efectos cuando el representante oficial de un Estado se encuentra en el extranjero (jefe de Estado o ministro), o bien porque, entre otras cosas, los representantes, funcionarios o personalidades que gozan de esa protección especial, suelen desarrollar actividades de representación de organismos internacionales y, por lo tanto, las agresiones que se dirigen contra ellos afectan a distintos países. Los criterios que, en este contexto, justifican el elemento internacional, apuntan a que, “al ponerse en peligro la seguridad de esas personas, se crea una amenaza para el mantenimiento de relaciones internacionales normales, que son necesarias para la cooperación entre los Estados”.<sup>49</sup>

En fin, que el terrorismo sea internacional significa una habilitación interestatal para garantizar el cumplimiento del principio de universalidad de la represión, que demanda que el terrorismo sea castigado sin

<sup>44</sup> Véase Preámbulo y artículos 1, 4 y 6 del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988 (*United Nations-Treaty Series*, vol. 1678, I-29004, 1992, p. 262. De la Organización Marítima Internacional, véase documento SUA/CONF/15/Rev.2. Ratificado por España mediante instrumento de 15 de junio de 1989 (*B.O.E.*, núm. 99, de 24 de abril de 1992). Semejantes criterios pueden observarse en los artículos 1, 2 y 3 del Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988 (*United Nations-Treaty Series*, vol. 1678, I-29004, 1992, p. 324. De la Organización Marítima Internacional, documento SUA/CONF/16/Rev.2. Ratificado por España mediante instrumento de 15 de junio de 1985, (*B.O.E.*, núm. 99, de 24 de abril de 1992).

<sup>45</sup> Véase Preámbulo y artículos 1, 5 y 13 de la Convención internacional contra la toma de rehenes, de 17 de diciembre de 1979 (*United Nations-Treaty Series*, vol. 1316, 1-221931 (1983), pp. 238 y ss. A este convenio se adhirió España el 9 de marzo de 1984 (*B.O.E.*, núm. 162, de 7 de julio de 1984).

<sup>46</sup> Véase Preámbulo y artículos 1, 2, 3 y 6 del Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (Anexo de la resolución A/RES/52/164, de 9 de enero de 1998. Ratificado por España mediante documento de 2 de abril de 1999 (*B.O.E.*, núm. 140, de 12 de junio de 2001); corrección del texto auténtico español (*B.O.E.*, núm. 137, de 8 de junio de 2002).

<sup>47</sup> Véase Preámbulo y artículos 1, 2, 3 y 7 del Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, firmado el 10 de enero de 2000 (resolución A/RES/54/109. Ratificado por España mediante instrumento de 1º de abril de 2002 (*B.O.E.*, núm. 123, de 23 de mayo de 2002; rect. *BOE*, núm. 141, de 13 junio de 2002).

<sup>48</sup> Véanse Preámbulo y artículos 2, 3 y 9 del Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, abierto a la firma en la Sede de las Naciones Unidas el 14 de septiembre de 2005 (A/RES/59/290, Resolución de la Asamblea General de 13 de abril de 2005, en relación con el tema 148 del programa, en el marco de la 91 sesión plenaria).

<sup>49</sup> Véanse sobre todo el Preámbulo y los artículos 1 y 2 de la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, de fecha 14 de diciembre de 1973 (*United Nations-Treaty Series*, vol. 1035, I-15410 (1977), pp. 191 y ss. A esta Convención se adhirió España por instrumento de 26 de julio de 1985 (*B.O.E.*, núm. 33, de 7 de febrero de 1986). Véase *infra*.

excepción de acuerdo con su gravedad y dondequiera que se encuentren sus autores.

### 4.2 Terrorismo internacional vs. delito político

Constituye una nota común de algunos tratados internacionales destinados a la represión penal del terrorismo internacional, la previsión del deber jurídico de considerar los delitos que cada uno de ellos comprende, entre los que dan lugar a la extradición.<sup>50</sup> Otros instrumentos jurídicos sobre la materia no se concretan a incluir dicha obligación, sino que además determinan que los actos criminales que comprenden y, en particular, “los que obedezcan a la intención o al propósito de crear un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinadas personas, no se justifiquen en circunstancia alguna por razones de índole política”. De hecho, los de más reciente concertación son más claros en este sentido, cuando establecen que a los fines de extradición o de la asistencia judicial recíproca ninguno de los delitos

que comprenden se considerará delito político, delito conexo a un delito político ni delito inspirado en motivos políticos.<sup>51</sup>

En definitiva, de uno u otro modo, automáticamente todas estas manifestaciones de terrorismo internacional quedan excluidas de la categoría de los delitos políticos y, con ello, de las garantías de protección que tal reconocimiento comporta. Ello implica un candado más para garantizar el principio de universalidad de la represión.

### 5. Sobre las dificultades de concretar un concepto de terrorismo internacional

La falta de concreción de un concepto normativo de terrorismo internacional ha sido la causa por la que, después de casi dieciséis años desde que la Asamblea General de las Naciones Unidas propusiera la elaboración de una convención general sobre el terrorismo internacional,<sup>52</sup> hasta la fecha no haya sido posible concluir un instrumento jurídico de esta naturaleza.<sup>53</sup>

<sup>50</sup> Véanse, por ejemplo, artículo 8 de la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra las personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos; artículo 10 de la Convención internacional contra la toma de rehenes; artículo 8 del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil; artículo 11 del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima.

<sup>51</sup> Véanse, por ejemplo, artículos 6 y 15 del Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear; artículos 6 y 14 del Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo; artículos 5 y 11 del Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas. En este sentido, en el continente americano, artículo 11 de la Convención interamericana contra el terrorismo.

<sup>52</sup> Especialmente, mediante resolución A/RES/52/210, de 17 de diciembre de 1996, la Asamblea General de las Naciones Unidas planteaba la posibilidad de considerar la elaboración de una convención general sobre el terrorismo internacional. Sin embargo, y después de volver a hacer la misma sugerencia en los considerandos de su resolución A/RES/52/165, de 15 de diciembre de 1997, en el punto resolutivo 11 de su resolución A/RES/53/108, de 8 de diciembre de 1998, decidió que el Comité Especial, establecido en virtud de la resolución A/RES/52/210, se ocupara de los medios de promover el desarrollo de un marco jurídico amplio de convenios relativos al terrorismo internacional e inclusive de la posibilidad de elaborar, *con carácter prioritario*, un convenio amplio sobre el terrorismo internacional. Esto mismo vino a reiterarlo en los puntos resolutivos 14 y 17 de sus resoluciones A/RES/55/158, de 12 de diciembre de 2000, y A/RES/56/88, de 12 de diciembre de 2001, respectivamente.

<sup>53</sup> En efecto, no obstante que los representantes de los Estados miembros de las Naciones Unidas han venido reafirmando la condena inequívoca del terrorismo internacional, en todas sus formas y manifestaciones y por quienquiera que se cometa, con independencia de los propósitos perseguidos por sus autores, y muy a pesar de que existe un consenso común por lo que se refiere a identificar el terrorismo como una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, la vida y la dignidad humanas y la consolidación de la democracia, y pese a los acuerdos alcanzados por los representantes de los Estados en la Cumbre Mundial de 2005 (A/RES/60/1), así como en la Estrategia Mundial de las Naciones Unidas contra el terrorismo, en el sentido de hacer todo lo posible para llegar a un acuerdo sobre un convenio general contra el terrorismo internacional y concertarlo, incluso resolviendo las cuestiones pendientes relativas a la definición jurídica y el alcance de los actos abarcados por el convenio, a fin de que pueda servir como instrumento eficaz de lucha contra el terrorismo (A/RES/60/288, de 8 de septiembre de 2006); hasta la fecha no se ha podido concertar un tratado general de estas características. Al respecto, véase también, entre otros documentos, Naciones Unidas, “Informe del Comité Especial establecido en virtud de la resolución 51/210, de la Asamblea General de 17 de diciembre de 1996. 12º periodo de sesiones (25 y 26 de febrero y 6 de marzo de 2008)”, *Asamblea General*, doc. A/63/37, de 2008. Y tal vez el problema de fondo se halle en que ni siquiera se ha conseguido establecer una definición jurídica de terrorismo; *cf.*, en este sentido, por ejemplo, Naciones Unidas, “Nota del Secretario General. Seguimiento de los resultados de la Cumbre del Milenio”, *Asamblea General*, 59 periodo de sesiones, A/RES/59/565, de 2 de diciembre de 2004, pp. 53 y 54. De igual modo, véase las observaciones hechas por los delegados de los Estados durante la 13 sesión plenaria de la Asamblea General de 1º de octubre de 2007, celebrada durante el sexagésimo segundo periodo de sesiones, doc. A/62/PV.13, pp. 16, 17, 25 y 26, así como las realizadas en la 118 sesión plenaria de esta misma Asamblea, de 4 de septiembre de 2008, doc. A/62/PV.118, pp. 4 y 5. En los mismos términos, *vid.* Estrategia global de las Naciones Unidas contra el terrorismo: actividades del sistema de las Naciones Unidas para la aplicación de la Estrategia. Informe del Secretario General, doc. A/66/762 de la Asamblea General, de 4 de abril de 2012.

Es cierto, no obstante, que tanto tiempo al menos ha sido suficiente para conciliar un proyecto de “Convención general sobre terrorismo internacional”, que llegaría a complementar los convenios, convenciones y protocolos vigentes de las Naciones Unidas que tratan por separado diversos aspectos del terrorismo internacional y, de hecho, según algún precepto de este borrador,<sup>54</sup> en el caso de que dicha convención general y uno de tales instrumentos jurídicos puedan ser aplicables en relación con un mismo hecho, prevalecerán las disposiciones de cualquiera de estos últimos. Básicamente, lo que hace este proyecto de convención general es recoger todos los principios, ideas y criterios por los que se han venido rigiendo las medidas antiterroristas instauradas en el marco de las Naciones Unidas, lo que se refleja en el contenido de su articulado, pues como lo han hecho los instrumentos jurídicos ya concertados, incluye una serie de disposiciones que han de servir para asegurar la incriminación y castigo de las conductas delictivas que establece en su artículo 2º, de entre las cuales cabe extraer el compromiso que asumirían los signatarios de castigar el delito de acuerdo con su gravedad, el rechazo expreso a conferir a éste la condición de delito político y, por lo tanto, la exigencia de que sobre sus autores proceda la extradición. Junto con ello, esta nueva convención comprendería la obligación de los Estados para instaurar su jurisdicción por diversas vías que encajarían en los principios de territorialidad, personalidad, activa y pasiva, real o de protección y de jurisdicción universal, lo que se acompañaría de una serie de preceptos destinados a asegurar la prevención del delito y a garantizar ciertas acciones de asistencia, colaboración y coordinación policiales y judiciales entre Estados parte, entre otros temas.<sup>55</sup>

Mayor interés despierta, a los efectos de este trabajo, destacar la definición normativa de terrorismo internacional que incorpora dicho proyecto de convención general sobre terrorismo internacional en su artículo 2º en los siguientes términos:

1. Comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionadamente y por cualquier medio cause:

- a) La muerte o lesiones corporales graves a otra persona o personas; o
  - b) Daños graves a bienes públicos o privados incluidos lugares de uso público, instalaciones públicas o gubernamentales, redes de transporte público, instalaciones de infraestructura o el medio ambiente; o
  - c) Daños a los bienes, lugares, instalaciones o redes a que se hace referencia en apartado precedente, cuando produzcan o puedan producir un gran perjuicio económico, si el propósito de tal acto sea, por su naturaleza o contexto, intimidar a la población u obligar a un gobierno o una organización internacional a hacer o dejar de hacer algo.
2. También constituirá delito la amenaza creíble y seria de cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo.
  3. También será punible la tentativa de cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo.
  4. También comete delito quien:
    - a) Participe como cómplice en cualquiera de los delitos enunciados en los párrafos 1, 2 o 3 del presente artículo;
    - b) Organice o dirija a otros a los efectos de la comisión de uno de los delitos indicados en los párrafos 1, 2 o 3 del presente artículo; o
    - c) Contribuya a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párrafos 1, 2 o 3 del presente artículo por un grupo de personas que actúe con un propósito común. La contribución deberá ser intencional y hacerse:
      - i) Con el propósito de colaborar con los fines delictivos o la actividad delictiva general del grupo, si tales fines o tal actividad entrañan la comisión de cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo; o
      - ii) Con el conocimiento de la intención del grupo de cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo.

Es llamativo y preocupante, cuando no novedoso, que, aunque la concepción jurídica internacional, tanto en el siglo pasado como ahora, se ha decantado y

<sup>54</sup> Provisionalmente el artículo 2 bis de este borrador.

<sup>55</sup> El texto del borrador de la “Convención general sobre terrorismo internacional” puede consultarse en Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe del Comité Especial establecido en virtud de la resolución 51/210, de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1996*, Sexto periodo de sesiones (28 de enero a 1º de febrero de 2002), Quincuagésimo séptimo periodo de sesiones, Suplemento núm. 37 (A/57/37).

se inclina por identificar al terrorismo como una forma de criminalidad verdaderamente grave cuya prevención y castigo exige el compromiso de todos los miembros de la sociedad internacional, hoy todavía existen tantas discrepancias al momento de determinar las estrategias e instrumentos jurídicos que han de ser empleados para su represión, así como a la hora de conciliar la manera y los alcances en los que dichos métodos y recursos han de aplicarse.

### 6. El concepto de terrorismo internacional en la legislación penal mexicana

En el artículo 148 bis del Código Penal federal,<sup>56</sup> queda establecida una figura delictiva a la que el legislador mexicano denomina terrorismo internacional.<sup>57</sup> En este caso, y siguiendo la orientación del Derecho penal del enemigo, se dedica un mismo marco penal que va de 15 a 40 años de prisión y 400 a 1 200 días multa, a los autores de un conjunto de conductas cuya configuración se hace depender, como rasgo fundamental, de la afectación de “bienes o personas de un país extranjero, o cualquier organismo u organización internacionales”.

La acción, que puede llevarse a cabo de distintas maneras y que debe agotar el principio de territorialidad, consiste en utilizar “sustancias tóxicas, armas químicas, biológicas o similares, material radiactivo o instrumentos que emitan radiaciones, explosivos o armas de fuego”. Pero también puede desplegarse generando incendios, inundaciones o por cualquier otro medio violento. La modalidad de que se trate, según se desprende de la descripción típica, debe tener la entidad suficiente para “producir alarma, temor o terror en la población o en un grupo o sector de ella”, siendo ello, como consecuencia del carácter doloso de la conducta, un resultado asumido por el agente que necesariamente deberá producirse.

Aunque no bastaría con lo anterior, pues la descripción típica exige la verificación de un elemento subjetivo del injusto alternativo que puede consistir, o bien en la finalidad de menoscabar la autoridad de un Estado extranjero, o en la de obligar a dicho Esta-

do, organismo u organización internacionales a que tomen una determinación.

A la sanción penal que deriva de las conductas antes descritas, se acumularán las que deban aplicarse por los delitos que, con motivo de su realización, se configuren en el hecho. En efecto, la cuestión deberá resolverse en concurso real entre las acciones típicas que recoge el precepto y las que con ellas puedan producirse (homicidio, lesiones, daños, etc.). Así lo constata la redacción legal cuando señala que “se impondrá la pena [...] sin perjuicio de las que correspondan por los delitos que resulten”.

Todo lo anterior se desarrolla del modo siguiente:

Se impondrá pena de prisión de quince a cuarenta años y de cuatrocientos a mil doscientos días multa, sin perjuicio de las penas que correspondan por los delitos que resulten: 1) A quien utilizando sustancias tóxicas, armas químicas, biológicas o similares, material radiactivo o instrumentos que emitan radiaciones, explosivos o armas de fuego, o por incendio, inundación o por cualquier otro medio violento, realice en territorio mexicano, actos en contra de bienes o personas de un Estado extranjero, o de cualquier organismo u organización internacionales, que produzcan alarma, temor o terror en la población o en un grupo o sector de ella, para tratar de menoscabar la autoridad de ese Estado extranjero, u obligar a éste o a un organismo u organización internacionales para que tomen una determinación.

### 7. A modo de conclusión

La comunidad internacional ha tenido muy presente la altísima y manifiesta gravedad de los daños que, en forma inmediata, a corto, a mediano y a largo plazo son generados por la delincuencia terrorista sobre los valores, derechos y libertades inherentes al ser humano; en definitiva, sobre bienes jurídicos, tanto individuales como colectivos, de especial importancia. En realidad, la concepción respecto del terrorismo no ha variado sustancialmente, pues queda claro que, tanto ahora como en el siglo pasado, existe y ha existido un consenso internacional, quizás ahora más extendido que antes, en el sentido de expresar un profundo

<sup>56</sup> Que se integra en el Capítulo III del Título Segundo de los “Delitos contra el Derecho Internacional”, que se ubica en el Libro Segundo del Código Penal federal.

<sup>57</sup> Sobre los tratados internacionales que, en materia de persecución penal del terrorismo, México es parte, véase <http://www.sre.gob.mx/tratados> (4 de octubre de 2012).

rechazo a las actividades y amenazas terroristas, o lo que es igual, al uso de la violencia más cruel y cobarde como medio para imponer ideologías o sistemas, o bien para imprimir terror a los gobiernos y a la sociedad en general o a un núcleo de la misma para alcanzar algún objetivo, sea éste político, religioso, social, delictivo o de cualquier naturaleza.

A pesar de esa permanente preocupación de la comunidad internacional por las manifestaciones, los alcances y las graves consecuencias del terrorismo, hasta la fecha no se ha conseguido establecer criterios uniformes que permitan la conformación de un concepto normativo de terrorismo internacional multilateralmente asumido. El problema no radica en determinar la *ratio iuris* que lleva a la incriminación del terrorismo y, de hecho, ésta no ha sufrido, ni tendría por qué sufrir, modificación alguna, pues existe coincidencia en que el terrorismo es uno de los más graves fenómenos que ha tenido que enfrentar la humanidad. En efecto, esta discrepancia no tiene que ver con la ausencia de un consenso a la hora de reconocer la significación antijurídica del terrorismo, sino con los criterios que, desafortunadamente, se emplean para determinar a qué actividades se les confiere el contenido antijurídico del actuar terrorista.

Quizás en las marcadas diferencias en los niveles de evolución de las estructuras sociales, se encuentre parte de la explicación de la ausencia de opiniones coincidentes en algo tan básico como la concreción de una noción funcional y generalizada de terrorismo. Un bloque, que se dice avanzado en materia de derechos y libertades públicas, no deja de imponerse a otro empleando la violencia, de manera que el que se dice sometido se vale del mismo medio violento para evitar ese sometimiento y, entonces, en este intercambio de violencia, en esta disputa, se produce lo que, si bien se traduce en violencia indiscriminada, muertes en masa o ejecuciones individuales, limitación de la libertad, desastres incalculables, miedo, incertidumbre, ambiente de desequilibrio social, privación de derechos, en definitiva, en el colapso del Estado social y democrático de Derecho, algunos no tienen inconveniente en identificarlo como daños colaterales, sobre todo cuando se refieren a la pérdida de las vidas humanas que ha generado esta dinámica de acción y represión terrorista.

Por eso, antes de apelar por una unificación de criterios sobre un concepto de terrorismo, primero habrá que garantizar la aplicación efectiva y generalizada

de los derechos humanos, primero habrá que asegurar la coexistencia en un mundo cada vez más globalizado de estructuras sociales más equiparables entre sí en el desarrollo de ámbitos tan complejos como los económicos, educativos, sociales, políticos, etc., puesto que, al margen de que el mejoramiento en este sentido podría reducir las causas que motivan la práctica del terrorismo, lo esperable es que ese grado de evolución se proyecte en el sistema normativo y, en consecuencia, en el Derecho penal y en los métodos de persecución criminal. Con dificultad se lograrán juicios uniformes si la evolución es dispar.

Antes que fijar nuestra atención en concretar una definición de terrorismo que pueda ser utilizada en el plano universal, primero habrá que construir sociedades más uniformes, en igualdad de circunstancias desde el punto de vista de los avances en materia de derechos fundamentales, libertades públicas y democracia, y sólo después será menos difícil llegar a conclusiones coincidentes o, por lo menos, más aproximadas. Habrá que homogeneizar la perspectiva sobre qué actos lesionan los ordenamientos constitucionales. Hoy la aspiración y el acercamiento al cabal cumplimiento de este modelo ideal solamente estimulan o rigen a unos cuantos. Por eso habrá que comenzar por la eliminación de aquellos sistemas que bloquean la aplicación efectiva y generalizada de los derechos humanos y de las libertades públicas, aquellos sistemas que distorsionan, a su acomodo y de acuerdo con la conveniencia de las circunstancias, la esencia y verdadera interpretación de esos valores de carácter universal, los alcances y objetivos de los mismos, la razón de su existencia y la garantía que ofrecen a sus destinatarios. Son estos regímenes, en definitiva, los que ignoran, a pesar de la evidencia, que se trata de valores que han de ser reconocidos por todos los sistemas jurídicos a todos los seres humanos sin distinción.

## Bibliografía

- Bassiouni, M.Ch., *International Criminal Law Conventions and their Penal Provisions*, Transnational Publishers, Nueva York, 1997.
- Bergen, P., *Osama de cerca. Una historia oral del líder de Al-Qaeda*, Debate, Dols Gallardo (trad.), Barcelona, 2007.
- Burke, J., *Al Qaeda. La verdadera historia del islamismo radical*, Á. Pérez, J.M., Álvarez (trad.), RBA, Barcelona, 2004.

- Calduch Cervera, R., "La incidencia de los atentados del 11 de septiembre en el terrorismo internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIII, 2001, 1 y 2.
- De la Corte Ibáñez, L. y J. Jordán, *La yihad terrorista*, Síntesis, Madrid, 2007.
- Franck, T.M., "Preliminary Thoughts Towards an International Convention on Terrorism", *American Journal of International Law*, vol. 68, 1974.
- García San Pedro, J., "Respuestas jurídicas frente al terrorismo: ámbitos internacional, europeo y nacional", en AA.VV., *Derecho penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, dirigido por Bueno Arús, Rodríguez Ramos et al., Dykinson, Madrid, 2006.
- , *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, Universidad Complutense de Madrid/Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 1993.
- Gunaratna, R., "La amenaza de Al Qaeda tras los atentados de Madrid", en AA.VV., *El nuevo terrorismo islamista. Del 11-S al 11-M*, Temas de Hoy, Madrid, 2004, pp. 75 y ss.
- , *Al Qaeda. Viaje al interior del terrorismo islamista*, S.T. Harris (trad.), Servi Doc, Barcelona, 2003.
- Jiménez de Asúa, L., *El Criminalista*, tomo IX, Buenos Aires, 1951.
- Jordán, J., *Profetas del miedo. Aproximación al terrorismo islamista*, EUNSA, Navarra, 2004.
- Lamarca Pérez, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Ministerio de Justicia/Centro de Publicaciones, Madrid, 1985.
- Laqueur, W., *La guerra sin fin. El terrorismo en el siglo XXI*, F. Esteve (trad.), Destino, Barcelona, 2003.
- Merlos, A., *Al Qaeda. Raíces y metas del terror global*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2006.
- Quintano Ripollés, A., *Tratado de Derecho penal internacional e Internacional penal*, tomo I, Madrid, 1955.
- Ramón Chornet, C., *Terrorismo: respuesta de fuerza en el marco internacional del Derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- Rapoport, D.C., "Las cuatro oleadas del terror insurgente y el 11 de septiembre", en AA.VV., *El nuevo terrorismo islamista. Del 11-S al 11-M*, E. Borreguero (trad.), Temas de Hoy, Madrid, 2004.
- Reinares, F., "Al Qaeda, neosalafistas magrebíes y 11-M: sobre el nuevo terrorismo islamista en España", en AA.VV., *El nuevo terrorismo islamista. Del 11-S al 11-M*, Temas de Hoy, Madrid, 2004, pp. 17 y ss.
- , "Conceptualizando el terrorismo internacional", *ARI núm. 82*, 2005, Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, área terrorismo internacional, 1º de julio de 2005, pp. 1 y ss.
- , *Terrorismo global*, Taurus, Madrid, 2003.
- Sundberg, J.W.F., "Piracy: Air and Sea", en AA.VV., *A Treatise on International Criminal Law*, vol. I., Charles C. Thomas Publisher, Nueva York, 1973, pp. 450 y ss.
- Townshend, Ch., *Terrorismo. Una breve introducción*, J., Braga Riera (trad.), Alianza, Madrid, 2008.



## El delito de trata de personas\*

**María Eloísa Quintero**

*INACIPE, México*

*Revista Penal México*, núm. 4, marzo-agosto de 2013

**RESUMEN:** *El artículo aborda el complejo fenómeno de la trata de personas, y lo hace desde diversas perspectivas: los derechos humanos, la migración, el problema laboral, los ámbitos criminológicos y victimológicos. La autora conjuga en su postura los enfoques criminocéntrico y victimocéntrico. Todo ello, desde una perspectiva de investigación proactiva.*

**PALABRAS CLAVE:** *migración, globalización, tráfico de personas, trata de personas, derechos humanos, tipo penal de trata de personas.*

**ABSTRACT:** *This paper deals with the complex issue of human trafficking from different angles: human rights, migration, labor issues, the fields of criminology and victimology. The author combines in her standpoint both the approach focused on the crime, and the one concentrated on the victim. She examines all this from a perspective of proactive research.*

**KEY WORDS:** *migration, globalization, human trafficking, human rights, human trafficking penal type.*

**SUMARIO:** *Introducción. I. Migración legal y tráfico de personas. II. Tráfico y trata de personas. III. Tipo penal de trata de personas. IV. Prevención e investigación del delito de trata. V. Conclusiones.*

\* El presente trabajo es, en parte, fruto de dos estancias de investigación, así como de la experiencia e información obtenidas en el marco de asesoramientos y trabajos conjuntos sobre la materia, en especial en Argentina, Paraguay y Guatemala. Así, entre otros, el Encuentro regional sobre buenas prácticas en la persecución de la trata de personas, Asunción, febrero de 2012, en el cual participamos por invitación de IDLO (International Development Law Organization); estancia de investigación en el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), Argentina, agosto de 2012; y Foro Político Académico, Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), Naciones Unidas Derechos Humanos, Kingdom of the Netherlands y Plataforma Holandesa contra la Impunidad, por invitación de esta última, Guatemala, octubre de 2012.

### Introducción

Vivimos un creciente proceso de comunicación e interdependencia, el cual unifica mercados, culturas, sociedades. Lo tecnológico, económico, social y cultural se conjugan para acercar o desdibujar fronteras. Pero la

[...] globalización no es tan sólo un proceso económico-financiero y cultural-comunicacional propiciado por la revolución digital. También es una realidad política que ejerce diversas formas de dominación, mediante la trata laboral y prostibularia que transita desde un país a otro. Es una de las razones por la cual el ejercicio de los derechos humanos remarca la formalización de marcos jurídicos regionales y locales. También reclama incorporar criterios éticos explícitos para fundamentar las decisiones políticas y la convocatoria a la comunidad, a la que es preciso sensibilizar.<sup>1</sup>

El presente trabajo reúne nuestras reflexiones en torno a la trata de personas, uno de los delitos más graves y actuales, el cual ha sido bautizado como la “moderna esclavitud”. El fenómeno —complejo y preocupante— amerita diversos abordajes: en primer lugar desde la perspectiva de los *derechos humanos*. Como lo expresó el Alto Comisionado de Naciones Unidas: “Las infracciones a los derechos humanos son a la vez causa y consecuencia de la trata de personas. Por lo tanto, es indispensable que la protección de todos los derechos humanos ocupe un lugar central en las medidas que se adopten para prevenir esa trata y ponerle término”.<sup>2</sup>

Pero el fenómeno puede estudiarse también desde lo económico, migratorio, social, laboral, criminológico,

victimológico y penal. Así, podríamos analizar y explicar la trata basándonos en su aspecto *migratorio*,<sup>3</sup> puesto que hoy en día 1 de cada 33 personas de la población mundial es un migrante. Según los datos de la Organización Internacional para la Migración (OIM) la población mundial actual está compuesta por 7 000 millones de personas, de las cuales más de 3.1% son migrantes.<sup>4</sup>

La migración se explica a su vez —entre otras cosas— por la internacionalización de la mano de obra necesaria para la economía globalizada. No resulta extraño advertir el estrecho vínculo<sup>5</sup> entre migración, tráfico de personas y trata. A tal punto que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) dice que la trata constituye una manifestación de la migración internacional en razón de su trabajo. Adviértase cómo la OIT subraya el aspecto migratorio en esta definición.

También es factible describir y aprehender el fenómeno desde lo *laboral*, ya que según la OIT 12.3 millones de personas son víctimas de trabajo forzoso; más de 2.4 millones han sido objeto de trata; 9.8 millones son explotadas por agentes privados y 2.5 millones se ven forzadas a trabajar por el Estado o por grupos militares rebeldes.<sup>6</sup>

Las perspectivas *criminológica* y *victimológica* son, sin duda, indispensables. Se afirma incluso que a partir de la Directiva 2011/36/UE<sup>7</sup> se ha producido un cambio en el combate del fenómeno de la trata, ya que el enfoque *crimino-céntrico* ha sido “reemplazado” por el *victimocéntrico*. Se dice: “lo determinante a la hora de abordar el tratamiento del problema es no tanto luchar contra esta realidad en cuanto que delito o fenómeno criminal, o al menos no solamente como tal, sino abordarla esencialmente desde la necesidad de salvaguardar los derechos de las víctimas [...]”<sup>8</sup>

<sup>1</sup> Eva Giberti, “Trata de personas con perspectiva de explotación sexual”, *Revista de Capacitación Policial del Mercosur*, Mercopol, pp. 14 y ss., en línea: <http://www.mercosur.int/msweb/CCCP/Comun/revista/N%201/14%20Trata%20de%20Personas,%20con%20Perpectiva%20de%20Esclavitud%20Sexual.pdf>.

<sup>2</sup> Cfr. Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Documento E/2002.68/Add.1, distribuido el 20 de mayo de 2002, Directriz 1.

<sup>3</sup> Para mayor información véase el Informe sobre las Migraciones en el Mundo, [http://publications.iom.int/bookstore/free/WMR2011\\_Spanish.pdf](http://publications.iom.int/bookstore/free/WMR2011_Spanish.pdf).

<sup>4</sup> [www.iom.int/jahia/Jahia/facts-and-figures/lang/es](http://www.iom.int/jahia/Jahia/facts-and-figures/lang/es).

<sup>5</sup> Un estudio interesante en José Miguel Zugaldía Espinar y Esteban Pérez Alonso (eds.), *El Derecho penal frente al fenómeno de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. Un análisis sobre las características de las nuevas formas de esclavitud en Esteban Iván Pérez Alonso, “Trata de seres humanos: marco conceptual, legal y jurídico-penal”, en Rosi Orozco (coord.), *Trata de personas*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2011, pp. 75 y ss.

<sup>6</sup> [http://white.oit.org.pe/portal/documentos/alianza\\_global\\_contra\\_trabajo\\_forzoso\\_mp\\_estadisticas.pdf](http://white.oit.org.pe/portal/documentos/alianza_global_contra_trabajo_forzoso_mp_estadisticas.pdf).

<sup>7</sup> El 5 de abril de 2011 se firmó en el Parlamento Europeo la Directiva 2011/36/UE, la cual reemplaza a la Decisión Marco 2002/639/JAI del Consejo. La misma sólo obliga a los Estados miembros; sin embargo, tendremos en cuenta dicha directiva como línea orientadora de las políticas y tendencias que se van adoptando en la materia.

<sup>8</sup> Carolina Villacampa Estiarte, “La nueva Directiva Europea relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?”, *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, artículos RECPC 13.14 (2011).



Coincidimos parcialmente. Primero, porque esa tendencia no se da a partir de la citada directiva; antes bien, la perspectiva global e integral, basada principalmente en los derechos humanos, está presente ya en el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 2005 (Convenio de Varsovia). Segundo, porque no puede abandonarse una perspectiva que apenas ha logrado acercarse a sus objetivos (preventivo-represivos). En otras palabras, la visión criminocéntrica está aún en desarrollo; más adelante esbozaremos problemáticas que ejemplifican lo que afirmamos. Tercero, no creemos que una perspectiva se imponga sobre la otra; por el contrario, el desafío es precisamente no abandonar ninguna; antes bien, integrarlas con sentido global real. Con base en esta última tesis hemos encarado este estudio.

Así, desde una visión jurídico-penal, pero sopesando también otros enfoques, se analizará la migración ilegal, así como la incidencia de ciertas políticas migratorias en el tráfico de personas. Se abordará luego el vínculo entre tráfico y trata, con objeto de remarcar similitudes y diferencias, como la importancia de unas y otras tanto en los procesos de investigación así como en la procuración de atención, ayuda, apoyo y reparación integral de las víctimas. Estudiaremos el delito de trata de personas, su definición, el tipo penal y los principales desafíos que acarrea. Desarrollaremos la prevención e investigación del delito de trata, sobre todo desde una perspectiva de investigación proactiva. Presentaremos una propuesta de herramienta preventivo-represiva, para finalmente compartir algunas reflexiones conclusivas.

## 1. Migración ilegal y tráfico de personas

La migración es un fenómeno determinado por diversas variables. Los flujos desde países periféricos hacia países centrales responden a un conjunto de factores macroestructurales tales como el desequilibrio de desarrollo entre los países,<sup>9</sup> las diferencias salariales

y de condiciones de empleo, la segmentación de los mercados, las crisis, entre otros. Pero la migración también se explica por opresiones étnicas, políticas o religiosas; por violencia interna; por conflictos bélicos; por miseria, catástrofes o peligros de degradación ambiental, y, sobre todo, por graves y reiteradas violaciones a los derechos humanos.

La migración (interna o transnacional) muchas veces es irregular o ilegal, es decir, se da fuera del marco normativo de los países de salida, tránsito o destino.

Es importante reconocer que el carácter de “ilegal” se concreta en diversos escenarios. Habrá migración ilegal cuando la persona ingrese a un país sin cumplir con los requisitos de visado y documentación pertinentes. Ese incumplimiento se constata cuando el sujeto cruza por un lugar no autorizado y carente de control migratorio, o bien cuando se interna en el país eludiendo o burlando el control con documentos falsos y demás ardidés.

También se habla de migrante ilegal cuando la persona ingresa de manera regular, pero permanece en el país pese a que se venció su visado, permiso de estancia o permanencia.

Por último, es considerado irregular aquel que ingresa legalmente, sin permiso de trabajo, y después labora en el país de recepción; el mismo carácter adquiere la persona que permanece en el territorio cuando le han rechazado la solicitud de asilo solicitada. Ante ello, cada Estado despliega esfuerzos con objeto de controlar la migración ilegal.<sup>10</sup>

La política migratoria constituye la actividad estatal que tiene como objetivo gestionar de modo adecuado los flujos migratorios. Con ello se persiguen objetivos de índole muy variada, que puede abarcar desde la prevención de problemas sociales (marginalidad, delincuencia, etc.) hasta la identidad cultural de una sociedad. No obstante, los fines prioritarios de toda política migratoria son la regulación del mercado de trabajo y la conservación del nivel de prestaciones sociales.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Un detalle referencial con base en el Índice de Desarrollo Humano (IDH) del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) puede verse en <http://hdr.undp.org/es/estadisticas/>.

<sup>10</sup> México ha implantado recientemente modificaciones importantes en su política exterior e interior en pos de abordar las problemáticas que plantean los grandes flujos migratorios. En este contexto se crearon fiscalías especializadas, se realizaron reformas legislativas en torno al tema migratorio, entre otras. Una lectura sobre el tema en Luisa Gabriela Morales Vega, “Categorías migratorias en México. Un análisis sobre la Ley de migración”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VII, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012, pp. 929-958.

<sup>11</sup> Luis Arroyo Zapatero, “Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, in memoriam*, Universidad de Castilla-La Mancha/Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, pp. 32 y 33.

A modo de ejemplo tomaremos como referencia la migración constante hacia Estados Unidos. Se dice que anualmente alrededor de 500 000 personas intentan ingresar a dicho país, lo cual en las últimas décadas se ha traducido en más de 12 millones de inmigrantes, la mayoría de ellos indocumentados. Pero —conforme a algunas cifras— el flujo migratorio a Estados Unidos parece haber disminuido. Señalan que ello se explica por la recesión que vive el país, el recrudecimiento de las políticas migratorias, el encarecimiento de los costos del viaje, el aumento de ciertos riesgos para el migrado, entre otras razones. Para ser más precisos: recientemente el Pew Hispanic Center publicó un informe en el que muestra que la migración entre México y su vecino del norte está en 0 por ciento.<sup>12</sup> La tasa no implica necesariamente que el fenómeno haya disminuido; por el contrario, el porcentaje “cero” expresa que existe un balance entre la cantidad de mexicanos que ingresan al país y los que egresan. Tampoco significa que los esfuerzos aparezcan un mayor respeto a los derechos humanos de quien migra o ha migrado.

Antes bien, el incremento de las barreras migratorias tiene un costo negativo que deriva de la evidente *proporcionalidad directa que existe entre crudeza migratoria, riesgos del migrado y ventajas para quienes se dedican al tráfico de personas (entre ellos, el crimen organizado)*. En otras palabras, cuanto más estrictos y herméticos son los controles migratorios, más riesgosos serán los procesos y mecanismos para evadir dichos controles y, por ende, más necesario el auxilio y la experticia de quienes se dedican a facilitar la entrada ilegal de las personas en cierto Estado.

Siguiendo con el ejemplo de México-Estados Unidos, y conforme a encuestas de Frontera Norte de México (Emif Norte), resulta interesante notar que en el año 1995 sólo 9.1 por ciento de los mexicanos deportados reconocieron haber utilizado ayuda (servicio de

“un pollero”) para llegar a Estados Unidos; mientras que para 2010 la cifra se incrementó a 48.5 por ciento.

Los datos muestran la preocupación que remarcáramos: cuanto más altas son las barreras de ciertas sociedades, más espacios y ventajas se abren para aquellos que buscan aprovecharse de las dificultades de otros.

Desde nuestra perspectiva, resulta forzoso tener en cuenta este factor, sobre todo en aquellos países que sistemáticamente han endurecido sus políticas migratorias, ya que el recrudecimiento no sólo tiene costos sino ventajas, y las mismas no son más exclusivas del Estado; también benefician a los criminales. Siendo ello así, resulta inútil plantear una política migratoria sin sopesar antes sus repercusiones en la política criminal. En otras palabras, una política migratoria no puede estar basada exclusivamente en criterios económicos, factores políticos de orden doméstico, presiones electorales, peticiones de grupos empresariales o gremiales. Es indispensable tener en cuenta la perspectiva penal.<sup>13</sup>

## II. Tráfico y trata de personas

El vínculo entre tráfico y trata es sin duda estrecho. Abordaremos con brevedad estos fenómenos, intentando acercar someramente las problemáticas, diferencias y similitudes. Pero empezaremos por aclarar conceptos, pues, durante muchos años, algunos ordenamientos han empleado indistintamente los vocablos de “tráfico” y “trata”.<sup>14</sup>

El Protocolo de la ONU define el “tráfico ilícito de migrantes” como “la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”.<sup>15</sup> Es un ilícito que atenta “contra el derecho legal del gobierno de controlar sus fronteras”,<sup>16</sup> “así como contra la

<sup>12</sup> “Net Migration from Mexico falls to Zero —and Perhaps Less”, en *Pew Hispanic Center* (<http://www.pewhispanic.org/2012/04/23/net-migration-from-mexico-falls-to-zero-and-perhaps-less/>).

<sup>13</sup> Un estudio interesante en José Miguel Zugaldía Espinar y Esteban Pérez Alonso (eds.), *El Derecho penal frente al fenómeno de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

<sup>14</sup> Pese a que los protocolos de la ONU que se adjuntan a la Convención contra el Crimen Organizado distinguieron la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, algunos países regularon de manera conjunta dichos fenómenos. A modo de ejemplo: España no practicó dicha distinción sino hasta el año 2010, cuando introdujo el Título VII bis en su Código Penal. Véase Mirentxu Corcoy Bidasolo y Santiago Mir Puig, *Comentarios al Código Penal: Reforma 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 420-426 y 710-716.

<sup>15</sup> Artículo 3 del Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, Complementario de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

<sup>16</sup> Ann Jordan, “El Protocolo de la ONU sobre la trata de personas: un enfoque imperfecto”, en *Program on Human Trafficking and Torced Labor*, Center for Human Rights and Humanitarian Law, noviembre de 2010, p. 1.

política migratoria, la libertad sexual de los migrantes y la protección de sus derechos laborales”.<sup>17</sup> La situación es preocupante, pues de acuerdo con las cifras brindadas por el representante en México de la Oficina de la Organización de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, el tráfico genera cerca de 7 000 millones de dólares al año.<sup>18</sup>

Por su parte, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños —que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional— describe detalladamente la trata de personas. Dice el artículo 3, *Definiciones*:

Para los fines del presente Protocolo:

a) Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;

[...]

Como se advierte, existen similitudes entre trata y tráfico de personas, sobre todo porque en ambos casos se da un aprovechamiento de la necesidad de mejorar las condiciones de vida de las personas mediante la migración.

Generalmente la trata y el tráfico se dan en los mismos contextos sociales, económicos, criminales y de derechos humanos, lo que en la práctica dificulta su distinción. Muchas veces lo que comienza como tráfico de personas deviene en circunstancias de trata de

personas. Todo ello hace que desde algunas perspectivas siquiera se advierta la ventaja de realizar una nítida distinción. A veces desde el ámbito de la prevención y la investigación lo más conveniente es abordar los fenómenos —trata, tráfico, lavado de dinero, crimen organizado, entre otros— como un “todo”, pues no sólo comparten y entrelazan autores y hechos, sino también los bienes, rutas, y estructuras que los sustentan.

Pero también existen múltiples razones que nos obligan a diferenciar cada uno de estos delitos; por mencionar sólo una: el deber de identificar adecuadamente a la víctima.<sup>19</sup> Es decir, para garantizar la asistencia y atención, así como el derecho a la justicia, a la verdad y la reparación, es necesario advertir y diferenciar si la persona fue víctima de trata o de tráfico, ya que las necesidades y características de una y otra no son las mismas. El grado de afectación de derechos humanos que sufren las víctimas de trata genera en el Estado la necesidad de dar respuestas específicas; si no logramos una correcta identificación de la misma y permitimos que los casos de trata se soslayen bajo el ropaje de tráfico de migrantes u otros ilícitos, ello conducirá seguramente a que subsista la vulneración de sus derechos.

Por ello, resumiremos a continuación los matices y características que —desde nuestra perspectiva— permiten distinguir estos fenómenos:

- El tráfico es fundamentalmente un delito contra el Estado, mientras que la trata atenta contra la dignidad y otros derechos humanos de la persona.
- En el tráfico de personas lo esencial es el traslado con el cruce ilegal de fronteras o el propósito de facilitar la introducción o la permanencia ilegal en otro territorio nacional; en tanto que en la trata de personas no hay necesariamente un cruce de fronteras, sino que el fenómeno puede darse en el seno de un mismo territorio nacional.
- En el tráfico de personas el migrante contrata un servicio —la facilitación de la entrada o permanencia

<sup>17</sup> Luis Arroyo Zapatero, *op. cit.*, p. 32. El autor señala que las políticas migratorias buscan principalmente la regulación del mercado de trabajo y la conservación de las prestaciones sociales que caracterizan al Estado de bienestar; concretamente refiere: “la llegada incontrolada y masiva de extranjeros sin recursos económicos y sin posibilidad de trabajar obligaría a arbitrar medidas existenciales con el fin de evitar problemas sociales y además a integrarlos en el sistema educativo y sanitario. La política migratoria trata de conseguir que los imparable flujos migratorios se realicen de modo tal que no desborden la capacidad financiera y asistencial del Estado”.

<sup>18</sup> Antonio Mazzitelli, representante en México de la Oficina de la Organización de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, en el marco de la inauguración de la Conferencia Internacional sobre Tráfico Ilícito de Migrantes. Retos y avances en la implementación del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, México, 16 al 18 de abril de 2012.

<sup>19</sup> En este sentido, Principios y Directrices recomendados sobre los Derechos Humanos y Trata de Personas. E/2002/68/Add. 1, mayo de 2002, Directriz 2.

ilegal en cierto país— y lo hace con voluntariedad, es decir, existe consentimiento; por el contrario, en la trata de personas hay engaño o abuso o coacción o las tres cosas, tras lo cual viene siempre una situación de explotación de su persona;

- El tráfico se realiza con el propósito de obtener directa o indirectamente un beneficio económico. Así lo exige la descripción del Protocolo. En caso de trata de personas, esta característica (fin de lucro) no es algo que la defina penalmente, aunque normalmente está presente;
- En la trata de personas la ventaja económica del delincuente se obtiene o se pretende obtener del ejercicio de la explotación de la víctima, mientras que en el tráfico de personas la fuente principal de ingresos es el precio que paga el migrante o sus familiares a fin de sufragar los gastos de viaje y costos del servicio.<sup>20</sup>
- En el tráfico los migrantes son generalmente personas indocumentadas o bien personas que viajan con documentos falsos, pero en la trata de personas —si se da un desplazamiento transnacional— muchas veces la salida o el ingreso es legal;
- El tráfico involucra indiscriminadamente a hombres, mujeres y niños, si bien la mayoría de las personas objeto de tráfico son hombres; en cambio en la trata la relación se da a la inversa, ya que normalmente son mujeres y niños quienes se ven sometidos a explotación,<sup>21</sup> aunque no exclusivamente;
- El tráfico de personas es un delito que finaliza cuando se concreta la facilitación, entrada o permanencia ilegal en un país; por el contrario, ello no sucede en el caso de trata de personas.

Mencionamos *ut supra* las ventajas que aparece distinguir los fenómenos. Sin embargo, se ha señalado que esta tendencia diferenciadora ha sido utilizada muchas veces para encubrir motivaciones oscuras que se sustentan en la siguiente conclusión: la persona tratada será siempre víctima, mientras aquella objeto de tráfico puede ser cómplice del traficante o

incluso responsable por el tránsito ilegal transfronterizo. A su vez, ello explica las medidas que se diseñan para combatir uno y otro supuesto, así como el recrudescimiento que se percibe en las políticas —sobre todo migratorias— encaminadas a mermar el tráfico de personas. Afirma Villacampa Estiarte: “En definitiva, parece que los dos conceptos [...] se hayan pergeñado como opuestos justamente para poder justificar las políticas restrictivas en materia de migración que conducen a la exclusión de la ciudadanía y de la residencia legal en países del primer mundo a los migrantes del tercer y cuarto mundo”.<sup>22</sup>

No obstante, y más allá de lo dicho, debe tenerse en cuenta que, si bien los fenómenos son distintos, en la práctica se hallan estrechamente relacionados, a tal punto que en ocasiones resulta dificultoso diferenciarlos.

Muchas veces los procesos de tráfico culminan en casos de explotación sexual o laboral. Esto se da cuando la víctima de traslado transfronterizo no llega a cubrir el costo del “servicio” y promete pagar con su trabajo al arribar a su destino, lo cual los orilla luego a situaciones de explotación; otras veces el “pollero” o quien interviene en la cadena delictiva decide incrementar el precio pactado y ello lleva a la víctima a un endeudamiento no previsto, el cual cubre (o la obligan a cubrir) con su servicio forzado. También la “venta” o entrega de migrantes al crimen organizado es otra modalidad que culmina en sometimiento, cuando no en muerte o desaparición. Éstas son sólo algunas de las modalidades que entrecruzan los fenómenos descritos.

### III. Tipo penal de trata de personas

#### a) El Protocolo y las tipificaciones estatales

Como se señaló, previamente el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, define en su artículo tercero la trata de personas. De esta manera, detalla el

<sup>20</sup> En ese sentido, Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito, Manual para la lucha contra la trata de personas.

<sup>21</sup> Son múltiples las estadísticas y los informes internacionales que soportan esta tendencia. A modo de ejemplo véase Organización Internacional del Trabajo (OIT), “Una alianza global contra el trabajo forzoso”, 93 reunión, Ginebra, 2005, p. 16.

Para comprender en parte la situación en México (principalmente en Tlaxcala, Tijuana y Tapachula), véase el libro de Óscar Castro Soto y Raquel Pastor Escobar (coords.), *Acceso a la justicia para mujeres y niños víctimas de trata*, Centro de Estudios Sociales y Culturales Antonio de Montesinos, A.C., con la colaboración del Instituto de Derechos Humanos Ignacio Ellacuría de la Universidad Iberoamericana de Puebla, Conacyt e Inmujeres, México, 2010.

<sup>22</sup> Carolina Villacamba Estiarte, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 46.

fenómeno, enumera sus características y distingue entre “conductas”, “medios” y “fines”, lo cual significa *per se* un gran avance. Expresado esto con palabras de la relatora:

Una de las muchas ventajas de la definición del Protocolo es que sienta las bases para aquellos debates; las investigaciones y las políticas referentes a la lucha contra la trata puedan superar los límites del debate general sobre las bondades y desventajas de la prostitución, en un grado significativo. La definición del Protocolo refleja una resolución importante entre opiniones muy divididas en cuanto a la aceptabilidad de la industria del sexo, establece criterios claros para entender qué constituye trata y permite establecer un marco coherente y claro para las iniciativas de lucha contra la trata.<sup>23</sup>

Así, el instrumento enumera en primer lugar las “conductas” (captación, transporte, traslado, acogida y recepción de una persona) que describen los pasos del proceso de trata, en torno al cual se da también el traspaso de poder sobre la persona. En segundo lugar se especifican los “medios”, los cuales podrían agruparse en coercitivos, fraudulentos y abusivos, lo que ha llevado a Pérez Alonso a hablar de “trata forzada”, “trata fraudulenta” y “trata abusiva”.<sup>24</sup> Y, por último, detalla los “fines”, que abordaremos en el apartado siguiente.

No obstante, hay algo que —desde nuestra perspectiva— es importante resaltar: el artículo 3 del Protocolo no detalla elementos de tipo penal;<sup>25</sup> por el contrario, como el propio artículo 5 del mismo instrumento remarca, será cada Estado el que “... adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en el artículo 3 del presente Protocolo, cuando se cometan intencionalmente. [...]”. En otras palabras, el Protocolo define

y describe el fenómeno, pero es tarea de los Estados firmantes traducir los elementos criminológico-descriptivos en elementos de tipo penal.<sup>26</sup>

Nuestros países, al obviar, discrepar o no advertir lo anterior, han decidido hacer una transcripción “literal” del citado artículo 3. Ello ha acarreado innumerables problemas.

En primer lugar, se cuestiona la necesidad de adoptar como elementos del tipo los denominados “medios” (abuso, coacción, engaño, situación de vulnerabilidad, entre otros). No se niega su funcionalidad al demostrar algunas circunstancias del caso; sin duda, el estudio de los medios favorece la identificación de la víctima y la concreción de la prueba. Pero también es cierto que una vez corroborada la captación, el transporte, el traslado, la acogida o recepción de personas con el fin de explotación, no quedan dudas sobre la configuración de la situación de trata. Dicho con un ejemplo: si se acreditó la captación de una víctima con el fin de someterla a explotación sexual, o si incluso ya se está dando dicha explotación, poca utilidad brinda exigir que se demuestre en qué forma se logró la misma.

Ahora bien, no estamos diciendo con esto que la acreditación de los medios sea irrelevante; por el contrario. Lo que planteamos es que no deberían exigirse como elementos del tipo penal; antes bien, deberían valorarse como parte de las circunstancias que habrán de tenerse en cuenta al analizar el sometimiento y al momento de determinar la pena. Incluso, algunos de los medios deberían valorarse tal vez como agravantes específicos.

En este sentido se ha expresado Uruguay en la Ley núm. 18.250, al tipificar el delito de trata consagrando las conductas y los fines descritos por el artículo 3 del Protocolo, pero en la que se deja fuera la enumeración de medios específicos.<sup>27</sup> Esta tendencia se advierte también en Argentina y México.

<sup>23</sup> Sigma Huda, *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños*.

<sup>24</sup> Pérez Alonso, *Tráfico de personas e inmigración clandestina*, Tirant lo Blanch, 2008, p.178.

<sup>25</sup> En sentido contrario, Carolina Villacampa Estiarte, *El delito de trata de seres humanos...*, *op. cit.*, p. 37. La autora señala que son tres los elementos esenciales de la trata (acción, medios y finalidades de explotación), de los cuales los primeros dos pertenecerían a la parte objetiva del tipo y el tercero a la subjetiva.

<sup>26</sup> En ese sentido también *Global Rights, Annotated Guide to The Complete UN Trafficking in Persons*, recomendación sobre tipificación del delito de trata de personas en los ordenamientos nacionales a propósito de la definición del artículo 3 del Protocolo de Palermo.

<sup>27</sup> Uruguay, Ley núm. 18.250: “Artículo 78: Quien de cualquier manera o por cualquier medio participare en el reclutamiento, transporte, transferencia, acogida o el recibo de personas para el trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares, la servidumbre, la explotación sexual, la remoción y extracción de órganos o cualquier otra actividad que menoscabe la dignidad humana, será castigado con una pena de cuatro a dieciséis años de penitenciaría”.

Por otro lado, exigir que se acrediten los medios utilizados para llegar a cometer las conductas, es decir, obligar a que se demuestre la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, rapto, fraude, engaño, sólo incrementan las dificultades probatorias del órgano acusador, lo que en algunas ocasiones lleva a la impunidad.

### *b) Contenido y alcance de las tipificaciones. Finalidades de explotación*

Para que se configure la trata, esa captación, transporte, traslado, acogida y recepción de personas debe realizarse con fines de explotación, la cual incluirá como mínimo la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos. Los ordenamientos nacionales han modificado paulatinamente sus legislaciones a fin de adoptar todas y cada una de las modalidades descritas por el Protocolo.<sup>28</sup> Ello ha acarreado regocijo internacional al mismo tiempo que ha facilitado las labores de cooperación y coordinación. No obstante, es forzoso asumir que aún queda mucho por hacer con objeto de abordar íntegramente el fenómeno. En ese sentido la Decisión 2011/36/UE señala hoy en su artículo 2.3:

“La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos”. Como se advierte, se han incorporado a la trata nuevas modalidades: en primer lugar, la mendicidad, y en segundo lugar, la explotación para realizar actividades delictivas.<sup>29</sup> Algunos países han ido incluso más allá; México no sólo consagra las formas de explotación enumeradas, sino también la adopción ilegal de persona menor de 18 años y el matrimonio forzoso o servil.<sup>30</sup>

Otra problemática interesante gira en torno al consentimiento<sup>31</sup> de la víctima y su papel frente al tipo penal de trata.<sup>32</sup>

Los operadores del Derecho señalan que las dificultades que enfrentan en los procesos de trata, muchas veces derivan de las intervenciones de las víctimas, sobre todo cuando declaran que “voluntariamente” se sometieron a tal o cual situación, o que no fueron “engañadas” ni “obligadas” a realizar ciertas conductas. Desde antaño las defensas han intentado encuadrar esos elementos en un “consentimiento”, lo cual aparejaría la atipicidad (o, para otros, la justificación). Esto no escapó al debate internacional; por

<sup>28</sup> Así Argentina con su Ley 26.364; Chile con la Ley 20.507, de 8 de abril de 2011; Uruguay con la Ley 18.250, de 2008; Paraguay con la consagración de los artículos 129 b y 129 c del Código Penal; Colombia con su Ley contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, Ley 985, de 29 de agosto de 2005; España introdujo el Título VII bis con la LO 5/2010, entre otros.

<sup>29</sup> La directiva sólo vincula a los Estados miembros, pero lo interesante es aprehender las diversas aristas del fenómeno, pues sin duda las nuevas modalidades no son exclusivas.

<sup>30</sup> México, 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 *DOF 14-06-2012*.

Artículo 10. Toda acción u omisión dolosa de una o varias personas para captar, enganchar, transportar, transferir, retener, entregar, recibir o alojar a una o varias personas con fines de explotación se le impondrá de 5 a 15 años de prisión y de un mil a veinte mil días multa, sin perjuicio de las sanciones que correspondan para cada uno de los delitos cometidos, previstos y sancionados en esta Ley y en los códigos penales correspondientes.

Se entenderá por explotación de una persona a:

- I. La esclavitud, de conformidad con el artículo 11 de la presente Ley;
- II. La condición de sirvo, de conformidad con el artículo 12 de la presente Ley;
- III. La prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, en los términos de los artículos 3 a 20 de la presente Ley;
- IV. La explotación laboral, en los términos del artículo 21 de la presente Ley;
- V. El trabajo o servicios forzados, en los términos del artículo 22 de la presente Ley;
- VI. La mendicidad forzosa, en los términos del artículo 24 de la presente Ley;
- VII. La utilización de personas menores de dieciocho años en actividades delictivas, en los términos del artículo 25 de la presente Ley;
- VIII. La adopción ilegal de persona menor de dieciocho años, en los términos de los artículos 26 y 27 de la presente Ley;
- IX. El matrimonio forzoso o servil, en los términos del artículo 28 de la presente Ley, así como la situación prevista en el artículo 29;
- X. Tráfico de órganos, tejidos y células de seres humanos vivos, en los términos del artículo 30 de la presente Ley; y
- XI. Experimentación biomédica ilícita en seres humanos, en los términos del artículo 31 de la presente Ley.”

<sup>31</sup> Marcelo Colombo y María Alejandra Mángano, “El consentimiento de la víctima en la trata de personas y un análisis sobre los medios comisitos previstos en la figura penal”, *Revista del Ministerio Público*, año 7, núm. 11, Buenos Aires, noviembre de 2010, pp. 11 y ss.

<sup>32</sup> Julieta Di Corleto, “Trata de personas con fines de explotación”, en Luis Niño y Stella Maris (coords.), *Delitos contra la libertad*, 2ª ed., Ad Hoc, 2003, pp. 507 y ss.

el contrario, al momento de aprobar el Protocolo de Palermo se entabló una ardua discusión al respecto. Hoy el texto remarca en su artículo 3: "... b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado...".

Similar situación se ha dado en los ámbitos nacionales.

Siendo ello así, y pese a que el debate no está cerrado, la doctrina mayoritaria sostiene que no se deben consentir acciones lesivas de la dignidad humana.<sup>33</sup> En otras palabras, el consentimiento de la víctima opera como excluyente del ilícito penal cuando recae sobre bienes disponibles como la propiedad, la libertad ambulatoria, los bienes personalísimos, entre otros,<sup>34</sup> pero no cuando está en juego la dignidad humana. En caso de trata, y como lo dice el Fiscal Marcelo Colombo, "(s)i lo que se busca castigar es la explotación de un ser humano reduciendo su dignidad a valores legalmente intolerados, ningún rol exculpativo puede jugar el consentimiento de quien es así sometido".<sup>35</sup>

Pese a lo dicho, la problemática no se ha zanjado; por el contrario. En los procesos de trata se siguen abogando atipicidades por consentimiento y, lo que es peor, se encubren peticiones de atipicidad bajo otras posturas, pero con base en los mismos cimientos. Nos daremos a entender.

Muchas veces, sin entrar a debatir sobre el consentimiento, la defensa cuestiona la existencia de los "medios comisivos" (engaño, coerción, violencia, etc.). En otras oportunidades, la valoración de la declaración de la víctima y el papel que intentan otorgarle a su alegada "voluntariedad", hacen que se sentencie la atipicidad. No pretendemos profundizar

en estos razonamientos; sí nos interesa acercar dos reflexiones que contrarrestan las estrategias citadas.

En primer lugar, las posturas de la defensa se sustentan en una percepción puntual y descontextualizada de la situación de la víctima, con base en la cual afirman que lo actuado es fruto de su "libre albedrío". Pero la situación no es tan simple, sobre todo cuando hablamos de grupos vulnerables (piénsese en mujeres y en indígenas, por poner sólo dos ejemplos). En casos como éstos, la violación de sus derechos, los episodios de violencia, la desvalorización y deshumanización los han acompañado durante su crecimiento. Ante ello, resulta muy difícil determinar un ejercicio libre y voluntario —de explotación sexual o laboral— a partir de los 18 años. Resulta más difícil aún sostener que aquella niña abusada, golpeada o violentada, una vez que llega a la mayoría de edad, elige "libremente" intervenir determinada explotación, o bien no ha sido objeto de los denominados medios comisivos (engaño, coerción, entre otros).

Por el contrario, en la mayoría de los casos, los hoy adultos (víctimas) han vivido tanto tiempo en situación de vulnerabilidad que ese aparente asentimiento no es sino el reflejo de su condición.

Similar situación se da al momento de valorar la prostitución.<sup>36</sup> Dicho con palabras de una experta:

Lo que parece faltarles a los que se preocupan sólo acerca de las niñas y niños prostituidos (si es que verdaderamente les importa algo en ese contexto) es comprender que en el comercio sexual las personas adultas, las niñas y los niños no son dos grupos distintos de personas, sino que son el mismo grupo de personas en dos puntos distintos en el tiempo. [...] Las niñas por las que no se hizo nada ayer y que han logrado no morir son la mayoría de las mujeres prostituidas hoy.<sup>37</sup>

<sup>33</sup> Esteban Righi, *Derecho penal. Parte general*, Lexis Nexis Argentina, Buenos Aires, 2007, pp. 189 y ss.

<sup>34</sup> Véanse por todos Günther Jakobs, *Derecho penal. Parte general*. Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 293 y ss.; Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., tomo I, Civitas, Madrid, Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, tomo IV, Losada, Buenos Aires, 1961, pp. 630 y ss.; Santiago Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Barcelona, 1998, p. 521. Dice el autor: "Ello resulta evidente cuando el interés protegido es exclusivamente privado y renunciado, como sucede no sólo en los delitos contra la libertad de voluntad, sino también, por ejemplo, en los delitos contra la propiedad —como se desprende de la propia redacción legal— y en los delitos contra el honor. Mas ocurre que en algunos delitos contra los particulares es discutible que el interés protegido sea exclusivamente privado y renunciado".

<sup>35</sup> Marcelo Colombo, *Los fines de explotación en el delito de trata de personas y la posibilidad de consentirlos*, p. 5, en línea: [http://www.palermo.edu/Archivos\\_content/derecho/pdf/Colombo-palermo-consentimiento.pdf](http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Colombo-palermo-consentimiento.pdf).

<sup>36</sup> Como se sabe, existe un arduo debate en torno a la prostitución. No obstante, en el plano internacional y ya en muchos de nuestros países, se ha comenzado a percibirla como explotación. Así, la relatora especial sobre la trata de personas entre 2004 y 2008 dijo que la prostitución "... tal como se lleva a cabo de hecho en el mundo generalmente se ajusta a los elementos de la trata de personas con fines de explotación sexual".

<sup>37</sup> Catherine Mackinnon, "Trata, prostitución y desigualdad", en *Discriminación y género. Las formas de la violencia*, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2010, p. 27.

Consideramos que esto debe tenerse en cuenta, sobre todo cuando se arguye —como señalábamos al principio— la inexistencia de medios comisivos (es decir, engaño, violencia, abuso) con base en una mirada quirúrgica —puntual y descontextualizada— de la víctima.

En segundo lugar, aun cuando la víctima declare que los actos fueron voluntarios o consentidos —o ambas cosas—, aun cuando aceptemos que no hay vicio en su declaración, la misma no constituye el “concepto” (voluntariedad o, en su caso, consentimiento) *per se*. Dicho en términos luhmannianos, su aporte (declaración) es sólo la expresión de una de las “selecciones”,<sup>38</sup> mas no la comunicación en sí. Según el autor, en ésta se da: 1. La unidad de información, 2. El acto de comunicar: participación (*Mitteilung*) y 3. El acto de entender: comprensión (*Verstehen*). Pero lo social no se determina con la manifestación de una o de algunas de las selecciones (en el caso, la víctima que nos “participa” y da cierta “información”), sino que es la emergencia de una síntesis de las tres selecciones.

No es nuestro cometido ahondar sobre posturas sistémicas.<sup>39</sup> Sí nos parece importante, en cambio, remarcar las consideraciones de *ut supra*, sobre todo cuando la defensa pretende que la declaración de la víctima configure el sustento de la atipicidad.

### c) La anticipación de la punibilidad

Otro aspecto que quisiéramos destacar es que el artículo 3 del Protocolo de Palermo y las tipificaciones nacionales no sancionan en su configuración la explotación sexual, la servidumbre, la explotación laboral *per se*. Adviértase que los tipos penales no dicen “al que explote sexualmente, explote laboralmente, someta a servidumbre... se le impondrá la pena de...”. Por el contrario, tanto la definición del artículo 3 como los diversos tipos recriminan los actos previos: la captación, el transporte, el acoger a la persona...

*con el fin* de llevar adelante las conductas antes referidas. En otras palabras, se adelanta el momento a partir del cual la acción se considera penalmente relevante (anticipación de la punibilidad).<sup>40</sup>

Es importante remarcar lo anterior, pues son muchas las consideraciones que esto acarrea. Desde nuestra perspectiva, resulta forzoso debatir y definir al menos tres puntos. En primer lugar, cuál es la naturaleza de dicho adelantamiento. En segundo lugar, qué papel desempeñan los actos tentados en este tipo penal, y, por último, qué delitos conexos debemos abarcar. Abordaremos brevemente estos puntos.

Dice el artículo 5 del Protocolo:

[...]

2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito:

a) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo;

[...]

Por su parte, la Directiva 2011/36/UE dice en su artículo 3: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de la inducción, la complicidad o la tentativa en la comisión de las infracciones contempladas en el artículo 2”, es decir, la trata de personas.

En otras palabras, se conmina a los Estados a sancionar los actos tentados de trata. Ahora bien, ello será factible o no en virtud de la naturaleza que le reconozcamos al delito<sup>41</sup> o la postura doctrinaria que adoptemos, o ambas cosas. Un delito de emprendimiento<sup>42</sup> no permite —según muchos— la tentativa. Forzoso es realizar el citado análisis dogmático, pues de él se derivará la penalización o no de ciertos actos; la relevancia del tema se explica por sí misma; sin embargo, poco se ha trabajado al respecto.

<sup>38</sup> Niklas Luhmann, *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 42 y ss.; del mismo autor, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Universidad Iberoamericana/Anthropos, México, 1998, pp. 101 y ss.

<sup>39</sup> Más detalles en María Eloísa Quintero, “Acción social, comunicación e injusto penal”, en Miguel Polaino-Orts y María Eloísa Quintero (coords.), *Comunicación e injusto penal*, Ara Editores, Lima, pp. 71-94. Colección Dogmática Penal, núm. 3.

<sup>40</sup> Véanse por todos Jesús María Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., revisada y ampliada, Thomson-Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2001, pp. 17 y ss., 163 y ss.

<sup>41</sup> “La trata de personas es un delito de emprendimiento, de tal forma que es absolutamente concreto, y si así debiera ser desde una perspectiva moderna del Derecho penal, sancionar en un mismo caso por trata de personas y además por el propio acto de explotación cuando éste se haya verificado.” Miguel Ontiveros Alonso, “El Derecho penal frente a la trata de personas: problemas técnicos y políticos criminales” en Rosi Orozco (coord.), *Trata de personas*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2011, p. 72.

<sup>42</sup> Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., tomo I, Civitas, Madrid, p. 336.



Por último, nos referiremos a los delitos conexos. Siendo el delito de trata un ejemplo claro de adelantamiento de las barreras de punición en el cual se reprocha la captación, el traslado, la acogida, la recepción con los fines referidos, mas no necesariamente la consumación de la explotación sexual, los trabajos y servicios forzados, la esclavitud, la servidumbre, la extracción de órganos, etc., no podemos dejar de analizar —de ser el caso— la configuración de delitos conexos. Obviar dicho análisis implica dejar impune la concreción de dicho adelantamiento. Desgraciadamente esto no siempre se tiene en cuenta; algunos sistemas jurídicos (en su regulación o en la práctica) enfocan el delito de trata sin percibir su naturaleza de tipo anticipado, y omiten el necesario concurso que se da entre los delitos de peligro y los de lesión. A modo de ejemplo: México discutió<sup>43</sup> iniciativas de ley en la materia, todas con decisiones acertadas, pero al fijar la pena para el delito de trata proponían que la misma fuese de 20 a 40 años de prisión, como si el tipo penal de trata fuera un delito de lesión y no tuviera relación directa con ciertos ilícitos. Por fortuna, la normativa recién consagrada no llega a esos excesos.<sup>44</sup>

*d) La responsabilidad de la persona jurídica*

Para finalizar, quisiéramos hacer algunas reflexiones en torno a una temática que, una vez más, se ha puesto sobre la mesa: la necesidad de conferir responsabilidad a la persona jurídica. La última directiva sobre trata de personas (2011/36/UE) establece que los Estados deberán adoptar las

... medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de las infracciones... cuando estas infracciones sean cometidas en beneficio de cualquier persona, que, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, ostente un cargo directivo en su seno, basado en:

- a) Un poder de representación de dicha persona jurídica;
- b) Una autoridad para tomar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o
- c) Una autoridad para ejercer control dentro de dicha persona jurídica...

La disposición se explica por sí sola: cada vez son más frecuentes los supuestos en los que son personas morales (empresas de transporte, textiles, agropecuarias, agencias de turismo y demás) las que intervienen en la explotación —sexual o laboral— de otros.

No obstante, el tema ha generado mucha resistencia. Tradicionalmente se ha negado la posibilidad de reproche penal a la persona jurídica argumentando que ésta carece de capacidad de *acción* y de *culpabilidad*. También se ha afirmado que no se puede aceptar la posibilidad de sancionar penalmente a la persona jurídica, pues con ello se violaría el principio de personalidad de la pena, puesto que —dicen— uno sería el sujeto que actúa (persona física), mientras que otro sería el destinatario de la sanción (persona jurídica). Asimismo, se señala que su punición llevaría a la violación del principio *non bis in idem*.

Argumentos como éstos han llevado a que los dogmáticos se dividan en tres grandes grupos: 1) Aquellos que entienden que las personas jurídicas nunca podrían recibir reproche penal (*Societas delinquere non potest*); 2) Los que vislumbran alguna posibilidad de imputación, siempre que se adecuen, reformulen o ambas cosas los conceptos o instrumentos por aplicar, y 3) quienes afirmamos que la persona jurídica debe responder penalmente.

En la actualidad son mayoría los autores que afirman que los únicos sujetos susceptibles de imputación penal son las personas físicas. A los partidarios de esta postura los encontramos —con variados y divergentes fundamentos— en las tendencias más ontológicas, hasta en el ámbito normativo funcional.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> Véase el dictamen DE LAS COMISIONES UNIDAS DE DERECHOS HUMANOS Y DE JUSTICIA, CON OPINIÓN DE LAS COMISIONES DE PUNTOS CONSTITUCIONALES Y DE PRESUPUESTO Y CUENTA PÚBLICA, CON PROYECTO DE 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, ABROGA LA LEY PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TRATA DE PERSONAS, Y REFORMA DIVERSAS DISPOSICIONES DE LOS CÓDIGOS PENAL FEDERAL, FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA, LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, LA LEY DE LA POLICÍA FEDERAL Y LA LEY GENERAL DEL SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD, LXI LEGISLATURA, CÁMARA DE DIPUTADOS, MÉXICO, 2012.

<sup>44</sup> Véanse artículo 10 y siguientes de la 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, México.

<sup>45</sup> A modo de ejemplo, dice el doctor Günther Jakobs que culpabilidad es la “falta imputable de fidelidad de la norma”; en otras palabras, la imputación de un posicionamiento frente a una norma. Una toma de postura de estas características presupone “... una conciencia que se representa en el plano de la comunicación como capaz de aprehender el significado de la norma, hacer la norma parte de uno mismo, o,

La situación que esbozamos<sup>46</sup> en el plano doctrinario se aprecia también en el ámbito legislativo. La mayoría de los países iberoamericanos no han legislado al respecto,<sup>47</sup> mientras que algunos ordenamientos adoptan soluciones administrativas o suscriben una idea de Derecho penal de segunda velocidad. Al hacerlo le recriminan no haber tomado las previsiones necesarias para evitar que sus directivos y dependientes realicen las conductas delictivas o utilicen la institución para realizarlas. En ese sentido parece expresarse la Directiva 2011/36/UE cuando, en su artículo 5.2, dice: “Los Estados miembros se asegurarán asimismo de que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables cuando la falta de supervisión o control por parte de una de las personas a que se refiere el apartado 1 haya hecho posible que una persona sometida a su autoridad cometa una de las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3 en beneficio de la persona jurídica”. En otras palabras, se postula la posibilidad de incriminar a la persona

jurídica, ya no por haber cometido el acto lesivo en cuestión (en el caso, trata de personas), sino por no implantar los mecanismos o sistemas de control idóneos para impedir que su estructura sea utilizada para delinquir.

Podemos estar o no de acuerdo, pero lo que no podemos es ignorar los múltiples motivos que nos orillan a definir el tema.<sup>48</sup> En otras palabras, sea que se opte por un sistema de responsabilidad refleja o directa; sea que se diagrame un marco de imputación específico o bien que se aplique a la persona jurídica el sistema tradicional, lo cierto es que en la actualidad los Estados deben expedirse al respecto, porque tanto la práctica como los instrumentos internacionales nos obligan a ello. Por eso subrayamos la importancia de retomar el debate advirtiendo que, más allá de todo lo dicho, toda decisión deberá fundarse en —y explicarse por— razones de Derecho penal y desde el Derecho penal. Todo otro fundamento es periférico.

---

por el contrario, errarla —de forma imputable. Y por ello expresa: “únicamente una persona a quien se le adscribe una conciencia propia competente en el plano comunicativo puede comportarse de forma culpable...” Siendo ello así, la referencia a la autoconciencia no es problemática cuando de personas físicas se trata, pero importa una tarea dificultosa en caso de personas jurídicas. Por ello, el profesor Jakobs termina aseverando: “... una persona jurídica no puede desautorizar la norma: no puede desempeñar el rol de un autor penal por carecer del equipamiento suficiente”, es decir, por no tener *autoconciencia*, pues la persona jurídica necesita de las personas físicas para que éstas actúen por ella. Véanse Günther Jakobs, “¿Punibilidad de las personas jurídicas?”, en *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal*, tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 338. y 342.

<sup>46</sup> Véanse por todos, Günter Heine, “La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales”, *Anuario de Derecho Penal*, Universidad de Friburgo (1996), pp. 19 y ss.; E. Lampe, “Systemunrecht und Unrechtsysteme”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, p. 106; Saggese Bacigalupo, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998; Adán Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008; Carlos Gómez Jara Die, *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005; Eduardo Roman Ribas, *La persona jurídica en el Derecho penal. Responsabilidad civil y criminal de la empresa*, Comares, Granada, 2009; Percy García Caverro, *La persona jurídica en el Derecho penal*, Grijley, Lima, 2008; Alex Van Weezel, “Contra la responsabilidad de las personas jurídicas”, en *Política Criminal*, vol. 5, núm. 9 (Julio, 2010), pp 114-142; Guillermo Orce, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal*, tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003; Feijó Sanchez, “¿Culpabilidad y punición de las personas jurídicas?”, en *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal*, tomo I, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2003; J.M. Silva Sánchez, “Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español”, en J.M. Silva Sanchez (coord.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, Barcelona, 1995.

<sup>47</sup> España recientemente ha legislado sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica en el tipo penal de trata (art. 177 bis del Código penal) que establece expresamente, “[...] 7. Cuando de acuerdo a lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quintuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”. Véase Mirentxu Corcoy Bidasolo y Santiago Mir Puig (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 420-426.

<sup>48</sup> Por citar sólo tres razones: en primer lugar, el reproche penal de la persona jurídica se torna oficioso dado *el papel que tienen éstas en nuestra sociedad actual*. Las agrupaciones civiles y comerciales, las estructuras empresariales con personalidad jurídica, son sin duda las que determinan comúnmente el mercado, la información, y hasta los cursos de la política actual. Ingenuo resultaría hablar de contaminación ambiental, fraudes fiscales, responsabilidades por deficiencias de productos y demás figuras sin referir —principal o tangencialmente— al proceder de personas jurídicas.

En segundo lugar, si se reconoce la responsabilidad de la persona jurídica se superaría *la dificultad que importa descubrir al autor dentro de la empresa*. En otras palabras, las actuaciones sociales se entrelazan con tal complejidad que muchas veces las estructuras empresariales, lejos de brindar una clara distribución, propician que el autor se oculte, se esfume, se disuelva en el interior de la persona jurídica;

En tercer lugar, *las dimensiones de los daños y su consecuente justa “reparación”* nos obligan hoy por hoy a reconocer la responsabilidad de la persona jurídica toda vez que la responsabilidad individual es en muchos casos insuficiente —sobre todo, desde el punto de vista económico— dada la importancia que han adquirido en la actualidad el *Derecho del medio ambiente* y el *Derecho económico*, entre otros.

#### IV. Prevención e investigación del delito de trata

##### *Consideraciones generales*

El Protocolo expresa en sus artículos 2 y 9 que su objeto es prevenir la trata de personas. Por su parte, el artículo 18 de la citada Directiva 2011/36/UE señala como medidas para la prevención: *a)* la educación y formación, *b)* las campañas de información y concienciación, *c)* los programas de educación e investigación, *d)* la formación periódica de funcionarios, y *e)* la tipificación del uso de servicios que son objeto de explotación. Por su parte, la valoración de la declaración de la víctima y el papel que intentan otorgarle a su alegada “voluntariedad”, hacen que se sentencie la atipicidad. Villacampa Estiarte<sup>49</sup> afirma que para establecer políticas de prevención del fenómeno debería adoptarse un programa en el cual, entre otras cosas: *a)* se modifiquen las actuales políticas económicas que compelen a las personas a migrar ilegalmente y en condiciones de vulnerabilidad; *b)* se implanten políticas nacionales orientadas al género y basadas en estándares internacionales; *c)* se incrementen las oportunidades de migración legal, así como la conciencia de la migración segura; *d)* se estudien las causas de la trata; *e)* se incremente la conciencia comunitaria y pública sobre esta realidad; *f)* se invierta en la formación de los agentes que actúan en el ámbito; *g)* se realice el control administrativo de las fronteras, así como el de la documentación de viaje.

Coincidimos con lo citado. A continuación acercaremos una propuesta que completa lo anterior (en especial lo referente al estudio de las causas de la trata) y se vincula con el artículo 18.2 de la Directiva 2011/36/UE, pero desde una perspectiva de investigación proactiva.

##### *b) El uso de tipologías como herramientas de investigación proactiva*

En los párrafos anteriores citamos las sugerencias para prevenir el fenómeno de la trata. No obstante,

poco se dice sobre la *investigación proactiva*, es decir, aquella impulsada no ya por la denuncia que presenta la víctima o sus allegados (investigación reactiva), sino por factores exógenos y con base en políticas, estudios, mapas, fotografías satelitales, estadísticas, índices, coeficientes, e información recabada por diversas instituciones,<sup>50</sup> entre ellas las ONG.<sup>51</sup> Y las investigaciones proactivas —consideramos— son una herramienta central en los procesos de prevención.

En los párrafos siguientes presentaremos nuestra propuesta, pero antes veamos cómo opera la prevención en otros contextos.

En el sistema crediticio se previene el riesgo de conceder créditos a quien *ab initio* podría ser un moroso utilizando recomendaciones formuladas con base en conclusiones inductivas que contienen perfiles, sintomatologías y características específicas. En el ámbito de la seguridad corporativa para evitar la competencia desleal, la falsificación de productos, fraudes y demás, se estructuran sistemas de supervisión empresarial a los efectos de manejar los riesgos globales, superar las debilidades y trabajar con las alertas tempranas. Éstos son algunos de los ejemplos de prevención por medio de abstracciones inductivas. Consideramos que en el campo del delito de trata de personas podrían emplearse algunas de esas medidas preventivas basadas en investigaciones proactivas y sistemas de protección. Por ello, y en esa línea argumentativa, proponemos que se trabaje con base en el uso de *tipologías*.

Estas herramientas no son nuevas. Desde antaño se ha recurrido a ellas como ordenadoras de las distintas conceptualizaciones de los fenómenos sociales complejos. Su construcción satisface la necesidad de clasificar o de estructurar y, en general, de resumir en un conjunto reducido y significativo de categorías o tipos a los individuos, grupos, instituciones, sociedades o a cualquier otra unidad de análisis que es objeto de estudio. Constituye, pues, uno de los procedimientos y uno de los objetivos más habituales de la investigación empírica sociológica desde los orígenes mismos de la disciplina.

<sup>49</sup> Carolina Villacampa Estiarte, “La nueva Directiva Europea...”, *op. cit.*

<sup>50</sup> Véase el informe “La trata sexual en Argentina. Aproximaciones para un análisis de la dinámica del delito”, Unidad Fiscal de Asistencia para la Investigación en Secuestros Extorsivos y Trata de Personas (UFASE) y el Instituto de Estudios Comparados de Ciencias Penales y Sociales (INECIP), 2010. En línea: <http://www.abrepuestas.inecip.org/abrepuestas.php?contenido=avances>.

<sup>51</sup> Un ejemplo de esto en “Aproximación a la actividad del ministerio público fiscal en la represión del delito de trata de personas con fines de explotación laboral”, en *Nuevo escenario de la lucha contra la trata de personas en Argentina. Herramientas para la persecución del delito y asistencia a sus víctimas*, Organización Internacional para las Migraciones y Ministerio Público Nacional, Buenos Aires, 2009, pp. 93 y ss.

En otras palabras,

[L]a tipología como forma es una abstracción expresada en términos clasificatorios que nos permite afirmar que las sociedades, la acción social, el capital o el empleo se pueden reconocer a través de una diversidad de tipos. El método tipológico adquiere entidad propia en la medida en que identifica cierto conjunto de rasgos abstrables de diversos objetos de investigación y que son los que configuran la forma del objeto.<sup>52</sup>

En el ámbito normativo-preventivo también se han empleado las tipologías. Un ejemplo claro se ve en el combate al lavado de activos. Las tipologías de lavado contienen descripciones y ejemplos basados en hechos reales, pero como sus instrumentos lo señalan, “[l]as afirmaciones que se hacen sobre actividades económicas no constituyen un señalamiento sobre vínculos ciertos y permanentes con actividades asociadas al lavado de activos y financiación del terrorismo. La conducta descrita o tipología, sólo presenta una tendencia y el riesgo existente dentro de la actividad económica de ser utilizada por personas dedicadas al lavado de activos o a la financiación del terrorismo”. Puede advertirse la importancia que tiene el uso de esta herramienta; para mayor abundamiento lo citamos textualmente: “[c]on esta información podrán diseñarse mejores instrumentos de control y señales de alerta que les permitan a las autoridades diseñar o ajustar mecanismos de control con el fin de protegerse de la posibilidad de ser utilizadas por los legitimadores de capitales o para financiar grupos terroristas”.<sup>53</sup>

Consideramos que en materia de trata de personas sería fructífero crear tipologías. En otras palabras, se requiere aunar esfuerzos para lograr la construcción, el análisis y la validación de tipologías locales, regionales y transnacionales que describan y clasifiquen formas, *modus operandi* y medios coercitivos recurrentes, así como los vínculos, las actividades y tendencias relacionadas con esas conductas. Nos parece conveniente que en ese proceso de abstracción e inducción participen expertos criminólogos, victimólogos y penalistas, pero también se debe contar con los conocimientos y miradas de otras ciencias socia-

les —en especial la antropología—, ya que se trata de valorar conductas y comportamientos culturales que muchas veces son expresión de un grupo determinado.

Proponemos el uso de tipologías, pues con ellas se podría obtener ventajas, tanto en el plano de la prevención como en el de la represión.

Ello así porque, al contar con tipologías, se facilitarían las labores de inspección preventiva, así como la diagramación de requerimientos administrativos y controles mínimos necesarios para evitar que en dichos contextos (empresas de turismo, fabricas textiles, agencias de viajes, etc.) se enquiste la trata de personas. Es decir, la creación de tipologías será una línea rectora y una base fundada para estructurar políticas y sistemas preventivos, sean éstos públicos o privados.

Por otro lado, todo esto se traducirá en investigación proactiva, pues dada la descripción y caracterización que brinda la tipología, la autoridad podrá advertir el riesgo o la presencia de una práctica de trata —o ambas cosas— antes de que se haga forzoso emprender una investigación reactiva.

La tipología también abonará en el ámbito represivo, sobre todo desde el punto de vista probatorio. Contar con una estructura, detalle o descripción del fenómeno en particular puede no sólo orientar las tareas de recopilación de evidencias, sino, al mismo tiempo, facilitar el proceso de acreditación del hecho delictivo en particular: habiendo corroborado que una tipología determinada encuadra en un caso particular, ello implica *per se* un indicio de la posible existencia de trata en el mismo.

### c) Otras herramientas

Otro aspecto interesante que se vincula estrechamente con toda pretensión de investigación proactiva es el estudio de los bienes. Año con año se han ido fortaleciendo las instituciones (creando o incrementando la competencia o conformación de las mismas) a fin de analizar este aspecto del fenómeno. No se puede obviar el estudio de los bienes dado que en muchos casos, siguiendo sus pasos (depósitos, aportes, envío de remesas, etc) se facilita el camino para descubrir y probar las rutas delictivas, *modus operandi*, sujetos

<sup>52</sup> López Roldán, *La construcción de una tipología*, Papers, núm. 48, 1996, pp. 9-29.

<sup>53</sup> Tipologías Regionales Gafisud-2010, elaborado por el Grupo de Acción Financiera Internacional de Sudamérica (Gafisud), con la colaboración del Proyecto Gafisud-Unión Europea.

involucrados y demás. Una herramienta interesante que sólo parcialmente está siendo aplicada en algunos países es la extinción de dominio. Su estudio excede el análisis de este trabajo, por lo que nos remitimos a lo ya mencionado.<sup>54</sup> No obstante, es interesante remarcar cómo en algunos países como Colombia y Guatemala, se han entrelazado las herramientas de persecución, logrando así la identificación y el decomiso de los bienes producto, objeto o instrumento de la actividad delictiva. Sin ir más lejos, Guatemala reúne en la misma fiscalía las unidades de lavado y extinción de dominio. Ello, entre otras cosas, ha permitido que en el año que lleva de vigencia la Ley de extinción se hayan obtenido alrededor de 50 sentencias, las cuales han dado pie para procesos de lavado, así como investigaciones proactivas de otros delitos (entre ellos, la trata de personas).

En síntesis: estamos resaltando la pertinencia de adoptar instrumentos<sup>55</sup> y medidas preventivas<sup>56</sup> basadas en investigaciones proactivas —entre ellas, el uso de tipologías—, pero también la necesidad de ampliar la perspectiva y el espectro en las labores de investigación. Desgraciadamente, lo antedicho no se condice con la práctica. En muchos casos —sobre todo con la creación de unidades especializadas—<sup>57</sup> la autoridad encargada de investigar el delito de trata no necesariamente es la misma que investiga otros fenómenos como el lavado, y entonces, cumpliendo con la especialidad del área no incurren en datos o hechos colindantes. Sin duda una buena práctica en el combate al delito de trata es la creación de unidades espe-

cializadas de fiscales, pero las mismas deben estar en continua coordinación y cooperación<sup>58</sup> con las otras dependencias, pues —siguiendo con el ejemplo— en la mayoría de los casos quien se dedica a la trata de personas en gran escala también lava dinero, y por ello el estudio de los bienes puede esclarecer este último, e incluso aportar pruebas para la conformación y actividades del grupo o asociación delictiva.

## VI. Conclusiones

1. La “[...] trata de personas constituye una vulneración esencial de los derechos humanos, así como de la dignidad y la integridad de la persona”,<sup>59</sup> un fenómeno con aristas migratorias, laborales, económicas, victimológicas, criminológicas, pero también penales. Con espíritu integrador acercamos en el texto reflexiones y propuestas, algunas de las cuales se resumen a continuación.
2. El Protocolo de Trata no detalla elementos de un tipo penal, antes bien describe el fenómeno con claridad enumerando las actividades, los medios y fines que lo caracterizan. Es tarea de los Estados traducir la citada descripción a fin de tipificar el delito. Sin embargo, omitiendo lo anterior, la mayoría de nuestros países ha decidido hacer una transcripción literal del artículo 3 del Protocolo, ocasionando con ello los problemas que se detallaron.
3. Los denominados “medios” del delito de trata (amenaza, uso de la fuerza, coacción, engaño, entre otros) no deberían exigirse como elementos del

<sup>54</sup> Véase María Eloísa Quintero, “¿Expropiación, extinción de dominio o aplicación de bienes?”, *Iter Criminis*. Revista de Ciencias Penales, 3ª época, núm. 11, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2007; “Extinción de dominio”, *Iter Criminis*. Revista de Ciencias Penales, 4ª época, núm. 6, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2008; “Extinción de dominio y Reforma constitucional”, *El Foro, Reforma Constitucional en materia penal*, 15ª época, tomo XXI, núm. 2, segundo semestre de 2008, Barra Mexicana Colegio de Abogados, México, 2009.

<sup>55</sup> A modo de ejemplo véase Naciones Unidas, *Manual para la lucha contra la trata de personas*, New York, 2007; Gobierno de España, Ministerio de cultura, *Manual de buenas prácticas para la persecución de los delitos contra la propiedad intelectual*, Madrid, 2008; Argentina, *Guía de prácticas y criterios útiles para detectar e investigar la trata laboral*.

<sup>56</sup> México ha legislado sobre lo que denomina “investigación para la prevención”. Dice la Ley de la Policía Federal: “Artículo 5. La investigación para la prevención de los delitos, en términos de los artículos 16 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es el conjunto sistematizado de acciones y procedimientos encaminados a la planeación, obtención, procesamiento y aprovechamiento de la información, con el propósito exclusivo de evitar la comisión de delitos, con base en los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a las garantías individuales y los derechos humanos reconocidos en la Constitución”. También la Ley General para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, artículo 21. Es éste un instrumento interesante y controvertido, pues permite a la autoridad utilizar las técnicas de investigación más novedosas, no siempre sujetas a control judicial.

<sup>57</sup> Así se ha dicho en la Cumbre Iberoamericana de los Ministerios Públicos contra la trata de seres humanos en la *Declaración de la Asociación Iberoamericana de los Ministerios Públicos (AIAMP) y de la Reunión Especializada de Ministerios Públicos contra la trata de seres humanos*, Santiago de Chile, 21, 22 y 23 de septiembre de 2011, Declaración segunda.

<sup>58</sup> Los esfuerzos en el campo de la cooperación son múltiples. Uno de los últimos instrumentos es el Protocolo de Cooperación Interinstitucional para fortalecer la investigación, atención y protección a víctimas del delito de trata de personas entre los Ministerios Públicos Ibero-Americanos, AIAMP, REMPM, 22 de diciembre de 2011.

<sup>59</sup> Preámbulo del Convenio, segundo considerando.

- tipo penal; deberían valorarse, en primer lugar, al momento de analizar las circunstancias mediante las cuales se llegó al sometimiento y la explotación; en segundo lugar, al realizar la determinación de la pena. Incluso, algunos medios deberían regularse como agravantes específicos.
4. Nuestros ordenamientos no abarcan todo el fenómeno. Existen nuevas modalidades, como la mendicidad y la explotación, para realizar actividades delictivas, las cuales deberían tenerse en cuenta sobre todo en los países que están en proceso de reforma o consagración legislativa.
  5. El artículo 3 del Protocolo y las tipificaciones nacionales que le siguen no sancionan la explotación sexual, la servidumbre, la explotación laboral o la extracción de órganos *per se*. El delito de trata es un claro ejemplo de adelantamiento de las barreras de punición en el cual lo que se reprocha es la captación, el traslado, la acogida, la recepción, cuando se hacen con los fines referidos. Siendo ello así, no podemos dejar de analizar y valorar la presencia de los delitos conexos.
  6. Consideramos que en el ámbito de la trata de personas sería fructuoso crear tipologías. En otras palabras, se requiere aunar esfuerzos para construir y validar tipologías locales, regionales o transnacionales en materia de trata de personas. Ello abonará tanto en las labores de prevención como en las de represión.
  7. Puede ser que los Estados estructuren un marco de imputación específico para la persona jurídica, o bien que apliquen a ésta las reglas comunes de atribución; puede ser que asuman un sistema de responsabilidad refleja o directa; pero lo cierto es que, más que las obligaciones internacionales y las utilidades prácticas que la toma de postura conlleva, resulta indispensable reflexionar y debatir aún el tema, pues la decisión debe tomarse con base en motivos de fondo, es decir, fundarse y motivarse por razones de Derecho penal y desde el Derecho penal.

### Bibliografía

- Arroyo Zapatero, Luis “Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, in memoriam*, Universidad de Castilla-La Mancha/Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.
- Bacigalupo, Saggese, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998.
- C. Castro, Julio, Aldo G. de la Fuente y Alejandro R. Cilleruelo, “La trata de personas. Un vacío en nuestra legislación y en las técnicas de investigación”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2007.
- Castro Soto, Óscar y Raquel Pastor Escobar (coords.), *Acceso a la justicia para mujeres y niños víctimas de trata*, Centro de Estudios Sociales y Culturales Antonio de Montesinos, A.C., con la colaboración del Instituto de Derechos Humanos Ignacio Ellauría de la Universidad Iberoamericana de Puebla, Conacyt e Inmujeres, México, 2010.
- Colombo, Marcelo, *Los fines de explotación en el delito de trata de personas y la posibilidad de consentirlos*, en línea: [www.palermo.edu/Archivos-content/derecho/pdf/Colombo-palermo-consentimiento.pdf](http://www.palermo.edu/Archivos-content/derecho/pdf/Colombo-palermo-consentimiento.pdf).
- Colombo, Marcelo y María Alejandra Mángano, “El consentimiento de la víctima en la trata de personas y un análisis sobre los medios comisivos previstos en la figura penal”, *Revista del Ministerio Público*, año 7 núm. 11, Buenos Aires, noviembre de 2010.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu y Santiago Mir Puig, *Comentarios al Código Penal: Reforma 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- Di Corleto, Julieta, “Trata de personas con fines de explotación”, en Luis Niño (coord.), *Delitos contra la libertad*, 2ª ed., Ad Hoc, Buenos Aires, 2003.
- Feijó Sanchez, “¿Culpabilidad y punición de las personas jurídicas?”, en *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal*, tomo I, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- García Caveró, Percy, *La persona jurídica en el Derecho penal*, Grijley, Lima, 2008.
- Geronimi, Eduardo, “Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes”, en *Programa de migraciones internacionales. Organización Internacional del Trabajo*, Ginebra.
- Giberti, Eva, “Trata de personas con perspectiva de explotación sexual”, en *Capacitación policial del Mercosur*, Mercopol,
- Gómez Jara Díe, Carlos, “La culpabilidad penal de la empresa”, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- Heine, Günter, “La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias

- nacionales”, *Anuario de Derecho Penal*, Universidad de Friburgo, 1996.
- Huda, Sigma, *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños*.
- Jakobs, Günther, “¿Punibilidad de las personas jurídicas?”, en *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal*, tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, tomo IV, Losada, Buenos Aires, 1961.
- Jordan, Ann, “El Protocolo de la ONU sobre la trata de personas: un enfoque imperfecto”, en *Program on Human Trafficking and Torced Labor*, Center for Human Rights and Humanitarian Law, noviembre de 2010.
- Lampe, E., “Systemunrecht und Unrechtssysteme”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*.
- López Roldán, *La construcción de una tipología*, Papers, núm. 48, 1996.
- Luhmann, Niklas, *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*, Trotta, Madrid, 1998.
- , *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Universidad Iberoamericana/Anthropos, México, 1998.
- Mackinnon, Catherine, “Trata, prostitución y desigualdad”, en *Discriminación y género. Las formas de la violencia*, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2010.
- Mazzitelli, Antonio, representante en México de la Oficina de la Organización de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, en el marco de la inauguración de la Conferencia Internacional sobre Tráfico Ilícito de Migrantes. Retos y avances en la implementación del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, México, 16 al 18 de Abril de 2012.
- Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Barcelona, 1998.
- Mir Puig, Santiago y Mirentxu Corcoy Bidasolo, *Comentarios al Código Penal: reforma 5/2010*, Tirant lo Blanch, 2011.
- Morales Vega, Luisa Gabriela, “Categorías migratorias en México. Un análisis sobre la Ley de migración”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VII, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012, pp. 929-958.
- Nieto Martin, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008.
- Ontiveros, Alonso, “El Derecho penal frente a la trata de personas: problemas técnicos y políticos criminales”, en Rosi Orozco (coord.), *Trata de personas*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2011.
- Orce, Guillermo, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal*, tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- Pérez, Alonso, “Trata de seres humanos: marco conceptual, legal y jurídico-penal”, en Rosi Orozco (coord.), *Trata de personas*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2011.
- Pérez Alonso, Esteban Juan, *Tráfico de personas e inmigración clandestina*, Tirant lo Blanch, 2008.
- Quintero, María Eloísa, “¿Expropiación, extinción de dominio o aplicación de bienes?”, *Iter Criminis*. Revista de Ciencias Penales, 3ª época, núm. 11, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2007.
- , “Extinción de dominio”, *Iter Criminis*, Revista de Ciencias Penales, 4ª época, núm. 6, Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, 2008.
- , “Extinción de dominio y Reforma constitucional”, *El Foro, Reforma Constitucional en materia penal*, decimoquinta época, tomo XXI, núm. 2, segundo semestre de 2008, Barra Mexicana Colegio de Abogados, México, 2009.
- , “Acción social, comunicación e injusto penal”, en Miguel Polaino-Orts y María Eloísa Quintero (coords.), *Comunicación e injusto penal*, ARA Editores, (Colección Dogmática Penal), núm. 3, Lima, 2010.
- , “El Derecho penal frente a la trata de personas: problemas técnicos y políticos criminales”, en *Trata de personas*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2011.
- , “Migración, trata y tráfico. Acciones regionales: la experiencia del Mercosur”, Escuela Libre de Derecho, México, 2012.
- Righi, Esteban, *Derecho penal. Parte general*, Lexis Nexis Argentina, Buenos Aires, 2007.
- Román Ribas, Eduardo, *La persona jurídica en el derecho penal. Responsabilidad civil y criminal de la empresa*, Comares, Granada, 2009.

Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., tomo I, Civitas, Madrid.

Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., revisada y ampliada, Thomson-Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2001.

—, “Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español”, en J.M. Silva Sánchez (coord.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, Barcelona, 1995.

Van Weezel, Alex, “Contra la responsabilidad de las personas jurídicas”, *Política Criminal*, vol. 5, núm. 9, julio de 2010.

Villacampa Estiarte, Carolina, “Trata de seres humanos y delincuencia organizada”, *Revista para el análisis del Derecho*, InDret, Barcelona, enero de 2012.

—, “La nueva Directiva Europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm 13/14, 2011.

—, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, Thompson Reuters, Pamplona, 2011.

Zugaldía Espinar, José Miguel y Esteban Pérez Alonso (eds.), *El Derecho penal frente al fenómeno de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

### Documentos consultados

*Guía de prácticas y criterios útiles para detectar e investigar la trata laboral*, Argentina.

*Criterios para identificar buenas prácticas en la perfección del delito de la trata de personas*, International Development Law Organization (IDLO), febrero de 2012.

“Cumbre Iberoamericana de los Ministerios Públicos contra la trata de seres humanos”, en *Declaración de la Asociación Iberoamericana de los Ministerios Públicos (AIAMP) y de la Reunión Especializada de Ministerios Públicos contra la trata de seres humanos*, Santiago de Chile, 21, 22 y 23 de septiembre de 2011, Declaración segunda.

Decisión marco del consejo 2002/639/JAI, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos.

Dictamen de las Comisiones Unidas de Derechos Humanos y de Justicia, con opinión de las comisio-

nes de puntos constitucionales y de presupuesto y cuenta pública, con proyecto de ley para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia de víctimas de estos delitos, abroga la ley para prevenir y sancionar la trata de personas, y reforma diversas disposiciones de los Códigos Penal Federal, Código Federal de Procedimientos Penales, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley de la Policía Federal y la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad, LXI Legislatura, Cámara de Diputados, México, 2012.

Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

*Global Rights, Annotated Guide to The Complete UN Trafficking in Persons*, recomendación sobre tipificación del delito de la trata de personas en los ordenamientos nacionales a propósito de la definición del artículo 3 del Protocolo de Palermo.

*Guías de Santiago sobre protección de víctimas y testigos*, documento aprobado en la XIV Asamblea General Ordinaria de la Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos (AIAMP), República Dominicana, 9 y 10 de julio de 2008.

Índice de Desarrollo Humano (IDH) del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), en línea: <http://hdr.undp.org/es/estadisticas/>

Informe “La trata sexual en Argentina. Aproximaciones para un análisis de la dinámica del delito”, Unidad Fiscal de Asistencia para la Investigación en Secuestros Extorsivos y Trata de Personas (UFASE) y el Instituto de Estudios Comparados de Ciencias Penales y Sociales (INECIP), 2010. En línea: <http://www.abrepuestas.inecip.org/abrepuestas.php?contenido=avances>.

Informe sobre las Migraciones en el Mundo.

Manual de buenas prácticas para la persecución de los delitos contra la propiedad intelectual, Madrid, 2008.

Documento E/2002.68/Add.1, Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, distribuido el 20 de mayo de 2002, Directriz 1.

*Manual para la lucha contra la trata de personas*, Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito, Nueva York, 2007.



“Net Migration from Mexico falls to Zero –and Perhaps Less”, *Pew Hispanic Center* (<http://www.pewhispanic.org/2012/04/23/net-migration-from-mexico-falls-to-zero-and-perhaps-less/>).

Organización Internacional para las Migraciones y Ministerio Público Nacional, “Aproximación a la actividad del ministerio público fiscal en la represión del delito de trata de personas con fines de explotación laboral”, en *Nuevo escenario de la lucha contra la trata de personas en Argentina. Herramientas para la persecución del delito y asistencia a sus víctimas*, Buenos Aires, 2009.

*Una alianza global contra el trabajo forzoso*, Organización Internacional del Trabajo (OIT), 93 reunión, Ginebra, 2005.

Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos y trata de personas. E/2002/68/Add. 1, mayo de 2002, Directriz.

Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, complementario de la Convención

de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Protocolo de cooperación interinstitucional para fortalecer la investigación, atención y protección a víctimas del delito de trata de personas entre los ministerios públicos ibero-americanos, AIAMP, REMPM, 22 de diciembre de 2011.

Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

Reunión de autoridades nacionales en materia de trata de personas, Isla Margarita, república bolivariana de Venezuela, del 14 al 17 de marzo de 2006.

Tipologías Regionales Gafisud-2010, elaborado por el Grupo de Acción Financiera Internacional de Sudamérica (Gafisud), con la colaboración del Proyecto Gafisud.



# Bibliografía



## Notas bibliográficas sobre la tortura

### Francisco Muñoz Conde

La práctica de la tortura, sea como forma de castigo, como método de investigación o para prevenir la comisión de un delito, es casi tan vieja como la humanidad y ha sido una constante a lo largo de los siglos, tal como se refleja en miles de documentos históricos, literarios y artísticos. Los castigos corporales y los tormentos que hoy nos producen horror eran una realidad cotidiana en la administración de justicia en los países que hoy presumen, sin embargo, con razón, de un pasado artístico y cultural de primera magnitud. Sólo el espíritu ilustrado que surge en el siglo XVIII, la desvinculación del Derecho natural del Derecho divino y su conceptualización como un puro producto de la razón humana, la elevación de la libertad, la igualdad y la fraternidad y posteriormente la dignidad humana a la categoría de valores supremos, fueron desterrando progresivamente del ordenamiento jurídico penal codificado de los países más cultos y avanzados la tortura como instrumento de castigo y de investigación judicial.

Desde entonces la erradicación de la tortura ha ido ganando terreno paulatinamente, hasta el punto de haber dado lugar a una Convención internacional, ratificada casi por la totalidad de los Estados integrantes de la comunidad internacional. En este sentido se puede decir que la tortura, a diferencia de lo que sucede todavía con la pena de muerte, ha pasado definitivamente, al menos desde el punto de vista jurídico, al museo de la historia, y como tal ha sido un tema de frecuente investigación entre los especialistas en Historia del Derecho, entre los que destaca, por ejemplo, en el panorama historiográfico español, la monografía de Francisco Tomás y Valiente, *La tortura en España*.

Sin embargo, este panorama idílico de erradicación casi absoluta de la tortura en el ámbito jurídico nacional e internacional no deja de ser una mera declaración de principios que, confrontada con la reali-

*Revista Penal México*, núm. 4, marzo-agosto de 2013

dad práctica, se queda muchas veces, en unos países más que en otros, en una mera declaración retórica vacía de contenido. Pero lo más preocupante no es el abismo entre la prohibición jurídica de la tortura y su práctica frecuente como medio de investigación o incluso de castigo, sino que recientemente se estén elevando voces en el ámbito de la política, y también en el académico, que cada vez con mayor contundencia y claridad consideran que, en casos extremos (por supuesto), no debe excluirse por completo que se apliquen a los sospechosos medidas de coacción física (la psíquica casi se da por supuesto) para obtener alguna información valiosa que impida un atentado terrorista, o que pueda salvar a alguien en peligro inminente de muerte o de graves daños. Aunque para ello se aducen casos concretos, como el de la coacción física a un sospechoso de haber puesto o de saber donde está puesta una bomba que puede explotar en cualquier momento en un lugar concurrido de personas (caso de las llamadas *ticking-bombs* en Israel), o a un sospechoso de haber secuestrado a un niño para que revele dónde lo tiene escondido y así poder salvar su vida (caso “Daschner”, en Alemania), la verdad es que de un modo más o menos explícito, y dada la creciente amenaza generalizada de ataques terroristas, se admite no sólo que el particular afectado directamente por la amenaza puede emplear la tortura para prevenirla o defenderse de algún modo ante ella, sino que sean los funcionarios del Estado los que puedan emplear medidas de coacción física, tratos crueles e inusuales, bajo una cobertura legal, o por lo menos con la promesa implícita de impunidad, considerando, con diversos argumentos, que el hecho estaría justificado o por lo menos exento de responsabilidad penal.

Es evidente que con esto se relativiza la prohibición absoluta de la tortura, admitiéndola en algunos

casos y en determinadas circunstancias, sino también la prohibición de valorar los datos que por medio de ella se obtengan, si se admitiera que los datos así obtenidos sean un medio probatorio lícito que puede conducir a una condena penal.

Naturalmente, tampoco han faltado las voces alzadas contra esta tendencia, reclamando el mantenimiento de la prohibición absoluta de la tortura como un valor universal que no debe ser debilitado en ningún caso ni en ninguna circunstancia, y rechazando, en consecuencia, la utilización de los datos e informaciones que mediante la tortura puedan conseguirse como material probatorio en un proceso penal. La polémica a la que se alude comenzó ya hace tiempo, cuando se levantaron las primeras voces a finales del siglo XVIII y principios del XIX contra una práctica hasta entonces habitual y perfectamente lícita, pero se ha agudizado recientemente, sobre todo cuando a raíz del atentado contra las Torres Gemelas de Nueva York el 11 de septiembre de 2001, las tropas estadounidenses y sus aliados invadieron Afganistán, país en el que se presumía se entrenaban los terroristas, y luego Irak para derrocar el régimen tiránico de Saddam Hussein, con la alegación, que después se demostró falsa, de que éste disponía de “armas de destrucción masiva” dispuestas a ser lanzadas contra Estados Unidos, Israel y otros países del mundo occidental. Como consecuencia de estas guerras, muchos de los prisioneros habidos en ellas fueron conducidos a prisiones como la de Abu Ghraib, o la base norteamericana en Guantánamo (e incluso a prisiones secretas de países no revelados), en los que claramente, y con pruebas fehacientes que así lo demuestran, fueron sometidos a tratos inhumanos, crueles y degradantes totalmente gratuitos, simplemente para diversión de quienes los practicaban o como forma de humillación de los prisioneros; pero también a severos interrogatorios en los que se emplearon distintas formas de tortura para obtener información relevante en la lucha antiterrorista. Frente a eso, el gobierno del presidente Bush no sólo ha admitido estos hechos, sino que de un modo u otro los ha justificado, o por lo menos asumido como algo inevitable e incluso necesario, sin que, salvo en alguna contada ocasión, se haya procedido contra los autores de tales prácticas.

En lo que sigue se comentan dos obras surgidas al calor de esta polémica y las diversas consideraciones que en ellas se hacen en torno a un problema, que, por lo menos en el ámbito jurídico, parecía haber queda-

do resuelto definitivamente y que, sin embargo, está adquiriendo cada vez mayor relevancia con argumentos que, a mi juicio, son rechazables, pero que deben ser contrastados y contestados no sólo en el ámbito puramente jurídico, sino también en el de la filosofía política y moral.

**1. WALDRON, Jeremy, *Torture, Terror and Trade-Offs. Philosophy for the White House (Tortura, terror y transacciones. Filosofía para la Casa Blanca)*, Oxford University Press, Nueva York, 2010, 357 p.**

El libro de Jeremy Waldron es un buen reflejo del debate que desde el punto de vista filosófico, político y jurídico se ha suscitado en Estados Unidos, a raíz de los atentados del 11 de septiembre de 2001, pero también de la actitud adoptada por el gobierno estadounidense frente a esos atentados; de ahí el curioso subtítulo de “Filosofía para la Casa Blanca”, pues precisamente desde este edificio sede de la residencia oficial del presidente de Estados Unidos han surgido muchos documentos oficiales que de algún modo justifican o incluso dan directrices sobre cómo practicar la tortura, a la que se intenta disfrazar con otros nombres, para obtener información de los presos y detenidos en las guerras de Afganistán o Irak, o de cualquier otro detenido o sospechoso de ser un terrorista o estar involucrado en cualquier tipo de acto terrorista contra Estados Unidos.

En este libro se recogen varios trabajos extensos, algunos ya publicados anteriormente, sobre terrorismo, pero también sobre las torturas que, de un modo más o menos encubierto, con el apoyo expreso o tácito del gobierno estadounidense, se han venido practicando en las prisiones secretas de ciertos países y en la base norteamericana de Guantánamo con los presuntos terroristas y miembros de Al Qaeda detenidos y hechos prisioneros en las guerras de Afganistán e Irak.

En un primer capítulo se plantea el difícil equilibrio que se produce en situaciones extremas en el binomio libertad-seguridad. De ahí que el autor emplee en el título del libro la expresión inglesa *trade-off* que significa la transacción que cabe hacer cuando se quiere conseguir algo, aunque a cambio hay que ceder en otra cosa, pero también el balance que dejan esas transacciones. En este caso se trata del precio que debe pagarse en libertad cuando en situaciones de emergencia se quiere conseguir más seguridad. A este

respecto, Waldron distingue entre lo que llama “transacción intrapersonal y transacción interpersonal”. En la primera es el propio sujeto individual el que a cambio de mayor seguridad cede un poco de su libertad. Un ejemplo de este tipo de transacción sería la obligación de abrocharse el cinturón de seguridad, porque de este modo se reduce el riesgo de muerte en caso de accidente. También entraría en esta clase de transacción la reducción del ámbito de la libertad individual que redundaría en beneficio de otras personas y no sólo en el propio; así, por ejemplo, el tener que quitarse los zapatos o el cinturón al pasar determinados controles en un aeropuerto, que obviamente persigue la prevención de algún atentado similar al de las Torres Gemelas en Nueva York el 11 de septiembre de 2001.

Pero donde mayores problemas se plantean es en la segunda clase de transacción, la interpersonal, es decir, cuando ya no se trata de reducir “mi libertad”, sino la de otras personas en beneficio de la seguridad de otro grupo de personas mayoritario. Y es aquí donde se pueden producir los mayores abusos y dar lugar a que una reducción excesiva de los espacios de libertad llegue a anularla prácticamente. Waldron plantea la necesidad en esta segunda clase de transacción de establecer ciertos límites para evitar que los derechos fundamentales del individuo sean sacrificados en aras de la seguridad. Y aquí es donde entra de lleno en el tema más importante de su libro: la tortura. El planteamiento que hace Waldron es si justamente la seguridad, es decir, la prevención de un ataque terrorista similar al del 11 de septiembre, justifica la tortura de quien puede dar información relevante, evitando así que se produzca el atentado terrorista. Ciertamente, dice Waldron, al sospechoso de terrorismo no sólo se le limita su libertad cuando se le tortura, sino también su seguridad, realizando sobre su cuerpo y su mente un acto de terror, aunque sea para proteger la seguridad de otros. Aquí la transacción entre libertad y seguridad se hace claramente a costa de la primera, haciendo que la balanza se incline en favor de la seguridad colectiva de un grupo más o menos amplio de personas, anulando completamente la libertad y, por supuesto, también la seguridad del individuo torturado.

Una buena parte de los que dentro del gobierno estadounidense, empezando por el propio presidente Bush, admiten que puede haber en estos casos una transacción en beneficio de la seguridad, es que en realidad no se trata literalmente de “tortura”, sino de actos de coerción física o simplemente dolorosos, que

no afectan órganos vitales ni producen su fracaso, y que, por lo tanto, quedan *short of torture*, es decir, no llegan al nivel de la tortura propiamente dicha. Desde este punto de vista, no serían tortura, sino actos de coerción física o simplemente dolorosos, no prohibidos por las convenciones internacionales ni por el Derecho interno norteamericano, prácticas como el *water boarding*, es decir, meter la cabeza del detenido en un balde de agua hasta producirle síntomas de ahogamiento; o poner al detenido en situaciones de privación sensorial, o, al contrario, obligarle a escuchar música a gran volumen y no dejarlo dormir; azuzarle perros, arrojarle a la cara paños manchados con sangre menstrual, que se considera sangre impura; dejarle horas sin poder moverse, hasta el punto de que tienen que revolcarse en sus propias heces y orines o incluso golpearles y meterles astillas en las uñas. Y por no considerarlas torturas propiamente dichas, se han llevado a cabo de manera abierta con los detenidos en las prisiones de Abu Ghraib o Guantánamo, controladas por Estados Unidos, pero también en las de otros Estados que han colaborado con este país en ese tipo de prácticas, encerrando en prisiones secretas a los detenidos que les llevaba el ejército estadounidense en vuelos también secretos (pero que cruzaban o hacían escalas en otros países). No deja de ser paradójico, y una muestra evidente del cinismo con el que las grandes potencias, y especialmente Estados Unidos, llevan a cabo la política internacional, que algunos de estos países, como Siria o Libia, estuvieran regidos por dictaduras que Estados Unidos en unión de sus aliados quieren ahora (agosto/septiembre de 2011) derrocar, con el pretexto de la defensa de los derechos humanos que también antes han sido muy violados por esos regímenes dictatoriales sin que nadie protestara por ello. Lo que demuestra una vez más que los intereses que mueven a los que quieren derribar a sus antiguos colaboradores, no son justo la defensa de los derechos humanos, sino otros menos elevados, pero económicamente más rentables, como es el control de sus pozos petroleros.

Pero el problema que plantea Waldron es si —con independencia de lo que se pueda llamar tortura o simple maltrato y de los límites de la misma— existe un derecho personal absoluto a no ser objeto de un trato degradante, que incluso sin llegar a producir la muerte, provoque gran dolor y sufrimiento en el que lo padece. Y si existe ese derecho, entonces, dice, no puede ser una mercancía con la que se pueda nego-

ciar; es decir, no entraría en el balance o en la ponderación de intereses en juego. El estado de necesidad que siempre se invoca en estos casos, incluso en su forma de mera disculpa individual, no sería aplicable, simplemente porque el sacrificio del derecho individual a no ser torturado no entraría en la transacción que se pretende realizar.

Y esto es, en opinión de Waldron, quien cita en este sentido la opinión de los más reputados teóricos y filósofos del Derecho norteamericanos, como Nozick, Rawls o Dworkin, lo que sucede con la prohibición de la tortura, tanto en el ámbito internacional, en la Convención internacional sobre la misma, como en el propio Derecho estadounidense, donde también está expresamente prohibida. A este tema (tortura y Derecho positivo) dedica expresamente el capítulo 7, en el que se enfrenta con la opinión de algunos autores como John Yoo, Alan Dershowitz y Jay Bybee, que de un modo más o menos explícito admiten la tortura en algunos casos. Waldron invoca frente a ellos no sólo decisiones ya clásicas de la Corte Suprema norteamericana, las Convenciones de Ginebra y la Convención internacional contra la tortura, ratificadas por Estados Unidos, sino lo que él llama los “arquetipos” legales, es decir, determinados modelos o pautas de conducta que se han ido estableciendo dentro de una cultura jurídica determinada, como pueden ser, por ejemplo, la prohibición de la esclavitud y el tráfico de esclavos o de las penas corporales mutiladoras, algunos derechos procesales del imputado en un proceso penal como el *habeas corpus*, etc., y que, en su opinión, constituyen el eje central de esa cultura, sin el que la misma no puede sobrevivir. Waldron analiza en el capítulo 7, bajo la rúbrica de “Tortura y Derecho positivo”, la forma en que se han ido estableciendo estos “arquetipos” en el Derecho norteamericano, pero también en el Derecho internacional. Para él, la vigencia de estos arquetipos es la única vía que permite distinguir entre el Derecho y la brutalidad, y su consecuencia más inmediata en el momento presente es la prohibición de la tortura como una prohibición absoluta que no admite excepciones; socavar este arquetipo supone, en opinión de Waldron (p. 260), destruir una concepción del Derecho que renuncia al salvajismo y a una concepción de un Estado que pretende alcanzar sus fines (incluso los más urgentes) y asegurar a sus ciudadanos en forma honorable y sin recurrir a la brutalidad ni al terror.

Otro aspecto interesante que trata Waldron en su monografía es el debate sobre la tortura desde el punto de vista de las religiones cristianas (capítulo 8). Aun-

que ciertamente, la imagen de un Cristo torturado y crucificado podía utilizarse como un argumento contra la tortura y la pena de muerte, más bien ha sucedido lo contrario: la idea que se ha transmitido es que el Hijo de Dios tenía que pasar por este trance para salvar a la humanidad y purgar sus pecados, pero no como un argumento en contra del procedimiento que se empleó contra él, que siguió siendo empleado por las instituciones de las Iglesias cristianas, sobre todo por la Católica mediante la Inquisición, contra los disidentes, llamados herejes, o partidarios de otras religiones. Es más, algunas de esas Iglesias en guerra por medio de la excomunión contra prácticas que le parecen reprobables, como el aborto, jamás han hecho la misma condena de la práctica de la tortura, que hasta épocas recientes utilizaron en sus procedimientos penales. Desde luego, lo mismo podría decirse de otras religiones no cristianas, como la judía o la musulmana, que igualmente, cada una por su lado, han contribuido, en forma directa o indirecta, con argumentos de diverso tipo, a legitimar la tortura y la pena de muerte.

En el capítulo 9, el autor hace un análisis lingüístico de los términos “cruel, inhumano y degradante” que se utilizan como equivalentes a la tortura en las Declaraciones internacionales de Derechos humanos, que a pesar de su indeterminación son, en opinión de Waldron, la mejor prueba de la amplitud de la prohibición universal de la tortura que incluye también otras formas de provocar dolor y sufrimiento.

En este libro Waldron se ocupa también, como se indica en el título, del tema que ha dado lugar al renacimiento del debate sobre la tortura: el terrorismo. Así, por ejemplo, se ocupa en los capítulos 3 y 4 del concepto de terrorismo y su difícil delimitación de los actos de guerra, destacando como elemento distintivo principal que la violencia se dirige contra la población civil, aunque admite que eso se da igual en las guerras como “daños colaterales”, si bien en las mismas matar al adversario puede ser lícito, lo que no lo es nunca en caso de terrorismo. Pero aun considerando el terrorismo un acto de guerra, Waldron invoca el Derecho internacional sobre la misma y el Derecho humanitario contenido en las Convenciones de Ginebra, para llegar a la conclusión de que también en la guerra existen límites jurídicos (*ius ad bellum*, *ius in bello*) que deben ser respetados por igual por las partes en conflicto, sean dos Estados beligerantes en pie de igualdad (guerras simétricas), sean el Estado y un grupo u organización sin base territorial determinada

pero diseminada en diversas partes del mundo como Al Qaeda (guerras asimétricas). En todo caso, Waldron confiesa la dificultad que existe para dar un concepto de terrorismo, considerando que más importante que definirlo es comprenderlo.

El de Waldron es, pues, un libro interesante y actual, aunque a veces parece de farragoso y reiterativo como consecuencia de estar compuesto de diversos trabajos, algunos ya publicados anteriormente, que se superponen con los de nueva elaboración. En todo caso, se trata de un libro que merece la pena leer no sólo por su contenido, sino también porque emplea un material jurisprudencial y bibliográfico principalmente norteamericano, que refleja la preocupación teórica e intelectual suscitada en ese país a raíz de los sucesos del 11 de septiembre de 2001, verdadero *leit motiv* que recorre toda la obra.

**2. AMBOS, Kai, *Terrorismo, tortura y Derecho penal. Respuestas en situaciones de emergencia*, Atelier Estudios Jurídicos, Barcelona, 2009, 135 p.**

En la presente monografía se recogen dos amplios trabajos que su autor había publicado anteriormente en inglés. En ellos se plantea el problema de la tortura en un doble plano: uno sobre si puede el Estado torturar sospechosos para salvar la vida de inocentes; el otro sobre el uso “transnacional” de la prueba obtenida por medio de tortura.

El primer tema ha sido ampliamente tratado en la bibliografía alemana bajo la rúbrica de *Rettungsfolter* (tortura de salvamento) en relación con el caso Daschner, en el que un jefe de Policía del Land de Hessen autorizó que se amenazara con tortura a un sospechoso de haber secuestrado a un niño para que revelara su paradero. El sospechoso, ante esta amenaza, reveló dónde lo tenía escondido, pero ya lo había asesinado. El secuestrador fue condenado por secuestro y asesinato a reclusión perpetua, y el jefe de la Policía por coacciones a una pena puramente simbólica que le fue condonada.

En este trabajo Kai Ambos se ocupa también de la admisibilidad de la tortura en el caso de la *ticking bomb* (bomba de tiempo) cuando se sospecha que un terrorista ha puesto una bomba en algún lugar público y se teme que ésta pueda estallar en cualquier momento, no habiendo otra forma de desactivarla y evitar la explosión que obtener del sospechoso la información correspondiente, aunque sea por medio de la tortura. Este caso

motivó una resolución de la Commission of Inquiry israelí que recomendó ejercer una “medida moderada de coacción física” con los sospechosos de terrorismo, y una decisión de la Corte Suprema israelí que adoptó un criterio parecido, que ha sido igualmente defendido con sus propios argumentos por el conocido profesor de la Universidad de Harvard Alan Dershowitz.

Para enfrentarse con este problema, Ambos se ocupa, en primer lugar, de la racionalidad de la prohibición de la tortura en los textos internacionales, tratados y convenios de derechos humanos, y en el Derecho penal internacional, tanto en el Derecho internacional humanitario como en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Aunque en estos textos hay cierta divergencia terminológica sobre la diferencia entre tortura, malos tratos y tratos crueles, Kai Ambos se inclina por considerar que el concepto de tortura incluye también, en los textos internacionales, los tratos crueles, que provocan dolor y sufrimiento más allá del que es inherente a la privación de derechos que implican algunas penas legales, como la pena de prisión. Con ello refuta el intento de algunos juristas que niegan el carácter de tortura a aquellas prácticas dolorosas que no implican fracaso de órganos vitales, como meter astillas en las uñas, cubrir la cabeza con bolsas de plástico, provocando sofocamientos, etc. Hay, sin embargo, una menor energía en la condena de la amenaza de tortura, que no llega a materializarse en actos de violencia efectiva, como sucedió en el caso Daschner, en el que el jefe de la Policía autorizó que se amenazara con torturar al presunto secuestrador del menor para que revelara su paradero. Efectivamente, parece, en principio, que la mera amenaza de tortura no equivale a la tortura misma, pero no debe olvidarse que, como se demuestra en la definición de la tipicidad de algunos delitos como el robo o la agresión sexual, intimidación y violencia son prácticamente equivalentes a los efectos de doblegar la voluntad del coaccionado. La intimidación no es más que el sucedáneo psíquico de la violencia, y la misma gravedad e incluso mayor efecto intimidatorio puede tener amenazar a un detenido con matar a sus seres más queridos, simular su fusilamiento, dispararle con una pistola de fogeo puesta sobre la sien, mostrarle tenazas y pinchos, aplicarle electrodos en los genitales aunque sin llegar a la descarga eléctrica, que unas bofetadas o golpes más o menos fuertes. En todo caso, como la práctica demuestra, la tortura psíquica es bastante frecuente,

entre otras cosas porque es más difícil de probar y no deja secuelas aparentes. Lo que sí está claro es que, aunque puede distinguirse teóricamente en abstracto entre tortura, trato inhumano y maltrato, Kai Ambos reconoce que sólo en el caso concreto puede llegar a afirmarse cuándo hay una cosa y cuándo otra, y desde luego, la prohibición rige para todos los casos en los que la coacción física tiene cierta relevancia en orden a doblegar la voluntad del detenido.

En todo caso, Ambos distingue entre la prohibición de la tortura como prohibición absoluta para el Estado y la prohibición referida al individuo investigador que la practica en algún caso extremo, en la que admite cierta relativización de la prohibición. Para ello aplica la distinción tan conocida en la dogmática penal alemana, que Ambos conoce perfectamente, entre causas de justificación y causas de exculpación. Entre las primeras analiza la legítima defensa y el estado de necesidad, rechazando su aplicación, porque, entre otros argumentos, ello supondría legitimar la tortura y convertirla en un acto lícito, con las consecuencias que de ello se derivarían, por ejemplo, en relación con el empleo de la información así obtenida como prueba en un proceso penal. Pero no excluye la posibilidad de una exculpación, cuando el agente torturador se encuentra en una situación extrema y no ve otra posibilidad que emplear la tortura para salvar vidas humanas inocentes. El argumento en sí no parece rechazable, siempre que se refiera a algún caso particular concreto en el que el sujeto se encuentre en esa situación de necesidad extrema, que en la dogmática penal alemana se califica “como una situación de no exigibilidad”, pero no deja de ser una vía de escape para que cualquier torturador utilice este argumento para finalmente eximirse de responsabilidad penal. Además de que la distinción justificación-exculpación, tan cara a la dogmática penal alemana, pero poco asumida fuera del ámbito de influencia de la misma, no puede olvidarse que el caso en el que plantea esta distinción (el caso Daschner) es un caso aislado, individual y extremo. El verdadero problema se presenta cuando la práctica de la tortura se realiza en forma sistemática y casi rutinaria en prisiones y campos de detención como el de Guantánamo por parte de funcionarios e investigadores oficiales, como una forma de obtener la información para la lucha antiterrorista. A mi juicio, en este último caso se hace difícil admitir cualquier forma de exculpación de funcionarios que con absoluta frialdad, invocando la razón de

Estado o la defensa del mismo, o de una seguridad colectiva frente a peligros extremos pero no inminentes, someten al detenido a prácticas claramente contrarias a la Convención internacional de la tortura y violadoras de la dignidad humana. Aquí la prohibición absoluta adquiere todo su sentido y no debe ser debilitada por ninguna excusa de carácter personal, salvo que se trate de la reacción individual de alguien afectado directamente por la amenaza en su vida o integridad física o la de sus seres más queridos, en los que cláusulas generales como la no exigibilidad o la perturbación emocional puede tener algún efecto atenuante de la responsabilidad penal. Pero ni siquiera en la dogmática penal alemana se admite el estado de necesidad exculpante cuando el sujeto que tortura o personas allegadas no están amenazadas directamente por el peligro, y tampoco en el Common Law se admite la eximente de *duress* en los casos de homicidio (y quizás tampoco de tortura), como ya se puso de relieve en la decisión del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso Erdemovic (oficial serbio que mandó el pelotón de fusilamiento de musulmanes bosnios, porque habían amenazado de muerte a su mujer e hijos si no cumplía esa orden).

En una segunda parte de esta monografía Kai Ambos se ocupa de otro problema íntimamente relacionado con el anterior: El uso “transnacional” de pruebas obtenidas mediante tortura.

Obviamente, de la prohibición absoluta de la tortura y, en opinión de Ambos, de la ausencia de su posible justificación, se deduce la prohibición de admitir o valorar como prueba la información que pueda haberse obtenido mediante su práctica.

Aplicando, como punto de partida teórico, la teoría que ya formuló a principios del siglo xx el penalista alemán Ernst Beling de las “*Beweissverbote*” (“prohibiciones probatorias”), Ambos considera que esta prohibición en el caso de la tortura es absoluta y no admite ninguna excepción, pero ya no sólo cuando ésta se ha practicado en el mismo país donde se presenta como prueba, sino también cuando se pretende valorar los datos obtenidos mediante tortura por el tribunal de un país distinto de aquel en el que se practicó o por un tribunal penal internacional.

En primer lugar, Ambos se ocupa también de lo que llama “uso supranacional de la prueba de tortura”, es decir, de su admisibilidad por los tribunales penales internacionales. Como buen conocedor de esta materia, analiza las disposiciones contenidas en los



Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales de Ruanda y de la ex Yugoslavia, en el de la Corte Penal Internacional y en los Convenios Internacionales de Derechos Humanos, y llega a la conclusión de que si bien en estos textos no está explícitamente prohibido emplear pruebas obtenidas mediante tortura en algún país, ésta debe ser rechazada en la medida en que es una prueba poco fiable, que arroja dudas sustanciales sobre la veracidad de lo que con ella se obtiene, y porque, y esto es lo más importante, la admisión de una prueba así obtenida sería “antitética y dañaría gravemente la integridad del proceso”, como reconoció en forma expresa el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en casos como el Furndzija o el Nolic, citados y comentados expresamente por Ambos. Sin embargo, hay otras decisiones en las que se han admitido pruebas obtenidas ilegalmente, bien por prolongación excesiva de la detención del acusado (caso Barayaguiza, fallado por la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para Ruanda), o por el empleo de escuchas ilegales (caso Brdjamin, fallado por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia). No obstante, Ambos insiste en que nunca serían admisibles estas decisiones si las pruebas se hubieran obtenido mediante tortura, lo que viene a confirmar, en definitiva, que las reglas de exclusión (como se les llama en el Derecho norteamericano) sólo tienen valor de prohibición absoluta en el caso de tortura, admitiéndose en otros casos en los que ha habido violaciones de otros derechos fundamentales como la libertad o la intimidad, en los que la ponderación con otros intereses en juego debilitaría la prohibición.

Lo mismo cabe decir, en opinión de Ambos, respecto al artículo 69 (7) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que si bien sólo excluye plenamente la prueba obtenida con violación de lo dispuesto en el propio Estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas, cuando no sean fiables, o perjudiquen la integridad del proceso, no cabe duda de que la tortura entraría de modo claro en estos supuestos, y ello independientemente, y esto es muy importante indicarlo, tanto si la tortura ha sido practicada por los propios investigadores del Tribunal Penal Internacional, o por terceros ajenos al mismo.

Una situación en apariencia distinta se da en el caso de la utilización “transnacional” de la prueba obtenida mediante tortura, es decir, cuando un tribunal de un país determinado se enfrenta al hecho de

si puede utilizar como prueba la obtenida mediante tortura en otro país. Sobre este tema ya ha habido resoluciones contradictorias, por ejemplo, en el Reino Unido, donde finalmente la Cámara de los Lores anuló decisiones de tribunales inferiores y resolvió que no podía ser admitido este tipo de prueba; y en Alemania, donde un tribunal de Hamburgo las aceptó con el argumento de que no quedaba probado que la prueba se hubiera obtenido mediante tortura en el país de origen, Estados Unidos, que por cierto se negó a dar al tribunal detalles al respecto.

Ambos se muestra claramente contrario, también en este ámbito, a la valoración de este tipo de prueba, alegando en apoyo de su tesis dos importantes preceptos vinculantes para los Estados, el artículo 15 de la Carta de la ONU y el artículo 6 (1) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, si bien este último más por la vía de la interpretación que ha hecho del mismo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que por una prohibición expresa contenida en el mismo (caso Jalloh vs. Germany). Pero además Ambos también analiza los preceptos del Derecho alemán y del Derecho británico, que igualmente avalan, aunque por distintos motivos, la tesis de la prohibición absoluta de valoración de la prueba obtenida mediante tortura.

Tras una serie de consideraciones sobre la carga y el estándar de prueba, termina Ambos su monografía con una clara conclusión, que compartimos plenamente, contra la admisión de prueba transnacional obtenida mediante tortura.

La monografía reseñada constituye, a mi juicio, una magnífica y completa exposición de los problemas en ella tratados, en la que no sólo se analizan los aspectos jurídicos nacionales e internacionales de la prohibición de la tortura, sino que ofrece también un excelente estudio de Derecho comparado entre el sistema del Civil Law continental europeo (aunque sólo referido al Derecho alemán) y el del Common Law (referido principalmente al Derecho británico), a lo que se añade además una exhaustiva información jurisprudencial nacional e internacional y una bibliografía muy completa. No puede dejar de señalarse, por último, la cuidada y buena traducción al español realizada por los colegas argentinos María Laura Böhm y Ezequiel Malarino, que hace que su lectura, del todo recomendable, sea fácilmente asequible a cualquier lector, aunque no sea un buen conocedor de los problemas aquí tratados.



*Revista Penal México*, edición al cuidado de la Dirección de Publicaciones del Instituto Nacional de Ciencias Penales, se terminó de imprimir y encuadernar en marzo de 2013 en los talleres de Impresora y Encuadernadora Progreso, S.A. de C.V. (IEPSA), av. San Lorenzo 244, col. Paraje San Juan, Del. Iztapalapa, 09830 México, D.F.  
El tiraje consta de 500 ejemplares.

1. *Revista Penal México* publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las Ciencias Penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o, en su defecto, en formato \*.txt) a la dirección: [ferreolive@terra.es](mailto:ferreolive@terra.es).
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras clave en castellano y en inglés (entre dos y cinco palabras).
4. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.

ISSN 2007-4700



Universidad de Huelva  
Universidad de Salamanca  
Universidad Pablo de Olavide  
Universidad de Castilla-La Mancha  
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal

